

PASICRISIE LUXEMBOURGEOISE

LES DOSSIERS DE LA PASICRISIE LUXEMBOURGEOISE

Dossier N° 2

Jörg Gerkrath (Ed.)

Les 20 ans de la Cour Constitutionnelle : Trop jeune pour mourir ?



Actes du colloque du 31 mars 2017

Edité par l'a.s.b.l.

PASICRISIE
LUXEMBOURGEOISE

Cité judiciaire

L-2080 Luxembourg

Edition

Pasicrisie luxembourgeoise a. s. b. l.
Cité judiciaire
Bâtiment BC
L-2080 Luxembourg

Email pasilux@justice.etat.lu
www.pasicrisie.lu

Production, distribution et vente

Imprimerie Centrale, société anonyme
Service Pasicrisie
15, rue du Commerce
L-1351 Luxembourg
Tél. +352 48 00 22-1
Fax +352 49 59 63
Email abo@pasicrisie.lu
www.ic.lu

IBAN LU18 1111 0316 5028 0000
Code BIC : CCPLLULL

Prix : 30 €

Jörg Gerkrath (Ed.)

*Les 20 ans de la
Cour Constitutionnelle :
Trop jeune pour mourir ?*

Actes du colloque du 31 mars 2017

Edité par l'a.s.b.l.

PASICRISIE
LUXEMBOURGEOISE

Cité Judiciaire – L-2080 LUXEMBOURG

Sommaire

Sommaire	1
Avant-propos	3
Liste des auteurs	5
Abréviations et acronymes	7
Première Partie : Le bilan de la Cour Constitutionnelle	9
Vingt ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg (Marc Thewes)	11
Les questions non posées (Nico Edon)	22
Un bilan relationnel : le dialogue avec les juridictions administratives (Francis Delaporte)	33
Le rôle du ministère public (Georges Wivenes)	41
Seconde Partie: Les perspectives de la Cour Constitutionnelle	53
Une cour constitutionnelle différente des autres. Étendue, raisons & avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise (Luc Heuschling)	55
Plaidoyer pour le maintien d'une Cour Constitutionnelle (le cas échéant) réformée (Patrick Kinsch)	118
Quelques réflexions relatives à la Cour Constitutionnelle (Robert Biever)	126
D'autres perspectives (Georges Ravarani)	132
Conclusion générale : La Cour en tant qu'instance de dialogue (Jörg Gerkrath)	138
Annexe 1 : Les arrêts nos 44 à 131 rendus de 2008 à 2017	141
Annexe 2 : Les membres de la Cour Constitutionnelle dans l'ordre de leur nomination	307
Annexe 3 : Les membres de la Cour Constitutionnelle (photographie octobre 2017)	311
Bibliographie thématique	313
Table des matières	317

Avant-propos

Le présent volume reproduit les discours prononcés lors d'un colloque qui s'est tenu le 31 mars 2017 à la Cité judiciaire pour célébrer le 20^{ème} anniversaire de la Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg. Il donne ainsi suite au colloque de 2007 et au précédent ouvrage publié par la Pasicrisie luxembourgeoise à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de la Cour.¹

L'importance de la justice constitutionnelle n'a plus besoin d'être soulignée de nos jours. L'actualité plus ou moins récente, marquée par des événements aussi divers que la réforme contestable de la justice en Pologne, la saisine de la Cour suprême du Royaume-Uni dans le cadre du « Brexit » ou encore la question préjudicielle posée en 2014 par la Cour constitutionnelle allemande à la Cour de justice de l'Union européenne relative aux opérations monétaires sur titres (OMT) de la Banque centrale européenne, le démontre à suffisance. Des sujets juridiquement sensibles et hautement politiques finissent en effet souvent d'atterrir devant les juges constitutionnels.

Ainsi que l'a également souligné le doyen de la Faculté de droit, d'économie et de finances, Monsieur le professeur Stefan Braum, lors de ces propos de bienvenu au colloque, le contrôle de la constitutionnalité des lois mérite particulièrement d'être défendu et ceci au regard de deux phénomènes.

Premièrement, le pouvoir politique et son exercice doivent être contrôlés. Ces derniers temps, aussi à cause de la menace par le terrorisme, l'exécutif a tendance à élargir son pouvoir dans des domaines comme le droit pénal et la protection des données, touchant ainsi aux droits et libertés fondamentaux. Or les droits fondamentaux, les valeurs et les principes généraux – points d'orientation et d'ancrage de la société démocratique moderne – doivent être protégés contre des intérêts à court terme.

Deuxièmement, l'évolution de l'Union européenne, le renforcement du *Staatenverbund* européen, conduisent à une évolution qui dépasse l'État national. Ces développements, surtout au niveau du droit, se manifestent par des empiètements du droit européen et international sur le droit national. Ceci nécessite des nouveaux *Rechtsformen* pour pouvoir répondre à cette situation. Le dialogue, l'échange entre les juges internationaux et européens, d'un côté, et le juge constitutionnel national, de l'autre, permet de s'assurer des valeurs et principes généraux communs et de pouvoir garantir ces derniers.

Que la justice constitutionnelle, en général, et le contrôle de la constitutionnalité des lois, en particulier, soient assurés par une cour spécialisée ou, de manière diffuse, par les juges ordinaires, dans un système coiffé par une cour suprême, relève alors des préférences et des traditions juridiques nationales.

Au Grand-Duché de Luxembourg le constituant a opté assez tardivement en faveur d'une cour constitutionnelle. Instituée – suite à la révision constitutionnelle du 12 juillet 1996 – par la loi du 27 juillet 1997, la Cour Constitutionnelle a ainsi pu célébrer en 2017 ses 20 ans d'existence. Ce fut l'occasion de faire le bilan et de s'interroger sur ses perspectives d'avenir.

Alors que la Cour semble avoir fait ses preuves en rendant un nombre non négligeable d'arrêts depuis sa mise en place et en construisant ainsi un corpus jurisprudentiel précieux, son maintien a en effet été questionné dans le passé récent.

Dans un avant-projet de loi du 25 février 2013, élaboré par le ministre de la justice, le Gouvernement annonçait la suppression de la Cour constitutionnelle dans le cadre du chantier de réforme constitutionnelle ouvert depuis 2009. D'après son exposé des motifs

¹ Cf. Jörg Gerkrath (ed.), La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007, Pasicrisie luxembourgeoise 2008.

l'objectif de cet avant-projet de loi était « de recréer un système judiciaire pyramidal qui sera plus facile à comprendre pour le justiciable que le système actuel ». La nouvelle architecture judiciaire conçue par le projet envisageait ainsi d'instituer au sommet de la hiérarchie judiciaire une nouvelle juridiction, à savoir la Cour suprême, destinée à remplacer la Cour supérieure de Justice et la Cour constitutionnelle.

Lors du colloque du 31 mars 2017 le ministre de la justice, Monsieur Felix Braz, a pu confirmer que le gouvernement avait finalement décidé de remettre cette question à plus tard. Eu égard à des développements récents qu'a connus la justice constitutionnelle dans d'autres pays européens tels que la Pologne et la Hongrie, il n'a en effet pas paru opportun d'envoyer un signal ambigu en abolissant la Cour Constitutionnelle. La réforme de la justice poursuivie dans le contexte de la révision constitutionnelle vise désormais plutôt à consolider la Cour et à renforcer l'indépendance et la transparence de la justice en général.

Ces objectifs se traduisent par l'institution d'un Conseil national de la justice et par deux changements apportés à la disposition constitutionnelle relative à la Cour Constitutionnelle. Celle-ci pourra à l'avenir être complétée par des suppléants lorsqu'elle rencontre des difficultés pour se composer utilement. L'effet de ses arrêts sera en outre précisé en ce sens que toute disposition déclarée non conforme à la Constitution par un arrêt de la Cour cessera en principe à l'avenir « d'avoir un effet juridique le lendemain de la publication de cet arrêt ».²

Dans ses mots de bienvenu prononcés lors de l'ouverture du colloque le président Jean-Claude Wiwinius a dès lors pu se réjouir de l'actualité du sujet lequel a permis de réunir des personnalités éminentes du monde judiciaire, de l'Université, du Conseil d'Etat et du barreau, parmi lesquelles figuraient notamment les quatre anciens présidents de la Cour Constitutionnelle.

Comme le président Wiwinius l'avait d'ailleurs rappelé lors de l'échange de vœux de 2017 à la Cour : « *Et muss een d'Fester feieren, wéi se faalen, mee et muss een se och feieren, sou laang een se nach ka feieren* ». Cette boutade traduisait alors le pessimisme ambiant quant à la survie de l'institution. L'intitulé du colloque, choisi sous l'impulsion de Monsieur le vice-président Francis Delaporte, est d'ailleurs suffisamment éloquent à ce sujet. Or, bien que l'avis mortuaire fût déjà rédigé, le moribond refait surface, - le cercueil n'était pas encore cloué - il reprend des couleurs et il semble qu'il reprenne même goût à la vie. Lors du colloque il ne fut donc pas nécessaire de prononcer une oraison funèbre (*Totgesagte leben länger*).

Le présent ouvrage reprend donc les Actes de ce colloque pour les rendre accessibles à un public plus large. Sa structure reflète le déroulement de la journée du 31 mars 2017. La première séance était réservée au bilan de la Cour Constitutionnelle que les intervenants ont abordé des points de vue jurisprudentiel, relationnel et institutionnel. Dans la mesure où les perspectives de la Cour demeuraient encore incertaines au printemps 2017, la seconde séance était consacrée à un débat sur les mérites respectifs d'une réforme de l'actuelle Cour ou de son remplacement par une future Cour suprême. Chaque séance était suivie d'une discussion ouverte avec les participants. Plusieurs auteurs ont volontairement gardé le style d'une contribution orale.

Pour compléter la publication des contributions, qui apprécient le bilan de la Cour et en discutent les perspectives d'avenir, l'ouvrage comporte en annexe les arrêts rendus par la Cour de 2008 à fin 2017, un tableau récapitulatif des membres de la Cour depuis sa création ainsi qu'une bibliographie thématique.

Jörg Gerkrath, mars 2018

² Cf. le texte coordonné du projet de révision du 16 octobre 2017, doc. parl. 6030/20, article 105.

Liste des auteurs

Robert BIEVER

Né le 19 novembre 1948 à Luxembourg, Robert Biever a obtenu un doctorat en droit à l'Université de Grenoble en 1972 et a effectué son stage judiciaire de mai 1976 à mai 1978. Il a ensuite été nommé Attaché au ministère de la Justice, affecté au bureau du procureur. Jusqu'en mai 1982, il était juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg et jusqu'en 1986 avocat général. De février 1986 à avril 1993, il a été procureur adjoint, ensuite, jusqu'en août 2010, procureur d'Etat et du 1er septembre 2010 au 31 juillet 2015, procureur général d'Etat. Le 1er octobre 1987, il est devenu membre du Conseil d'Etat jusqu'à ce qu'il a démissionné de cette fonction le 31 décembre 2000 en raison d'une incompatibilité alléguée avec sa fonction de procureur.

Francis DELAPORTE

Francis Delaporte est président de la Cour administrative et vice-président de la Cour constitutionnelle du Luxembourg. Il fait partie des juridictions administratives depuis leur création en 1997 et de la Cour constitutionnelle depuis 2008. Depuis lors il est également juge luxembourgeois au comité d'appel de la Commission de la Moselle. Il est de même conseiller suppléant à la Cour de justice Benelux. Par ailleurs, il enseigne auprès de l'Université du Luxembourg (contentieux administratif, droit civil et droit fiscal) de même que dans le cadre des cours complémentaires en droit luxembourgeois depuis 1990 à l'adresse des candidats à l'accès aux barreaux luxembourgeois (droit civil) ainsi que dans le cadre de l'Institut national d'administration publique depuis 1996 (droit institutionnel et administratif, histoire des institutions et système politique administratif).

Nico EDON

Né le 22 juillet 1954, Nico Edon est conseiller à la Cour de cassation depuis le 3.6.2016 et juge à la Cour constitutionnelle depuis le 19 novembre 2015. En sa qualité de conseiller d'Etat il a collaboré à l'ouvrage « Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux » édité à l'occasion du 150^e anniversaire du Conseil d'Etat en 2006.

Jörg GERKRATH

Jörg Gerkrath est professeur agrégé de droit public. Il est en poste à l'Université du Luxembourg depuis 2006 en tant que professeur en droit européen et y dirige depuis 2014 l'école doctorale en droit. Titulaire d'un doctorat de l'Université Robert Schuman de Strasbourg il a exercé comme Maître de conférences avant de devenir Professeur de droit public à l'Université d'Avignon. Ses principaux domaines de recherche sont le droit communautaire et européen, le droit constitutionnel, le droit comparé et les droits fondamentaux. Il est l'auteur de l'ouvrage « L'Emergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe », (Editions de l'ULB, Bruxelles 1997) et de nombreux articles et contributions sur divers aspects du droit communautaire et constitutionnel.

Luc HEUSCHLING

Luc Heuschling est professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg depuis 2011. Il est membre de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal. Parmi ses dernières publications : « Les origines au XIX^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », in I. Riassetto, L. Heuschling, G. Ravarani (dir.), *Liber Amicorum Rusen Ergec*, Luxembourg, Pasicrisie, 2017, p. 157-213 ; « The Complex Relationship between Administrative Law and Constitutional Law. A Comparative and Historical Analysis » in A. von Bogdandy, P.M. Huber, S. Cassese (eds.), *The Max Planck Handbook in European Public Law*, Oxford, OUP, vol. 1, 2017, p. 493-556.

Patrick KINSCH

Patrick Kinsch est avocat au barreau de Luxembourg depuis 1988 et enseigne le droit international privé ainsi qu'une matière appelée « Institutions et sources du droit luxembourgeois » depuis 1994. Après avoir été professeur associé à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, il est à présent professeur honoraire à l'Université du Luxembourg. Il est en train de préparer pour publication sa prochaine monographie sous le titre « Le rôle du politique en droit international privé » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, à paraître).

Georges RAVARANI

Georges Ravarani, né le 1^{er} mai 1954, était président de la Cour administrative et vice-président de la Cour constitutionnelle du Luxembourg entre 2008 et 2015. Depuis le 1^{er} novembre 2015, il est juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Il est l'auteur de livres et d'articles dans le domaine du droit civil (essentiellement la responsabilité civile) et du droit public. Il est professeur honoraire à l'Université du Luxembourg où il enseigne le droit civil.

Marc THEWES

Marc Thewes est conseiller d'État au Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, avocat à la Cour à Luxembourg et chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg. Auteur de nombreuses études doctrinales, Marc Thewes est associé à plusieurs publications juridiques : il est co-fondateur des *Annales du droit luxembourgeois*, rédacteur en chef du *Journal des tribunaux Luxembourg* et membre du comité de rédaction du *Bulletin d'information sur la jurisprudence*, publié par la Conférence du Jeune Barreau.

Georges WIVENES

Georges Wivenes est président du Conseil d'Etat. Il a occupé, jusqu'en 2016, les fonctions de Procureur général d'Etat adjoint.

Abréviations et acronymes

aaO.	am angegebenen Ort
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique Droit Administratif
Ann. Dr. Lux.	Annales de Droit Luxembourgeois
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CA	Cour Administrative
Cass.	Cour de Cassation
Cass. b.	Cour de Cassation belge
Cass. Soc.	Cour de Cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CE Ass.	Conseil d'Etat, Assemblée
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
D.	Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Doc. parl.	Document parlementaire
Ed.	Editeur
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
C. const.	Cour Constitutionnelle
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
ff.	fortfolgende
FSY	Feuilles de Liaison de la Conférence Saint-Yves
GG	Grundgesetz
J.T.	Journal des Tribunaux
Mém.	Mémorial
pp.	pages
Préc.	Précité
Pas. lux.	Pasicrisie luxembourgeoise
Pas. adm.	Pasicrisie administrative
Pas. b.	Pasicrisie belge
RBDC	Revue Belge de Droit Constitutionnel

R.C.S.	Recueil de la Cour Suprême (Canada)
Rec.	Recueil
Req.	Requête
Rev. Dr. Etr.	Revue du Droit des Etrangers
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
Rs.	Rechtssache
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUDH	Revue Universelle des Droits de l'Homme
Rz.	Randziffer
Spéc.	spécialement
ss.	et suivantes
t.	Tome
Trib. adm.	Tribunal administratif
Trib. Arr.	Tribunal d'arrondissement
V.	Voir
Vol.	Volume

1ère Partie

Le bilan de la Cour Constitutionnelle

Vingt ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg

Marc Thewes

Un bilan jurisprudentiel

Les organisateurs de cette conférence m'ont confié une tâche impossible : dresser en seulement trente minutes un bilan de 20 années de jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Si on fait le calcul, je dispose d'environ quinze secondes pour chacun des 128 arrêts que la Cour a rendus depuis sa mise en place, ou 18 secondes si on considère qu'il n'y a qu'environ une centaine de décisions spécifiques.

Je n'évoquerai donc pas tous les arrêts, mais me limiterai à un exposé divisé en deux parties. Dans un premier temps, j'essayerai de marquer les temps forts de la jurisprudence de la Cour de ces deux décennies, ce qui est évidemment ce que vous attendez de moi aujourd'hui. Ensuite, dans une deuxième partie, je jetterai un regard sur les méthodes de la Cour, c'est-à-dire la manière dont elle aborde les questions dont elle se trouve saisie.

I. Les temps forts

Lorsqu'on passe en revue les 128 arrêts rendus à ce jour, on voit immédiatement que l'activité de la Cour s'est orientée autour d'une série de grandes thématiques.

J'évoquerai : (1) le principe d'égalité, (2) le domaine de la loi et du règlement et (3) le principe de la légalité des peines. Ce sont des subdivisions que j'emprunte au plan de l'ouvrage publié pour fêter les dix ans d'existence de la Cour ;¹ il n'y a pas eu de bouleversements à cet égard.

Première thématique : Le principe d'égalité

S'il est difficile de faire des statistiques, notamment parce que les saisines arrivent parfois par lots, de deux, quatre, voire neuf questions identiques, il est clair que les questions ayant trait au respect du principe d'égalité, au travers de ses différentes manifestations – qui d'ailleurs tendent à se rejoindre dans la jurisprudence de la Cour – : égalité devant la loi, interdiction des discriminations fondées sur le sexe et égalité devant l'impôt..., dominent la jurisprudence de la Cour.

La Cour a abordé cette thématique dès son deuxième arrêt, rendu le 13 novembre 1998, à propos de la différence, faite dans les dispositions du Code civil relatives à l'adoption, entre les couples mariés et les célibataires. La Cour estima que ces différences n'étaient pas inconciliables avec le principe d'égalité consacré par la Constitution :

[Le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi], applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité sont concernés, ne s'entend pas dans un sens absolu, mais requiert que tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit soient traités de la même façon.

La spécificité se justifie si la différence de condition est effective et objective, si elle poursuit un intérêt public et si elle revêt une ampleur raisonnable.²

¹ Jörg Gerkrath (dir.), *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007*, éd. Pasicrisie luxembourgeoise, 2008.

La motivation de ce premier arrêt mérite d'être citée, parce qu'elle est unique. Elle ne se retrouve plus dans les décisions que la Cour a rendues par la suite sur des questions ayant trait au principe d'égalité, qui reprennent toutes une formule inaugurée avec l'arrêt n° 7/99 du 26 mars 1999 :

Le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.³

Depuis 2000, cette motivation est parfois précédée d'une observation rappelant que la question de l'égalité de traitement ne se pose qu'à l'égard de personnes qui se trouvent dans des situations qui sont au moins comparables.⁴

Appliquant ce critère, la Cour a, au fil des ans, a été amenée à considérer que la question du principe d'égalité ne se posait pas entre un salarié et son employeur,⁵ entre un salarié et un indépendant⁶ ou encore entre un salarié et un chômeur.⁷ Elle a aussi récemment déterminé que la situation des couples mariés et celle des couples liés par un contrat de partenariat n'était pas comparable,⁸ du moins en ce qui concerne le paiement des droits de succession, car chacune de ces appréciations est toujours à placer dans son contexte.

Les arrêts rendus au visa du principe d'égalité sont trop nombreux pour pouvoir les détailler.

Dans le domaine du droit de la famille, la Cour a notamment dû constater l'inconstitutionnalité, en raison d'une contrariété à l'article 10bis de la Constitution, de dispositions du Code civil qui enfermaient dans des délais différents les actions en recherche ou contestation de paternité selon qu'il s'agissait d'enfants légitimes ou naturels,⁹ ou qui interdisaient la contestation de paternité à l'égard d'enfants légitimes alors que, dans des circonstances par ailleurs identiques, elle était permise à l'encontre d'enfants naturels.¹⁰ La Cour constitutionnelle s'est aussi prononcée sur l'exigence du consentement de l'adopté majeur, jugée inconstitutionnelle parce que le législateur avait omis de prévoir une possibilité de passer outre à cette exigence lorsque l'adopté est incapable d'exprimer un consentement.¹¹ Elle a également sanctionné la différence de traitement entre enfants légitimes et naturels en matière de nom patronymique.¹²

² C. const., 13 novembre 1998, arrêt n° 2/98, Mém. A, 1998, p. 2500.

³ C. const., 26 mars 1999, arrêt n° 7/99, Mém. A, 1999, p. 1087 ; 9 juillet 1999, arrêt n° 8/99, Mém. A, 1999, p. 2008.

⁴ « Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée » (C. const., 5 mai 2000, arrêt n° 9/00, Mém. A n° 40, 2000, p. 948).

⁵ « Il y a disparité objective en ce que l'employeur occupe sur le marché du travail une position d'autorité et le salarié une position de subordination. La différence instituée quant au recours du fonds pour l'emploi est rationnellement justifiée par le fait que la décision de l'employeur est à l'origine de la situation de chômage. Le traitement spécifique de l'employeur est adéquat et proportionné au but poursuivi par la loi qui est d'assurer la subsistance du salarié licencié » (C. const., 9 juillet 1999, arrêt n° 8/99, Mém. A, 1999, p. 2008).

⁶ C. const., 5 mai 2000, arrêt n° 9/00, Mém. A, 2000, p. 948.

⁷ « Considérant qu'en l'espèce une discrimination du chômeur involontaire est alléguée par rapport au salarié visé à l'article L. 551-1(1) du Code du travail ; Considérant que le salarié incapable d'exercer son dernier poste de travail est une personne qui se trouve dans un lien de travail et dont l'incapacité de travail doit s'apprécier par rapport à une situation de travail concrète toujours existante, tandis que le chômeur involontaire incapable d'exercer son dernier poste de travail ne se trouve plus dans un lien de travail concret et que son incapacité de travail ne peut s'apprécier qu'abstraitemment par rapport à une situation de travail antérieure ayant pris fin ; Considérant que ces deux catégories de personnes, visées par la question préjudicielle soumise à la Cour constitutionnelle, n'ont pas d'élément de convergence entre elles et ne se trouvent donc pas dans une situation comparable » (C. const., 11 juillet 2014, arrêt n° 112/14, Mém. A n° 129, 2014, p. 2091).

⁸ C. const., 9 octobre 2016, arrêt n° 126/16, Mém. A n° 254, 2016, p. 4588.

⁹ C. const., 15 mai 2009, arrêt n° 50/09, Mém. A n° 127, 2009, p. 1762 ; 25 mars 2011, arrêt n° 61/11, Mém. A n° 61, 2011, p. 1076 ; 29 juin 2012, arrêt n° 72/12, Mém. A n° 139, 2012, p. 1756.

¹⁰ C. const., 28 novembre 2014, arrêt n° 113/14, Mém. A n° 226, p. 4332.

¹¹ C. const., 13 décembre 2013, arrêt n° 105/13, Mém. A n° 229, p. 4276.

¹² C. const., 6 juin 2008, arrêt n° 44/08, Mém. A. n° 104, 2008, p. 1488.

Les arrêts de la Cour dans le domaine du droit de la famille forment un *corpus* jurisprudentiel important, en quantité comme en ce qui concerne gravité des questions tranchées. Malheureusement cependant, nous le savons tous, le législateur n'a guère réagi à ces arrêts. J'y reviendrai.

En droit du travail, la Cour a considéré que les situations des fonctionnaires et employés de l'État,¹³ des salariés du secteur privé et employés de l'État¹⁴ et des fonctionnaires de l'État et fonctionnaires communaux¹⁵ étaient comparables. Tous les binômes n'ont pas encore été soumis à la Cour, mais il est permis de penser que tous ceux qui se trouvent dans un lien de subordination ou un lien hiérarchique à l'égard de leur employeur peuvent donc prétendre à l'application du principe d'égalité.

Les régimes ne sont évidemment pas identiques, mais dans la plupart des cas, la Cour a considéré que les différences dont elle se trouvait saisie étaient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées au but. Tel est le cas également des régimes légaux spécifiques applicables aux enseignants-chercheurs de l'Université¹⁶ et aux joueurs et entraîneurs sportifs¹⁷ qui n'exercent cette activité que comme loisir, tous deux validés par la Cour constitutionnelle au regard du principe d'égalité. La disposition légale qui mettait en place une commission spéciale en matière de harcèlement uniquement au profit des fonctionnaires de l'État fut en revanche déclarée contraire à l'article 10*bis* de la Constitution.¹⁸

Un autre domaine, proche du droit du travail, dans lequel le principe d'égalité a été invoqué est le droit disciplinaire. La Cour a ainsi été amenée à se prononcer sur la légitimité du régime disciplinaire spécifique des agents de la Poste, justifié par l'activité industrielle et commerciale de cet établissement¹⁹, et de celui des agents de la Police Grand-Ducale, dont le statut implique « une diligence particulière dans l'obéissance ».²⁰

Les dispositions de droit pénal, qui doivent satisfaire aux exigences des articles 12 et 14 de la Constitution, peuvent aussi faire l'objet d'un contrôle au regard de l'article 10*bis*. La Cour fut ainsi saisie en 2010 d'une question ayant trait au régime de sanctions plus rigoureux que le Code pénal réserve aux personnes travaillant dans le secteur des transports en commun, différence de traitement que la Cour estima justifiée eu égard à l'objectif poursuivi, qui est d'inciter les personnes concernées à un comportement particulièrement prévoyant.²¹ La Cour a aussi été invitée à vérifier si le Code de la route n'opère pas une discrimination entre les conducteurs alcoolisés et récidivistes selon qu'ils sont ou non propriétaires de leur véhicule. Elle estima cependant que les deux situations n'étaient pas comparables de sorte que la question ne se posait pas.²²

La Cour constitutionnelle veille aussi à l'égalité dans les droits procéduraux. C'est à ce titre qu'elle a déclaré inconstitutionnel l'article 412 du Code d'instruction criminelle, tel qu'interprété par la jurisprudence, qui refusait à la partie civile la possibilité de former un

¹³ « Considérant que la relation de travail existant entre, d'une part, respectivement l'employé de l'Etat et le salarié de droit privé, et, d'autre part, leur employeur, qu'il soit public ou privé, est de nature contractuelle, dès lors qu'elle s'établit par la conclusion d'un contrat de travail qui s'analyse dans les deux hypothèses comme une convention par laquelle une personne s'engage, moyennant rémunération, à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place ; Considérant que les employés de l'Etat, qui sont tenus de se conformer aux ordres de service de leurs supérieurs, se trouvent dans le même rapport de soumission à l'autorité que les salariés tombant sous le régime de droit commun, et que sous cet aspect de dépendance nécessitant la protection légale afférente, leur situation est comparable » (C. const., 7 décembre 2012, arrêt n° 73/12, Mém. A n° 267, 2012, p. 3586).

¹⁴ C. const., 7 décembre 2012, arrêt n° 73/12, Mém. A n° 267, 2012, p. 3586.

¹⁵ C. const., 12 décembre 2014, arrêt n° 116/14, Mém. A n° 236, p. 4502.

¹⁶ C. const., 12 avril 2013, arrêt n° 97/13, Mém. A n° 74, 2013, p. 938.

¹⁷ C. const., 25 mars 2011, arrêt n° 62/11, Mém. A n° 62, 2011, p. 1080.

¹⁸ C. const., 12 décembre 2014, arrêt n° 116/14, Mém. A n° 236, p. 4502.

¹⁹ C. const., 14 décembre 2007, arrêts n°s 41/07, 42/07 et 43/07, Mém. A n° 1, 2008, pp. 2, 4 et 7.

²⁰ C. const., 15 novembre 2013, arrêt 102/13, Mém A n° 202, p. 3744. Voir aussi : C. const., 24 avril 2015, arrêt n° 118/15, Mém. A n° 81, 2015, p. 1496 et 10 juillet 2015, arrêt n° 120/15, Mém. A n° 132, 2015, p. 2860.

²¹ C. const., 19 mars 2010, arrêt n° 54/10, Mém. A n° 49, 2010, p. 819.

²² C. const., 7 janvier 2011, arrêts n°s 59/11 et 60/11, Mém. A n° 11, 2011, pp. 80 et 82.

pourvoi en cassation.²³ Elle a aussi retenu l'inconstitutionnalité d'une disposition légale qui avait prononcé le détachement d'un officier de l'Armée luxembourgeoise auprès du ministère des Affaires étrangères, privant ainsi l'intéressé de la protection des règles de la procédure administrative non contentieuse.²⁴

Ces quelques exemples démontrent l'importance et la portée des décisions ayant trait au principe d'égalité.

Deuxième thématique : Le domaine de la loi et du règlement

Les décisions sur le thème de la répartition des rôles entre le législateur et le pouvoir exécutif sont beaucoup moins nombreuses, mais leur impact a été considérable.

Les premiers arrêts de la Cour sur cette thématique sont rendus au visa de l'article 36 de la Constitution.

C'est le cas de la toute première affaire dont la Cour se trouva saisie et dans laquelle s'agissait de répondre à une question du tribunal administratif, soulevée dans un litige découlant de l'application d'un règlement ministériel qui avait posé des conditions faisant obstacle à l'homologation du diplôme d'un opticien. La Cour constitutionnelle sanctionna le législateur pour avoir conféré un pouvoir réglementaire à un ministre, ignorant de la sorte l'article 36 de la Constitution, d'après lequel la prérogative de faire les règlements nécessaires à l'exécution des lois revient au Grand-Duc.²⁵ Il s'agissait, selon les dires d'un ancien président la Cour constitutionnelle, M. Marc Thill, d'un cas d'école où l'inconstitutionnalité résultait de la simple lecture du texte de la Constitution.²⁶

Quelques mois plus tard, la Cour appliqua exactement le même raisonnement, mais cette fois à propos de la disposition du Code de la route qui avait habilité un ministre de fixer les conditions d'utilisation et de vérification des éthylomètres utilisés pour mesurer le degré d'alcoolisation des automobilistes arrêtés en raison d'une conduite suspecte ou lors d'un contrôle de routine.

Ces arrêts sont aujourd'hui dépassés. La Cour a clos le débat : le règlement ministériel, comme norme d'exécution de la loi, n'existe plus. La révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 a relégué le règlement ministériel au rang de norme subalterne.

Ce sont surtout les arrêts de la Cour sur le principe que la Constitution réserve certaines matières à la loi qui doivent retenir l'attention.

La Cour évoqua pour la première fois l'existence de ces matières, pour lesquelles la Constitution prévoit qu'il revient à la seule loi de les réglementer, dans un arrêt du 7 mars 2003 relatif à la loi sur la profession d'avocat. Faisant sienne une doctrine qui avait été forgée par le Conseil d'État depuis 1946²⁷ la Cour expliqua que l'effet d'une réserve de la loi énoncée par la Constitution est que « seul le pouvoir législatif peut valablement disposer de la matière érigée en réserve », mais que cependant il était « 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 ».²⁸

²³ C. const., 20 mai 2011, arrêt n° 67/11, Mém. A n° 114, 2011, p. 1762.

²⁴ C. const., 1^{er} octobre 2010, arrêt n° 57/10, Mém. A n° 180, 2010, p. 3004.

²⁵ C. const., 6 mars 1998, arrêt n° 1/98, Mém. A, 1998, p. 254. Cristina Vitucci, « La première décision de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg », *Ann. dr. lux.*, vol. 9 (1999), pp. 41 à 66.

²⁶ Marc Thill, « Der Verfassungsgerichtshof des Großherzogtum Luxemburg », *Ann. dr. lux.*, vol. 13 (2003), pp. 53 à 60.

²⁷ « Si les matières réservées ne peuvent faire l'objet d'une habilitation générale, il n'est pas nécessaire que la loi doive se charger de la réglementation intégrale, jusque dans les derniers détails de ces matières. Il suffit, mais il faut aussi que le principe et les modalités substantielles de la matière réservée soient retenus par la loi » (Avis du Conseil d'État du 15 janvier 1946 sur le projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement, Compte rendu de la Chambre, 1945-1946, Annexes, pp. 95 à 102, spéc. p. 98).

²⁸ C. const., 7 mars 2003, arrêt n° 17/03, Mém. A n° 41, 2003, p. 656.

Elle n'en tira cependant pas de conséquence dans ce premier arrêt, dans lequel la contrariété de la constitution était à nouveau, comme dans les deux arrêts cités il y a un instant, rattaché à une violation de l'article 36 de la Constitution. L'article 19 de la loi sur la profession d'avocat chargeait en effet le conseil de l'Ordre d'adopter des règlements.²⁹

La thématique des matières réservées à la loi fut à nouveau à l'ordre du jour quelques mois plus tard, lorsque la Cour eut à examiner une loi relative au secteur de la santé. Dans cette affaire, le débat portait uniquement sur le respect de la réserve de la loi. Après avoir rappelé sa conception des principes, la Cour estima dans son arrêt du 21 novembre 2003 que la Constitution avait été respectée dès lors que le législateur avait déterminé dans la loi les critères d'accès aux professions de santé concernées et leurs conditions communes d'exercice. La loi pouvait donc laisser au Grand-Duc le soin de « préciser le statut, les attributions et les règles d'exercice de chacune des différentes professions de santé visées par ladite loi ».³⁰

Aucun des arrêts qui viennent d'être cités n'a donc conduit à un constat d'inconstitutionnalité découlant de la méconnaissance d'une réserve de la loi.

Cependant, l'incertitude qui régnait au sujet de la portée de cette règle, et notamment aux critères à mettre en œuvre pour identifier ce qui est « substantiel » ou au contraire un détail susceptible de faire l'objet d'un règlement inquiétait les députés et une proposition de révision de la Constitution fut initiée.

Cette proposition, initialement déposée en 2001 pour lever uniquement les incertitudes quant à la portée du principe des réserves de la loi, a finalement abouti à une révision nettement plus importante de la Constitution luxembourgeoise destinée à remédier également aux autres problèmes révélés par la jurisprudence la Cour constitutionnelle.

La révision du 19 novembre 2004 était ambitieuse. Elle entendait en effet clarifier les circonstances dans lesquelles le législateur peut autoriser le Grand-Duc à adopter un règlement dans une matière réservée à la loi (Const., art. 32(3)), permettre au législateur de conférer un pouvoir réglementaire d'exécution de la loi à un ordre professionnel (Const., art. 11(7), al. 2 et 3) ou à un établissement public (Const., art. 108*bis*) et permettre au Grand-Duc de charger un ministre de l'adoption d'actes réglementaires complémentaires (Const., art. 76, al. 2).³¹

Deux des nouvelles dispositions constitutionnelles du 19 novembre 2004 ont depuis lors donné lieu à des arrêts de la Cour constitutionnelle et dans les deux cas la Cour constitutionnelle a apporté d'importantes clarifications quant à la portée de la norme constitutionnelle.

Concernant d'abord l'article 108*bis* de la Constitution, qui permet de conférer un pouvoir réglementaire à un établissement public, la Cour constitutionnelle fut amenée, dans son arrêt du 19 mars 2013, à souligner l'importance du principe de spécialité et l'exigence que le pouvoir réglementaire reste cantonné à des mesures précises.³² C'est un arrêt que le Conseil d'État, qui à la fois prend le relais de la Cour constitutionnelle et la devance, cite régulièrement dans ses avis, souvent malheureusement à l'appui d'une opposition formelle élevée à l'encontre d'un texte en projet méconnaissant, aux yeux du Conseil d'État en tout cas, l'article 108*bis* de la Constitution.

²⁹ C. const., 7 mars 2003, arrêt n° 17/03, Mém. A n° 41, 2003, p. 656.

³⁰ C. const., 21 novembre 2003, arrêt n° 18/03, Mém. A n° 174, 2003, p. 3384.

³¹ Marc Thewes, « Le pouvoir réglementaire démembré – Commentaire de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 », *Ann. dr. lux.*, vol. 14 (2004), pp. 91 à 120.

³² « Le pouvoir normatif des établissements publics est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et reste 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 » (C. const., 19 mars 2013, arrêts nos 76/13 à 95/13, Mém. A. n° 54, 2013, pp. 682 à 721).

L'autre article nouvellement inséré dans la Constitution en 2004 que la Cour constitutionnelle a eu à appliquer est évidemment l'article 32(3).

La première occasion de le faire se présenta, là aussi, en 2013 seulement. Saisie d'une question en rapport avec le régime de pension des officiers de l'Armée, la Cour s'attacha à analyser la portée de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, qu'elle résuma dans une formule devenue célèbre :

Considérant que d'après l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, tel que résultant de la loi du 19 novembre 2004, dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc.³³

Appliquant cette lecture à la question qui lui était soumise, la Cour constitutionnelle arriva à la conclusion que le législateur n'avait, en l'espèce, pas été suffisamment précis.

Cet arrêt fut suivi, on le sait, par plusieurs autres arrêts dans lesquels la Cour constitutionnelle appliqua la même méthode.³⁴ Ces arrêts suivent tous la même trame de raisonnement. Seul l'arrêt du 28 novembre 2014 sort quelque peu du rang puisque dans cette affaire, la Cour a admis que le cadrage législatif pouvait, à titre complémentaire, être recherché dans la directive que le législateur avait pour intention de transposer.³⁵ En présence d'une loi destinée à transposer une directive, la Cour présume donc que le législateur entend respecter la directive à transposer et qu'il a nécessairement voulu donner instruction au Grand-Duc d'adopter une réglementation qui soit conforme au cadre tracé par la directive.³⁶

Ces arrêts ont suscité, il y a peu, une nouvelle révision de l'article 32(3) de la Constitution. Le nouveau texte, promulgué le 18 octobre 2016, prévoit désormais que « dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'en vertu d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et le cas échéant les conditions auxquelles elles sont soumises ».

La démarche était motivée par la volonté de revenir à la situation antérieure. On lit en effet dans le rapport parlementaire, « la jurisprudence la plus récente de la Cour constitutionnelle ne correspond pas à la volonté du pouvoir constituant telle que formulée lors de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 ».³⁷ Selon les vœux des auteurs du texte, le nouveau texte doit permettre de « renouer avec l'interprétation jurisprudentielle précitée de 2007 » en autorisant le législateur de laisser « au pouvoir exécutif la faculté de régler les détails d'une matière réservée, les principes et les points essentiels restant du domaine de la loi ».³⁸

Troisième thématique : Le principe de légalité des peines

Le troisième thème récurrent dans la jurisprudence de la Cour concerne le principe de légalité des peines résultant de l'article 14 de la Constitution.

La Cour fut initialement appelée à se prononcer sur le respect de ce principe au sujet, non pas du droit pénal proprement dit, mais dans le contexte du droit disciplinaire.

³³ C. const., 29 novembre 2013, arrêt n° 108/13, Mém. A. n° 217, p. 3886.

³⁴ C. const., 28 novembre 2014, arrêt n° 114/14, Mém. A. n° 226, 2014, p. 4336 ; 20 mars 2015, arrêt n° 117/15, Mém. A. n° 56, 2015, p. 1099 ; 11 mars 2016, arrêt n° 121/16, Mém. A. n° 36, 2016, p. 808.

³⁵ C. const., 28 novembre 2014, arrêt n° 114/14, Mém. A. n° 226, 2014, p. 4336.

³⁶ Cette interprétation évite au Grand-Duché de se trouver en manquement par rapport à ses engagements internationaux. On doit cependant se demander si, du point de vue constitutionnel, elle ne doit pas être cantonnée au cas où – comme c'était le cas dans l'affaire portée devant la Cour constitutionnelle – la directive fixe un cadre précis et ne se contente pas à fixer aux Etats un objectif à atteindre en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir. Dans cette seconde hypothèse, il faudrait, nous semble-t-il, que le législateur fixe le cadre.

³⁷ Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, doc. parl. n° 6894⁴, p. 2.

³⁸ *Ibid.*, p. 6.

La première affaire dont la Cour s'est trouvée saisie concernait une disposition du Code des assurances sociales qui autorisait l'Union des caisses de maladie à prononcer des sanctions contre des médecins qui se rendaient coupables de prescriptions médicales jugées excessives. Si l'article 14 de la Constitution était applicable, la question se posait si les dispositions du code étaient suffisamment précises.

Dans son arrêt du 22 mars 2002 Cour rappela les contours du principe :

Il ressort de (l'article 14 de la Constitution) que pour être prononcée, une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité, et au jour de la commission du fait et à celui de la décision qui l'inflige.

(...)

Le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements réprimés. Le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution.³⁹

La Cour confirma ensuite que l'article 14 de la Constitution trouve application en matière disciplinaire, mais elle estima que la définition des comportements incriminés pouvait, en cette matière, être moins précise qu'en matière pénale.

Une marge d'indétermination dans la formulation de comportements illicites n'affecte pas le principe de la spécification de l'incrimination si comme en l'espèce leur concrétisation peut raisonnablement se faire grâce à des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle qui permettent de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l'infraction visée.⁴⁰

La Cour s'en est tenue à cette conception dans les affaires dont elle a été saisie depuis, et qui concernaient le régime disciplinaire des avocats,⁴¹ celui des agents de la Poste⁴² ou encore celui des agents de la Force publique.⁴³

Ce n'est qu'à une époque beaucoup plus récente que des questions ayant trait à des dispositions pénales au sens du droit interne ont été soumises à la Cour constitutionnelle.

Dans son arrêt du 9 mars 2012, où la Cour se prononçait sur la légalité de la confiscation spéciale du véhicule, prévue par le Code de la route,⁴⁴ elle utilisa une formule très ramassée pour résumer les exigences de l'article de la Constitution :

Considérant 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.⁴⁵

L'arrêt de la Cour du 27 mai 2016, rendu également à propos du Code de la route, mais cette fois à propos de l'interdiction de conduire dont le prononcé est obligatoire à propos d'un taux d'alcool déterminé⁴⁶, est beaucoup plus détaillé :

Considérant que la peine, pour suffire aux exigences de la Constitution, doit être suffisamment déterminée, à l'effet de permettre à tout justiciable commettant un fait pénalement répréhensible de mesurer la nature et la portée des sanctions le cas

³⁹ C. const., 22 mars 2002, arrêt n° 12/02, Mém. A n° 40, 2002, p. 672.

⁴⁰ C. const., 22 mars 2002, arrêt n° 12/02, Mém. A n° 40, 2002, p. 672.

⁴¹ C. const., 3 décembre 2004, arrêt n° 23/04, Mém. A n° 201, 2004, p. 2960. L'arrêt portant le numéro 24/04, rendu dans une affaire parallèle, est de la même teneur.

⁴² C. const., 14 décembre 2007, arrêts n° 41/07, 42/07 et 43/07, Mém. A n° 1, 2008, pp. 2, 4 et 7.

⁴³ C. const., 14 décembre 2014, arrêt n° 115/14, Mém. A n° 236, 2014, p. 4500.

⁴⁴ Plus précisément par les articles 12 et 14 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques.

⁴⁵ C. const., 9 mars 2012, arrêt n° 71/12, Mém. A n° 54, 2012, p. 622.

⁴⁶ Article 13 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques.

échéant encourues, ainsi que les aménagements dont ces sanctions peuvent être assorties.⁴⁷

Dans les deux cas, la Cour a estimé que les dispositions visées satisfaisaient au prescrit constitutionnel.

En guise de transition : Les droits et libertés, une thématique relativement peu présente dans la jurisprudence de la Cour

Les arrêts rendus au sujet des droits et libertés restent peu nombreux, peut-être parce que les dispositions de la Constitution sont, en quelque sorte, éclipsées par celles de la Convention européenne des droits de l'homme, que le juge du fond peut appliquer directement, en puisant dans la riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Quelques arrêts méritent néanmoins mention.

La Cour s'est prononcée très tôt sur la liberté religieuse. Dans une affaire où une famille réclamait, pour ses enfants, une dispense de l'obligation d'assister au cours en faisant valoir des raisons religieuses, elle a répondu en indiquant qu'il ne s'agissait pas d'une liberté absolue et qu'en particulier son exercice ne devait pas perturber le système éducatif.⁴⁸

La liberté du commerce et de l'industrie est abordée dans deux arrêts. Dans le premier, la Cour confirme que les restrictions découlant de la législation sur la protection de la nature n'apportent pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre.⁴⁹ Dans le second, la Cour valide la manière dont le législateur a mis en balance dans le régime de protection des délégués du personnel, la liberté du commerce et de l'industrie et la protection des salariés, les deux droits étant garantis par la Constitution.⁵⁰

Les arrêts de la Cour concernant la protection du droit de propriété sont bien connus. Rappelons que la Cour a, dès 2003, constaté l'inconstitutionnalité pure et simple de la législation sur l'expropriation, au motif que l'indemnité payée au propriétaire exproprié ne l'était pas préalablement à la privation de propriété.⁵¹

Les affaires dont elle est saisie permettent aussi à la Cour de bâtir, peu à peu, une théorie du régime de protection de la propriété. La Cour a suivi les orientations de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en incluant dans le périmètre de protection les atteintes aux attributs essentiels du droit de propriété.⁵² La Cour ajoutera vraisemblablement une autre pierre à cet édifice avant son vingtième anniversaire puisqu'elle doit encore statuer définitivement sur une question du tribunal administratif ayant trait à l'applicabilité de l'article 16 de la Constitution aux quotas d'émission attribués, puis retirés par l'État à une entreprise industrielle.

II. Les méthodes de la Cour

Après ce court tour d'horizon de la jurisprudence de la Cour des vingt dernières années, je voudrais formuler quelques observations, là encore rapides, sur la manière dont la Cour accomplit sa tâche.

La première observation, c'est que le travail de la Cour est méthodique, ou au moins ambitionne de l'être.

⁴⁷ C. const., 27 mai 2016, arrêt n° 122/16, Mém. A n° 97, 2016, p. 1827.

⁴⁸ C. const., 20 novembre 1998, arrêt n° 3/98, Mém. A, 1999, p. 13.

⁴⁹ C. const., 26 septembre 2008, arrêt n° 46/08, Mém. A. n° 158, 2008, p. 2196.

⁵⁰ C. const., 26 mars 2010, arrêts nos 55/10 et 56/10, Mém. A n° 58, 2010, pp. 1012 et 1014.

⁵¹ C. const., 7 février 2003, arrêt n° 16/03, Mém. A, 2003, p. 510 ; 12 mai 2006, arrêt n° 34/06, Mém. A, 2006, p. 1800 ; 12 mai 2006, arrêt n° 35/06, Mém. A, 2006, p. 1800.

⁵² C. const., 26 septembre 2008, arrêt n° 46/08, Mém. A. n° 158, 2008, p. 2196 ; 26 septembre 2008, arrêt n° 46/08, Mém. A. n° 158, 2008, p. 2196.

L'étude des arrêts de la Cour révèle en effet que la Cour tend à développer des trames d'analyse qu'elle applique ensuite systématiquement aux questions qui lui sont soumises.

On en trouve l'exemple le plus abouti dans les affaires ayant trait au principe d'égalité où, comme Patrick Kirsch l'avait déjà mis en relief en 2007,⁵³ la Cour applique systématiquement la même approche, qu'elle a développée dès ses premiers arrêts. La méthode consiste à rechercher d'abord si les législations divergentes, parfois en raison d'une interprétation jurisprudentielle, qu'on lui soumet concernent des situations qui, au départ, sont comparables. Si ce n'est pas le cas, la Cour ne poursuit pas. Si en revanche les situations qui lui sont soumises lui paraissent initialement comparables, comme cela a été le cas dans la majorité des cas qu'elle a eu à connaître, la Cour poursuit l'analyse en recherchant s'il existe, au sein des situations comparables des différences objectives auxquelles il est possible de rattacher un régime différent avant d'examiner si la différence de traitement est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

On peut également citer la formule utilisée, depuis 2013, dans les arrêts ayant trait à l'application de l'ancien article 32(3) de la Constitution (« l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi ») ou celle utilisée pour expliquer la portée de l'article 16 de la Constitution.

La technique que la Cour met en œuvre pour répondre aux questions conduit à une forme de standardisation des arrêts de la Cour.

Ce n'est pas vraiment surprenant. Toutes les juridictions, tous les juges, ont tendance à procéder de la sorte. Mais dans le cas des arrêts de la Cour, il n'en reste pas moins qu'il y a des situations où, entre les formules consacrées, les motivations spécifiques au cas traité sont vraiment très ramassées, pour ne pas dire laconiques.

Ce phénomène est exacerbé par le fait que la Cour ne reprend pas les arguments qui ont été présentés devant elle. Il est certes fait mention du fait que les conseils des parties ou le Ministère public ont déposé des écritures, mais la teneur des arguments d'ordre constitutionnel qui y sont développés n'est pas relatée et la Cour n'y répond pas, en tout cas pas d'une manière dialectique.

Le lecteur n'est ainsi pas distrait par la lecture d'arguments qui, finalement, n'ont pas porté, mais pour ceux qui s'intéressent aux questions constitutionnelles, cette approche est un facteur de frustration.

Que je me fasse bien comprendre : un certain degré d'abstraction est certainement nécessaire si on peut aboutir à une jurisprudence constitutionnelle consolidée et non pas à une succession de cas d'espèce – c'est, à mon sens, l'un des principaux arguments qui s'opposent à l'idée d'un contrôle de constitutionnalité dit « diffus » – mais la Cour constitutionnelle luxembourgeoise pousse peut-être cette exigence un peu trop loin.

Il faut noter, pour être complet, qu'il y a des matières où la Cour ne procède pas, ou pas encore, selon une méthode bien arrêtée. Les formules employées pour circonscrire la portée de l'article 14 de la Constitution, accusent par exemple des variations importantes. Peut-être la Cour n'a-t-elle pas encore trouvé la bonne formulation, qui couvre tous les aspects ? Ou alors peut-être cet article, de par l'importance et le nombre des principes qu'il consacre, se soustrait-il à la possibilité de le résumer dans une formule résumée ?

On relève aussi qu'il faut parfois plusieurs arrêts à la Cour pour dégager une trame d'analyse et que les formulations sont parfois complétées au fil du temps.

J'ai signalé une telle évolution notamment dans la jurisprudence de la Cour ayant trait au principe d'égalité et l'exigence du « cadrage normatif » a également connu une évolution, avec l'admission, dans un arrêt, du recours complémentaire aux dispositions d'une directive.

On peut ainsi noter que la séparation des pouvoirs, consacrée par la Cour dans son arrêt du 1^{er} octobre 2010 comme un principe « qui transcende l'ensemble des dispositions

⁵³ Patrick Kirsch, « L'égalité devant la loi », in : Jörg Gerkrath, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007*, éd. Pasicrisie luxembourgeoise, 2008, pp. 85 à 103.

constitutionnelles »⁵⁴ n'avait pas été prise en compte lorsque la Cour avait, quelques années auparavant, examiné la conformité des dispositions légales sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale qui attribuaient des compétences au procureur général d'État avec les articles 1^{er}, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution. Dans son arrêt du 17 novembre 2006, la Cour s'était en effet contentée du constat « qu'aucun des articles de la Constitution indiqués ne s'oppose soit isolément soit en combinaison à l'octroi des compétences contestées au procureur général d'État »⁵⁵ sans évoquer le principe plus fondamental dont ces dispositions sont le reflet.

Ce constat doit conduire à une certaine prudence lorsque, dans un domaine donné, il n'existe encore qu'un petit nombre d'arrêts. On mentionnera par exemple le récent arrêt du 9 décembre 2016, dans lequel la Cour explique que le second alinéa de l'article 11*bis* de la Constitution, que la Cour interprète comme visant à « assurer le respect de l'animal, pour soi-même, dans la manière de l'utiliser et de le traiter »⁵⁶. D'autres arrêts seront nécessaires pour apprécier la portée, voire la signification, de cette formule.

Un autre aspect qui mérite d'être relevé est le fait que la Cour se soucie parfois des suites de son arrêt. Dans une série d'arrêts où elle a constaté l'inconstitutionnalité de la disposition qui était soumise, la Cour prend en effet soin de fournir une indication sur la manière de remédier à l'inégalité.

C'était le cas, par exemple, dans certains arrêts ayant trait au droit de la famille où l'inégalité résultait de délais différents pour l'introduction d'une demande et où la Cour indique que la manière d'y remédier est d'ignorer le délai le plus court. Dans l'affaire où elle avait constaté une inégalité de traitement entre les fonctionnaires de l'État et ceux des communes, car seuls les premiers pouvaient faire appel à une commission de lutte contre le harcèlement, la Cour a estimé que l'égalité commandait que les fonctionnaires de l'État fussent également privés de la possibilité de saisir cette commission.

On rencontre aussi des indications de ce type dans des arrêts qui n'ont pas trait au principe d'égalité. Dans son arrêt du 13 octobre 2013 où elle sanctionnait le législateur pour avoir exclu que les propriétaires de terrains visés par des servitudes du fait de leur inclusion dans un projet d'aménagement général puissent prétendre à une indemnité de ce chef, la Cour a ainsi pris soin de préciser que son arrêt n'empêchait pas que de telles servitudes puissent être imposées.⁵⁷ Pour remédier à l'inconstitutionnalité, il suffit en effet que le juge ignore la disposition légale et admette des demandes d'indemnisation selon le droit commun.⁵⁸

Conclusion

En guise à la fois de conclusion et de transition vers les orateurs suivants, il me reste à poser une question quelque peu irrévérencieuse : la greffe a-t-elle pris ? La Cour a-t-elle trouvé sa place et est-elle reconnue à sa juste valeur ?

Sous cet angle, le bilan est malheureusement mitigé.

⁵⁴ C. const., 1^{er} octobre 2010, arrêt n° 57/10, Mém. A n° 180, 2010, p. 3004.

⁵⁵ C. const., 17 novembre 2006, arrêt n° 37/06, Mém. A n° 220, 2006, p. 3784.

⁵⁶ C. const., 9 décembre 2016, arrêt n° 127/16, Mém. A n° 254, 2016, p. 4590.

⁵⁷ La Cour administrative en a déduit dans un arrêt du 22 juin 2017 que « A supposer pour les besoins de la discussion que la servitude prononcée puisse être analysée en tant qu'expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution dans la mesure où les attributs du droit de propriété seraient épluchés – à l'image de l'artichaut – d'une manière telle qu'une pareille équivalence à une expropriation puisse être retenue, l'article 16 en question ne s'opposerait pas à ce que pareille servitude puisse être légalement prise du moment qu'elle se justifie par les conditions relevant de l'intérêt général et prévues par la loi, mais ouvrirait tout au plus une action en dommages et intérêts devant les juridictions civiles si tant était que le droit de propriété se trouverait vidé de telle manière de sa substance qu'une équivalence à une expropriation au sens dudit article 16 de la Constitution devrait être retenue » (Cour administrative, 22 juin 2017, n° 39166C).

⁵⁸ C. const., 4 octobre 2013, arrêt n° 101/13, Mém. A n° 182, 2013, p. 3474.

On ne peut en effet pas s'empêcher en effet de penser que les arrêts de la Cour ne font réagir le législateur que lorsqu'ils se révèlent bloquants.

Comment expliquer sinon le fait que les nombreux arrêts dans le domaine du droit de la famille que la Cour a rendus en deux décennies n'aient toujours pas abouti à une révision des dispositions afférentes du Code civil. Est-il acceptable que les citoyens découvrent lors de leur première consultation d'avocat ou peut-être seulement à la lecture du jugement que la loi qui leur est appliquée n'est finalement pas celle inscrite dans le Code qu'ils avaient peut-être consulté ?

De plus, on se rend compte qu'au lieu de modifier la loi pour la rendre conforme au principe constitutionnel affirmé par la Cour, le législateur, qui est aussi le constituant, a souvent réagi en atténuant le principe constitutionnel pour ainsi réhabiliter la loi. L'on songe notamment à la révision de l'article 16 de la Constitution, et à la récente révision de l'article 32(3).

Il faut manifestement réfléchir à un moyen de renforcer l'effet des arrêts de la Cour constitutionnels. Mais c'est l'objet des interventions de cet après-midi.

Les questions non posées

Nico Edon

Aux termes de l'article 95^{ter}, tel qu'il a été introduit dans la Constitution lors de la révision du 12 juillet 1996, « *la Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution* ».

Ledit article retient donc, de manière expresse, qu'il y a un contrôle juridictionnel de la conformité des lois à la Constitution, et que ce contrôle est réservé à la Cour Constitutionnelle.

Les modalités selon lesquelles la Cour Constitutionnelle est saisie d'une question de conformité d'une loi à la Constitution sont déterminées, selon l'article 95^{ter}, paragraphe (2) de la Constitution, par la loi.

C'est la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle qui règle, en son article 6, la saisine de la Cour Constitutionnelle par les juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Cet article 6 dispose que :

« Lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle.

Elle est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ;*
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ;*
- c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.*

Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever d'office après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations ».

La saisine de la Cour Constitutionnelle est donc en principe obligatoire. Ce n'est que dans les hypothèses visées à l'alinéa 2 de l'article 6 de la loi de 1997 qu'une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle.

Tout le problème est de savoir quelle est la marge d'appréciation dont disposent les juridictions, tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif, dans l'application des cas de dispense prévus par la loi.

Une analyse systématique des décisions des juridictions judiciaires et administratives à ce sujet, outre qu'elle nécessiterait un travail de longue haleine (au regard des chiffres fournis par le service de documentation, plus de 1.000 décisions rendues par les juridictions de l'ordre judiciaire entreraient en lice pour être examinées à ce sujet, auxquelles s'ajouteraient encore les décisions des juridictions de l'ordre administratif), dépasserait le cadre du présent colloque.

Aussi, l'examen ne portera-t-il que sur les décisions rendues par la Cour de cassation, durant les 20 ans d'existence de la Cour Constitutionnelle. 26 arrêts ont été sélectionnés. Dans 17 des dossiers ayant donné lieu à ces 26 arrêts, la disposition constitutionnelle par rapport à laquelle une non-conformité de la loi était affirmée était l'article 10^{bis} de la Constitution, c'est-à-dire le principe de l'égalité devant la loi.

L'exposé qui suit analysera d'abord les affaires ayant abouti devant la Cour de cassation dans lesquelles une possible violation de l'article 6 de la loi de 1997 était en cause. Seront ensuite analysées les affaires dans lesquelles une question préjudicielle de constitutionnalité a été soulevée par une partie en instance de cassation, et où la Cour de cassation a elle-même eu à se prononcer sur une éventuelle dispense de saisir la Cour Constitutionnelle.

I. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation faite par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 de saisir la Cour Constitutionnelle, hormis les cas de dispense prévus à l'article 6 de ladite loi

A. Violation sanctionnée par la cassation de la décision attaquée

Un premier arrêt date du 10 juillet 2003 (n° 41/03, numéro 2007 du registre) et a été rendu dans le cadre d'une affaire où une demande d'adoption simple, par les grands-parents, de leur petite-fille, a été rejetée, alors que l'enfant avait bénéficié auparavant d'une adoption plénière et ce au regard de l'article 349 du Code civil qui interdit les adoptions successives. La Cour de cassation retient que « les juges d'appel, en retenant que l'article 349 du Code civil n'est pas de nature à créer une inégalité entre un enfant légitime et un enfant pleinement adopté et *en ne se prononçant pas sur les cas de dispense qui les autoriseraient à y statuer sans saisir la Cour Constitutionnelle*, ont violé l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 ».

Un deuxième arrêt a été rendu le 16 février 2006 (n° 10/06, numéro 2257 du registre). Le problème au fond concernait la prescription applicable à l'indemnité de départ due à un salarié par son employeur. Les juridictions de fond avaient déclaré applicable la prescription édictée par l'article 189 du Code de commerce, sans déférer à la demande du salarié de saisir la Cour Constitutionnelle de la question préalable de la conformité de cette disposition dérogatoire au droit commun avec le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi au regard de la différence de traitement ainsi instaurée entre les salariés au service d'un commerçant et ceux travaillant pour un non-commerçant qui bénéficient de la prescription de trente ans de l'article 2262 du Code civil. Le refus était motivé par *l'inexistence d'une disposition constitutionnelle correspondante sous la numérotation indiquée dans le libellé de la question*. La Cour de cassation a considéré que cette indication erronée était le fruit d'une erreur matérielle ne pouvant cependant laisser aucun doute raisonnable quant à la portée et le sens de la question soulevée. En ne saisissant pas la Cour constitutionnelle, au besoin et comme la loi le leur impose d'office, de la question dont la réponse était nécessaire pour la solution du litige au regard de l'article 189 du Code de commerce, les juges d'appel ont violé l'article 6 de la loi de 1997.

Un troisième arrêt a été rendu le 25 février 2010 (n° 11/10, numéro 2698 du registre). Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation, était en cause la constitutionnalité de l'article 196 de l'actuel Code de la sécurité sociale (disposition légale qui exclut du bénéfice de la pension de survie le conjoint survivant, si le conjoint prédécédé était titulaire au moment du mariage (ou du partenariat) d'une pension de vieillesse ou d'invalidité, sauf exceptions, en termes de durée du mariage ou du partenariat, suivant la différence d'âge entre les conjoints ou partenaires) au regard du principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Le conjoint survivant, qui demandait l'obtention de la pension de survie, avait soutenu devant le Conseil supérieur des assurances sociales (actuellement le Conseil supérieur de la sécurité sociale) que ledit article 196 renfermerait une discrimination fondée sur le sexe, l'âge et le handicap.

La Cour de cassation a retenu que les juges d'appel, sans avoir examiné au préalable le cas de dispense prévu à l'article 6, alinéa 2, b) de la loi du 27 juillet 1997 (« question dénuée de tout fondement »), ont décidé de la constitutionnalité de la disposition légale attaquée au regard des critères de comparabilité, de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité tels que dégagés par la Cour Constitutionnelle, et que le Conseil supérieur des assurances sociales, en empiétant ainsi sur la compétence de la Cour Constitutionnelle, a violé l'article 6 de la loi de 1997.

L'arrêt contient une précision importante, concernant la marge d'appréciation des juridictions devant lesquelles une question de constitutionnalité est soulevée : *« le défaut de tout fondement qui dispense le juge du fond de saisir la Cour Constitutionnelle doit être évident et manifeste au point de s'imposer à lui »*.

De l'arrêt du 25.2.2010, il y a lieu de rapprocher un arrêt rendu le 16 février 2017 (n° 15/2017, numéro du registre 3753) qui a été rendu dans une affaire où à nouveau la constitutionnalité de l'article 196 du Code de la sécurité sociale était en cause. Dans la décision déférée, le Conseil supérieur de la sécurité sociale avait été saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité de la disposition légale en cause par rapport au principe de l'égalité des citoyens devant la loi, alors que l'exigence d'une durée de mariage de 10 ans pour les couples ayant eu une différence d'âge de plus de 15 ans serait discriminatoire du moment que pour les couples ayant eu une différence d'âge de moins de 15 ans, une durée de mariage d'1 an serait suffisante pour pouvoir prétendre à l'obtention d'une pension de survie. Le Conseil supérieur avait retenu que la différenciation entre les couples à différence de plus de 15 ans et les couples ayant une différence d'âge de moins de 15 ans peut être rationnellement justifiée, l'exigence d'une durée de mariage de 10 ans pour les couples ayant une différence d'âge de plus de 15 ans étant destinée à enrayer certains abus, de sorte que la question était dénuée de tout fondement.

L'arrêt du Conseil supérieur a été cassé aux motifs que *« le Conseil supérieur, après avoir retenu que le législateur a opéré, pour l'obtention de la pension de survie une différenciation entre les couples mariés, en termes de durée du mariage, suivant la différence d'âge existant entre conjoints, ne pouvait déclarer la question de la conformité de l'article 196 à l'article 10bis de la Constitution dénuée de tout fondement ; qu'il aurait au contraire dû saisir d'une question préjudicielle la Cour Constitutionnelle à laquelle revient la décision si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »*.

En définitive, la Cour de cassation aurait également pu retenir en l'espèce un empiètement du Conseil supérieur sur la compétence de la Cour Constitutionnelle, à l'instar de ce que la Cour de cassation avait décidé dans son arrêt du 25 février 2010.

Il n'est peut-être pas sans intérêt de noter que l'arrêt du 16 février 2017 a eu des répercussions immédiates, dans la mesure où le Conseil supérieur de la sécurité sociale, dans un autre dossier, vient de saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante : *« l'article 196, alinéa 2, point c) du Code de la sécurité sociale en ce qu'il interdit au partenaire, dans l'hypothèse où le bénéficiaire d'une pension de vieillesse ou d'invalidité est son aîné de plus de quinze années, de percevoir une pension de survie au décès de ce dernier, alors que pareille restriction est exclue dans l'hypothèse où le bénéficiaire de pension est son aîné de moins de 15 ans, est-il conforme à l'article 10bis, alinéa 1, de la Constitution ? »*.

Il reste un dernier arrêt, où la Cour de cassation a censuré la juridiction de fond pour violation de l'article 6 de la loi de 1997 : Un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière pénale le 25 mars 2010, (numéro 19/2010 pénal, numéro 2723 du registre) a cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel, siégeant en matière correctionnelle, qui avait refusé, en se fondant sur l'article 6, alinéa 2, b) de la loi de 1997, de saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle portant sur la conformité de dispositions de la loi concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques avec l'article 10bis, alinéa 1, de la Constitution. Étaient plus particulièrement en cause les dispositions légales prévoyant la confiscation obligatoire du véhicule, et la fixation d'une amende subsidiaire pour le cas de non exécution de la confiscation, en cas de commission d'un nouveau délit d'ivresse au volant dans le délai de récidive légale (qui est de 3 ans depuis une réforme législative opérée en 2007). La question avait été soulevée d'un traitement inégalitaire entre prévenus à raison de la différence de valeur des véhicules dont la confiscation était prononcée, et partant du montant de l'amende subsidiaire à fixer.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 25 mars 2010, a recadré les questions de constitutionnalité qui avaient été soulevées en instance d'appel, en considérant qu'était dans le débat la question d'une éventuelle discrimination dans la sanction encourue (en particulier en ce qui concerne l'amende subsidiaire, qui a le caractère d'une peine, à fixer par la juridiction répressive) par le conducteur propriétaire du véhicule par rapport au conducteur non propriétaire du véhicule, si ces deux usagers de la route se trouvent convaincus de la même infraction et se trouvent en état de récidive légale. Elle a estimé que *« cette question n'a pas encore été soumise à l'examen de la Cour Constitutionnelle et que la solution est en relation directe avec la sanction infligée au prévenu ; que la question est sérieuse et mérite un examen approfondi ; que les juges d'appel auraient dès lors dû déférer la question à la Cour Constitutionnelle »*.

Les différents arrêts ayant abouti à la cassation de la décision déferée donnent lieu aux observations suivantes :

Dans les deux premières affaires, le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la loi de 1997 a, à chaque fois, été relevé d'office par la Cour de cassation. Il s'agit donc d'un moyen d'ordre public.

La Cour de cassation note, dans le premier arrêt ci-dessus cité, que le principe de l'égalité des citoyens devant la loi a été dans le débat d'après l'énoncé même de l'arrêt attaqué, pour constater ensuite que les juges d'appel ne se sont pas prononcés quant à l'existence, en l'espèce, d'un des cas de dispense de saisine de la Cour Constitutionnelle tels que prévus à l'article 6 de la loi de 1997. Il n'est donc pas nécessaire que les juges du fond soient saisis d'une question de constitutionnalité en due forme. Dans le deuxième arrêt, la Cour de cassation note que les juges du fond ne sauraient se retrancher derrière une indication erronée de la disposition constitutionnelle par rapport à laquelle existerait une incompatibilité, du moment qu'il ne peut y avoir aucun doute raisonnable quant à la portée et le sens de la question soulevée. Sauf à relever l'inexistence de la disposition constitutionnelle invoquée, l'arrêt attaqué n'avait pas motivé ni en quoi la demande serait dénuée de tout fondement ni en quoi la réponse à la question ne serait pas nécessaire pour rendre une décision ; la Cour de cassation a elle-même écarté cette dernière hypothèse, face au constat que, selon les juges d'appel, l'article 189 du Code de commerce était applicable en l'espèce, de sorte que la réponse était nécessaire pour la solution du litige. Le troisième arrêt du 25 mars 2010, rendu en matière pénale, opère également le constat d'une absence de motivation sur la dispense de saisir la Cour Constitutionnelle.

La Cour de cassation vérifie donc si en présence d'une question de constitutionnalité qui était dans les débats, peu importe sa formulation, les juges du fond ont motivé leur décision de ne pas saisir la Cour Constitutionnelle selon les prescrits figurant à l'article 6, alinéa 2, de la loi du 27 juillet 1997.

Dans l'arrêt du 25 février 2010, et encore dans l'arrêt de 2017, le contrôle de la Cour de cassation est plus poussé : il s'agit d'éviter qu'une juridiction devant laquelle une question de constitutionnalité est soulevée, tranche elle-même la question, sous le couvert du cas de dispense « question dénuée de tout fondement » prévu à l'article 6, alinéa 2, b) de la loi de 1997. La Cour de cassation ne se limite donc pas à vérifier l'existence purement formelle d'une motivation. Elle se livre à un contrôle de cette motivation, à la lumière de la question de constitutionnalité soulevée, et de la nécessité de la réponse à la question pour la solution du litige.

La Cour de cassation a précisé dans l'arrêt de mars 2010, que la question soulevée n'avait pas encore fait l'objet d'une décision par la Cour Constitutionnelle, que la question était sérieuse et méritait un examen approfondi, ce qui rejoint, en substance, la formule utilisée par l'arrêt de février 2010 selon laquelle le défaut de tout fondement de la question doit être évident et manifeste. Seule différence entre les deux arrêts : la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt de février 2010 ne laisse plus place à aucune marge d'appréciation de la part de la juridiction de renvoi, (en fait la question soulevée a fait l'objet d'une saisine de la Cour Constitutionnelle par la Cour d'appel de renvoi, et la Cour Constitutionnelle a statué sur

la question par son arrêt n° 59/11 du 7 janvier 2011), tandis que la formule utilisée par l'arrêt de mars 2010 ne fait qu'encadrer cette appréciation.

B. Absence de violation de l'article 6 par les juges du fond

Dans l'affaire ayant donné lieu à cassation par arrêt du 25 février 2010, la Cour de cassation a été saisie d'un nouveau pourvoi contre l'arrêt rendu par le Conseil supérieur des assurances sociales sur renvoi (arrêt n° 6/12 du 16 février 2012, numéro 2900 du registre).

Cette fois-ci, la juridiction d'appel s'était prononcée sur le cas de dispense prévu à l'article 6, alinéa 2, b) de la loi de 1997, et avait retenu que la question de constitutionnalité était dénuée de tout fondement. La Cour de cassation qui avait été saisie de plusieurs moyens de cassation, faisant valoir que la condition du cas de dispense prévu par l'article 6, alinéa 2, b) n'était pas réunie dans le cas d'espèce, a retenu que les juges du fond, d'une part, ont constaté que l'article 196 du Code des assurances sociales, à la simple lecture, est absolument neutre quant au sexe des personnes auxquelles il s'applique identiquement et dès lors ne renferme pas de discrimination directe fondée sur le sexe ; la Cour de cassation relève ensuite que les juges d'appel ont développé des considérations au sujet des données statistiques invoquées par la demanderesse en cassation destinées à établir une discrimination indirecte fondée sur le sexe, et la Cour de cassation a retenu que les juges d'appel ont ainsi retenu *souverainement* qu'il n'existait pas de discrimination indirecte fondée sur le sexe et que, sur base des considérations par eux développées, les juges d'appel *ont pu* conclure à l'application de l'article 6, alinéa 2, b) de la loi du 27 juillet 1997.

Différents autres arrêts ont également retenu l'absence de violation de l'article 6, de la loi de 1997 par les juges du fond :

- **Arrêt n° 9/2011 pénal du 27 janvier 2011 (numéro du registre 2816)** : incompatibilité de l'article 134-1, paragraphe 3 du Code d'instruction criminelle avec l'article 10*bis* de la Constitution ; pouvoir de la Chambre du conseil de la Cour d'appel d'ordonner l'inculpation de personnes qui n'ont pas été renvoyées par l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal, pour les infractions résultant du dossier, création non justifiée d'une catégorie de personnes soumises à un régime légal différent et discriminatoire du régime de droit commun de l'instruction pénale. La Cour de cassation énonce que la Cour d'appel, en énonçant que les parties sont forcloses à saisir la juridiction de jugement d'une nullité tirée d'une éventuelle violation de l'article 134-1 (3) du Code d'instruction criminelle pour en conclure qu'elle était dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle des questions préjudicielles soulevées, la réponse à ces questions ne s'avérant pas nécessaire pour rendre sa décision, cas prévu par l'article 6, alinéa 2, c) de la loi de 1997, n'a pas violé l'article 6 de la loi de 1997.

Dans ledit arrêt la Cour de cassation a encore retenu qu'elle était elle-même dispensée de renvoyer à la Cour Constitutionnelle les questions, dans la mesure où la réponse à ces questions n'était pas nécessaire pour la solution du litige en l'absence d'un pourvoi contre la décision de règlement de la procédure.

- **Arrêt n° 61/13 du 11.7.2013 (numéro 3223 du registre)** : différence de traitement alléguée entre le travailleur indépendant et le travailleur salarié quant à la computation du montant des indemnités de chômage complet. La Cour de cassation a retenu que les juges du fond ont constaté que la situation, au niveau de la perception et de la détermination des revenus, entre le travailleur indépendant et le travailleur salarié est foncièrement différente, et que cette différence n'est pas créée par la loi, mais est inhérente à la situation professionnelle des deux catégories de travailleurs dont les revenus répondent à des logiques différentes ; *« que face au constat que les deux situations ne sont pas comparables, les juges d'appel, sans violer la disposition légale visée au moyen (l'article 6, alinéa 2, de la loi du 27 juillet 1997), ont pu conclure que la question préjudicielle soulevée est dénuée de tout fondement »* ;

- **Arrêt n° 50/2013 pénal du 11.7.2013 (numéro du registre 3209)** : un prévenu poursuivi du chef d'assassinat, et subsidiairement de meurtre et qui a en définitive été déclaré coupable de meurtre, avait soulevé une question de constitutionnalité qui mettait en exergue

l'absence de différenciation opérée par le législateur au niveau des peines sanctionnant l'assassinat et le meurtre. La Cour de cassation a rejeté le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la loi de 1997 aux motifs qu'en l'espèce la Cour d'appel a pu retenir que si une inégalité contraire à l'article 10*bis* de la Constitution peut se concevoir si deux ou plusieurs catégories de personnes sont, par rapport à une situation donnée, traitées de manière différente, tel n'est pas le cas lorsque deux catégories de personnes sont, par rapport à des situations différentes, traitées de la même manière. La Cour de cassation d'ajouter que l'assassinat diffère du meurtre par la préméditation, que celle-ci soit considérée comme une circonstance aggravante du meurtre ou constitutive d'une infraction autonome. Enfin, la Cour de cassation a souligné que les problèmes de l'utilité d'une distinction entre meurtre et assassinat, non accompagnée d'une différenciation au niveau de la peine, et de la proportionnalité entre infraction et peine, soulevés par le demandeur en cassation, ne peuvent être réglés par la Cour Constitutionnelle dans le cadre d'une saisine portant sur la question d'une violation, par les articles 393 et 394 du Code pénal, du principe d'égalité consacré par l'article 10*bis* de la Constitution. C'est donc à un double titre que la question soulevée a été considérée comme dénuée de tout fondement

- **Arrêt n° 38/2014 pénal du 23 octobre 2014 (numéro du registre 3396)** : incompatibilité du décret du 18 juin 1811 contenant règlement pour l'administration de la justice en matière criminelle, de police correctionnelle et de simple police et tarif général des frais, et plus particulièrement l'article 39, avec les articles 13, 14, 16 et 17 de la Constitution. La Cour de cassation énonce qu'en retenant que le décret de 1811 n'était pas applicable, la Cour d'appel a implicitement, et par une motivation suffisante, rejeté comme inopérantes les conclusions du demandeur en cassation reproduites dans son moyen dirigées contre le décret de 1811. La Cour de cassation admet ainsi que les questions de constitutionnalité soulevées n'étaient pas nécessaires à la solution du litige.

- **Arrêt n° 45/15 du 21 mai 2015 (numéro du registre 3485)** : incompatibilité de l'article 299 du Code civil avec les articles 16 et 17 ainsi que l'article 11 de la Constitution ; adoption par contrat de mariage du régime de la communauté universelle de biens, apport à la communauté d'un bien constituant jusqu'à l'adoption du régime de la communauté universelle un bien propre du mari, , clause de reprise en cas de dissolution du mariage par divorce, clause conventionnelle tenue en échec par les dispositions d'ordre public de l'article 299 du Code civil. La Cour de cassation énonce que les juges du fond ont correctement retenu qu'en adoptant le régime matrimonial de la communauté universelle, les époux ont mis volontairement en commun tous leurs biens, tant meubles qu'immeubles, tant présents qu'à venir ; qu'en l'espèce le mari a sciemment et volontairement gratifié la communauté d'un bien immeuble et qu'il ne saurait être question d'aucune atteinte au droit de propriété, d'aucune discrimination, ni d'aucune confiscation par un tiers ; que les juges du fond ont ainsi pu, par application de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, dire qu'il n'y a pas lieu à renvoi devant la Cour constitutionnelle, le concept de « question non pertinente pour la solution du litige » utilisé par eux étant à remplacer par celui de « question dénuée de tout fondement » auquel aboutit également leur raisonnement.

- **Arrêt n° 08/2017 du 26 janvier 2017 (numéro du registre 3720)** : dispositions de l'article 1047 du Nouveau Code de procédure civile (« les audiences du juge des tutelles ne sont pas publiques ») violant l'article 88 de la Constitution. La Cour de cassation énonce qu'il résulte de la lecture de l'arrêt entrepris que le demandeur en cassation n'avait pas spécialement sollicité la publicité de l'audience de la Cour d'appel, mais qu'il s'était limité à demander à cette dernière de saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle soulevée ; que c'est partant sans violer l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 que la Cour d'appel a pu considérer que la question soulevée, de nature purement théorique, n'était pas nécessaire pour la solution du litige.

II. Questions de constitutionnalité soulevées devant la Cour de cassation

A. Saisine de la Cour Constitutionnelle par la Cour de cassation

L'article 6 de la loi de 1997, en ce qu'il fait obligation aux juridictions de l'ordre judiciaire de saisir la Cour Constitutionnelle d'une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution soulevée par une partie, vise bien évidemment aussi la Cour de cassation.

Il y a deux affaires dans lesquelles la Cour Constitutionnelle a été saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation. Il s'agit d'abord d'une affaire où par arrêt n° 35/07 du 21 juin 2007 (numéro du registre 2420), la Cour de cassation a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle si l'article 334-2, alinéa 2, première phrase du Code civil dans sa version antérieure à la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants, aux termes duquel l'enfant naturel acquiert le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents, en tant qu'il donne la préférence dans la situation visée par la loi au nom du père naturel, est compatible avec le principe de l'égalité des citoyens devant la loi édicté par l'article 10*bis* (1) de la Constitution.

Cette affaire a donné lieu à l'arrêt n° 44/08 du 6 juin 2008 de la Cour Constitutionnelle, qui a jugé que la disposition légale en question, dans sa version antérieure à la loi du 23 décembre 2005, n'était pas compatible avec le principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

Ensuite, la Cour de cassation, dans une autre affaire, pénale cette fois-ci, par un arrêt n° 1/2011 pénal du 13 janvier 2011 (numéro du registre 2798), a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante : En ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquiescement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle : - est-il contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ? - est-il contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de partie à l'instance ?

La Cour Constitutionnelle, par arrêt 67/11 du 20 mai 2011, a jugé, quant à la première question, qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre l'article 412 du Code d'instruction criminelle et l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er} de la Constitution ; quant à la deuxième question, la Cour Constitutionnelle a jugé que la disposition légale en cause était contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er} de la Constitution.

Les deux décisions, qui ne rentrent donc pas directement dans le sujet ayant trait aux questions non posées, sont intéressantes quant à la façon de procéder, et qui devrait être la règle quelle que soit la juridiction de l'ordre judiciaire devant laquelle une question de constitutionnalité est soulevée : dans les deux arrêts, la Cour de cassation expose à chaque fois que la réponse aux questions de constitutionnalité soulevées par le demandeur en cassation est nécessaire pour rendre une décision, que ces questions ne sont pas dénuées de tout fondement et que la Cour Constitutionnelle n'a pas encore statué sur des questions ayant le même objet, pour retenir qu'il y a dès lors lieu de saisir la Cour Constitutionnelle des questions énoncées au dispositif.

B. Cas dans lesquels la Cour de cassation a retenu une dispense de saisir la Cour Constitutionnelle

De prime abord, il y a lieu de signaler que les questions de constitutionnalité peuvent surgir de manière variée devant la Cour de cassation. Il y a les cas où la Cour de cassation est saisie pour la première fois de la question, parce qu'elle est inhérente à l'exercice de la voie de recours extraordinaire de la cassation (arrêt n° 1/2011 pénal précité) ; il y a ensuite les cas où une question de constitutionnalité naît de l'application de la loi par les juges du fond ; il y a enfin les cas où la question était dans les débats devant les juridictions de fond, mais

aucune partie n'a formellement soulevé une question de constitutionnalité, et le juge du fond ne l'a pas non plus soulevée d'office.

Dans la première catégorie rentrent les affaires où une question de constitutionnalité a été soulevée, alors que l'exercice de la voie de recours extraordinaire de la cassation se heurtait à des dispositions légales prohibant le pourvoi immédiat. C'est plus particulièrement à propos de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, interdisant de se pourvoir immédiatement et avant la décision définitive, contre les décisions préparatoires ou d'instruction, que la compatibilité de ladite disposition légale, le plus souvent avec l'article 10*bis* de la Constitution, une fois également avec l'article 11 de la Constitution, a été mise en cause. La Cour de cassation par plusieurs arrêts (n° 13/2011 pénal et n° 14/2011 pénal du 3.3.2011, numéros du registre 2825 et 2826 ; n° 82/2011 pénal du 14.7.2011, numéro du registre 2948), a déclaré les questions de constitutionnalité par rapport à l'article 10*bis* de la Constitution comme étant sans fondement aucun, en ce qu'elles tablaient sur une différenciation entre inculpés opérée par la loi ; la Cour de cassation a retenu que la lecture du texte incriminé permet de constater que l'interdiction du recours immédiat en cassation et les exceptions à cette interdiction ne créent pas des catégories distinctes de personnes. La distinction mise en cause ne procède pas d'une différenciation entre inculpés opérée par la loi, mais elle procède de la nature de la décision prononcée en dernier ressort.

Dans une autre affaire, une question préjudicielle avait été soulevée cette fois-ci par une victime d'infraction, et la Cour de cassation, dans son arrêt n° 9/2016 pénal, du 18 février 2016, (numéro du registre 3588), rappelle qu'une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle à titre préjudiciel si elle estime que la question à lui poser est dénuée de tout fondement. La Cour de cassation a énoncé que l'article 416 n'opère ni une discrimination entre les victimes d'infractions informatiques et les victimes d'autres types d'infractions, ni ne prive la victime d'infractions informatiques d'un recours effectif (ceci en réponse à l'argumentation que l'article 416, en privant les victimes d'infractions informatiques d'un recours effectif, les priverait d'un droit naturel garanti par la Constitution au titre de l'article 11, paragraphe 1).

L'enseignement qu'on peut tirer de ces arrêts, tout comme d'ailleurs d'un certain nombre d'autres arrêts rendus par la Cour de cassation à propos de la violation alléguée de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 et dont il a été question ci-avant, c'est qu'une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle, lorsqu'elle constate que la loi n'opère aucune différence de traitement entre catégories de personnes.

Dans la deuxième catégorie d'affaires (question de constitutionnalité soulevée dans le contexte de l'application de la loi par les juges du fond), il y a lieu de faire état d'un arrêt rendu le 10 mars 2005 (n° 17/05, numéro du registre 2168). Il s'agissait d'une demande introduite par une personne devant les juridictions du travail se disant avoir été engagée par l'Etat en tant que chargé de cours et avoir été licenciée oralement avec effet immédiat. En instance d'appel, la Cour d'appel a partiellement fait droit à la demande en indemnisation. Sur pourvoi de l'Etat, la Cour de cassation a soulevé d'office le moyen tiré de l'article 11, alinéa premier, de la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat, attribuant pour les contestations résultant du contrat d'emploi, de la rémunération et des sanctions et mesures disciplinaires, compétence à la juridiction administrative. Lors des débats à l'audience de la Cour de cassation, le défendeur en cassation avait déclaré soulever dans un ordre d'idées subsidiaire la question de la constitutionnalité de l'article 11, alinéa 1^{er} de la loi de 1972 par rapport aux articles 84 et 94 de la Constitution. La Cour de cassation retient qu'en n'indiquant toutefois aucunement en quoi la disposition légale serait incompatible avec les articles invoqués de la loi fondamentale qui se bornent, le premier, à affirmer la compétence plénière des juridictions de l'ordre judiciaire en matière civile, et le second, visé sans doute en son alinéa 2, à prévoir l'organisation de juridictions du travail par voie législative, la question telle que formulée est sans fondement au sens de l'article 6, alinéa 2, b) de la loi du 27 juillet 1997.

Cette décision présente la particularité que la Cour de cassation a pris en considération des questions, formulées pour la première fois lors des débats à l'audience de la Cour de

cassation. Il ne pouvait d'ailleurs guère en être autrement, dans la mesure où le texte légal dont l'inconstitutionnalité était alléguée, n'est entré dans le débat qu'à la suite des conclusions du Parquet général et que les parties n'ont pu y prendre position que lors des débats à l'audience.

L'arrêt en question peut être rapproché d'un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu le 20.5.2010 (n° 24/2010 pénal, numéro du registre 2750). La Cour de cassation, dans ledit arrêt a examiné des questions de constitutionnalité qui avaient été soulevées par le demandeur en cassation dans le dispositif de son mémoire, alors même que ces questions, ainsi que la Cour le note, ne se référaient à aucun moyen de cassation invoqué par le demandeur à l'appui de son pourvoi. La Cour de cassation ne fait donc pas preuve de formalisme pour accepter d'examiner des questions de constitutionnalité soulevées devant elle, ce qui est dans la logique même du contrôle de constitutionnalité institué par l'article 95^{ter} de la Constitution et des modalités de saisine mises en œuvre par la loi du 27 juillet 1997.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 24/2010 pénal, qui avait trait à la nature du rétablissement des lieux en leur pristin état ordonné par les juridictions répressives, la Cour de cassation énonce que, dans le dispositif de son mémoire, le demandeur demande de saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle sur la compatibilité de la suppression de travaux et le rétablissement des lieux en leur pristin tel que prévu à l'article 58 de la loi du 12 juin 1937 concernant l'aménagement des villes et autres agglomérations importantes par rapport à l'article 14 de la Constitution. Dans la mesure toutefois où la condamnation au rétablissement des lieux a été prononcée sur base de l'article 9 de la loi du 27 juin 1906 concernant la Santé publique, la demande de renvoi devant la Cour Constitutionnelle a été déclarée irrecevable.

La Cour de cassation, si elle ne fait pas preuve de formalisme quant à la présentation des questions de constitutionnalité soulevées devant elle, se montre cependant plus stricte lorsqu'il s'agit d'apprécier le fondement de ces questions : la partie qui soulève la question doit fournir pour le moins un minimum d'indications sur l'incompatibilité alléguée d'une disposition légale par rapport à une disposition constitutionnelle. La partie ne peut pas non plus soulever une question de constitutionnalité au sujet d'une disposition légale étrangère au litige.

Dans le cadre d'un autre pourvoi, ayant donné lieu à un arrêt du 16.6.2011 (n° 42/11, numéro du registre 2868), la partie demanderesse en cassation, dans le contexte d'un moyen tiré de la violation de la loi, en l'occurrence l'article L. 124-6 du Code du travail, avait en ordre subsidiaire soulevé une question de constitutionnalité de cette disposition légale par rapport à l'article 10bis de la Constitution (la question soulevée mettait en exergue une inégalité de traitement qui résulterait du fait que le salarié licencié avec préavis n'a droit qu'au quotient différentiel, si, durant la période de préavis avec dispense de travail, il a retrouvé un nouvel emploi moins bien rémunéré, alors qu'en cas de licenciement immédiat jugé abusif, le salarié aurait droit à une indemnité compensatoire de préavis ne tenant pas compte de ce qu'il a le cas échéant retrouvé un nouvel emploi durant la période de préavis non respectée). La Cour de cassation a examiné la question en retenant qu'elle était dénuée de tout fondement, dès lors que la situation d'une personne licenciée avec préavis se distingue fondamentalement de celle d'une personne licenciée abusivement avec effet immédiat.

Dans un arrêt rendu le 25 avril 2013 (n° 30/13, numéro du registre 3183), la Cour de cassation était saisie d'une question de constitutionnalité soulevée en ordre subsidiaire et qui faisait état d'une incompatibilité de l'article 70 de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression, de par l'extension jurisprudentielle du délai de prescription de trois mois à des cas de responsabilité y non prévus, par rapport à l'article 11 de la Constitution en ce qu'il garantit la protection de la vie privée et exige que toute ingérence à un droit de l'homme (en l'espèce le droit à l'image) soit clairement et précisément établie par la loi. Selon la Cour de cassation *« la demanderesse en cassation soutient en substance que la section 3 de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression, qui traite de la protection de la vie privée, ne contient aucune disposition spécifique sur le droit à l'image, et que dès lors le droit à l'image n'est pas visé par ladite loi et qu'en étendant la prescription de trois mois aux atteintes au droit à*

l'image, l'article 70 de la loi du 8 juin 2004 dépasse le cadre de la loi et se heurte à l'article 11 de la Constitution ». La Cour de cassation relève ensuite que « *toutefois l'article 11 (3) de la Constitution ne mentionne pas non plus spécialement le droit à l'image, étant libellé comme suit « L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi » ; que la demanderesse en cassation ne peut donc, à l'appui de sa question d'une compatibilité de l'article 70 de la loi du 8 juin 2004 avec l'article 11 de la Constitution, interpréter la protection de la vie privée garantie par l'article 11 de la Constitution comme englobant le droit à l'image, tout en refusant la même interprétation à la protection de la vie privée traitée dans la section 3. de la loi du 8 juin 2004* ». La Cour de cassation retient en conclusion que la question préjudicielle est manifestement dénuée de tout fondement.

La Cour de cassation a ainsi en quelque sorte sanctionné l'incohérence de la question de constitutionnalité soulevée.

Dans un arrêt n° 17/2016 pénal du 28 avril 2016 (numéro du registre 3589), et concernant la question préjudicielle, la Cour de cassation retient que contrairement à ce qui y est énoncé, la juridiction de fond en matière correctionnelle jouit, quant aux mesures d'instruction sollicitées, des mêmes pouvoirs que le président de la chambre criminelle ; que la question préjudicielle de constitutionnalité, *basée sur de fausses prémisses*, est dénuée de tout fondement ;

Il y a finalement un arrêt du 16 février 2017 (n° 17/2007, numéro du registre 3740) où la Cour de cassation, statuant sur un moyen de cassation tiré de l'inconstitutionnalité d'une soumission en matière de droits de succession et de droits de mutation au regard de l'article 101 de la Constitution, a retenu qu'elle n'est pas compétente pour contrôler la constitutionnalité d'un acte, telles une soumission ou une pratique de l'Etat ; qu'il en suit que le moyen est irrecevable et qu'il en suit encore qu'il n'y pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle.

La troisième catégorie d'affaires est celle où la question de constitutionnalité était dans les débats sans cependant jamais avoir été soulevée en termes de question préjudicielle par une partie devant les juridictions du fond.

A titre d'illustration, il est possible de citer les arrêts 67/14 et 68/14 du 6.11.2014 (numéros du registre 3380 et 3381) : exclusion du bénéficiaire d'un titre de séjour « vie privée » renouvelé du bénéfice de l'aide matérielle en espèces ; contrariété de l'article 4 de la loi du 18 décembre 2009 sur l'aide sociale avec l'article 11, paragraphes 1 et 5 de la Constitution.

Le Parquet général avait noté dans ses conclusions la situation procédurale atypique où le demandeur en cassation avait omis, devant la juridiction d'appel, de solliciter une saisine de la Cour Constitutionnelle, alors qu'il le fait formellement devant la Cour de cassation, déplaçant ainsi la question de la saisine d'un niveau de juridiction. Face à cette situation, la Cour de cassation avait, selon les conclusions du Parquet général, le choix entre trois démarches : - casser l'arrêt entrepris pour violation de l'article 6 de la loi de 1997 ; - statuer sur la question de la saisine de la Cour Constitutionnelle, en appréciant les critères de l'article 6 de la loi de 1997 ; - dans l'hypothèse où la Cour de cassation devait estimer que la question constitutionnelle soulevée est de toute manière dénuée de fondement, procéder par substitution de motifs en « intégrant » l'analyse quant au caractère non fondé de la question dans l'arrêt entrepris.

La Cour de cassation a procédé en l'espèce par substitution de motifs. Elle a tout d'abord retenu que c'est à raison que le Conseil supérieur de la sécurité sociale, pour rejeter le moyen tiré d'une prétendue contrariété de l'article 4 de la loi du 18 décembre 2009 aux paragraphes 1 et 5 de l'article 11 de la Constitution a, conformément à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, retenu que le droit à une aide matérielle en espèces prend son fondement dans le droit positif et non dans le droit naturel. Elle ajoute ensuite, d'une part, que le principe de territorialité étant à la base des régimes d'aide sociale, l'Etat ne saurait se voir reprocher d'avoir violé la dignité humaine en soumettant l'octroi de cette aide à certaines conditions, et, d'autre part, que la lutte contre la pauvreté constitue une finalité de l'Etat mais ne fonde pas un droit individuel et ne saurait être invoqué aux fins de contrôle de la

constitutionnalité d'une loi ; que la Cour de cassation considère dès lors que les questions de constitutionnalité de l'article 4 de la loi du 18 décembre 2009 par rapport à l'article 11, paragraphe 1^{er}, et par rapport à l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution sont dénuées de tout fondement, et que par ces motifs, substitués à ceux du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'arrêt se trouve légalement justifié et qu'il n'y a pas lieu à renvoi devant la Cour Constitutionnelle.

C'est donc la Cour de cassation qui, par voie de substitution de motifs, justifie légalement, au regard de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, la décision entreprise, qui n'avait pas saisi la Cour Constitutionnelle sans se prononcer sur les cas de dispense prévus audit article 6.

Ces deux décisions serviront également de conclusion au présent exposé, alors qu'elles illustrent l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis le premier arrêt cité du 10 juillet 2003, alors que la solution retenue par cet arrêt aurait très bien pu être transposée à l'espèce ayant donné lieu aux arrêts de 2014. D'une approche restant très attachée à la lettre de l'article 6 de la loi de 1997, la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué vers une approche davantage liée à la finalité du texte, qui est de réserver à la Cour Constitutionnelle l'examen des questions qui soulèvent un réel problème de constitutionnalité au regard de l'objet du litige.¹

¹ Luxembourg, le 6 avril 2017. Le présent texte a été établi à partir de la version orale présentée le 31 mars 2017.

Un bilan relationnel : le dialogue avec les juridictions administratives

Francis Delaporte

« Un bilan relationnel : Le dialogue avec les juridictions administratives. » Il s'agit bien d'un bilan parmi d'autres. Seulement, un lien particulier unit la Cour constitutionnelle aux juridictions administratives. C'est leur date de naissance. Ces juridictions n'ont-elles pas été introduites le même jour dans notre loi fondamentale à travers deux articles voisins de la Constitution ? En effet, l'article 95bis est venu instaurer le 12 juillet 1996 les juridictions de l'ordre administratif, à savoir le tribunal administratif et la Cour administrative. Le même jour, le Constituant introduisit également un article 95ter qui figure comme date de naissance de la Cour constitutionnelle. C'est cette démarche qui nous vaut aujourd'hui le plaisir de fêter les 20 ans de cette Cour. Ceux qui ont assisté mardi dernier à la conférence au palais de l'Arbed, qui est aujourd'hui celui de la Banque et Caisse d'épargne de l'État, ont pu entendre le professeur Francis DELPEREE nous dévoiler qui était en quelque sorte la sage-femme dans le contexte de la naissance de notre Cour constitutionnelle. Nous n'avons pas à faire ici de recherche de paternité. Les actions y relatives sont éminemment compliquées et toute une série d'affaires, dont a eu à connaître la Cour constitutionnelle, en témoignent.

Il est connu que les juridictions administratives doivent leur naissance à l'arrêt Procola de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 septembre 1995. L'arrêt ayant été rendu à l'encontre du Grand-Duché de Luxembourg, les autorités nationales s'empressaient dès la fin de l'année 1995 à mettre en place de nouvelles juridictions en remplacement du comité du contentieux du Conseil d'État. Ce lien de causalité est manifeste. À l'époque, le Constituant aurait eu la possibilité de ne plus prévoir qu'un seul ordre juridictionnel. D'ailleurs, notre ami Georges Ravarani l'avait suggéré lors d'un colloque organisé par la Conférence Saint-Yves le 13 janvier 1996. Cependant, je me rappelle très bien qu'à l'époque c'était pour beaucoup d'entre nous la première fois que des responsables politiques, dans le contexte de ce colloque, avaient annoncé que la tendance majoritaire était dans le sens de voir maintenir les deux ordres. Ce qui fut définitivement le cas. Je pense qu'aujourd'hui plus personne ne songe raisonnablement à revenir sur la mise en place de deux ordres juridictionnels au Grand-Duché.

Il apparaît clairement aussi que ce n'est pas l'arrêt Procola qui est à l'origine de la naissance d'une Cour constitutionnelle au Luxembourg. Cependant, je pense que l'on peut dire sans exagérer que c'est le mouvement réformateur engendré par cet arrêt qui a entraîné dans la foulée nos décideurs politiques à profiter de l'occasion pour, enfin, mettre en place la Cour constitutionnelle, organe dont on avait discuté depuis de longues décennies. Cependant jusque lors il ne s'était pas encore trouvé une volonté forte suffisante pour la mise en place effective de pareil contrôle de la constitutionnalité des lois.

Beaucoup de questions étaient soulevées à l'époque, dont deux aiguillages majeurs se dégageaient. Fallait-il laisser à chaque juge la possibilité de décider sur la compatibilité d'une loi par rapport à la Constitution à la suite de la jurisprudence qui accordait à chaque juge le pouvoir de décider de la conventionalité d'une loi ? Ou fallait-il au contraire instituer un seul organe, une Cour constitutionnelle, seule compétente pour répondre à la question de la compatibilité d'une loi à la Constitution ? Si l'on optait pour cette deuxième voie, pareille Cour constitutionnelle serait-elle composée uniquement de magistrats ou s'agirait-il au contraire d'un organe appelé à accueillir également des non-magistrats, dont le cas échéant des hommes politiques ?

Une chose est claire : une solution top down était requise, étant donné que les magistrats qui nous ont précédés il y a quelques décennies n'avaient pas saisi l'occasion de mettre en place eux-mêmes une solution *bottom up*. En effet, suite aux arrêts HUBERTY et PAGANI de la Cour de cassation respectivement des 8 juin 1950 et 14 juillet 1954, ainsi que de l'arrêt du Comité du contentieux du Conseil d'État du 28 juillet 1951 dans l'affaire DIEUDONNE, qui tous les trois consacraient au début des années 1950 la possibilité pour chaque juge de contrôler la conventionalité d'une loi, une conséquence possible aurait pu être celle de consacrer également la même possibilité pour chaque juge d'analyser la constitutionnalité d'une loi. Mis à part un seul jugement téméraire du tribunal d'arrondissement - le jugement Limpach du 23 décembre 1955 - lequel n'avait certes pas opéré pareil contrôle mais avait indiqué, dans le contexte d'un contrôle de conventionalité d'une loi, que si la question de la compatibilité de celle-ci avec la Constitution lui était posée, il l'analyserait également, aucune autre décision juridictionnelle de cette époque ne s'est exprimée dans cette voie.

La jurisprudence « *non possumus* » est restée quasiment unanime. Il appartenait dès lors au législateur d'agir. On peut dire aujourd'hui que si l'arrêt Procola n'était pas intervenu, il n'est pas sûr que la Cour constitutionnelle ait encore vu le jour au millénaire dernier. Tout ceci est de l'ordre de la spéculation, mais une chose est certaine : le Constituant a opéré un choix mûrement réfléchi et délibéré en 1996 : celui de n'instituer qu'une seule voix - *una bocca de la verita* - de la vérité judiciaire évidemment, - qu'est-ce d'ailleurs que la Vérité ? - et non pas un contrôle diffus conféré à tout juge et risquant, dans le contexte de la loi fondamentale et en l'absence de jurisprudence internationale, par la force des choses, de créer autour du contrôle de la constitutionnalité de la loi une sorte de tour de Babel. Rien que ce choix délibéré du Constituant il y a 20 ans, au regard des exigences de cohérence, de conséquence et de la volonté nécessaire de créer des institutions durables, devrait avoir impliqué depuis longue date la conclusion que la Cour constitutionnelle n'est pas appelée à dépasser dans la fleur de l'âge de ses 20 ans. Je n'insisterai pas plus à ce stade.

Il y a 15 jours, lorsque le ministre de la Justice a présenté son projet sur la Justice devant les commissions réunies des institutions et de la justice à la Chambre des députés, il a expliqué, qu'à ses yeux, la Cour constitutionnelle était en quelque sorte une émanation des deux ordres juridictionnels et plus précisément des deux Cours faïtières respectives de chaque ordre. La composition de la Cour constitutionnelle est fixée à l'article 95ter de la Constitution. Certains membres s'y trouvent d'office en raison de leurs fonctions, d'autres sont proposés par une assemblée conjointe des deux Cours, de la Cour supérieure de justice et la Cour administrative. Une autre nouveauté dans la Constitution. Une autre page de relations mutuelles.

Dès le début, une répartition sept-deux s'est dégagée. Actuellement, sur les sept membres issus de la Cour supérieure de justice l'on compte les quatre « *casseurs* » et trois présidents de chambre de la Cour d'appel. Au niveau de la Cour administrative, classiquement, son président et son vice-président font partie de la Cour constitutionnelle. L'on aurait pu, à l'époque, s'imaginer une répartition autre, par exemple six-trois, mais les proportions sont désormais solidement rôdées. Du point de vue de la juridiction administrative, nous disons aujourd'hui que c'est tant mieux. En effet, vous savez que la Cour administrative ne comporte que cinq membres et que dès lors, pour se composer utilement, il faut bien que trois membres se retrouvent. Je ne vous cache pas que de fait les affaires sont distribuées d'une manière démocratique. La loi prévoit certes que c'est le président qui répartit les affaires, mais la tradition veut que cette répartition se fait autour de la table qui se trouve dans le bureau présidentiel et qui regroupe les cinq membres de la Cour. Pour des raisons pratiques, ce mode démocratique a été choisi.

Or, alors que normalement les questions de constitutionnalité de la loi devraient s'imposer dès la première instance, il y a le phénomène « *diesel* ». Nos collègues de la première instance nous relatent de plus en plus souvent qu'ils ont l'impression que les mandataires des parties ne font que chauffer leurs moteurs en première instance. S'y ajoute la règle de la procédure contentieuse administrative qui veut que les moyens nouveaux sont admis en instance d'appel. C'est bien nécessaire vu que dans le cadre notamment du recours en réformation la juridiction est amenée à statuer suivant les données les plus récentes, c'est-à-

dire celles qui se présentent au jour où elle rend son arrêt ou jugement. Il est donc impératif que pour le moins dans ces affaires-là, il puisse être tenu compte de tous les éléments nouveaux et que des moyens nouveaux puissent être présentés. Cette possibilité est actuellement acquise pour toutes affaires en instance d'appel. Dès lors, il arrive de plus en plus souvent qu'une question de constitutionnalité de la loi émerge seulement de manière utile et pertinente au niveau de la Cour en appel. C'est pour cela qu'avant la distribution des affaires, pour le moins le président a parcouru le dossier et décelé l'existence de pareilles questions. Au moins un des deux membres de la Cour constitutionnelle se garde alors en réserve pour le cas où il y aurait un renvoi préjudiciel.

Certains observateurs croient pouvoir dire que le fait que l'ordre administratif ne comporte que deux membres à la Cour constitutionnelle et que celle-ci siège toujours à cinq emporterait nécessairement que « *ceux de l'administratif* » se retrouveront toujours en minorité. Je le sens comme étant de mon devoir, en tant que témoin de longue date ayant la chance d'appartenir depuis presque une décade à la Cour constitutionnelle, de relater que tel n'a jamais été le cas depuis que j'ai pu assister activement aux activités de cette Cour. Au contraire, nos collègues de l'ordre judiciaire apprécient que dans des affaires où le renvoi émane des juridictions de l'ordre administratif – en nombre absolu presque la moitié des 128 cas jusque lors solutionnés par la Cour constitutionnelle – si possible au moins un membre de la Cour provenant de l'ordre administratif fasse également partie de la composition. Bien plus, je dois dire en toute franchise qu'à chaque fois, avant d'entrer à l'audience j'avais le sentiment net que l'on était dans une situation « *open end* » en ce que les dés n'étaient aucunement jetés et que tout restait ouvert. Non pas que les membres de la Cour ne se fussent pas fait une opinion. En effet, il est de tradition qu'après l'audience, un premier tour de table soit fait et que des lignes directrices soient dégagées. Mais ce délibéré se passe toujours, et j'insiste toujours, dans une ambiance ouverte, collégiale et constructive. Je n'ai jamais encore assisté à un accouchement vraiment douloureux dans le contexte des arrêts de la Cour constitutionnelle, ni d'ailleurs à la Cour administrative.

Un des grands avantages de la composition de la Cour constitutionnelle prévue par le Constituant de '96 consiste dans cette création d'une solidarité de fait – cela ne vous rappelle-t-il pas la déclaration de Robert SCHUMAN du 9 mai 1950 ? Le fait pour les membres des deux ordres de se côtoyer, d'apprendre à s'estimer et à comprendre des façons néanmoins partiellement différentes d'aborder les affaires s'avère être fort enrichissant pour tous. Un membre de la Cour de cassation ne raisonne pas de la même manière qu'un membre de la Cour administrative. Le style de rédaction est également éminemment différent. Et néanmoins, à chaque fois, les cinq membres de la composition de la Cour constitutionnelle sont arrivés à un équilibre, à une solution que tous ont pu finalement appuyer. Par la force des choses, vu qu'on est neuf membres et que les compositions sont à 5, tous ne sont pas présents dans toutes les compositions. Mais je ne me rappelle aucune affaire où il y aurait eu finalement une véritable aigreur de l'un de ses membres ou de plusieurs d'entre eux qui ne se seraient pas retrouvés dans la solution retenue. Je veux souligner avec insistance ce point d'un enrichissement mutuel des membres émanant des deux ordres juridictionnels et de cette solidarité de fait croissante que j'ai pu constater au fil des années entre ceux qui ont fait ou qui font partie de la Cour constitutionnelle.

Le président Jean-Claude WIWINIUS et moi-même avons fait partie en début de semaine du Forum des magistrats organisés par la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion du 60^e anniversaire de la signature du Traité de Rome. Presque tous les présidents des Cours suprêmes de tous les pays de l'Europe des 28, la Grande-Bretagne était encore représentée, étaient présents. On a pu discuter avec bon nombre de nos collègues et l'un des constats que nous avons pu faire était celui que dans aucun pays une collaboration aussi étroite des présidents des Cours qui se trouvent au sommet des deux ordres juridictionnels ne se trouve vérifiée d'une manière aussi étroite qu'au Luxembourg. Évidemment il y a la petite dimension qui aide ! Mais il y a autre chose. J'entends régulièrement des puristes – que par ailleurs j'apprécie beaucoup – qui estiment que ce mélange des genres regroupant sous deux casquettes différentes les fonctions de magistrat de la Cour constitutionnelle et de magistrat dans l'un des deux ordres juridictionnels est malsain, voire contre-productif ou que pour le

moins des apparences peu profitables à l'impartialité s'en trouveraient créées. Sur base de mon expérience, qui m'est tout à fait personnelle, j'estime que le contraire est vrai. Lorsque vous parlez avec des collègues étrangers qui exercent un des métiers analogue de juge administratif ou de juge constitutionnel voire même de juge de l'ordre judiciaire, tout ce monde explique après quelques tours de discussion que d'abord c'est inimaginable pour eux que l'on revête ces deux casquettes, mais surtout il entrevoit très vite l'intérêt qu'il y a d'avoir des regards différents sur la matière juridique : celui d'un juge constitutionnel et celui d'un juge, je dirais pour ratisser large, ordinaire.

La première fois que ce constat m'a littéralement frappé, c'était lorsque notre Cour administrative avait été invitée par les magistrats du Conseil d'État français dans une entrevue bilatérale au Palais-Royal à Paris en mars 2015. La Cour administrative était quasiment au complet, nous étions cinq y compris le président du tribunal administratif de l'époque. Pareillement, le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc SAUVE, ainsi que les têtes des sections du contentieux et du rapport se retrouvèrent à la table française. Il ne s'agissait pas de simples causeries. Trois sujets sérieux avaient été choisis : les relations des juridictions suprêmes avec les juridictions internationales, la question des travailleurs frontaliers et, enfin, les conséquences des accords de Schengen notamment en matière d'immigration et d'asile. Des discussions animées suivaient les rapports respectifs de chacune des deux délégations pour chaque sujet et en fin de matinée, sur le chemin vers le déjeuner, le président SAUVE nous disait qu'il avait quand même appris quelque chose qui l'interloquait beaucoup. Approximativement il disait : « Vous avez ce double rôle qui est tellement profitable et qui vous permet d'avoir plusieurs points de vue non seulement du juge administratif mais aussi du juge constitutionnel. Je me demande pourquoi le Conseil constitutionnel français comprend parmi ses membres des anciens Présidents de la république. Ne vaudrait-il pas mieux y insérer le Premier président de la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'État et le président de la Cour des Comptes ? Votre système m'inspire beaucoup ». Depuis lors, j'ai rencontré la même réflexion à beaucoup d'endroits de la part de bon nombre de collègues d'Etats différents.

Je voudrais souligner ici encore que le Constituant de '96 a encore bien fait en quelque sorte ne pas instituer une Cour constitutionnelle composée de magistrats constitutionnels professionnels qui n'auraient fait que cela. Le nombre des renvois préjudiciels aurait eu pour conséquence que ces magistrats auraient pu pâtir de sous ménage. Ne me comprenez pas mal. Chacune des affaires demande généralement beaucoup de soins en vue du dégagement d'une solution qui finalement comporte toujours le figeage de la formulation proposée par le conseiller rapporteur avec rabotage à certains endroits, puis le toilettage final et enfin d'innombrables échanges pour arriver finalement à la version ultime qui sera l'arrêt prononcé. Cela occupe passablement en tant que tâche accessoire, mais cela n'occuperait pas suffisamment en tant que tâche principale. Nous savons tous „Zevill an nēt genuch zerreisst all Duch“.

Autre avantage des deux casquettes : Vu que tous les neuf magistrats, en quelque sorte, se sont déjà retrouvés, pour l'essentiel du moins, dans la situation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, il y a une compréhension certaine pour toutes les juridictions qui s'adressent à nous. Vous trouvez très peu d'arrêts qui auraient déclaré une question préjudicielle irrecevable. Il y a ainsi quelques rares arrêts au début de l'existence de la Cour constitutionnelle. L'arrêt numéro 2 du 13 novembre 1998 a rappelé que la question préjudicielle devait énoncer avec précision les articles de la loi et les articles de la Constitution. Cette exigence se trouve telle quelle à l'article 8 de la loi organique du 27 juillet 1997. Depuis lors, ce principe n'a plus dû être rappelé.

L'affaire 10 a donné lieu à l'arrêt du 8 décembre 2000 dans une affaire fiscale. C'est notre tribunal administratif de l'époque qui avait tenté de voir dégager un principe général de non-imposition au-delà des 50 % (*Substanzbesteuerung*) à l'image du principe qui est formulé au niveau de la Constitution allemande, notre droit fiscal devant être regardé sous la perspective de ce droit voisin, du moins pour les impôts directs. Mais c'était manifestement trop tôt et la question a été déclarée irrecevable parce qu'il n'était pas possible à l'époque de dégager les articles de la Constitution qui auraient permis de sous-tendre utilement ce principe.

Depuis lors, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a dégagé à travers son arrêt numéro 57 du registre (arrêt du 1^{er} octobre 2010) l'existence d'un principe général, à savoir le principe général de la séparation des pouvoirs contenu en filigrane dans notre loi fondamentale sans être expressément énoncé dans un article particulier.

De même, à partir de l'arrêt numéro 101 du registre (arrêt du 4 octobre 2013), la Cour constitutionnelle a interprété l'expropriation mentionnée à l'article 16 de la Constitution en ce sens qu'une servitude pouvait également être comprise comme expropriation du moment qu'elle touchait de manière suffisamment consistante des attributs importants du droit de propriété. Cet arrêt est désigné parfois comme « *arrêt artichaut* ». Tant qu'on ne touche pas au cœur de l'artichaut, c'est-à-dire du droit de propriété, on n'est pas en présence d'un équipollent à l'expropriation.

Il se peut qu'actuellement, la question qui avait été posée au niveau de l'arrêt numéro 10, précité, puisse pour le moins être déclarée recevable.

Il est vrai que l'indulgence de la Cour, qui ne regarde pas en profondeur l'aspect de l'utilité de la question posée pour la solution que veut dégager le juge de renvoi, s'explique également par le nombre pas trop élevé des renvois préjudiciels formulés jusque lors. Cette indulgence est nettement reflétée par l'arrêt numéro 113 du 28 novembre 2014. Le juge de renvoi avait posé une question préjudicielle par rapport à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution contenant le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi dans une affaire de filiation et avait indiqué les articles 322-1 et 339 du Code civil. La Cour constitutionnelle avait remarqué que l'article 322-1 du Code civil ne permettait pas de solutionner le litige au principal. Cependant, la Cour ne l'a pas tonitrué dans son arrêt, mais, par le biais d'un simple glissement substitua à l'article en question la disposition pertinente du Code civil, à savoir l'article 322, alinéa 2. Finalement c'est cet article qui fut déclaré non conforme à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution. Je suis certain que le lecteur non averti ne remarque pas d'emblée l'attitude accueillante de la Cour dans cet arrêt.

Cette attitude compréhensive pour le juge de renvoi se rencontre également au niveau du soin porté par la Cour constitutionnelle en vue de dégager une conclusion qui puisse être de nature à solutionner le litige au principal. Il est vrai qu'*a priori*, il n'est conféré à la Cour constitutionnelle que la seule possibilité de s'exprimer par oui ou par non par rapport à la question de la compatibilité de l'article de loi visé par rapport à l'article de référence de la Constitution. Or, le sens profond du renvoi préjudiciel réside dans le fait que le juge de renvoi doit avoir besoin de la solution de la Cour et que c'est ce besoin qui justifie la question. C'est en conséquence de cette donne que la Cour entend, dans la mesure du possible, ne pas seulement se limiter au constat de conformité voire de non-conformité de telle loi à la Constitution mais veille également à guider le juge de renvoi dans son application de l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Il est vrai que si les dispositions de la loi visées sont déclarées compatibles avec la Constitution, la question ne se pose pas véritablement. Ce n'est que si une incompatibilité est dégagée que la question est susceptible de se poser. Si cette incompatibilité consiste à couper dans la législation sans créer de brèche, il ne devrait pas y avoir de problème non plus. Ce n'est en somme que si la Cour constitutionnelle dénote un vide, un trou, que le problème se pose.

Cette constellation se présente essentiellement dans les affaires engagées par rapport à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la loi fondamentale contenant le principe de l'égalité devant la loi, chaque fois que la Cour constitutionnelle est arrivée à la conclusion que pour deux situations comparables données, il existe une inégalité devant la loi non justifiée. Si la Cour se limitait à dégager le « *trou* » sans donner une quelconque indication complémentaire au juge de renvoi, celui-ci serait mal barré et ne saurait pas laquelle des deux branches correspondant aux deux situations comparables, mais injustement inégales, serait à privilégier. La Cour a trouvé un remède qui permet de solutionner cette problématique dans la grande majorité des hypothèses : elle va indiquer la branche correspondant au droit commun qu'elle estime être applicable en la matière. C'est cette méthode qui, avant toute réforme de la Constitution, a jusqu'alors presque toujours permis à la Cour constitutionnelle de répondre de manière utile à la question préjudicielle, laquelle procède précisément du souci partagé du

juge de renvoi de voir solutionner son litige à partir de la disposition de la loi par rapport à laquelle il a posé la question de la compatibilité avec la Constitution. Maître Thewes nous a cité des exemples pertinents.

Le temps ne me permet hélas pas de creuser plus en profondeur les relations entre les juridictions administratives et le juge constitutionnel au Luxembourg. Je voudrais cependant mentionner deux affaires symboliques qui, toutes les deux, ont impliqué en tant que juge de renvoi le tribunal administratif. Il s'agit de la première affaire et de la dernière, jusque lors, en ce sens qu'elle vient de nous être renvoyée à la Cour constitutionnelle par le juge européen.

Il est vrai que c'est le tribunal administratif qui a eu la chance de soumettre le premier renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle. Je faisais partie de la composition de renvoi et peux vous certifier que nous n'avons pas provoqué la question. Certes, elle ne se dégageait pas de manière évidente des conclusions des parties. Vous vous souvenez sans doute. Il s'agissait d'un candidat à l'examen de maîtrise pour la profession d'opticien. Il avait raté son examen la première fois puis également la deuxième fois. Il y avait des tensions entre lui et des membres de sa commission d'examen, du moins d'après ses relations dans son recours porté devant le tribunal administratif et dirigé contre la décision de refus qui lui disait qu'il existait un règlement ministériel de 1982 suivant lequel il devait attendre une année avant de pouvoir se représenter encore une troisième fois à l'examen. Dans sa requête introductive, le demandeur invoquait d'abord certaines méconnaissances, d'après lui, des règles de la procédure administrative non contentieuse. Ce n'est qu'au niveau de son dernier moyen qu'il se mettait à remettre en question le règlement ministériel de 1982 et son positionnement par rapport à sa loi habilitante du 13 juillet 1935. Il estimait à ce niveau que le règlement ministériel avait excédé l'habilitation lui conférée par ladite loi en instaurant pareille clause d'exclusion.

C'est le délégué du gouvernement, Marc MATHEKOWITSCH qui vient de partir à la retraite, qui élargit le cadre des discussions au-delà des problèmes d'habilitation par la loi en se référant au cadre constitutionnel et notamment à l'article 36 de la Constitution prévoyant qu'en principe le pouvoir pour l'exécution de la loi a été confié au Grand-Duc et n'a tout dépassement par le règlement ministériel de sa base habitante. Ce n'est qu'à la fin de son mémoire en réplique que l'avocat du demandeur, il s'agissait de Maître François MOYSE, a essayé de nouer en quelque sorte les deux bouts de la ficelle pour poser la question si le règlement ministériel de 1982 était effectivement conforme à l'article 36 de la Constitution. Aucun renvoi préjudiciel n'était cependant expressément demandé. Je me rappelle que le déclic est tombé, pas tout de suite mais assez rapidement, et que notre chambre s'est rendue à l'évidence qu'on était en présence du premier renvoi préjudiciel qui allait devoir être soumis à la Cour constitutionnelle.

Le tâtonnement en pareille matière est classique. L'on sent les difficultés au niveau du règlement ministériel. Le premier réflexe consiste à le confronter à sa base habilitante, sans véritable résultat. Il faut alors scruter un peu plus loin jusqu'à ce que l'on se rende compte que le vrai problème réside dans la question de la conformité de la loi par rapport à la Constitution et plus particulièrement à son article 36, en ce que cette loi, au lieu de renvoyer à un règlement grand-ducal pour son exécution, a directement chargé un règlement ministériel de ce faire.

La suite est connue. Par son arrêt du 6 mars 1998, la Cour constitutionnelle a déclaré contraire à l'article 36 de la Constitution la loi du 13 juillet 1935 dans la mesure où elle renvoyait directement à un règlement ministériel pour son exécution.

Cette première affaire reflète bien le double effet des arrêts de la Cour constitutionnelle. Notre Cour administrative a commencé à cadrer ce double effet à travers un arrêt du 30 janvier 2007 (n° 20866C du rôle, Pas. adm. 2016, V° Lois et règlements n° 14) en parlant d'un effet relatif élargi. La jurisprudence belge dont elle s'est inspirée, parle d'effet relatif renforcé. Notre Cour a sans doute une vue plus plastique des choses. Entre parties, l'effet obligatoire est entier, le juge de renvoi et toutes les autres juridictions qui auraient eu à connaître de l'affaire étaient liés par la solution donnée par la Cour constitutionnelle : la loi de 1935, en ce

qui concerne le renvoi direct au règlement ministériel a été déclarée inapplicable et par voie de conséquence, le règlement ministériel litigieux tomba lui-même, y compris surtout le verrou de la clause de carence d'une année. Le demandeur initial obtint pleine satisfaction à ce niveau. Mais, en raison de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 concernant l'organisation de la Cour constitutionnelle, dans la mesure où chaque juge est dispensé, s'il le veut bien, de poser une question au même contenu à la Cour constitutionnelle, cet effet relatif doit être considéré comme étant élargi. La disposition de la loi jugée inapplicable par la Cour constitutionnelle subsistait toutefois comme telle au niveau de l'ordonnancement juridique jusqu'à ce que le législateur se charge de la remplacer.

Dès ce premier arrêt, l'effet relatif ayant trait directement à la loi du 13 juillet 1935 a été dépassé en ce sens que, plus loin, le chantier du cadrage du pouvoir réglementaire s'est ouvert et que la modification de la Constitution concrétisée par la loi constitutionnelle du 19 novembre 2004 a été amorcée. C'est également un des exemples qui démontre à quel point des arrêts de la Cour constitutionnelle peuvent finalement toucher, directement ou par ricochet, des dispositions de la Constitution même et non seulement celles d'une loi déclarées inapplicables par rapport à un ou des articles de la Constitution. Pour toutes ces raisons, le premier arrêt de la Cour constitutionnelle a été éminemment symbolique.

La dernière entrée à la Cour constitutionnelle est en fait une rentrée. Il s'agit de l'affaire portant le numéro 119 du registre. Ici encore, la Cour constitutionnelle avait été saisie par le tribunal administratif. Il s'agit de quotas d'émission qui avaient été inscrits et délivrés à la société Arcelor Mittal pour son lieu de production de Schifflange pour l'année 2012. Au mois d'avril 2012, le ministre compétent en matière de quotas d'émission se rendit compte que toute production avait été pour le moins suspendue au site de Schifflange et réclama à la société Arcelor Mittal la restitution sans indemnité des quotas d'émission pourtant inscrits et délivrés pour l'année 2012 en invoquant la législation luxembourgeoise en la matière. C'est contre cette décision ministérielle que la société Arcelor Mittal fit introduire un recours devant le tribunal administratif.

Le tribunal dégagea deux séries de questionnements.

Dans un premier stade, il estima que la question se posait de savoir si la législation luxembourgeoise était compatible avec le droit européen en la matière en ce qu'elle prévoyait précisément pour le ministre la possibilité de réclamer *ex post* la restitution de quotas d'émission pourtant inscrits et délivrés et ceci pour le surplus sans indemnisation.

Le tribunal dégagea un deuxième questionnement opposant la loi nationale et l'article 16 de la Constitution. Est-ce que la demande de restitution sans indemnisation des quotas d'émission inscrits et délivrés n'équivalait pas à une expropriation au sens de l'article 16 en question et, en cas de réponse affirmative, la non-indemnisation pouvait-elle se justifier par rapport à l'exigence d'une juste indemnité prévue audit article 16 ?

Le tribunal constata alors que pour la question de la compatibilité du droit national avec le droit européen, il n'était pas tenu de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne étant entendu qu'il siégeait en première instance et non point en dernière instance. Par contre, la question de la conformité de la loi à la Constitution nécessitait un renvoi obligatoire devant la Cour constitutionnelle. Suivant un précepte bien connu en matière d'éducation, le tribunal décida alors de faire la besogne qu'il était de toute manière appelé à faire, c'est-à-dire de renvoyer devant la Cour constitutionnelle.

En analysant en profondeur le dossier, la Cour constitutionnelle se rendait compte que la question de la compatibilité de la loi nationale par rapport au droit européen conditionnait certainement mais nécessairement la solution à donner par rapport à la question lui renvoyée de la conformité de la même loi par rapport à l'article 16 de la Constitution. S'ouvraient dès lors deux voies à la Cour constitutionnelle : soit elle renvoyait le renvoi préjudiciel devant le tribunal administratif au motif qu'il était irrecevable pour être prématuré et qu'il appartenait au juge du principal de vider d'abord la question de la compatibilité de la loi nationale avec le droit européen, soit elle allait poser elle-même une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

En conformité à ce que j'ai pu vous exposer au niveau des exigences de recevabilité des renvois devant la Cour constitutionnelle, vous ne vous étonnez pas que celle-ci n'eût point renvoyé l'affaire devant le juge de renvoi. C'est dès lors cette constellation tout à fait particulière qui, en logique stricte, n'aurait jamais dû se présenter, qui fit en sorte que la Cour constitutionnelle a eu l'occasion, par son arrêt du 19 juin 2015, de soumettre pour la première fois de son existence une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour constitutionnelle trouva cette démarche normale et n'eut point besoin de longs développements pour procéder de la sorte.

Pratiquement elle fut cependant relativement peu équipée au niveau du dossier, mais parvint néanmoins, à partir des éléments lui soumis, à cadrer l'essentiel pour formuler utilement sa question.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne vient d'intervenir en date du 8 mars 2017 (affaire C 321/15).

La Cour de l'Union dit pour droit que par rapport à la question posée, le droit luxembourgeois est compatible avec le droit de l'Union. Elle fait également une analyse de la situation au regard de l'article 16 de la Constitution qui correspond à l'article 17 de la Charte européenne des droits fondamentaux et soulève la question si même la société concernée pouvait encore utilement être considérée comme ayant été expropriée au cas où le juge national retiendrait que pour le site donné elle avait cessé toute activité dès avant l'année 2012.

L'affaire vient d'être renvoyée par la Cour de justice de l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle. Les parties se sont vu allouer des délais pour instruire plus en avant le dossier compte tenu dudit arrêt européen et l'affaire se trouve d'ores et déjà fixée pour plaidoiries.

Lundi dernier, au Forum des magistrats auprès de la Cour de justice de l'Union européenne, son président Koen LENAERTS se dit fort satisfait de ce qu'enfin également le *Bundesverfassungsgericht* était venu poser des questions préjudicielles à la Cour européenne et déclara que dorénavant toute une série, sinon presque tous les Etats membres de l'Union européenne avaient vu leur Cour constitutionnelle poser au moins une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Le président WIWINIUS et moi-même, nous nous sommes regardés et nous avons compris à quel point la constellation spécifique de l'affaire 119 de notre registre avait bien permis aux choses de se faire ...

Le rôle du ministère public

Georges Wivenes

La question du rôle du ministère public devant la Cour constitutionnelle peut être abordée sous différents angles. On peut en retenir quatre : un angle de vue structurel, une optique procédurale, une analyse en termes de bilan ; cette présentation peut aboutir à une réflexion sur le rôle du ministère public dans la nouvelle structure constitutionnelle.

I. L'analyse institutionnelle : l'absence de position du ministère public

A la base de la création de la Cour constitutionnelle en 1996 se trouve la volonté du constituant d'introduire un système de contrôle concret de la constitutionnalité des normes légales et de confier cette mission à une « juridiction constitutionnelle spéciale » plutôt que d'en investir le juge ordinaire¹. Le constituant s'est inspiré du mécanisme du renvoi préjudiciel appliqué devant les juridictions constitutionnelles en Allemagne, en Belgique, mais aussi devant la Cour de justice des Communautés européennes.

Contrairement aux solutions retenues en Allemagne, en Belgique ou encore en France, la nouvelle Cour constitutionnelle est composée exclusivement de magistrats professionnels issus de l'ordre judiciaire, en particulier de la Cour supérieure de justice, et de l'ordre administratif, en particulier de la Cour administrative. La solution de la mise en place d'une Cour constitutionnelle, organe constitutionnel spécifique, clairement séparé des juridictions ordinaires n'a pas été retenue². La nomination des membres de la Cour constitutionnelle se fait par le Grand-Duc, sur avis de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative réunies à cette seule fin en assemblée générale commune. L'organe parlementaire n'est pas associé à la désignation des juges constitutionnels, contrairement aux régimes en vigueur dans nombre d'autres États européens³. La Cour constitutionnelle, pour constituer une juridiction spécialisée, est consacrée dans le chapitre VI de la Constitution relatif à la justice. Elle fait partie intégrante du pouvoir judiciaire et présente des liens organiques et personnels avec les juridictions « ordinaires ». La fonction de président revient au président de la Cour supérieure de justice, celle de vice-président au président de la Cour administrative. Deux vice-présidents de la Cour supérieure de justice sont également, d'office, membres de la Cour constitutionnelle.

La Cour supérieure de justice, instituée à l'article 87 de la Constitution, comprend, à côté des magistrats du siège, un parquet. Le procureur général d'État et les membres du Parquet général font, organiquement, partie intégrante de la Cour supérieure de justice⁴ de même que le parquet fait partie intégrante du tribunal d'arrondissement. Au regard de ce statut particulier du ministère public, on aurait pu s'attendre à ce que le constituant en 1996 s'interroge sur la création, auprès de la nouvelle juridiction constitutionnelle, d'un parquet, à l'instar de celui qui existe auprès de certaines juridictions supranationales, la Cour Benelux

¹ Projet de révision de l'article 95 de la Constitution n° 4153

² Francis Delpérée, Le contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg, rapport rédigé en 1994 à la demande de la Chambre des députés, publié dans *Annales du droit luxembourgeois*, volume 5, 1995, p. 11. L'auteur du rapport, tout en proposant, pour composer la nouvelle Cour, à « puiser dans le corps des magistrats en fonction », envisage l'association, avec voix consultative, de magistrats émérites, d'anciens parlementaires ou de jurisconsultes disposant d'une expérience avérée.

³ Nicole Kuhn et Eric Rouseaux, La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53 avril-juin 2001, pp. 453-482.

⁴ Voir l'article 33 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

ou encore la Cour de justice de l'Union européenne. Or, il apparaît, à la lecture des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 12 juillet 1996, que cette question n'a pas été évoquée. L'exclusion d'un parquet est moins le résultat d'une réflexion ou d'un choix délibéré, qu'une solution qui apparaissait comme évidente.

Il est vrai que, dans les autres États européens, les juridictions constitutionnelles ne comportent pas davantage un parquet. Il ne s'agit toutefois pas d'un argument déterminant, alors que le statut particulier du ministère public en droit luxembourgeois trouve son équivalent uniquement dans d'autres systèmes juridiques de tradition française. Or, tant en France qu'en Belgique, la juridiction constitutionnelle n'est pas intégrée dans le pouvoir judiciaire, mais constitue un organe constitutionnel particulier soumis à des nominations au demeurant souvent politiques.

Ce n'est que dans l'avis sur la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire dans la loi organique adoptée en vertu de l'article 95^{ter} de la Constitution, que le Conseil d'État a évoqué l'intervention devant la Cour constitutionnelle d'un avocat général à l'instar de la procédure devant la Cour de justice Benelux ou la Cour de justice des Communautés européennes⁵. Tout en admettant « qu'on pourrait concevoir qu'une instance joue dans les affaires relevant de la Cour constitutionnelle le rôle d'*amicus curiae* », ce qui présenterait « l'avantage pour la Cour constitutionnelle de se faire exposer sous un éclairage neutre le problème », le Conseil d'État s'est dit « très réservé quant à l'opportunité d'associer le procureur général d'État aux débats devant la Cour constitutionnelle » en suivant plusieurs lignes d'argumentation.

Il a relevé, en premier lieu, que l'article 95^{ter} qui institue la Cour constitutionnelle, « énumère limitativement les membres... , parmi lesquels ne figure aucun membre qui pourrait assumer [ces] fonctions » (Iz celles d'un avocat général). Or, cet argument renvoie à une autre question à laquelle l'application pratique des nouvelles dispositions a apporté une réponse, à savoir l'impossibilité de désigner, parmi les membres de la Cour constitutionnelle, des magistrats du parquet, en particulier du Parquet général, en leur qualité de membres de l'organe Cour supérieure de justice. L'article 95^{ter}, paragraphe 3, de la Constitution est d'ailleurs intéressant, en ce qu'il vise la nomination par le Grand-Duc de magistrats, alors que le constituant aurait très bien pu retenir le terme de juge⁶. Dès les premières nominations à la Cour constitutionnelle, il est toutefois apparu comme évident que les membres du Parquet général n'étaient pas éligibles aux fonctions de membres de la Cour constitutionnelle.

La seconde argumentation est d'ordre procédural et concerne le rôle du ministère public dans les litiges dans le cadre desquels est opéré le renvoi préjudiciel. Étant partie, principale ou jointe, dans la procédure devant le juge ordinaire et appelé, à ce titre, d'intervenir également comme partie dans la procédure devant la Cour constitutionnelle, le ministère public, en la personne du procureur général d'État, ne pourrait pas assumer en plus le rôle d'*amicus curiae*. Le Conseil d'État a ajouté une référence aux relations entre le procureur général et le ministre de la Justice et a renvoyé aux dispositions pertinentes de la loi sur l'organisation judiciaire.

Le Conseil d'État a encore attiré l'attention sur le régime particulier des litiges administratifs dans lesquels intervient le délégué du Gouvernement et a souligné le risque de conclusions différentes entre le procureur général et le délégué du Gouvernement.

Que penser de ces arguments ?

A noter, d'abord, que la question du rôle du ministère public n'est discutée qu'à l'occasion de l'adoption de la loi relative à la Cour constitutionnelle et non pas lors de la révision constitutionnelle en tant que telle. Les développements cités sont d'ailleurs le fait du seul

⁵ Proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, avis du Conseil d'État du 28 mars 1997, n° 4218-2.

⁶ La formulation de l'article 95^{ter} présente encore la particularité de viser les présidents de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative, organes prévus dans la Constitution, mais d'ajouter une référence aux conseillers de la Cour de cassation, qui est visée uniquement dans la loi sur l'organisation judiciaire

Conseil d'État. Ni les auteurs de la proposition de loi, ni la Cour supérieure de justice dans son avis n'ont pris position sur le problème.

L'argumentaire essentiel est tiré du texte constitutionnel qui omet de prévoir un parquet. Or, c'est justement à l'occasion de la révision constitutionnelle qu'aurait utilement pu être discutée la question. L'argument relatif au rôle procédural du ministère public en tant que partie au litige devant le juge de renvoi vaut, avec la même force, également en matière de cassation pénale. La référence à l'indépendance du ministère public est surprenante alors que les juristes luxembourgeois n'ont cessé de souligner la différence en droit et en fait entre le parquet en France et le parquet au Luxembourg. L'argument tiré de la spécificité du contentieux administratif est assurément plus sérieux. Un raisonnement fondé sur la mission du ministère public, en particulier du Parquet général, en tant que gardien de la loi, au sens générique du terme, et sur sa qualité de partie intégrante du pouvoir judiciaire pourrait cependant être avancé pour répondre à cet argument et éviter une mise en parallèle du ministère public et du délégué du Gouvernement.

La référence, dans l'avis du Conseil d'État, à l'institution de «l'amicus curiae» est intéressante, dans la mesure où cette voie aurait pu être explorée, dans la pratique, même en l'absence de consécration d'un rôle institutionnel au profit du ministère public. Il s'agit toutefois d'une «fausse piste». L'institution de «l'amicus curiae», qui est reprise du droit anglo-saxon, désigne «la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit»⁷. Certaines juridictions constitutionnelles et internationales connaissent une pratique d'intervention de tiers intéressés qui communiquent à la juridiction leur position sur les questions soulevées dans un litige concret. Cette pratique s'est développée devant la Cour européenne des droits de l'homme et a été entérinée en 1998 dans l'article 36 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸. Le Conseil constitutionnel français, après avoir admis ce type d'intervention sous le qualificatif de «procédure des portes ouvertes», l'a consacré, en 2011, à l'article 6 du règlement intérieur⁹. L'inadéquation de ce mécanisme d'intervention du ministère public comme «amicus curiae» réside moins dans le fait que l'article 11 de la loi du 27 juillet 1997 vise et limite l'intervention du procureur général aux seuls cas où le ministère public est partie à l'instance, que dans le fait que le ministère public ne défend pas des intérêts sectoriels justifiant un droit d'intervention, mais assume le rôle de gardien de la loi. Si on veut chercher une référence en droit européen, on pourrait dire que le rôle du ministère public serait plutôt une combinaison de celui assumé, dans les renvois préjudiciels devant la Cour de justice de l'Union européenne, par, d'un côté, la Commission en tant que gardienne des traités et, de l'autre, l'avocat général auprès de cette Cour.

Une autre référence intéressante est constituée par la fonction assumée dans l'ordre juridique allemand par les «Vertreter des öffentlichen Interesses» ou, plus encore, par l'institution du «Landesanwalt» qui existe devant le Staatsgerichtshof du Land de Hesse. Le Landesanwalt constitue une instance juridictionnelle indépendante du pouvoir politique et fait partie intégrante de la Cour constitutionnelle¹⁰. Il veille au respect des dispositions constitutionnelles ; à cet effet, il peut participer à toute procédure et introduire des recours.

⁷ J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, Bruylant, AUF 2001, pp. 62-63.

⁸ Article 36, paragraphe 2 : Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.

⁹ Article 6 (al.2) : Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1^{er} et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission.

¹⁰ Art. 130 Verfassung : Der Staatsgerichtshof besteht aus 11 Mitgliedern, und zwar fünf Richtern und sechs vom Landtag nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählten Mitgliedern, die nicht dem Landtag angehören dürfen. Bei ihm wird ein öffentlicher Kläger bestellt.

§ 21 StGHG : Die Landesanwaltschaft kann sich an jedem Verfahren beteiligen und eigene Anträge stellen.

L'argument déterminant à discuter réside dès lors dans la nécessité, ou du moins dans l'opportunité, pour la Cour constitutionnelle, de disposer d'un avis d'un organe indépendant et impartial (au sens de non partisan), rédigé dans une logique purement juridique et de défense de l'intérêt général.

Il y aura lieu de revenir à cette question dans la dernière partie de cette contribution.

II. L'approche procédurale : le rôle limité du ministère public

Dans le système mis en place par l'article 95ter de la Constitution, le contrôle de constitutionnalité est opéré à travers l'instrument procédural du renvoi préjudiciel. Ce mécanisme, conçu comme procédure de dialogue ou de coopération entre juge dit de renvoi et juge constitutionnel, n'impose pas une participation des parties devant le juge de renvoi dans la procédure devant la Cour constitutionnelle. La question préjudicielle est en effet abstraite ; le contexte factuel et procédural, s'il importe, est présenté à suffisance dans la décision renvoi ; les droits procéduraux des parties sont saufs, dans la mesure où le renvoi préjudiciel n'affecte pas le caractère contradictoire des débats devant le juge de renvoi, seul appelé à statuer sur le litige proprement dit. Il est vrai que la procédure devant la Cour de justice de l'Union européenne et devant les Cours constitutionnelles allemande et belge (le mécanisme du renvoi préjudiciel en France est postérieur à 1997) prévoit le droit pour les parties de présenter des conclusions écrites, voire orales.

C'est dans cette logique que les auteurs de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle ont consacré le droit des « parties » de conclure et de plaider devant la Cour. Élément plus surprenant, la proposition initiale étendait ce droit au Président de la Chambre des députés et au Premier ministre considérant que de ce fait ils étaient réputés parties au litige. Selon le commentaire, leur « intervention volontaire [...] est nécessaire, alors que les textes de loi émanent principalement de ces deux institutions ». Le Conseil d'État s'est opposé « plus que fermement » à cette disposition, au motif que l'intervention de ces organes risquerait « de donner inéluctablement une tournure politique à ces affaires ». Le Premier ministre ou le Président de la Chambre « seraient en fait dans l'obligation - politique - ... de conclure à la conformité de la loi à la Constitution ». Le Conseil d'État a écarté l'argument tiré de l'existence d'un système analogue en droit belge, au motif que la Cour d'arbitrage (aujourd'hui la Cour constitutionnelle) serait compétente à titre principal pour veiller au respect du système fédéral. Il a encore relevé la particularité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise composée exclusivement de juges professionnels.

Dans la logique de la loi, le ministère public est en droit de présenter des conclusions chaque fois qu'il est partie au litige devant le juge de renvoi. Tel est le cas pour les procédures pénales où il est partie poursuivante, le plus souvent à titre principal mais également comme partie jointe. Tel est encore le cas pour les procédures, il est vrai moins nombreuses, de nature non pénale, où le ministère public est tantôt partie principale, tantôt partie jointe. Sans entrer dans un relevé détaillé de ces procédures, ce qui dépasserait l'objet de cette présentation, on peut mentionner les procédures civiles dans lesquelles le ministère public intervient, en particulier les affaires dites communicables, mais aussi certaines procédures en matière commerciale ou encore les procédures en matière de protection de la jeunesse. À noter que, lors de l'adoption de la loi relative à la Cour constitutionnelle, le domaine des causes communicables était plus large qu'aujourd'hui¹¹. Des réformes

¹¹ Article 83 du Code de procédure civile :

Seront communiquées au procureur d'Etat les causes suivantes :

1° celles qui concernent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres ;

2° celles qui concernent l'état des personnes et celles qui sont relatives à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture, à la modification ou à la mainlevée des tutelles ou curatelles des majeurs ainsi qu'à la sauvegarde de justice ;

3° les déclinatoires sur incompétence ;

4° les réglemens de juges, les récusations et renvois pour parenté et alliance ;

5° les prises à partie ;

6° les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes.

postérieures à 1996 ont en effet exclu certaines affaires concernant le droit public et ont restreint le champ des affaires à communiquer en matière d'état des personnes¹².

La loi portant organisation de la Cour constitutionnelle ne contient pas de disposition similaire à celle de l'actuel article 183 du Nouveau Code de procédure civile sur la communication de causes au ministère public. Elle ne contient pas non plus de dispositions permettant au ministère public de procéder à une « intervention volontaire » comme « amicus curiae ». La Cour constitutionnelle n'a pas, et on peut comprendre sa position au regard des textes, procédé à la communication d'office de certaines questions préjudicielles pour conclusions au Parquet général.

Le rôle du ministère public étant confiné à celui d'une partie, il eût été logique d'investir de la mission de présenter des conclusions devant la Cour constitutionnelle le représentant du ministère public près la juridiction à l'origine du renvoi préjudiciel, concrètement le procureur d'État ou le procureur général d'État selon le niveau de l'instance. Cette solution aurait encore pu s'appuyer sur la considération que c'est le représentant du ministère public auprès du juge de renvoi qui connaît le mieux le dossier et que son rôle de partie l'amènera à présenter devant le juge constitutionnel la lecture de la loi et du texte constitutionnel qu'il a déjà défendue devant le juge de renvoi. Or, les auteurs de la proposition de loi, au niveau des amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle¹³, ont retenu la représentation du ministère public par le procureur général d'État. L'explication de cette solution n'est d'ailleurs pas fournie par les auteurs des amendements, mais ultérieurement par le Conseil d'État dans son avis complémentaire¹⁴ selon lequel « il paraît s'imposer que devant la plus haute juridiction du pays le ministère public y soit représenté par son chef hiérarchique, le procureur général d'État, dont le parquet semble par ailleurs nettement mieux outillé pour conclure dans les affaires en question ». Ce raisonnement souligne, s'il en est besoin, que le ministère public ne constitue pas une partie comme une autre. La référence à la position hiérarchique du procureur général et aux compétences particulières de son parquet peut utilement être complétée par une référence à sa mission particulière de veiller à l'application de la loi pénale et d'être le gardien de la loi en général, fonction qu'il assume également devant la Cour de cassation.

Si on évoque le rôle du ministère public dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, il y a également lieu d'aborder la question des conclusions devant le juge ordinaire que ce dernier procède au renvoi ou omette de le faire. Le concept de juge ordinaire inclut, dans cette analyse, la Cour de cassation en tant que juridiction appelée à procéder à un renvoi préjudiciel¹⁵. Une des questions évoquées dans les discussions de ce jour est celle des questions non posées, pour être plus précis, des renvois préjudiciels qui n'ont pas été opérés. Dans la pratique, il est rare que le représentant du ministère public, notamment en première instance, soulève la question de constitutionnalité ou se joigne à la partie privée qui en fait état. L'attitude du parquet devant le juge ordinaire consiste, bien plus souvent, à tenter

Le procureur d'Etat pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire ; le tribunal pourra même l'ordonner d'office.

¹² Article 183 du Nouveau Code de procédure civile :

Seront communiquées au procureur d'Etat les causes suivantes :

- 1) celles qui concernent l'ordre public ;
- 2) celles qui concernent l'état des personnes, à l'exception des causes de divorce et de séparation de corps, et celles qui sont relatives à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture, à la modification ou à la mainlevée des tutelles ou curatelles des majeurs ainsi qu'à la sauvegarde de justice ;
- 3) les règlements de juge, les récusations et renvois ;
- 4) les prises à partie ;
- 5) les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes.

Le procureur d'Etat pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire ; le tribunal pourra même l'ordonner d'office. Si la cause est communiquée, le procureur d'Etat fait connaître ses conclusions soit oralement à l'audience soit par écrit au tribunal, les conclusions écrites étant communiquées aux parties avant l'ordonnance de clôture visée par les articles 223 et suivants.

¹³ Amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, n° 4218-5.

¹⁴ Avis complémentaire du Conseil d'État du 10 juin 1997, n° 4218-6.

¹⁵ La Cour de cassation est à l'origine d'un nombre très limité de renvois.

de « sauver » la loi en vue de faire aboutir l'action publique et de convaincre le juge que la question est à écarter pour ne pas être nécessaire ou pour être dénuée de tout fondement.

Le Parquet général a d'ailleurs souvent pris des positions sur la question de constitutionnalité qui s'écartaient de celles adoptées par le parquet devant le juge de renvoi, soit que le procureur d'État ait conclu à la conformité de la loi avec le texte constitutionnel, soit qu'il se soit opposé au renvoi préjudiciel. Ceci souligne que le rôle du procureur général devant la Cour constitutionnelle se rapproche davantage de celui qu'il assume devant la Cour de cassation que de celui de partie dans le litige au fond.

III. Le bilan : la mise en parallèle des arrêts et des conclusions du Parquet général

Plusieurs aspects peuvent être retenus dans cette analyse. L'importance, en termes chiffrés, des procédures dans lesquelles le Parquet général a été appelé à présenter des conclusions, les questions constitutionnelles posées dans ces affaires, la conformité ou non des arrêts avec les conclusions et l'impact des conclusions sur la jurisprudence.

L'analyse chiffrée se résume dans les données suivantes¹⁶ : Sur les 128 arrêts rendus depuis la création de la Cour constitutionnelle, environ la moitié porte sur des renvois préjudiciels émanant des juridictions administratives (64)¹⁷. Ces renvois n'impliquaient pas, au niveau procédural, le ministère public, même si les arrêts rendus en matière de discipline, par exemple, ont à l'évidence des répercussions en matière pénale. De même, le ministère public n'est pas concerné par les renvois émanant des juridictions sociales (9) ou des juridictions du travail (6). Le ministère public n'est pas non plus partie aux procédures devant les juridictions disciplinaires de professions réglementées (2).

Les juridictions judiciaires, au sens restreint du terme, toutes instances confondues, justice de paix, tribunal d'arrondissement, Cour d'appel et Cour de cassation, ont saisi la Cour constitutionnelle d'une cinquantaine de renvois (47), ce qui constitue un chiffre relativement bas par rapport au total des saisines. Dans la grande majorité de ces affaires, le ministère public n'était pas partie dans le litige devant le juge de renvoi, ce qui, évidemment, l'a écarté de la procédure devant la Cour constitutionnelle. Dans une vingtaine de procédures, où ministère public était partie devant le juge de renvoi, le Parquet général a présenté des conclusions¹⁸. Les affaires pénales représentent un peu plus de la moitié du total (11 sur 19), les affaires civiles, un peu moins de la moitié (8 sur 19).

En ce qui concerne les questions de constitutionnalité examinées, il faut d'abord relever le thème de l'égalité devant la loi. Le chiffre relativement élevé de conclusions, en matière civile, s'explique, en effet, par les contestations récurrentes de la constitutionnalité des dispositions du Code civil opérant des différences de traitement en matière d'état des personnes, que ce soit entre filiation et parenté légitime ou naturelle ou encore entre père et mère. Quelques renvois en matière pénale portent également sur la question de l'égalité devant la loi, que ce soit au niveau des droits procéduraux des parties ou au niveau des peines. Les renvois préjudiciels en matière pénale portent sur des problèmes plus variés, la portée du pouvoir réglementaire ministériel, le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que la procédure devant le juge pénal.

Etant donné que la Cour constitutionnelle ne prend pas position sur les argumentaires et les solutions proposées dans les conclusions des parties, ce qui se conçoit parfaitement dans une procédure non contentieuse, il n'est pas très aisé de faire le bilan des affaires dans lesquelles le Parquet général a été suivi ou non et d'examiner les motifs.

¹⁶ Les chiffres sont ceux de la date du colloque le 31 mars 2017.

¹⁷ Ce pourcentage relativement élevé s'explique, en partie, par une série de renvoi parallèle portant sur la même question.

¹⁸ Le Parquet général n'a pas présenté de conclusions dans l'arrêt n° 50/2009, bien que le parquet ait été partie à l'instance devant le juge de renvoi. Il n'a pas davantage conclu dans l'arrêt n° 44/2008, prononcé sur renvoi de la Cour de cassation, alors qu'il avait conclu devant le juge de renvoi.

Sur les questions portant sur la compatibilité des dispositions du Code civil en matière d'état des personnes avec l'article 10*bis* de la Constitution, le Parquet général a régulièrement conclu à l'inconstitutionnalité de la loi et il s'est ainsi situé dans la logique adoptée par le juge constitutionnel. Dans les renvois où il a conclu à la conformité de telles différences de traitement opérées par le Code civil avec le principe constitutionnel d'égalité, en particulier en matière d'adoption, il a encore été suivi par la Cour constitutionnelle¹⁹.

Dans les renvois préjudiciels portant sur le respect du principe de la légalité des peines et de l'égalité devant la loi pénale, le ministère public, que ce soit devant le juge ordinaire ou devant la Cour constitutionnelle, a le plus souvent conclu à l'absence de violation des dispositions constitutionnelles, ce qui lui a d'ailleurs souvent valu le reproche de vouloir sauver l'action publique. Dans la plupart de ces affaires, la solution proposée dans les conclusions du Parquet général a également été retenue par la Cour.

Deux renvois méritent une attention particulière en ce que tant les problèmes soulevés que les réponses données par la Cour constitutionnelle sortent du cadre traditionnel du contrôle de constitutionnalité des lois en matière pénale. Il s'agit des renvois préjudiciels intervenus dans le cadre du procès sur les attentats survenus dans les années 1980.

Dans ses conclusions relatives au renvoi ayant conduit à l'arrêt n° 104/2013 du 25 octobre 2013 relatif au régime particulier d'audition comme témoin des agents du Service de Renseignement, le Parquet général a considéré que l'article 12 de la Constitution relatif à la liberté individuelle ne pouvait pas constituer une norme de référence pour contrôler le respect par la loi des droits de la défense ; il avait préconisé une solution consistant dans le contrôle, par le juge de renvoi, de la conventionnalité de la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement par référence, notamment, aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Se départant de cette solution, la Cour constitutionnelle a admis que se posait un problème de constitutionnalité de la loi par rapport à l'article 12 de la Constitution « qui protège la liberté individuelle » (et) « implique le respect des droits de la défense ».

Dans l'arrêt n° 107/2013, la Cour constitutionnelle a suivi le Parquet général dans son argumentation que les dispositions du Code d'instruction criminelle prévoyant un régime particulier pour l'audition des membres de la famille grand-ducale étaient à considérer comme abrogées. Le juge constitutionnel s'est référé à la révision constitutionnelle du 15 mai 1919, introduisant le principe que la souveraineté réside dans la Nation, et non pas à la Constitution du 9 juillet 1848 supprimant toute distinction d'ordres et tout privilège lié à un titre de noblesse, référence proposée par le ministère public²⁰.

Une question intéressante est celle de l'articulation entre le renvoi préjudiciel et le pourvoi en cassation. Dans une série de pourvois, le demandeur en cassation a reproché au juge du fond d'avoir violé le texte constitutionnel en appliquant une loi contraire à la Constitution. Dans une optique procédurale, différentes situations doivent être distinguées. Tantôt, le demandeur en cassation a formulé un moyen tiré de la violation du texte constitutionnel auquel contreviendrait la loi appliquée ; tantôt il a fondé son moyen sur la violation de la loi du 27 juillet 1997 imposant l'obligation de renvoi²¹. Cette jurisprudence mériterait une analyse

¹⁹ Conformément à l'article 11 de la loi du 27 juillet 1997, le représentant du ministère public, en tant que partie, peut intervenir à l'audience. Ses conclusions sont donc présentées en audience publique. Dans les premiers temps de la Cour constitutionnelle, elles étaient lues par l'avocat général. Dans la pratique actuelle, elles sont résumées par le conseiller rapporteur.

²⁰ L'approche de la Cour constitutionnelle est intéressante par rapport à la question historique du siège de la souveraineté dans la Constitution de 1868 avant la révision de 1919. Voir également, sur cette question, l'arrêt de la Cour supérieure de justice (cassation criminelle) du 17 janvier 1957, *Pas. XVII*, p. 105 et le commentaire de Ch. L. H.

²¹ Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle : article 6

Lorsqu'une partie souleve une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle.

Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ;

b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ;

c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur

propre ; elle a d'ailleurs fait l'objet d'une première étude en 2007 dans le cadre des commentaires thématiques publiés à l'occasion des 10 ans de la Cour constitutionnelle²². La question fondamentale est celle de la répartition des compétences entre la Cour constitutionnelle et le juge du fond, en tant que juge de renvoi, et de la portée de l'obligation de renvoi. Dans ses conclusions devant la Cour de cassation, le Parquet général a adopté une position nuancée. Encore faut-il distinguer deux aspects, le fond et la procédure.

En ce qui concerne le fond, c'est-à-dire la portée de l'obligation de renvoi, le Parquet général, se référant d'ailleurs à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, a préconisé une interprétation de la loi du 27 juillet 1997 qui laisse une certaine marge d'appréciation au juge du fond. La Cour de cassation l'a suivi, mais avec des réserves, en considérant que « *le défaut de tout fondement qui dispense le juge du fond de saisir la Cour Constitutionnelle doit être évident et manifeste au point de s'imposer à lui* »²³. Dans les pourvois portant sur le respect du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, s'est encore posée la question de la compétence du juge du fond d'apprécier la comparabilité des situations, préalable d'une saisine de la Cour constitutionnelle. Le Parquet général a, sur ce point encore, proposé de reconnaître la compétence du juge du fond avec comme conséquence un rejet des critiques relatives à la violation de l'obligation de renvoi. Dans une série d'arrêts, la Cour de cassation a accepté que la question préjudicielle soulevée était dénuée de tout fondement, au sens de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, le juge du fond ayant valablement exclu l'existence de situations comparables²⁴. Cette analyse, si elle se base sur des considérations factuelles, devrait d'ailleurs relever du pouvoir d'appréciation du juge du fond et échapper au contrôle de la Cour de cassation.

En ce qui concerne la procédure, le Parquet général a soutenu une lecture du pourvoi en cassation, selon laquelle le moyen de cassation doit être tiré de la violation par le juge du fond de l'obligation de renvoi inscrite à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 et non pas de la violation directe du texte constitutionnel par rapport auquel le juge du fond a, en violant la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle, procédé lui-même à l'analyse de constitutionnalité de la loi. Dans certains pourvois, le Parquet général a même suggéré à la Cour de cassation de soulever d'office le moyen, d'ordre public et de pur droit, tiré de la violation de l'obligation de renvoi et a été suivi par la Cour qui a cassé les décisions du juge du fond²⁵; dans d'autres affaires, il a suggéré à la Cour de cassation de procéder par voie de substitution de motifs, c'est-à-dire de substituer sa propre analyse quant à l'absence d'une obligation de renvoi au titre de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 à l'analyse de constitutionnalité opérée par le juge du fond en méconnaissance des compétences de la Cour constitutionnelle²⁶.

IV. Les perspectives d'avenir : le rôle du ministère public dans la future Constitution

ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever d'office après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations.

²² Jörg Gerkrath, Compétence et recevabilité des questions préjudicielles, in : La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007, Pasirisie luxembourgeoise, 2008, pages 3 et ss.

²³ Cass. n° 11/10 du 25 février 2010.

²⁴ Cass. n° 13/2011 pénal et 14/2011 pénal du 3 mars 2011 ; 68/2011 pénal du 16 juin 2011 et 82/2011 pénal du 14 juillet 2011 ; 6/12 du 16 février 2012 ; 50/2013 pénal du 11 juillet 2013 ; 61/13 du 11 juillet 2013 ; 15/2017 du 16 février 2017.

Arrêt n° 50/2013 pénal : « la Cour d'appel a pu retenir que si une inégalité contraire à l'article 10bis de la Constitution peut se concevoir si deux ou plusieurs catégories de personnes sont, par rapport à une situation donnée, traitées de manière différente, tel n'est pas le cas lorsque deux catégories de personnes sont, par rapport à des situations différentes, traitées de la même manière. »

Arrêt n° 61/13 : « face au constat que les deux situations ne sont pas comparables, les juges d'appel, sans violer la disposition légale visée au moyen, ont pu conclure que la question préjudicielle soulevée est dénuée de tout fondement ».

Arrêt n° 15/2017 : « Attendu que le [juge du fond], après avoir retenu que le législateur a opéré une différenciation, ne pouvait déclarer la question de la conformité de [la loi] à l'article 10bis de la Constitution dénuée de tout fondement ; Qu'il aurait au contraire dû saisir d'une question préjudicielle la Cour Constitutionnelle à laquelle revient la décision si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. »

²⁵ Cass. n° 41/03 du 10 juillet 2003 ; 10/06 du 16 février 2006 ; 11/10 du 25 février 2010.

²⁶ Cass. n° 68/14 du 6 novembre 2014

Dans le système actuel du contrôle de constitutionnalité des lois, le ministère public fait, à l'évidence, figure de « parent pauvre ». Se pose la question du rôle qui pourrait lui revenir dans la future Constitution.

Je voudrais évoquer la proposition de créer une Cour suprême. Dans la proposition initiale de révision de la Constitution, la structure existante des juridictions n'a pas été mise en cause. Dans leur avis commun de 2009 sur cette proposition²⁷, les autorités judiciaires, la Cour supérieure de justice, le Parquet général, le Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, le Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch ainsi que la Justice de Paix de Diekirch se bornent, en ce qui concerne la future structure du contrôle de constitutionnalité, à proposer de « investir le ministère public de la mission de présenter, dans toutes les affaires, et non seulement dans celle où le parquet est partie dans le litige devant le juge de renvoi, des conclusions ». Les auteurs de l'avis renvoient au rôle du ministère public dans la procédure en cassation ou encore au rôle assumé par les avocats généraux devant la Cour de justice de l'Union européenne.

L'idée d'une Cour suprême placée au sommet des ordres judiciaire et administratif et reprenant les compétences de la Cour constitutionnelle est formulée par le Gouvernement dans sa prise de position du 22 juin 2011²⁸, sous réserve expresse il est vrai d'une consultation des autorités judiciaires.

Or, les réactions des autorités judiciaires n'ont pas été unanimes. Dans son avis du 14 juillet 2011, la Cour supérieure de justice rappelle son attachement à la création d'un ordre juridictionnel unique, mettant un terme à la division entre ordres judiciaire et administratif ; elle émet pourtant des réserves par rapport à la disparition de la Cour constitutionnelle, la suppression du contrôle de constitutionnalité par la procédure du renvoi préjudiciel et le recours au pourvoi dans l'intérêt de la loi pour assurer le contrôle de constitutionnalité. La Cour administrative, dans son avis du 11 juillet 2011, se prononce contre l'instauration d'une Cour suprême faisant office de juge de cassation sans prendre spécifiquement position sur le sort de la Cour constitutionnelle. Le Parquet général, dans son avis du 19 août 2011, salue au contraire le projet de création d'une Cour suprême et la réunion de la cassation et du contrôle de constitutionnalité entre les mains de cette nouvelle juridiction. Celle-ci pourrait « profiter des vues du ministère public ». Le Parquet général critique le système actuel dans lequel « la Cour constitutionnelle doit ... se contenter des conclusions des parties qui ont en vue leur seul intérêt particulier, ce qui est d'ailleurs tout à fait légitime, et non pas l'intérêt supérieur du bien public ». Il souligne encore le rôle que pourra jouer l'instrument du pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi y compris et notamment dans le cadre contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité²⁹.

Dans son avis du 6 juin 2012³⁰, le Conseil d'État marque son accord avec la création d'une Cour suprême. « Elle laisse subsister les deux ordres et respecte ainsi l'autonomie de l'ordre administratif et les particularités du contentieux administratif. Elle opère toutefois une unification des deux ordres au niveau de la juridiction la plus élevée du Luxembourg ». Le Conseil d'État souligne l'avantage qui consiste à éliminer l'incohérence du régime actuel dans lequel le juge ordinaire exerce le contrôle de conventionnalité mais se voit refuser le contrôle de constitutionnalité, et cela en dépit du fait que la Constitution est une norme inférieure au droit supranational. Cette dualité de régime est particulièrement difficile à comprendre si le vice affectant la loi réside dans la violation des droits fondamentaux consacrés parallèlement et souvent dans les mêmes termes dans le texte constitutionnel et dans le texte international d'effet direct. Selon le Conseil d'État, « la Cour suprême assurera l'unité entre les deux ordres de juridiction dans l'interprétation et l'application du droit. Elle intégrera encore, par le biais du pourvoi en cassation, le contrôle de constitutionnalité ». Le Conseil d'État met encore en relief le futur rôle joué par le ministère public dans le contrôle

²⁷ Doc. parl. n° 6030-4

²⁸ Doc. parl. n° 6030-5

²⁹ Doc. parl. n° 6030-8

³⁰ Doc. parl. n° 6030-6

de constitutionnalité qui s'opérera à travers le pourvoi en cassation. Selon le Conseil d'État, « la procédure du pourvoi en cassation aura comme avantage de faire bénéficier le juge suprême de l'avis du ministère public, alors que, dans la procédure préjudicielle actuelle, le ministère public n'intervient que s'il est partie devant le juge de renvoi ». Il relève le rôle que pourrait revêtir l'instrument du pourvoi dans l'intérêt de la loi en vue d'éviter que « se développent des jurisprudences non conformes au droit international, européen, ou constitutionnel. »

Dans les amendements adoptés le 12 mai 2015, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle entérine la proposition du Gouvernement de créer une Cour suprême qui « assure le respect du droit par les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif ainsi que par les autres juridictions prévues par la Constitution. » La Commission souligne encore le rôle du ministère public de requérir l'application de la loi et consacre son indépendance dans l'exercice de ses fonctions. Dans le texte coordonné de la proposition de révision, annexé aux amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle le 23 novembre 2016³¹, figure toujours la disposition relative à l'instauration d'une Cour suprême.

Quel serait le schéma du contrôle de constitutionnalité des lois dans cette structure ?

Le contrôle serait effectué par la nouvelle Cour suprême par le biais du seul pourvoi en cassation. La Cour constitutionnelle, en tant qu'organe juridictionnel particulier, et le mécanisme du renvoi préjudiciel n'auraient plus de raison d'être.

Chaque juge, judiciaire ou administratif, ou relevant d'autres juridictions prévues par la Constitution, serait compétent pour effectuer le contrôle de constitutionnalité à l'instar du contrôle de conventionnalité que le juge luxembourgeois opère depuis le XIXe siècle.

En matière pénale et dans les affaires non pénales où il est partie, le ministère public, en sa qualité de partie principale ou de partie jointe devant le juge du fond, aurait le droit de soulever un problème de constitutionnalité de la loi applicable ou la mission de prendre position sur une telle question soulevée par une partie privée ou d'office par le juge.

En cas de pourvoi en cassation par une partie contre une décision définitive du juge du fond, relative à la constitutionnalité d'une loi, le ministère public serait appelé à présenter des conclusions, comme il le fait déjà à l'heure actuelle en toute matière devant la Cour de cassation.

La différence avec le système actuel se situerait à plusieurs niveaux.

En premier lieu, le pourvoi en cassation porterait également sur les arrêts de la Cour administrative, en tant que juge du fond, statuant sur la constitutionnalité des lois.

En deuxième lieu, le ministère public prendrait des conclusions sur toutes les questions de constitutionnalité soulevées par les parties, dès lors que le moyen procédural de les porter devant le juge suprême serait le pourvoi en cassation.

En troisième lieu, le ministère public exercerait une mission particulière de contrôle de constitutionnalité, non pas par des conclusions dans les pourvois en cassation introduits par les parties, mais par l'instrument du pourvoi dans l'intérêt de la loi.

Quelques mots d'explication sur ce dernier mécanisme s'imposent.

Si le juge du fond a rejeté un moyen d'inconstitutionnalité de la loi qu'il a appliquée et que les parties n'ont pas entrepris la décision définitive, le Parquet général auprès de la Cour suprême serait en droit d'introduire un pourvoi dans l'intérêt de la loi (de la Constitution) s'il devait estimer (ce qui devrait être rare) que le juge du fond a appliqué une loi anticonstitutionnelle

³¹ Doc. parl. n° 6030-14

Si le juge du fond a écarté une loi pour non-conformité avec la Constitution, le Parquet général devrait introduire un pourvoi, si les deux conditions suivantes sont réunies : les parties au litige n'ont pas introduit un pourvoi en cassation et le ministère public considère que la décision prise par le juge n'est pas correcte. Ce mécanisme pourrait d'ailleurs utilement être élargi au contrôle de conventionnalité des lois.

S'agissant d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, cette procédure n'aurait pas un effet sur la décision intervenue et qui n'est pas contestée par les parties au litige. Il n'y aurait pas de retard dans la procédure et la décision intervenue aura autorité de chose jugée. Le pourvoi aurait comme seul objectif de rétablir, pour le futur, la légalité constitutionnelle.

Il est vrai que, dans une prise de position récente³², le Conseil de Gouvernement est revenu sur sa position. Le principe du maintien de la Cour constitutionnelle, dans sa forme actuelle, semble acquis, sans d'ailleurs que l'abandon du projet d'une Cour suprême n'ait été autrement expliqué. Seule la composition et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle seront modifiés, en ce sens que la Cour comprendra désormais des suppléants et pourra siéger en formation plénière de neuf membres. Ce qui peut surprendre, c'est que ces questions purement procédurales soient inscrites dans le texte constitutionnel et non pas dans la loi sur le fonctionnement de la Cour. Aucune réflexion n'est par contre opérée, dans cette prise de position, sur un éventuel futur rôle du ministère public. Or, la proposition de révision de la Constitution prévoit de consacrer l'appartenance du parquet au pouvoir judiciaire, sa mission de faire respecter la loi, l'indépendance dans l'exercice de ses fonctions et des garanties de nomination des magistrats du ministère public identiques à celles valant pour les juges³³. Cette réforme peut être avancée comme une raison majeure de modifier le système en ce sens que la Cour constitutionnelle se verrait complétée par l'institution d'un avocat général, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne³⁴. La consécration de cette nouvelle mission du ministère public devrait trouver son ancrage exprès dans le futur texte constitutionnel.

³² Note sur l'indépendance de la Justice adoptée par le Gouvernement dans sa séance du 3 mars 2017. Cette note a été présentée et diffusée aux journalistes lors d'une conférence de presse de Monsieur le Ministre de la Justice le 16 mars 2017.

³³ Doc. parl. n° 6030-15 : Amendements parlementaires du 30 juin 2015 :
Art. 90. Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public
Art. 97. (1) Les magistrats du siège sont indépendants dans l'exercice des fonctions juridictionnelles.
(2) Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions.
Art. 98. (1) Les magistrats du siège et ceux du ministère public sont nommés par le Chef de l'Etat sur proposition du Conseil national de la Justice.

³⁴ TFUE Article 252 (ex-article 222 TCE)

La Cour de justice est assistée de huit avocats généraux. Si la Cour de justice le demande, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut augmenter le nombre des avocats généraux.
L'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui, conformément au statut de la Cour de justice de l'Union européenne, requièrent son intervention.

2nde Partie

Les perspectives de la Cour Constitutionnelle

Une cour constitutionnelle différente des autres. Étendue, raisons & avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise

Luc Heuschling

À l'heure où la Cour¹ constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg fête ses vingt ans d'existence et où, dans le cadre de la révision totale de la Constitution² se pose la question de son avenir – subsistera-t-elle ? évoluera-t-elle ? –, il est utile, et nécessaire, de faire le point sur ce qui fait l'identité, et donc la spécificité, de cet organe juridictionnel. Car, et c'est le cœur de la démonstration de cet article, si la Cour constitutionnelle du Grand-Duché est bien, au sens scientifique strict, une cour constitutionnelle³ – elle a donc mérité ce nom qui lui a été attribué au final par ses créateurs, après quelques hésitations initiales –, elle n'en est pas moins une cour constitutionnelle des plus originales. Elle est à part des autres cours à l'étranger, du modèle standard de cour constitutionnelle, et ce par divers aspects.

Cette question de l'identité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a été discutée dès sa naissance. Rappelons, en effet, qu'en 1996, aux yeux de Jean-Paul Rippinger, qui était alors le chef de l'opposition libérale à la Chambre des députés, et qui, lui-même, avait déposé en 1992 des propositions bien plus ambitieuses en matière de cour constitutionnelle⁴

¹ Un mot, de prime abord, sur l'usage des majuscules et minuscules. J'écris « Cour constitutionnelle » avec majuscule lorsque je désigne un organe juridictionnel d'un État précis dont le nom officiel est précisément « Cour constitutionnelle » (ex. la Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique, du G.D. de Luxembourg, etc.). L'expression « cour constitutionnelle », avec c minuscule, vise, en revanche, un type d'organe, bref, une catégorie scientifique dont les critères de délimitation sont précisés *infra* dans la note 3.

² Dossier parlementaire n° 6030. Tous les dossiers parlementaires sont disponibles sur le site internet de la Chambre des députés : <http://www.chd.lu>, rubrique « trouver un dossier parlementaire ».

³ Pour les besoins de la présente démonstration scientifique, il fait sens de comprendre cette expression au sens strict. Deux critères sont retenus : l'un organique, l'autre fonctionnel. Une cour constitutionnelle, au sens strict, quel que soit son appellation officielle (Cour constitutionnelle, Cour de constitutionnalité, Tribunal constitutionnel, Cour d'arbitrage, Cour de justice de l'État, Cour supérieure spéciale, Conseil des gardiens, etc.) est – 1^{er} critère – un organe juridictionnel à part, distinct des organes juridictionnels ordinaires (juridictions civiles, pénales, administratives, etc.), ce qui permet un mode de composition spécifique, s'écartant plus ou moins de celui des juridictions ordinaires. 2^e critère, fonctionnel : cet organe juridictionnel intervient, plus ou moins, dans le domaine du contentieux constitutionnel. Il doit disposer d'au moins une compétence dans ce domaine – sans quoi il n'aurait rien de « constitutionnel » –, sans toutefois devoir monopoliser la totalité de ce contentieux (cela n'est, du reste, jamais le cas ; *contra* : L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 4). Le plus souvent, en science, on cite comme compétence minimale celle de contrôler la constitutionnalité des lois (ex. L. Favoreu, W. Mastor, *op. cit.*, p. 25), mais, à la limite, il pourrait aussi s'agir d'une autre compétence du moment qu'elle relève bien du « contentieux constitutionnel ». Une cour constitutionnelle est « spécialisée » en contentieux constitutionnel : c'est son rôle principal, mais cela n'exclut pas qu'elle soit chargée, de manière accessoire, d'autres contentieux et même, comme cela arrive en pratique (voir *infra* 1^{re} partie, B, 1^o), de compétences non-juridictionnelles (*contra* : la définition trop restrictive d'A. Harding, P. Leyland, T. Groppi, « Constitutional Courts : Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », in A. Harding, P. Leyland (dir.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill, 2009, p. 3, selon lesquels une cour constitutionnelle est « a specialist court having only 'constitutional' jurisdiction »). Sur les divers sens possibles du mot « contentieux constitutionnel », voir L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin & P. Wachsmann (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 85 ss. La présente définition de « cour constitutionnelle » est dite « stricte », parce qu'elle est plus étroite que celle qui inclut aussi sous le terme de « cour constitutionnelle » les juridictions ordinaires suprêmes exerçant des compétences en contentieux constitutionnel (ex. les cours suprêmes des États-Unis, du Royaume-Uni, du Canada, les chambres constitutionnelles de cours suprêmes en Amérique latine ou en Afrique) ainsi que des juridictions internationales comme la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, etc. Étroite, stricte, cette définition couvre tout de même un vaste nombre d'exemples, lesquels peuvent être regroupés en sous-catégories : les « variantes », ou sous-types, de cour constitutionnelle. En particulier, il est possible, sur tel ou tel point, de dégager un sous-type dominant que j'appellerai par la suite le « sous-type dominant » ou « modèle standard / mainstream ». Pour établir ces sous-types, je me sers exclusivement d'un critère quantitatif (selon une démarche empirique et descriptive) et non d'une quelconque référence à une obscure « essence », derrière laquelle se cache fréquemment une posture prescriptive.

– propositions rejetées systématiquement par la coalition formée par les chrétiens-sociaux (CSV) et les socialistes (LSAP) –, la Cour constitutionnelle telle que prévue par le futur article 95ter Const. n'était qu'un « *compromis bancal (e faule Kompromiss)* »⁵, qu'un simple « *embryon* »⁶ de cour constitutionnelle et même – sur ce point il se faisait particulièrement virulent – qu'un « *alibi* »⁷, afin que le Luxembourg puisse à son tour, sur la scène internationale, se targuer d'avoir une cour constitutionnelle, sans pour autant lui conférer les moyens nécessaires à son efficacité. À ses yeux, tout cela n'était qu'un « *spectacle désolant (Trauerspill)* »⁸. D'ailleurs, les députés du parti libéral (DP) s'abstinrent lors du vote sur le nouvel art. 95ter Const. Plus récemment, dans le cadre de la discussion sur la proposition de révision totale de la Constitution (dossier parl. n° 6030), Alex Bodry (LSAP), l'actuel président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés, a affirmé de manière tranchée que « *vu sa composition (...), notre Cour constitutionnelle ne peut être comparée aux cours constitutionnelles des autres pays européens* »⁹. Entre praticiens, la discussion sur les spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise prend immédiatement une tournure pratique : une fois l'originalité établie, cernée, mesurée, se pose la question de savoir s'il faut maintenir ou abolir celle-ci. Faut-il garder ce qui est atypique – en termes positifs : garder ce qui est propre à soi, suivre son propre chemin, quitte à faire bande à part – ou faut-il suivre le « *mainstream* » et, ainsi, abandonner toute solution « *exotique* », « *insolite* », car « *incongrue* » ?

Mais, avant d'aborder cette question *pratique* de la survie, il faut résoudre la question de nature *cognitive, théorique* : la Cour constitutionnelle luxembourgeoise est-elle originale ? Si oui, jusqu'à quel point, sur quel plan ? Pour le savoir, il faut mobiliser le savoir de droits constitutionnels comparés¹⁰ et, surtout, la théorie générale du droit constitutionnel, qui, elle, à partir des informations accumulées par la démarche comparative, établit des typologies. À l'aide de ce dernier savoir, il sera possible de classer le cas luxembourgeois et, ce faisant, de cerner à la fois ce que la Cour constitutionnelle du Grand-Duché du Luxembourg a en commun avec les autres cours constitutionnelles et ce qui la distingue.

Or sur ce point précis du classement de la cour luxembourgeoise, la littérature scientifique est de valeur inégale.

Il faut d'abord noter qu'un certain nombre de spécialistes de la théorie générale du droit constitutionnel (mais pas tous !) succombent à deux préjugés, tantôt alternativement, tantôt cumulativement. D'une part, ils privilégient, comme objets d'étude, les solutions dominantes, bref le *mainstream* : tout ce qui est atypique est relégué à la marge, réduit à de l'exotisme et/ou à un passé dépassé. D'autre part, ils tendent à privilégier l'étude des droits des grands pays, plus influents et marquants, et à se désintéresser des petits et très petits pays (comme si la petitesse était un critère de sélection scientifique). Résultat : en général, en-dehors de ses frontières, le droit constitutionnel luxembourgeois qui souffre de ces deux angles morts attire très peu les regards de cette science. Sur la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, il existe, certes, deux études à ambition comparative – en particulier celle, souvent éclairante, de Nicole Kuhn et Éric Rousseaux¹¹ –, mais cette dernière étude, outre qu'elle est incomplète,

⁴ Dossiers parl. n° 3685 et 3686.

⁵ *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés du G.D. de Luxembourg* (en abréviation : C.R.), 9 juillet 1996, col. 3179 (dossier parl. n° 4153).

⁶ C.R., 9 juillet 1996, col. 3184.

⁷ C.R., 9 juillet 1996, col. 3179.

⁸ C.R., 9 juillet 1996, col. 3182.

⁹ Dossier parl. 6030, P.V. IR 12, réunion de la CIRC du 11 février 2015, p. 6. Voir *infra* note 274.

¹⁰ En remplacement de l'expression française usuelle « *droit comparé* » qui est rédigée au singulier, je propose et préfère celle, au pluriel, de « *droits comparés / savoir de droits comparés* ». Celle-ci est plus exacte sur l'objet visé : il s'agit, non d'un droit en vigueur, mais d'une opération intellectuelle scientifique consistant à comparer des droits. Le pluriel est, du reste, ancien car, au début du XIX^e siècle, la formule usuelle de l'époque « *législation comparée* », au singulier, avait été devancée par celle de « *législations comparées* » au pluriel.

¹¹ N. Kuhn, É. Rousseaux, « *La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des Cours constitutionnelles en Europe occidentale* », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 2, p. 453 ss. Par rapport à cette première étude, la présente analyse se veut être un approfondissement, un complément, une mise à jour et, parfois, un inflexissement. L'étude de F. Delpérée, C. Frémault de Crayencour, « *La Cour constitutionnelle luxembourgeoise* », *Annales de droit luxembourgeois*, 1998, p. 95 ss, comporte aussi une

a rarement été prise en compte par les spécialistes les plus en pointe sur la théorie générale des cours constitutionnelles. Les écrits de ces derniers, à ambition tantôt universelle tantôt régionale (européenne), ignorent le plus souvent le droit luxembourgeois¹². À tort : car quiconque se donne pour mission d'établir un véritable savoir théorique « global » pour reprendre un terme à la mode, et souhaite en particulier construire des typologies à prétention universelle, se doit d'être à l'affût de cas extrêmes, peu importe qu'il s'agisse, géographiquement, d'un petit ou grand pays (à chaque fois, il s'agit d'un système juridique qui, lui, n'a pas de « taille »). Ce sont les cas atypiques, « marginaux », insolites, exotiques, qui éclairent la richesse de l'éventail des solutions existant dans les divers droits positifs du monde et qui, par contraste, soulignent l'existence d'un certain modèle standard ou *mainstream*. Sans l'existence de ces cas exceptionnels, il n'existerait pas non plus de modèle typique dominant (il y aurait soit une diversité absolue, soit une homogénéité absolue).

Quant à la littérature scientifique produite à Luxembourg, de prime abord plus sensible et intéressée au cas luxembourgeois, elle reste encore fragmentaire pour les raisons que l'on connaît (l'absence d'une université jusqu'en 2003, le nombre réduit de professeurs de droit en comparaison aux pays voisins, l'absence de focalisation de la recherche juridique à l'Université du Luxembourg sur le seul droit luxembourgeois). Ainsi, il manque parfois des analyses de dogmatique juridique sur des aspects clé du régime de la Cour constitutionnelle, comme, par exemple, sur la question de sa composition qui est pourtant cruciale pour établir l'originalité de la Cour.

C'est au comblement de ces lacunes qu'entend contribuer la présente recherche. Celle-ci vise à identifier et à classer le cas luxembourgeois ; pour ce faire, elle doit à la fois mobiliser la dogmatique du droit luxembourgeois (parfois incomplète, ce qui oblige à des approfondissements de celle-ci) et mobiliser les typologies universelles (elles aussi, parfois, incomplètes, en ce qu'elles sous-éclairent certains critères dont l'importance ressort pourtant de manière frappante à la lumière du cas atypique du droit luxembourgeois : en cela, l'atypique aide et oblige à affiner les typologies existantes). Dès lors, la présente contribution s'adresse à la fois à un public luxembourgeois et à un public universel (ce qui m'oblige parfois à rappeler des informations qui, pour les lecteurs luxembourgeois, sont évidentes, mais ne le sont pas pour les autres, et inversement). L'objet de l'étude est, d'abord et avant tout, cognitif, théorique : il s'agit de connaître, de mesurer exactement l'étendue de cette originalité, et d'en cerner, plus profondément, les causes, les raisons qui, à l'époque, ont justifié ces choix politiques atypiques. Pour autant, à la fin, l'étude débouchera sur une réflexion d'ordre pratique : faut-il maintenir ces choix originaux de 1996-97 ? Pour ma part, la réponse sera, sur certains points, négative.

L'étude se déclinera en trois parties, résumées dans les trois expressions clés du sous-titre. La première partie (« l'étendue de l'originalité ») sera consacrée à un inventaire des spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, spécificités qui se laissent résumer, en grande partie, mais non totalement, sous le terme de « minimalisme ». En effet, les

ambition comparative, mais l'un de ses propos centraux est erroné (voir *infra* note 16). La présentation orale de Jörg Gerkrath, « Quel modèle de justice constitutionnelle ? La Cour Constitutionnelle du Luxembourg comparée aux juridictions constitutionnelles en Allemagne, France et Belgique » (2009), n'a pas fait l'objet d'une publication.

¹² Au sein de cette littérature qui n'est pas si vaste, et qui, souvent, est fragmentée (par ses objets, par son champ d'étude géographique, par l'accès inégal aux sources doctrinales du fait des barrières linguistiques), je citerai en particulier les ouvrages systématiques de Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015 et de Michel Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013. Pour les besoins de la présente recherche, je me suis appuyé principalement, en plus de mes recherches personnelles sur les textes constitutionnels, sur ces deux ouvrages et sur la littérature suivante : A. Harding, P. Leyland (dir.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill, 2009 ; O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007 ; B. Wieser, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, Wien, Springer, 2005 ; M. de Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Hart, 2015 ; *Handbuch Ius Publicum Europaeum* (dir. : A. von Bogdandy, P.M. Huber), en particulier le tome VI, Heidelberg, Müller, 2016 ; D. Lopez Garrido, M.F. Masso Garrote, L. Pegaro (dir.), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant, 2017 ; G. Tusseau, « Le pouvoir des juges constitutionnels », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 3, 2012, p. 169 ss. D'autres études, plus pointues, seront encore citées par la suite. À noter : sauf indication contraire, le texte de la Constitution cité pour les divers pays (ex. « Const. France 1958 », « Const. Luxembourg 1868 », etc.) est toujours le texte *modifié*, tel qu'il est actuellement en vigueur (janvier 2018).

solutions retenues en 1996-97, d'abord par la révision du 12 juillet 1996 aboutissant au nouvel art. 95^{ter} Const.¹³, puis par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle¹⁴, et modifiées sur un point, implicitement, par la loi du 7 juin 2012¹⁵, se caractérisent surtout par le peu d'ambition dont le monde politique luxembourgeois a fait preuve lorsque, avec tant d'années de retard par rapport aux pays voisins, le Luxembourg a été doté d'une cour constitutionnelle. La deuxième partie (« les raisons » de cette originalité) a pour objet d'identifier les causes profondes qui expliquent ce minimalisme : cela nous obligera à nous plonger dans la culture politique luxembourgeoise et son rapport, en partie ambivalent, à l'idéal du règne du droit, de « l'*État de droit* », selon le nouveau terme phare. Enfin, la troisième partie (les « perspectives d'avenir » de cette originalité) sera consacrée à l'analyse des débats parlementaires actuels autour de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la proposition n° 6030. Dans quel sens s'oriente la discussion ? Sur ce point, l'on verra que si l'idée de supprimer la Cour constitutionnelle a été abandonnée, il n'est pas non plus question de transformer en profondeur celle-ci. Le minimalisme luxembourgeois en matière de cour constitutionnelle a encore de beaux jours devant lui. Eu égard à cette tendance, qui n'est pas à l'abri de critiques, l'article se terminera par un bref plaidoyer personnel en faveur d'une réforme plus ambitieuse de la Cour constitutionnelle.

I. Les spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise : la politique du minimalisme

Le minimalisme de la révision du 12 juillet 1996 introduisant le nouvel art. 95^{ter} Const. et de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle avait, dès le départ, comme déjà indiqué, été relevé et critiqué par le parti libéral, à travers la voie de son chef de fraction J.P. Rippinger. En science, le minimalisme luxembourgeois avait également été noté rapidement, d'un point de vue comparatif, par certains observateurs étrangers¹⁶ et par la doctrine luxembourgeoise¹⁷. Il reste toutefois, plus largement, à faire une étude systématique et approfondie de l'originalité de cette Cour constitutionnelle car, si de nombreux traits spécifiques du régime de la Cour sont inspirés de cette logique du minimalisme, tous ne le sont pas. L'originalité de la solution de 1996-97 transparaît sur cinq plans :

- au niveau de l'organisation de la Cour constitutionnelle (A),
- de son champ de compétences (B),
- de son mode de saisine, des normes de référence de son contrôle et des effets de ses arrêts (C).

A. L'organisation : une cour non permanente, composée que de juges ordinaires

Sur ce premier plan, l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise est très forte, point qui a été sous-éclairé dans l'étude de Nicole Kuhn et d'Éric Rousseaux¹⁸. Pour en mesurer l'étendue, il convient tout d'abord d'esquisser la solution standard qui s'est

¹³ Loi du 12 juillet 1996 portant révision de l'art. 95 de la Constitution, *Mém. A*, 1996, n° 45, p. 1318, dossier parl. n° 4153.

¹⁴ Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, *Mém. A*, 1997, n° 58, p. 1724 ss, dossier parl. n° 4218.

¹⁵ Loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice, *Mém. A*, n° 125, p. 1604, dossiers. parl. n° 6304 et 6304B. L'impact de cette loi à propos de la composition de la Cour constitutionnelle n'a pas encore été discuté en doctrine ; elle sera analysée *infra* l^{re} partie, A, 2°, c).

¹⁶ Voir l'étude de N. Kuhn, É. Rousseaux, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des Cours constitutionnelles en Europe occidentale », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 2, p. 453 ss, spéc. p. 468 ss. En revanche, la spécificité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise par rapport aux autres cours constitutionnelles en Europe et dans le monde est largement sous-éclairée, voire occultée, dans l'analyse, pourtant à prétention comparative, de F. Delpérée, C. Frémault de Crayencour, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise », *Annales de droit luxembourgeois*, 1998, p. 95 ss.

¹⁷ Voir, par ex., le constat rapide, sur le plan du champ de compétence, de J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *Pasicrisie*, 2008, vol. 1-2 (La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007), p. 3, 5.

cristallisée au cours du temps dans le monde pour ce qui est de la structure des cours constitutionnelles (1°), avant de situer, par rapport à ce *mainstream*, le cas luxembourgeois (2°).

1° Le modèle standard de cour constitutionnelle au niveau mondial

Parmi tous les organes juridictionnels relevant de la catégorie scientifique (du type) des cours constitutionnelles, il est possible – pour ce qui est de la question de l'organisation – de dégager une solution standard, dominante, qui s'est imposée dans la très large majorité des droits positifs actuels. L'existence de ce sous-type dominant ressort de manière frappante si l'on étudie la diversité des droits à travers le prisme du droit luxembourgeois qui, précisément, se démarque de cette tendance lourde. Dans le contexte de la présente discussion, il faut et il suffit de thématiser quatre traits distinctifs de ce sous-type dominant :

- a) la permanence de la cour constitutionnelle ;
- b) la mixité de sa composition ;
- c) la désignation de ses membres par des organes politiques qui peuvent choisir les futurs juges en fonction de leur sensibilité politique ;
- d) l'existence d'une durée de mandat fixe et égale (un terme précis).

a) Eu égard aux fonctions importantes et multiples attribuées d'habitude à une cour constitutionnelle (voir *infra* B 1°), l'activité de juge à la cour constitutionnelle est un emploi à plein temps. La juridiction peut être qualifiée de permanente en ce qu'elle siège tout le temps, hors vacances judiciaires. C'est le cas à la fois dans les grands et moyens États (fédéraux ou unitaires) et même dans nombre de petits États. Tout cumul avec une autre fonction rémunérée, publique ou privée, est prohibé¹⁹, le seul cas qui échappe aux strictes règles d'incompatibilité, voire d'inéligibilité, étant généralement celui de professeur d'université²⁰ ou quelque activité analogue²¹. Pour trouver une solution différente, il faut remonter dans le passé, dans la période marquante des années 1920-30. Les régimes des quelques juridictions constitutionnelles spéciales qui, à l'époque, ont vu le jour en Europe, et qui sont souvent présentées comme les ancêtres des cours constitutionnelles actuelles, prévoyaient tous des incompatibilités minimales. Le cas le plus frappant est celui du Tribunal des garanties constitutionnelles de la II^e République espagnole, où le cumul avec les fonctions de député, d'avocat, de président du Conseil d'État et de président de la Cour des comptes était imposé²². Le caractère non permanent se retrouvait aussi du côté de la Cour constitutionnelle de la République tchécoslovaque²³, du *Verfassungsgerichtshof* d'Autriche, de la *Staatsgerichtshof* (Cour de justice de l'État)²⁴ de la République de Weimar, et de la *Staatsgerichtshof* de la Principauté du Liechtenstein tel qu'établie en 1925²⁵. De nos jours, ce

¹⁸ Les deux auteurs estiment que « les analogies paraissent indéniables dans la composition et dans le fonctionnement » de la Cour constitutionnelle (*op. cit.*, p. 457). Du coup, ils placent ce point sous le leitmotiv des « ressemblances » (1^{re} partie, p. 458 ss) et situent l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, pour l'essentiel, au niveau de la saisine et des attributions (2^e partie, p. 468 ss).

¹⁹ Pour une formulation particulièrement catégorique de l'incompatibilité avec toute autre fonction ou charge, ce qui exclut même la fonction d'enseignant : Bolivie, *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, loi n° 27 de 2010, art. 15 (« *El ejercicio de la magistratura constitucional es de dedicación exclusiva* ») et art. 21 (incompatibilité avec l'enseignement universitaire).

²⁰ Quatre exemples, parmi tant d'autres : RFA : §§ 3 et 101 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* 1953 ; Kosovo : art. 5 de la loi de 2008 sur la Cour constitutionnelle ; Niger : art. 125 Const. 2010 ; Équateur, art. 174 *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* 2009. Voir aussi l'étude comparée de la Commission de Venise, *La composition des cours constitutionnelles - Science et technique de la démocratie*, no. 20 (1997) CDL-STD (1997)020, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD\(1997\)020.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1997)020.aspx)

²¹ Exemple : Ukraine, art. 148 Const. 1996.

²² Voir Const. 1931, art. 122 et *Ley orgánica del Tribunal de garantías constitucionales* (LOTGC) du 14 juin 1933, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Documents/Ley%20Organica%20TGC.pdf>, art. 5 (députés) ; art. 16, 2 et 3 (avocats) ; art. 4 (le Conseil d'État était un organe consultatif) ; art. 4 (président de la Cour des comptes).

²³ J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei 1920-1939*, Frankfurt, Klostermann, 2009, p. 65 ss (le cumul était possible, voire obligatoire, avec les fonctions de juge ordinaire, d'avocat, de fonctionnaire, de représentant d'une collectivité locale, etc.).

²⁴ Voir art. 108 Const. du Reich allemand de 1919 et, surtout, loi du 9 juillet 1921. Était prévu le cumul en particulier avec les fonctions de juge ordinaire et d'avocat.

premier modèle très ouvert aux cumuls de fonctions a été dépassé, mais il subsiste encore dans quelques rares cas. Ainsi le cumul avec, en particulier, les fonctions de juge ordinaire est toujours autorisé dans le cas de la Cour constitutionnelle d'Autriche²⁶. Les membres de la Cour supérieure spéciale de Grèce (art. 100 Const. Grèce 1975), qui sont soit désignés d'office (les présidents des juridictions ordinaires suprêmes), soit tirés au sort (des juges ordinaires et des professeurs de droit), sont, tous, dans l'obligation de cumuler deux fonctions. Le droit actuel du Liechtenstein, afin de pouvoir attirer à la cour constitutionnelle des personnalités de nationalité étrangère (des professeurs et/ou des juges), continue à soustraire celles-ci à toute incompatibilité en ce qui concerne d'autres fonctions exercées à l'étranger²⁷. Enfin, on notera que tous les *Länder* allemands ne prévoient la fonction de juge à la *Landesverfassungsgerichtshof* (Cour de justice constitutionnelle de *Land*) qu'à titre honorifique (*ehrenamtlich*) ; ainsi les juges ordinaires, désignés d'office ou le plus souvent élus par le parlement, qui, à côté des professeurs de droit, des avocats et des hauts fonctionnaires, fournissent de loin la plus grande partie des effectifs des cours, doivent/peuvent cumuler leurs deux fonctions juridictionnelles.²⁸

b) Deuxième trait saillant de ce modèle *mainstream* ou standard : la composition de la cour constitutionnelle est « mixte », à des degrés qui peuvent toutefois varier. Le minimum de mixité inscrit dans le régime juridique est que le vivier au sein duquel les futurs juges de la cour constitutionnelle peuvent être recrutés ne se limite pas aux juges ordinaires. L'un des motifs qui, fréquemment, a poussé les acteurs politiques à créer une cour constitutionnelle est, précisément, une certaine méfiance par rapport aux juges ordinaires : à cause de leur culture juridique trop étroite (une approche interprétative trop techniciste, littérale, etc.) et/ou de leur attitude « politique » avérée ou supposée (conservatisme, compromission avec le régime dictatorial antérieur, etc.), les juges ordinaires ne se sont pas considérés comme fiables²⁹. Cela interdit le contrôle diffus et, par extension, le recrutement des juges de la cour constitutionnelle parmi les seuls juges ordinaires. Ceux-ci, toutefois, ne sont jamais exclus, par principe, de la cour constitutionnelle ; au contraire, certains systèmes ont même prévu, en leur faveur, une règle de désignation d'office³⁰, un quota³¹ ou la sélection d'une partie des membres de la cour constitutionnelle par des juges ordinaires³²). Mais leur présence,

²⁵ Voir la loi du 5 novembre 1925 sur le *Staatsgerichtshof*, art. 3 et 6.

https://www.gesetze.li/chrono/1925008000?search_text=Gesetz%20%C3%BCber%20den%20Staatsgerichtshof%201925&search_loc=titel&lmr=&lglbid_von=&lglbid_bis=. Était autorisé/imposé le cumul, en particulier, avec les fonctions de député, de représentant des communes, d'avocat et de juge ordinaire. Il pouvait s'agir d'une fonction exercée soit à l'étranger (certains juges de la Cour étaient choisis parmi des personnalités étrangères) soit au Liechtenstein.

²⁶ C. Grabenwarter, « Der österreichische Verfassungsgerichtshof », in A. von Bogdandy, C. Grabenwarter, P.M. Huber (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VI : *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*, Heidelberg, Müller, 2016, p. 434 s.

²⁷ La présence d'étrangers à la Cour de justice de l'État est autorisée au Liechtenstein depuis 1925 (loi 1925, art. 2 et art. 4 ; en droit actuel : loi du 27 novembre 2003 relatif au *Staatsgerichtshof*, StGHG, art. 1 al. 3 et art. 3 al. 5 www.gesetze.li). Les incompatibilités peu strictes dans le passé (loi 1925, art. 3 et 6) et plus strictes de nos jours (loi 2003, art. 4) ne visaient et ne visent que des fonctions exercées sur le territoire liechtensteinois.

²⁸ Les incompatibilités ou inéligibilités ne visent, en général, que les mandats de député et de ministre et, parfois, les fonctionnaires. Voir Rhénanie-Palatinat, Const. 1947, art. 134 ; Bade-Wurtemberg, Const. 1953, art. 68 ; Bavière Const. 1946 art. 68 ; Berlin, Const. 1995, art. 84 ; Brandebourg, Const. 1992, art. 112 ; Hambourg, Const. 1952, art. 65 ; Basse-Saxe, Const. 1993, art. 55 ; Sarre, Const. 1947, art. 96 et loi du 17 juillet 1958 sur la *Verfassungsgerichtshof*, § 2.

²⁹ Pour une première liste des causes possibles de création d'une cour constitutionnelle, voir G. Tusseau, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », *Jus politicum*, n° 13, hiver 2014, spéc. p. 7 et 18. <http://juspoliticum.com/la-revue> ; A. Harding, P. Leyland, L. Groppi, « Constitutionnal Courts... », *op. cit.*, p. 11 ss.

³⁰ Voir les exemples cités *infra* note 43 (Grèce, certains *Länder* allemands, etc.).

³¹ Voir les exemples de la RFA (quota de 6 juges ordinaires sur un total de 16 : § 2 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), du Portugal (quota de 6 juges ordinaires sur un total de 13 ; § 13 loi sur Tribunal constitutionnel 1982), Turquie : art. 146 Const. 1982 ; Grèce (art. 100 Const. 1975). Parfois, un quota est établi pour les juges et procureurs mélangés. Voir, en ce sens, clairement, le cas du droit belge : art. 34 § 2, loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989, à jour (un juge de la Cour constitutionnelle, sur 12, est à choisir parmi les juges de la Cour de cassation, les procureurs auprès de la Cour de cassation et les membres du Conseil d'État). Dans le même sens semblent s'orienter aussi les droits qui évoquent la présence, au sein de leur cour, d'un certain nombre de juges à choisir parmi les « magistrats », un terme ambigu qui pourrait inclure à la fois les juges et les procureurs. Voir Gabon (art. 89 Const. 1991 : un quota de 3 « magistrats » sur 9 membres) ; Niger, art. 121 Const. 2010 (un quota de 2 « magistrats » sur un total de 7 membres) ; Bénin : art. 115 Const. 1990 (trois « magistrats » sur un total de 7) ; Guinée, art. 100 Const. 2010.

autorisée ou imposée, est « diluée » par la présence d'autres juristes, voire, plus rarement, par la présence de non-juristes. Si l'ouverture se fait à l'égard des seuls juristes (mixité minimale), le droit autorise, voire impose la présence de divers types de professionnels du droit. Sont visés, en premier lieu, les professeurs de droit (parfois ils bénéficient même d'un quota³³), les avocats (un quota est rare³⁴ ; parfois, à l'inverse, ils sont exclus/inéligibles³⁵), les hommes politiques et hauts fonctionnaires diplômés en droit, plus rarement : les membres du parquet³⁶, les anciens référendaires de la Cour constitutionnelle³⁷, les notaires. En Iran, le Conseil des gardiens est composé à moitié de juristes musulmans et à moitié de théologiens, spécialistes de la loi religieuse (art. 91 Const. 1979). Dans certains cas minoritaires, dont le chiffre n'est toutefois pas négligeable, la mixité est maximale en ce que la cour peut, voire doit, inclure même des non-juristes, qu'il s'agisse d'anciens hommes politiques, de représentants d'ONG ou de simples citoyens³⁸.

Sont autrement plus rares d'autres exigences de mixité en termes de genre (Équateur, art. 434 Const. 2008 : parité ; Bolivie, *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, loi n° 27 de 2010, art. 19 : respect de la parité par la liste des candidats établie par le parlement et soumise aux votes des citoyens ; Belgique, art. 34 § 5 loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989 : quota d'un tiers sur un total de 12 ; Kosovo, art. 114 Const. 2008 : respect de la diversité des sexes) ou en termes de critères socio-culturels et/ou linguistiques (ex. Bosnie-Herzégovine, Kosovo, Macédoine, Bolivie : *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, art. 13 ; Belgique : 6 juges francophones et 6 juges néerlandophones). Il arrive aussi très rarement que la Constitution exige un certain pluralisme sous l'angle de la provenance géographique des membres (ex. Autriche, art. 147 LCF : trois membres et deux suppléants, au moins, doivent être domiciliés en-dehors de Vienne ; Ouzbékistan, Const. 1992, art. 108 : présence obligatoire d'un représentant de la République de Karakalpakstan ; similaire : art. 89 Const. Tadjikistan 1994).

c) Troisième critère du modèle standard de cour constitutionnelle : tous les membres de la cour, y compris ceux choisis parmi les juges ordinaires ou parmi les professeurs, sont non seulement formellement nommés, mais aussi choisis par des organes politiques (chef de l'État, guide de la République, gouvernement et/ou parlement). Ce choix est en général limité par des conditions de fond qui ont trait aux compétences juridiques et à l'âge des possibles candidats ; mais il n'en reste pas moins que les partis politiques présents à l'intérieur de ces

³² Voir *infra* note 45 (Italie, Espagne, Turquie, etc.).

³³ Belgique : au minimum 1 juge sur 12 (art. 34 § 2 loi) ; Grèce : présence de 2 professeurs ; Espagne Const. 1931, art. 122 (4 professeurs) ; Niger, art. 121 Const. 2010 (1 sur 7), etc.

³⁴ Turquie : art. 146 Const. 1982 ; Niger, art. 121 Const. 2010 (1 sur 7) ; Guinée, art. 100 Const. 2010 (1 sur 9), etc. La relative marginalisation des avocats au sein des cours constitutionnelles contraste vivement avec la pratique en Angleterre, où les juges des juridictions supérieures sont, traditionnellement, choisis parmi les meilleurs avocats.

³⁵ En Belgique, en Grèce.

³⁶ Voir *supra* note 31.

³⁷ Le droit belge dans sa version actuelle (art. 34 § 2, loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989 mis à jour) leur réserve un siège à la Cour constitutionnelle.

³⁸ Voir Espagne 1931, art. 122 (au minimum 2 députés) ; Belgique (présence *obligatoire* de 6 anciens parlementaires sur un total de 12 : art. 34 loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989) ; France (Const. 1958, absence d'une qualification juridique, en particulier à l'égard des anciens présidents de la République) ; Yougoslavie (Constitutions fédérales de 1963 et de 1974 : non exigence d'une formation en droit à l'égard de tous les juges de la Cour constitutionnelle) ; Turquie : art. 146 Const. 1982 (présence possible d'un professeur de science économique ou de science politique et de hauts fonctionnaires avec une formation universitaire quelconque) ; Côte d'Ivoire (ancienne Const. 2000, art. 89 et 90 : présence des anciens présidents de la République et de personnalités dotées d'une expérience « juridique ou administrative ») ; Gabon : art. 89 Const. 1991 (présence des anciens présidents de la République, sur les 9 autres membres nommés seuls 6 doivent être juristes) ; Djibouti art. 76 Const. 1992 (présence des anciens présidents de la République et de deux « personnalités de grande réputation professionnelle ») ; Kazakhstan, art. 71 Const. 1995 (présence des anciens présidents de la République) ; Togo : art. 100 Const. 1992, version actuelle (seuls 3 sur les 9 membres doivent avoir des compétences juridiques, à l'inverse de la solution initiale de l'art. 100 qui excluait les non-juristes) ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 158 et 159 (seuls 6 sur les 9 membres doivent être juristes) ; Niger, art. 121 Const. 2010 ; Guinée, art. 100 Const. 2010 ; dans tous les *Länder* allemands sauf en Bavière et en Sarre, des non-juristes peuvent être admis, en nombre restreint, dans la cour constitutionnelle du Land (voir K. Schlaich, S. Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10^e éd., München, Beck, 2015, n° 41 ; Exemples : Rhénanie-Palatinat, Const. 1947, art. 134 ; Bade-Wurtemberg, Const. 1953, art. 68 ; Berlin, Const. 1995, art. 84 ; Brandebourg, Const. 1992, art. 112, etc.).

organes sont autorisés à choisir des candidats qui leur sont, politiquement, proches. Par rapport à cette tendance lourde, il existe, certes, pas moins de sept solutions alternatives, mais celles-ci restent marginales d'un point de vue quantitatif. 1. L'élection au suffrage universel n'a été retenue qu'en Bolivie, dans la récente Constitution de 2009 (art. 198 et 199)³⁹ et, à titre subsidiaire, au Liechtenstein⁴⁰. 2. L'idée d'un recrutement par le biais d'un véritable concours, ouvert et méritocratique, n'a pas non plus connu beaucoup d'échos (pour un exemple qui s'en approche : Équateur, articles 177 et suivants de la *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* de 2009⁴¹). 3. La désignation par tirage au sort existe (en Grèce⁴²), mais est rarissime. 4. L'appartenance à la cour constitutionnelle de personnes du fait de leur fonction publique actuelle⁴³ ou ancienne⁴⁴ (membres « de droit », désignation *ex officio*) est un peu plus fréquente, mais reste rare. 5. Il arrive qu'un groupe représentatif d'une certaine profession juridique (les juges ordinaires, les professeurs de droit, les avocats⁴⁵) ou d'un certain milieu social travaillant sur et avec le droit (les ONG de défense des droits de l'homme⁴⁶) désignent des membres de la cour constitutionnelle ; soit ces groupes sont obligés en droit de choisir l'un des leurs (désignation par les pairs), soit ils sont libres en droit de choisir en dehors de leur milieu. Cette méthode est assez fréquente et attire d'ailleurs d'avantage de nos jours ; elle reste tout de même une solution minoritaire. 6. La cooptation par les *futurs* pairs (i.e. par les juges déjà nommés de la cour constitutionnelle) est rarissime (un seul exemple, à ma connaissance : le Portugal). 7. Enfin, le dernier mode alternatif de désignation est celui où une instance externe, c'est-à-dire internationale, choisit des membres d'une cour constitutionnelle nationale, solution iconoclaste qui a été réalisée dans les cas, uniques à ma connaissance, de la Bosnie-Herzégovine (art. VI, § 1, Const. 1995 : désignation de trois membres de la Cour constitutionnelle par le président de la Cour européenne des droits de l'homme) et du Kosovo (art. 152 Const. 2008)⁴⁷.

d) Quatrième trait saillant de la solution standard : le mandat des juges à la cour constitutionnelle est limité par un terme précis, qui, en principe, assure à chaque juge la même durée de présence à la cour, durée qui est plus ou moins courte. La fonction de juge à une cour constitutionnelle n'est pas en effet une carrière à vie. Au plus tard, le mandat expire

³⁹ Voir *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, loi n° 27 de 2010, chap. 2. <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/all/modulostcp/leyes/ley027/ley027.pdf> Les citoyens satisfaisant certains critères (en particulier, avoir une formation juridique) peuvent présenter leur candidature ; le parlement, à la majorité des deux tiers, fait une présélection, en retenant 25 candidats ; cette liste doit respecter la parité hommes/femmes et doit comprendre un minimum de représentants de populations indigènes ; le peuple élit, selon un scrutin majoritaire à un seul tour, les sept juges et les sept suppléants pour un mandat de 6 ans qui n'est pas renouvelable immédiatement.

⁴⁰ Si le parlement refuse le ou les candidats proposés par le comité de sélection présidé par le monarque, un référendum est organisé. Voir art. 96 Const. 1921, www.gesetze.li, et *Gesetz vom 26. November 2003 über die Bestellung der Richter (Richterbestellungsgesetz)*, art. 14 à 17.

⁴¹ <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/quienes-somos/vision-y-mision.html>

⁴² Grèce, art. 100 Const. 1975 (désignation de deux professeurs de droit et de huit juges parmi les membres de la Cour de cassation et du Conseil d'État).

⁴³ Pour ce qui est des présidents en exercice des juridictions ordinaires suprêmes : Grèce, art. 100 Const. 1975 ; certains *Länder* allemands dont la Rhénanie-Palatinat, Const. 1947, art. 134.

⁴⁴ Pour ce qui est des anciens présidents de la République : France, Const. 1958, art. 56 ; Gabon : art. 89 Const. 1991 ; Djibouti art. 76 Const. 1992 ; Kazakhstan, art. 71 Const. 1995 ; dans le passé : Côte d'Ivoire, ancienne Const. 2000, art. 89.

⁴⁵ Pour la désignation de juges de la cour constitutionnelle par des juges ordinaires, voir : Italie, art. 135 Const. 1947 ; Espagne : art. 159 Const. 1978 ; Turquie : art. 146 Const. 1982, versions originale et actuelle ; Guatemala : art. 269 Const. 1985 ; Bulgarie : art. 147 Const. 1991 ; Togo : art. 100 Const. 1992, version originale ; Géorgie : art. 88 Const. 1995 ; Ukraine : art. 148 Const. 1996 ; Serbie, art. 172 Const. 2006 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art.158 ; Niger : art. 121 Const. 2010 ; Guinée : art. 100 Const. 2010 ; Algérie : art. 183 Const. 2016. Pour l'élection de juges de la cour constitutionnelle par le monde universitaire/les facultés de droit/les professeurs de droit, voir Espagne, art. 122 Const. 1931 ; Guatemala, art. 269 Const. 1985 ; Turquie : art. 146 Const. 1982 ; Togo : art. 100 Const. 1992, version originale ; Guinée : art. 100 Const. 2010 ; Niger : art. 121 Const. 2010. La désignation d'un membre de la cour constitutionnelle par le barreau est très rare. Voir, dans le passé, le Togo avec l'art. 100 de la Const. de 1992, dans sa version originale, et l'Espagne, art. 122 Const. 1931 ; à l'heure actuelle : Guatemala : art. 269 Const. 1985 ; Guinée.

⁴⁶ Un cas unique, à ma connaissance : l'élection, par des associations de défense des droits de l'homme et de la démocratie, d'un représentant issu de ce monde (Niger, art. 121 Const. 2010). Proche : Guinée, art. 100 Const. 2010.

⁴⁷ Voir C. Grewe, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit in ex-Jugoslawien in der Perspektive des europäischen Rechtsraums », à paraître dans le prochain volume du *Handbuch ius Publicum Europaeum* dirigé par A. von Bogdandy et P.M. Huber.

après une durée fixée d'avance qui varie entre, au minimum, 2⁴⁸ ou 5 ans (ex. Bénin, Pérou, Guatemala : art. 269 Const. 1985, Liechtenstein, etc.), avec parfois possibilité de renouvellement et, au maximum, 11 ans (Biélorussie, avec une possible reconduction), 12 ans (ex. Allemagne, Monténégro, Turquie, sans possibilité de renouvellement) ou même 15 ans (Azerbaïdjan, mandat non renouvelable⁴⁹). Avec cette solution tranchent deux autres types d'encadrement des mandats dans le temps : celui où, à l'instar de la plupart des juges ordinaires, le mandat de juge constitutionnel court jusqu'à l'âge de départ obligatoire à la retraite (ce qui, selon les cas, peut valoir à la personne nommée une très longue présence ; exemples : Autriche, Belgique, Russie, Arménie, Bosnie-Herzégovine) ; enfin celui, encore plus radical en termes de durée, où le mandat peut courir jusqu'au décès de la personne (le mandat à vie, au strict sens du terme : c'est le cas, en France, à Djibouti, au Kazakhstan, etc., des anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel).

2° La composition atypique de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise

À l'aune du modèle standard ressort clairement le caractère atypique de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise. En matière de composition, l'originalité se situe sur quatre plans :

- a) la non permanence de la Cour constitutionnelle ;
- b) la (relative) homogénéité sociologique de la Cour, composée exclusivement de juges ordinaires, avec une nette prépondérance de juges spécialisés en droit privé et droit pénal ;
- c) la très large dépolitisation du processus de désignation de ses membres du fait de la présence de membres de droit et de l'élection des juges par d'autres juges ;
- d) l'absence d'une durée fixe et égale du mandat.

Le minimalisme de la solution de 1996-97 se reflète surtout dans la première de ces quatre spécificités.

a) La non permanence de la Cour

Afin d'économiser de l'argent⁵⁰ et au vu du rôle réduit attribué à la Cour, il a été décidé en 1996 que la fonction de juge à la Cour constitutionnelle ne serait pas un poste à plein temps. Tous ses membres sont obligés de cumuler deux activités, en l'espèce juridictionnelles. Sur ce point, il est utile, pour la suite, de bien situer le siège de cette solution. En effet, cette obligation de cumul est-elle consacrée dans la Constitution, dans la loi ou dans les deux ? Il est certain qu'elle se trouve formulée de manière générale (pour tous les membres, sans distinction) et de manière explicite dans l'art. 3 § 6 de la loi du 27 juillet 1997 : « *Les membres de la Cour continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine* ». Est-ce à dire qu'il serait possible dans l'avenir de changer ce point structurel, en partie problématique, par une simple loi, sans devoir opérer une révision ? La réponse est négative : déjà l'art. 95^{ter} Const., de par sa formulation, implique le cumul. Pour ce qui est du président de la Cour supérieure de justice et du président de la Cour administrative, l'art. 95^{ter} Const. implique que les deux titulaires sont membres de droit de la Cour constitutionnelle, ce qui implique, au-delà de l'idée de cumul, qu'ils doivent exercer leur fonction à la Cour constitutionnelle aussi longtemps qu'ils exercent leur première fonction, c'est-à-dire en principe jusqu'à l'âge de

⁴⁸ Cette durée est rarissime. Voir Grèce, art. 100 Const. 1975.

⁴⁹ Art. 14 loi sur la Cour constitutionnelle, <http://www.constcourt.gov.az/laws/22>

⁵⁰ Le député Luc Frieden (CSV), qui a joué un rôle central dans la réforme de 1996-97, puisqu'il a été à la fois l'auteur de la proposition de révision aboutissant à l'art. 95^{ter} et de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, le président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC) de la Chambre des députés et le rapporteur général de ces deux textes, avait justifié le mode de composition particulier de la Cour constitutionnelle (le recours à des juges ordinaires cumulant deux fonctions) d'une part par l'apolitisme du recrutement et, d'autre part, par la réduction de l'impact sur les finances publiques. Voir C.R., 1995-96, discours du 9 juillet 1996, col. 3168 (« *Mir schafen domat och keng deier, zousätzlech Posten, déi eng Inzidenz op eis Staatsfinanzen hätten* » ; trad. pers. : « Ainsi, nous ne créons pas des postes coûteux supplémentaires qui auraient une incidence sur nos finances publiques »). L'argument financier avait également été évoqué dans l'avis du professeur belge Francis Delpérée, à propos d'un projet de révision antérieur (F. Delpérée, *Rapport présenté à la Chambre des députés sur les modes d'insertion du contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, sept. 1994, doc. parl. n° 3914-1A, p. 7).

retraite ; toute démission en cours de mandat de l'un des deux postes, mais non de l'autre, leur est donc également interdite par l'art. 95ter Const. En revanche, pour ce qui est des deux autres groupes – les « deux conseillers à la Cour de cassation » et les « cinq magistrats nommés par le Grand-Duc sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative » –, l'art. 95ter Const. exige également le cumul, mais il n'implique pas qu'ils soient aussi membres de droit (évident dans le cas des cinq magistrats, ce point sera démontré plus loin pour ce qui est, depuis 2012, des deux conseillers à la Cour de cassation). À l'égard de ces deux derniers groupes, l'art. 95ter ne précise pas non plus la durée du mandat (celle-ci est fixée seulement dans la loi de 1997).

Inscrite implicitement dans l'art. 95ter Const., cette obligation de cumul est donc un élément déterminant de la structure de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, qui la distingue de manière nette du modèle standard de cour constitutionnelle. Cette originalité pose toutefois, dans la pratique, quelques problèmes en matière de composition de la Cour constitutionnelle⁵¹, ce qui a suscité d'abord en 2012, puis récemment des propositions de réforme. Mais loin de vouloir établir une cour permanente, avec des juges travaillant à temps plein, ces propositions se contentent d'augmenter le nombre de juges censés cumuler deux fonctions juridictionnelles⁵².

b) La relative homogénéité de la Cour sur le plan sociologique

Afin de garantir au maximum le caractère juridictionnel, et non politique, de l'organe « Cour constitutionnelle », un autre choix, radical, a été retenu en 1996 : le monopole des juges ordinaires.

D'une part, aux yeux des acteurs politiques qui étaient à l'origine de la révision de 1996, parmi lesquels il faut citer en premier lieu le député Luc Frieden (CSV), il fallait un organe composé de juristes, à l'exclusion de tout non-juriste (homme politique, syndicaliste, représentant des forces vives de la nation, professeur de science politique, simple citoyen, etc.). L'argument de la dimension en partie politique, car créative/discretionnaire du contrôle de constitutionnalité des lois, à raison de l'interprétation de la Constitution, n'a pas eu d'impact sur la question de la composition de la Cour constitutionnelle. Dans son premier avis (très critique) du 9 mai 1996 relatif au futur art. 95ter Const.⁵³, le Conseil d'État, composé lui-même de manière mixte, s'était fait le défenseur de la dimension politique de la justice constitutionnelle et avait prôné une possible mixité de la composition de la cour constitutionnelle. Or, la majorité politique à la Chambre des députés n'en a point tenu compte. Une raison, apparente, est la logique du juridisme véhiculée par le nouveau terme phare de « l'État de droit ». Une autre raison possible (non dite) est que la solution du cumul – point a) – empêchait tout éventuel « recasage » d'un acteur politique ; la politisation ainsi obtenue de la Cour aurait été, en outre, par trop visible et insupportable.

⁵¹ En vertu de l'art. 5, al. 2, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, les juges qui, au sein de leur juridiction d'origine, ont participé à la formulation d'une question préjudicielle de constitutionnalité, et qui sont également membres de la Cour constitutionnelle (ex. les juges de la Cour de cassation, le président de la Cour administrative, etc.), ne peuvent siéger au sein de la Cour constitutionnelle sur cette affaire. Dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle doit statuer sans profiter des lumières de ses membres qui sont spécialistes du droit ordinaire concerné. Voir l'avis de la Cour supérieure de justice du 14.7.2011, doc. parl. n° 6030-8, p. 6 s. Le ministère de la justice a même avancé le risque qu'à cause de l'art. 5, il pourrait s'avérer impossible de trouver cinq membres de la Cour constitutionnelle qui n'auraient pas déjà siégé, au sein d'une juridiction ordinaire, sur une affaire. Voir la motivation de l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour suprême, soumis par F. Biltgen, annexé au procès-verbal de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC), P.V. IR 26, réunion du 27 février 2013, p. 12, 14 (dossier parl. n° 6030).

⁵² En 2012, lors du débat sur la loi relative aux attachés de justice (doc. parl. 6304B-5, p. 27), le gouvernement avait proposé d'ajouter aux membres ordinaires de la Cour constitutionnelle des « suppléants » qui, pour chaque affaire, seraient choisis par le président de la Cour constitutionnelle parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour administrative. Cette proposition n'a pas été retenue par la Chambre des députés (P.V. J34, 25 avril 2012, p. 10), suite à l'opposition formelle du Conseil d'État (un tel changement nécessite une révision de l'art. 95ter de la Constitution ; doc. parl. 6304B-6, avis du Conseil d'État du 6 mars 2012, p. 9). Le principe de juges-suppléants a été repris dans le cadre de la révision actuelle de la Constitution (doc. 6030 ; voir *infra* II partie, B, 2°).

⁵³ Voir doc. parl. n° 4153-1, p. 7.

D'autre part, la majorité politique à l'origine de la révision est même allée plus loin puisque, non contente de récuser les non-juristes, elle a écarté également – à l'encontre du modèle standard de cour constitutionnelle – la présence de différents types de juristes. La catégorie des « juristes » a été réduite à celle des juges ordinaires⁵⁴, à l'exclusion des membres du parquet, des avocats, des hommes politiques à formation juridique, des hauts fonctionnaires, des professeurs de droit, etc. Pour citer le rapport final de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, rédigé par Luc Frieden, l'objectif du pouvoir de révision était de faire en sorte « *que la Cour soit toujours composée de magistrats professionnels indépendants, nommés en raison de leurs fonctions, et non de personnalités choisies discrétionnairement par une autorité politique. Il est ainsi assurée que la Cour constitutionnelle reste une institution de justice, chargée de dire le droit au niveau le plus élevé, celui de la Constitution* »⁵⁵.

Que les membres du parquet sont exclus de la Cour constitutionnelle ne ressort pas, de prime abord, du texte. L'art. 95^{ter} Const. parle, en effet, pour le dernier des trois contingents de membres de la Cour constitutionnelle, de « magistrats » (« *cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative* »), formule reprise dans l'art. 3 de la loi du 27 juillet 1997. En droit judiciaire luxembourgeois ordinaire, i.e. de rang infra-constitutionnel, le terme « magistrat » sans autre complément (« du siège », « du parquet »), est, traditionnellement, polysémique en ce qu'il peut viser soit l'ensemble des deux groupes (ceux du siège et ceux du parquet), soit seulement les juges, soit seulement les représentants du ministère public⁵⁶. La Constitution luxembourgeoise depuis 1868 jusqu'en 1996, ignorait le terme « magistrat » sans complément. Le chapitre VI relative à la justice parlait des « juges », « conseillers » et « tribunaux », en ignorant l'institution du parquet ; dans l'art. 54 relatif aux incompatibilités prévues à l'égard du mandat de député, apparaissait certes, depuis 1868, le terme « magistrat », mais au sein de la formule plus longue et précise de « magistrat du parquet ». Or quel est le sens du mot « magistrat », tout seul, introduit en 1996 dans l'art. 95^{ter} Const ?

Dans la dernière phrase du § 3 de l'art. 95^{ter} (« *La Cour constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats* »), le terme a, clairement, un sens restrictif, étant synonyme de « juge ». Quant à son utilisation dans la première phrase du § 3 de l'art. 95^{ter}, qui nous intéresse ici, l'on peut arguer également que c'est le sens restrictif, et non extensif, qui est visé, et ce pour deux raisons. Première raison : l'idée que des membres du parquet puissent siéger en tant que juges, tout en exerçant parallèlement des fonctions du ministère public – idée en soi pour le moins insolite – n'a jamais été explicitement évoquée et approuvée par les auteurs de la révision. Dans l'esprit de Luc Frieden, il est évident que ces « magistrats » évoqués dans l'art. 95^{ter} Const. sont des magistrats *du siège* puisque, dans sa proposition initiale de loi relative à la Cour constitutionnelle, il voulait faire désigner ces cinq magistrats parmi « *les conseillers en exercice auprès de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative* »⁵⁷. Le Conseil d'État s'est opposé, au nom de l'art. 95^{ter} Const., à cette formulation restrictive, afin de défendre l'éligibilité non pas des magistrats du parquet, mais

⁵⁴ Voir l'exposé des motifs du projet de révision de l'art. 95 Const., doc. parl. n° 4153, déposé le 2 avril 1996 par Luc Frieden, président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelles (CIRC), p. 4 : « *Organe juridictionnel, elle [la Cour constitutionnelle] devra être composée de juristes, qui seront recrutés parmi les plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre juridictionnel administratif* ».

⁵⁵ Rapport de la CIRC, doc. parl. n° 4153-4, 13 juin 1996, p. 3. Cette solution avait également été retenue, quoique selon d'autres règles, dans la proposition de révision de Jean-Paul Ripinger (DP) de 1992. Elle prévoyait une cour constitutionnelle entièrement composée de juges ordinaires issus de l'ordre judiciaire (juges de la Cour de cassation, certains juges partis en retraite). Voir doc. parl. n° 3685/3686, déposé le 19 octobre 1992, art. 2, p. 7. On y trouve également (p. 6 s) des références à d'autres propositions (ex. celles de l'avocat Gaston Vogel) qui, elles aussi, prônaient un mode de désignation qui était au maximum à l'abri de toute influence des partis politiques.

⁵⁶ Voir la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (version initiale), art. 6, 13, 15, 16, 26, 40, 46, 52, 67, 71, 102, 112, 113, etc. Le sens du terme « magistrat », seul, sans complément, ressort le plus souvent du contexte. L'utilisation de l'expression plus précise « magistrat du siège » ou « magistrat du parquet » est rarissime (pour la première : art. 16 ; pour la seconde : art. 15).

⁵⁷ Doc. parl. n° 4218, p. 2, art. 3 § 2 : « (...) *Le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation sont membres de droit de la Cour constitutionnelle. Les cinq autres conseillers sont nommés parmi les conseillers en exercice auprès de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative sur avis conjoint de ces deux cours* ».

des magistrats (i.e. juges) des *juridictions inférieures*⁵⁸. D'où la formulation actuelle de l'art. 3 de la loi de 1997. Le deuxième argument est le fruit d'une interprétation à la fois systématique et téléologique du mot « magistrat ». Admettre qu'un procureur serait en même temps procureur, et à ce titre soumis à « l'autorité du ministre de la justice » (art. 70 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire), et, juge, et à ce titre indépendant de l'exécutif, serait ni raisonnable, ni cohérent par rapport à la volonté des acteurs politiques de créer une Cour constitutionnelle des plus indépendantes, indépendance consacrée à travers le renvoi, dans l'art. 95ter, aux articles 91, 92 et 93 Const. Patrick Kirsch, lors d'un échange sur ce point, a formulé le même argument systématique et téléologique, quoique sous un autre angle. Selon lui, « *les procureurs ne sont pas des 'magistrats', selon l'architecture, voulue en 1996, de la Cour constitutionnelle : la procédure devant la Cour constitutionnelle est un modeste complément aux mécanismes de contrôle de la hiérarchie des normes par les juges des tribunaux ; le contrôle de constitutionnalité est le seul qui leur manquait. Il serait incongru de faire siéger le ministère public dans ce cadre essentiellement judiciaire, de même que la présence de professeurs, d'avocats ou de représentants du monde politique serait contraire à ce système (...)* »⁵⁹. Quoi qu'il en soit, un fait est net : dans la pratique des nominations à la Cour constitutionnelle depuis 1997 jusqu'à ce jour, aucun membre du parquet n'a jamais été proposé ni nommé. Dans l'avenir, une telle nomination, même à supposer qu'elle fût licite (ce que je démens), est de toute manière des plus improbables, car seuls des magistrats du siège votent dans l'assemblée conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

Quant à l'exclusion des professeurs de droit, très présents dans la plupart des cours constitutionnelles étrangères, elle n'a jamais été thématisée lors des débats en 1996. À l'époque, il n'y avait pas encore d'université à Luxembourg ; de toute manière, le monde politique luxembourgeois avait, et a d'ailleurs toujours, une certaine appréhension par rapport à l'introduction (« l'intrusion ») d'experts universitaires dans le jeu politique ; la solution liechtensteinoise, monégasque ou andorrane de recruter des professeurs étrangers était à la fois inconnue et, totalement, inimaginable en 1996-97.

L'homogénéité sociologique ainsi obtenue au sein de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise n'est toutefois pas totale : il existe, en effet, une certaine différence sociologique et, en partie, culturelle (en rapport avec la culture *juridique*) du fait de la coexistence au sein de la Cour entre, d'un côté, les juges issus des juridictions judiciaires (droit privé, droit pénal) et, de l'autre, les juges issus de la Cour administrative. La coexistence est déséquilibrée (le ratio était, dès 1997, de 7 à 2, sachant que la Cour constitutionnelle siège, en général, en formation de cinq juges). Ce déséquilibre était dès le départ voulu par les auteurs de l'art. 95ter, à travers la présence obligatoire du président de la Cour supérieure de justice et de deux conseillers à la Cour de cassation. Le collège électoral désignant les candidats pour les cinq magistrats nommés par le Grand-Duc était et est largement dominé par les juges judiciaires (plus d'une trentaine) au détriment des membres de la Cour administrative (au nombre de cinq, étant précisé que ce chiffre peut encore baisser⁶⁰). Ni l'art. 95ter ni la loi de 1997 n'a établi un quota en faveur des juges administratifs. Ce déséquilibre numérique est, en partie, paradoxal, car la Constitution traite *plutôt* de questions de droit public. Surtout, cette différence de provenance n'est pas sans incidence sur le raisonnement de la Cour constitutionnelle, un point dont les auteurs de la réforme ne pouvaient se douter, mais qui ressort de la pratique depuis 1997 jusqu'à ce jour, comme l'ont concédé en off plusieurs de ses membres. Les juges judiciaires sont généralement plus réticents que les juges de la Cour administrative à censurer le législateur,

⁵⁸ Avis du 28 mars 1997, doc. parl. n° 4218-2, p. 3 : « *La Constitution prévoit (...) que les cinq membres de la Cour constitutionnelle qui ne le sont pas de droit doivent être choisis parmi les magistrats sans préciser les juridictions dont ils doivent faire partie* ». Or les procureurs sont procureurs auprès d'une juridiction ; ils ne sont pas membres de celle-ci.

⁵⁹ Mail du 7 février 2018 (souligné par P. Kirsch).

⁶⁰ Dans la pratique la plus récente de ces assemblées générales conjointes de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative, deux catégories de juges sont priés de ne pas participer au vote : ceux dont le mandat à la Cour constitutionnelle vient à échéance et ceux qui sont candidats à un poste vacant. Je remercie Francis Delaporte pour ces informations.

à étayer la motivation de leurs arrêts et à adopter des interprétations audacieuses de la Constitution (ce qui est, à l'inverse, comme chacun le sait, l'une des marques de fabrique de la Cour administrative, sous les présidences successives de Georges Ravarani et de Francis Delaporte).

Quoi qu'il en soit, de par sa composition faite exclusivement de juges ordinaires, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise s'écarte clairement du modèle standard de cour constitutionnelle. Si on peut la rapprocher de certaines juridictions constitutionnelles spéciales à l'étranger, c'est, tout au plus, de la Cour supérieure spéciale de Grèce qui, pour l'essentiel⁶¹, est composée à la fois – mais de manière équilibrée! – de juges de la Cour de cassation et de juges du Conseil d'État. Mais, la Cour supérieure spéciale grecque, avec ce type de composition, est à son tour atypique parmi les cours constitutionnelles.

En revanche, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise se rapproche sensiblement de cet autre modèle institutionnel où le contentieux constitutionnel est, plus ou moins, confié à la juridiction ordinaire suprême, que ce soit au plénum de la cour suprême (Irlande, Estonie, Chypre, etc.) ou à une chambre de celle-ci (les «chambres constitutionnelles» des cours suprêmes, fréquentes en Amérique latine et en Afrique). Cette grande proximité n'est du reste pas fortuite.

D'une part, il faut rappeler que dans les débats politiques des années 1990, l'option de conférer le contrôle de constitutionnalité à la Cour supérieure de justice/Cour de cassation tenait pendant longtemps le haut du pavé au sein des grands partis politiques⁶², avant que ceux-ci ne s'entendent à créer une cour constitutionnelle à part, afin de pouvoir, dans le contexte de la dualité des ordres juridictionnels, associer les juges administratifs au contrôle de la constitutionnalité des lois. D'autre part, il faut noter que tout le régime retenu en 1996/97 est organisé de manière à ce que ce soient *les plus hauts* juges de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif qui monopolisent les sièges et le pouvoir au sein de la Cour constitutionnelle⁶³. Là encore, une plongée dans les débats parlementaires est instructive. Dans la proposition initiale de révision de l'art. 95 déposée par Luc Frieden (doc. parl. n° 4153), il était prévu que la Cour constitutionnelle soit composée seulement de sept membres : sur ces sept, quatre (donc la majorité) étaient nécessairement issus des juridictions ordinaires suprêmes (le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative, les deux conseillers à la Cour de cassation) ; devaient s'y ajouter trois magistrats nommés sur proposition de l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative. Au cours des débats sur le futur art. 95ter Const., le chiffre de trois magistrats désignés par cette assemblée générale conjointe sera porté à cinq, afin d'éviter des problèmes de partialité⁶⁴. La prédominance des juges issus des juridictions ordinaires suprêmes était, du coup, un peu moins gravée dans le marbre du droit, mais elle n'en subsistait pas moins : seuls les juges les plus élevés faisant partie de l'assemblée générale conjointe, l'on pouvait s'attendre à ce qu'ils désignent des candidats pris en leur sein, ce que confirme du reste la pratique ultérieure des élections⁶⁵.

⁶¹ Y siège aussi le président de la Cour des comptes et, dans certains cas, deux professeurs de droit (art. 100 Const. 1975).

⁶² Voir *infra* le texte lié aux notes 195, 196 et 197.

⁶³ Cf. l'exposé des motifs du projet de révision de l'art. 95 Const., doc. parl. n° 4153, déposé le 2 avril 1996 par Luc Frieden, p. 4 : « *Organe juridictionnel, elle [la Cour constitutionnelle] devra être composée de juristes, qui seront recrutés parmi les plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre juridictionnel administratif* » (c'est moi qui souligne). Voir aussi l'observation synthétique du Conseil d'État, dans son avis du 9 mai 1996, doc. parl. n° 4153-1, p. 4 : « *cette juridiction constitutionnelle se composera des plus hauts magistrats des ordres judiciaire et administratif* ».

⁶⁴ Voir doc. parl. n° 4153-2, dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 14 mai 1996.

⁶⁵ Le 2^e juge administratif siégeant à la Cour constitutionnelle, au titre du contingent des « cinq magistrats », a toujours été, pour l'instant, le vice-président de la Cour administrative (Marion Lanners, Jean-Mathias Goerens, Francis Delaporte). Du côté des juridictions judiciaires, seuls des conseillers à la Cour de cassation et des présidents de chambre à la Cour d'appel ont siégé jusqu'ici à la Cour constitutionnelle au titre du troisième contingent.

c) La dépolitisation du recrutement de ses membres

Tous les neuf membres de la Cour constitutionnelle sont, certes, nommés officiellement par l'organe « Grand-Duc » (art. 3 § 2 loi 1997), avec la double signature du grand-duc (individu) et d'un ministre responsable (art. 45 Const.), mais la compétence de l'organe Grand-Duc est, en grande partie, liée. Dans le débat politique des années 1990 s'est cristallisé un net mouvement en faveur de l'insularisation du processus de désignation des membres de la Cour constitutionnelle par rapport aux partis politiques, à travers un certain automatisme de la désignation des juges de la Cour constitutionnelle. Luc Frieden, dans le propos cité plus haut, a également stigmatisé toute « *discretion* » de la part des autorités politiques⁶⁶. Il reste à savoir jusqu'à quel point cette exclusion est consacrée en droit positif, car tout lien ombilical n'a pas été coupé puisqu'il existe toujours un acte de nomination formel par l'organe Grand-Duc ; la prérogative de la nomination officielle n'est ni supprimée comme l'avait préconisé le Conseil d'État pour les membres de droit⁶⁷, ni attribuée à un organe ne relevant pas de l'exécutif. Dans leur analyse comparative du cas luxembourgeois, N. Kuhn et É. Rousseaux ont vu la spécificité de la procédure de nomination luxembourgeoise, d'une part, dans la totale exclusion du parlement (ce qui est exact) et, d'autre part, et surtout, dans la « *collaboration entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire* »⁶⁸. La formule est, à mon avis, trop schématique et excessive ; elle soulève plusieurs questions : Existe-il, à chaque fois, une codécision ? Si oui, quel est le poids (l'ampleur de la marge de manœuvre) de chacun des deux « pouvoirs » ? Et que veut dire, ici, « pouvoir exécutif » et « pouvoir judiciaire » ?

En principe, sauf cas d'inconstitutionnalité, le grand-duc (individu) doit s'incliner devant la volonté exprimée par le gouvernement, en vertu du principe démocratique (art. 1 et 45 Const.). Si *discretion* il y a, elle revient au ministre contresignataire et, à travers lui, au conseil de gouvernement⁶⁹. Pour évaluer l'existence et l'étendue d'un éventuel pouvoir discrétionnaire, il faut tenir compte des trois catégories de membres de la Cour constitutionnelle. La difficulté de la réponse varie, en effet, en fonction de la catégorie visée.

aa) Il y a tout d'abord les deux membres de droit que sont, en vertu de l'art. 95ter Const., le président de la Cour supérieure de justice et le président de la Cour administrative. Pour eux, il va de soi que l'exécutif ne dispose d'aucune *discretion* : il appartient à l'organe Grand-Duc de nommer à la Cour constitutionnelle les deux personnes ainsi désignées par leur fonction. Notons aussi – toujours dans la logique de la dépolitisation des nominations –, qu'après les débats hauts en couleur soulevés par la proposition initiale de faire désigner le président et le vice-président de la Cour constitutionnelle par le Grand-Duc⁷⁰, il a été décidé dans la loi de 1997 (art. 3 § 5) que le président de la Cour supérieure de justice serait, *ex officio*, président de la Cour constitutionnelle et le président de la Cour administrative, *ex officio*, vice-président. La véritable question est donc de savoir comment, initialement, sont désignées les personnes appelées à la fonction de président de la Cour supérieure de justice ou de président de la Cour administrative. À ce niveau, préalable, prévaut également une logique de dépolitisation : car leur nomination, par le Grand-Duc, se fait sur proposition de la juridiction ordinaire suprême concernée, proposition que l'exécutif se contente d'entériner⁷¹.

⁶⁶ Voir *supra* note 55. Voir aussi le rapport de la CIRC sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, 20 juin 1997, doc. parl. n° 4218-9, p. 3.

⁶⁷ Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, 28 mars 1997, doc. parl. n° 4218-2, p. 2. Le Conseil d'État estime qu'une nomination formelle, pour les membres de droit, est superflue.

⁶⁸ N. Kuhn et É. Rousseaux, *op. cit.*, p. 460.

⁶⁹ Art. 8 de l'arrêté royal grand-ducal du 9 juillet 1857 portant organisation du gouvernement grand-ducal : « *Toute affaire à soumettre à Notre décision [= Grand-Duc] est délibérée en conseil* ».

⁷⁰ Voir proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, déposé par L. Frieden le 15 octobre 1996, doc. parl. n° 4218, art. 3 § 2. La Cour supérieure de justice s'est sentie lésée dans son honneur, voire dans son statut constitutionnel, que le président de la Cour administrative puisse ainsi, par voie de décision du Grand-Duc, accéder à la présidence de la Cour constitutionnelle.

⁷¹ Art. 90 Const. ; art. 43 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ; art. 11 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Il convient de noter que l'exigence d'une liste de trois noms, prévue dans l'art. 43 pour les juges judiciaires, n'a pas été reprise dans la loi de 1996 relative aux juridictions administratives. En conséquence, la Cour administrative peut se contenter de proposer un seul nom.

bb) Il y a ensuite le contingent des « conseillers à la Cour de cassation », au nombre de deux selon l'art. 95^{ter} Const. Sur ce point, il faut faire exactement la part de ce qui est prévu dans la Constitution et de ce qui est inscrit dans la loi. L'art. 95^{ter} Const. parle de la présence, au sein de la Cour constitutionnelle, « de » (et non « des ») deux conseillers à la Cour de cassation, ce qui, selon une interprétation littérale, suggère la possibilité d'un choix de deux parmi un plus grand nombre de conseillers. Or à l'époque tant de la révision de 1996 que de la loi de 1997, la Cour supérieure de justice ne comptait, et ne pouvait compter en vertu de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (art. 33), que deux juges portant le titre de « conseiller à la Cour de cassation »⁷². Dès lors, se pose une question quant au sens précis de cette partie de l'art. 95^{ter}, qui, malheureusement, n'a pas fait l'objet d'une discussion approfondie en 1996. Nul n'a attiré l'attention sur la présence du mot « de ».

Soit – lecture a) – l'art. 95^{ter} § 3, première phrase, signifie que le nombre de conseillers à la Cour de cassation peut, dans l'avenir, être augmenté (mais non diminué) par le législateur et qu'en tout état de cause, deux conseillers à la Cour de cassation doivent siéger à la Cour constitutionnelle. Quant à savoir comment ces deux sont désignés, cela n'est pas défini par l'art. 95^{ter} § 3, première phrase, Const. ; en particulier, il faut insister sur le fait que la procédure de désignation prévue à la fin de cette phrase (la nomination par le Grand-Duc sur avis de l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative) ne peut en toute rigueur, en vertu d'une interprétation littérale, s'appliquer qu'au groupe des « cinq magistrats » et non à celui des « deux conseillers »⁷³. Dès lors, la tâche de définir la désignation de ces deux conseillers est renvoyée, en vertu de l'art. 95^{ter} § 4 Const., au législateur, ce que la loi du 27 juillet 1997, en son art. 3 § 3, a fait effectivement en déclarant – au vu du fait qu'il n'y avait alors que deux conseillers à la Cour de cassation –, que « les » deux conseillers seraient désignés d'office à la Cour constitutionnelle.

Soit – lecture b) –, l'art. 95^{ter} § 3 Const. véhicule, d'une part, la norme que le nombre de conseillers à la Cour de cassation est défini, et limité, à deux – ce qui impliquerait que la loi du loi du 7 juin 2012⁷⁴, qui a augmenté le nombre de conseillers à la Cour de cassation de deux à trois ainsi que la loi du 27 juin 2017⁷⁵ qui a porté ce chiffre à quatre sont inconstitutionnelles – et, d'autre part, la norme que les deux conseillers sont, déjà en vertu de la Constitution, membres de droit de la Cour constitutionnelle. Une telle lecture a été, partiellement et furtivement, évoquée lors des débats sur la révision en 1996 : au vu du futur et seul art. 95^{ter} Const. (la loi du 27 juillet 1997 n'était pas encore sur la table), le Conseil d'État a qualifié les deux conseillers à la Cour de cassation de « membres de droit »⁷⁶. Luc Frieden, en 1997, a affirmé également cette thèse, en énonçant qu'il y avait, en vertu de la Constitution, quatre membres de droit⁷⁷. Or la lecture b) n'est pas entièrement convaincante : elle fait fi du fait que l'art. 95^{ter} parle bien « de deux conseillers à la Cour de cassation » et non « des deux conseillers à la Cour de cassation » ; elle présuppose que l'auteur du texte se

⁷² Voir la version originale de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (art. 33), *Mém. A*, n° 12, et encore la version consolidée du 12 septembre 1997 (art. 33), *Mém. A*, n° 69.

⁷³ Si tel avait été l'objectif, l'auteur de l'art. 95^{ter} aurait dû regrouper les deux conseillers et les cinq magistrats dans un même groupe et insérer la conjonction « et » ou « ainsi que » avant les mots « de deux conseillers » ; or, à cet endroit se trouve une virgule. En ce sens, déjà : Conseil d'État, avis complémentaire du 10 juin 1997 relatif à la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle (doc. parl. n° 4218-6, p. 1) et aussi, de manière indirecte, doc. parl. n° 4218-5 (amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, 21 mai 1997), p. 1, point B1).

⁷⁴ Voir art. 19, n° 13, de la loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice, *Mém. A*, n° 125, p. 1604, doc. parl. n° 6304 et 6304B, qui modifie l'art. 33 précité de la loi du 7 mars 1980. Cette augmentation n'était pas prévue dans le projet initial du gouvernement déposé le 5 juillet 2011 (doc. parl. n° 6304, p. 10.), ce que regrettait la présidence de la Cour supérieure de justice (doc. parl. n° 6304-2) et le Conseil d'État (doc. parl. n° 6304B-3, p. 9) ; elle fut introduite par voie d'amendement gouvernemental en janvier 2012 (doc. parl. n° 6304-5, p. 19, p. 23 s) et acceptée par la commission parlementaire (P.V. J31, 18 avril 2012, p. 7).

⁷⁵ Loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, *Mém. A*604, art. II point 1). L'entrée en vigueur, sur ce point, est prévue pour le 16 septembre 2018, date de la prochaine rentrée judiciaire.

⁷⁶ Voir son avis complémentaire du 21 mai 1996, doc. parl. n° 4153-3, p. 1 : il range les deux conseillers, avec les deux présidents des juridictions ordinaires suprêmes, dans la catégorie des « magistrats siégeant de plein droit à la future juridiction constitutionnelle ».

⁷⁷ Voir le rapport de la CIRC sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, rédigé par le président-rapporteur L. Frieden, 20 juin 1997, doc. parl. n° 4218-9, p. 3.

serait mal exprimé et impute aux auteurs de la révision des intentions qui restent à prouver ; enfin, en 2012, moment fatidique pour la lecture b), nul acteur, en particulier pas le Conseil d'État, n'a argué que l'augmentation du nombre de conseillers à la Cour de cassation était inconstitutionnelle. Il en est allé de même en 2017. Tous ces éléments plaident donc en faveur de la lecture a) : la qualité de membre de droit au profit des deux conseillers à la Cour de cassation résulte de la loi, et d'elle seule, et non, aussi, de la Constitution.

Dès lors, tant qu'il n'y avait que deux conseillers à la Cour de cassation, le gouvernement ne disposait d'aucune discrétion à l'égard de cette catégorie de membres de la Cour constitutionnelle. Or, de nos jours, la situation juridique est devenue très compliquée avec la loi du 7 juin 2012⁷⁸ : celle-ci a porté le nombre de conseillers à la Cour de cassation de deux à trois, mais n'a pas modifié, de manière explicite, la loi du 27 juillet 1997. Elle ne l'a pas adaptée à cette nouvelle donne, alors qu'en vertu de l'art. 95^{ter} § 4 Const., cette tâche revenait obligatoirement au législateur. En 2017, lors du vote de la loi du 27 juin 2017, qui portait le nombre de conseillers à la Cour de cassation à quatre, cette obligation n'a pas non plus été respectée. Alors même que la question de la composition de la Cour constitutionnelle a été évoquée en 2012 sous un autre angle (celle de créer des suppléants⁷⁹), l'impact de l'augmentation du nombre de conseillers à la Cour de cassation sur la loi de 1997 n'a été thématiqué par personne, à en juger d'après les transcriptions écrites des débats parlementaires de l'époque. Se pose dès lors le problème suivant : la loi de 1997 prévoit que « les deux conseillers à la Cour de cassation sont, de droit, membres de la Cour constitutionnelle » ; or la loi de 2012 a créé un troisième poste de conseiller à la Cour constitutionnelle. La loi de 2012 a donc dû, implicitement, modifier la loi de 1997. La loi de 2012 n'a pas pu remplacer, dans l'art. 3 § 3 loi 1997, le mot « deux » par « trois » (au lieu de deux conseillers membres de droit de la Cour constitutionnelle, il y en aurait désormais trois) ; c'eût été contraire à l'art. 95^{ter} Const. qui prévoit, pour le contingent spécifique des conseillers à la Cour de cassation, le nombre de 2, pour le contingent des « magistrats nommés par le Grand-Duc... » le nombre de 5 et, pour le total légal des membres, le nombre de 9⁸⁰. Dès lors, il est clair que la loi de 2012 a abrogé, implicitement, la qualification de « membre de droit ». Cette expression véhicule la norme selon laquelle la désignation de tel/tels membre(s) de tel organe se fait « automatiquement », en lien avec l'obtention d'une autre, première fonction, quel que soit l'engouement et/ou la prédestination des personnes ainsi désignées pour ce second travail (ils peuvent être, au pire, inaptes à ce travail, du moment qu'ils remplissent seulement les conditions pour leur fonction première). Deux conséquences : l'individu ainsi visé ne peut pas vouloir la première fonction sans assumer aussi l'autre (il doit assumer deux tâches, même si, personnellement, il n'en a cure ; il est désigné d'office : c'est une obligation, et non un droit subjectif auquel il pourrait éventuellement renoncer, dès le début ou en cours de mandat par voie de démission) ; tous les autres organes doivent admettre que le titulaire de la première fonction accède automatiquement à la seconde, sans pouvoir discuter ses aptitudes pour ce second travail (il n'y aucune discrétion de la part d'un autre organe si celui-ci doit formellement nommer l'individu en question à la 2^e fonction).

À partir de la loi de 2012, l'automatisme de la désignation des deux conseillers à la Cour de cassation censés siéger à la Cour constitutionnelle n'existe plus : il faut, à présent, désigner (choisir) celui des trois conseillers qui ne siègera pas à la Cour, du moins pas au titre du contingent des « conseillers à la Cour de cassation » (il pourrait, éventuellement, être désigné au titre du contingent des « cinq magistrats »). Ce choix pourrait être fait de diverses manières : soit on applique une règle matérielle (ex. le premier venu est le premier servi ou, en d'autres termes : la dernière personne à être nommée conseiller à la Cour de cassation devra attendre jusqu'à ce que l'un des deux sièges à la Cour constitutionnelle, occupés par les deux conseillers plus anciens, se libère) ; soit on applique une règle procédurale (tel organe désigne les conseillers qui siégeront ; il peut, à la limite, préférer un conseiller plus jeune à un

⁷⁸ Voir art. 19, n° 13, de la loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice, *Mém. A*, n° , p. 1604, qui modifie l'art. 33 précité.

⁷⁹ Voir *supra* note 52.

⁸⁰ Cette contradiction avec la Constitution avait été notée lors du débat de 2012 par le gouvernement. Voir le doc. parl. 6304B-5, p. 27 (amendements du gouvernement au projet de loi sur les attachés de justice du 27 janvier 2012).

conseiller plus ancien). En cas de règle procédurale, l'organe compétent pourrait être, par ex., le président de la Cour de cassation ou, peut-être, par analogie avec le régime des cinq magistrats, l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative⁸¹, ou – pourquoi pas ? – les trois conseillers eux-mêmes (à eux de se mettre d'accord ; l'un de ceux qui siègent déjà à la Cour constitutionnelle pourra éventuellement démissionner pour laisser sa place au dernier venu). Or la loi de 2012 n'a pas précisé quelle nouvelle règle était censée remplacer celle de l'automatisme de 1997 ; sur ce point, le législateur d'abord en 2012 puis en 2017 a, par omission, commis une inconstitutionnalité qui, d'ailleurs, à ces deux occasions, n'a pas été relevée par le Conseil d'État, pourtant censé garder la Constitution.

L'art. 95ter ne contient pas non plus la réponse précise et intégrale. Pour ce qui est de la désignation des conseillers à la Cour de cassation, l'art. 95ter se contente d'exiger que deux doivent siéger (c'est une obligation collective qui pèse sur les désormais trois, bientôt quatre conseillers), mais il ne précise pas lesquels des trois (quatre) doivent assumer la tâche ; tout au plus, l'on peut dire, à partir des débats de 1996, que l'intention des auteurs de l'art. 95ter était, en principe, de soustraire au maximum la désignation des juges à toute influence des acteurs politiques. Donc, cela permet d'exclure l'exécutif (grand-duc, ministre) du travail de départage à opérer à partir de 2012 : comme pour les membres de droit que sont, toujours, le président de la Cour supérieure de justice et le président de la Cour administrative, le gouvernement (et à travers lui les partis politiques), ne doit disposer d'aucune discrétion en matière de désignation, à la Cour constitutionnelle, de deux conseillers à la Cour de cassation. Cela valait pour la période allant de 1997 jusqu'à la loi de 2012 et cela vaut toujours depuis 2012, même si, pour les deux conseillers, la qualification de membre de droit n'existe plus. Mais, si l'art. 95ter Const. permet, à l'égard de l'exécutif, de combler un tant soit peu le vide normatif laissé par l'omission du législateur de 2012, le vide n'est pas entièrement comblé : on sait qui n'intervient pas ; on ne sait toujours pas comment, positivement, la désignation se fera. Il faut encore trancher entre la règle substantielle citée plus haut (la règle d'ancienneté) et une règle procédurale parmi celles qui sont envisageables. Sur ce point, crucial, il existe à l'heure actuelle un vide normatif : il manque une norme générale et c'est au législateur qu'il revient de faire cesser cette situation inconstitutionnelle.

En pratique, le problème n'a pas encore surgi pour la simple raison que, lorsqu'en 2012, le troisième conseiller à la Cour de cassation a été nommé (en la personne d'Irène Folscheid), celle-ci siégeait déjà à la Cour constitutionnelle depuis 2011, ayant été nommée à la Cour constitutionnelle au titre du contingent des « cinq magistrats ». De manière générale, comme il est d'usage depuis 1997 que ces « cinq magistrats » sont toujours choisis par l'assemblée générale conjointe, pour ce qui est des quatre juges judiciaires, parmi les juges judiciaires les plus élevés en rang (donc parmi les présidents de chambre à la Cour d'appel), et que, à leur tour, les nouveaux conseillers à la Cour de cassation sont nommés parmi ces derniers, la question du choix de deux conseillers sur trois pour siéger à la Cour constitutionnelle ne s'est pas posée en pratique pour l'instant. Tous siègent à la Cour constitutionnelle. En revanche, si jamais dans l'avenir la pratique actuelle de désignation des « cinq magistrats » était abandonnée, le problème susmentionné du vide législatif se poserait. Conclusion : de 1997 jusqu'en 2012, le gouvernement ne disposait d'aucune discrétion par rapport à la désignation des « deux conseillers à la Cour de cassation » ; depuis 2012, le choix de 2 sur 3, bientôt 2 sur 4, ne se pose pas à cause de la pratique de nomination des « cinq magistrats ». Il nous faut donc étudier quelle est l'éventuelle discrétion du gouvernement par rapport à ce denier contingent.

cc) L'art. 95ter Const. mentionne, en troisième lieu, le groupe des « cinq magistrats nommés par le Grand-Duc », avec, bien entendu, le contreseing d'un ministre (art. 45 Const.), « sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative ». L'expression « sur l'avis » a été comprise par les auteurs de la révision non pas au sens faible de « avis sur une candidature pressentie par l'exécutif », lecture qui, spontanément, au vu d'une

⁸¹ Comme déjà indiqué, selon une lecture littérale rigoureuse, le bout de phrase « nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative » (art. 95ter § 3 Const.) ne se rattache qu'à l'expression « cinq magistrats » et non, aussi, à l'expression « deux conseillers à la Cour de cassation ».

interprétation littérale, viendrait à l'esprit du lecteur. Au vu des intentions de ses auteurs, l'expression « sur l'avis de » doit être comprise au sens plus exigeant de « sur la proposition de / sur l'initiative de », à l'instar de l'utilisation de la même expression dans diverses procédures de désignation de juges ordinaires (ex. art. 90 Const.)⁸². Et c'est ce sens plus exigeant qui a été transcrit, noir sur blanc, dans la loi du 27 juillet 1997, art. 3 § 4, al. 3 : « *Pour chaque place vacante, l'assemblée générale conjointe présente trois candidats (...)* ». Il est d'ailleurs à noter que la version initiale de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, rédigée par Luc Frieden, prévoyait que « l'avis » (i.e. la proposition) de l'assemblée générale conjointe se faisait sous forme d'un seul nom et non sous forme d'une liste de trois noms⁸³. Cette dernière règle ne sera introduite qu'au cours du débat⁸⁴.

En pratique, dès qu'un poste à la Cour constitutionnelle vient à échéance, de potentiels candidats parmi les « magistrats » sont invités à présenter leur candidature. Si c'est un poste revenant, au titre du ratio 7/2, aux juges administratifs, c'est le vice-président de la Cour administrative qui, d'habitude, posera sa candidature et sera élu à la première place de la liste. Si le poste revient aux juges judiciaires, ce sont d'habitude les présidents de chambre moins anciens à la Cour d'appel, donc ceux qui ne siègent pas encore à la Cour constitutionnelle, qui présentent leur candidature. L'assemblée générale conjointe procède au vote et établit une hiérarchie en fonction du nombre de votes obtenus par chaque postulant. Le vote des juges est, généralement, informé par le souci de respecter le rang d'ancienneté des candidats, mais ce n'est qu'un usage social et non une obligation juridique. Dès lors se posent deux questions. Premièrement, le Grand-Duc (comprenez : le ministre, responsable devant le parlement) doit-il nécessairement nommer la personne figurant en premier sur la liste de trois noms ou pourrait-il, à l'inverse, nommer la 2^e ou 3^e personne ? Quel(s) type(s) de considérations – y compris politiques ? – le gouvernement pourrait-il faire valoir à cette occasion ? Deuxièmement, le Grand-Duc (i.e. le ministre) pourrait-il, le cas échéant – et pour quels motifs ? – rejeter toute la liste et exiger qu'on lui présente une nouvelle liste, à l'instar de ce qui est prévu dans la Principauté de Monaco⁸⁵ ?

Pour ce qui est de la dernière question, la réponse est claire et nette : rejeter toute la liste revient à nier la norme que la compétence de proposer des candidats revient, exclusivement, à l'assemblée générale conjointe ; une telle entorse au monopole d'initiative ne peut exister que si elle est prévue, à titre de dérogation, dans la Constitution (comme c'est le cas, du reste, à Monaco, avec l'art. 89 de la Constitution de 1962). Or, au Luxembourg, un tel fondement constitutionnel explicite fait défaut ; quant à une éventuelle thèse d'une consécration implicite, il lui manque ne serait-ce qu'un début de preuve ou d'indice.

Reste la première question : il est certain que le principe de la liste avec trois noms a été introduit, précisément pour conférer une certaine marge de liberté à l'instance de nomination, marge qui n'existait pas dans la version initiale de la proposition de loi, où la proposition de l'assemblée générale conjointe consistait en un seul nom. Selon une première lecture de ce texte par le Conseil d'État, qui, en l'absence d'autres éléments – le texte de l'amendement n'était pas accompagné d'un véritable exposé des motifs –, a recouru à une lecture exclusivement littérale, le Grand-Duc (i.e. le gouvernement) dispose d'un choix qui n'est nullement limité⁸⁶. Or, après cet avis, dans son rapport général du 20 juin 1997, Luc Frieden, au nom de la CIRC, a justifié le choix de la liste à trois noms par une seule considération, qui est un motif juridique et institutionnel : afin de garantir la qualité de la justice constitutionnelle, il faut faire en sorte que le droit public, incarné en particulier dans les juges administratifs,

⁸² L'analogie est affirmée de manière explicite dans l'exposé des motifs du projet de révision de l'art. 95 Const., doc. parl. n° 4153, déposé le 2 avril 1996 par Luc Frieden, p. 4.

⁸³ Voir proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, déposé par L. Frieden le 15 octobre 1996, doc. parl. n° 4218, art. 3 § 2.

⁸⁴ Voir doc. parl. n° 4218-5 (amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, 21 mai 1997), p. 1, 6.

⁸⁵ Voir l'art. 89 de la Const. modifiée de Monaco de 1962, à propos de la nomination des membres du Tribunal suprême. Divers organes ont la compétence de présenter une liste de deux candidats pour un poste. L'art. 89 précise : « *Si le Prince n'agrée pas ces présentations, il lui est loisible d'en demander de nouvelles* ». Voir aussi, par analogie, au Liechtenstein, le refus de candidats par le parlement : art. 96 Const. 1921.

⁸⁶ Voir l'avis complémentaire du 10 juin 1997, doc. parl. n° 4218-6, p. 2.

soit suffisamment représenté au sein de la Cour constitutionnelle. Or, le simple rapport de force numérique entre juges judiciaires et juges administratifs au sein de l'assemblée générale conjointe, qui n'est pas paritaire (une trentaine contre cinq), pourrait aboutir à ce que la Cour constitutionnelle soit composée exclusivement de juges spécialisés en droit privé et droit pénal, mis à part le membre de droit qu'est le président de la Cour administrative. Le Grand-Duc pourrait donc choisir, au sein de la liste, un candidat issu des juridictions administratives, si besoin en était, même si ce candidat n'était pas le premier sur la liste. Luc Frieden écrit : « *Le Grand-Duc, pour sa part, en nommant les membres de la Cour constitutionnelle, est invité à choisir, pour chaque poste à pourvoir, parmi les trois candidats proposés par l'assemblée générale des deux cours, des magistrats qualifiés de façon à assurer que les deux ordres juridictionnels soient toujours représentés, même si c'est en nombre inégal, à la Cour constitutionnelle* »⁸⁷. Pour le président-rapporteur de la CIRC, et auteur de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, l'existence, mais aussi la limitation de la marge de manœuvre du Grand-Duc, par rapport aux choix des cinq magistrats, se justifie par l'esprit de l'art. 95^{ter}, car, selon lui, il va de soi que le pouvoir de révision a prévu en 1996 un avis conjoint des deux juridictions ordinaires suprêmes afin que, précisément, des juges administratifs puissent aussi être nommés à la Cour constitutionnelle⁸⁸.

Si on tient compte des intentions des auteurs de la loi de 1997 – qui, en l'espèce, sont nettement définies –, il faut admettre qu'en droit le choix du Grand-Duc n'est pas illimité. En particulier, le critère de la coloration politique des candidats – le gouvernement voudrait, pour infléchir la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, privilégier tel candidat plus proche de sa propre sensibilité et approche du droit, ce qui, en soi, n'est pas une considération illégitime – ne fait pas partie des motifs que le législateur luxembourgeois de 1997 a admis pour justifier un pouvoir discrétionnaire de l'organe Grand-Duc. Il appartient donc, en principe, au Grand-Duc de nommer le premier dans la liste, à moins qu'il n'existe une nécessité impérieuse de faire siéger à la Cour constitutionnelle un juge administratif. Mais, dans ce cas, encore faut-il que le nom d'un juge administratif figure sur la liste : si ce n'est pas le cas, le Grand-Duc ne peut pas, comme déjà indiqué, exiger une nouvelle liste. La compétence de veiller à l'équilibre entre les deux ordres de juridictions revient ainsi, en premier lieu et pour l'essentiel, à l'assemblée générale conjointe.

En conclusion, en ce qui concerne les trois contingents de membres de la Cour constitutionnelle, il apparaît que le droit luxembourgeois est informé en grande partie par une logique d'insularisation ou de dépolitisation de la procédure de recrutement. À l'inverse de nombre de cours constitutionnelles étrangères, les membres de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise sont tous choisis *parmi* les juges ordinaires et, pour l'essentiel, *par* ceux-ci.

d) L'absence d'une durée fixe et égale du mandat

Quatrième spécificité sur le plan de la composition de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise : la durée du mandat. Celle-ci est, potentiellement, très longue. En effet, en l'absence d'un terme précis, il n'y a pas de durée fixe égale comme dans le modèle standard. Les membres de droit – depuis 2012 seulement le président de la Cour supérieure de justice et le président de la Cour administrative – *doivent* siéger à la Cour constitutionnelle tant qu'ils continuent d'occuper l'une de ces deux fonctions précises. En principe, sauf révocation, décès, démission ou mise à disposition, ils resteront donc en place jusqu'à l'âge légal de retraite. En ce qui concerne une éventuelle démission, l'idée même de la désignation *ex officio* (en rapport à des fonctions exercées *actuellement*, et non dans le passé) interdit qu'ils puissent garder la présidence de leur juridiction ordinaire, tout en démissionnant de la Cour constitutionnelle ; une éventuelle démission de leur part doit porter sur les deux fonctions. Les autres membres *peuvent* rester à la Cour constitutionnelle tant qu'ils continuent d'occuper des fonctions de « magistrat » (donc juge ordinaire), quelles qu'elles soient. Là aussi la fin de leur mandat à la Cour constitutionnelle coïncidera le plus souvent avec le

⁸⁷ Rapport de la CIRC sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, 20 juin 1997, doc. parl. n° 4218-9, p. 3.

⁸⁸ *Ibid.*

départ à la retraite. En revanche, à l'inverse des membres de droit, il ne leur est pas interdit de démissionner de leur mandat de membre de la Cour constitutionnelle, tout en gardant leur première fonction au sein de la justice ordinaire (sur ce point, la loi de 1997, en particulier l'art. 3 § 6, est silencieuse, ce qui doit être interprété comme la reconnaissance implicite d'un droit individuel à la démission⁸⁹). Les seules limites à leur droit de démissionner consistent dans la règle de la présence d'au moins deux conseillers à la Cour de cassation et dans l'exigence du bon fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

La raison d'être de l'absence d'une durée fixe et égale – solution très rare dans les droits étrangers – n'est pas entièrement claire. Pour les membres de droit, la durée du mandat à la Cour constitutionnelle coïncide nécessairement avec celle de leur mandat premier : si celui-ci ne connaît pas de terme précis (comme c'est le cas), il en va de même pour celui-là. Or, pour les autres membres (par ex. les cinq magistrats), il aurait été possible de les faire élire par l'assemblée générale conjointe pour une durée fixe, comme c'est le cas à l'étranger (Italie, Espagne, etc.). Cela aurait permis une certaine rotation. Or ce n'est pas la solution retenue par les partis politiques luxembourgeois en 1996-97. La raison d'être de cette solution luxembourgeoise, qui figurait déjà telle quelle dans la proposition initiale de Luc Frieden, n'a pas été explicitée par son/ses auteurs. Rétrospectivement, on peut toutefois avancer l'hypothèse que c'est la volonté de L. Frieden de réserver les sièges de la Cour constitutionnelle aux juges ordinaires supérieurs qui appelait logiquement, du fait du petit nombre de juges supérieurs dans un petit pays, le rejet de toute rotation. Si, en fin de compte, le monopole légal des juges supérieurs n'a pas trouvé sa place dans la loi du 27 juillet 1997, du fait de l'opposition formelle du Conseil d'État, l'absence de durée fixe a, en revanche, été consacrée.

B. Le champ de compétence des plus étroits de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise

Voilà le deuxième trait saillant⁹⁰ de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, qui illustre de manière topique le minimalisme luxembourgeois. Alors que toutes les cours constitutionnelles étrangères contemporaines sont investies d'une pluralité de fonctions, juridictionnelles voire non-juridictionnelles, et que l'éventail des compétences est souvent très large (1°), le champ de compétence de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg est réduit. Elle dispose, certes, aussi d'une pluralité de compétences (ce que l'on ignore souvent), mais cette pluralité, fort complexe du reste, est en net retrait par rapport à la pluralité de compétences des cours constitutionnelles étrangères (2°).

1° Les 48 types de compétences des cours constitutionnelles à l'étranger

Pour prendre l'exacte mesure du minimalisme luxembourgeois sur le plan des compétences, il faut d'abord jeter un regard au-delà des frontières. Certes, tous les organes juridictionnels spéciaux rangés dans la catégorie scientifique des cours constitutionnelles *stricto sensu* n'ont pas, ou n'ont pas eu, le même nombre d'attributions. Pour y trouver toutefois un exemple minimaliste, il faut remonter assez loin dans le passé, à savoir à la Cour constitutionnelle de la République tchécoslovaque établie après la première guerre mondiale. Son champ de compétence était très réduit puisqu'il se limitait au contrôle de la constitutionnalité des lois adoptées par le plénum du parlement et au contrôle de la constitutionnalité des normes valant loi adoptées, entre les sessions parlementaires, par la commission parlementaire permanente⁹¹. À la même époque, les cours constitutionnelles

⁸⁹ Il existe d'ailleurs un précédent : Eliette Bauler a démissionné de la Cour constitutionnelle en 2012, tout en continuant à exercer, jusqu'en 2013, ses fonctions au sein des juridictions ordinaires (*Mém. B*, 2013, n° B62).

⁹⁰ Cette originalité de la Cour luxembourgeoise est, totalement, passée sous silence par Francis Delpérée et Céline Frémault de Crayencour, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise », *Annales de droit luxembourgeois*, 1998, p. 101, qui affirment, au contraire que, par l'unicité de sa tâche, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise « s'inscrit parfaitement dans le schéma constitutionnel européen » (le propos, erroné, est répété p. 106).

⁹¹ Voir J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei 1920-1939*, op. cit., p. 7 ss, 49 ss. Mais il est à noter que le prétoire de la Cour tchécoslovaque était plus ouvert que celui de la Cour luxembourgeoise puisque le droit de saisine était accordé non seulement aux juridictions ordinaires suprêmes, mais aussi à des organes politiques. Dans le cas des normes prises par la commission permanente, la saisine de la Cour par le gouvernement était obligatoire.

nouvellement établies en Autriche, en Espagne et au Liechtenstein disposaient déjà d'un plus large éventail de compétences. De nos jours, à l'étranger, la solution du minimalisme est dépassée : c'est, au contraire, à un foisonnement de types de compétences que l'on assiste. Il y a des versions maximalistes (le *Bundesverfassungsgericht* à Karlsruhe, la Cour constitutionnelle du Bénin⁹², la *Verfassungsgerichtshof* d'Autriche, la Cour constitutionnelle de Biélorussie, etc.) et des versions plus modestes. Mais, même les cours constitutionnelles étrangères qui, à l'heure actuelle, ont le moins d'attributions, et qui, en plus, ont été citées (souvent furtivement) dans le débat luxembourgeois – les exemples italien et belge –, ont plus d'attributions que la Cour constitutionnelle du Grand-Duché.

Si, dans la littérature scientifique de théorie générale et de droits comparés relative aux cours constitutionnelles⁹³, la pluralité des compétences de ces juridictions est connue et actée depuis longtemps, son exacte ampleur reste toutefois encore à délimiter. Si ces écrits attirent l'attention sur une certaine série d'attributions, tantôt juridictionnelles, tantôt non juridictionnelles, une partie de la diversité reste néanmoins occultée. Seule une plongée dans les droits positifs des divers pays, y compris et surtout des pays « à la marge »⁹⁴, permet de se faire une idée exacte de la diversité parfois *époustouflante* d'attributions dont une cour constitutionnelle peut être investies. La liste qui suit, et qui a été établie par mes soins à partir de la littérature existante et de mes propres recherches, fait apparaître pas moins de 48 types de compétences, de nature juridictionnelle (36) ou non-juridictionnelle (12) ! La liste vise un haut degré d'exhaustivité, mais, en l'absence d'une enquête véritablement globale de toutes les cours constitutionnelles actuelles et passées, il n'est pas exclu que l'éventail des attributions possibles soit encore plus large. S'il va sans dire qu'aucune cour ne cumule la totalité de ces 48 types de compétence, il en existe tout de même certaines qui en cumulent jusqu'à plus de 15, voire 20.

Les trente-six types de compétences de nature juridictionnelle :

1. la compétence d'interpréter de manière abstraite la Constitution, sans que la Cour ne soit aussi appelée à statuer sur la validité d'une norme infra-constitutionnelle projetée ou prise. L'interprétation n'a pas la qualité d'un simple « avis » (voir à ce sujet *infra* la 2^e compétence non-juridictionnelle) ; elle lie, et ce potentiellement *erga omnes*. Les (rares) exemples se trouvent souvent parmi les anciens systèmes soviétiques : Slovaquie : art. 128 Const. 1992, avec effet *erga omnes* de l'interprétation⁹⁵ ; Russie : art. 125 Const. 1993 ; Bulgarie : art. 149 § 1^{er} point 1 Const. 1991 ; Moldavie : art. 135 § 1^{er} point b Const. 1994 ; Ukraine : art. 150 Const. 1996 ; Kazakhstan ; Ouzbékistan : art. 109 Const. 1992 ; Azerbaïdjan : art. 130 Const. 1995. Voir aussi : Iran, art. 98 Const. 1979 ; Gabon, art. 88 Const. 1991⁹⁶ ; République démocratique du Congo : art. 161 Const. 2006 ; Niger : art. 126 et 133 Const. 2010 ; Équateur : art. 154 *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* de 2009⁹⁷.

2. la compétence de fournir, sur demande et avec autorité de la chose décidée (« interprétée »), une interprétation abstraite d'une loi ordinaire : très inhabituelle, une telle compétence appartenait dans le passé, de 1989 à 1997, à la cour constitutionnelle polonaise⁹⁸ et était prévue également dans la version initiale de la Constitution de l'Ukraine

⁹² Sur cette Cour « *bardée de compétences* » (Aivo), qui, de ce point de vue, n'a rien à envier à la Cour allemande, v. F.J. Aivo, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, p. 715 ss.

⁹³ Voir les écrits cités *supra* note 12.

⁹⁴ Sur le sens de cette formule, voir ce qui a été dit *supra* dans l'introduction du présent article.

⁹⁵ M. Posluch, « Verfassungsgerichtsbarkeit in der Slowakischen Republik », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 163.

⁹⁶ Le texte de la Constitution du Gabon de 1991, prenant en compte la révision du 12 janvier 2011, est disponible sur le site de l'Assemblée nationale gabonaise. <http://www.assemblee-nationale.ga>

⁹⁷ Pour une analyse et d'autres exemples dans le passé, voir M. Fromont, *op. cit.*, p. 162 ss ; O. Luchterhandt, « Generalbericht : Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 332.

⁹⁸ L. Garlicki, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 83 et O. Luchterhandt, « Generalbericht : Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa », *ibid.*, p. 332.

de 1996 (art. 150⁹⁹ ; compétence aujourd'hui abrogée). De nos jours, voir encore les cas de l'Azerbaïdjan (art. 130 Const. 1995), de l'Ouzbékistan (art. 109 Const. 1992) et de l'Égypte.

3. la compétence de fournir, sur demande, une interprétation abstraite d'un règlement : voir le cas de la Biélorussie (Const. 1994), où la Cour constitutionnelle peut être appelée « *on the proposals of the President of the Republic of Belarus [to] give an official interpretation of decrees and edicts of the President of the Republic of Belarus concerning constitutional rights, freedoms and duties of individuals* »¹⁰⁰.

4. la compétence d'identifier l'existence, le contenu et l'applicabilité directe d'une norme générale de droit international public liant l'État, sans en tirer des conclusions quant à une éventuelle contradiction avec une norme nationale : Allemagne (art. 100 al. 2 GG : obligation de renvoi de cette question préjudicielle par le juge ordinaire en cas de doute¹⁰¹) ; Grèce (art. 100 Const. 1975 : identification des « règles généralement reconnues du droit international public »).

5. la compétence de déclarer que la norme d'un État étranger ou d'une organisation internationale est contraire aux règles générales du droit international public (un cas unique, à ma connaissance : Biélorussie, Const. 1994¹⁰²).

6. le contrôle de la validité des normes de la Constitution au regard du droit naturel : il s'agit d'une compétence iconoclaste, et rarissime, que se sont reconnue en Allemagne, dans les années 1950, les cours constitutionnelles bavaroise et fédérale¹⁰³.

7. le contrôle de la conformité des révisions constitutionnelles au droit international (Kosovo, contrôle *a priori* de la conventionnalité des révisions : art. 113 Const. 2008).

8. le contrôle de la constitutionnalité des lois de révision partielle ou totale de la Constitution (contrôle *a priori* et/ou *a posteriori*). Les exemples sont à présent nombreux : Allemagne, Autriche, République tchèque, Kosovo (art. 113 Const. 2008), Turquie, Colombie, Corée du sud, Bénin, Burkina Faso (un premier cas de consécration explicite : art. 154 Const. 1991), Afrique du sud (art. 71 de l'ancienne Constitution dite intérimaire de 1993 : le célèbre contrôle de certification *a priori* de la future Constitution dite « définitive » ; art. 167 actuelle Const. 1996), Albanie (art. 131 § 2 Const. 1998), Congo-Brazzaville (contrôle *a priori*, avant le vote : art. 186 de l'ancienne Const. 2002), Côte d'Ivoire (art. 134 Const. 2016, *a priori*, saisine obligatoire), Équateur (Const. 2008), Mali, Tchad, etc. À l'inverse, en France, en Belgique, en Côte d'Ivoire (anc. Const. 2000), au Sénégal (dans le cadre de l'art. 103 Const. 2001), en Égypte, etc., la cour constitutionnelle ne s'est pas reconnu, dans le silence des textes, une compétence de contrôle à l'égard des révisions (partielles et, *a fortiori*, totales).

9. le contrôle de la constitutionnalité des lois organiques (contrôle *a priori* en France, au Bénin, au Gabon : art. 60 Const. 1991, au Tchad, en Côte d'Ivoire, au Sénégal suite à la révision de 2016, en République démocratique du Congo Const. 2006, art.160 ; voir aussi Espagne, Portugal, etc.).

⁹⁹ <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ua1996.htm>

¹⁰⁰ Voir art. 22 al. 3 du *Code of the Republic of Belarus on Judicial System and Status of Judges*, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx>.

¹⁰¹ K. Schlaich, S. Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10^e éd., München, Beck, 2015, n° 165 ss.

¹⁰² Voir art. 22 al. 3 du *Code of the Republic of Belarus on Judicial System and Status of Judges*, <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx> : « In addition to the powers provided for by articles 22.1 and 22.2 the Constitutional Court of the Republic of Belarus shall : (...) on the proposals of the President of the Republic of Belarus, the House of Representatives of the National Assembly of the Republic of Belarus, the Council of the Republic of the National Assembly of the Republic of Belarus, the Council of Ministers of the Republic of Belarus state its position on conformity of the documents adopted (issued) by foreign states, international organisations and (or) their bodies and that affect the interests of the Republic of Belarus to generally recognised principles and rules of international law ; (...) ».

¹⁰³ Sur l'arrêt du 10 juin 1950 de la Cour bavaroise et l'arrêt du 18 décembre 1953 de la Cour constitutionnelle fédérale, v. L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 633-637. Il convient de noter que, déjà à l'époque de la République de Weimar, face aux contestations de la validité de la Constitution du Reich de 1919, qui était née de manière révolutionnaire, les juridictions ordinaires s'étaient reconnues compétentes pour trancher ce point. Voir E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 6 (*Die Weimarer Reichsverfassung*), Stuttgart, Kohlhammer, 1993, p. 5 ss.

10. le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des projets de loi ordinaire¹⁰⁴. Un tel contrôle est, certes, peu important en termes quantitatifs, mais il est très fréquent : France, Allemagne, Autriche, Autriche, Roumanie, Bénin, Gabon, Côte d'Ivoire, Sénégal, etc. Des exceptions notables : la Belgique, la Slovaquie (interdiction explicite d'un tel contrôle : art. 125 § 4 Const. 1992), la Bulgarie, etc.

11. le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois ordinaires. C'est une compétence détenue, à ma connaissance, par toutes les cours constitutionnelles actuelles, y compris en France depuis la révision de 2008 (nouvel art. 61-1 Const.) et, dans le sillage du modèle français, au Sénégal.

12. la compétence de suspendre l'application d'une loi, et par extension de toute autre norme justiciable devant la cour, dans l'attente du jugement définitif sur le fond (mesures provisoires). Ex. Belgique¹⁰⁵, Allemagne, etc.

13. la constatation et censure des omissions commises entre autres par le législateur dans la régulation d'un domaine (Équateur, art. 128 *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* de 2009 ; Biélorussie, Const. 1994 et art. 22 du Code sur le système juridictionnel et le statut des juges¹⁰⁶).

14. le contrôle de la conformité des lois ordinaires non seulement à la Constitution, mais aussi aux normes supérieures du droit divin/droit naturel (Iran, art. 72, 96 Const. 1979).

15. le contrôle de la conformité des lois ordinaires non seulement à la Constitution, mais aussi aux normes supérieures que sont les traités internationaux. Les exemples sont assez fréquents, en particulier en Europe centrale et orientale : Slovaquie : art. 125 § 1^{er} point a) Const. 1992 ; Pologne : art. 188 Const. 1997 ; Bulgarie : art. 149 § 1^{er} point 4 Const. 1991 ; Albanie art. 131 Const. 1998, Slovénie : art. 160 Const. ; Serbie : art. 167 Const. 2006 ; Biélorussie : art. 116 Const. 1994, etc. Ailleurs, par ex. en France, aux Pays-Bas, au Luxembourg, etc., le contrôle de la conventionnalité des lois relève, à l'inverse, des juridictions ordinaires, étant précisé que si la cour constitutionnelle agit aussi tel un juge ordinaire (ex. le Conseil constitutionnel français agissant comme juge électoral), elle peut, à son tour, procéder au contrôle de la conventionnalité des lois qu'elle applique. En Belgique, le contrôle de conventionnalité des lois est exercé, en principe, par les juridictions ordinaires ; si, toutefois, la Cour constitutionnelle est saisie d'un contrôle de constitutionnalité d'une loi, elle inclut dans ses normes de références les droits fondamentaux garantis en droit international.

16. le contrôle de la constitutionnalité des normes (spécialement législatives) adoptées par voie de référendum : Autriche : art. 141 LCF, Portugal : art. 223 Const., Allemagne, Italie, Croatie, Hongrie, Slovaquie : art. 125b Const. 1992, Albanie, Bénin, Niger : art. 60 Const. 2010, etc. Exceptions notables : la France (art. 11 Const. 1958, en cas d'initiative présidentielle), Gabon (art. 110 loi organique sur la Cour constitutionnelle 1991¹⁰⁷), etc.

17. le contrôle de la constitutionnalité des règlements intérieurs du parlement (France, Gabon : art. 45 Const. 1991, Sénégal, Congo-Brazzaville ancienne Const. 2002, Bénin, Côte d'Ivoire, Niger, Tchad, République démocratique du Congo Const. 2006, Roumanie, etc.). D'autres textes constitutionnels prévoient que la cour constitutionnelle contrôle tous les actes adoptés par le parlement, ce qui inclut, outre les règlements intérieurs, de simples résolutions (ex. Ouzbékistan, art. 109 Const. 1992 ; Azerbaïdjan, art. 130 Const. 1995).

18. le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des traités. Parmi la longue liste de pays, voir, par ex., France (art. 54 Const. 1958), Allemagne, Espagne (art. 95 Const. 1978), Portugal

¹⁰⁴ Pour un aperçu comparatif utile : O. Le Bot, « Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, p. 117 ss.

¹⁰⁵ Dans le cadre du recours en annulation : art. 19 et suiv. loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>

¹⁰⁶ <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx>

¹⁰⁷ Art. 110 : « Une loi référendaire ne peut être déferée à la Cour constitutionnelle en ce qu'elle constitue l'expression directe de la souveraineté nationale ».

(art. 278 et 279 Const. 1976), Roumanie (art. 146 et 147 Const. 1991), République tchèque (art. 87 Const. 1992), Russie (art. 125 Const. 1993), Pologne, Slovaquie (art. 125a), Bulgarie, Serbie, Ouzbékistan, Burkina Faso, Gabon, Tchad, Côte d'Ivoire (Const. 2016, art. 120, 134), République démocratique du Congo (Const. 2006, art. 216), Équateur (Const. 2008), etc.

19. le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités : Autriche (art. 140a LCF), Allemagne, Belgique. En France, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités relève non pas du Conseil constitutionnel, mais des juridictions ordinaires ; dans d'autres pays, en particulier en Europe centrale et orientale, un tel type de contrôle est exclu par respect des engagements pris par l'État¹⁰⁸.

20. le contrôle de la conformité avec la Constitution, mais non avec d'autres sources supérieures de droit (lois, traités, etc.), de la totalité ou d'une partie des règlements pris par des organes de l'État, voire par des organes des collectivités locales. Alors que la solution traditionnelle en France et dans d'autres pays inspirés, plus ou moins, par le modèle du droit administratif français (Afrique francophone, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Italie, Espagne, Allemagne, etc.) consiste à réserver aux juridictions administratives le contrôle, par voie d'action, de la conformité des règlements nationaux et locaux aux normes supérieures (Constitution, lois, règlements de rang supérieur, droit international et européen, principes généraux du droit, etc.), dans d'autres pays le règlement est assimilé, du point de vue du contrôle de sa constitutionnalité, et de lui seul, à la loi. Dans certains pays, cette assimilation ne se fait que pour une partie des règlements nationaux dont la proximité avec les lois est très forte : les déclarations d'un état d'exception et les normes générales prises par l'exécutif dans ce cadre (Slovaquie : art. 129 al. 6 ; Colombie : art. 214 point 6 et art. 215 in fine Const. 1991 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 145 ; Équateur Const. 2008, etc.). Mais il existe des systèmes, en particulier en Europe centrale et orientale, qui vont plus loin en ce qu'ils attribuent à la cour constitutionnelle la compétence de vérifier la constitutionnalité de tous les règlements des organes de l'État, voire des collectivités locales. Exemple : Moldavie, art. 135 § 1^{er} point a Const. 1994 ; Ukraine, art. 150 Const. 1996 ; Arménie, art. 168 Const. 1995 ; Bulgarie ; Ouzbékistan, art. 108 et 109 Const. 1992 (contrôle de la constitutionnalité des règlements de l'exécutif national et des autorités locales par la cour constitutionnelle) ; Kosovo : art. 113 Const. 2008 (contrôle, par la Cour constitutionnelle, de la constitutionnalité des règlements à la fois nationaux et locaux) ; Bénin, art. 3 et 117 Const. 1990 (la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité de tous les règlements ; la justice administrative, elle, a gardé la compétence d'en vérifier la conformité aux lois ordinaires¹⁰⁹) ; Pérou : art 200 al. 4 et 202 Const. 1993, etc.

21. le contrôle de tous les règlements des organes exécutifs de l'État, voire d'autres personnes morales de droit public, au regard non seulement de la Constitution, mais aussi d'autres normes supérieures (lois, traités, etc.). Le champ de compétence des juridictions administratives se réduit dès lors, tendancieusement, au contrôle des décisions administratives individuelles. Le pays qui a lancé ce modèle est l'Autriche (art. 139 LCF, contrôle, par la Cour constitutionnelle, de la constitutionnalité et de la légalité des règlements de la Fédération, des *Länder* et des collectivités locales). Voir aussi Lituanie, art. 105 § 2 Const. 1992 (constitutionnalité et légalité des règlements) ; Slovaquie, art. 160 Const. (même solution) ; Gabon : articles 84, 85 et 86 Const. tels qu'interprétés, de manière large, par la Cour constitutionnelle qui s'est reconnu la compétence de contrôler à la fois la constitutionnalité et la légalité des règlements¹¹⁰ ; Azerbaïdjan, art. 130 Const. 1995 (conformité des règlements locaux et nationaux à toutes les normes nationales supérieures) ; Ouzbékistan, sous la Const. 1992 (contrôle de la constitutionnalité et légalité des normes générales posées par le procureur général de la République¹¹¹) ; Slovaquie, art. 125 § 1^{er} point c (contrôle de la constitutionnalité, légalité et conventionnalité des

¹⁰⁸ O. Luchterhandt, « Generalbericht : Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa », *op. cit.*, p. 313.

¹⁰⁹ C. Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, p. 551 ss, spéc. p. 557 ss.

¹¹⁰ C. Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *op. cit.*, p. 559, 576. Le texte de la Constitution du Gabon, prenant en compte la dernière révision du 12 janvier 2011, est disponible sur le site de l'Assemblée nationale gabonaise. <http://www.assemblee-nationale.ga>

règlements) ; dans le même sens : Biélorussie, art. 116 Const. 1994 ; Pologne, art. 188 point 3 Const. 1997 ; Albanie Const. 1998, art. 131 (contrôle de la constitutionnalité et conventionnalité des règlements nationaux et locaux) ; Serbie, art. 167 Const. 2006 (contrôle de la conformité aux normes supérieures des règlements, nationaux et locaux).

22. le contrôle des normes générales de personnes morales de droit public autres que l'État (i.e. des normes posées par des États fédérés ou des collectivités territoriales) : Allemagne (art. 99 LF : compétence de la Cour fédérale pour le contentieux constitutionnel d'un *Land* en cas d'absence de cour constitutionnelle dans ce *Land*¹¹² ; art. 100 al. 1^{er} LF : conformité d'une loi d'un *Land* avec la *Grundgesetz* et le droit fédéral en général) ; Autriche (contrôle, par la Cour constitutionnelle fédérale, de la validité des constitutions, lois et règlements édictés respectivement par les *Länder* et les collectivités locales, en l'absence de toute cour constitutionnelle dans chaque *Land*) ; Russie (contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale de la Constitution, des lois et autres normes générales des sujets de la fédération russe & contrôle des conventions conclues entre sujets ou entre la fédération et ses sujets) ; Belgique (contrôle par la Cour constitutionnelle belge de la législation adoptée par les entités fédérées que sont les Communautés et Régions) ; Espagne (art. 161 al. 2 Const. 1978, pour ce qui est des normes adoptées par les Communautés), Italie (art. 127 Const. 1947), Azerbaïdjan (art. 130 Const. 1995 : contrôle de la conformité des normes générales posées par les communes et par la région autonome de Nakhitchevan avec toutes les normes nationales supérieures), etc.

23. une partie du contentieux de la responsabilité de la puissance publique qui, d'habitude, serait confiée aux juridictions ordinaires : Bénin (responsabilité de l'État pour des faits constituant des violations des droits garantis par la Constitution¹¹³) ; Allemagne (octroi de dommages et intérêts en cas de délais de procédure excessifs devant la Cour constitutionnelle fédérale elle-même¹¹⁴).

24. une partie du contentieux administratif portant sur le contrôle de la validité d'actes administratifs individuels. Voir, au Bénin, les cas de contrôle direct par la Cour constitutionnelle, sans passage préalable par le juge administratif ordinaire, de la conformité de décisions administratives individuelles avec les droits fondamentaux garantis dans la Constitution¹¹⁵. Similaire : les cas, en Allemagne ou ailleurs¹¹⁶, où un recours individuel en protection des droits fondamentaux – *Verfassungsbeschwerde*, etc. – peut, à titre exceptionnel, être porté immédiatement, ou quasi immédiatement, devant la cour constitutionnelle, sans que le plaignant n'ait épuisé les voies de recours ordinaires.

25. une compétence *résiduelle* en matière de contentieux administratif, de manière à garantir effectivement le droit au juge dans tout le droit public : Allemagne (art. 93 al. 1^{er} n° 4 GG¹¹⁷) ; Autriche (art. 137 LCF : compétence résiduelle de la Cour en l'absence de toute autre voie de recours pour des réclamations d'ordre financier à l'égard de personnes morales de droit public¹¹⁸).

¹¹¹ Voir *Rules of procedure of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan* (2015, à jour) art. 2 n° 4c, <http://www.ksu.uz/en/page/index/id/9>

¹¹² Dans le passé, c'était le cas du Schleswig-Holstein qui ne s'est doté d'un *Landesverfassungsgericht* qu'en 2008. K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10^e éd., München, Beck, 2015, n° 108.

¹¹³ C. Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, p. 562.

¹¹⁴ Voir les paragraphes 97a à 97e du *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (version actuelle) ; K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10^e éd., München, Beck, 2015, n° 345k et suivants.

¹¹⁵ F.J. Aivo, *op. cit.*, p. 733.

¹¹⁶ Allemagne, § 90 al. 2 loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG) <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BjNR002430951.html> ; Slovaquie, art. 51 al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle (disponible sur le site de la Cour <http://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/statutes/>) ; République tchèque, § 75 al. 2 loi sur la Cour constitutionnelle, disponible sur le site de la Cour : <https://www.usoud.cz> ; Slovaquie, etc.

¹¹⁷ K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n° 106.

¹¹⁸ Voir W. Berka, *Verfassungsrecht*, 6^e éd., Wien, Verlag Österreich, 2016, p. 383 s.

26. le contrôle direct, sans passage obligatoire par le juge civil ordinaire, de la conformité avec les droits fondamentaux garantis dans la Constitution des normes prises par des personnes de droit privé : le cas insolite du Bénin¹¹⁹.

27. le contentieux portant sur les recours d'individus qui, à l'encontre d'une norme (administrative ou judiciaire) individuelle les concernant, et après avoir épuisé les voies de recours ordinaires, invoquent la protection de leurs droits fondamentaux devant la cour constitutionnelle en vue de faire annuler cette décision. Ce système qui permet à la cour constitutionnelle d'exercer, au final, un contrôle de toutes les normes individuelles des organes publics, y compris les décisions des juridictions (administratives, civiles, pénales, etc.), est prévu notamment par le régime de la « *Verfassungsbeschwerde* » en droit allemand (art. 93 al. 1^{er} n° 4a LF 1949), en Espagne par le recours de *amparo* (art. 53 al. 2 Const. 1978) et par certains autres pays (en Slovaquie : art. 160 Const., République tchèque : art. 87 al. 1^{er} point d Const. 1993 ; Slovaquie, Pologne, Albanie, Monténégro, Azerbaïdjan, etc.). S'en rapproche aussi, en partie, le cas particulier de l'Autriche (art 144 LCF), à ceci près que le recours en protection des droits garantis par la Constitution ne peut être exercé qu'à l'encontre d'une décision de première instance (et non de 2^e instance) d'une juridiction administrative (et non d'une juridiction civile ou pénale).

28. le contentieux de toutes les élections politiques (en Autriche, en vertu de l'art. 141 LCF, la Cour constitutionnelle est chargée des élections européennes, nationales, régionales et locales et même des élections des chambres professionnelles ; Slovaquie : art. 129 Const., élections européennes, nationales et locales ; Gabon, depuis 2011 : art. 84 Const., ajout des élections locales) ou le contentieux relatif seulement à certaines élections politiques (en France : les élections des députés, des sénateurs et du président de la République ; *idem* au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Niger, au Tchad ; en Allemagne, en appel : les élections pour le *Bundestag* ; voir aussi la République tchèque, nombre d'autres pays d'Europe centrale et orientale, Indonésie : art. 24C Const., etc.). En cas d'inexistence ou d'incompétence de la cour constitutionnelle, le contentieux revient soit à des juridictions ordinaires, civiles et/ou administratives (ex. Pologne, États-Unis, Canada, en partie en Belgique et au Luxembourg), soit, plus rarement, à des juridictions électorales spéciales (ex. Brésil, Mexique), soit au parlement lui-même (la validation des mandats : Italie, Belgique, Luxembourg). Par extension, le contentieux relatif à la limitation des dépenses électorales peut également être attribué à la cour constitutionnelle (ex. Belgique : contrôle de la légalité des sanctions prises par des organes parlementaires à l'égard d'élus¹²⁰). Ce faisant, la cour constitutionnelle est amenée à trancher des litiges concrets avec les moyens et à l'instar d'un juge (administratif) ordinaire.

29. la décision d'interdiction, ou le contrôle de la décision d'interdiction, de partis ou d'associations politiques dont le programme et/ou l'activité est « extrémiste », car contraire à l'ordre constitutionnel. Voir Allemagne, art. 21 LF ; Portugal ; Pologne, art. 11, 13, 58 et 188 Const. ; Slovaquie ; Slovaquie ; Croatie ; Serbie ; Roumanie ; Moldavie ; Bulgarie ; Albanie ; Turquie ; Indonésie ; Corée du sud ; Taiwan ; République tchèque (selon l'art. 87 Const, la cour constitutionnelle intervient en appel des décisions prises, à divers titres, par les juridictions ordinaires suprêmes). Autrefois, ou ailleurs, les partis violant certaines normes de droit pouvaient/peuvent être écartés du jeu politique, soit par une décision de l'exécutif (refus de création d'une association, suppression), soit par une décision du parlement dans le cadre de la validation des mandats (ex., le Luxembourg, en 1934, lorsque la Chambre des députés avait invalidé le mandat obtenu par la liste communiste¹²¹), soit par un juge ordinaire (ex. en Espagne, où, en droit actuel, l'interdiction de partis extrémistes est prononcée par le Tribunal suprême, et non par le Tribunal constitutionnel).

30. la déchéance d'individus extrémistes de certains droits fondamentaux (à ma connaissance, un seul exemple : l'Allemagne, art. 18 LF).

¹¹⁹ F.J. Aivo, *op. cit.*, p. 733.

¹²⁰ Voir art. 25bis et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle 1989.

¹²¹ L. Heuschling, Ph. Poirier, « L'opposition politique au Grand-duché de Luxembourg. Regards croisés, de science juridique et de science politique, sur une démocratie consociative », in J.P. Derosier (dir.), *L'opposition politique*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 235 ss.

31. une partie du contentieux pénal (la justice dite « politique » ; voir en Allemagne la tradition des « *Staatsgerichte* », de la « *Staatsgerichtsbarkeit* ») : est en cause la justiciabilité des titulaires de fonctions publiques importantes (chef de l'État, membres du gouvernement, voire parlementaires, membres de la cour constitutionnelle, etc.) lorsqu'il leur est reproché d'avoir enfreint les/des règles de droit (de droit constitutionnel, de droit pénal, etc.). Alors que, dans la tradition britannique, le jugement des infractions commises par des ministres relevait du seul parlement (pour un exemple actuel : Pérou, art. 99 Const. 1993 ; Monténégro), et que, dans d'autres démocraties, ce contentieux est attribué traditionnellement soit à la justice pénale ordinaire (à la juridiction suprême : Belgique, Luxembourg, Brésil, Venezuela, etc.), soit à une juridiction créée spécialement (France : la Haute Cour et la Cour de justice de la République ; la Haute Cour de justice au Gabon, en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso, au Congo-Brazzaville, au Bénin, au Niger, au Tchad ; le Tribunal d'État en Pologne : art. 198 Const. 1997, etc.), une nouvelle solution, dans certains des pays dotés d'une cour constitutionnelle, est d'investir celle-ci de cette mission (ex. Espagne : art. 121 point e Const. 1931 ; Allemagne : art. 61 LF ; Italie : art. 134 Const. ; République tchèque : art. 65 et 87 Const. ; Portugal ; Hongrie ; Bulgarie ; Lituanie ; Slovaquie ; Slovénie ; Albanie ; Corée du sud : art. 111 Const. ; République démocratique du Congo : art. 163 ss Const. 2006, etc. ; pour une liste particulièrement longue, voir en Autriche, les art. 142 et 143 LCF : accusations contre le président fédéral et diverses autres représentants des exécutifs de la Fédération et des *Länder*, etc.). En Azerbaïdjan, c'est la Cour constitutionnelle, après investigation de la Cour suprême, qui, seule, détient le droit de déclencher, auprès du parlement, une procédure de destitution du président de la République ; l'éventuelle décision de destitution prise par le parlement doit être approuvée par la Cour constitutionnelle (art. 107 Const. 1995).

32. le contrôle de légalité des nominations des personnes pressenties pour siéger à la Cour constitutionnelle elle-même (voir le cas, rare et original, du Bénin¹²² ; similaire : Russie, Const. 1993 ; ailleurs, la nomination pourrait éventuellement être contrôlée en tant qu'acte administratif par les juridictions administratives).

33. la compétence de la cour constitutionnelle en matière disciplinaire à l'égard de ses propres membres (compétence fréquente : France, Pologne, Lituanie, Moldavie, Roumanie, Bulgarie, Croatie, Albanie : art. 128 Const. 1998, Turquie, Russie, etc.). Parfois, la révocation d'un juge est décidée, sur initiative de la cour, par le président de la République (Slovaquie : art. 138 Const. 1992) ; parfois, dans le sillage de la tradition anglaise, c'est le parlement qui décide de la révocation d'un juge pour non-respect de la Constitution (Pérou : art. 99 Const. 1993 ; Bolivie : art. 160 Const. 2009 ; Azerbaïdjan, art. 128 Const. 1995). À cela peut s'ajouter la compétence de la cour d'autoriser, ou non, l'arrestation de l'un de ses membres, ou le lancement de poursuites pénales, lorsque les juges de la cour constitutionnelle jouissent, comme c'est souvent le cas, d'une immunité (ex. République tchèque : art. 86 Const. 1992 ; Pologne : art. 196 Const. 1997 ; Croatie, Pérou, etc.).

34. une partie du contentieux pénal ou disciplinaire à l'égard des juges ordinaires. Selon la Constitution espagnole de 1931 (art. 121 point f), le Tribunal des garanties constitutionnelles était investi de la fonction de juger les infractions pénales commises par les membres de la Cour suprême et par le procureur général de la République. Voir aussi l'exemple, rare, de la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale en Allemagne, en cas d'atteintes à l'ordre constitutionnel commises par des juges de la Fédération ou des *Länder* (art. 98 LF) ; cette compétence s'ajoute, à titre résiduel, aux procédures disciplinaires ordinaires applicables aux divers ordres juridictionnels.

35. la délimitation des compétences entre organes d'une même personne morale, l'État. Parfois, cette compétence est restreinte aux conflits entre certains organes politiques suprêmes, parfois appelés « constitutionnels », à l'instar du parlement, du chef de l'État, du gouvernement (en allemand : « *Organstreitigkeiten* / litiges entre organes » : Allemagne, art. 93 al. 1^{er} n° 1 LF ; Bulgarie : art. 149 § 1^{er} point 3 Const. 1991 ; Pologne : art. 189 Const. 1997 ; Arménie : art. 168 point 4 Const. 1995 ; Slovénie, France : art. 39 et 41 Const. 1958, etc.). Parfois, la cour constitutionnelle est même chargée de délimiter les compétences à l'égard

¹²² F.J. Aïvo, *op. cit.*, p. 721.

des autres organes de l'État, à l'instar des organes juridictionnels. Traditionnellement, la compétence de départager les champs de compétence des ordres juridictionnels était attribuée soit à l'une des juridictions ordinaires (en général, la juridiction suprême en droit privé : au Luxembourg, la Cour supérieure de justice : art. 95 Const. 1868 ; en Belgique, la Cour de cassation : art. 158 Const. 1831), soit à une juridiction spécialement instituée à cet effet (France : Tribunal des conflits, Burkina Faso, Turquie, etc.). De nos jours, ce type de conflit est de plus en plus dévolu à la cour constitutionnelle. Pour une affirmation expresse et précise : Autriche (art. 138 LCF), Grèce (art. 100 Const. 1975), République démocratique du Congo (Const. 2006, art. 161). En Autriche, c'est aussi à la Cour constitutionnelle qu'il revient de résoudre les conflits de compétences entre, d'une part, les juridictions ordinaires et, d'autre part, la Cour constitutionnelle elle-même (art. 138 LCF ; idem : Afrique du sud, art. 167 al. 3 Const. 1996). Certains textes constitutionnels reconnaissent à la cour constitutionnelle, de manière plus vague, la compétence de résoudre les conflits entre les divers « organes », « institutions » ou « pouvoirs de l'État », ce qui, en principe, devrait également inclure les conflits de compétences entre les divers ordres juridictionnels (ex. art. 134 Const. Italie 1947 ; Albanie : art. 131 Const. ; Russie : art. 125 Const. ; Azerbaïdjan, art. 130 Const. 1995 ; Tadjikistan : art. 89 Const. 1994 ; Pérou : art. 202 Const. 1993 ; Bénin, art. 117 Const. 1990 ; Gabon : art. 84 Const. 1991 et art. 62 loi organique sur la Cour constitutionnelle 1991 ; Niger : art. 126 Const. 2010 ; Tchad : art. 166 Const. 1996 ; Afrique du sud, art. 167 al. 4 Const. 1996, etc.).

36. la délimitation des compétences entre différentes personnes morales de droit public, spécialement entre l'État (l'État central) et les autres collectivités territoriales (États fédérés, Régions, communes). Pour un exemple de délimitation entre l'État fédéral et les États fédérés : Allemagne, art. 93 al. 1^{er} n° 3 et n° 4 LF ; entre État et régions dans un État dit régionalisé : Italie (art. 134), Espagne (art. 161 al. 1 point c Const. 1978) ; entre l'État et les collectivités d'outre-mer (France, art. 74, 77 Const. 1958) ; entre l'État et les provinces (République démocratique du Congo Const. 2006, art. 161) ; entre l'État et les communes : Bulgarie : art. 149 al. 1^{er} point 3 Const. 1991 ; Slovénie : art. 160 Const. ; Albanie, Macédoine, etc. Ailleurs, les conflits de compétence entre communes ou entre une commune et l'État relèvent des juridictions ordinaires, en particulier administratives, dans le cadre du contrôle exercé sur les règlements et décisions locaux (ex. Gabon : art. 112b Const. 1991, France, Belgique, Luxembourg, etc.).

Les douze types de compétences non-juridictionnelles dont peuvent être investies les cours constitutionnelles dans le monde :

1. la participation à la rédaction et à l'adoption de révisions constitutionnelles (Iran, art. 177 Const. 1979 : la présence des membres du Conseil des gardiens au sein de l'organe ad hoc chargé de négocier des révisions, avant leur validation par le guide de la République et le corps électoral).

2. la compétence de conseiller (voire de « surveiller ») les organes de l'État sous forme « d'avis », un rôle qui, dans de nombreux pays, reviendrait au Conseil d'État. L'objet de l'avis peut être varié (fournir une interprétation des dispositions en vigueur, rappeler le respect des normes supérieures, développer des arguments d'opportunité politique en vue de la rédaction de nouveaux textes, etc.). Pour un exemple d'un champ très large, sans précision : Sénégal, art. 92 al. 2 Const. tel que modifié en 2016 (« *Le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République pour avis* »). Très large aussi : ancienne Const. Côte d'Ivoire, 2000, art. 97 (« *Les projets ou propositions de loi et les projets d'ordonnance peuvent être soumis pour avis au Conseil constitutionnel* »). Pour des délimitations un peu plus ciblées : la formulation d'un avis sur tous les projets ou propositions de révisions de la Constitution (Gabon, art. 116 Const. 1991¹²³ ; Moldavie, art. 135 § 1^{er} point c, art. 141 § 2 Const. 1994 ; Azerbaïdjan, art. 153 Const. 1995 et art. 61 loi sur la Cour constitutionnelle : l'avis, non

¹²³ L'art. 58 de la loi organique modifiée de 1991 sur la Cour constitutionnelle précise que cet avis « porte notamment sur la régularité de la procédure et la compatibilité de la modification avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles. La Cour peut également formuler toutes observations qu'elle juge utiles ». http://www.cour-constitutionnelle.ga/loi_organique4

contraignant, devra en particulier étudier dans le cas d'espèce le respect des limites imposées par la Constitution aux révisions) ; la formulation d'un avis sur l'organisation d'un référendum (France, art. 46 loi organique sur le Conseil constitutionnel) ; la constatation par un avis non contraignant de l'existence, ou non, des critères matériels justifiant le déclenchement et/ou le maintien de l'état d'exception & la formulation d'un avis sur chaque mesure prise par l'exécutif dans le cadre de l'état d'exception (France, art. 16 Const. 1958 et art. 52 à 54 loi organique sur le Conseil constitutionnel ; Gabon, art. 26 Const. 1991 ; Niger, art. 67 Const. 2010 ; Tchad, art. 87 Const. 1996 ; proche : Bénin, art. 68 Const. 1990, etc.).

3. un droit d'initiative législatif général, y compris en matière de révision (le droit russe en vigueur de 1991 à 1993¹²⁴ ; de nos jours encore : Ouzbékistan, art. 83 Const. 1992) ou un droit d'initiative restreint aux matières qui « lui sont propres » (Pérou, art. 107 Const. 1993, art. 4 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel¹²⁵ ; en droit russe actuel, ce droit restreint appartient à la cour constitutionnelle mais aussi à d'autres juridictions : art. 104 al. 1^{er} Const. 1993).

4. la promulgation de la loi en cas de refus du chef de l'État et à condition que la loi soit conforme à la Constitution : voir l'exemple, insolite, du Bénin (art. 57 Const.).

5. l'adoption d'un règlement intérieur de la cour constitutionnelle (Belgique, Ouzbékistan, sous la Const. 1992¹²⁶, Bénin, Tchad, Iran, etc.)

6. la constatation de l'état d'empêchement d'un titulaire physique d'un organe politique éminent de l'État (ex. en France, en ce qui concerne le président de la République, art. 7 Const. 1958 ; Roumanie, art. 146 point g Const. ; Niger, art. 53 et 54 Const. 2010 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 76 ; Azerbaïdjan, art. 104 Const. 1995), d'une force majeure affectant le renouvellement normal du titulaire du mandat (France, art. 7 ; Gabon, art. 4 Const. 1991 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 76) et/ou de la déchéance du mandat d'un député du fait d'une inéligibilité (France), etc.

7. l'approbation de l'abrègement volontaire du mandat d'acteurs politiques : l'approbation de la dissolution des chambres du parlement par le chef de l'État (Ouzbékistan, voir l'art. 95 de la Const. 1992 qui prévoit des conditions de fond pour toute dissolution, en termes de dysfonctionnement du système parlementaire) ou l'acceptation de la démission du président de la République par la cour constitutionnelle (Azerbaïdjan, art. 104 Const. 1995).

8. le président de la Cour constitutionnelle assure l'intérim du président de la République en cas d'empêchement (Bénin, art. 119 Const. 1990) ou en cas d'accusation pour haute trahison devant la Haute Cour de justice (Djibouti, art. 50 et 119 Const. 1992 ; Niger, art. 53 Const. 2010).

9. la prise d'actes administratifs et l'exécution matérielle d'opérations administratives : la surveillance, sur le terrain, de l'organisation d'élections ou de référendums (France, art. 58 et 60 Const. 1958 ; Bénin, art. 117 Const. 1990 ; Roumanie, art. 146 points f et i Const. ; Tchad, Gabon, etc.) ; la prise de décision quant aux modalités d'organisation d'un scrutin et, en particulier, au report de l'élection (France, art. 7 ; Tchad, art. 65 Const. 1996 ; Gabon, art. 4 et 10 Const. 1991 ; Azerbaïdjan, art. 101 Const. 1995) ; la nomination et révocation, par la cour constitutionnelle, du président de la Commission électorale nationale (Gabon, art. 66a loi organique sur la Cour constitutionnelle 1991) ; la prise de décision quant à la recevabilité de candidatures (Iran, art. 99 Const. 1979 ; Tchad, art. 63 Const. 1996) ou de demandes citoyennes de référendums (Italie, art. 75 Const. ; France, art. 11 Const. 1958) ; la proclamation des résultats officiels d'une élection ou d'un référendum (France, Bénin, Tchad, Roumanie ; Azerbaïdjan : art. 102 Const. 1995, etc.) ; la fixation de la première séance du parlement nouvellement élu (Azerbaïdjan, art. 88 Const. 1995). Dès lors que la cour

¹²⁴ T.G. Morschtschakowa, « Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 133.

¹²⁵ http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/institucional/normatividad/ley_organica.pdf

¹²⁶ Voir art. 11 Loi sur la Cour constitutionnelle et *Rules of procedure of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan* (2015, à jour) art. 2 n° 4f, <http://www.ksu.uz/en/page/index/id/9>

constitutionnelle est aussi chargée de juger les contestations relatives aux opérations électorales auxquelles elle a, elle-même, contribué, la cour est à la fois juge et partie.

10. l'assermentation du chef de l'État par le président de la Cour constitutionnelle (France ; Bénin, art. 119 Const. 1990 ; Gabon, art. 12 Const. 1991 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 74 ; Djibouti, art. 119 Const. 1992, etc.).

11. le recueillement d'informations de nature administrative (les déclarations de patrimoine personnel des acteurs politiques) à des fins fiscales et/ou de lutte contre la corruption. Ex. : République démocratique du Congo Const. 2006, art. 99.

12. l'élaboration d'un rapport annuel sur le respect de la Constitution dans le pays (Russie, de 1991 à 1993¹²⁷ ; Biélorussie, Const. 1994¹²⁸ ; Kazakhstan ; Ouzbékistan ; Gabon : art. 91 Const. 1991, avec la possibilité de faire toutes suggestions utiles en vue de la « *consolidation de l'État de droit* »).

À la lumière de cette liste impressionnante de compétences, la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg ressort clairement comme le parent pauvre au sein de la famille des cours constitutionnelles.

2° La Cour luxembourgeoise : une compétence, plus deux (voire trois, voire quatre, voire cinq ?)

a) Un nombre insoupçonné de compétences

Souvent, en littérature, l'on dit que la Cour constitutionnelle du Grand-Duché n'a qu'une attribution, et une seule : celle de contrôler *a posteriori*, sur renvoi d'une question préjudicielle, la constitutionnalité des lois, les lois autorisant la ratification des traités étant par ailleurs explicitement exclues du contrôle (art. 95ter § 2 Const.). C'est, du reste, aussi la seule compétence qui est indiquée dans la loi du 27 juillet 1997, dans le chapitre 2 intitulé « *Des attributions* » (la présence de ce pluriel est, probablement, due à un réflexe littéraire). Ce chapitre 2 comporte, en effet, un seul article (l'art. 2) qui reprend, en les fusionnant, les paragraphes 1^{er} et 2 de l'art. 95ter Const. La compétence ainsi délimitée est, effectivement, la compétence centrale de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise (c'est celle qui justifie son existence), et c'est aussi la plus visible de l'extérieur. Mais ce n'est pas la seule. Les choses, à cet égard, sont même plus compliquées qu'on ne pourrait le penser de prime abord. À cause du caractère laconique et imprécis du texte de la Constitution – un problème particulièrement aigu en droit constitutionnel luxembourgeois ! –, un certain doute flotte autour du nombre et de l'identité des compétences de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché.

Ce qui est sûr, c'est que deux autres compétences nettement *distinctes*, d'importance toutefois marginale, sont ancrées dans le texte de la loi de 1997.

Premièrement, la Cour constitutionnelle, saisie par son président et siégeant en assemblée générale (et non en formation de cinq juges, comme dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const.), est compétente pour juger le contentieux disciplinaire relatif à ses propres membres (art. 21 à 26 loi 1997). Cette compétence qui est fondée de manière implicite sur l'art. 95ter Const. (via le renvoi à l'art. 91 Const.), est de nature juridictionnelle. Il convient d'être encore plus précis : en matière disciplinaire, la Cour constitutionnelle, à *l'instar de tant de juges ordinaires*, applique tout le droit aux faits qui lui sont soumis. Elle juge un cas, dans son intégralité, et non seulement une norme. Pourrait-elle même, dans ce cadre – puisqu'elle est amenée à appliquer des lois –, exercer ou déclencher un contrôle de la constitutionnalité des lois ? En termes plus techniques : la Cour constitutionnelle, en formation plénière, et jugeant comme juge disciplinaire, pourrait-elle, par voie d'exception, statuer sur le grief d'inconstitutionnalité

¹²⁷ T.G. Morschtschakowa, « Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation », *op. cit.*, p. 133.

¹²⁸ Voir art. 22 al. 3 du *Code of the Republic of Belarus on Judicial System and Status of Judges*, <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx> : « In addition to the powers provided for by articles 22.1 and 22.2 the Constitutional Court of the Republic of Belarus shall : (...) adopt annual messages to the President of the Republic of Belarus and the Houses of the National Assembly of the Republic of Belarus on constitutional legality in the Republic of Belarus ; (...) ».

ou devrait-elle saisir, par renvoi préjudiciel, la Cour constitutionnelle siégeant en formation de cinq juges et agissant dans le cadre de l'art. 95^{ter} § 2 Const. ? Dans le deuxième cas, l'on serait proche d'une auto-saisine ; la procédure serait toutefois un peu fastidieuse. Mais c'est ce qui est exigé si l'on tient compte de l'art. 95^{ter} § 2 Const. (la formule « *toute juridiction* » peut inclure la Cour constitutionnelle agissant en tant que juge disciplinaire). La compétence de la Cour constitutionnelle, en tant que juge disciplinaire, passe souvent inaperçue dans la littérature car elle est secondaire et n'a, pour l'instant, jamais donné lieu à application. Pourtant, elle est importante car elle nous permet, et nous oblige, de mieux cerner la nature variée (car triple) de cet organe appelé « Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg », qui est tantôt juge statuant sur des renvois préjudiciels relatifs à la constitutionnalité d'une loi, tantôt juge disciplinaire, tantôt encore autorité administrative.

En effet, – deuxièmement – il faut noter que, selon les termes clairs de la loi de 1997 (art. 28), la Cour constitutionnelle est également dotée d'une compétence de nature non juridictionnelle : la Cour, siégeant aussi en formation plénière, est habilitée à édicter un règlement d'ordre intérieur¹²⁹. Ici la Cour constitutionnelle agit en tant que producteur de normes générales et est assimilable à un organe administratif investi d'un pouvoir réglementaire (certes très réduit, en l'espèce).

Le nombre d'attributions de la Cour constitutionnelle s'arrête-t-il donc au chiffre de trois ? Ce n'est pas sûr. C'est ici que surgissent les incertitudes.

Tout d'abord, la compétence juridictionnelle dite « unique » – celle de l'art. 95^{ter} § 2 Const. – pourrait être comptée non pas comme une seule compétence, mais comme deux si, d'une part, du point de vue de la dogmatique du droit luxembourgeois, on estime que les « lois portant révision de la Constitution » (art. 114 et 115 Const.) font partie des « lois » sujettes au contrôle de la Cour – une question à laquelle, pour ma part, je répondrai de manière affirmative –, et que, d'autre part, sur le plan scientifique de la théorie générale, on distingue le contrôle de la constitutionnalité des lois *stricto sensu* de celui des révisions (voir, en ce sens, la liste *supra* des diverses compétences juridictionnelles des cours constitutionnelles). Il est certain que les acteurs politiques de 1996, en rédigeant et adoptant l'art. 95^{ter} Const., n'avaient pas à l'esprit de conférer une telle compétence. Pourtant, le texte autorise une telle lecture : le type spécial de « loi » que sont les « lois portant révision de la Constitution » n'est point exclu du prétoire de la Cour par l'art. 95^{ter} § 2 Const., à l'inverse des lois spéciales que sont les lois autorisant la ratification des traités. La question, pour l'instant, est discutée en doctrine¹³⁰, et n'a pas encore été tranchée en pratique. Cette éventuelle quatrième compétence, qui est intimement liée à la première compétence (il n'y a pas de saisine distincte, par ex.), reste donc, pour l'instant, dans les limbes.

Ensuite, il faut considérer l'hypothèse suivante : saisie sur le fondement de l'art. 95^{ter} § 2 Const., la Cour constitutionnelle n'est pas seulement amenée à *contrôler* des dispositions législatives – celle(s) soumise(s) par le juge de renvoi (appelons cette loi la « loi X ») –, mais aussi à *appliquer* des articles de loi, en particulier les articles de son « code de procédure » qu'est la loi du 27 juillet 1997. Or que devrait se passer si la Cour constitutionnelle, saisie de la loi X, se rendrait compte, spontanément ou sur insistance d'une partie, qu'un article de la loi de 1997 qu'elle est censée appliquer, est contraire à la Constitution ? Pourrait-elle donner

¹²⁹ Ce « règlement d'ordre intérieur » du 31 octobre 1997 est des plus courts : il se limite à définir le siège et le greffe de la Cour. Voir *Mém. A*, 1997, n° 89, p. 2696. Il n'a pas été modifié à ce jour. <http://legilux.public.lu/eli/Etat/leg/ri/1997/10/31/n1/q>

¹³⁰ En ce sens déjà : J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *op. cit.*, 2008, p. 9. Par la suite, J. Gerkrath a toutefois infléchi sa réponse dans un sens restrictif. Voir J. Gerkrath, « Le mécanisme de la révision constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *JTL*, 2009, p. 179. Selon lui, un contrôle *a posteriori* serait impossible à mettre en œuvre par la Cour constitutionnelle. L'argument n'entraîne pas conviction : la Cour constitutionnelle se doit, dans chaque affaire, d'appliquer la « Constitution » (art. 95^{ter} §1^{er} Const.) : par « Constitution », il faut entendre les normes véhiculées par le texte dit « Constitution du Grand-Duché de Luxembourg du 17 octobre 1868 » auquel il faut ajouter les modifications contenues dans les diverses « lois portant révision de tel ou tel article ». Pour ce faire, la Cour constitutionnelle doit identifier les « lois de révision » : au cas où un acte intitulé « loi de révision », et publié comme tel au journal officiel, ne serait pas conforme aux exigences constitutionnelles, elle devrait refuser d'en tenir compte et appliquer, dans le litige concret, la « Constitution » sans cette révision. Une loi ordinaire qui serait fondée sur cette soi-disant « révision » pourrait ainsi être déclarée contraire à la Constitution.

une quelconque suite à ce moyen ? Elle n'est pas saisie, par renvoi, de la loi de 1997 (mais d'une autre loi, la loi X). Doit-elle dès lors se taire, alors même qu'elle est la Cour constitutionnelle, chargée selon l'art. 95ter § 1^{er} Const. de « *statuer, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution* » ? Sur ce point, une interprétation téléologique et historique du *paragraphe 1^{er}* de l'art. 95ter Const., à la lumière des intentions des auteurs de cet article qui souhaitaient clairement renforcer l'idéal de l'État de droit, m'amène à penser que, dans une telle hypothèse, la Cour constitutionnelle pourrait, *par voie d'exception*, examiner la constitutionnalité de tel article de la loi de 1997 et, le cas échéant, refuser de l'appliquer. Cette compétence, fondée implicitement sur le § 1^{er} de l'art. 95ter Const., se grefferait sur sa compétence du § 2 du même article.

Enfin, existerait-il, peut-être, dans le silence des textes, encore une autre (sixième!) compétence qui, elle non plus, n'avait pas été discutée en 1996, et qui se grefferait à la fois sur sa compétence de l'art. 95ter § 2 Const. et sur celle de l'art. 28 loi 1997 ? Dans sa thèse sur *Le contrôle juridictionnel de conventionnalité et de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, Carola Sauer soulève à juste titre la question de savoir si la compétence (juridictionnelle) de faire prévaloir la supériorité du droit international sur toute norme nationale (en particulier sur les lois, voire la Constitution) s'applique aussi à la Cour constitutionnelle. Elle y répond de manière affirmative, mais sa réponse ne convainc pas lorsqu'il s'agit de déterminer avec précision les effets de cette réponse affirmative¹³¹. Reprenons le raisonnement.

Selon une habitude jurisprudentielle luxembourgeoise clairement affirmée à partir des années 1950 (la « jurisprudence » dite « Pagani »), et dont les fondements politiques remontent au XIX^e siècle, est affirmé, au Luxembourg, un certain principe luxembourgeois de suprématie du droit international sur toute norme de droit national (Constitution, loi, etc.)¹³². De ce principe est dérivé, de manière implicite, *par* les juridictions luxembourgeoises et *au profit* de celles-ci, un titre de compétence d'examen et d'inapplication *in concreto* de toute norme nationale contraire au droit international. Il convient d'insister sur le fait que l'attribution de compétence s'est faite, dans les années 1950, au profit de toute juridiction luxembourgeoise, *existante ou à venir* (ce titre de compétence profitera ainsi à la Cour administrative et au Tribunal administratif qui, pourtant, n'ont vu le jour que bien plus tard). L'attribution s'est faite, aussi et surtout, au profit de toute *juridiction*, et pas seulement au profit des juridictions dites « *ordinaires* »¹³³. Le titre de compétence découlant du principe luxembourgeois de primauté du droit international intervient dès qu'une juridiction est censée *appliquer* (j'insiste sur ce mot) telle ou telle loi luxembourgeoise, voire telle ou telle norme constitutionnelle du Luxembourg. Or, la Cour constitutionnelle est, à coup sûr, une *juridiction* : tantôt une juridiction au plein sens du terme (dans le cadre de l'art. 28 loi 1997, elle traite, dans son intégralité, un cas), tantôt, et le plus souvent, une juridiction spéciale au rôle très réduit dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const. (elle n'intervient qu'en annexe d'un autre procès, le procès principal, dont elle ne traite qu'un aspect ; elle doit donc se désintéresser des autres aspects qui, eux, relèvent du ressort du juge de renvoi¹³⁴). Dans les deux rôles juridictionnels, la Cour constitutionnelle est amenée, plus ou moins, à *appliquer* des lois et d'autres normes générales. En créant la Cour constitutionnelle, la Chambre des députés, qui était parfaitement consciente de l'existence de la « jurisprudence Pagani », aurait pu, éventuellement, exclure la Cour constitutionnelle du bénéfice de ce titre de compétence d'inapplication *in concreto* ; elle

¹³¹ C. Sauer, *Le contrôle juridictionnel de conventionnalité et de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, thèse droit, Université du Luxembourg, 2018, p. 333 ss.

¹³² Sur l'histoire, la nature et le contenu de ce « principe », voir L. Heuschling, « Les origines au XIX^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », in I. Riassetto, L. Heuschling, G. Ravarani (dir.), *Liber Amicorum Rusen Ergec*, Luxembourg, Pasirisie, 2017, p. 157-213 ; P. Kirsch, « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pasirisie luxembourgeoise*, vol. 34, 2010, p. 399-415 ; traduit en anglais dans D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, p. 385 ss.

¹³³ La distinction doctrinale entre deux groupes d'organes – d'un côté, la Cour constitutionnelle, de l'autre les « juridictions ordinaires » – trouve son origine dans une certaine organisation du contrôle de la constitutionnalité des lois. Datant donc de 1996, et traitant de cette question précise, la distinction est postérieure et étrangère à la problématique de la suprématie du droit international.

¹³⁴ C'est ce point crucial qui, entre autres, n'est pas pris en compte dans le raisonnement de C. Sauer.

ne l'a pas fait, ce qui signifie que la Cour constitutionnelle, dans ses deux fonctions juridictionnelles¹³⁵ (art. 28 loi 1997, art. 95ter § 2 Const.), détient cette compétence, lorsque – je précise – elle est censée *appliquer* une loi ou une autre norme générale luxembourgeoise. Le silence de la Chambre des députés vaut donc approbation implicite. Une fois cette conclusion générale admise, il reste à en préciser les effets.

Dans le cadre de sa mission de juge disciplinaire, les choses sont simples : la Cour constitutionnelle doit appliquer, au cas qui lui est soumis (tel juge qui est accusé), des lois, entre autre la loi du 27 juillet 1997 qui prévoit les infractions et sanctions disciplinaires ; elle doit aussi appliquer d'autres lois ; elle peut donc, par voie d'exception, à l'image de toute autre juridiction, contrôler la conventionnalité de toute loi qu'elle est censée appliquer dans le cadre du procès. Sa compétence de faire prévaloir le droit international se greffe sur, et est intimement liée à, sa compétence de juge disciplinaire. De ce point de vue, sa compétence n'est pas identique à celle vue *supra* dans le n° 15 de la liste des compétences juridictionnelles des cours constitutionnelles.

La définition des effets de la « jurisprudence Pagani » sur la Cour constitutionnelle dans le cadre de sa fonction juridictionnelle spéciale de l'art. 95ter § 2 Const. est un peu plus délicate. Là aussi, il ne faut pas confondre sa compétence avec celle vue sous le n° 15 précité. On aurait tort d'affirmer que la Cour constitutionnelle, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, peut exercer un contrôle de la conventionnalité de la loi (appelons-la : la « loi X ») qui lui est soumise par renvoi¹³⁶. Cette loi X (telle ou telle disposition de la loi X) ne lui est soumise, par le juge *a quo*, qu'en vue de sa confrontation avec les exigences de la Constitution ; la question de sa conventionnalité, elle, relève du seul juge *a quo*. C'est ce dernier qui est censé appliquer cette loi X ; la Cour constitutionnelle, elle, n'applique pas cette loi, elle *l'ausculte*, elle la contrôle, elle la juge. En revanche, si jamais la Cour constitutionnelle doit, dans le cadre du renvoi préjudiciel, appliquer une loi – une loi forcément autre que la loi X (la loi Y : par exemple son « code de procédure » qu'est la loi du 27 juillet 1997) –, elle pourra et devra faire prévaloir le droit international sur cette loi Y. Conclusion : dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const., la Cour constitutionnelle peut exercer, par voie d'exception, un contrôle de conventionnalité de toute loi qu'elle est censée *appliquer* dans le cadre du procès ; mais, évidemment, la loi qu'elle est censé *examiner*, contrôler, juger, dans ce procès (la « loi X »), y échappe. Sa conventionnalité doit être examinée par le juge qui censé appliquer cette loi X, i.e. le juge de renvoi.

Mais, l'on peut aller encore plus loin dans le raisonnement : car il est un autre ensemble de normes générales nationales que la Cour constitutionnelle est censée « appliquer » : il s'agit des normes de la « Constitution » (art. 95ter § 1^{er} Const.), ce qui renvoie à la fois aux normes initiales, originelles, de la Constitution (celles adoptées en 1868) et aux normes ajoutées par la suite, via des révisions. En *appliquant* la Constitution, la Cour constitutionnelle doit, dans son ressort, tenir compte du principe de la primauté du droit international tel qu'il s'adresse à toutes les juridictions luxembourgeoises. Ainsi, elle peut effectuer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE¹³⁷. Elle peut, et doit même, interpréter la Constitution à la lumière du droit international (y compris européen), et c'est du reste ce qu'elle fait déjà, de façon parfois très audacieuse¹³⁸. Hypothèse autrement plus radicale : s'il s'avère qu'une disposition

¹³⁵ Dans le cadre de son pouvoir réglementaire (art. 28 loi 1997), la Cour constitutionnelle, n'étant pas juge, ne peut donc exercer à cette occasion un contrôle de conventionnalité de la loi, qui est réservé aux juridictions. Les organes administratifs d'application des lois et les justiciables en sont, en principe, selon la lecture luxembourgeoise traditionnelle, exclus – sauf lorsque la norme (internationale) supérieure est une norme du droit de l'Union européenne. Dans ce cas, en vertu de la jurisprudence de la CJUE, l'administration (et, par extension, aussi la Cour constitutionnelle agissant dans le cadre de l'art. 28 loi 1997) doit refuser, le cas échéant, d'appliquer une loi contraire au droit de l'UE.

¹³⁶ C'est la thèse de C. Sauer.

¹³⁷ Voir le premier arrêt n° 119 (l'affaire des quotas d'émission de gaz à effet de serre), du 19 juin 2015, *Mém. A*, n° 121.

¹³⁸ Voir l'exemple de l'arrêt 131/2017 du 8 décembre 2017, *Mém. A*, n° 1042, où la Cour constitutionnelle a interprété l'art. 107 § 1^{er} Const. à la lumière des exigences plus précises et restrictives de la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985. Elle a conclu que la Constitution exigeait une intervention législative dans la matière qui était en cause, alors que le mot « loi », qui appelle une réserve de la loi, est absent de l'art. 107 § 1^{er} Const. Voir aussi, auparavant, le second arrêt n° 119 (l'affaire des quotas d'émission de gaz à effet de serre), du

constitutionnelle applicable à la problématique qui lui est soumise est contraire à une norme internationale ou européenne, la Cour constitutionnelle doit, à l'instar des autres juridictions et sur le fondement du principe luxembourgeois de la suprématie du droit international, refuser d'appliquer cet article de la Constitution. Elle examinera la loi X soumise à son contrôle à la lumière de la « Constitution » dont est retranchée ladite disposition contraire au droit international. Autrement dit, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a cette compétence très rare, voire unique dans le monde, de pouvoir refuser, pour cause d'incompatibilité avec une norme de droit international, l'application de toute norme, originelle ou ajoutée, de la Constitution. Sa compétence, en extension, va donc plus loin que celle vue sous le n° 7 (l'exemple du Kosovo où la Cour constitutionnelle est habilitée à contrôler la conventionnalité des révisions, mais pas, à première vue, des dispositions originelles de la Constitution). On remarquera aussi que le contrôle de la conventionnalité des normes de la Constitution n'est pas monopolisé par la Cour constitutionnelle luxembourgeoise puisque, dans la logique de la « jurisprudence Pagani », toutes les juridictions peuvent l'exercer (la Cour d'appel, en 2000, et la Cour supérieure de justice, en 2002, ont admis cette compétence dans l'affaire *Roemen c. Wolter*)¹³⁹. Pour l'instant, la Cour constitutionnelle n'a pas encore été confrontée à la question.

b) Une pluralité de compétences en retrait par rapport aux droits étrangers

La Cour constitutionnelle luxembourgeoise dispose donc d'une pluralité de compétences, avec des compétences qui sont souvent greffées sur, et conditionnées à, sa compétence principale, celle de l'art. 95ter § 2 Const. L'étendue exacte de cette pluralité est encore, en pratique, à confirmer. Si elle se confirme, ce qui est fort probable, elle comportera même une compétence inédite (celle de la conventionnalité de la Constitution) qui, à l'étranger, ne sera certainement pas qualifiée de « minimaliste ». En fait, le « minimalisme » luxembourgeois de 1996-97 n'est pas allé à l'encontre du paradigme traditionnel luxembourgeois du monisme avec primauté du droit international, mais, au contraire, s'est combiné avec lui, ce qui a donné un mélange à certains égards surprenant. Il n'en reste pas moins que, analysée à la lumière de la liste des 48 types de compétences et des exemples étrangers concrets, la pluralité des compétences de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg reste d'une ampleur réduite. Les acteurs politiques de 1996 raisonnaient, pour l'essentiel, sur une compétence unique et n'avaient pas de regards pour la grande, voire très grande, diversité des compétences dont étaient, et sont, investies les cours constitutionnelles étrangères. Leur ambition était des plus réduites.

Nomen est omen : rappelons un petit détail historique concernant le nom de cet organe si chichement doté d'attributions. Alors qu'en droit positif actuel, il est connu sous le titre prestigieux de « Cour constitutionnelle », ce qui, dans l'esprit de nombre de néophytes, peut suggérer, à tort, une étroite proximité avec les modèles les plus emblématiques de cour constitutionnelle à l'étranger – celle en Autriche, en Italie, en Belgique, et, surtout, celle en Allemagne –, il avait été proposé en 1994 par le parti chrétien-social, acteur clé sur ce débat, d'appeler le futur organe juridictionnel spécial chargé du contrôle de constitutionnalité des lois non pas « Cour constitutionnelle », ni encore « Conseil constitutionnel » (en référence à l'exemple français) ou « Cour d'arbitrage » (dénomination initiale de la cour belge, jusqu'en 2007), mais « Comité du contentieux constitutionnel »¹⁴⁰. Cet indice est révélateur à double titre : dans cette appellation transparaît à la fois une certaine modestie des intentions de ses créateurs et, surtout, la focalisation de leur esprit non pas sur des modèles étrangers, dont aucun ne porte un tel titre, mais sur la tradition institutionnelle luxembourgeoise (la référence, bien sûr, au « Comité du contentieux » existant autrefois, en matière de justice administrative, au sein du Conseil d'État).

Pourtant, il n'avait pas manqué dans le débat politique et doctrinal luxembourgeois des projets plus ambitieux de cour constitutionnelle. Mais, d'une part, certaines de ces

16 juin 2017, *Mém. A*, n° 589 (le contenu de l'art. 16 Const, protégeant le droit de propriété, « concorde » avec celui de l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE).

¹³⁹ Voir L. Heuschling, « Les origines au 19^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités... », *op. cit.*, p. 168 s.

¹⁴⁰ Voir *infra* note 196.

propositions plus ambitieuses présentaient encore des angles morts et restaient empêtrées dans une culture traditionnelle qui se méfiait d'une trop grande juridicisation et juridictionnalisation de la sphère politique ; d'autre part, toutes ces solutions alternatives n'ont connu aucun succès : elles ont été recalées d'un revers de main, en 1996, par la coalition formée par le CSV et le LSAP, les socialistes étant particulièrement rétifs à l'idée d'une cour constitutionnelle puissante.

En 1978, lors du colloque sur le contrôle de constitutionnalité des lois organisé par la Conférence St-Yves (proche du CSV), l'avocat Pierre Bermes avait esquissé le modèle d'une cour constitutionnelle aux compétences particulièrement étendues¹⁴¹, modèle dont il ne sera plus jamais question par la suite. Parmi les propositions alternatives qui, dans les années 1990, étaient sur la table figuraient en premier lieu celles du Parti démocratique. Défendues par J.P. Ripinger, elles étaient très ambitieuses : elles attribuaient à la cour constitutionnelle la compétence de contrôler, à titre tant préventif que curatif, la conformité à la fois des lois et des traités à la Constitution et ouvraient la saisine de la cour, outre aux juridictions ordinaires, à certains organes politiques de l'État (Grand-Duc, premier ministre, président de la Chambre des députés, président du Conseil d'État, cinq députés) et aux personnes physiques et morales de droit privé¹⁴². En mars 1994, le petit parti ADR (droite populiste) dont deux thèmes favoris étaient, et sont toujours, la démocratie semi-directe et la dénonciation des violations de la Constitution commises par les « grands partis gouvernementaux », avait proposé d'attribuer à la Cour supérieure de justice, siégeant en tant que Cour constitutionnelle, non seulement le contrôle des lois sur renvoi préjudiciel des juridictions ordinaires, mais aussi un contrôle *a priori* des projets de lois et des projets de règlement intérieur de la Chambre des députés (sur saisine du gouvernement ou de cinq députés) ainsi que des compétences juridictionnelles et non juridictionnelles relatives à l'organisation d'un référendum (formulation de la question, proclamation des résultats, contentieux)¹⁴³. À la même époque, le petit parti écologiste GLEI, lui aussi dans l'opposition, prônait une solution plus modeste, mais qui prévoyait tout de même le contrôle *a posteriori* non seulement des lois, mais aussi des traités¹⁴⁴ (la proposition d'un tel contrôle *a posteriori* des traités est/était plutôt surprenant au Luxembourg, eu égard au paradigme traditionnel de la primauté des traités par rapport à la Constitution).

Le professeur belge de droit constitutionnel, Francis Delpérée, à qui la Chambre des députés avait demandé en 1994 une expertise, avait recommandé de confier à la Cour constitutionnelle, en plus du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, la compétence de contrôler la constitutionnalité des traités avant leur ratification¹⁴⁵. Or cette dernière compétence n'a jamais été sérieusement envisagée par la coalition CSV-LSAP. De ce refus témoigne aussi, à sa manière, la proposition de révision n° 4154 relative à l'introduction d'un art. 114*bis* Const., que Luc Frieden avait déposée également en 1996 : celle-ci visait, tout d'abord, à inscrire noir sur blanc dans le texte de la Constitution qu'un traité comportant une disposition contraire à la Constitution ne pouvait être ratifié *qu'après* révision de la Constitution (ce que, dans le cas de la ratification du traité de Maastricht et dans d'autres cas antérieurs, n'avait pas été fait : la révision de la Constitution avait suivi la ratification, afin de faire éviter aux députés l'abrégement prématuré de leur mandat du fait de la « dissolution de plein droit » prévue par l'ancien article 114 Const.). Sur ce point, Luc Frieden, en cohérence avec l'idéal de l'État de droit dont il était l'un des plus ardents défenseurs, ne cachait pas ses critiques à l'égard de certaines pratiques du passé, et de son propre parti, consistant à sacrifier le respect dû à la Constitution sur l'autel de l'avancée de

¹⁴¹ P. Bermes, « Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire », *Feuille de liaison de la Conférence St. Yves*, 1979, n° 44, p. 24 ss.

¹⁴² Voir les deux propositions liées n° 3685 et n° 3686 de 1992 de J.P. Ripinger qui ont été rejetées le 10 février 1994 par la majorité au sein de la CIR. Elles seront reprises, en mars 1994, dans les propositions de révision du DP, doc. n° 3881-2, p. 2. En 1996, J.P. Ripinger a réitéré sa solution, mais à nouveau sans succès.

¹⁴³ Doc. parl. n° 3881-3, p. 2 s.

¹⁴⁴ Doc. parl. n° 3881-4, p. 6.

¹⁴⁵ F. Delpérée, *Rapport présenté à la Chambre des députés sur les modes d'insertion du contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, sept. 1994, doc. parl. n° 3914-1A, p. 9 ss. L'avis a été également publié aux *Annales de droit luxembourgeois*, 1995, p. 11 ss.

l'intégration internationale et européenne¹⁴⁶. A-t-il pour autant cherché, dans ce contexte, à conférer un rôle à la Cour constitutionnelle, lui qui était l'un des pères de cette Cour ? Nullement. Sa proposition de révision n° 4154, qui n'a pas connu de suites, prévoyait que l'inconstitutionnalité d'un traité en voie de ratification pouvait être constatée soit par la Chambre des députés elle-même, soit (et surtout !) par le Conseil d'État (dont l'avis, pour une fois, lierait la Chambre) ; dans ce cas, la majorité politique à la Chambre des députés aurait pu aussitôt réviser la Constitution selon une procédure allégée, sans qu'il y avait lieu d'organiser de nouvelles élections (« la dissolution de plein droit » était évitée).

Enfin, une autre compétence, des plus inhabituelles, avait également été évoquée dans les années 1990. Le groupe de réflexion institué en 1993 au sein du Parti chrétien-social et présidé par Georges Margue (avec Luc Frieden comme rapporteur pour les questions institutionnelles), avait envisagé que les juges ordinaires devaient renvoyer à la Cour constitutionnelle non seulement des questions relatives à la constitutionnalité d'une loi, mais aussi celles relatives à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle¹⁴⁷. Inspiré de l'ancien art. 177 du traité CEE, un tel dessaisissement des juridictions ordinaires de leur prérogative d'interpréter la Constitution aurait marqué une méfiance particulièrement prononcée à l'égard de celles-ci. Doublement iconoclaste – par rapport à la tradition juridique luxembourgeoise et par rapport à la totalité des droits étrangers¹⁴⁸ –, cette proposition des chrétiens-démocrates est restée sans échos dans les débats ultérieurs¹⁴⁹.

C. Trois autres spécificités de la Cour luxembourgeoise : saisine, définition de la « Constitution » et effet des arrêts

Pour compléter l'image, il convient encore de présenter trois autres facettes de la solution luxembourgeoise de 1996-97 qui, à leur tour, illustrent la politique du minimalisme.

1° Le mode d'accès quasi unique à la Cour pour le contrôle des lois : le renvoi préjudiciel

Au Luxembourg, à l'inverse de la très large majorité (voire de la totalité) des solutions à l'étranger, seules les juridictions ordinaires sont habilitées à saisir la Cour constitutionnelle, par renvoi préjudiciel, pour déclencher un contrôle d'une loi (art. 95ter § 2 Const.). Cela inclut toutefois, comme il a été vu, la possibilité d'une saisine de la Cour constitutionnelle par la Cour constitutionnelle agissant en tant que juge disciplinaire. À ce renvoi préjudiciel en quelque sorte « interne » s'ajoute encore la possibilité pour la Cour constitutionnelle, une fois qu'elle est valablement saisie d'une certaine loi (la « loi X ») par renvoi préjudiciel, d'exercer, par voie d'exception, un contrôle de constitutionnalité de toute autre loi qu'elle doit appliquer dans le cadre du procès. On peut dire que cela se rapproche aussi d'une auto-saisine, sans en être une au sens strict (ce serait le cas si, en observant la pratique des autres organes, la Cour constitutionnelle pourrait s'introduire dans le débat, en arguant d'un vice d'inconstitutionnalité qu'elle aurait détecté de l'extérieur). En revanche, et c'est ce qui fait le caractère restrictif de l'accès à la Cour constitutionnelle, celle-ci, lorsqu'elle contrôle la constitutionnalité de lois, ne peut être saisie :

- par une saisine facultative de la part d'organes politiques de l'État (chef de l'État, gouvernement, etc.), de la part de l'opposition au sein du parlement, de la part des chambres professionnelles, de la part de l'ombudsman, de la part de représentants des communes ou encore, et surtout, de la part de particuliers (individus et/ou personnes morales de droit privé : associations, groupes de pression, entreprises, etc.) ;
- par une saisine obligatoire (« automatique ») de la part de tel ou tel organe de l'État ;

¹⁴⁶ Lire, à ce sujet, l'exposé des motifs accompagnant la proposition. Doc. parl. n° 4154, p. 2 s.

¹⁴⁷ Doc. parl. n° 3881-1, p. 44 s.

¹⁴⁸ Un tel monopole serait allé même au-delà de la compétence de certaines cours constitutionnelles étrangères qui, *in abstracto*, en dehors de tout litige concret portant sur la validité d'une norme ou d'un projet de norme, peuvent être saisies d'un recours en interprétation de la Constitution (voir *supra* le n° 1 dans la liste des compétences juridictionnelles).

¹⁴⁹ Une seule évocation, du reste très critique : P. Pescatore, « Cour constitutionnelle et démocratie : Sont-elles compatibles ? », *Letzeburger Land*, 5 avril 1996, p. 11.

- par une auto-saisine au sens strict.

Pour être complet, mentionnons que la saisine de la Cour constitutionnelle, agissant en tant que juge disciplinaire, se fait exclusivement par le président de la Cour constitutionnelle.

2° Une certaine vision *black letter* de la Constitution

L'article 8 de la loi de 1997, en ce qu'il exige de la juridiction de renvoi de citer « avec précision les dispositions [...] constitutionnelles sur lesquelles [la question préjudicielle] porte »¹⁵⁰, réduit la Constitution à ses normes écrites, à l'exclusion de toute coutume constitutionnelle. Par rapport à l'étranger, une telle solution est peu surprenante ; c'est par rapport à une certaine culture politique luxembourgeoise que ressort le minimalisme, en partie paradoxal. Dans le milieu politique luxembourgeois d'antan, voire encore d'aujourd'hui, il n'est pas rare de voir justifier des écarts par rapport au texte de la Constitution luxembourgeoise – il est vrai, parfois très poussiéreux, faute d'avoir été méthodiquement adapté depuis le XIX^e siècle – sur le fondement de « coutumes » ou « pratiques politiques » plus récentes et donc censées être plus modernes et raisonnables¹⁵¹. De ce point de vue, la présence de l'art. 8, qui n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'analyses et de débats approfondis lors de son adoption par la Chambre des députés, est assez paradoxale.

3° Le régime relativement restrictif, et complexe, des effets des arrêts de la Cour

Ce qui nous intéresse ici, ce sont les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'art. 95ter § 2 Const. Sur ce terrain, il faut distinguer deux aspects : d'une part, l'autorité attachée au dispositif de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, dispositif qui a trait au sort de la loi contrôlée (b) ; d'autre part, l'éventuelle autorité attachée aux interprétations de la Constitution, et de la loi, que la Cour constitutionnelle développe dans les motifs de son arrêt afin de justifier la décision retenue (a). Il faut étudier d'abord ce dernier point (d'ailleurs plus facile à cerner), car il influe sur la solution du premier.

a) L'absence de valeur de précédent des interprétations de la Constitution et des lois développées par la Cour constitutionnelle

Il convient de remarquer que, sur ce point crucial, ni l'art. 95ter Const. ni la loi de 1997 n'ont attribué une quelconque valeur de précédent aux interprétations judiciaires développées par la Cour constitutionnelle dans la motivation de ses arrêts. Dans la Constitution luxembourgeoise, les seules interprétations dotées d'une autorité *erga omnes* sont celles qui résultent, en vertu de l'art. 48 Const., d'une « loi » (« L'interprétation des lois par voie d'autorité ne peut avoir lieu que par la loi »)¹⁵². Sur ce point, la solution luxembourgeoise ne peut pas être taxée d'originale ou même de minimaliste, car c'est aussi la solution la plus fréquente à l'étranger. Comme il a été vu, les cas dans lesquels une cour constitutionnelle peut être saisie (directement) en vue de délivrer une interprétation dotée d'une autorité absolue de chose jugée, constituent une minorité¹⁵³. De même, le plus souvent, les interprétations développées par une cour constitutionnelle de manière incidente, dans le cadre du contrôle des différentes normes générales qui lui sont soumises (lois, traités, règlements, etc.), n'ont pas valeur de précédent (voir en ce sens, par ex., la controverse en France sur « l'autorité de la chose interprétée » des décisions du Conseil constitutionnel)¹⁵⁴. La solution luxembourgeoise de 1996-97 s'inscrit dans le *mainstream* et aussi, du reste, dans le paradigme culturel « romano-germanique », et non de *common law*, qui, en matière

¹⁵⁰ Art. 8 « La question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte ».

¹⁵¹ L. Heuschling, « Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés & la coutume », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2014, n° 2, p. 469-547.

¹⁵² Dans le cas d'une interprétation de la Constitution, il faudrait une loi d'interprétation de la Constitution adoptée selon la procédure de l'art. 114 Const. Une telle pratique est assez fréquente en Grèce ; elle n'a jamais existé jusqu'ici dans la pratique luxembourgeoise.

¹⁵³ Voir *supra* la liste des compétences juridictionnelles (n° 1, 2 et 3).

¹⁵⁴ Pour quelques rares exceptions (Espagne, Venezuela), voir G. Tusseau, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *op. cit.*, p. 192 s.

judiciaire, a informé le droit luxembourgeois jusqu'à ce jour (cf. art. 5 Code civil et la définition constitutionnelle de la justice).

b) L'effet relatif « élargi » du dispositif des arrêts sur les dispositions légales contrôlées

Concernant l'effet de l'arrêt de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise sur la ou les disposition(s) législative(s) contrôlée(s), le législateur de 1997 n'a pas retenu, en cas d'inconstitutionnalité, la solution la plus restrictive qui soit : l'arrêt n'aurait qu'une simple valeur déclarative, sans impact aucun sur la validité ou l'application de la loi ; l'arrêt ne vaudrait que simple information au parlement à qui il reviendrait, librement ou obligatoirement, d'agir sur la norme déclarée inconstitutionnelle¹⁵⁵. Une telle solution aurait été perçue comme grotesque et n'a pas été évoquée en 1996-97. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une ou plusieurs dispositions de la loi par la Cour constitutionnelle déclenche, à l'égard de la juridiction *a quo* et de toutes les autres juridictions ordinaires amenées à traiter par la suite le même litige (en appel, etc.), l'interdiction légale d'appliquer les dispositions concernées dans cette affaire (art. 15 loi 1997)¹⁵⁶.

L'autorité attachée au dispositif va, toutefois, plus loin que le classique effet *inter partes*. En jurisprudence et en doctrine, il est question, à ce sujet, de « l'effet relatif élargi »¹⁵⁷. Cette formule n'est toutefois pas parfaitement claire : car jusqu'où – à l'égard de qui – est étendue l'autorité du dispositif d'un arrêt de la Cour constitutionnelle ? Deux perspectives sont à évoquer et à creuser : à l'égard des instances d'application de la loi (juges et administrations) d'une part (aa) ; à l'égard des instances chargées de l'élaboration et adoption des lois (Grand-Duc, Chambre des députés, Conseil d'État) d'autre part (bb). Il en ressortira que l'effet, complexe, se situe quelque part entre l'effet relatif et un effet général au plein sens du terme.

aa) À l'égard des organes chargés de l'application de la loi : selon la loi de 1997, les juridictions ordinaires, dans des affaires ultérieures distinctes, sont « dispensées » de l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, si, entre autres motifs, la Cour constitutionnelle « a déjà statué sur une question ayant le même objet » (art. 6 al. 2 point c). La loi n'a pas précisé le sens exact de ce dernier énoncé, mais il me semble qu'il véhicule deux conséquences, selon que la Cour constitutionnelle a conclu à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité de la loi. Au cas où la Cour constitutionnelle aurait déjà, par rapport à tel grief d'inconstitutionnalité, admis la *constitutionnalité* de telle disposition législative, et que, lors d'un litige ultérieur pendant devant une juridiction ordinaire, l'une des parties invoquerait à nouveau le même grief d'inconstitutionnalité, la juridiction ordinaire saisie, pour ne pas retarder inutilement la procédure, et à condition que le cadre constitutionnel n'ait pas changé entre-temps (dû à une révision ou à une norme internationale jouissant d'un rang supra-constitutionnel), peut choisir¹⁵⁸ d'appliquer la loi, sans opérer un renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle. À cette première conséquence, qui avait été clairement évoquée lors des débats de 1997¹⁵⁹, s'ajoute une seconde conséquence qui, bien qu'elle n'ait jamais été évoquée dans les travaux préparatoires, et que son rôle dans la pratique n'a pas encore été élucidé pour l'instant, est néanmoins clairement consacrée dans le texte de l'art. 6 de la loi de 1997. Il se peut en effet que la Cour constitutionnelle ait « déjà statué sur une question ayant le même objet » (art. 6), en ayant cette fois-ci admis

¹⁵⁵ Voir, en ce sens, le système des « déclarations d'incompatibilité » que peuvent émettre, en vertu du *Human Rights Act 1998* (section 4), les juridictions supérieures britanniques à l'égard des lois adoptées par le Parlement britannique, étant précisé que celui-ci, en vertu du HRA, est libre de réagir ou non.

¹⁵⁶ Cette obligation n'est toutefois pas toujours respectée. Voir J. Gerkrath, « L'obligation du juge 'a quo' de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2012, p. 479-511.

¹⁵⁷ J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *op. cit.*, p. 18 et la contribution de F. Delaporte dans le présent volume.

¹⁵⁸ La formule « est dispensée » (art. 6 al. 2) ne signifie pas qu'il est du coup interdit à une juridiction ordinaire de saisir la Cour constitutionnelle ; elle n'est plus sous une obligation et a désormais le choix de saisir ou de ne pas saisir la Cour (en ce sens déjà l'avis du Conseil d'État du 28 mars 1997, doc. parl. n° 4218-2, p. 7). L'autorité « élargie » des arrêts de la Cour constitutionnelle dépend donc de la décision de chaque juridiction ordinaire.

¹⁵⁹ Doc. parl. n° 4218, p. 7 s, et doc. parl. n° 4218-2, p. 6.

l'inconstitutionnalité de telle disposition législative par rapport à tel grief d'inconstitutionnalité. Dans ce cas, la juridiction ordinaire saisie d'un litige où se pose à nouveau, dans le même cadre constitutionnel, la question de la constitutionnalité de cette disposition législative, est à son tour dispensée de saisir la Cour constitutionnelle. Autrement dit, la juridiction ordinaire concernée est autorisée¹⁶⁰ à ne pas appliquer cette disposition législative, sans devoir opérer un nouvel renvoi. L'extension de l'effet du dispositif de la Cour constitutionnelle dépend donc des juridictions ordinaires qui peuvent choisir, librement, de l'étendre ou de ne pas l'étendre. L'arrêt de la Cour constitutionnelle est donc investi d'un effet « généralisable » (*extensible*) ou, si l'on observe le phénomène dans la perspective d'un oiseau, d'un effet « général à géométrie variable », dépendant du bon vouloir de chaque juge, étant précisé que les seuls organes autorisés à élargir l'effet d'un arrêt de la Cour constitutionnelle sont les juridictions, à l'exclusion de tous les autres acteurs chargés de l'application du droit.

Il convient en effet de remarquer que la loi de 1997, en son art. 6, n'investit *que les juridictions* du droit de généraliser éventuellement l'effet d'un arrêt de la Cour constitutionnelle. Les autres autorités publiques chargées de l'application (les diverses et multiples administrations étatiques, communales, etc.) sont, elles, toujours tenues – en vertu de la conception classique de la séparation des pouvoirs attribuée jusqu'ici à la Constitution luxembourgeoise – d'appliquer une loi, même si celle-ci a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle à la suite d'un litige particulier, et que les/des juridictions ordinaires décident même d'étendre l'effet de cette déclaration d'inconstitutionnalité. On conviendra que cet état du droit positif n'est pas très satisfaisant puisque tous les organes administratifs de l'État et des communes devront appliquer une loi dont ils savent pourtant, suite à la lecture du Journal officiel, qu'elle a été déclarée inconstitutionnelle, avec effet *inter partes*, par la Cour constitutionnelle et que des/les juridictions ordinaires ont refusé ou peuvent refuser dans l'avenir, en cas de saisine, d'appliquer la loi concernée. Le résultat sera un fonctionnement en quelque sorte dédoublée, pour ne pas dire schizophrénique, du système juridique luxembourgeois, la même loi étant d'un côté appliquée (obligatoirement!) par l'administration et, de l'autre, inappliquée éventuellement par la justice. Face à un tel imbroglio, se pose la question de l'attitude du législateur : que prévoit le droit luxembourgeois à son égard ?

bb) La question d'une extension encore plus importante de l'effet relatif du dispositif d'un arrêt de la Cour constitutionnelle doit être analysée également à l'égard des organes chargés de l'élaboration et adoption des lois. Ce point est assez délicat à décortiquer. Commençons par noter qu'il est admis par tous qu'aucune norme juridique en vigueur (art. 95*bis* Const ; loi de 1997) n'habilite la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ni à déclarer la nullité *ab initio* des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles par elle ni, plus modestement, à les abroger *ex nunc* (à la date de l'arrêt) ou *pro futuro* (à une date future). De tels effets *erga omnes* ne sont pas prévus, ce qui illustre le minimalisme de la solution luxembourgeoise de 1996-97 (à l'étranger, de nombreuses cours, mais non la totalité, disposent d'une telle prérogative : la décision de la cour, bien qu'elle soit née d'un litige concret car à la suite d'un renvoi préjudiciel, déploie un effet *erga omnes*¹⁶¹). L'arrêt de la Cour constitutionnelle déclarant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative déclenche-t-il, au moins, une obligation à l'égard du Grand-Duc et de la Chambre des députés d'initier et d'adopter une loi abrogeant les dispositions inconstitutionnelles de la loi ou, à tout le moins, de réviser la Constitution s'ils ne veulent changer la loi ? Existe-t-il une obligation d'harmoniser le contenu de ces deux strates normatives ?

Il est certain que les différents arrêts de la Cour constitutionnelle concluant à l'inconstitutionnalité d'une loi n'évoquent, ni dans les motifs ni dans le dispositif, une telle obligation¹⁶². Il est certain aussi qu'il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de créer, de

¹⁶⁰ Voir la note 158. Si une juridiction ordinaire choisit de ne pas se servir de cette compétence de non-application de la loi consacrée dans l'art. 6 de la loi de 1997, elle doit, dans ce cas, saisir la Cour constitutionnelle. Le principe de l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle s'applique alors à nouveau.

¹⁶¹ Pour un bref aperçu, voir G. Tusseau, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *op. cit.*, p. 188 et du même auteur *Contre les 'modèles' de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bononia UP, Bologna (Italie), 2009, p. 47 s.

manière générale et par voie prétorienne, une telle obligation. La question est de savoir si la *Constitution* elle-même comporte, de manière *explicite* ou *implicite*, une telle obligation pesant sur les organes politiques investis de la compétence législative. En doctrine, Jörg Gerkrath a nié une telle obligation comme s'il s'agissait d'une évidence¹⁶³. Les textes, il est vrai, ne comportent aucun article énonçant, noir sur blanc, une telle obligation. Il reste toutefois à creuser la thèse d'une éventuelle consécration implicite, à travers le nébuleux « principe » de la « suprématie de la Constitution ».

La Constitution ne comporte aucun article proclamant de manière directe la « supériorité » de la Constitution et listant, de manière plus ou moins systématique, ses répercussions (ce principe se décline, en effet, en plusieurs normes plus concrètes). Il y a l'art. 114 Const., mais celui ne définit pas, de manière générale, la supériorité de la Constitution. Selon d'autres articles (art. 5, 32, 57 Const.), les députés et le grand-duc (individu) s'engagent, lors de leur investiture, à « respecter la Constitution » dans l'exécution de leurs missions, parmi lesquelles il y a la mission de faire (et de défaire) les lois. N'est-ce pas dire que les organes « Grand-Duc » et « Chambre des députés » sont obligés, lorsqu'ils proposent de nouvelles lois, de proposer et d'adopter des textes qui sont conformes à la Constitution ? Tout le monde en conviendra. Or de cette première conclusion découle une seconde, à savoir que ces mêmes organes législatifs sont obligés, en vertu du respect dû à la Constitution, d'*adapter* les lois existantes s'il s'avère, suite à une révision ou à la découverte rétrospective de leur propre méconnaissance du droit constitutionnel en vigueur, que les lois existantes ne sont pas/plus conformes à la Constitution. Le Grand-Duc (à travers son droit d'initiative), la Chambre des députés (à travers l'initiative et le vote des lois) ainsi que le Conseil d'État (à travers ses éventuelles initiatives, ses commentaires sur les projets et propositions d'autrui et son refus de la dispense du second vote) doivent veiller à ce que, à tout moment, la strate des lois soit conforme à la strate des normes constitutionnelles¹⁶⁴.

Il faut toutefois aussi considérer que la déclaration d'une inconstitutionnalité est le fruit d'une interprétation et de la Constitution et de la loi évaluée. Il y a des cas où le choix d'une autre méthode d'interprétation aurait débouché sur une autre conclusion quant à la conformité de la norme inférieure par rapport à la norme supérieure. En droit luxembourgeois, comme il a été vu *supra*, la Cour constitutionnelle n'a pas la compétence d'imposer de manière générale aux autres organes son interprétation d'une norme, en particulier d'une norme de la Constitution ; tous les organes, y compris la Chambre des députés, ont la compétence d'interpréter librement la Constitution. Donc, même s'il est clair que le législateur est sous une obligation constitutionnelle implicite de veiller à l'harmonie des lois par rapport à la Constitution, c'est à la Chambre des députés qu'il revient, dans son ressort, d'interpréter les exigences de la Constitution.

Si plusieurs interprétations de la Constitution sont en soi possibles, un autre organe (même juridictionnel) ne peut imposer à la Chambre des députés sa propre interprétation, à moins d'y être habilité en droit : or ce n'est pas le cas ni pour la Cour constitutionnelle, ni, d'ailleurs, pour le Conseil d'État. La Chambre des députés est donc en droit de refuser d'abroger la ou les dispositions législatives critiquées par la Cour constitutionnelle, au risque toutefois de provoquer de nouveaux renvois préjudiciels à la Cour et/ou des extensions, par des juridictions ordinaires, de l'effet de la première déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour. En pratique, il se pourrait donc que la Cour constitutionnelle déclare une loi inconstitutionnelle, qui, du coup, pourrait ne plus être appliquée par les juridictions ordinaires

¹⁶² Voir, par ex., l'arrêt n° 99/13 du 7 juin 2013, *Mém.* n° 111, p. 1610, où la Cour constitutionnelle est confrontée à un cas d'inaction du législateur après une première déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 380, al. 1^{er}, du Code civil en 1999 (arrêt n° 7/99). En 2013, la Cour se contente de noter cette inaction, et à réaffirmer l'inconstitutionnalité de cet article, sans formuler aucun reproche à l'égard des organes législatifs.

¹⁶³ J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *op. cit.*, p. 18 (« Force est de constater qu'il [le législateur] n'y est pas tenu »). En ce sens aussi : N. Kuhn, É. Rousseaux, *op. cit.*, p. 468.

¹⁶⁴ Pour un aperçu de la pratique de la majorité politique qui, tantôt change la Constitution, tantôt adapte la législation, tantôt reste inactive, voir la réponse du ministre de la justice Félix Braz à la question parlementaire du député Roy Reding (question parlementaire

ainsi que, dans leur sillage, par les autorités chargées de l'exécution des jugements et que, de l'autre, en amont, les instances administratives doivent continuer, de manière générale, à appliquer cette loi que, du reste, la Chambre des députés se refuse, à bon droit, d'abroger. Un arrêt de la Cour constitutionnelle ne déclenche donc pas automatiquement l'obligation du législateur d'harmoniser les deux strates de la hiérarchie des normes, *du moment que plusieurs interprétations sont possibles*. En revanche, si l'inconstitutionnalité telle que déclarée par la Cour constitutionnelle est fondée sur une interprétation incontestable, et que la Chambre des députés ne peut y opposer aucun argument juridique valable (c'est-à-dire aucune *autre* interprétation de la Constitution), la Chambre des députés *doit agir* ; elle doit abroger la loi, car le refuser reviendrait de sa part à nier tout simplement la Constitution.

Le (relatif) minimalisme de la solution luxembourgeoise de 1996-97 étant décortiqué en ses cinq éléments – la composition de la Cour, son champ de compétence, ses modes de saisine, la définition de la Constitution et l'effet relatif, quoiqu'extensible, des arrêts de la Cour –, il reste à présent à s'interroger sur ses raisons d'être.

II. Le double soubassement culturel de ce minimalisme

Comment a été justifié, en 1996, lors du débat sur la révision, le minimalisme de la solution luxembourgeoise ? La réponse à cette question n'est pas sans soulever quelques problèmes de méthode. 1. Il s'agit d'une décision collective, à laquelle ont participé une pluralité d'acteurs (luxembourgeois et non-luxembourgeois¹⁶⁵), et qui est le fruit d'une pluralité de facteurs, structurels, voire conjoncturels. 2. Il y a le problème des silences. Les procès-verbaux des réunions de la CIRC sur les deux dossiers n° 4153 et n° 4218 n'ont pas été rendus accessibles sur le site internet de la Chambre des députés ; or, au Luxembourg, c'est dans les commissions qu'ont lieu la négociation et le polissage des solutions que la Chambre des députés, en formation plénière, se contentera d'avaliser. Comme la richesse des compétences des cours constitutionnelles à l'étranger a été étrangement absente des débats en 1996, les acteurs pouvaient en partie s'abstenir de justifier leur minimalisme. 3. Si l'on s'en tient aux diverses justifications axiologiques mises en avant dans les discours officiels, il est difficile rétrospectivement d'en évaluer le poids respectif réel. Ainsi, le minimalisme a été justifié, entre autres, et ce de manière explicite¹⁶⁶, par le souci de préserver les finances de l'État dans un pays qui, pourtant, était loin, et est loin, d'être pauvre. Ce type d'argument financier, qu'on peut rencontrer aussi dans des pays étrangers dont la situation budgétaire est autrement plus délicate¹⁶⁷, avait-il un impact décisif dans les choix d'ordre constitutionnel des élus luxembourgeois ? De même, il y avait une série de discussions balançant avantages et inconvénients de tel ou tel mode de contrôle (abstrait v. concret) pour, au final, aboutir à la solution que l'on connaît. Le contexte institutionnel luxembourgeois, en particulier le rôle attribué au Conseil d'État au titre de « gardien de la Constitution », a, visiblement, pesé dans le rejet de mécanismes de contrôle *a priori*. Le paradigme, si spécifique au Luxembourg, de la primauté du droit international sur tout le droit national, y compris la Constitution, a justifié l'exclusion de tout contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités¹⁶⁸ ; en revanche, il ne pouvait justifier l'exclusion de tout contrôle *a priori*. Au-delà de, et parfois derrière, ces arguments plus précis, d'allure technique, il y avait aussi des facteurs culturels, liés à la représentation que les acteurs politiques clés se faisaient de la chose publique. Ce sont ces arguments qui, à mon avis, ont le plus lourdement pesé.

L'analyse des débats politiques de l'époque permet d'identifier deux discours révélateurs d'une certaine culture politique luxembourgeoise qui est marquée, d'une part, par une extrême prudence en matière de révisions (A) et, d'autre part, par des réserves, parfois

¹⁶⁵ Je fais référence au professeur belge Francis Delpérée qui revendique une certaine paternité dans la création de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise.

¹⁶⁶ Voir *supra* note 50.

¹⁶⁷ L'enjeu financier figure dans la typologie des causes établie par G. Tusseau, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 16. Il cite des exemples en Afrique.

¹⁶⁸ Voir doc parl. n° 4153, p. 4.

énoncées de manière frontale, à l'égard du nouveau discours axiologique de « l'État de droit », qui de l'Allemagne, et de l'UE, a également infiltré le débat public au Luxembourg (B). L'art. 95^{ter} Const. est, pour l'essentiel, le résultat de cette double méfiance.

A. La méfiance vis-à-vis de toute révision vaste et ambitieuse

1° La tradition luxembourgeoise : ne faire que les révisions « vraiment indispensables »

Dans le passé, au Luxembourg, dès qu'il s'agissait de réviser le texte de la Constitution, surgissait, comme une sorte de réflexe (non pas inné, mais socialement construit), une sourde opposition. Au sein d'une société globalement assez conservatrice, et d'un monde politique dominé de manière presque interrompue depuis 1919 par le parti conservateur, les voix les plus autorisées en matière de droit constitutionnel adoptaient de manière récurrente, face à des appels au changement, une posture de réticence, voire d'hostilité. Alors même que le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868 était l'un des plus vieux en Europe, toute modification était, de prime abord, vue par la majorité de l'élite luxembourgeoise avec suspicion, comme si, par nature, un changement en droit constitutionnel (mais non dans d'autres branches du droit bien plus évolutives : droit bancaire, droit fiscal, etc.) était voué à nuire davantage à la communauté politique qu'à lui apporter des bénéfices.

Ainsi, la banalisation à la fois des déclarations de révisabilité et des lois de révision à partir des années 1970 a été perçue par Pierre Majerus non pas comme le signe – en soi peu surprenant dirions-nous aujourd'hui – d'un retard accumulé depuis des décennies en matière de réécriture du texte de 1868, et donc comme un signal positif, mais, au contraire, comme une menace qu'il fallait conjurer. Selon cet auteur, proche du CSV, et auteur d'un manuel qualifié par d'aucuns de « bible » du droit public luxembourgeois, il fallait « *approcher tous ces problèmes* [les défis nouveaux posés aux organes de révision] *avec un maximum de circonspection* »¹⁶⁹. Selon le groupe de réflexion sur la révision de la Constitution établi au sein du parti chrétien-social en 1994, il ne convenait d'apporter au texte de 1868 que les modifications qui étaient « *vraiment indispensables* »¹⁷⁰. En 1994, le Conseil d'État réitérait « *avec insistance* » un propos déjà tenu en 1956, à savoir qu'il était recommandé « *de limiter la réforme constitutionnelle à un minimum, inspiré en cela par la prudence traditionnelle qui n'a cessé de guider nos Constituants. (...) Il est inopportun de s'aventurer dans l'inconnu en consacrant par des textes formels des dispositions qui ne se sont pas imposées par d'inéluctables nécessités ou qui, issues de théories controversées, voire de contingences particulières, n'ont pas subi l'épreuve du temps suffisant pour être dotées de la rigidité constitutionnelle* »¹⁷¹. Même un auteur libéral comme Alex Bonn, pourtant favorable au progrès en matière de droit constitutionnel, mettait en garde devant une « *Charte futuriste, présentant des institutions inédites et dont l'expérience resterait à faire* »¹⁷².

Avec un tel degré d'exigence, en particulier si l'expérience nécessaire doit être nationale et non étrangère, il est, par définition, impossible d'innover en droit constitutionnel : car, avant de pouvoir créer au Luxembourg une cour constitutionnelle, il faudrait déjà disposer, au Luxembourg, d'une telle cour, et en avoir éprouvé les mérites et les défauts... « Il vaut mieux en faire moins, qu'en faire trop » : voilà comment, en langage familier, l'on pourrait résumer la quintessence de cet état d'esprit conservateur, sceptique, dubitatif, qui, certainement, était aussi lié au fait que, jusqu'en 2003, toute révision impliquait en principe, en vertu de l'ancien art. 114 Const., une « dissolution de plein droit » de la Chambre des députés (ce qui, évidemment, n'encourageait guère les députés à adapter régulièrement le texte de la Constitution). À cela s'ajoutait le fait que les acteurs politiques, jusque-là, s'accommodaient

¹⁶⁹ P. Majerus, *L'État luxembourgeois*, 6^e éd., Esch, Editpress, 1990, p. 42. Lire les longs développements sur les révisions, p. 40 ss.

¹⁷⁰ Doc. parl. n° 3881-1, propositions du CSV de 1994 en vue de la révision de la Const, p. 2.

¹⁷¹ Avis du Conseil d'État, 6 mai 1994, entre autre sur les projets n° 3685, 3686 et 3914, p. 2.

¹⁷² A. Bonn, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, op. cit., p. 51 (Conclusion). À mettre en balance avec le propos tenu en introduction, *ibid.*, p. 6 : « Les idées nouvelles, en droit public comme dans tout autre domaine, doivent être saluées et appréciées selon leurs mérites ».

fort bien du jeu complexe dû à l'écart entre, d'un côté, un texte constitutionnel figé et, de l'autre, une pratique politique et législative évolutive.

Une telle posture archi-classiciste, en matière de révision, ne se retrouve point chez nos voisins proches, que ce soit en France (où, au contraire, prévaut la tendance inverse à vouloir tout remettre en cause, selon le leitmotiv : Vive la VI^e République !) ou en République fédérale d'Allemagne (au niveau fédéral, la *Grundgesetz* de 1949 est modifiée, en général, une fois par an : en 2018, nous en sommes à la 62^e loi de révision, celle du 13 juillet 2017¹⁷³¹⁷⁴). Cet état d'esprit luxembourgeois autorisait tout au plus à créer une cour constitutionnelle *a minima*, en réaction à des exigences impérieuses, pour ensuite, éventuellement, en élargir le rôle. Or quelle était la contrainte majeure à la fin des années 1990 ?

2° La contrainte impérieuse en 1996 : réagir au *spillover effect* de la jurisprudence Pagani

Qu'est ce qui, en 1996, appelait de manière impérieuse, de la part des organes de révision, une action ou plutôt : une réaction ? À cet égard, une donnée me paraît cruciale : alors même que le système juridique luxembourgeois est connu pour son ouverture à l'égard d'emprunts de modèles étrangers, la révision de 1996 n'est pas, pour l'essentiel, une réaction à l'évolution étrangère voyant l'éclosion, dans un nombre croissant de pays, voisins ou lointains, de cours constitutionnelles.¹⁷⁵ Car, il est frappant de voir qu'à cette époque, mis à part quelques références furtives et partielles, les acteurs politiques luxembourgeois se sont assez peu intéressés aux cours constitutionnelles étrangères et à ce qui en constitue un trait saillant, à savoir la grande pluralité de leurs fonctions, pluralité que même l'expert étranger, le professeur belge Francis Delpérée, de façon assez surprenante, avait presque entièrement éclipmée dans son avis. La Cour constitutionnelle est, pour l'essentiel – c'est la thèse que je voudrais défendre ici –, un produit « fait maison » : sa création s'inscrit dans le sillage d'une certaine évolution jurisprudentielle luxembourgeoise telle que perçue, à l'époque, par les acteurs politiques. Pour le dire de manière encore plus nette et concise : le nouvel art. 95^{ter} Const. est la réponse *a minima*, et assez tardive, de la coalition CSV-LSAP par rapport aux effets collatéraux de la célèbre « jurisprudence Pagani ». Celle-ci, comme chacun sait, a fondé le contrôle de la conventionnalité des lois par toutes les juridictions ; or ce raisonnement judiciaire commençait à développer un *spillover effect*, en débordant sur la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Revenons en effet, rapidement, à la préhistoire de la révision de 1996. Alors que, au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, le débat doctrinal et politique portant directement, et officiellement, sur l'instauration d'un éventuel contrôle de la constitutionnalité des lois ne se développait que de manière lente et saccadée¹⁷⁶, la jurisprudence dite « Pagani » a constitué, dès le début des années 1950, en sous-main, un puissant facteur favorable au contrôle de constitutionnalité, même si la plupart des acteurs n'en ont pas eu immédiatement conscience

¹⁷³ <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsarchiv/datenhandbuch/13>

¹⁷⁴ On retrouve un tel conservatisme en matière de révision, en revanche, en Norvège, où le texte de 1815, du fait de son lien intime avec la proclamation de l'indépendance du pays (la Constitution de 1815 est l'acte de naissance juridique de l'État norvégien, jusque-là absorbé dans le Royaume de Danemark), a pris une telle valeur symbolique qu'il serait quasiment sacrilège d'y toucher. Voir K. Gammellaard, E. Holmoyvik (dir.), *Writing Democracy. The Norwegian Constitution 1814-2014*, Berghahn, New York, 2015.

¹⁷⁵ Ce facteur est parfois cité comme l'une des causes de création de cours constitutionnelles. Voir A. Harding, P. Leyland, T. Groppi, « Constitutional Courts... », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁶ Dans la littérature scientifique, voir notamment : A. Huss, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg » in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois. Travaux des VI^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 145 ss ; A. Bonn, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Pasicrisie*, t. 22, 1973, p. 1-23 ; A. Bonn, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, Imprimerie centrale, Luxembourg, 1978 ; les actes du colloque « Allons-nous vers le contrôle de la constitutionnalité des lois ? » de 1978 publiés dans le n° 44, 1979, de la *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, p. 7-41 ; L. Frieden, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, BIL, 1987, p. 44 s ; Institut grand-ducal, Section des sciences morales et politiques (dir.), *Réflexions sur la réforme de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg*, 1988 ; J.L. Gonner, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 72, 1989, p. 25 ss ; G. Ravarani, « La responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques », *Pasicrisie*, vol. 28, 1992, p. 212 ss ; Institut grand-ducal, Section des sciences morales et politiques (dir.), *Le traité de l'Union européenne et la Constitution du G.D. de Luxembourg*, Luxembourg, IGD, 1993 (contributions de E. Wagner, L. Frieden, H. Etienne, R. Schaack) ; C. Sauer, *Le contrôle juridictionnel de conventionnalité et de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, thèse dactyl. en droit, Université du Luxembourg, 2018, p. 153 ss.

ou, à tout le moins, n'en ont pas tiré des conséquences¹⁷⁷. Ce n'était pas un « coup de pied dans la fourmilière », aux effets brutaux et visibles par tout le monde. La digue n'a pas, aussitôt, cédé. Il s'agissait plutôt d'un phénomène subversif lent et invisible, mais aux effets corrosifs redoutables qui, un jour, allaient transparaître au grand jour. C'était une évolution (mentale) en profondeur, c'étaient les fondations de la digue qui étaient attaquées. Pour utiliser encore d'autres métaphores : à partir du début des années 1950, le ver était dans la pomme, les termites étaient dans la maison... À l'instar de ce qui est arrivé dans certains pays étrangers, l'auto-reconnaissance par les juges luxembourgeois ordinaires du contrôle de la conventionnalité des lois a joué le rôle de « catalyseur » dans la déconstruction (la dissolution intellectuelle) d'une jurisprudence traditionnelle qui, depuis 1877¹⁷⁸, dans le silence du texte constitutionnel de 1868 et de ses ancêtres, rejetait tout contrôle de la constitutionnalité des lois. Car une fois que toutes les juridictions, judiciaires et administratives, de tous les niveaux, se reconnaissent, et ce dans le silence du texte de la Constitution, la compétence de vérifier *in concreto* la conformité des lois aux traités – ce qui conférait aux juges un tout nouveau rôle au sein de la Cité ! –, la traditionnelle « norme » du refus du contrôle de constitutionnalité avait du plomb dans l'aile. Cette « norme » n'était que le résultat d'une simple jurisprudence, i.e. d'une certaine interprétation de la Constitution. Elle était fragilisée de deux manières, *in crescendo*. Soit, au mieux, cette « norme » (i.e. habitude d'interprétation) était maintenue par les juges dans leurs arrêts et décisions, mais elle semblait de plus en plus « bizarre »¹⁷⁹, absurde et schizophrène (car ce qui était autorisé au juge au titre du contrôle de conventionnalité, lui était interdit sur la plan de la constitutionnalité, alors que les traités et la Constitution pouvaient avoir le même contenu normatif). Soit, au pire, cette « norme » (qui n'était qu'une simple habitude sociale, la jurisprudence n'étant pas, au Luxembourg, une source de normes juridiques générales) était tout simplement abandonnée : les juristes et juges ordinaires sautent le pas, en réinterprétant les non-dits du texte de la Constitution, en particulier de son article 95.

Du côté de la doctrine, plusieurs figures éminentes ouvraient la voie¹⁸⁰. Du côté des juges, la digue du refus traditionnel de tout contrôle de constitutionnalité des lois a tenu assez longtemps. Théorisé en 1877 par la Cour de cassation, afin d'ailleurs – détail piquant ! – de protéger (immuniser) en l'espèce un traité et le droit dérivé de ce traité (rangés au même niveau qu'une loi, du fait de l'existence de la loi autorisant la ratification du traité¹⁸¹), le refus du contrôle de constitutionnalité des lois s'est perpétué au Luxembourg jusqu'à la fin du XX^e siècle. Un premier infléchissement, marginal et sans effet juridique, était apparu en 1955, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant admis, à titre de simple *obiter dictum*, la

¹⁷⁷ La même Cour de cassation qui a jugé l'affaire Pagani a réaffirmé dans les années 1950, à plusieurs reprises, sa position traditionnelle de refus d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. V. les arrêts cités par A. Bonn, « Le contrôle... », *op. cit.*, p. 11 note 29. En même temps, en 1955, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans l'affaire *Limpach c. Enregistrement* (n° 6925, 23.12.1955, publié dans la *Feuille de liaison de la Conférence St. Yves*, n° 44, 1979, p. 37 ss ; à noter : l'avocat du demandeur était Georges Margue, qui, par la suite, deviendra l'éminence grise du CSV en matière de droit constitutionnel et présidera la CIRCO), a bien sauté le pas dans un *obiter dictum*, en s'appuyant notamment sur le basculement opéré par Pagani. Du côté de la doctrine, Tony Biever, dès 1957 (« De l'irresponsabilité de l'État législateur », *Conseil d'État 1856-1956. Livre jubilaire*, Luxembourg, 1957, p. 459 s), estimait que le revirement Pagani avait ouvert la voie à un revirement en matière de contrôle de constitutionnalité. Idem, en 1973, A. Bonn, « Le contrôle... », *op. cit.*, p. 13 : « Dans notre pays, c'est surtout l'évolution jurisprudentielle sur l'effet des traités internationaux qui a incité les juristes à repenser le problème de la constitutionnalité des lois ». On notera toutefois que Bonn ne va pas, comme Biever, jusqu'à arguer que les juges eux-mêmes pourraient opérer ce basculement. Il faudrait, selon lui, une loi, voire idéalement une révision de la Constitution (*ibid.*, p. 23). En revanche, Alphonse Huss, ancien procureur général d'État, s'opposait en 1973 à un amalgame entre les deux questions de la conventionnalité et de la constitutionnalité des lois (*op. cit.*, p. 154 s).

¹⁷⁸ Cour de cassation, arrêt du 14 août 1877, *Kirsch c. Direction générale impériale des chemins de fers d'Alsace-Lorraine, Pasricisie lux.*, t. 1 (1874-1880), p. 373 ss.

¹⁷⁹ L'adjectif est d'Alex Bonn, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁰ Voir les auteurs cités dans la note 177 et aussi, plus tard, P. Bermes, « Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire », *Feuille de liaison de la Conférence St. Yves*, 1979, n° 44, p. 20 ss et *ibid.*, p. 30 s ; 33 et 37, les interventions dans le débat de G. Margue, E. Arendt et P. Pescatore ; J.L. Gonner, *op. cit.*, p. 31 s ; F. Schockweiler, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Letzeburger Land*, 24 septembre 1993, p. 8 s ; obs. A. Weitzel, observations sous Tribunal de paix de Luxembourg, 4 octobre 1993, Urbe c. Administration communale de Steinsel, *Bulletin des droits de l'homme*, vol. 1, 1993, p. 120 s. Pour la jurisprudence, voir *infra*.

¹⁸¹ Voir L. Heuschling, « Les origines au 19^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités... », *op. cit.*, p. 178 s.

possibilité d'un tel contrôle¹⁸². Mais, à partir des années 1980, des fissures plus nombreuses et sérieuses apparurent.

À ce moment, la plupart des pays voisins qui avaient admis le contrôle de conventionnalité des lois avaient également prévu une solution, plus ou moins satisfaisante, en matière de contrôle de constitutionnalité des lois : en France, le Conseil constitutionnel existait depuis 1958 et voyait son rôle se renforcer à partir de 1974 (en 1975, le contrôle de conventionnalité devenait opérationnel du côté des juridictions judiciaires) ; en Belgique, le contrôle de conventionnalité avait débuté avec l'affaire *Le Ski* (1971) ; en 1974, dans le fameux arrêt *Lecompte* du 3 mai 1974, la Cour de cassation belge esquissait un petit pas vers un contrôle de constitutionnalité diffus ; en 1980/89, la Cour d'arbitrage voyait le jour dans le cadre, aussi et surtout, de la fédéralisation de la Belgique¹⁸³. Dans ces pays, la pression qu'exerçait l'admission du contrôle de conventionnalité sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois était évacuée, au moins en partie. Ce n'était qu'aux Pays-Bas, en Suisse, et au Luxembourg qu'une telle « soupape de sécurité » faisait totalement défaut. Au Grand-Duché, à partir des années 80 et surtout 90, certaines juridictions judiciaires et le Conseil d'État, en tant que juge administratif, ont sauté le pas et ont admis, par voie d'exception, de contrôler une loi, tantôt au regard d'une norme de référence ancrée à la fois dans la Constitution et dans un traité, tantôt au regard d'une seule disposition de la Constitution¹⁸⁴. Dans certains cas d'espèce, elles sont allées jusqu'à refuser d'appliquer, en l'espèce, la loi contrôlée. Une première décision de non-application d'une disposition légale a été rendue en 1986¹⁸⁵, mais c'est une décision du juge de paix de Luxembourg de 1993¹⁸⁶, refusant d'appliquer l'article 9 de la loi électorale modifiée de 1924, contraire à la fois à la Constitution (art. 11) et à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, qui a le plus marqué l'esprit des acteurs politiques. La décision a été citée à diverses reprises dans les débats à la Chambre des députés.

Les élus qui restaient irréductiblement et ouvertement sceptiques à l'égard d'un tel contrôle juridictionnel – à ce moment, ils se comptaient surtout au sein du parti socialiste¹⁸⁷ – ont dû se rendre à l'évidence : la bataille de la « souveraineté du parlement » était perdue ou en train de l'être. La Chambre des députés ne pouvait plus, sur ce point, laisser trainer le dossier de la révision, sauf à se faire dépasser par les juridictions. Du côté des socialistes, ce basculement ressort de manière frappante de la comparaison de deux discours tenus par Jean Asselborn, chef de la fraction du LSAP à la Chambre des députés, à trois années de distance. Dans son discours à la Chambre des députés du 3 mars 1993, J. Asselborn défendait de manière vigoureuse la vision ancienne de la démocratie représentative, où le député, soumis au contrôle du peuple, échappe à tout contrôle juridictionnel ; il s'opposait ainsi, de manière nette, aux propositions de J.P. Ripinger quant à la création d'une cour

¹⁸² Voir *supra* note 177.

¹⁸³ P. Vandernacht, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois, une histoire déjà ancienne ! », in L. Err, P. Vandernacht, J.M. Hengen, A. Bodry, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Luxembourg, Cahier socialiste européen n° 6, 1993, p. 18 ss.

¹⁸⁴ Voir, par ex., le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 11 juillet 1984, *Poos c. État, Pasicrisie*, 27, 65 et *Feuille de liaison St. Yves*, n° 59, p. 46 ss. Un premier moyen invoqué à l'encontre de l'application de la loi introduisant une limite d'âge pour l'exercice de la profession de notaire était fondé sur le seul art. 11 al. 6 Const. ; le second combinait l'art. 16 Const. et l'art. 1^{er} du Protocole additionnel à la CEDH. Pour d'autres décisions de justice similaires, voir G. Ravarani, *op. cit.*, p. 225 ss ; P. Kinsch, « La technique du contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg : réalité et perspectives », *Feuille de liaison*, n° 91, 1998, p. 6 note 5.

¹⁸⁵ Trib. arr. Luxembourg, 18 avril 1986, n° 37/86, non publié, cité par P. Kinsch, *op. cit.*, p. 10 s. ; G. Ravarani, *op. cit.*, p. 228.

¹⁸⁶ Tribunal de paix de Luxembourg, 4 octobre 1993, *Urbe c. Administration communale de Steinsel*, *Bulletin des droits de l'homme*, vol. 1, 1993, p. 118, obs. Weitzel. Était en cause l'obligation légale d'inscrire les électrices mariées sous le nom de famille de leur mari.

¹⁸⁷ Auparavant, cette méfiance était également très marquée au sein des autres partis, que ce soit le CSV (voir le propos, dans les années 1980, du président de la Chambre, Léon Bollendorff, cité par L. Frieden, *La Constitution luxembourgeoise...*, *op. cit.*, p. 44) ou même, dans les années 1970, au sein du parti libéral. Pour une brève esquisse historique des attitudes des partis, voir A. Bodry, « La Constitution doit-elle être protégée ? », in L. Err et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Luxembourg, Cahier socialiste européen n° 6, 1993, p. 31 ss.

constitutionnelle ; il évoquait tout au plus, de façon très vague, la possible reconnaissance d'un contrôle juridictionnel *a posteriori* et diffus¹⁸⁸. Avec ce premier discours tranché nettement celui tenu par le même Jean Asselborn le 9 juillet 1996, trois ans plus tard : il y admettait l'adoption du nouvel art. 95^{ter} Const, non sans avoir rappelé longuement, au début, la foi des socialistes dans la démocratie électorale¹⁸⁹. De cette accélération de l'histoire témoigne aussi, et de manière encore plus nette, la proposition de révision n° 3914 déposée le 24 mars 1994 par Georges Margue, député du CSV, et président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle. Dans l'exposé des motifs, G. Margue non seulement prenait acte, comme tant d'autres, du jugement précité du juge de paix de Luxembourg de 1993, mais en outre, il admettait, de manière générale, que la « norme » du refus du contrôle de constitutionnalité n'existait plus. Plutôt que de défendre celle-ci à l'encontre de juges troublants, il écrivait : « *Il résulte de l'évolution de la jurisprudence ci-avant résumée que le texte actuel de l'article 95 n'interdit pas aux juridictions ordinaires l'examen de la constitutionnalité des lois* »¹⁹⁰. Cette analyse du droit positif était également partagée par le Conseil d'État dans une note antérieure du 20 avril 1993¹⁹¹. Deux experts de poids en matière de droit constitutionnel – le président de la Commission des institutions et le Conseil d'État – affirmaient ainsi que la « digue » n'existait plus.

Dès lors, l'action des acteurs politiques s'inscrivait, en grande partie, dans le sillage de cet infléchissement jurisprudentiel tel qu'identifié par eux : c'est par rapport à cette nouvelle approche judiciaire en éclosion qu'il fallait réagir, se positionner. Deux réactions étaient alors discutées (une troisième, celle d'interdire aux juridictions tout contrôle de constitutionnalité des lois, n'a jamais été évoquée publiquement). La première option consistait à valider cette nouvelle dynamique judiciaire en la transcrivant dans le texte de la Constitution. Cette option de la consécration du contrôle diffus était défendue, entre autres, par le Conseil d'État (en quelque sorte juge et partie)¹⁹², par le syndicat des juges¹⁹³ et, en doctrine, par Alex Bonn¹⁹⁴. La deuxième option envisagée consistait à infléchir, plus ou moins, cette nouvelle dynamique juridictionnelle, en cherchant à la canaliser par le biais d'une obligation de renvoi préjudiciel à un organe spécial. Cette solution avait déjà été retenue en 1993/1994 par les groupes de réflexion du LSAP¹⁹⁵ et du CSV¹⁹⁶ ainsi que par la proposition n° 3914 de G. Margue¹⁹⁷ ; elle sera reprise, en 1996, dans la proposition de Luc Frieden, laquelle deviendra, comme l'on sait, la révision du 12 juillet 1996. L'option de « canaliser », i.e. de concentrer la décision déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi entre les mains d'une seule instance, spéciale, était justifiée par « *l'insécurité juridique* »¹⁹⁸ qui naîtrait de divergences de vues entre les juridictions et les ordres de juridictions, et/ou par « *l'importance de la mission* »¹⁹⁹ en cause (en termes moins euphémisants : les juges ordinaires, du moins la grande partie d'entre eux, ne seraient pas fiables, n'étant pas à la hauteur d'une fonction aussi délicate). On notera en passant que, curieusement, ces deux appréhensions n'ont jamais été avancées, au Luxembourg, en vue de centraliser le contrôle de la conventionnalité des lois, alors même que celui-ci pouvait susciter les mêmes craintes.

¹⁸⁸ C.R., 3 mars 1993, col. 2401 ss.

¹⁸⁹ C.R., 9 juillet 1996, col. 3187 ss.

¹⁹⁰ Doc. parl. n° 3914, p. 4.

¹⁹¹ Voir sa « Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'État » (non publiée) du 20 avril 1993, p. 17, 22 (annexe : « Le contrôle de constitutionnalité des lois »).

¹⁹² Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'État du 20 avril 1993, p. 22 s et avis du CE du 6 mai 1994, relatif notamment aux doc. parl. n° 3685-1, 3686-1, 3914-1, p. 22 ss.

¹⁹³ Voir la prise de position du Groupement des magistrats luxembourgeois, 1995, doc. parl. n° 3914-2, p. 1.

¹⁹⁴ A. Bonn, « Avec les moyens de bord », *Letzeburger Land*, 6 octobre 1995, p. 4.

¹⁹⁵ Doc. n° 3881, 1993, p. 11 (la seule spécificité à noter : l'organe de renvoi aurait été la Cour supérieure de justice, ce qui revenait à exclure et à subordonner la juridiction administrative qu'était alors le Conseil d'État).

¹⁹⁶ Doc. n° 3881-1, 1994, p. 45 (spécificité : l'organe de renvoi aurait un « Comité du contentieux constitutionnel » dont les membres seraient désignés parmi les plus hauts magistrats du seul ordre judiciaire).

¹⁹⁷ Doc. n° 3914, p. 1 (l'organe de renvoi aurait été la Cour de cassation, donc, là encore, un organe composé exclusivement de juges de l'ordre judiciaire).

¹⁹⁸ Doc. n° 3914 (proposition de G. Margue), p. 4 ; discours de L. Frieden, C.R., 9 juillet 1996, col. 3167.

¹⁹⁹ Doc. n° 3881-1, 1994 (propositions de révision du CSV), p. 45 ; L. Frieden, C.R., 9 juillet 1996, col. 3167 (« la spécificité du droit constitutionnalité »).

Fallait-il, en 1996, aller plus loin que la simple « canalisation » du contrôle diffus en éclosion et profiter de la création d'une cour constitutionnelle afin de lui attribuer d'autres compétences à l'instar, par ex., d'un contrôle *a priori* des traités et des lois, du contentieux de la validation des mandats de députés, des conflits entre organes politiques de l'État, de la délimitation des compétences entre les deux ordres juridictionnels, etc. ? Le préjugé conservateur, en matière de révision, s'y opposait, car, comme le diront nombre de députés de la majorité, il existait déjà le contrôle *a priori* du Conseil d'État, contrôle qui, à leurs yeux, avait prouvé son efficacité (ce point peut être discuté). Certains arguments techniques étaient également avancés, censés prouver les mérites d'un contrôle concret *a posteriori* par rapport à un contrôle abstrait *a priori*. Quant à d'autres types de compétences (contentieux des validations de mandats, des incompatibilités, des conflits d'organes, etc.), ils ne sont pas même discutés par la majorité. C'était un non-sujet total²⁰⁰ : l'esprit de méfiance à l'égard d'une trop grande juridictionnalisation et juridicisation de l'action politique s'y opposait.

On aborde ainsi le deuxième facteur culturel qui a informé la révision de 1996 : une certaine distance par rapport à ce nouveau mot et idéal phare – « fétiche » diront certains –, qu'est devenu dans les années 1990, au niveau européen et mondial, « l'État de droit » (en allemand : « *Rechtsstaat* »)²⁰¹.

B. Les réticences vis-à-vis du nouvel idéal de « l'État de droit »

Si, par certains aspects, les Luxembourgeois sont proches de la culture allemande, sont-ils, en matière de droit – de droit constitutionnel –, des adeptes inconditionnels du « *Rechtsstaat* », surtout si « *Rechtsstaat* » rime avec « Karlsruhe » (i.e. le *Bundesverfassungsgericht*) ? Sur ce plan, la précaution est de mise. D'une part, le terme de « *Rechtsstaat* / État de droit », n'était pas pendant longtemps un terme usuel, et encore moins un terme clé, du langage juridico-politique au Grand-Duché. D'autre part, s'il a été question de Karlsruhe dans les débats parlementaires des années 1990, la référence au Tribunal constitutionnel fédéral servait le plus souvent, du moins dans la bouche des socialistes, de repoussoir, eu égard à la trop grande puissance de ses juges, recrutés du reste selon des critères politiques.

1° La dimension corrosive du discours de l'État de droit importé d'Allemagne

C'est le débat sur le contrôle de constitutionnalité qui, au Luxembourg, comme d'ailleurs en France, a servi de tremplin et de terreau à l'introduction progressive de ce nouveau mot clé d'« État de droit ». Relayée en outre d'en haut par le droit de l'Union européenne, l'expression « État de droit » devint progressivement un nouveau point fixe dans le ciel des idéaux politico-juridiques du Luxembourg. Jusque-là, en effet, cette expression était peu présente dans le discours politique et sociétal luxembourgeois. Le texte, initial et modifié, de la Constitution de 1868 l'ignore totalement, et ce jusqu'à ce jour. La doctrine traditionnelle du droit public luxembourgeois, représentée dans les célèbres manuels de P. Eyschen et de P. Majerus, ne s'en servait guère²⁰². À l'inverse, tous les fervents défenseurs du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois plaçaient le débat sous les auspices de ce nouveau mot phare²⁰³, repris des Allemands, et doté du sens que les juristes allemands lui

²⁰⁰ Voir, par ex., le rejet catégorique, et furtif, prononcé au nom du LSAP par son président Ben Fayot dans sa préface à L. Err et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 2 : « Le Parti ouvrier socialiste luxembourgeois, s'il entend s'opposer carrément à l'instauration d'une cour constitutionnelle qui serait l'arbitre entre les élus et le gouvernement, ou entre la majorité et la minorité, comme d'aucuns le proposent, est ouvert aux problèmes que pose l'évolution de la société et de l'État ».

²⁰¹ L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 ; id., « État de droit. Etude de linguistique, de théorie & de dogmatique juridiques comparées », in H. Bauer & C. Callies (dir.), *Verfassungsprinzipien in Europa – Constitutional Principles in Europe – Principes constitutionnels en Europe*, Sakkoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruylant, 2008, p. 103-155 ; id., « Le regard d'un comparatiste : L'État de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in SFDI (dir.), *L'État de droit en droit international*, Paris, Pédone, 2009, p. 41-67.

²⁰² Il n'apparaît nulle part dans l'index de ces manuels, dans leurs diverses éditions, ni, à ma connaissance, dans le corps du texte.

²⁰³ Voici un petit aperçu, non exhaustif, de la percée de ce discours. Pour une invocation très précoce, mais qui resta marginale : A. Bonn, « Le contrôle... », op. cit., 1973, p. 22, où l'expression apparaît d'ailleurs en français

ont généralement donné à partir de 1945. Dans cette expression à la fois séduisante et ambiguë s'agrégeaient alors, dans le contexte allemand post-1945, une série de sens normatifs parmi lesquels il convient de relever, pour les besoins de notre discussion, trois strates : 1. l'idéal, en soi classique, car remontant au moins à Aristote, du règne du droit (il doit exister des normes juridiques générales qu'il convient de respecter dans les cas d'espèce) ; 2. l'idéal plus moderne des droits de l'homme (« droits fondamentaux » disent les Allemands) ; 3. l'idéal post-moderne (car dépassant l'esprit de 1789) d'un juge, gardien des valeurs/normes suprêmes de la Cité et, à ce titre, contrôleur de la constitutionnalité des lois, voire d'autres normes juridiques.

C'est sur ce troisième niveau que la conceptualisation allemande du *Rechtsstaat* post-1945 a été la plus originale, osée et incisive. C'est cette spécificité qui, à l'étranger, a suscité tantôt l'admiration, tantôt le rejet, le *Rechtsstaat* étant parfois accusé de paver la voie au « *Richterstaat* », au « gouvernement des juges ». Précisément, l'importation, que ce soit en France et dans nombre d'autres pays, de cette conceptualisation allemande permettait de rompre avec l'héritage de la Révolution française de 1789 qui, elle, se revendiquait certes des idéaux n° 1 et n° 2, mais non de l'idéal n° 3. Au Luxembourg, les doutes qui ont été exprimés à l'égard de ce nouveau standard de l'« État de droit / *Rechtsstaat* » traduisent aussi, le plus souvent, des craintes par rapport à une excessive juridictionnalisation de la sphère politique : dans le débat luxembourgeois, l'exemple allemand du *Bundesverfassungsgericht* sert davantage de repoussoir²⁰⁴ que de source d'inspiration. Mais, parfois, la critique est encore plus profonde, cherchant à relativiser l'idéal premier du règne du droit, et ce au nom des fameuses valeurs luxembourgeoises du « consensus » et du « pragmatisme ».

2° Les frilosités luxembourgeoises, ou les vertus d'une démocratie représentative consensuelle dans un petit pays

a) Les réticences à l'égard de l'emprise du juge

Les réticences à l'égard d'une plus grande subordination de l'action politique (en l'espèce, celle de la Chambre des députés) à un juge s'articulent à travers les arguments suivants :

- Il n'y a pas, ou très peu, de violations de la Constitution de la part de la Chambre des députés²⁰⁵. En l'absence d'abus, du moins à un niveau grave, il est possible de maintenir la confiance dans le système traditionnel de la démocratie représentative. Les élus sont intègres et respectueux du droit²⁰⁶ ; à l'inverse des juges, ils sont responsables de leur action devant les électeurs lors des échéances électorales régulières²⁰⁷. À ces facteurs classiques, et communs à beaucoup de pays, s'ajoutent

et en allemand, marquant ainsi clairement, dans un Luxembourg pourtant particulièrement francophone et francophile après 1945, l'origine allemande du transfert culturel souhaité. En 1978, lors du colloque organisé par la Conférence St-Yves, le terme informe encore très peu le débat. Voir, tout au plus : L. Schiltz, « Atteintes actuelles ou possibles à l'ordre constitutionnel et aux droits fondamentaux », *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 44, 1979, p. 14. Le discours prend de l'ampleur par la suite. Voir par ex. A. Bonn, « Der unvollkommene Rechtsstaat », *Letzburger Land*, 26 février 1988, p. 6 ; le n° 144 (mai 1993) de la revue *Forum* (dossier : « Luxemburg. Rechtsstaat mit Grauzonen ? ») ; G. Ravarani, *op. cit.*, p. 229 ; F. Schockweiler, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Letzburger Land*, 24 septembre 1993, p. 8 ; P. Pescatore, « Cour constitutionnelle et démocratie... », *op. cit.*, p. 10. Voir encore, dès 1992, l'exposé des motifs des propositions n° 3685 (révision de l'art. 95 Const.) et 3686 (loi relative à la création d'une Cour constitutionnelle) déposées par le député libéral J.P. Ripinger, p. 1 et, lors de la discussion en séance publique, particulièrement les discours de G. Margue (CSV), *C.R.*, 3 mars 1993, col. 2400, et de Gast Gibéryen (ADR). Voir encore, vers la même époque, le doc. 3881-1 (propositions de révision du CSV), p. 37, 44, 46. Dans le débat de 1996, voir en particulier le rapport général de Luc Frieden qui, dès la première phrase, place tout le débat sous les auspices de l'idéal du « *Rechtsstat* ». *C.R.*, 1995-96, discours du 9 juillet 1996, col. 3164 ss. Voir aussi *ibid.* le discours de François Biltgen (CSV), col. 3171 ss, de Jean-Paul Ripinger (DP), col. 3179 s, et de Jean Asselborn (après avoir mis en exergue d'abord les bienfaits de la démocratie représentative, col. 3188, il est contraint d'admettre le principe du contrôle juridictionnel des lois au nom de « l'État de droit », col. 3189). Pour le débat de 1997, sur la loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, voir doc. parl. n° 4218-9 (rapport de la CIRG, rédigé par L. Frieden), p. 1, 3.

²⁰⁴ Deux illustrations : le discours de J. Asselborn, *C.R.*, 9 juillet 1996, col. 3189 (« *horrend politesch Befugnisser* » ; trad. pers. : « des attributions horriblement politiques ») ; le discours de R. Goebbels (LSAP) du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, *C.R.*, 1994-95, col. 2270 s (le *Bundesverfassungsgericht* « s'imisce » dans le travail législatif et, sous des dehors de jurisme, fait de la politique).

²⁰⁵ J.M. Hengen, « Contre un contrôle judiciaire de la Constitution ! », in L. Err et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, p. 27.

²⁰⁶ Discours de J. Asselborn, *C.R.*, 9 juillet 1996, col. 3192.

trois spécificités luxembourgeoises. En premier lieu, il y a la taille du pays : « chacun connaissant chacun », selon un adage luxembourgeois bien connu (mais, en partie, faux), les élus sont bien plus proches des électeurs²⁰⁸ ; aucun phénomène de découplage et de dérapage corporatistes n'est à craindre de la part de la classe politique. En second lieu, il y a la culture politique du consensus : loin de décider unilatéralement, et de manière tranchée, la coalition gouvernementale à la Chambre des députés cherche, pour les mesures politiques les plus importantes, le consensus avec les partenaires sociaux (tripartite, etc.), voire même avec l'opposition. Tout le monde (au moins toute l'élite, à l'exception des simples citoyens) étant ainsi associé au processus politique, comment se pourrait-il que le résultat soit mauvais, ou contraire à la Constitution ? En troisième lieu, il y a le rôle institutionnel du Conseil d'État, organe mi-juridique, mi-politique, qui, en sa fonction de « gardien de la Constitution », opère déjà, dans ses avis, un contrôle de constitutionnalité *a priori* de la législation, contrôle qui serait, globalement, efficace et suffisant.

- De l'avis des défenseurs du statu quo, si le système existant a prouvé ses mérites, nonobstant des défaillances ponctuelles, il serait impossible d'en dire autant du système alternatif envisagé. Peut-on faire confiance aux juges, ordinaires ou spéciaux, chargés de contrôler la constitutionnalité des lois, tâche délicate à n'en point douter qui risque de déboucher sur la situation où les juges, maniant les dispositions si vagues de la Constitution, se mêlent de politique et « gouvernement » en lieu et place des élus ? « *Toute décision politique doit rester la prerogative d'un organe politique, comme le parlement* »²⁰⁹. Sourde, et largement répandue, la crainte du « gouvernement des juges »²¹⁰ n'a jamais été empiriquement étayée par les hommes politiques luxembourgeois avec des exemples tirés de la pratique judiciaire luxembourgeoise. Mais, à travers cet anathème du « gouvernement des juges », expression forgée en 1921 par Edouard Lambert²¹¹, les contempteurs de la justice constitutionnelle au sein de la gauche luxembourgeoise se sont référés à l'expérience traumatisante, pour toutes les forces progressistes en Europe, de la politique jurisprudentielle « anti-sociale » de la Cour suprême des États-Unis au début du XX^e siècle, voire à quelques autres exemples étrangers²¹². De par leur origine, leur formation, leur habitus, les juges ne sont-ils pas, forcément, des conservateurs ?

b) Les réticences à l'égard de l'emprise du droit

Parfois, plus radicalement, les réticences de certains acteurs politiques à l'égard du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois traduisaient une prise de distance par rapport à l'idéal n° 1 de la subordination de la politique aux normes générales du droit positif.

²⁰⁷ *Ibid.*, col. 3188.

²⁰⁸ B. Fayot, « Haro sur les partis ? ! », *Letzeburger Land*, 12 avril 1996, p. 14 : « Ces élus, pendant ces cinq ans, ne sont pas stupides au point de ne pas écouter le peuple entre deux élections ! Ce qui justement rend pas mal de décisions difficiles et longues, surtout dans un petit pays où tout le monde voit ses députés tous les jours ». C'est ce à quoi se réfère aussi, implicitement, J. Asselborn à travers l'argument clé, selon lui, de la petitesse territoriale du pays. *C.R.*, 3 mars 1993, col. 2401. Dans un passé plus reculé : T. Biever, *op. cit.*, p. 469 (« ... dans un petit pays où les abus possibles du législatifs sont bridés par une opinion publique éclairée et contenus par une structure administrative saine et stable... »).

²⁰⁹ Doc. parl. n° 3881, propositions de révision du groupe de réflexion du LSAP, dirigé par Jean Asselborn, 1993, p. 10.

²¹⁰ Pour deux exemples particulièrement clairs, voir J.M. Hengen, « Contre un contrôle judiciaire de la Constitution ! », in L. Err et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, p. 28 et aussi A. Bodry, « La Constitution doit-elle être protégée ? », *ibid.*, p. 34, 38 ; le discours de R. Goebbels (LSAP), ministre de l'économie, du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, *C.R.*, 1994-95, col. 2270 s. La crainte que les juges substituent une interprétation conservatrice du texte de la Constitution à une interprétation dynamique, progressiste, de la Constitution défendue par les élus a été articulée également par des gens du sérail judiciaire, à l'instar de l'ancien procureur général de l'État, A. Huss. Voir son intervention dans le débat lors du colloque de 1978, *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 44, 1979, p. 29 s et « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg », *op. cit.*, p. 158.

²¹¹ É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, *reprod.* de l'édition de 1921, avec une préface de F. Moderne, Paris, Dalloz, 2005 ; compte rendu de L. Heuschling, *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n° 4, p. 958-961.

²¹² Voir, par ex. le discours de R. Goebbels du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, *C.R.*, 1994-95, col. 2270 s (États-Unis, RFA) ; le propos du député écologiste (GAP), Jean Geisbusch, *C.R.*, 3 mars 1993, col. 2404.

Une politique réussie n'a-t-elle pas besoin de flexibilité, surtout si cette « flexibilité » (comprenez : la violation du droit positif) sert à obtenir une meilleure solution pour l'intérêt général ? Le progrès doit-il être arrêté au nom de la Constitution, d'une Constitution datant du XIX^e siècle, qui, de surcroît, avant 2003, à cause de l'exigence de la « dissolution de plein droit » (ancien art. 114 Const.), était particulièrement difficile à réviser ? Qu'est-ce qui importe davantage pour une société, surtout si elle est pragmatique (une vertu régulièrement mise en avant au Luxembourg !) : qu'en cas de problème l'État applique, strictement, une règle (constitutionnelle) prédéfinie ou qu'il opte pour une solution plus adaptée et meilleure car dégagée au vu des données précises du problème concret ?²¹³ Selon Jean Asselborn, si la Chambre des députés suit en général les avis du Conseil d'État relatifs à des griefs d'inconstitutionnalité dans un projet de loi, il existe toutefois des « *cas limite* (*Grenzfälle*) » – il a pensé ici notamment à la célèbre affaire de la ratification du traité de Maastricht –, dans lesquels il est utile et légitime à ce que la Chambre des députés n'en tienne pas compte, ainsi que l'art. 59 de la Constitution le lui permet²¹⁴. Plus explicite encore : en 1995, Robert Goebbels (LSAP), alors ministre de l'économie, avouait qu'il préférerait un système dans lequel, le cas échéant, la Chambre des députés, responsable devant le peuple, pouvait même consciemment, après avertissement du Conseil d'État, violer la Constitution plutôt qu'un système où un juge, irresponsable, exercerait un contrôle de la constitutionnalité des lois : « *Ech hu léiwer eng Châmber, déi éventuell souguer eng Kéier géint d'Verfassung versteisst an da ka vum Souverain, vum Wieler, sanktionnéiert gin, wéi wa mer dat Recht e puer Riichter iwwerloossen, déi vu kengem méi kënne sanktionnéiert gin* »²¹⁵. Loin d'être sacralisée et adulée comme le réceptacle des valeurs les plus fondamentales de la société, à l'instar de ce qui se passe, en particulier, en Allemagne avec le « *Verfassungspatriotismus* », la Constitution luxembourgeoise de 1868 partage, en fin de compte, le même sort que le reste du droit au Luxembourg : le droit est un outil technique, pour réguler la société, outil qui a une certaine utilité et valeur, mais qui ne jouit pas d'une dignité supérieure incontestable. La Constitution risque ainsi, dans un contexte de pragmatisme, de se faire court-circuiter au nom de meilleurs résultats obtenus par d'autres moyens de régulation sociale.

Un tel modèle concédant au législateur une certaine « flexibilité » par rapport à la Constitution suppose évidemment que le caractère meilleur, et donc plus légitime, de la solution obtenue par voie inconstitutionnelle puisse être attesté selon une procédure indiscutable, qui ne fasse pas naître de nouveaux débats et clivages. Si la majorité gouvernementale (simple, ou même absolue) peut tout seule arguer de la meilleure qualité du résultat, des abus et disputes sont à craindre. Dans le contexte luxembourgeois, il est loisible de penser à deux procédures, qui, d'ailleurs, peuvent être cumulées. Soit, comme l'a défendu Robert Goebbels, la plus grande légitimité de la solution inconstitutionnelle est certifiée par le corps électoral, « souverain », qui, en ne sanctionnant pas les élus concernés lors des élections suivantes, absout cette inconstitutionnalité. Soit cette violation de la Constitution est négociée et approuvée par les divers acteurs du milieu politique (partis, partenaires sociaux) au sein de la démocratie consensuelle luxembourgeoise. Au modèle du « règne du droit », du « gouvernement des lois » ou de « l'État de droit », qui implique un respect scrupuleux des normes générales prédéfinies²¹⁶, s'oppose ainsi un modèle que l'on peut appeler le modèle des « palabres », ou, pour utiliser un autre terme plus familier, à connotation

²¹³ Dans son dialogue *Le politique* (lire à partir de 292b, spéc. 296b) Platon avait, lui, posé cette question en se servant de la métaphore du malade. L'individu atteint d'une maladie grave préfère-t-il qu'on lui applique les règles de l'art médical, telles que codifiées dans le passé (et qui, de ce fait, peuvent ne pas inclure les découvertes les plus récentes) ou préfère-t-il se faire administrer par le médecin qui est en pointe dans la recherche sur cette maladie, un remède qui n'est pas encore inclus dans les règles de l'art, mais qui pourra lui sauver la vie ? Qu'est-ce qui lui importe davantage : sa vie ou les règles ?

²¹⁴ C.R., 9 juillet 1996, col. 3193. Même son de cloche chez le député socialiste Jean-Pierre Klein, C.R., 9 juillet 1996, col. 3209.

²¹⁵ R. Goebbels, discours du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, C.R., 1994-95, col. 2270. Trad. pers. : « Je préfère une Chambre, qui, éventuellement, pourrait à l'occasion violer la Constitution, et, dans ce cas, pourrait se faire sanctionner par le souverain, par l'électeur, que d'abandonner ce droit [d'exercer un contrôle] à quelques juges qui ne peuvent être sanctionnés par personne ».

²¹⁶ En ce sens, voir, par. ex., les propos de Gast Gibéryen (ADR), C.R., 3 mars 1993, col. 2406. Évoquant les vives controverses relatives à l'adoption du traité de Maastricht et de la loi sur la création du pavillon maritime, il affirme de manière ferme : « *Als ADR vertiede mer d'Opfassung, dass ët keen, awer och guer keen Argument dierft gi wat enger Regirung oder engem Parlament ët erlaben dierft, d'Verfassung ze violéieren* ». Trad. pers. :

tantôt positive tantôt négative, le modèle des « arrangements » : on se met d'accord entre soi, « en famille ». Or, introduire un juge reviendrait à gâcher ce modèle car, à première vue, de par son ethos professionnel (étant le gardien du droit, et non des arrangements pragmatiques), le juge sera *plutôt* amené à faire prévaloir le droit, et rien que le droit.

C'est à la lumière de ce double contexte culturel – le conservatisme en matière de révision, la méfiance vis-à-vis du juge, voire du droit – que s'explique surtout le minimalisme de l'art. 95^{ter} Const. Il fallait canaliser et domestiquer les tendances de plus en plus fortes allant vers un contrôle diffus de la constitutionnalité des lois, en créant, par voie de révision, une Cour constitutionnelle ; mais il n'était pas question du tout, en 1996, de doter cet organe d'un large éventail de compétences, alors même que c'est la règle, à l'heure actuelle, pour *toutes* les cours constitutionnelles étrangères. Dans l'originalité de la Cour constitutionnelle se reflètent ainsi les spécificités de la culture politique luxembourgeoise qui, du reste, ont la vie longue. L'analyse des débats relatifs à la refonte de la Constitution (dossier parl. n° 6030) ne fait pas apparaître d'infléchissement majeur.

III. Le maintien du minimalisme dans l'actuelle révision totale de la Constitution

Le dossier n° 6030 a connu, depuis ses débuts en 2009, des évolutions marquantes en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, passant d'un extrême à l'autre (A), avant que ne se cristallise la solution actuelle²¹⁷ caractérisée par un réformisme très timide (B).

A. Les premières positions extrêmes : immobilisme total v. suppression totale

La première version de la proposition n° 6030, déposée par Paul-Henri Meyers en 2009, ne contenait, en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, aucun changement par rapport au droit actuel, que ce soit sur le plan de sa composition, de son organisation, de sa saisine ou de ses attributions²¹⁸. Le plus souvent, cet immobilisme total n'a point suscité de critiques parmi les premiers commentateurs. Les experts internationaux de la Commission de Venise se sont contentés d'évoquer furtivement de possibles extensions du rôle de la Cour constitutionnelle, sans en faire un enjeu majeur²¹⁹. L'avis du Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Luxembourg de 2010 se tut entièrement sur la Cour constitutionnelle²²⁰ et les divers avis des juridictions et parquets en 2009-10 furent également peu loquaces sur ce point²²¹, si ce n'est qu'ils recommandaient trois changements somme toute assez marginaux : l'instauration de juges suppléants pour résoudre le problème déjà mentionné de composition de la Cour constitutionnelle, l'attribution au parquet de la mission de présenter systématiquement des conclusions²²², enfin – il s'agissait d'une recommandation de la Cour administrative –, l'attribution à la Cour constitutionnelle de la compétence de trancher les conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions²²³. Globalement, la Cour

« En tant que ADR, nous estimons qu'il ne saurait y avoir aucun argument, mais véritablement aucun, qui autoriserait le gouvernement ou le parlement à violer la Constitution ».

²¹⁷ Le présent texte ayant été finalisé en février 2018, les derniers documents du dossier n° 6030 à avoir été pris en considération ont été le doc. parl. n° 6030-23 (qui comporte aussi, en annexe, la version coordonnée la plus récente de la proposition modifiée n° 6030) et le procès-verbal de la réunion de la CIRC du 24 janvier 2018 (P.V. IR 10).

²¹⁸ Voir doc. parl. n° 6030-00, p. 7, p. 19. L'art. 120 de la proposition était la reprise de l'actuel art. 95^{ter} Const.

²¹⁹ Voir l'avis de la Commission de Venise du 11-12 décembre 2009, doc. parl. n° 6030-7, p. 12 (la Cour pourrait être consultée en cas de proclamation de l'état d'exception, à l'image de ce qui se passe en France), p. 16 (évocation confuse, et non étayée, d'un possible contrôle *a priori*), p. 17 (un possible contrôle des lois autorisant la ratification d'un traité).

²²⁰ Avis du 9.7.2010, doc. parl. n° 6030-3.

²²¹ Silence total dans l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, non daté (2009 ou 2010), doc. parl. n° 6030-4, p. 15 ss et dans l'avis de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette, doc. parl. n° 6030-4, p. 18 s.

²²² Avis commun de la Cour supérieure de justice ; du parquet général ; du parquet près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg ; du tribunal d'arrondissement de Diekirch ; du parquet près le tribunal d'arrondissement de Diekirch et de la justice de paix de Diekirch, non daté (2009 ou 2010), doc. parl. n° 6030-4, p. 5.

²²³ Avis de la Cour administrative, 24.9.2009, doc. parl. n° 6030-4, p. 12.

constitutionnelle fut un non-sujet de cette révision en sa phase initiale ; les préoccupations des représentants politiques étaient clairement ailleurs (la réforme de la monarchie, etc.).

Or à partir de 2011, la Cour constitutionnelle s'est trouvée projetée au cœur du débat, à travers les propositions de François Biltgen (CSV), ministre de la justice de 2009 à 2013, de créer, d'une part, une Cour suprême chapeautant les deux ordres de juridictions ordinaires et, d'autre part, de remplacer le contrôle concentré de la constitutionnalité des lois par un contrôle diffus²²⁴, option qui avait déjà eu les faveurs de divers acteurs dans les années 1990. Une fois les propositions de F. Biltgen lancées, tout s'est passé comme si la seule question à discuter était celle de savoir si la compétence « unique » de la Cour constitutionnelle devait continuer à être exercée par celle-ci ou être confiée à tous les juges ordinaires. Le fait que, sur le plan conceptuel, la « justice constitutionnelle » renvoie à une multiplicité de compétences et qu'en droit luxembourgeois actuel, certaines d'entre elles n'existent point – il suffit de penser au contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, au contrôle des traités, à certains « *Organstreitigkeiten* / litiges entre organes de l'État » – n'était pas du tout thématiqué. Il ne s'agissait point d'étendre l'emprise des juges, quels qu'ils soient, à l'égard des élus politiques. Il s'agissait « juste » de changer l'identité du juge.

Au tout début, les propositions de F. Biltgen n'avaient rencontré aucune résistance. S'il n'était pas forcément enthousiaste, l'accueil était néanmoins favorable. Nulle voix ne s'est levée pour défendre le maintien de la Cour constitutionnelle. Lors d'une première présentation et discussion de cette réforme au sein de la CIRC le 2 février 2011²²⁵, les diverses fractions présentes au sein de la commission (CSV, LSAP, DP, *déi Gréng, déi Lénk*), après débats internes, ont marqué leur accord de principe le 27 avril 2011²²⁶. À cette occasion, des réserves et réticences ont parfois été articulées – était-ce bien le bon moment ? ne fallait-il pas réserver le contrôle de constitutionnalité à la seule Cour suprême ? –, mais, en fin de compte, les représentants des diverses fractions ont exprimé leur accord ou, plutôt, ont signalé l'absence de toute volonté d'obstruction de leur part. Certaines fractions (les socialistes et les libéraux) liaient toutefois leur accord à l'existence d'un large consensus, en particulier au sein du pouvoir judiciaire²²⁷. Le projet Biltgen, relayé par le gouvernement, a été incorporé par la Commission des institutions dans la proposition n° 6030. À l'extérieur de la Chambre des députés, la suppression de la Cour constitutionnelle a été même saluée sans aucune hésitation – comme s'il s'agissait d'une évidence –, par le Conseil d'État (qui, dans les années 1990, avait déjà privilégié cette option)²²⁸, par la Cour supérieure de justice et le parquet général²²⁹, par la Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg²³⁰ et, avec quelques retouches (sur lesquelles je reviendrai), par la Chambre des salariés²³¹. Seule la Cour administrative a émis une voix dissonante²³². Le principal argument en faveur de la suppression de la Cour constitutionnelle était celui de l'incohérence

²²⁴ Dans la longue prise de position du ministère de la justice sur la réforme de la justice datant de 2010, annexée au P.V. IR 20, réunion de la CIRC du 6.10.2010, le ministre F. Biltgen avait encore maintenu la Cour constitutionnelle. Sa suppression est évoquée par lui, par la suite, dans ses échanges avec la CIRC (voir P.V. IR 01, réunion du 20.10.2010 ; P.V. IR 06, 2.2.2011), avant d'être officialisée dans la prise de position du Gouvernement du 22 juin 2011 (doc. parl. n° 6030-5, p. 45 s). Dans ce dernier document, cette réforme radicale est à peine justifiée (lire *ibid.*, p. 44). Pour une motivation circonstanciée, voir l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour suprême, soumis par F. Biltgen et annexé à P.V. IR 26, réunion de la CIRC du 27 février 2013, p. 11 ss.

²²⁵ P.V. IR 06, réunion de la CIRC du 2.2.2011, p. 2 s.

²²⁶ P.V. IR 10, réunion de la CIRC du 27.4.2011, p. 2 s.

²²⁷ Voir aussi P.V. IR 21, réunion de la CIRC du 23.1.2013, p. 9 où P.H. Meyers, président de la CIRC, fait état de ses réserves, mais sans avancer de raison précise.

²²⁸ Avis du Conseil d'État du 6.6.2012, doc. parl. n° 6030-6, p. 102, 112.

²²⁹ Voir doc. parl. n° 6030-8, avis de la Cour supérieure de justice du 14.7.2011, avis du parquet général du 19.8.2011.

²³⁰ L'accord est laconique et immédiat : avis du 21.12.2012, doc. parl. n° 6030-10, p. 12.

²³¹ Avis de la Chambre des salariés, qui s'est autosaisie de la proposition de révision n° 6030, du 6.2.2013, doc. parl. n° 6030-11, p. 27 ss. Quant à la Chambre des fonctionnaires et employés publics, qui s'est également autosaisie, elle a réservé son jugement sur la réforme de la justice en général dans l'attente d'informations plus précises. Avis du 18.6.2013, doc. parl. n° 6030-12, p. 8 s.

²³² En s'opposant à la création de la Cour suprême à laquelle elle était très hostile, la Cour administrative, présidée par Georges Ravarani, a défendu le *statu quo* et donc aussi, indirectement, l'existence de la Cour constitutionnelle. Voir doc. parl. n° 6030-8, avis du 8 juillet 2011 de la Cour administrative.

dans le système actuel entre, d'un côté, un contrôle de conventionnalité diffus et, de l'autre, un contrôle de constitutionnalité centralisé. Un autre avantage avancé était le gain de temps, la saisine de la Cour constitutionnelle allongeant la durée des procédures de plusieurs mois²³³. Enfin, à travers le contrôle diffus pouvaient être évitées, d'une certaine manière, les situations où des juridictions ordinaires refusaient à tort de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle²³⁴.

Or, curieusement, alors que presque tout le monde avait embrassé la double proposition de F. Biltgen, le départ en 2013 de celui-ci à la Cour de justice de l'Union européenne a laissé le projet orphelin. Pendant longtemps, ni le nouveau gouvernement composé des libéraux, socialistes et écologistes, ni le nouveau ministre de la justice Félix Braz (Les verts) n'ont pris une quelconque position. Dès lors, la double proposition de F. Biltgen a subsisté tel un chantier inachevé dans le texte modifié de la proposition n° 6030, jusqu'à ce que, récemment, la CIRC décide de renoncer tant au projet de la Cour suprême qu'à celui de la suppression de la Cour constitutionnelle²³⁵.

B. La piste de la réforme de la Cour constitutionnelle : silences et avancées timides

1° Les causes du manque d'ardeur réformiste

Nonobstant l'immobilisme total de la version initiale de la proposition n° 6030 et la captation des esprits par le projet Biltgen, des voix se sont élevées assez tôt afin de prôner la voie de la réforme de la Cour constitutionnelle. Or ce débat est resté très timide, pour ne pas dire chétif. Quoique stimulé par divers acteurs, il a végété à la marge de l'agenda rempli de la CIRC et n'a pas non plus été projeté – excepté, en partie, à travers le présent colloque –, sur les devants de la scène médiatique et publique. À l'heure actuelle, il n'est plus question de supprimer la Cour constitutionnelle, mais, à une exception et demie près, il n'est pas non plus question d'élargir ses attributions. De même, la composition de la Cour reste, à deux éléments près, inchangée. L'accès à la Cour, en matière de contrôle de la loi, est toujours très limité, toute saisine par des acteurs politiques (donc, pour l'essentiel, par l'opposition) et par des individus ayant été récusée d'un revers de main par la CIRC. Le minimalisme de 1996 est somme toute, à quelques timides avancées près, conforté. La culture politique identifiée, en haut, à propos de 1996, est toujours en place.

Pourtant, les stimuli pour infléchir cette situation n'ont pas manqué. Ce qui a manqué est non seulement, sur le plan théorique, une vision claire et approfondie du concept de justice constitutionnelle, mais aussi, et surtout, la volonté de la presque totalité des partis politiques d'accroître le rôle de la Cour constitutionnelle. Le parti libéral d'aujourd'hui ne se souvient plus de ses critiques virulentes des années 1990 à l'égard du minimalisme de l'art. 95^{ter} Const. Sûr de sa position dominante sur l'échiquier politique et de sa très probable présence dans les futurs gouvernements, le parti chrétien social est resté réservé et prudent (Pourquoi vouloir se lier les mains, si l'on tient les rênes ?). Du côté des écologistes, aucune initiative n'a été prise alors même que l'un des leurs dirige le ministère de la justice. Quant à l'ADR, qui n'est pas représenté au sein de la CIRC, son apport à la discussion sur la refonte est, pour l'instant, inexistant. Du côté des socialistes, à l'époque les plus réticents à l'égard d'une Cour constitutionnelle, les avis semblent toujours divisés. Même Alex Bodry qui, en tant que

²³³ Selon les informations fournies par le greffe de la Cour constitutionnelle, la durée entre la transmission de la question préjudicielle et le prononcé de l'arrêt de la Cour varie entre 4 mois et, au maximum, 7 mois (lorsque l'instruction de l'affaire est suspendue du fait des vacances judiciaires s'étendant du 15 juillet au 16 septembre). On notera la durée exceptionnellement longue de la procédure du fait du renvoi d'une question préjudicielle par la Cour constitutionnelle à la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire des quotas d'émissions de gaz à effet de serre (voir les deux arrêts n° 119 du 19 juin 2015 et du 16 juin 2017 : une durée de deux ans et demie). Globalement, les délais fixés par la loi du 27 juillet 1997 (art. 10 et 13) sont respectés.

²³⁴ Voir, sur ce point, les motifs de l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour suprême, soumis par F. Biltgen, annexé à P.V. IR 26, 27 février 2013, p. 15. Il est fait référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 2010 n° 11/10, qui a cassé un arrêt de la Cour appel dans lequel celle-ci, après avoir longuement analysé un grief d'inconstitutionnalité, refuse de soumettre celui-ci à la Cour constitutionnelle. Voir aussi, dans le présent volume, les contributions de Patrick Kinsch et de Nico Edon.

²³⁵ L'abandon est acté formellement dans les amendements envoyés au Conseil d'État le 27 septembre 2017, doc. parl. n° 6030-20, amendements 12 et 18.

spécialiste de droit constitutionnel et président de la CIRC, a joué et joue un rôle clé dans les avancées actuelles du dossier n° 6030, a tergiversé quant à un éventuel renforcement de la Cour constitutionnelle. De manière générale, les grands partis – ceux qui ont toutes les chances de se retrouver régulièrement au gouvernement – sont, dans ce débat, à la fois juge et partie, car c'est leur liberté de manœuvre, actuelle et future, qui est en cause dans ce débat. Sur ce point, il n'est pas certain que l'intérêt de ces partis et l'intérêt des citoyens convergent. Il n'y a que le parti de gauche *déi Lénk* qui, clairement, a pris fait et cause pour une profonde réforme de la Cour constitutionnelle pour ce qui est de ses attributions et de ses modes de saisine ; mais la faible représentation de ce petit parti (2 députés sur 60) ne lui permet pas d'infléchir les rapports de pouvoir.

À cela s'ajoute que cet autre acteur crucial dans tout processus législatif et constituant qu'est le Conseil d'État est resté assez en retrait sur ce thème : d'une part, il a été, et continue à être, l'un des plus fervents défenseurs du contrôle diffus (et donc de la suppression de la Cour constitutionnelle)²³⁶ ; d'autre part, étant lui-même « gardien de la Constitution » à travers ses avis et son droit de « veto » temporaire, il est, tout comme d'ailleurs les partis politiques à la Chambre des députés, à la fois juge et partie. Prôner un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois ou encore des traités par la Cour constitutionnelle – deux lacunes majeures du système actuel – reviendrait, de sa part, à saborder en partie son propre rôle et à mettre en doute sa propre crédibilité en tant qu'« expert juridique »²³⁷. Or le Conseil d'État, de par sa composition mixte (moitié juristes, moitié non-juristes), et *a fortiori* avec la politisation de plus en plus forte de sa procédure de nomination²³⁸, ne peut prétendre à la même expertise juridique que celle de la Cour constitutionnelle, qui, elle, est composée exclusivement de juristes. Ses avis peuvent mélanger des arguments d'opportunité et de juridicité, ce qui est, d'ailleurs, considéré comme un atout par les acteurs politiques qui, encore dans la récente réforme de 2017, ont refusé de réduire le Conseil d'État à un organe d'experts juridiques. Sur le plan juridique, si les analyses du Conseil d'État sont souvent de grande qualité, certains avis sont parfois discutables, faibles²³⁹, lacunaires²⁴⁰, voire – c'est rare, heureusement – complaisants (il suffit de penser à l'affaire du traité de Maastricht). Enfin, il convient de rappeler que ses avis ne sont pas dotés de l'autorité de chose décidée/jugée et que son « veto » n'est que temporaire. C'est dire que la Cour constitutionnelle pourrait jouer un rôle utile, sans du reste éclipser le Conseil d'État qui pourrait continuer à jouer son rôle, essentiel, dans la confection des lois et règlements.

En tout cas, les facteurs susmentionnés expliquent pourquoi les ambitions réformistes des principaux acteurs de la révision totale restent pour l'instant très modérées.

2° Sur le plan de la composition de la Cour : des retouches marginales

Pour ce qui est de la composition de la Cour constitutionnelle, il faut noter que les quatre traits marquants actuels, identifiés plus haut, n'ont quasiment jamais été discutés. Même la proposition alternative de Constitution proposée par *Déi Lénk* restait assez traditionaliste et vague sur le plan de la composition de la Cour, mise à part sa proposition incisive de limiter le mandat de ses membres par un terme précis²⁴¹.

²³⁶ Lire encore son récent avis du 15 décembre 2017, doc. parl. n° 6030-21, p. 5.

²³⁷ Le Conseil d'État a, certes, argué en faveur de la Cour constitutionnelle pour ce qui est du contrôle juridictionnel des validations des mandats des députés. Mais, sur ce point, la réforme était sans incidence sur le rôle du Conseil d'État lui-même.

²³⁸ L. Heuschling, « De la réforme du Conseil d'État. Un éclairage critique », *d'Lëtzeburger Land*, 10 février 2017, p. 11-12.

²³⁹ Voir, par ex. son avis sur la dissolution à effet différé de 2013, avec, en particulier, son invocation d'une « coutume constitutionnelle ». Pour une analyse critique : L. Heuschling, « Un vieux bateau pris dans la tempête : la Constitution luxembourgeoise. Analyse scientifique de l'avis du Conseil d'État du 18 juillet 2013 », *Lëtzeburger Land*, 2 août 2013, p. 10-11 ; *id.*, « Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés & la coutume », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2014, n° 2, p. 469-547.

²⁴⁰ De l'avis du Conseil d'État lui-même : voir sa « Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'État » (non publiée) du 20 avril 1993, p. 18 (annexe : « Le contrôle de constitutionnalité des lois »). Il s'agit du problème, bien connu, qu'un contrôle préalable, de par son aspect abstrait, risque d'ignorer des inconstitutionnalités qui, au contraire, surgiront une fois la loi appliquée.

Les deux seules modifications actées pour l'instant sont, d'une part, celle de rayer de la Constitution l'actuel art. 95ter, § 3, dernière phrase (la Cour siège en chambre de cinq membres) de manière à ce que la loi puisse prévoir, pour le contrôle des lois, des réunions de la Cour constitutionnelle en formation plénière et, d'autre part, celle d'autoriser le législateur à prévoir l'adjonction de suppléants selon des modalités qui restent entièrement à définir²⁴². Comme si souvent, la nouvelle Constitution se contente de confier la tâche de régler des points importants de la matière à la loi ordinaire, plutôt que de poser elle-même les normes de fond. Ainsi, on ne sait pas encore qui choisira, selon quelle procédure, combien de suppléants parmi quelles personnes.

On notera que la solution proposée sur ce point en 2012 consistait à investir le président de la Cour constitutionnelle du choix, pour telle affaire précise, d'« un ou plusieurs » suppléants parmi les juges de la Cour d'appel et de la Cour administrative²⁴³. Si cette solution de 2012 était reprise dans l'avenir, elle serait remarquable à trois égards : 1. elle confirmerait et renforcerait, de manière éclatante, le paradigme actuel de la dépolitisation du recrutement des membres de la Cour constitutionnelle ; 2. elle resterait dans la logique du minimalisme : après la non permanence de la Cour, voici, à présent, des membres *ad hoc* ; 3. cette solution serait très originale, car unique dans le monde : elle serait assimilable ni au système autrichien, liechtensteinois ou bolivien de la suppléance, où des membres suppléants sont, dès le départ, désignés selon les règles usuelles de nomination des membres de la cour constitutionnelle²⁴⁴, ni au système portugais où trois membres titulaires de la Cour sont désignés par voie de cooptation par tous les juges déjà en place de la Cour (et non par le seul président)²⁴⁵. Unique, la solution serait aussi très contestable, en ce qu'elle permettrait au seul président de la Cour constitutionnelle de désigner un ou plusieurs membres suppléants. Sa discrétion, pour la composition de la chambre de cinq juges de la Cour (art. 9 loi 1997), est déjà quasiment sans limites ; elle le serait encore plus à travers la désignation solitaire de suppléants dont le nombre n'est d'ailleurs pas limité. Des reproches de partialité risqueront de surgir. La voix des juges administratifs, et donc du droit public, risquera, aussi, de ne pas être écoutée suffisamment. Aussi serait-il souhaitable de confier la désignation des suppléants à l'ensemble de la Cour (cooptation).

3° Sur le plan des attributions et de la saisine : la persistance de la méfiance

Sur le plan du champ de compétences et aussi du mode de saisine, l'absence de volonté politique de dépasser le statu quo est nette et sans appel. Pour s'en rendre compte, il suffit de faire la liste des diverses voix – provenant, le plus souvent, d'acteurs à la marge du jeu politique – qui ont demandé le renforcement du rôle de la Cour constitutionnelle, mais qui n'ont rencontré aucun succès.

a) Les quelques suggestions en la matière émises par les experts étrangers de la Commission de Venise²⁴⁶ ont été ignorées par la CIRC.

²⁴¹ Voir la proposition alternative de révision totale de la Constitution du parti Dei Lénk, présentée à l'opinion publique le 16 avril 2015 (voir le site dédié au projet : <http://verfassung.dei-lenk.lu/>) et déposée à la Chambre par le député Serge Urbany le 24 février 2016, dossier parl. n° 6956. Lire l'art. 155 du doc. parl. n° 6956-00 : « Les membres de la Cour constitutionnelle sont pour moitié des magistrats nommés par la/le Président/e [de la République] sur proposition de la Cour suprême. L'autre moitié sont des magistrats nommés par la Chambre des Députés à la majorité absolue. Les nominations se font pour une durée de 6 ans, renouvelable une fois ». L'article restait assez vague sur la permanence de la Cour ; la repolitisation de la procédure de recrutement, à travers l'introduction de la Chambre des députés, restait assez limitée car, à première vue, seuls des « magistrats » pouvaient devenir membres de la Cour.

²⁴² Voir le texte coordonné de la proposition n° 6030 annexé au doc. parl. n° 6030-23 (7 février 2018), art. 104. En particulier l'art. 104 § 4 énonce : « Lorsque la Cour constitutionnelle ne peut se composer utilement, elle est complétée par des suppléants ».

²⁴³ Voir doc. parl. n° 6403B-5 (amendements du gouvernement au projet de loi sur les attachés de justice, 27 janvier 2012), p. 27.

²⁴⁴ Autriche : art. 147 LCF ; Liechtenstein : art. 1 et 3 de la loi du 27 novembre 2003 sur la *Staatsgerichtshof* ; Bolivie : voir *supra* note 39.

²⁴⁵ Const. Portugal 1974, art. 222.

²⁴⁶ Voir *supra* note 219.

b) Dans son avis de 2009 sur la refonte de la Constitution, la Cour administrative avait prôné d'attribuer les conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions à la Cour constitutionnelle, en lieu et place de la Cour supérieure de justice²⁴⁷. Cette dernière proposition avait d'ailleurs reçu un soutien de taille puisque le ministre de la justice F. Biltgen l'avait reprise à son compte en 2010²⁴⁸. Cette proposition s'inscrivait ni dans une réflexion d'ensemble sur la justice constitutionnelle, ni dans une analyse comparative des cours constitutionnelles ; elle était née du souci de la Cour administrative – suite déjà à la vive controverse de 1997, avec la Cour supérieure de justice, sur la présidence et le siège de la Cour constitutionnelle – de revendiquer l'égalité d'égale dignité des juridictions administratives par rapport aux juridictions judiciaires. En effet, la Cour constitutionnelle se prêtait à cette possible compétence, précisément parce que, au Luxembourg, elle est composée, bien que de façon non paritaire, de juges issus des deux ordres et qu'à l'inverse d'un hypothétique tribunal des conflits à créer, elle a l'avantage d'exister. Une telle solution, développée d'abord en Autriche, et présente aussi en Grèce, est d'ailleurs reprise dans un nombre croissant de pays.²⁴⁹ Mais, la CIRC n'a jamais prêté attention à cette proposition. Le gouvernement de l'époque, dirigé par J.C. Juncker, ne l'a plus reprise une fois qu'il défendait, à l'instigation de son ministre de la justice, l'idée de créer une cour suprême²⁵⁰. Cet abandon était logique, dans ce contexte. Or, avec l'abandon du projet de cour suprême, la question d'un « juge des conflits » dont la composition soit davantage équilibrée revient sur la table.

c) Dans la prise de position du ministère de la Justice de 2010, F. Biltgen avait également proposé d'attribuer encore une autre compétence à la Cour constitutionnelle : celle de juge d'appel des décisions en matière disciplinaire rendus, d'une part, par la Cour supérieure de justice à l'égard des juges judiciaires et, d'autre part, par la Cour administrative à l'égard des juges administratifs. Le but était de garantir un double degré de juridiction²⁵¹. Or cette proposition, très originale en droits comparés, a connu le même sort que celle, précédente, en matière de conflits d'attribution entre ordres de juridictions : le gouvernement l'a abandonnée dans sa prise de position de 2011²⁵².

d) Dans son avis du 6 février 2013, la Chambre des salariés (donc les syndicats), tout en marquant son accord avec la suppression de la Cour constitutionnelle, avait tenu toutefois à élargir le débat. Demandant à ce que le contrôle de la constitutionnalité des lois, quel qu'en fût le titulaire, soit amplifié, elle proposait ainsi : 1. l'introduction d'un contrôle *a priori* de toutes les lois, y compris des lois autorisant la ratification d'un traité, contrôle qui serait déclenché sur saisine de 10 députés, du chef de l'État, du Conseil d'État ou d'une chambre professionnelle ; 2. l'introduction d'un contrôle abstrait *a posteriori* sur saisine du Conseil d'État ou d'une chambre professionnelle ; 3. l'élargissement des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle diffus *a posteriori*, en ce que la Chambre des députés serait obligée d'abroger les dispositions législatives inconstitutionnelles²⁵³. Cet avis, à travers lequel la Chambre des salariés s'est autosaisie de la refonte de la Constitution, a, certes, obtenu le statut de « document parlementaire », et donc de document officiel, publié sur le site de la Chambre des députés – certains acteurs de la société civile qui, à leur tour, se sont « autosaisis » de la refonte et ont envoyé un avis n'ont pas obtenu ce résultat – ; mais, sur le fond, à en juger d'après les procès-verbaux de la CIRC, cet avis n'a jamais été discuté par la commission. En particulier, la CIRC n'a jamais pris note de son plaidoyer en faveur d'une vision plus riche de la justice constitutionnelle.

e) Une autre voix qui a plaidé dans le désert la cause de la Cour constitutionnelle était, comme déjà indiqué, le parti de la gauche *Déi Lénk*. Son projet alternatif de Constitution datant de 2015, qui se positionnait en nette rupture avec la proposition n° 6030 (l'instauration

²⁴⁷ Avis de la Cour administrative, 24.9.2009, doc. parl. n° 6030-4, p. 12.

²⁴⁸ Voir la prise de position du ministère de la justice, annexée au P.V. IR 20 (réunion du 6.10.2010), p. 5.

²⁴⁹ Voir *supra* la liste des compétences juridictionnelles des cours constitutionnelles, n° 35.

²⁵⁰ Prise de position du Gouvernement, doc. n° 6030-5, 22 juin 2011, p. 45 s.

²⁵¹ Voir la prise de position du ministère de la justice, annexée au P.V. IR 20 (réunion du 6 octobre 2010), p. 6 s.

²⁵² Prise de position du Gouvernement, doc. n° 6030-5, 22 juin 2011, p. 45 s.

²⁵³ Doc. parl. n° 6030-11, p. 27 ss.

d'une République, l'accent mis sur les droits sociaux, l'approfondissement de la démocratie, etc.), se voulait également très ambitieux et incisif par rapport à la Cour constitutionnelle. S'inspirant de l'avis de la Chambre des salariés et de certains modèles étrangers, spécialement du *Bundesverfassungsgericht* allemand, du Conseil constitutionnel français et des modèles autrichien et centre-européen (pour ce qui est du contrôle des règlements), le parti *Déi Lénk* proposait de démultiplier de manière massive, et parfois incohérente, les compétences et modes de saisine de la Cour constitutionnelle. La batterie des innovations projetées incluait pas moins de 10 mesures, d'ampleur souvent radicale²⁵⁴ : 1. la consultation obligatoire, par la Chambre des députés, de la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de tout traité international avant sa ratification ; 2. la création d'un contrôle abstrait de la constitutionnalité des traités sur saisine de cinq députés (*a priori* ou *a posteriori*), du Conseil d'État (*a posteriori*), d'une chambre professionnelle (*a posteriori*) ou d'une commune (*a posteriori*) ; 3. l'extension de l'actuelle obligation de renvoi à la Cour constitutionnelle de toute question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'un traité ; 4. la création d'un contrôle abstrait et *a priori* de la constitutionnalité des lois sur saisine de cinq députés (donc, surtout, de l'opposition) ; 5. la création d'un contrôle abstrait et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois sur saisine du Conseil d'État, d'une chambre professionnelle ou d'une commune ; 6. l'attribution du contrôle de la constitutionnalité de tous les règlements à la Cour constitutionnelle, sur saisine soit de cinq députés (*a priori* et *a posteriori*), soit du Conseil d'État (*a posteriori*), soit d'une commune (*a posteriori*) ; 7. la création d'une obligation de renvoi à la Cour constitutionnelle de toute question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'un règlement ; 8. la création, au profit des particuliers et personnes morales victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux, d'une *Verfassungsbeschwerde* auprès de la Cour constitutionnelle, après épuisement des voies de recours ordinaires ; 9. l'attribution à la Cour constitutionnelle du contrôle préalable de la constitutionnalité des référendums ; 10. le contentieux sur les décisions de la Chambre des députés validant les mandats de ses membres. Le projet avait sans doute quelques faiblesses (au niveau de la cohérence) et opérait des césures radicales, et à mon avis discutables, par rapport à la tradition, en ce qui concerne à la fois les traités (ceux-ci sont placés sous la Constitution, du fait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*) et les règlements (les juridictions ordinaires sont spoliées de toute compétence à leur égard, sans que cela ne soit justifié). En même temps, il esquissait des solutions intéressantes sur d'autres points. Quoi qu'il en soit, ce projet alternatif a été à peine discuté. Dans sa prise de position, le gouvernement actuel (DP-LSAP-Verts) a refusé de discuter la proposition et s'est contenté d'affirmer sa préférence pour la proposition n° 6030²⁵⁵. Le Conseil d'État, dans son avis²⁵⁶, a fait de même, ce qui montre d'ailleurs, à nouveau, le caractère en partie politique de l'organe (un véritable expert, ou conseiller, ne peut pas se permettre de refuser de s'exprimer sur un texte soumis ; il *doit* l'analyser). La CIRC a, certes, laissé au député Marc Baum (*Déi Lénk*) le soin de présenter le projet alternatif dans son ensemble ; mais le compte-rendu montre les très fortes réserves des autres partis, en particulier sur la composition de la Cour constitutionnelle²⁵⁷. Au riche éventail des compétences a été opposé le plus souvent un silence réprobateur (ce qui exonère les députés de tout discours rationnel de justification). C'est d'ailleurs ce même silence qui a été opposé aux citoyens, pourtant érigés régulièrement en « souverain »...

f) Lors de la consultation du public sur la proposition n° 6030 organisée en 2015 par la CIRC, trois propositions sur un total de 107 propositions soumises par des citoyens avaient trait à la Cour constitutionnelle²⁵⁸. Elles réclamaient non seulement le maintien de la Cour constitutionnelle – sa suppression est qualifiée de « *grondfalsch* », archi-faux –, mais encore son renforcement. Les trois opinions réclamaient à ce que des particuliers puissent saisir directement la Cour constitutionnelle. La troisième proposition souhaitait même donner le

²⁵⁴ Voir doc. parl. n° 6956-00, les articles 85, 98, 121, 151 à 154, 202.

²⁵⁵ Doc. parl. n° 6956-1, 22 avril 2016.

²⁵⁶ Doc. parl. n° 6956-2, 10 octobre 2017.

²⁵⁷ Procès-verbal de la réunion de la CIRC du 29 novembre 2017, P.V. IR 06.

²⁵⁸ La liste véritablement complète des propositions du grand public est annexée aux procès-verbaux de la CIRC, à partir du 27 janvier 2016. Voir, par ex., P.V. IR 14, séance de la CIRC du 27.1.2016. Pour les trois propositions relatives à la Cour constitutionnelle, lire p. 66, p. 68-69 et p. 72.

droit de saisine à des députés, à des « *instances publiques* » (sans précision) et à des « *acteurs de la société civile à déterminer* » et invitait la Chambre des députés à s'inspirer du modèle du *Bundesverfassungsgericht*. Or celui-ci est, comme déjà dit, pour la plupart des députés des grands partis un véritable repoussoir ! Lors d'un premier examen de ces trois propositions le 20 janvier 2016, avant l'organisation du *hearing* public, la CIRC n'en a pas du tout analysé le fond (il n'y a eu aucune discussion) ; elle s'est contentée de suspendre son jugement, jusqu'à ce que le gouvernement précisât ses intentions quant à l'introduction d'une Cour suprême²⁵⁹. Reporté encore une fois le 23 septembre 2016²⁶⁰, le débat annoncé a eu lieu finalement le 14 juin 2017, mais seulement sous une forme escamotée. Car, alors que les trois propositions exigeaient, de manière unanime, le droit de saisine des *particuliers*, la CIRC a esquivé ce point, le président Alex Bodry se contentant de soulever seulement la question d'un éventuel droit de saisine d'un certain nombre de *députés* pour faire contrôler une loi. Simple lapsus ? Voilà une manière quelque peu cavalière de traiter le « *souverain* »... Selon le compte-rendu, « *les membres de la Commission sembl[ai]ent partagés sur la question* »²⁶¹. Le « *partage* » semble particulièrement déséquilibré, car les seuls à arguer en faveur d'une telle mesure (donc l'octroi du droit de saisine à cinq députés, à l'opposition) étaient le représentant du parti *Déi Léńk* et, jusqu'à un certain point, Alex Bodry. Les objections, provenant à la fois du LSAP, du DP et du CSV, étaient variées et nombreuses : l'inutilité d'un tel contrôle eu égard au rôle joué par le Conseil d'État, le risque de divergence de vue entre la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État (risque qui existe, en réalité, déjà à l'heure actuelle...), le risque de politisation de la Cour constitutionnelle (le contrôle *a posteriori* serait-il moins « *politique* », parce que son effet est retardé ?), l'interférence du pouvoir judiciaire dans le pouvoir législatif (un argument digne du XIX^e siècle...), la possibilité pour la Cour d'imposer son interprétation de la Constitution au détriment de celle défendue par la Chambre des députés (argument en soi crédible, s'il existe, du côté de la Chambre, une véritable « *interprétation* » articulée et justifiée), la surcharge de travail pour la Cour dans son actuelle configuration de juridiction non permanente et, enfin, le risque que l'opposition ne s'en serve systématiquement afin d'obstruer le processus législatif (or c'est la Constitution qui est l'enjeu...). À lire le procès-verbal, qui n'est pas un *verbatim*, le rejet du droit de saisine de la Cour constitutionnelle par quelques députés est massif. Même après 20 ans d'expérience de la Cour constitutionnelle (où, peut-être, à cause de cette expérience), la méfiance des élus, y compris au sein des grands partis susceptibles de siéger, par intervalles, sur les bancs de l'opposition (DP, LSAP, Verts), reste vive à l'égard de la juridictionnalisation de la sphère politique.

Les seules évolutions à noter, au niveau du champ de compétence de la Cour constitutionnelle, se situent à deux niveaux.

Un point de réforme qui a été soulevé très tôt et qui, chemin faisant, a été intégré dans la version modifiée actuelle de la proposition n° 6030 est l'élargissement des effets des arrêts de la Cour constitutionnelle : lorsque la Cour constitutionnelle, saisie par renvoi d'une question préjudicielle, constate qu'une disposition législative est contraire à la Constitution, l'arrêt aurait un effet général. Mais lequel exactement ?

La disposition concernée de l'actuelle proposition n° 6030²⁶² est l'art. 104 § 6 qui énonce : « *Les dispositions des lois déclarées non conformes à la Constitution par un arrêt de la Cour constitutionnelle cessent d'avoir un effet juridique le lendemain de la publication de cet arrêt dans les formes prévues pour la loi, à moins que la Cour constitutionnelle n'ait ordonné un autre délai. Ce délai ne peut pas excéder douze mois.* » Le bout de phrase « *cessent d'avoir un effet juridique* » n'est pas parfaitement clair : il peut, et a été compris au cours des débats, de deux manières ! Soit cette formule vague signifie non pas que la loi est *abrogée* par la Cour constitutionnelle, mais qu'elle ne doit plus être *appliquée* par personne. Elle reste valide, mais est inapplicable. C'est un système d'inapplicabilité généralisée ; le Conseil d'État a parlé

²⁵⁹ P.V. IR 13, séance de la CIRC du 20.1.2016, p. 10 s.

²⁶⁰ P.V. IR 45, séance du 23.9.2016, p. 5 ss.

²⁶¹ P.V. IR 29, réunion de la CIRC du 14 juin 2017. p. 6

²⁶² Voir le texte coordonné de la proposition n° 6030 joint au doc parl. n° 6030-23 (7 février 2018).

de « *désapplication générale* »²⁶³. La disposition législative reste dans le système juridique – concrètement, l'article de la loi reste inscrit dans le texte de la loi et les publications officielles et officielles doivent continuer à l'intégrer –, mais elle y subsiste telle une scorie d'un autre âge, car elle ne doit plus être appliquée, ni par les juridictions ordinaires, ni (surtout !), en amont, par les organes administratifs chargés de l'application et par les personnes physiques et morales de droit privé. Le cas échéant, si la norme constitutionnelle qui empêche l'application de la disposition légale visée venait à disparaître, la disposition redeviendrait applicable, sans que cela ne soit visible à l'œil nu. Voilà un système qui ne facilite pas la tâche de connaître le droit en vigueur, ni aux communs des mortels, ni même aux juristes ! Sur ce point, l'abrogation aurait été plus satisfaisante, car plus visible, simple et pratique. Soit il y a l'autre manière de comprendre la formule vague de « cesser ses effets juridiques » : la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle semble, en effet, l'entendre dans le sens d'une *abrogation*, pure et simple²⁶⁴, ce qui serait, effectivement, une solution plus satisfaisante. Sur ce point, une réécriture et clarification du texte serait hautement souhaitable.

Quoi qu'il en soit, pour ce qui est du nombre de compétences de la Cour constitutionnelle, on peut estimer que ce changement (inapplication générale ou abrogation) constitue davantage une transformation de la compétence actuellement déjà détenue par la Cour constitutionnelle que l'ajout d'une compétence entièrement nouvelle.

Le véritable ajout d'une nouvelle compétence a trait à la validation des mandats des élus à la Chambre des députés. Mais la cause était loin d'être gagnée d'avance pour la Cour constitutionnelle.

L'art. 71 de la version initiale de la proposition n° 6030, déposée par P.H. Meyers, se contentait de reprendre le droit actuel. Mais, assez vite, les membres de la CIRC ont été convaincus de la nécessité d'une réforme. Faute d'un véritable examen de fond, cette validation par les élus eux-mêmes n'est, en effet, comme l'a dit crûment Alex Bodry, qu'un « *simulacre* »²⁶⁵ qui prête le flanc à des critiques de partialité, les élus étant juges et parties. Une majorité pourrait invalider les mandats des élus de la minorité, comme ce fut le cas avec le précédent, en 1934, de l'annulation de la liste communiste par la Chambre des députés. Sur ce point, la nécessité d'un changement « *ne rest[ait]e plus à démontrer* » selon la CIRC²⁶⁶, d'autant que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut être interprétée comme obligeant le Luxembourg à instaurer un contrôle juridictionnel. Dès juin 2010 était envisagée la piste d'un contrôle par la Cour constitutionnelle²⁶⁷, à l'instar de nombre de droits étrangers.

Or, marginalisée par les discussions sur les réformes souhaitées par F. Biltgen (Conseil national de la justice, Cour suprême), la problématique n'était plus discutée jusqu'en 2014, lorsque le sujet revient sur le tapis, sur insistance du nouveau président de la CIRC A. Bodry²⁶⁸. Dans un premier temps, il a pu sembler que la CIRC s'orientait effectivement vers un contrôle par la Cour constitutionnelle, défendue par un député du CSV (P.-H. Meyers ?) en référence au modèle allemand (art. 41 Loi fondamentale)²⁶⁹. Or, cette solution s'est effilochée par la suite. A. Bodry a soumis à la CIRC trois options (contrôle par la Cour constitutionnelle,

²⁶³ Avis du Conseil d'État, 14 mars 2017, doc. parl. n° 6030-19, p. 27. Son affirmation que l'effet, en pratique, serait « *proche d'une véritable annulation* » est inexacte. Une norme abrogée est définitivement morte ; une norme qui ne doit plus être appliquée est toujours valide (i.e. fait partie du système juridique) et peut redevenir applicable un jour. C'est une norme non pas morte, mais en quelque sorte « endormie », car « anesthésiée ». Il y a aussi une différence nette, en pratique, du point de vue de la lisibilité et clarté des textes du droit : un article de loi grevé d'une obligation d'inapplication (norme « endormie ») apparaît toujours dans les textes régulièrement mis à jour sur Légilux ; une norme « morte » (abrogée) ne doit plus figurer dans les textes mis à jours, l'article en question doit être biffé.

²⁶⁴ En ce sens : doc. parl. n° 6030-20, p. 8. Peu clair : P.V. IR 07, réunion de la CIRC du 3 janvier 2018, p. 9 s ; P.V. IR 09, réunion de la CIRC du 17 janvier 2018, p. 3.

²⁶⁵ A. Bodry, président de la CIRC, P.V. IR 22, réunion de la CIRC du 2.7.2014, p. 5.

²⁶⁶ P.V. IR 14, réunion du 2 juin 2010, p. 5.

²⁶⁷ P.V. IR 16, séance de la CIRC du 9 juin 2010, p. 5.

²⁶⁸ Voir P.V. IR 22, réunion de la CIRC du 2.7.2014, p. 5.

²⁶⁹ P.V. IR 27, réunion de la CIRC du 23.9.2014, p. 8 s.

par la Cour administrative ou par un organe spécial à l'instar de ce qui se passe en Suède), avec, visiblement, une certaine attirance pour le droit suédois qui, par ailleurs, a servi souvent de modèle à la CIRC en matière de monarchie²⁷⁰. Or, une fois que la solution suédoise s'est avérée peu satisfaisante, la CIRC, sur instigation de son président, a décidé de retenir la solution originale, mais non dépourvue de sens²⁷¹, d'un contrôle par la Cour administrative, et ce à l'encontre de l'option d'un contrôle par la Cour constitutionnelle défendue par le député de la gauche radicale, Serge Urbany²⁷². Il est intéressant de noter que, face à cette alternative, les quatre partis dominants au sein de la CIRC (LSAP, DP, Verts, CSV) se sont braqués, refusant non seulement de faire de la Cour constitutionnelle un juge électoral, mais même d'engager un débat sur son rôle en général.

Deux propos incisifs, énoncés ce 11 février 2015, méritent d'être relevés. Selon un représentant du CSV dont l'identité n'est pas indiquée – s'agissait-il de Paul-Henri Meyers, jusqu'en 2013, l'expert incontesté au sein du CSV pour le droit constitutionnel, ou plutôt de Claude Wiseler qui, en tant que nouveau chef de fraction, prenait de plus en plus la main sur ce dossier? –, introduire, en matière de contentieux électoral, un droit de saisine des particuliers devant la Cour constitutionnelle provoquerait « *une discussion sur la place que la Cour constitutionnelle occupe dans notre système juridique, discussion qui, à ce stade, ne serait pas très opportune* »²⁷³. Voilà qui en dit long : alors qu'ailleurs, dans nombre de pays étrangers, la question de l'existence et du rôle d'une cour constitutionnelle est primordiale dans l'élaboration d'une nouvelle Constitution, au Luxembourg, en ce XXI^e siècle, elle peut être négligée, marginalisée. Non moins éclairant est le propos du président Alex Bodry : celui-ci a mis en garde contre la solution de la Cour constitutionnelle, en arguant que, « *vu sa composition [...], notre Cour constitutionnelle ne peut pas être comparée aux Cours constitutionnelles des autres pays européens* »²⁷⁴. L'argument de la composition peut, en l'espèce, être compris de deux manières : 1. vu l'absence de juges choisis par les organes politiques, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise n'est pas aussi digne de confiance que ses homologues étrangères pour régler des questions qui touchent, intimement, à la carrière des élus politiques ; 2. eu égard à la prédominance numérique au sein de la Cour constitutionnelle des juges judiciaires, peu au fait des questions de droit public, il vaut mieux se fier, si contrôle juridictionnel il y a, aux juges administratifs.

Coulée dans la proposition n° 6030, cette solution s'est attiré toutefois les critiques du Conseil d'État, lequel a plaidé la cause de la Cour constitutionnelle²⁷⁵, comme le faisait également une note préparée par les services du secrétariat général de la Chambre des députés. Aussi, le 5 juillet 2017²⁷⁶, la CIRC est-elle revenue sur sa décision et a opté, en fin de compte, pour un contrôle par la Cour constitutionnelle, alors même que, comme l'a précisé A. Bodry, « *la Commission est traditionnellement réticente à attribuer des missions supplémentaires à la Cour constitutionnelle* »²⁷⁷.

²⁷⁰ P.V. IR 03, réunion de la CIRC du 12 novembre 2014, p. 7 s.

²⁷¹ Ce type de contentieux est en effet un contentieux concret qui mobilise non seulement la Constitution, mais aussi, et surtout, toutes les autres sources de droit. En outre, il s'agit d'un contentieux de droit public. *Contra* : l'avis du Conseil d'État du 14 mars 2017, doc. parl. n° 6030-19, p. 19 (« *ce type de recours ... ne saurait être assimilé à un contentieux administratif ordinaire* »).

²⁷² P.V. IR 12, réunion de la CIRC du 11 février 2015, p. 5.

²⁷³ P.V. IR 12, réunion de la CIRC du 11 février 2015, p. 6.

²⁷⁴ P.V. IR 12, réunion de la CIRC du 11 février 2015, p. 6.

²⁷⁵ Avis du Conseil d'État du 14 mars 2017, doc. parl. n° 6030-19, p. 18 ss.

²⁷⁶ P.V. IR 33, réunion de la CIRC du 5 juillet 2017, p. 3 ss. Voir, dans la version consolidée (doc. parl. n° 6030-23), l'art. 69 : « (1) La Chambre des députés se réunit en séance publique de plein droit le troisième mardi suivant la date des élections pour vérifier les pouvoirs de ses membres. (2) Il appartient à la Chambre des députés de constater que l'un de ses membres a perdu la qualité de député en raison de la survenance, en cours de mandat, d'une cause d'inéligibilité au sens de l'article 66 ou d'une incompatibilité au sens de l'article 67. (3) Un recours contre ces décisions [ceux du §1^{er} et du §2] est ouvert devant la Cour constitutionnelle. Les modalités de ce recours sont réglées par la loi. »

²⁷⁷ P.V. IR 33, réunion de la CIRC du 5 juillet 2017, p. 4.

Conclusion sous forme d'un bref plaidoyer

Faut-il en rester là au niveau de la proposition n° 6030 ? Faut-il se féliciter du maintien, avec quelques retouches marginales, du minimalisme luxembourgeois ?

Mis à part l'hypothèse où une norme supérieure de droit positif (droit international ou européen) exige une certaine réforme de la Constitution, il ne revient pas aux scientifiques du droit d'indiquer, *ex cathedra*, avec l'autorité (relative) qui s'attache au mot de « science », la solution à reprendre telle quelle par les décideurs politiques. Le choix, politique, revient en démocratie aux élus et aux citoyens. Ce que la science du droit peut toutefois faire, sans perdre sa prétention à une certaine objectivité, c'est de clarifier le débat politique, afin que la décision politique finale soit prise en connaissance de cause. La science peut – et c'est ce que la présente recherche a fait jusqu'ici – cartographier le débat politique : Quels problèmes sont identifiés, quelles solutions sont envisagées ? Quels sont les angles morts et non-dits de la discussion : quelles options ne sont pas ou peu évoquées, alors que, en soi, en pure théorie, elles sont possibles (parce qu'elles existent à l'étranger ou que, même, elles sont imaginables) ? Le scientifique peut-il aller plus loin et plaider en faveur de la mise en œuvre de telle ou telle cette solution ? Pour ma part, je le pense, à condition, comme l'avait déjà relevé Max Weber²⁷⁸, de faire preuve de transparence, i.e. d'autoréflexion critique : au scientifique d'afficher les idéaux politiques qui informent son appréciation de la situation et sa conclusion normative. Pour ma part, le plaidoyer en faveur de l'extension des compétences et modes de saisine de la Cour constitutionnelle est fondé, d'un côté, sur une prise en compte plus stricte de l'idéal contemporain de l'État de droit et, de l'autre, sur une certaine prise de distance par rapport aux bienfaits (parfois réels, j'en conviens) de l'esprit d'arrangement inhérent au modèle traditionnel de la démocratie luxembourgeoise. Cela m'amène à regarder avec un peu plus de sévérité certaines pratiques du passé ou, à tout le moins – même en l'absence de dysfonctionnements avérés – de regarder avec plus d'appréhensions l'avènement de tels abus dans l'avenir.

Au-delà de quelques imperfections d'ordre rédactionnel – la clarification souhaitable des expressions « *magistrat* »²⁷⁹ et « cessent d'avoir un effet juridique »²⁸⁰ –, la proposition n° 6030, en sa version actuelle²⁸¹, mériterait d'être revue surtout sur le plan des attributions et modes de saisine de la Cour constitutionnelle.

- Pour ce qui est de la composition de la Cour constitutionnelle, il serait recommandable d'inscrire dans le texte de la Constitution l'idée d'une certaine représentation équilibrée des deux ordres de juridictions. Le ratio actuel de 2/9 n'est que le fruit d'un usage, qui, en droit, ne lie pas l'assemblée générale conjointe ; les moyens du Grand-Duc, pour contrecarrer un déséquilibre criant, sont limités ainsi qu'il a été vu²⁸² ; en outre, si, dans l'avenir, la Cour constitutionnelle devait exercer le contrôle de constitutionnalité des lois en formation plénière (donc à 9 juges), la voix du droit public risquerait d'être marginalisée à plus forte mesure. Il serait donc souhaitable de prévoir, en droit, un quota d'au moins 3 sur 9, ou 4 sur 9, en faveur des juges administratifs.

- Ma première recommandation concernant les compétences de la Cour constitutionnelle a trait au régime des traités internationaux. Sur ce point, les dérives sont connues : Luc Frieden, en 1996, avec l'approbation de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de l'époque, en a dressé le bilan, y compris à l'attention du Conseil d'État,

²⁷⁸ L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum*, n° 8 (juillet 2012), www.juspoliticum.com

²⁷⁹ Voir *supra* le texte lié aux notes 54 et suivantes. La réécriture est d'autant plus souhaitable que, dans le texte de la nouvelle Constitution, l'expression « *magistrat* » est davantage présente et peut être comprise comme englobant à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet. Surtout, ce dernier se voit accorder un statut d'indépendance par rapport au gouvernement. Voir chapitre 7 (De la justice), articles 94 et suivants de la proposition n° 6030 (doc. parl. n° 6030-23, 7 février 2018).

²⁸⁰ Voir *supra* le texte lié aux notes 262 et suivantes.

²⁸¹ Voir le texte coordonné joint au doc parl. n° 6030-23 (7 février 2018).

²⁸² Voir *supra* le texte lié aux notes 85 et suivantes.

en concluant de manière cinglante que « *les Parlements successifs ont, à plusieurs reprises, avec l'accord du Conseil d'État, contourné les règles prévues par la Constitution pour sa révision* »²⁸³. Il n'est nul besoin, à l'heure du « village global » et de l'intégration européenne, d'insister sur l'importance de ces sources de droit que sont les traités et l'éventuel droit qui en dérive. Il ne s'agit pas ici de plaider l'abandon de la tradition luxembourgeoise situant les traités au-dessus de la Constitution, en prônant la création d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités et du droit dérivé. Eu égard à l'importance actuelle du droit international et de son rang suprême dans l'ordre juridique luxembourgeois, il convient, en revanche, de créer un recours abstrait et *a priori* devant la Cour constitutionnelle, au profit à la fois d'acteurs politiques (en particulier l'opposition) et de simples citoyens, afin que la Cour constitutionnelle puisse dégager, de manière fiable et avec l'autorité de la chose jugée, si tel projet de traité contredit la Constitution, ce qui obligerait la Chambre des députés à réviser la Constitution, avant de pouvoir autoriser le Grand-Duc à ratifier ledit traité. La Cour pourrait aussi statuer sur le point de savoir si tel traité tombe dans le registre des traités visés actuellement dans les articles 49*bis* et 37 al. 2 Const.²⁸⁴ De cette manière, les implications sur la Constitution luxembourgeoise découlant d'un traité sont, au maximum, clarifiées avant la ratification dudit traité et les contenus des deux strates (traités-Constitution) sont harmonisés au mieux. Pour l'instant, le Conseil d'État est censé effectuer un tel examen, mais, pour les raisons déjà indiquées²⁸⁵, son contrôle, nécessaire et utile, est insuffisant, ne serait-ce qu'en raison de certaines faiblesses structurelles (son avis ne lie pas ; sa composition mixte).

- Les modalités de l'actuel contrôle par renvoi préjudiciel (donc un contrôle *a posteriori* et, surtout, concret) sont trop restrictives par rapport à l'objectif de l'élimination des lois inconstitutionnelles de l'ordre juridique luxembourgeois. Il est admis, de tous, qu'un système juridique qui prend l'idée de la hiérarchie des normes au sérieux doit, dès le départ, et donc de manière abstraite avec effet général, prévenir l'entrée en vigueur de lois inconstitutionnelles. Or, si le contrôle *a priori* exercé par le Conseil d'État est utile et précieux, et devrait continuer à exister, il n'est pas suffisant. Il serait souhaitable que la constitutionnalité de projets législatifs controversés (du type « séparation de l'État et des Églises », « changement de programme des écoles », « réforme de la fiscalité et/ou du financement des communes », « interdiction de la dissimulation du visage », etc.) puisse être confirmée, ou infirmée, très rapidement. À quoi bon laisser entrer en vigueur des lois aux effets incisifs, qui, par la suite, seront déclarées inconstitutionnelles ? Le mal est fait et il sera difficile, voire impossible, de le réparer. L'argument de la « politisation » de la Cour constitutionnelle, par le biais d'un contrôle intervenant *a priori* ou juste après la promulgation (par ex., dans un délai de quelques mois après la publication de la loi) n'est pas sérieux, sans quoi il faudrait supprimer aussitôt le contrôle *a priori* exercé par le Conseil d'État... Le prétoire de la Cour constitutionnelle devrait donc être ouvert à une contestation « rapide » : soit déjà *a priori* (entre le vote et la promulgation), soit dans un court délai après la promulgation, avec possibilité pour la Cour constitutionnelle de suspendre à titre provisoire l'application de la loi contestée. Ce contrôle abstrait, visant les lois ordinaires et les lois de révision, devrait pouvoir être déclenché, d'une part, par certains acteurs de la scène politique, qui ont l'intérêt et les ressources nécessaires pour lancer avec succès un tel procès (en particulier, l'opposition, voire le grand-duc agissant sans contresigne ministériel²⁸⁶, le Conseil

²⁸³ Doc. parl. n° 4154-2, Rapport de la CIRC du 13 juin 1996 portant sur la proposition de révision de l'art. 114 Const., rédigé par L. Frieden, président-rapporteur, p. 1. Lire aussi l'exposé des motifs contenu dans le doc. parl. n° 4154.

²⁸⁴ Dans la proposition n° 6030, dans sa version coordonnée la plus récente (doc. parl. n° 6030-23), le régime de ces deux articles actuels est repris dans l'art. 5 al. 2.

²⁸⁵ Voir *supra* le texte lié aux notes 239 et suivantes.

²⁸⁶ Il est probable qu'en pratique, par souci de neutralité, le grand-duc ne se servira que très rarement, voire jamais, de son éventuel droit de saisine. Pourtant, il est utile, et même nécessaire, de le prévoir car, selon la proposition n° 6030, le grand-duc, individu, peut désormais être rendu politiquement responsable, et contraint à l'abdication par la Chambre des députés, « *s'il ne remplit pas ses attributions constitutionnelles* » (art. 60 de la proposition n° 6030, doc. parl. n° 6030-23). Or, il doit respecter la Constitution dans tous ses actes de chef de l'État. S'il estime, personnellement, qu'une future loi est contraire à la Constitution, il serait cohérent qu'il puisse saisir la Cour constitutionnelle de ses scrupules d'ordre constitutionnel. Son droit de saisine devrait être délié de l'obligation du contresigne ministériel car, d'une part, c'est la responsabilité personnelle du grand-duc qui

d'État²⁸⁷, les chambres professionnelles, l'ordre des avocats, les communes, etc.) et, d'autre part, à l'instar de ce qui se fait en Belgique à travers le recours en annulation devant la Cour constitutionnelle belge, par les « particuliers » (personnes physiques et morales de droit privé) dont les intérêts, voire droits sont mis en cause.

- Divers débats dans le passé – celui de 2013 sur la dissolution à effet différé de la Chambre des députés, celui de 2008 sur le refus d'Henri de Nassau de signer la future loi sur l'euthanasie, ceux des années 1990 sur les modalités de ratification de certains traités, etc. – montrent que, même dans le système politique luxembourgeois si « consensuel », il existe parfois d'importants litiges entre acteurs politiques, conflits qui mobilisent des normes juridiques, et qui, à ce titre, dans un État de droit tel qu'entendu de nos jours, mériteraient d'être tranchés par un juge, et de préférence par une juridiction travaillant spécialement sur le droit constitutionnel. Je plaide donc à ce que, à l'instar de ce qui se fait dans tant d'autres pays, la Cour constitutionnelle puisse être saisie des litiges relatifs à la répartition des compétences entre les divers organes politiques de l'État (« Grand-Duc », « Chambre des députés », « Conseil de gouvernement », « Conseil d'État », etc.).

- La solution actuelle de l'attribution du rôle de juge des conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions à la Cour supérieure de justice n'est pas cohérente avec l'absence d'hierarchie entre les deux ordres de juridictions. Ni la Constitution actuelle ni la proposition n° 6030 ne prévoient de dignité supérieure, ou prééminence, en faveur des juridictions judiciaires, sauf, précisément, à travers l'actuel art. 95, 2^e phrase, Const. Les anciennes rivalités datant du XIX^e siècle, entre juridictions judiciaires (les « vraies » juridictions) et un Conseil d'État honni en tant qu'organe juridictionnel « à la solde du pouvoir exécutif », ne sont plus d'actualité. Autant tirer un trait sur ce passé et attribuer le rôle de départage des compétences à la Cour constitutionnelle, dont la composition actuelle et future, si elle n'est pas paritaire, permet au moins la présence de quelques juges administratifs.

- Faut-il aller encore plus loin et instaurer, à l'instar du droit allemand, une « *Verfassungsbeschwerde* » (plainte constitutionnelle), sous la forme d'une « *Urteilsverfassungsbeschwerde* » ? Il est certain que certaines pratiques des juridictions ordinaires luxembourgeoises – le refus, parfois discutable, de saisir la Cour constitutionnelle ; le refus, inadmissible, de la part du juge de renvoi (en l'espèce, la Cour de cassation !) d'obéir à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle²⁸⁸ – soulèvent des interrogations. La solution d'un recours constitutionnel individuel dirigé contre une décision d'une juridiction suprême (Cour de cassation, Cour administrative) violant les droits fondamentaux de ce justiciable permettrait, certes, d'asseoir l'emprise de la Cour constitutionnelle sur les juridictions ordinaires. Mais elle n'est pas sans présenter des inconvénients : l'arrêt de la Cour constitutionnelle interviendrait à la fin d'un long parcours judiciaire ; à la lumière des expériences étrangères, par ex. en Allemagne, il apparaît que les chances de réussite pour les justiciables sont très minces ; la Cour constitutionnelle risquera fortement d'être confrontée à une surcharge de travail, eu égard à la popularité de ce type de recours ; il faudrait, également, revoir substantiellement la composition actuelle de la Cour constitutionnelle, en particulier le régime du cumul). Pour ma part, je ne suis pas entièrement convaincu des bienfaits d'une telle réforme : pour les individus, il me semble que le recours en annulation, de nature abstraite, et intervenant juste après la promulgation de la loi, est plus utile.

est en cause dans le cadre du nouvel art. 60 et, d'autre part, l'on voit mal un gouvernement cautionner une saisine de la Cour constitutionnelle à l'encontre d'une loi dont il est, le plus souvent, l'instigateur.

²⁸⁷ Son rôle de « gardien de la Constitution » le prédestine à obtenir et à exercer le droit de saisine, mais, en même temps, il n'est pas certain que le Conseil d'État s'en servirait effectivement, par peur de se faire désavouer par la Cour constitutionnelle et à cause d'éventuelles susceptibilités institutionnelles. Il serait néanmoins utile de lui conférer le droit de saisine.

²⁸⁸ J. Gerkrath, « L'obligation du juge 'a quo' de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2012, p. 479-511.

Plaidoyer pour le maintien d'une Cour Constitutionnelle (le cas échéant) réformée¹

Patrick Kinsch

Pourquoi « le cas échéant » ?

C'est qu'à mon avis, le système du contrôle de constitutionnalité à travers la Cour constitutionnelle mérite d'être maintenu, même en l'absence de toute réforme de la Cour, qu'elle prenne la forme d'une « petite réforme » comme celle que le Gouvernement envisage actuellement d'entreprendre, ou celle d'une grande réforme, par l'attribution à la Cour constitutionnelle de compétences élargies². Continuer de confier le contrôle de constitutionnalité à une juridiction unique est préférable, selon moi, à une modification radicale du système, tendant non pas certes à supprimer le contrôle de la constitutionnalité des lois – de cela, il n'est pas question dans les débats actuels au Luxembourg – mais à le déconcentrer, en le confiant désormais à chaque juridiction. Ce modèle alternatif, celui du contrôle déconcentré, est un modèle respectable, qui a pu convaincre l'ancien ministre de la justice qui l'avait envisagé dans le cadre d'un avant-projet de loi tendant à l'institution d'une Cour suprême, le Conseil d'Etat³, et des esprits aussi indépendants que Georges Ravarani⁴ et, dernièrement, Robert Biever⁵.

I. Une approche empirique

Je ne pense pas qu'il existe une argumentation rationnellement et logiquement contraignante, ni pour le maintien du système actuel, ni pour son remplacement par un autre système, celui de la déconcentration du contrôle de constitutionnalité. Il existe en revanche des arguments *empiriques*, tirés de l'expérience, qui plaident à mon avis pour le maintien de la Cour constitutionnelle possédant le monopole de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi – et même, dans le modèle luxembourgeois, le monopole de l'examen approfondi de la question de la constitutionnalité des lois. Les arrêts de la Cour de cassation censurant les arrêts qui empiètent sur les compétences de la Cour constitutionnelle en examinant eux-mêmes de manière approfondie la constitutionnalité d'une loi sans saisir la Cour constitutionnelle⁶ sont entièrement justifiés : ces arrêts méritaient d'être cassés, puisque dans le système institué par le constituant et le législateur, il appartient aux juges « ordinaires » de

¹ Le style d'une présentation orale, ou d'un « plaidoyer », a été maintenu dans la mesure du raisonnable. Des notes en bas de page ont toutefois été ajoutées.

² Voir *supra*, la contribution de L. Heuschling.

³ Avis du 6 juin 2012 sur le projet de modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, *Doc. parl.* n° 6030⁶, p. 102.

⁴ G. Ravarani, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *J.T.L.* 2011, p. 37.

⁵ R. Biever, « Pistes de réflexion en vue d'une justice plus efficace », non publié, 2016, p. 7.

⁶ A partir de Cass. 25 février 2010, *Pas.* 35, p. 6 et 25 mars 2010, *Pas.* 35, p. 10, jusqu'au récent arrêt Cass. 16 février 2017, n° 15/17 ; voir l'examen détaillé de la jurisprudence dans la contribution de N. Edon, *supra*. Il est permis de regretter d'autant plus certains arrêts de la Cour de cassation qui tranchent eux-mêmes des questions de constitutionnalité nouvelles, non dépourvues de sérieux, au lieu de les renvoyer devant la Cour constitutionnelle et donner ainsi l'exemple aux juges du fond : Cass. 11 juillet 2013, n° 50/2013 pénal, *J.T.L.* 2014, p. 17 (l'arrêt tranche catégoriquement par la négative l'importante question de savoir si une violation du principe d'égalité est envisageable en cas de traitement indument égal de situations objectivement inégales ; comp. la solution contraire donnée par C. ad. 12 mai 2016, n° 36471C, *J.T.L.* 2016, p. 184) et Cass. 6 novembre 2014, n° 67/14, *J.T.L.* 2015, p. 72, concl. conformes Wivenes, et la note critique (l'arrêt donne une interprétation peut-être exacte, mais minimisante et qui aurait en tout état de cause dû venir de la Cour constitutionnelle, aux articles de la Constitution instituant des droits sociaux).

renvoyer à la Cour constitutionnelle toutes les questions de constitutionnalité sérieuses, et non seulement celles qui leur semblent fondées.

Voyons quels sont ces arguments.

A. L'expérience des autres pays : modèle américain contre modèle européen (majoritaire)

Le modèle alternatif, qui confère à tous les juges le pouvoir d'exercer un contrôle de la constitutionnalité des lois, sous réserves des voies de recours ordinaires contre leurs jugements, se rencontre en droit comparé. Historiquement, c'est en fait le premier système de contrôle de constitutionnalité qui a été créé, sous la forme du *modèle américain* qui existe en vertu de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis depuis 1803⁷. C'est un système qui fonctionne aux Etats-Unis, avec des succès notables, mais aussi avec certaines limites : il y a eu des périodes d'activisme extrême de la Cour suprême américaine, et notamment la période de « gouvernement des juges »⁸, de la fin du 19^e siècle à 1937, pendant laquelle la Cour, s'estimant investie de la mission de veiller au respect des principes, constitutionnalisés par elle-même, du libéralisme économique, s'opposa à toute forme d'interventionnisme étatique dans la liberté contractuelle⁹ ; il y a encore l'extrême politisation actuelle des nominations à la Cour suprême (alors que celle-ci n'est même pas une juridiction exclusivement constitutionnelle, mais encore, et peut-être surtout, la juridiction censée décider en dernier ressort de l'interprétation des lois fédérales). Le modèle américain de contrôle de la constitutionnalité des lois a convaincu quelques Etats européens, mais quelques-uns seulement, à l'adopter eux-mêmes : la Grèce, depuis le 19^e siècle¹⁰, ainsi que, avec certaines différences entre eux, les pays scandinaves, d'abord la Norvège à la fin du 19^e siècle (originellement, semble-t-il, pour pouvoir mieux protéger le droit de propriété, en ligne avec le droit américain de l'époque¹¹), puis, sur le modèle norvégien, le Danemark et l'Islande. La Suède et la Finlande pratiquent elles aussi une espèce de contrôle de constitutionnalité confié aux juridictions ordinaires.

En créant la Cour constitutionnelle, le Luxembourg n'a pas suivi le modèle américano-helléno-scandinave, mais celui en vigueur dans les Etats qui l'environnaient et qui est en même temps celui qui est en vigueur dans la grande majorité des Etats européens. Ce modèle a été créé originellement, avant la seconde guerre mondiale, en Autriche¹². Après la guerre, le modèle de la création d'une Cour constitutionnelle séparée des juridictions

⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁸ Cf. le livre classique d'E. Lambert, *Le gouvernement des juges et le lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921. Cet ouvrage a fait impression au moment de sa parution et était l'une des raisons du rejet du principe même du contrôle de la constitutionnalité des lois, longtemps maintenu par les partis socialistes dans le monde francophone.

⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) : une loi qui restreint à 10 heures par jour et 60 heures par semaine l'emploi des salariés des boulangeries est contraire au principe constitutionnel de la liberté contractuelle qui est, selon l'arrêt, un élément du *due process*. La jurisprudence changea au milieu de l'époque du New Deal, peut-être sous l'influence du projet du président Roosevelt de modifier la composition de la Cour Suprême pour pouvoir réaliser son programme de réformes : voir en particulier *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

¹⁰ A. Manitakis, « Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce », *Rev. int. dr. comp.* 1988, p. 39.

¹¹ R. Helgadóttir, *The Influence of American Theories on Judicial Review in Nordic Constitutional Law*, Leydel/Boston, Martinus Nijhoff, 2006, spéc. pp. 11-101 (la jurisprudence norvégienne était même, de certains points de vue, plus rigide que la jurisprudence américaine de l'époque : « *no doctrine of inalienable governmental powers developed until much later. Quite on the contrary, rights once vested were inviolable, so if the legislature found it necessary to impair them to further the public weal, it had to pay compensation under the takings clause* », p. 98 ; voir également la conclusion, p. 251 : à partir des années 1930, « *many Norwegian lawyers believed that Norwegian constitutional jurisprudence was problematic in the same way as American constitutional jurisprudence, in that it restrained the legislature and privileged the property and vested rights of the affluent few over the public weal* », et la jurisprudence changea graduellement). Voir aussi P. Quint, « Der Einfluss des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa », *Handbuch ius Publicum Europaeum*, vol. VI, Heidelberg, C.F. Müller, 2016, spéc. pp. 865-866, pour une comparaison de l'attitude positive norvégienne avec celle d'autres pays européens, plutôt sceptique à l'égard de la jurisprudence américaine de cette époque.

¹² Le *Verfassungsgerichtshof* autrichien a été créé en 1920 ; sur l'arrière-plan théorique de sa création (le positivisme juridique d'A. Merkel et H. Kelsen), sur sa jurisprudence de 1920 à 1929 (qui ne concernait pas les droits fondamentaux, considérés comme relevant du droit naturel plutôt que du droit positif dans la tradition positiviste autrichienne), et sur sa crise politique, suivie de son échec en 1933, voir Ch. Grabenwarter, « Der

ordinaires a été adopté en Allemagne et en Italie, dans le cadre de la démocratisation de leurs institutions politiques, et a été considérablement développé, dans un sens très positif, par les juridictions constitutionnelles nouvellement créées, au point de devenir un modèle à suivre par les autres Etats européens, qu'ils aient fait l'expérience de la dictature (Espagne, Portugal) ou du totalitarisme (Etats de l'Est européen) ou non. C'est également le modèle français et belge, auquel s'est rallié (assez tardivement, il faut l'admettre) le Luxembourg. Ce modèle a été un succès, ayant pu bénéficier dans chacun des Etats qui l'ont adopté de la créativité des juges constitutionnels.

On ne cachera pas qu'il s'agit aussi, fréquemment ou même typiquement, d'un modèle basé sur des nominations politiques des juges constitutionnels, système nécessaire lors de l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois en Allemagne : il s'agissait d'éviter, en faisant élire les juges constitutionnels par le Parlement, de confier le contrôle du respect de la nouvelle Constitution à des conseillers au *Bundesgerichtshof* qui avaient siégé, quelques années auparavant, au *Reichsgericht* ... mais le même modèle de nomination politisé existe aussi, sans d'aussi bonnes excuses, en Belgique et en France¹³.

B. L'expérience luxembourgeoise : son originalité, ses succès

Autre donnée empirique : l'expérience faite au Luxembourg avec la Cour constitutionnelle au cours des vingt dernières années. Cette expérience présente une originalité, une particularité luxembourgeoise : la Cour constitutionnelle est certes une juridiction spécialisée dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, mais c'est en même temps une juridiction dont la composition est entièrement dépolitisée. Elle se distingue sous ce rapport du mode de composition habituel en Europe. Les magistrats qui la composent sont, et restent après leur nomination à la Cour constitutionnelle, également et surtout des « juges ordinaires », dont la nomination est au Luxembourg entièrement soustraite aux pouvoirs politiques.

Les nominations à la Cour constitutionnelle sont tantôt des nominations d'office, prévues par la Constitution et par la loi du 27 juillet 1997¹⁴, tantôt des nominations décidées par la magistrature elle-même et effectuées (actuellement du moins) à l'ancienneté. Le Luxembourg a ainsi réussi à s'assurer les avantages d'une juridiction constitutionnelle – la (relative) spécialisation des magistrats qui y siègent – tout en évitant ce qui, au Luxembourg, apparaît comme étant l'inconvénient de la politisation des nominations.

La qualité du travail de la Cour constitutionnelle est reconnue de tous. Elle a réussi à construire, en moins de vingt ans, une jurisprudence cohérente dans les domaines sur lesquels s'est concentrée son activité – dans le domaine des droits fondamentaux, il s'est agi d'une part du principe de légalité criminelle, d'autre part et surtout du principe d'égalité. Sa jurisprudence est citée dans la jurisprudence des juges ordinaires comme dans les avis du Conseil d'Etat et leur sert de guide. C'est une jurisprudence performante, dont le Luxembourg peut modestement être fier. Il est clair que si la Cour constitutionnelle n'avait jamais été créée, l'équivalent de cette jurisprudence n'existerait pas ; certains juges en auraient certes adopté l'équivalent, mais leur jurisprudence se juxtaposerait à la jurisprudence d'autres juges, moins intéressés par le contrôle de constitutionnalité et dès lors enclins à en minimiser la portée. En somme, il est très bien que la Cour constitutionnelle ait pu exister pendant vingt ans. Faut-il changer le système ?

österreichische Verfassungsgerichtshof », *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VI, Heidelberg, C.F. Müller, 2016, spéc. pp. 423-430.

¹³ Exemple, arbitrairement choisi : la décision n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012 (*Rec.* p. 323), qui voit siéger au Conseil constitutionnel, sous la présidence de M. Jean-Louis Debré, le juge constitutionnel Nicolas Sarkozy sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'article 460 du Code civil français, en ce qu'il soumet le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation de son curateur.

¹⁴ La loi (art. 3, par. 5) décide en même temps que la présidence de la Cour constitutionnelle revient au président de la Cour supérieure de justice ; on peut relire, dans les travaux préparatoires de la loi (*doc. parl.* n° 4218), des documents qui reflètent le conflit, alors existant sur ce point, entre la Cour supérieure et la Cour administrative. Cette époque est aujourd'hui révolue.

Deux dictons américains : A ceux qui voudraient changer de modèle et adopter ce qui est, en substance, le modèle américain du contrôle de constitutionnalité des lois, on peut répondre par deux dictons par lesquels s'exprime la sagesse populaire (mais non populiste) américaine : « Don't change a winning team » et « If it ain't broke, don't fix it ».

II. Le principal argument théorique invoqué contre le maintien du système luxembourgeois : contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité

A l'appui de ce changement radical, un argument est invoqué, et il repose sur des données de départ jusqu'à un certain point exactes. Si le contrôle de la constitutionnalité des lois est une relative innovation dans l'ordre juridique luxembourgeois, qui a même été à la traîne de ce développement de l'Etat de droit en Europe, la jurisprudence luxembourgeoise pratique depuis longtemps le contrôle de la *conventionnalité* des lois, en reconnaissant leur subordination par rapport aux traités internationaux liant le Luxembourg. Cette jurisprudence est stabilisée depuis les années 1950 (et le Luxembourg était même le premier pays à reconnaître la primauté des traités par rapport aux lois nationales postérieures¹⁵). Ce principe général du droit public luxembourgeois a été étendu ensuite à la Convention européenne des droits de l'homme, et toutes les juridictions luxembourgeoises assurent un contrôle par rapport à la Convention. Or la Convention contient des droits de l'homme qui ne se distinguent pas, ou guère, en substance des droits fondamentaux reconnus par la Constitution luxembourgeoise. Donc : où est la différence ? Et pourquoi n'admettrait-on pas le contrôle de la constitutionnalité des lois assuré par toutes les juridictions ?

Cet argument est certainement muni d'une certaine force, ce qui explique qu'il ait pu être retenu naguère dans un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg¹⁶ et qu'il ait été récemment encore défendu par Georges Ravarani dans une étude approfondie¹⁷.

Mais l'argument en question n'est pas logiquement déterminant, sinon il aurait été adopté en France (pays cartésien) et en Belgique (pays, il est vrai, moins cartésien) où, comme au Luxembourg, la Convention européenne des droits de l'homme bénéficie, devant toutes les juridictions, de la primauté par rapport à la loi nationale et où néanmoins le contrôle de la constitutionnalité des lois est centralisé entre les mains d'une juridiction constitutionnelle.

Surtout, il existe en réalité une distinction fondamentale entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : le contrôle de constitutionnalité est un contrôle national, dans lequel la jurisprudence des juridictions nationales est seule déterminante et la qualité de la jurisprudence nationale a une importance particulière. Le contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, en revanche, est un contrôle essentiellement supranational, dont les solutions dépendent en définitive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, juridiction au rôle de supervision absolument essentiel. Cette jurisprudence constitue un corpus jurisprudentiel suffisamment abondant¹⁸ pour qu'il soit possible, à toutes les juridictions nationales, de s'en inspirer, sans qu'il soit besoin de centraliser le contrôle de conventionnalité.

En plus, si on observe la réalité jurisprudentielle, on se rend compte de l'existence au Luxembourg d'une répartition informelle des tâches, à laquelle il n'est que rarement dérogé, entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. La Convention européenne des droits de l'homme est invoquée systématiquement par les avocats, et appliquée par les magistrats, dès lors qu'il s'agit du droit au procès équitable (décliné dans des milliers d'arrêts et de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, alors que

¹⁵ On rappellera la trilogie d'arrêts des années 1950 : Cass. 8 juin 1950, *Pas.* 15, p. 41 ; C.E. 28 juillet 1951, *Pas.* 15, p. 263 ; Cass. 14 juillet 1954, *Pas.* 16, p. 150 ; *J.T.* 1954, p. 694, concl. conformes L. de la Fontaine, note enthousiaste Pescatore.

¹⁶ 11 juillet 1984, *Pas.* 27, p. 65.

¹⁷ G. Ravarani, art. préc., spéc. pp. 39-40.

¹⁸ La Cour prononce actuellement environ 2000 arrêts par an, sans compter les très nombreuses décisions dont certaines font également jurisprudence (pour les détails, cf. les données statistiques publiées au *Rapport annuel* de la Cour pour 2016, p. 199).

la Constitution luxembourgeoise est actuellement sous-développée en ce qui concerne le droit à l'accès au juge et les garanties procédurales¹⁹, le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à la liberté d'opinion et d'expression²⁰. Il s'agit, en même temps, des principaux domaines dans lesquels le Luxembourg, ou plus précisément la pratique luxembourgeoise (plutôt que la loi) ont été condamnés, dans le passé, par la Cour européenne des droits de l'homme.

En revanche, c'est à la Constitution que les juristes luxembourgeois font appel, dès lors qu'il s'agit du problème d'ordre structurel du respect du principe d'égalité par le législateur ; certes, il n'arrive pas, ou très rarement, au législateur luxembourgeois d'agir dans un but ouvert de discrimination, mais il lui arrive (comme à tous les législateurs, rassurons-nous) de se tromper, et parfois même de se tromper manifestement, en ce qui concerne le champ d'application des régimes législatifs²¹. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'égalité et de discrimination est certes intellectuellement importante²², mais elle se concentre sur des inégalités dans la jouissance de droits que la Convention garantit par ailleurs – c'est là le sens de l'article 14 de la Convention – et non sur ce qui constitue certes non pas la seule, mais la principale activité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise : pourchasser les inégalités dans des domaines de la vie sociale qui sont importants, mais souvent techniques et pas nécessairement couverts par des droits garantis par la Convention (les activités professionnelles, la fonction publique, et ainsi de suite) et contribuer ainsi au perfectionnement de notre ordre juridique. Sur ce point la jurisprudence luxembourgeoise est plus riche en nuances que la jurisprudence strasbourgeoise – et ceci malgré l'existence d'un protocole additionnel n° 12 à la Convention, lequel définit un droit général, qui n'est plus limité aux droits par ailleurs garantis par la Convention, à l'égalité et à la non-discrimination. Le problème avec le protocole n° 12 (qui a été ratifié par le Luxembourg) est que la plupart des Etats membres « importants » du Conseil de l'Europe se sont abstenus de le ratifier, préférant visiblement maintenir cette question sous contrôle national²³.

Il est vrai que le contrôle de la Cour constitutionnelle est un contrôle essentiellement abstrait²⁴, alors que le contrôle des juridictions ordinaires par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme est plus concret²⁵ ; il est vrai encore qu'il est arrivé une fois que sur la même question (abstraite définie), celle de la conformité au principe d'égalité de la règle de l'article 367 du Code civil, en tant qu'elle réserve aux couples mariés le droit d'adopter plénièrement un enfant, la Cour constitutionnelle a d'abord rendu un arrêt qui estimait le traitement différent des couples mariés et des femmes célibataires justifié²⁶,

¹⁹ C'est ainsi que le droit à l'accès au juge doit actuellement être déduit de la garantie (positivée par l'article 11, par. 1^{er} de la Constitution) des droits naturels de la personne (C.E. 25 mai 1984, n° 7261, *Rec. fisc. CE* : « parmi les droits naturels, il faut compter le droit de s'adresser à la justice pour faire trancher un litige » ; solution peut-être implicitement confirmée par Cass. 18 février 2016, n° 9/2016 pénal, *J.T.L.* 2016, p. 135), ou le cas échéant déduit par voie d'interprétation des articles de la Constitution prévoyant la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire et administratif ; la situation peut être améliorée, dans le cadre de la révision constitutionnelle en cours, par la reprise partielle de textes de la Constitution suisse (voir, en dernier lieu, l'avis du Conseil d'Etat du 14 mars 2017, *Doc. parl* n° 6030¹⁹, pp. 4-5).

²⁰ Voir récemment l'important arrêt *Luxleaks* de la Cour d'appel du 15 mai 2017, *J.T.L.* 2017, p. 82.

²¹ Cf. « L'égalité devant la loi », *Pas.* 34, spéc. pp. 86-90.

²² L'arrêt dans l'affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » du 23 juillet 1968 (Série A, n° 6) figure parmi les ancêtres indirects de la définition de sa mission de contrôle par la Cour constitutionnelle, et l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* (GC, 6 avril 2000, n° 34369/97), retenant qu'un traitement indument égal de situations objectivement inégales viole le principe d'égalité, devrait contribuer à faire pencher la balance du côté de la jurisprudence administrative dans le désaccord entre la Cour de cassation et la Cour administrative rappelé *supra*, note 6. Par ailleurs la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la discrimination en raison de la nationalité se distingue par sa fermeté, voir p.ex. l'arrêt du 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98.

²³ C'est ainsi que le Protocole n° 12 n'a été ratifié par aucun de nos Etats limitrophes (ceux dont nous provient l'essentiel de notre droit) ; les Pays-Bas sont l'autre Etat lié par le protocole qui est le plus proche (géographiquement, juridiquement, culturellement) du Luxembourg. La jurisprudence de la Cour concernant le respect du protocole n° 12 par les Pays-Bas n'est pas particulièrement impressionnante ; il en va autrement de sa jurisprudence à l'égard de certains autres Etats contractants qui discriminent ouvertement contre des minorités nationales, mais ces arrêts n'apportent rien à l'ordre juridique luxembourgeois.

²⁴ Cour const., arrêt n° 70 du 9 mars 2012.

²⁵ G. Ravarani, *loc. cit.*

alors qu'une dizaine d'années plus tard, la Cour d'appel a condamné, dans un arrêt d'ailleurs remarquablement motivé, la même règle par application combinée des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁷. Ce sont des choses qui arrivent ; les idées peuvent évoluer, et elles ont manifestement évolué entre 1998 et 2009. Rien n'aurait empêché la Cour d'appel de ressaisir la Cour constitutionnelle de la question de constitutionnalité rejetée en 1998 ; si elle a préféré y substituer un contrôle de conventionnalité, pour moderniser ainsi elle-même le droit luxembourgeois, cela n'a rien de scandaleux. En tout cas l'incohérence, si tant est qu'elle existe, entre un arrêt de la Cour constitutionnelle de 1998 et un arrêt de la Cour d'appel de 2009 n'est *rien* si on la compare avec l'incohérence dans le contrôle de la constitutionnalité des lois qui aurait été la conséquence de l'adoption du système décentralisé au lieu du système actuel :

III. Les inconvénients d'ordre pratique du système décentralisé

A. *Le risque d'une jurisprudence incohérente...*

C'est là le principal risque : qu'en cas de suppression de la Cour constitutionnelle, l'unité de la jurisprudence disparaisse. On y trouvera substituée, sur une seule et même question portée par exemple devant les juridictions de l'ordre judiciaire, une jurisprudence de différents tribunaux, ou de différentes chambres au sein d'un même tribunal ou de la Cour d'appel, tantôt plus favorable à un contrôle de constitutionnalité avancé, tantôt plus timorée ou même hostile. Même si, par le jeu des voies de recours, tous les litiges peuvent théoriquement remonter vers la Cour de cassation (ou vers la Cour suprême, dans le cas de l'institution d'une telle juridiction), il est certain dès à présent qu'une minorité seulement y remontera effectivement : l'exercice des voies de recours dépend de l'initiative des parties, et l'intérêt des parties peut consister à arrêter le litige à un stade donné de la procédure, quel que soit le caractère contestable d'une décision sur la constitutionnalité d'une loi.

Il arrivera dès lors que des lois soient déclarées contraires à la Constitution par des juridictions de première instance sans que le jugement soit frappé d'appel. Surtout, des questions de constitutionnalité sérieuses seront tranchées dans le sens de la conformité de la loi à la Constitution, sans que la décision soit déférée à la Cour d'appel ou, s'il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel, à la Cour de cassation. C'est là – dans le rejet contestable de moyens de constitutionnalité par des tribunaux ou par la Cour d'appel, sans que les parties exercent un recours contre la décision intervenue – le principal élément d'incohérence, et même de chaos potentiel, qu'engendrerait l'adoption du contrôle de constitutionnalité décentralisé.

B. *... dont même un rôle accru du Parquet général ne peut nous préserver*

Il a été proposé²⁸ de résoudre le problème auquel je viens de faire allusion en prévoyant un rôle accru du Parquet général, qui pourrait exercer un pourvoi dans l'intérêt de la loi, dans le but de faire résoudre la question de la constitutionnalité d'une loi, de manière définitive, par la Cour de cassation (ou par la Cour suprême).

Je n'arrive pas, personnellement, à y croire. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi existe dès à présent dans notre législation²⁹ ; pourtant, il est extrêmement rare qu'il en soit introduit un, alors qu'il arrive régulièrement que des arrêts contenant des violations de la loi soient prononcés par la Cour d'appel, sans que l'une des parties se pourvoie en cassation contre eux. Pourquoi en irait-il différemment des arrêts ou jugements qui se sont trompés sur la question de la constitutionnalité d'une loi ?

²⁶ Cour const., arrêt n° 2 du 13 novembre 1998.

²⁷ Cour d'appel 16 décembre 2009, *J.T.L.* 2010, p. 73.

²⁸ Cf. la contribution de G. Wivenes, *supra*.

²⁹ Art. 4 et 5 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Si le Parquet général est convaincu du caractère erroné d'une décision invalidant une loi, qu'aucune des parties n'attaque devant la Cour de cassation, il faut espérer qu'il introduira effectivement un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi. Mais qu'en est-il des nombreuses décisions rejetant des moyens d'inconstitutionnalité ? Et qu'en est-il si la solution adoptée par la juridiction paraît conforme à la Constitution aux yeux des représentants du Parquet général ? Dans cette hypothèse, comment pourraient-ils introduire un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, qui tend à ce que la Cour de cassation casse et annule une décision que les magistrats du Parquet général estimeraient pourtant correctement rendue ?

Il s'y ajoute une différence entre la matière civile et la matière pénale. En matière civile, le Parquet général est impartial ; il ne l'est pas – et n'a pas à l'être – en matière pénale. En matière pénale, il est certes indépendant du pouvoir politique³⁰, mais il n'est pas « impartial » : c'est le parquet qui a préalablement pris la décision de lancer des poursuites sur le fondement d'un texte de loi donné, et dont la constitutionnalité peut parfois être objectivement douteuse. Le parquet a un devoir déontologique d'objectivité dans ses poursuites, mais il a le droit d'avoir sa propre politique de poursuite ; il serait naïf d'espérer qu'il exercera systématiquement des pourvois dans l'intérêt de la loi contre, par exemple, des jugements de première instance qui auront condamné des prévenus sur le fondement de telle loi ou telle autre, conformément aux réquisitions du parquet (ou contre les arrêts d'appel qui les auront condamnés conformément aux conclusions du Parquet général).

L'idée du pourvoi dans l'intérêt de la loi transfère en fait au Parquet général la responsabilité de juger de la question de savoir si la Cour de cassation, ou la Cour suprême, sera saisie ou non de la question de la constitutionnalité d'une loi qui aura été tranchée par une juridiction inférieure, dans les hypothèses où aucune des parties ne se pourvoit en appel ou en cassation. Le jugement du Parquet général sera le jugement définitif dans l'hypothèse où les magistrats du Parquet général seront d'accord avec la solution rendue. Ceci n'est pas souhaitable, puisque c'est à une *juridiction* qu'il appartient de prendre la décision finale, et non aux magistrats du Parquet général, quelque élevée que soit par ailleurs leur compétence et quelque incontestable que soit leur sens de la déontologie.

C. La perte des avantages inhérents à la (relative) spécialisation des magistrats à la Cour constitutionnelle

On constate, à la lecture des jugements et arrêts³¹, qu'il semble exister des différences réelles entre les différents magistrats luxembourgeois quant à leur intérêt pour les questions de constitutionnalité. Si les magistrats de l'ordre administratif sont habitués aux questions de droit public (puisque leur tâche consiste à trancher essentiellement des recours en annulation d'actes administratifs, avec fréquemment un contrôle, principal ou accessoire, des règlements), les magistrats de l'ordre judiciaire y sont en partie assez étrangers. Certains d'entre eux montrent un intérêt réel pour le contrôle de la hiérarchie des normes, mais il arrive à d'autres de s'intéresser plus à rendre justice par rapport à une situation concrète qu'à s'embarrasser de questions de constitutionnalité des lois, qui ne se présentent à eux que rarement ; et qui voudrait leur en faire reproche ?

Compte tenu de cette non-spécialisation, le système existant actuellement, qui aboutit à un partage des tâches entre les magistrats tranchant le fond du litige et ceux qui, investis d'une certaine ancienneté, ont montré un intérêt particulier pour le contrôle normatif en se portant candidats à la Cour constitutionnelle, semble être une solution pragmatique et satisfaisante sur le plan empirique.

³⁰ Le fait qu'il soit prévu d'inscrire cette indépendance dans la nouvelle Constitution constitue certes une garantie contre une hypothétique volonté d'un futur ministre de la justice d'influencer la politique du parquet, mais on sait que dans la pratique actuelle, pareille prise d'influence n'est pas pratiquée.

³¹ En particulier les décisions, parfois problématiques, qui rejettent comme « dénuées de tout fondement » des questions de constitutionnalité sérieuses, et qui pourront être cassées par la Cour de cassation (cf. *supra*, texte accompagnant la note 6)... à condition de lui être soumises.

C'est d'ailleurs une raison similaire qui justifie le maintien, au Grand-Duché de Luxembourg, du système des juridictions administratives séparées des juridictions judiciaires. Le contentieux administratif a été façonné, en France, par le Conseil d'Etat qui a été et reste un organe de l'Etat français (et accessoirement une juridiction) empreint du plus parfait élitisme républicain et chargé de concilier, dans un esprit de sagesse technocratique, les droits des citoyens et les prérogatives de l'Etat³². Ce n'est pas là le modèle luxembourgeois de l'organisation de l'Etat ; le Luxembourg n'est pas un pays élitiste. Mais le fait de faire appel à des magistrats un peu spécialisés n'est pas une mauvaise chose, y compris au Luxembourg.

³² Cf. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Paris, LGDJ, 2013, n° 130, spéc. p. 168.

Quelques réflexions relatives à la Cour Constitutionnelle

Robert Biever

Mesdames, Messieurs,

Le sujet de notre colloque ne doit pas prêter à équivoque. En effet même s'il est bien trouvé, pour être tapageur, il n'en reste pas moins que personne ne veut la fin du contrôle de constitutionnalité des lois.

Dans ce contexte, il faut se rappeler les difficultés peu communes pour mettre en place un tel contrôle.

Les premières tentatives en ce sens remontent au moins à 1953 où Pierre Pescatore, dont les vues étaient en l'espèce d'avant-garde, estimait indispensable, dans un véritable Etat de droit, que toute norme juridique doit pouvoir être analysée par un juge aux fins de vérifier sa conformité à une norme juridique supérieure.¹

Il est un fait que très longtemps il y avait une forte tendance politique d'après laquelle dans une démocratie il ne pouvait y avoir qu'un seul pouvoir légitime, celui qui émane du peuple lors d'élections et que les juges n'étaient pas là pour vérifier si une disposition légale est conforme à une norme juridique supérieure, ce pouvoir appartenant au seul pouvoir politique. Toute autre solution conduirait à l'ultime horreur d'un « gouvernement des juges ».

Telle était pendant très longtemps l'opinion surtout prépondérante dans les milieux se méfiant par nature de tout pouvoir autre que le pouvoir émanant du peuple à savoir les forces politiques qui se proclament par ailleurs volontiers comme étant de progrès.

Or, le suffrage universel n'est pas à lui seul une garantie contre le despotisme (Louis-Napoléon Bonaparte n'a-t-il pas été le premier président de la République française élu au suffrage universel ; Hitler n'a-t-il pas fait son coup d'Etat qu'après être arrivé au pouvoir dans des conditions légales ? Il y a des exemples plus récents...). Cela signifie que le système électif, fût-il exprimé au suffrage universel, est insuffisant pour caractériser et sauvegarder une démocratie.

Il faut que le pouvoir émanant d'élections, qui est indiscutablement le premier des pouvoirs soit contre-balancé par d'autres pouvoirs afin de garantir les droits des minorités. Il va sans dire qu'en l'espèce un rôle déterminant revient aux juridictions².

A vrai dire – et il faut le dire ouvertement – la question se pose de savoir si on aurait eu une Cour constitutionnelle, si à peu près tous les pays membres du Conseil de l'Europe ne s'en étaient pas dotés ? Pour ma part je répondrais sans hésiter par la négative à cette question.

Mais même lorsqu'on avait décidé au plan politique de créer une Cour constitutionnelle, il y eut des passes d'armes très vives quant à son mode de fonctionnement, ceci notamment entre la Cour supérieure de justice et la Cour administrative.³

¹ Note du ministère des Affaires étrangères signée Pierre Pescatore du 20 novembre 1953 sur « Le pouvoir des juridictions nationales d'interpréter les traités internationaux »

² Voir notamment Pierre Rosanvallon « La contre-démocratie » éd. du Seuil.

³ A titre d'exemple, on peut mentionner que le jour suivant son assermentation en tant que premier Président de la Cour Constitutionnelle, celui-ci présenta sa démission avec fracas, étant en désaccord quant à la manière dont il devait procéder pour désigner les membres d'une composition devant siéger dans une affaire déterminée.

Il importe cependant de dire que depuis sa mise en place effective le fonctionnement même de la Cour constitutionnelle s'est fait sans accroc, ce qui lui a permis de rendre des arrêts importants, parfois même très importants.

Mais comme toute institution, même les plus importantes elle a également connu un certain nombre de déboires. Permettez-moi de partager avec vous, de manière éclectique, quelques réflexions que le 20^e anniversaire de la création de la Cour constitutionnelle m'a inspiré.

I. Cour constitutionnelle et séparation des pouvoirs

Le principal problème que la Cour constitutionnelle doit affronter émane certainement du pouvoir politique qui la traite assez régulièrement –dans une affaire depuis près de 15ans – avec un mépris certain, dès lors qu'il refuse avec obstination de modifier les lois qui ont été déclarées contraires à la Constitution. En somme le législateur a la regrettable tendance de lancer un simple « cause toujours », suite à un arrêt déclarant inconstitutionnel une disposition législative.

Toujours dans le même contexte, mais tout aussi regrettable est le fait que suite à l'inaction du législateur les justiciables qui se trouvent dans la situation visée dans la même situation doivent tenter une action en justice, l'arrêt de la Cour Constitutionnelle ayant déclaré non conforme à la Constitution une disposition législative s'appliquant uniquement à l'affaire visée et en aucun cas à d'autres affaires ayant le même objet.

Outre les nombreux arrêts qui ont été cités dans le cadre de ce colloque j'estime qu'il y a lieu de relever un autre arrêt fort intéressant et ceci point de vue institutionnel. Il s'agit de l'arrêt où la Cour après s'être débarrassée de tout carcan procédural inutile déduit de l'article 51 de la Constitution selon lequel notre pays « est placé sous le régime de la démocratie parlementaire » que le principe de la séparation des pouvoirs est consacré dans la Constitution, notion qui ne s'y trouve pas expressément.⁴ Il s'agit d'ailleurs en l'espèce d'un revirement de jurisprudence étant donné que la Cour avait décidé auparavant que la séparation des pouvoirs n'était pas, chez nous, un principe constitutionnel, la notion ne se trouvant pas *expressis verbis* dans le texte même de la Constitution.⁵

Pour donner un exemple de l'importance de cet arrêt et lui donner une portée bien réelle, on peut se référer à l'avant-projet de loi tendant à la création d'un Conseil Suprême de la Justice.

La plus importante des attributions de ce Conseil est relative à la nomination et la promotion des magistrats.

On pourrait penser qu'aucune institution ou personne d'autre ne pourrait méconnaître les décisions prises en la matière par ce Conseil, ni les mettre en question. Or c'est bien sur ce point que le bât blesse. En effet il n'est pas envisagé de procéder à une modification des dispositions constitutionnelles selon lesquelles « les dispositions du Grand-Duc doivent être contresignées par un membre du Gouvernement responsable ».⁶

En d'autres termes, à défaut de modification de cette disposition prévoyant qu'en matière de nomination et promotion de magistrats, l'arrêté de nomination du Grand-Duc doit être contresigné par le président de Conseil de la Justice, toute la réforme n'est en fin de compte qu'un coup d'épée dans l'eau, le ministre gardant le droit de ne pas nommer la personne proposée par le Conseil. Rien ne change par rapport à la situation actuelle où même pour les plus hauts postes de la magistrature assise, c'est le ministre de la justice, après avoir obtenu l'aval du conseil des ministres, qui prend la décision définitive. Ceci rappelle l'exclamation du ministre de la justice de la République de Weimar, Josef Frenken de 1925 : « Mit der

⁴ Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 57 du 1^{er} octobre 2010

⁵ Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 37 du 17 novembre 2006

⁶ Article 45 de la Constitution

Unabhängigkeit der Justiz kann ich so lange gut leben wie ich das Promotionsrecht der Richter beanspruchen kann ! »

Qu'on ne dise pas que le droit du ministre de refuser de nommer le candidat lui présenté par le Conseil de la Justice est purement théorique, le fait étant que le ministre a ce droit et qu'il peut donc l'exercer. La situation est donc exactement la même que dans le système actuel où le ministre n'est pas obligé de soumettre au Grand-Duc le premier des candidats proposés par la Cour. S'il est exact que depuis 1975 aucun ministre n'a plus fait usage de ce droit, cela ne change en rien le fait qu'il lui est à tout moment loisible de ce faire. Donc il n'y aura, en droit, avec la création du Conseil national de la Justice, aucun changement de fond, les modifications proposées n'étant que de légères retouches d'ordre à peine cosmétique.

Or, la question du mode de nomination des magistrats est essentielle afin d'assurer leur indépendance, tout le monde étant d'accord à ce sujet. En même temps le maintien du système actuel est un peu paradoxal : les ministres protestent à bon droit peut-être de leur souci d'impartialité en la matière, mais d'un autre côté les magistrats eux sont toujours convaincus que leur nomination dépend du bon vouloir du ministre de la Justice ce qui est, juridiquement exact.

Or voilà qu'on nous parle de « séparation des pouvoirs » et établit un système dans lequel un des pouvoirs nomme les membres d'un autre pouvoir ? Mais peut-être que le débat n'est pas clos. Espérons-le.

En tout état de cause, la conclusion – provisoire, espérons-le encore – est « sans appel » : le mode de nomination des juges – y compris les juges constitutionnels – ne respecte pas le principe de la séparation des pouvoirs et n'est partant pas « démocratique » au sens de l'article 51 de la Constitution.

II. Cour constitutionnelle et Cour suprême

On est bien d'accord pour dire que l'organisation de la Justice est compliquée, à tel point qu'il est très difficile, même pour toute personne réellement intéressée par le sujet, de comprendre la structure même de celle-ci. Si beaucoup de questions se posent à cet égard il en est une qui concerne directement notre sujet et qui mérite quelques réflexions : si l'organisation juridictionnelle est peu transparente et dès lors peu compréhensible ceci résulte du moins en partie du fait qu'il y a deux ordres de juridictions, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Et dans ce contexte, il y a une question qui agite les esprits particulièrement : si les affaires de l'ordre judiciaire peuvent, du moins en principe, toutes faire l'objet d'un recours en cassation, ceci n'est pas le cas en matière administrative. La conséquence de cet état des choses est qu'en matière administrative les justiciables disposent d'un recours en moins qu'en matière judiciaire.

Est alors venue l'idée de créer une Cour suprême qui serait compétente pour trancher les pourvois contre les décisions à la fois de la Cour d'appel et de la Cour administrative et le gouvernement a élaboré un projet de loi afférent.

Comment mettre en relation cette problématique avec la Cour constitutionnelle ? A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de la création d'une Cour suprême repose sur un raisonnement en deux temps : à savoir, et en premier lieu elle fédérerait les contentieux judiciaire et administratif en faisant disparaître l'anomalie mise en exergue, étant compétente pour connaître des recours en cassation dans tous les contentieux.

Ensuite, dans un deuxième temps on a estimé que cette Cour pourrait fort bien reprendre, mais dans le cadre des recours juridictionnels ordinaires, les attributions de la Cour constitutionnelle. Un point c'est tout : conclure, ainsi qu'on peut l'entendre à d'autres conférences consacrées aux 20 ans de la Cour constitutionnelle, qu'il n'y aurait alors plus de Cour constitutionnelle ou plutôt de Cour dénommée « Cour Constitutionnelle » et par conséquent plus de contrôle de la constitutionnalité, relève non pas d'un malentendu mais

d'une erreur. Est-ce qu'aux Etats-Unis il n'y pas de contrôle de la constitutionnalité parce qu'il n'y a pas de Cour constitutionnelle, mais une « simple » Cour suprême ?

Bien sûr, une telle réforme rencontrerait différentes autres objections :

La suppression de la Cour constitutionnelle avec maintien du contrôle de la constitutionnalité impliquerait le pouvoir des juridictions « ordinaires » de se livrer à un tel contrôle. Mais où est le problème ? Résulte-t-il d'une méfiance, à la limite quelque peu blessante, à l'égard des juges du fond ? Tel n'est certainement pas le cas.

Par contre l'incertitude quant à la question de savoir dans quelles conditions un juge du fond doit soumettre une question à la Cour Constitutionnelle disparaîtrait. Notons au passage que nul ne connaît, à l'heure actuelle, les questions que les juges du fond refusent de poser à la même Cour.

En outre comme les juges du fond devraient se prononcer sur toutes les questions de constitutionnalité, la jurisprudence en la matière s'enrichirait, ce qui serait d'un intérêt appréciable."

On observe encore que la création d'une Cour suprême signifierait à plus ou moins long terme l'arrêt de mort pour les juridictions administratives. En réalité, pourquoi ? En tout cas, tout comme le contrôle de la constitutionnalité, le contrôle des actes administratifs ne serait pas abandonné.

Dans les faits, loin des considérations un brin romantique, remarquons que par différentes réformes législatives, il y a effectivement un très net rapprochement entre les magistrats des deux ordres de juridictions : recrutement commun, liste de rang unique pour les magistrats des deux ordres recrutés depuis 2012.

Une autre objection consiste à dire qu'il y a des matières relevant des juridictions administratives où on ne peut que difficilement prévoir un recours en cassation en raison de la rapidité avec laquelle une décision judiciaire doit intervenir, par exemple dans les matières relevant du droit d'asile ou de la police des étrangers en général. Ceci est certes exact, mais cette objection n'est guère convaincante. En effet on n'aurait qu'à exclure le recours en cassation dans ces matières en s'inspirant des affaires relevant de l'ordre judiciaire où l'on ne peut pas non plus introduire un recours en cassation en toute matière. N'oublions pas au passage qu'il y a également bon nombre d'affaires civiles, commerciales ou pénales qui doivent être traitées sans aucun retard.

III. Les occasions manquées

Je sais bien qu'on ne régit pas le monde avec des « si ».

Mais sommes-nous vraiment sûrs que c'était à bon droit que nos plus ou moins lointains prédécesseurs ont refusé d'examiner la constitutionnalité d'une loi ? L'argumentaire utilisé autrefois pour se soustraire à un tel contrôle – séparation des pouvoirs – n'est guère convaincant. Pourquoi, si la séparation des pouvoirs constitue un réel empêchement pour procéder au contrôle de la constitutionnalité, les juges luxembourgeois se livrent-ils depuis 1950 au contrôle de la conventionalité des lois ?⁷ Tôt ou tard, le caractère artificiel de la dualité de régime entre le contrôle de la constitutionnalité – interdit – et celui de la conformité d'une loi à une convention internationale régulièrement approuvée aurait forcé, soit le législateur, soit les juges, de prendre leurs responsabilités et d'aligner les deux contrôles.⁸

Une fois qu'on a admis le contrôle de la conformité des lois aux Conventions internationales en vertu du principe de la hiérarchie des normes, la faute de logique est patente : en application de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés

⁷ Cass. 8 juin 1950, Pas. 15, p. 41 ; C.E. 28 juillet 1951, Pas. 15, p. 263

⁸ ...et certaines décisions anciennes, pointant l'illogisme de la distinction, se sont effectivement livrées à un contrôle, assez modeste, il est vrai, de la constitutionnalité des lois, V. pour une énumération, G. Ravarani, La responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques, Pas. 28, doctrine, p. 225 s.

fondamentales (CEDH), des pans entiers et importants de notre législation, voire notre Constitution elle-même ont dû être modifiés. Ne pas permettre aux juges du fond de contrôler la conformité d'une disposition légale à la Constitution conduit d'ailleurs à un résultat cocasse si on considère que la Cour supérieure de Justice a, en assemblée générale, décidé par deux arrêts⁹ que la Convention Européenne des Droits de l'Homme était une norme juridique supérieure à la Constitution. Comprenez qui voudra : le juge du fond peut voire doit examiner la première des normes juridiques, mais doit se déclarer incompétent pour connaître de la deuxième norme juridique.....

On nous « oui la hiérarchie des normes existe et doit-être appliquée par le juge, sauf en ce qui concerne la Constitution » qui elle est en somme une norme juridique non pas supérieure en vertu de la jurisprudence de la Cour, réunie en assemblée générale mais « hors catégorie » ou « d'une autre nature » à tel point qu'un « petit juge » ne saurait l'appliquer. Le problème est toujours le même : n'est-il pas illogique non seulement d'obliger tout juge du fond de connaître de la conventionnalité d'une loi, mais de lui défendre de connaître de sa de sa constitutionnalité ?

A-t-on perdu de vue que la quasi-totalité des droits et libertés résultent au moins autant de la CEDH que de la Constitution, y compris celui de l'égalité abordé sous l'aspect de l'interdiction de la discrimination¹⁰ et un très grand nombre, voire une majorité des décisions de la Cour constitutionnelle ont trait au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi ?¹¹

A défaut d'effectuer la fusion proposée des Cour constitutionnelles et de cassation, on aboutit invariablement à la situation suivante, bien connue : Un plaideur introduit une affaire en soutenant qu'une mesure prise est contraire au principe de l'égalité devant la loi en se basant d'une part sur l'article 10*bis*, al. 2, de la Constitution et sur les textes afférents de la Convention des Droits de l'Homme.

Le juge du fond a, d'après le système actuel (et que bon nombre de juristes ne voudraient pas changer), deux possibilités :

- il renvoie l'affaire devant la Cour constitutionnelle en lui posant une question préjudicielle, et attend l'arrêt de la Cour, soit
- il se base sur les dispositions de la Convention, qui est directement applicable, et prend une décision sur le fond.

Juridiquement les deux solutions sont impeccables, mais laquelle est la plus simple, la plus rapide ?

Il y a plus : les contrôles respectifs de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois peuvent aboutir, à propos d'un droit fondamental protégé à la fois par la Constitution et la CEDH, à des solutions opposées.¹²

Le contrôle de la constitutionnalité n'est ni plus ni moins qu'un exercice, finalement banal, de conférer effet à une norme hiérarchique supérieure.

Avancer l'insécurité juridique pour s'opposer à la création de la Cour suprême et confier ainsi également, mais inévitablement le contrôle de la constitutionnalité d'une loi à un juge du fond, n'est pas recevable. En effet ce risque n'est-il pas donné dans toutes les affaires, qu'il s'agisse de l'application de lois ordinaires ou de l'application directe de conventions internationales ? A l'instar des déclarations d'inconventionnalité, toute déclaration

⁹ Arrêts du 5 décembre 2002

¹⁰ Il ne faut pas perdre de vue que l'article 14 de la CEDH interdit la discrimination en matière de droits garantis par la Convention et que le Protocole n° 12 prohibe toute discrimination, même en dehors des droits protégés par la Convention. S'il est exact que ce Protocole n'a été ratifié à ce jour que par 10 pays, ceci ne change rien étant donné que le Luxembourg l'a ratifié et que ses dispositions y sont dès lors applicables.

¹¹ Sur les 111 arrêts rendus à ce jour par la Cour Constitutionnelle à propos d'affaires spécifiques il y en a 66 qui portent sur une question de discrimination.

¹² V. l'exemple cité *in* G. Ravarani, La Cour constitutionnelle luxembourgeoise et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *in* Journal des Tribunaux Luxembourg 2011, p. 37 et s.

d'inconstitutionnalité serait en fin de compte résolue en haut de la hiérarchie judiciaire, par le biais des voies de recours – appel et pourvoi en cassation.¹³

Où est d'ailleurs le risque de confier le contrôle visé aux juges du fond : la loi ne pourrait-elle pas prévoir qu'au cas où une juridiction déclare une disposition contraire à la Constitution le procureur général doit introduire un recours contre cette décision ?

Une autre occasion manquée fut certainement la réforme de 1996 du contentieux administratif¹⁴ lorsqu'on a renoncé à établir l'unicité des juridictions en matière de contentieux pénal, civil et administratif. Si on avait pris cette option, la question de savoir s'il faut un recours en cassation en matière administrative ne se poserait pas. Je ne voudrais pas être mal compris sur cette question. Les juridictions administratives font un travail remarquable de l'avis d'à peu près tout le monde. Aussi l'option prise à l'époque est-elle parfaitement défendable.

Mais aujourd'hui la question se présente en d'autres termes, sous un aspect qui ne fut pas assez thématisé à l'époque : il s'agit en l'occurrence de l'intégration du contentieux administratif dans l'ordre judiciaire tout court.

Ceci aurait certainement eu pour conséquence un pouvoir judiciaire plus fort.

Qu'il soit permis de signaler à ceux qui rejettent les idées exposées ci-avant qu'en France, il y a depuis l'introduction des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) que toute juridiction peut poser au Conseil constitutionnel, à condition qu'elle franchisse le tamis que constitue la Cour de cassation qui en examine l'admissibilité, régulièrement des colloques ou autres contributions qui portent sur la question de savoir s'il n'y a pas lieu de créer une Cour suprême en lieu et place du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Certains auteurs vont bien plus loin en proposant une réforme fondamentale de l'organisation judiciaire prise dans son ensemble. De telles réflexions tiennent bien compte de ce que celle-ci a été modifiée au fil du temps à de multiples reprises depuis les premières lois relatives à l'ordre judiciaire, ne fût-ce que par la multiplication des juridictions et de leurs attributions, de sorte qu'une réforme d'ensemble s'impose.

C'est ainsi que Louis Vogel, professeur de droit constitutionnel à Paris écrit : « Il faut réaffirmer l'ambition...d'incarner d'un véritable pouvoir judiciaire qui instituerait à son sommet une Cour suprême... qui mettrait fin aux contradictions et à la concurrence des juridictions et jurisprudences et approches entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Le préalable souhaitable à l'émergence d'une telle Cour est certainement la réunion de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire au service de la démocratie et de l'Etat de droit. »¹⁵

Oui je crois qu'il faut un pouvoir judiciaire fort parce qu'impartial donc indépendant, transparent et responsable avec tous les devoirs que ceci impose aux personnes y impliquées

¹³ ...et si une déclaration d'inconstitutionnalité par un juge du fond ne serait pas entreprise par la voie de l'appel – et cela peut également arriver en cas de jugement refusant d'appliquer une loi pour cause de contrariété à une convention internationale – le jugement en question aurait de toute manière, au sens technique et à titre de décision de jurisprudence, une autorité relative.

¹⁴ Réforme constitutionnelle du 12 juillet 1996 et loi organique du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

¹⁵ Louis Vogel "Justice année zéro, 20 propositions pour la justice de demain" édition Ramsay, 2016

D'autres perspectives

Georges Ravarani

Qu'il soit permis de porter une voix dissidente au concert de ceux qui plaident pour le maintien de la Cour constitutionnelle. Les propos qui suivront ne se borneront cependant pas à préconiser l'abolition de la Cour constitutionnelle ; la proposition va bien au-delà. Ceci étant dit, il s'agit, de manière réaliste, d'une utopie.¹

Le Luxembourg a deux ordres juridictionnels, judiciaire et administratif. L'un et l'autre connaissent un premier et un deuxième degré de juridiction. L'ordre judiciaire connaît les juridictions civiles, pénales et sociales. Pour certaines matières plus spécifiques, p. ex. le droit du travail et les litiges ne dépassant pas une certaine valeur, des tribunaux spéciaux ont été instaurés, à savoir les tribunaux du travail et les justices de paix. Certaines juridictions se dédoublent encore au niveau territorial : outre à Luxembourg, il y a encore des tribunaux à Diekirch et Esch-sur-Alzette.

Enfin, l'ordre judiciaire connaît encore un troisième degré de juridiction avec la Cour de cassation et le tout est couronné par la Cour constitutionnelle.

Et tout cela pour un pays d'une taille et d'une population équivalant à celles d'une sous-préfecture française.²

La question s'impose : pourquoi ? Est-ce par nécessité, du moins par utilité ? Ou les raisons sont-elles plutôt historiques ou politiques ? On a beaucoup copié sur la France et sur la Belgique. Or justement, ces pays ont des superficies et des populations vraiment non comparables à celles du Luxembourg. Ceci est vrai non seulement pour la France, mais également pour la Belgique. N'oublions d'ailleurs pas que si celle-ci a 5 fois moins d'habitants que la France, elle a tout de même 20 fois plus d'habitants que le Grand-Duché.

A-t-on vraiment besoin de toutes ces juridictions ?

Le propos n'est certainement pas de remettre en question l'existence des recours juridictionnels existants, d'un premier et d'un deuxième degré de juridiction en toutes matières (étant précisé que la Convention européenne des droits de l'homme n'en exige qu'en matière pénale). Nous avons pareillement besoin d'un contrôle juridictionnel des actes administratifs. Il ne s'agit enfin nullement de mettre en doute l'absolue nécessité d'un contrôle de la constitutionnalité des normes, pas plus que celui de la conformité de ces normes aux Conventions internationales.

La question est bien différente : avons-nous besoin, pour tous ces contrôles, chaque fois d'une *juridiction* différente ?

– La **première question** est la suivante : avons-nous besoin d'un ordre de juridiction administratif spécifique ? Pour le dire clair et net : non !³ Que de difficultés de répartition des compétences, que de finesses juridiques pour délimiter ce qui ressort du contentieux administratif et ce qui relève du judiciaire. Le salaire des employés de l'Etat relève-t-il du contentieux civil ou administratif ? Quid du régime carcéral des prisonniers ? Le paroxysme

¹ Le caractère oral de l'intervention a été largement conservé

² *Dixit* Jacques Chirac

³ V., à cet effet, même avant la création des juridictions administratives en 1996, v. *Un ordre de juridiction ou deux*, contribution à la Journée de discussion et de réflexion du 13 janvier 1996 sur le Conseil d'Etat et les juridictions administratives, Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves n° 88, janvier 1999, p. 11 et s.

est atteint en matière de responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs actes administratifs où il faut d'abord obtenir un jugement d'annulation par les tribunaux administratifs, puis engager un nouveau procès devant les juridictions civiles pour enfin obtenir des dommages-intérêts.

On répondra que le contentieux administratif, y compris le droit fiscal, est une matière tout à fait spécifique où il faut des juges spécialisés ayant des connaissances approfondies dans ces matières. Soit dit au passage que tous les juges du Grand-Duché font désormais l'objet d'un recrutement commun et bénéficient de la même formation.⁴ Leur spécialisation vient plus tard, dans l'exercice de leurs fonctions. Ils peuvent d'ailleurs changer, non seulement entre le pénal et le civil, mais désormais également vers l'administratif et vice-versa. Parler de spécialisation n'est donc pas concluant. Sinon comment pourraient d'ailleurs fonctionner les systèmes qui ont un système unitaire ? Et les juges commerciaux, ceux qui traitent de la criminalité en col blanc, sont aussi des spécialistes.

On pourrait tout simplement créer des chambres spécialisées en contentieux administratif à l'intérieur d'un système unitaire et il existe, par ailleurs, d'ores et déjà, certaines chambres spécialisées en d'autres matières au sein du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Rien n'empêche d'ailleurs de prévoir, pour certaines matières, et en particulier le contentieux administratif, des procédures spéciales adaptées. On le voit, p.ex., en matière commerciale. Et il serait vraiment dommage que la procédure administrative contentieuse, simple et efficace, disparaisse.

Si nous avons des juridictions administratives, leur création ne procède pas d'une nécessité, mais de réflexes historiques et de considérations politiques, avouées et inavouées.

– D'aucuns considéreront la **deuxième question** comme un vrai crime de lèse-majesté : avons-nous besoin d'une Cour de cassation ? Ici, le propos va plus loin en ce que la question ne se limite pas à la Cour de cassation comme juridiction compétente pour examiner les pourvois, mais à l'institution même de la cassation, d'un troisième degré de juridiction.

Il faut bien entendu qu'il y ait, au sommet de la hiérarchie juridictionnelle d'un pays, une juridiction qui soit responsable pour l'interprétation et l'application uniforme de la loi sur tout le territoire. Bien entendu, si la cour d'appel d'Angers interprète de manière différente une loi que la cour d'appel de Douai, il faut quelqu'un pour les départager et la Cour de cassation à Paris va le faire. Même chose si la cour d'appel de Liège exprime des vues différentes de celle de Gand. Et au Luxembourg ? Là, on n'a qu'une seule cour d'appel qui siège à Luxembourg. Cette juridiction serait parfaitement capable d'assurer l'unité de la jurisprudence au Luxembourg.

On dira qu'elle a une multitude de chambres dont les vues peuvent différer et qu'elle examine non seulement le droit, mais encore les faits.

Qu'il soit permis de répondre que les grands pays où la juridiction suprême comprend différentes chambres connaissent des mécanismes de chambres réunies ou d'assemblée plénière pour résoudre de tels problèmes de divergences entre leurs différentes chambres.

On objectera que la Cour de cassation de Luxembourg joue quand-même un rôle indispensable de contrôle de la légalité et de fixation de la jurisprudence. Pour preuve, les décisions de cassation qu'elle rend régulièrement.

Bien entendu, le travail de la Cour de cassation est précieux et les décisions qu'elle rend permettent – ne parlons pas de la longueur et de la limpidité de la motivation – de rectifier le tir par rapport à certains arrêts de la Cour d'appel.

C'est vrai, mais est-ce que, et cela est essentiel, la Cour de cassation luxembourgeoise est l'auteur d'une véritable jurisprudence, à l'instar de ses homologues française et belge (c'est d'ailleurs intéressant qu'au Luxembourg, on ne s'intéresse qu'aux systèmes de ces pays,

⁴ Loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice, Mémorial 2012, A, p. 1597 s.

comme si d'autres systèmes n'existaient tout simplement pas) ? Avec la centaine d'arrêts qu'elle rend bon an mal an en matière civile et un peu moins en matière pénale, elle n'en est tout simplement pas capable ! Et il faut encore y retrancher les vraiment nombreux arrêts d'irrecevabilité et garder à l'esprit que le rôle limité qu'elle joue est partiellement dû à sa propre conception extrêmement restrictive de son office : ainsi, alors que la Cour de cassation française, qui ne peut pas se plaindre d'un manque de travail, censure les arrêts qui dénaturent le contenu d'un contrat, son homologue luxembourgeoise estime que cela relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.⁵ Ainsi, les arrêts de la Cour de cassation n'atteignent tout simplement pas la masse critique pour pouvoir constituer ce qu'on appelle communément la jurisprudence.⁶ Au Luxembourg, là où les véritables jurisprudences en matière judiciaire émanent de la Cour d'appel ; on n'a qu'à ouvrir n'importe quelle *Pasicrisie* ou autre revue juridique luxembourgeoise pour s'en convaincre.

Il y a plus : est-ce que la Cour de cassation garantit une jurisprudence plus lisible et des solutions juridiquement plus correctes ? On peut douter de l'un et de l'autre. Une instance de plus ravit peut-être certains qui ne sont pas contents de la décision rendue en deuxième instance ; à l'inverse, en cas de cassation, celui qui a gagné en instance d'appel doutera de l'utilité d'une troisième instance. Il en est toujours ainsi : on peut multiplier à volonté le nombre d'instances, il restera toujours des mécontents qui réclameront encore et encore une instance de plus. Ne voit-on pas des frustrés de la Cour de cassation s'adresser à Strasbourg ? – D'ailleurs, même la cohérence de la jurisprudence n'est pas toujours assurée par la Cour de cassation : on a vu ainsi deux arrêts de cette juridiction rendus à 3 mois d'intervalle, adoptant des solutions parfaitement contradictoires.⁷

Il faut pourtant faire le même constat qu'à propos des juridictions administratives : les raisons de la création de la Cour de cassation sont essentiellement historiques et il n'y a aucune vraie nécessité à la maintenir.

– Il faut enfin en venir à la **troisième question**, relative à la Cour constitutionnelle. Tout le monde s'accorde pour souligner son caractère indispensable. On peut s'en étonner, surtout de la part du pouvoir politique. Sa création a été consentie très tardivement et après moult réticences et tergiversations, essentiellement suite à des évaluations internationales qui ont critiqué l'absence d'un contrôle de constitutionnalité au Luxembourg, concluant à des lacunes très graves dans l'Etat de droit.

Le résultat ne saurait être plus modeste : la Cour constitutionnelle est, parmi les cours constitutionnelles existant à travers le monde, l'une de celles dont la compétence est la plus limitée. Avant tout, elle ne peut pas être directement saisie moyennant un recours individuel des justiciables (à la différence notable de la puissante Cour constitutionnelle allemande qui connaît la *Verfassungsbeschwerde*, le modèle allemand ayant par ailleurs inspiré un très grand nombre de pays européens).

Cette compétence limitée, est-elle tellement originale, tellement spécifique qu'on doit la réserver à une juridiction spéciale située au sommet de la hiérarchie juridictionnelle ? On sait qu'elle peut déclarer une loi contraire à la Constitution. Il paraît apparemment insupportable d'imaginer qu'un juge de paix, de Diekirch pour le surplus, puisse en faire de même. Sauf que le juge de paix est d'ores et déjà, dans notre système actuel, parfaitement compétent pour refuser d'appliquer une loi régulièrement votée par la Chambre des Députés. A la – minime – différence près qu'il peut déclarer la loi contraire à une Convention internationale régulièrement approuvée mais non pas à la Constitution.

⁵ A cet égard, on peut parler de véritable jurisprudence : les arrêts qui refusent d'accueillir le moyen tiré de la violation de l'article 1134 du Code civil du fait de la dénaturation par les juges du fond d'écrits versés devant eux, au motif que l'interprétation d'un contrat ou encore la lecture d'écrits versés à titre d'éléments de preuve relèvent du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, sont légion.

⁶ Les lexiques de vocabulaire juridique définissent communément la jurisprudence comme l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux pour la solution d'une *question juridique donnée*.

⁷ Cf. Cass. 21 janvier 1999, Pas. 31, p. 45 et Cass. 22 avril 1999, Pas. 31, p. 47

Si on s'attarde un instant sur la spécialité des juges de la Cour constitutionnelle, raison d'être de cette juridiction spéciale, on doit se rendre à l'évidence que ces juges ne sont pas des juges constitutionnels pur-sang, mais ce que quelques membres de la Cour constitutionnelle appellent des "touristes", à savoir des membres d'autres juridictions qui sont "aussi" et accessoirement des juges constitutionnels. Et c'est là que se situe la vraie idée originale du constituant luxembourgeois, la situation probablement unique sinon du moins extrêmement rare, à travers le monde, de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise : elle réside dans la création d'une juridiction à part sans membres à part. L'économie du système est bien entendu fascinante et on comprend que, pour le nombre très restreint d'arrêts qu'elle rend, il n'ait pas pu être envisagé sérieusement de doter la Cour constitutionnelle de membres n'ayant que cette mission.⁸ La situation serait bien entendu totalement différente si la Cour avait d'autres compétences comme p. ex. celle de connaître de recours constitutionnels individuels.

Le système du renvoi préjudiciel entraîne d'ailleurs que cela relève du hasard qui pose une question à la Cour constitutionnelle et qui y répond. S'il arrivait à la Cour de cassation de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, il se pourrait que ce soient des juges d'appel en leur qualité de membres de la Cour constitutionnelle qui y répondent. Adieu le postulat que ce sont les juges les plus haut placés qui se prononcent sur la constitutionnalité. Par ailleurs, même des juges de première instance peuvent en théorie faire partie de la Cour constitutionnelle.⁹

Il y a un petit problème supplémentaire de logique et de cohérence : le législateur a cru bon d'interdire à ceux qui posent la question de constitutionnalité d'y répondre eux-mêmes. C'est la raison essentielle de la mise en place de la Cour constitutionnelle. Or, nul ne s'offusque de ce que, face à un problème ne soulevant pas de question de constitutionnalité, une juridiction pose d'office une question aux parties et y réponde ensuite elle-même.

Si l'on sait que la plupart des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour constitutionnelle interviennent par rapport aux libertés fondamentales garanties par la Constitution et que ces dispositions se retrouvent, quelquefois mot pour mot, également dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la Charte de l'Union européenne des droits fondamentaux, on arrive au résultat cocasse que pour une norme formulée de manière quasi identique, un juge a – puisque le Luxembourg ne connaît pas la question *prioritaire* de constitutionnalité (elle ne changerait d'ailleurs rien au fond du problème) – le choix discrétionnaire, soit de s'adresser à la Cour constitutionnelle moyennant une question préjudicielle, soit de résoudre lui-même la question.

Mais alors il aura le cas échéant, en simple juge de paix, refusé d'appliquer une loi. Où est le scandale ? On peut faire appel et les juridictions en haut de la hiérarchie diront s'il a eu raison ou non. En tout cas, si on a peur du gouvernement des juges du fait qu'ils peuvent refuser d'appliquer une loi, qu'on se rassure : on a ce "gouvernement" depuis 1950¹⁰ et personne ne l'a remarqué ou du moins s'en est offusqué.

Oui mais si, dans cette affaire, il n'y aura pas d'appel ? On craint en effet un contrôle diffus, chaotique de la constitutionnalité des lois, émanant d'une multitude de juridictions, même d'en bas de la hiérarchie. L'argument n'est guère convaincant. Tout d'abord, un jugement non appelé d'une juridiction de première instance qui refuserait d'appliquer une loi au motif de sa contrariété à la Constitution ou qui, au contraire, l'appliquerait en rejetant un motif d'inconstitutionnalité, ne bénéficierait pas de l'autorité de la chose jugée *erga omnes* et n'empêcherait pas une juridiction supérieure de décider le contraire dans une affaire subséquente. On pourrait par ailleurs conférer au ministère public le droit d'exercer un

⁸ Le souci d'économie a amené le pouvoir politique à ne pas envisager d'attribuer à cette Cour le moindre collaborateur ayant une formation en droit constitutionnel et si les juges qui la composent ont une formation en droit constitutionnel, c'est le fait du plus pur des hasards.

⁹ V. art. 95ter, par. 2, de la Constitution et art. 3, par. 4, de la loi du 37 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle qui parlent de « magistrats » sans aucune autre spécification.

¹⁰ Cass. 8 juin 1950, Pas. 15, p. 41 ayant reconnu la supériorité des conventions régulièrement approuvées par rapport à la loi.

recours dans l'intérêt de la loi contre de telles décisions de première instance non frappées d'un recours ordinaire.

On dit encore qu'il existe une différence fondamentale entre le contrôle de la conventionnalité des lois et celui de leur constitutionnalité en ce que – partant du constat que la majorité des questions de conventionnalité porte sur des droits fondamentaux – le juge national bénéficie d'une riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui ne serait pas le cas de la Cour constitutionnelle qui doit également connaître d'autres questions, essentiellement d'égalité devant la loi. Elle devrait donc être seule compétente pour donner une solution d'autorité aux questions de constitutionnalité qui se posent. On peut retourner l'argument : quand on sait que la vérité judiciaire se construit dans la contradiction, entre le choc des thèses et des antithèses, le danger qu'une cour constitutionnelle, qui doit se forger une opinion quasiment dans le vide, après un minimum voire une absence totale de contradiction et sans bénéficier de l'apport préalable d'une juridiction internationale, rate quelque chose d'important, n'est pas négligeable. Ce danger est beaucoup moins grand quand une juridiction se trouve en présence de tout un raisonnement d'ores et déjà élaboré par une juridiction inférieure.

Il y a un autre inconvénient qu'un système de contrôle de la constitutionnalité sans intervention de la Cour constitutionnelle éviterait : celui de solutions diamétralement contraires – et sans hiérarchie entre elles – entre une solution adoptée par la Cour constitutionnelle et celle émanant d'une autre juridiction. Le Luxembourg s'est permis ce luxe en matière d'adoption plénière par une seule personne : la Cour constitutionnelle a déclaré l'interdiction d'une telle adoption, découlant de l'article 367, alinéa 1^{er}, du Code civil, conforme à l'article 11, §§ 2 et 3, de la Constitution¹¹ et la Cour d'appel l'a déclarée contraire à l'article 8 de la CEDH.¹² Dans notre système actuel, une telle contradiction ne peut pas être résolue au niveau juridictionnel.

La conclusion semble "sans appel" : nous n'avons pas besoin de cour constitutionnelle pour contrôler efficacement la conformité des lois à la Constitution.¹³

Il est vrai que l'existence de la Cour constitutionnelle constitue un symbole fort pour la démocratie au Luxembourg, qu'elle est la vitrine de l'Etat de droit. Tout cela n'est pas négligeable, mais est-on bien sûr de pouvoir blâmer les Etats qui ne disposent pas de Cour constitutionnelle tout en disposant d'un contrôle de la constitutionnalité ? Il paraît bien que si l'existence de la Cour constitutionnelle constitue un symbole fort, il est politique plutôt que juridique.

Après la déconstruction qui laisse comme victimes les juridictions administratives, la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle, est-ce que quelque chose subsiste ?

Probablement assez : pourquoi ne pas imaginer tout simplement un seul tribunal de première instance, compétent en toutes matières, civile, pénale, administrative, sociale, pour le pays tout entier ? On pourrait bien entendu procéder à des spécialisations à l'intérieur de ce tribunal, prévoir des juges uniques pour les petits litiges, des assesseurs pour les litiges du travail, prévoir des antennes régionales, etc. Mais si on veut éradiquer les conflits de compétence et incompétences, absolument stériles¹⁴, seule l'instauration d'un tribunal unique permettrait d'atteindre ce but. Ce tribunal ne serait pas un monstre, il regrouperait en son sein quelque 200 magistrats, l'équivalent d'un tribunal moyen à l'étranger.

Il y aurait naturellement une seule Cour d'appel, également compétente en toutes matières.¹⁵

¹¹ Arrêt 2/98 du 13 novembre 1998, Mémorial 1998, A, p. 2499 et s.

¹² Cour d'appel (plusieurs arrêts) 16 décembre 2009, nos. 35194 à 35197 du rôle, JTL 2010, p. 73

¹³ Il est d'ailleurs intéressant que le problème abordé au cours du présent colloque sur les "questions non posées" ne se poserait pas dans un tel système, pas davantage que celui de l'utilité ou non de disposer d'un ministère public auprès de la Cour constitutionnelle.

¹⁴ On pourrait espérer, de la même manière, une unification des procédures (assignations, citations, requêtes, ministère d'avocat, dispense de ce ministère, etc.) là où c'est utile, sans sacrifier les spécificités procédurales (v. notamment le contentieux administratif) qui ont fait leurs preuves.

Et puisque celle-ci centraliserait en son sein tous les litiges, ce serait elle qui, naturellement, assurerait l'unité de la jurisprudence.¹⁵

Les spécialisations des juges, nécessaires pour une justice de qualité, s'effectueraient à l'intérieur du tribunal de première instance et de la Cour d'appel.

Enfin, n'oublions pas le justiciable : il veut une solution à son litige, il n'est pas intéressé par les problèmes de compétence, par les délais qu'engendre nécessairement un renvoi préjudiciel et le fait que ceux qui posent une question renvoient la réponse à cette question à une autre instance où siègent les collègues de leur juridiction d'origine... Une réforme dans le sens envisagé accélérerait notablement les délais dans lesquels est rendue la justice, sans pour autant entamer la qualité.

¹⁵ Quelle économie pour les finances publiques : la pléthore des présidents serait réduite à sa portion congrue

¹⁶ On dira que de tels propos ne peuvent émaner que d'un enragé qui a tourné pour de bon le dos au Luxembourg et qui se complait à distiller ses idées saugrenues à distance. Rien n'est moins vrai... ce qui vient d'être dit peut être lu dans un article publié en 2009 dans les *Annales du droit luxembourgeois*. *Quelques propos insolites sur le contentieux administratif*, in *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 19, 2009, p. 114 et s.

Conclusion générale : la Cour en tant qu'instance de dialogue

Jörg Gerkrath

Le colloque a permis une véritable mise à plat d'un sujet complexe pour en discuter les différentes facettes. La grande qualité des contributions entendues facilite grandement la tâche de celui qui cherche à tirer quelques mots de conclusion d'une journée riche en débats et réflexions stimulants. Si la majorité des orateurs et intervenants semble s'accorder à estimer qu'au vu de son bilan très honorable la Cour est effectivement « trop jeune pour mourir », des voix discordantes se sont levées pour défendre avec brio « l'utopie d'un seul ordre juridictionnel » (Georges Ravarani) coiffé d'une cour suprême.

Sur un ton plus divertissant il a également été rappelé que la Cour Constitutionnelle continue d'être « composée de touristes » dont la tâche consiste essentiellement à « éplucher des artichauts pour en protéger le cœur ». Ces boutades visaient bien évidemment la composition de la Cour, dans laquelle siègent exclusivement des magistrats ordinaires qui continuent d'appartenir à leur juridiction d'origine, et leur mission consistant à décortiquer le sens inhérent à chaque norme constitutionnelle.

Le véritable maître-mot du colloque fut cependant celui du dialogue qui est apparu dans la plupart des contributions, parfois de manière explicite, parfois de manière implicite. C'est donc en s'inspirant de cette idée que la présente conclusion plaide en faveur du maintien d'une Cour Constitutionnelle vigoureuse et capable de jouer le rôle d'une instance de dialogue.

Certes dans un pays de la taille du Luxembourg de bons arguments peuvent être invoqués en faveur d'un système juridictionnel modeste, chapeauté par une Cour suprême. Les solutions mises en place en Islande, Chypre et Malte témoignent en ce sens. Il y a pourtant également de bonnes raisons de préférer un système comportant une Cour Constitutionnelle spécialisée d'autant plus qu'elle existe déjà et a fait ses preuves.

On cherchera donc ci-après à expliciter brièvement l'idée que la Cour Constitutionnelle remplit une fonction précieuse en tant qu'instance de dialogue. Elle peut le faire notamment à trois égards : en contribuant à veiller à l'autorité de la norme constitutionnelle (I.), en remplissant pleinement son rôle spécifique dans l'ordre juridictionnel interne (II.) et en aidant à concilier la suprématie constitutionnelle avec la primauté du droit international (III.).

I. Autorité de la (nouvelle) Constitution et autorité de la Cour Constitutionnelle

On peut soutenir que la Constitution, norme suprême dans l'ordre juridique, mérite que son interprétation soit assurée par une juridiction spécialisée. L'autorité de la seconde profitera ainsi à l'autorité de la première. Très naturellement se développe ainsi un dialogue fructueux entre le pouvoir constituant - ou le pouvoir de révision constitutionnelle - et le juge constitutionnel. Ce dernier est nécessairement amené à interpréter la règle constitutionnelle lorsqu'il apprécie la constitutionnalité d'une disposition législative et va donc contribuer à sa manière à façonner la réalité constitutionnelle.

La critique du Conseil d'Etat, formulé dans un avis du 27 avril 1999 et repris dans son commentaire de la constitution en 2006, peut à cet égard surprendre. Le Conseil y déplore en effet que l'on ait « mis la charrue devant les bœufs » en créant une Cour Constitutionnelle sans réviser la Constitution pour en retirer les concepts juridiques anciens ou dépassés.¹ N'est-ce pas précisément le rôle du juge constitutionnel de faire évoluer le sens d'une constitution en en interprétant les termes ? C'est en effet dans une relation de dialogue entre

l'auteur des règles constitutionnelles et leur principal interprète que les normes constitutionnelles peuvent évoluer et s'adapter aux besoins d'une société d'aujourd'hui.

La commission parlementaire des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC) l'a bien compris en ce qu'elle a repris, par exemple, la formule que la Cour Constitutionnelle a développé dans sa jurisprudence relative au respect du principe d'égalité de l'article 10*bis* par le législateur dans la rédaction de la nouvelle constitution.

Le dialogue constitutionnel ne se résume cependant pas au seul dialogue avec le constituant. Le dialogue avec la société apparaît au moins aussi important. On remarquera que la Cour pourrait devenir plus prolixe dans ces arrêts pour mieux expliquer ses positions à l'attention des citoyens et justiciables. Dans les sociétés démocratiques d'aujourd'hui il faut en effet encourager les citoyens à se sentir impliqués et de jouer un rôle actif dans ce que le juriste allemand Peter Häberle appelle une « société ouverte d'interprètes de la constitution » (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*).

Dans la mesure où il apparaît souhaitable que la constitution soit une constitution vivante, l'existence d'une juridiction constitutionnelle spécialisée semble *a priori* mieux à même pour participer dans un dialogue ouvert tant avec la société elle-même qu'avec ses représentants. Tout arrêt concluant à la conformité ou à la non-conformité d'une disposition législative avec la constitution participe aussi nécessairement au dialogue entre la Cour et le pouvoir législatif. Ce dialogue est d'autant plus important qu'au Luxembourg le pouvoir législatif et le pouvoir de révision constitutionnelle se trouve largement concentré dans les mains de la Chambre des députés.

Il appartient ainsi à la Chambre de réagir de manière appropriée aux arrêts constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition de loi. Elle pourra soit amender la loi soit entamer la procédure de révision constitutionnelle, il reste qu'à l'avenir elle ne pourra plus se soustraire à ce dialogue car, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la disposition déclarée non conforme cessera d'avoir un effet juridique. A la Cour Constitutionnelle, législateur négatif, il appartiendra de jouer sa part dans ce dialogue en indiquant clairement à la Chambre en quoi une disposition de loi est précisément contraire à la Constitution. Elle doit alors veiller de rester dans les limites de ces compétences pour ne pas succomber à la tentation de devenir un législateur positif.

II. Le rôle du juge constitutionnel dans l'ordre juridictionnel

Des différents modèles de justice constitutionnelle que la doctrine a l'habitude de distinguer, lequel est le plus adapté au Grand-Duché Luxembourg ? Voilà une question dont on pourrait discuter sans fin.

Les définitions les plus dogmatiques que l'on peut rencontrer dans la doctrine de droit constitutionnel semblent même exclure de la catégorie de « juridiction constitutionnelle » un modèle tel que celui qui se pratique au Luxembourg. De par ses compétences réduites et sa composition originale, du fait qu'elle n'est pas séparée du pouvoir judiciaire et en raison de l'incertitude qui entoure les effets de ses arrêts, la Cour luxembourgeoise se distingue en effet assez fortement de ses homologues. Le modèle de justice constitutionnelle choisi par le constituant en 1996 et mise en place par le législateur en 1997 apparaît à plusieurs égards comme un modèle hybride, si on veut parler d'un modèle. Elle est une Cour spécialisée avec des juges qui ne le sont pas, une Cour dont la compétence est réduite à l'essentiel et qui rend des arrêts aux effets limités.

Le « modèle » luxembourgeois d'une « juridiction dépolitisée » (Patrick Kinsch) résulte certainement d'un choix pragmatique. Un choix qui favorise de nouveau le dialogue. Cette fois-ci le dialogue avec les juridictions ordinaires. L'outil de la question préjudicielle, empruntée à la Cour de justice de l'Union européenne, permet en effet un partage des tâches

¹ Conseil d'État, *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg (Travail collectif), dernière mise à jour septembre 2009, Luxembourg 2006, 736 p., p. 43-44.

et une coopération entre juges dans une logique de dialogue qui profite idéalement à une bonne compréhension de la constitution. Les cas de dialogues menés sont alors au moins aussi instructifs que les cas de dialogues refusés. L'analyse des non-saisines par Nico Edon est à cet égard très instructive.

Pour réformer la Cour Constitutionnelle de nombreuses pistes de réformes sont envisageables. L'éventail des solutions institutionnelles expérimentées ailleurs est presque sans limites. Luc Heuschling en fait une démonstration magistrale. Faut-il alors élargir la composition de la Cour en y intégrant des membres autres que ceux issus de la magistrature ? Les professeurs de droit constitutionnel (même émérite) à condition de maîtriser le Français, le Luxembourgeois et l'Allemand constitueraient certainement un vivier potentiel sans que la Cour cesse forcément d'être une institution apolitique.

Faut-il en outre élargir les compétences de la Cour pour y adjoindre une plainte constitutionnelle des citoyens qui allèguent une violation de leurs droits ou libertés fondamentaux à l'image de la *Verfassungsbeschwerde* allemande ? On sait que cet outil a été précieux en Allemagne pour permettre l'émergence d'un patriotisme constitutionnel. Son introduction nécessite cependant une réflexion préalable sur la conciliation des différentes normes de protection des droits fondamentaux.

III. Suprématie constitutionnelle et primauté du droit international

Pratiquant un monisme avec primauté du droit international l'Etat luxembourgeois apparaît souvent comme « bon élève » lorsqu'on évoque le respect des droits fondamentaux garantis tant par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF) ou par les divers traités onusiens en matière de droits de l'homme.

Le droit luxembourgeois a développé à cet égard le concept de « normes de droit supérieurs » dont notamment le Conseil d'Etat vérifie le respect dans le cadre de son contrôle préalable. Ce concept englobe en effet tant la Constitution que les normes de droit international et les principes généraux du droit.

Ceci entraînera vraisemblablement une certaine pression pour concilier les dispositions constitutionnelles et conventionnelles en cas de congruence. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle est à cet égard encore assez peu développée. Ce n'est qu'avec son arrêt n° 131/2017 du 8 décembre 2017 qu'elle affirme pour la première fois qu'elle « est amenée à appliquer » une disposition de la Constitution « à l'aune des dispositions claires et précises [d'un traité international], en ce qu'elles se recouvrent avec celles de la Constitution ». Se dessine donc ici un début de devoir d'interprétation conforme amenant le juge constitutionnel à lire la constitution à la lumière de dispositions analogues de droit international.

La Cour luxembourgeoise suit ainsi l'exemple donné par la Cour Constitutionnelle belge laquelle cherche aussi à concilier la suprématie de la Constitution avec la primauté du droit international en considérant les dispositions pertinentes des deux sources comme un « tout indissociable » si elles sont analogues.

Considérant que le principe de la primauté du droit international peut être considéré comme un principe non écrit du droit constitutionnel luxembourgeois, il ne paraît que logique que la Cour poursuive sa jurisprudence dans ce sens sans qu'il soit nécessaire par ailleurs d'inscrire une clause explicite dans la Constitution. Il reste que tant la CEDH que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « bénéficient » d'une juridiction spécialisée pour en assurer le respect. Pour dialoguer tant avec ces juridictions européennes qu'avec les juridictions constitutionnelles des autres Etats européens, le Luxembourg a donc intérêt de disposer lui aussi d'une juridiction constitutionnelle spécialisée.

Sans cela elle ne pourra pas faire entendre sa position dans ce que le président de la Cour constitutionnelle allemande a appelé le « *europäischer Verfassungsgerichtsverbund* ».

Annexes

Annexe 1 : Les arrêts nos. 44 à 131 rendus de 2008 à 2017

Arrêt n° 44/08 du 6 juin 2008

(Mémorial A n° 104 de 2008)

« *Filiation naturelle - Code civil, art. 334-2, al. 2 (ancien) - Art. 10bis - pas conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisie en instance d'appel d'un recours de X. contre un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 16 mars 2005 qui avait rejeté sa demande de voir attribuer le nom patronymique X. à son enfant, né le 16 octobre 2000 et reconnu par lui le 20 octobre 2000, la Cour d'appel a, par arrêt du 15 février 2006, réformé le jugement en question et fait droit à la demande de X. en retenant que la déclaration de naissance par la mère Y. et la reconnaissance par le père, espacées d'une durée de cinq minutes, devaient être considérées comme simultanées au sens de l'article 334-2 alinéa 2 du Code civil ;

Considérant qu'à la suite du pourvoi en cassation introduit par Y. contre le susdit arrêt, la Cour de cassation a, par arrêt du 21 juin 2007, soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« *L'article 334-2., alinéa 2, première phrase, du Code civil, dans sa version antérieure à la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants, aux termes duquel l'enfant naturel acquiert le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents, en tant qu'il donne la préférence dans la situation visée par la loi au nom du père naturel, est-il compatible avec le principe de l'égalité des citoyens devant la loi édicté à l'article 10bis (1) de la Constitution ?* » ;

Considérant que dans ses conclusions déposées au greffe de la Cour Constitutionnelle le 2 octobre 2007, Y. fait exposer qu'avant 1979, l'attribution du nom patronymique à l'enfant naturel n'était pas réglementée par la loi ; que la loi du 13 avril 1979 portant réforme du droit de la filiation avait pour objet de lutter contre les discriminations, mais qu'elle n'avait en vue que la discrimination, par le Code civil, entre les enfants légitimes et les enfants naturels, relégués dans une catégorie juridique inférieure ; qu'elle n'avait pas vu qu'en prévoyant qu'un enfant naturel prend obligatoirement le nom de son père si la filiation s'établit simultanément à l'égard des deux parents, elle introduisait elle-même une autre forme de discrimination, cette fois-ci entre le père et la mère de l'enfant naturel ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ; qu'en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée ; qu'ainsi il lui incombe, à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires, de reconstituer l'objectif expliquant la démarche du législateur pour examiner si cet objectif justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité ;

Considérant qu'en l'occurrence il se dégage des travaux préparatoires du projet de loi portant réforme du droit de la filiation (Projet de loi N°2020) que tant le projet de loi que l'avis du Conseil d'Etat expriment, quant à la question de l'attribution du nom patronymique aux enfants naturels, l'unique souci d'établir une analogie aussi parfaite que possible avec la situation des enfants légitimes, souci exprimé de manière expresse dans l'avis du Conseil d'Etat par l'affirmation qu'« il est dans l'intérêt de l'enfant de porter le nom de son père parce que ce nom lui donne une apparence de légitimité » ;

Considérant qu'ainsi la différence de traitement entre les père et mère d'un enfant naturel, instituée par la loi du 13 avril 1979 modifiée par celle du 13 juillet 1982, n'est motivée que par l'intérêt de l'enfant naturel à être assimilé à un enfant légitime par le biais de l'attribution du nom patronymique de son père ;

Considérant cependant que cette motivation est insuffisante pour justifier la différence de traitement instituée ; qu'en effet à l'heure actuelle et plus spécialement depuis l'introduction de la loi du 23 décembre 2005 qui a modifié l'article 334-2 du Code civil, la solution adoptée par le législateur en 1979 et en 1982, en vertu de laquelle l'enfant naturel acquiert le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard de ses deux parents, ne peut plus être considérée comme nécessairement conforme aux intérêts de l'enfant ;

Considérant qu'il s'ensuit que la différence de traitement entre le père et la mère n'est pas rationnellement justifiée et que partant l'article 334-2 alinéa 2 en ce qu'il attribue le nom du père à l'enfant naturel si la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents, n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article 334-2. alinéa 2, première phrase du Code civil dans sa version antérieure à la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants, aux termes duquel l'enfant naturel acquiert le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents, en tant qu'il donne la préférence dans la situation visée par la loi au nom du père naturel, n'est pas compatible avec le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, édicté à l'article 10bis (1) de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Cour de cassation dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 45/08 du 27 juin 2008

(Mémorial A n° 98 de 2008)

« Successions – Loi du 9 juin 1964 concernant le travail agricole à salaire différé, art. 10 – Art. 10bis – pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par A.X. d'une action en liquidation et de partage de la succession des époux X.Y. dirigée contre B. et C.X. frères de la demanderesse, a, dans le cadre du volet concernant l'allocation d'un salaire différé, soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 10 de la loi du 9 juin 1964 concernant le travail agricole à salaire différé, en tant qu'il limite à cinq ans la période précédant l'entrée en vigueur de la loi, pendant laquelle la

collaboration d'un descendant à l'exploitation agricole parentale peut être prise en considération en vue de l'attribution d'un salaire agricole différé, est-il conforme à l'article 10bis(1) de la Constitution ? » ;

Considérant que l'article 10bis de la Constitution dispose en son alinéa premier que :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que l'article 10 alinéa premier de la loi du 9 juin 1964 concernant le travail agricole à salaire différé est de la teneur suivante :

« Pour toutes les successions non encore ouvertes à la date de l'entrée en vigueur de la présente loi, les droits qui en résultent sont acquis aux bénéficiaires en raison de la collaboration apportée par eux au cours des cinq années qui ont précédé son entrée en vigueur » ;

Considérant que A.X. demande à ce que dans le cadre de l'allocation d'un salaire agricole différé la période de travail qui se situe à une époque antérieure à l'effet rétroactif de la loi soit sur le fondement de l'égalité des citoyens prise en considération comme celles de ses frères qui ne sont pas affectés par la limitation prévue à l'article 10 de la loi du 9 juin 1964 mais pour lesquelles un maximum de 10 ans est prévu ;

Considérant que les situations des personnes concernées sont dès lors comparables du fait que l'objet réclamé est le même à savoir la rémunération reportée, la différence consistant dans les espaces de temps entrant en ligne de compte pour l'attribution ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que la distinction quant aux périodes de référence est objective en ce qu'elle n'a pas trait aux attributs personnels des individus concernés mais à l'espace de temps durant lequel le travail a été presté ;

Considérant cependant qu'elle n'est pas rationnellement justifiée dès lors que d'après l'article 6 de la loi du 9 juin 1964 la preuve de la participation à l'exploitation agricole ou viticole pourra être rapportée par tous les moyens et ce indépendamment de la période de référence ; que s'il y a des difficultés de preuve pour l'espace de temps antérieur à la mise en vigueur de la loi celles-ci peuvent tout au plus influencer sur les possibilités de faire valoir les droits sans pour autant en justifier la limitation de la durée à 5 ans ;

D'où il suit que l'article 10 de la loi du 9 juin 1964 n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution pour autant qu'il limite à 5 ans la durée prise en compte pour la détermination du salaire agricole différé.

Par ces motifs,

dit que l'article 10 de la loi du 9 juin 1964 concernant le travail agricole à salaire différé pour autant qu'il limite la durée de la prise en compte de la collaboration constitutive du droit à cette rétribution aux cinq années qui ont précédé la mise en vigueur de cette loi n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 46/08 du 26 septembre 2008

(Mémorial A n° 154 de 2008)

« Protection de la nature – Loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, art. 5, al. 3 et art. 10, al. 3 - Art. 10bis (1), 11(6), 11bis et 16 – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage d'un arrêt de la Cour administrative du 13 mars 2008 que la société à responsabilité limitée Soc1 s.à r.l., qui dispose de bureaux dans un immeuble sis en zone verte, avait sollicité auprès du ministre de l'Environnement l'autorisation de transformer et d'agrandir ledit immeuble ;

que le ministre refusa l'autorisation sollicitée au motif que les travaux projetés ne s'inscrivent pas dans l'une des catégories de constructions servant à l'exploitation agricole ou similaire prévues par les articles combinés 5, alinéa 3 et 10 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles ;

Considérant que dans son susdit arrêt, la Cour administrative, après avoir rappelé qu'en vertu de l'article 5, alinéa 3 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 précitée, seules peuvent être érigées en zone verte, sur autorisation du Ministre de l'Environnement, des constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole ou cynégétique ou à un but d'utilité publique et qu'aux termes de l'article 10, alinéa 3 de la même loi, les constructions existantes dans la zone verte ne peuvent être modifiées extérieurement, agrandies ou reconstruites qu'avec l'autorisation du ministre, a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« Les articles 5 et 10 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, pris plus particulièrement en leurs alinéas 3 respectifs, considérés isolément, sinon en combinaison, sont-ils conformes aux dispositions des articles 10bis, 11 (6), 11bis alinéa 1er et 16 de la Constitution, dispositions entrevues suivant leur libellé actuel ? »

Sur le moyen d'irrecevabilité des conclusions déposées au nom de la société à responsabilité limitée Soc1 s.à r.l., invoqué par l'Etat :

Considérant qu'il y a lieu de statuer au préalable sur le moyen d'irrecevabilité des conclusions déposées le 23 avril 2008 par Maître Jean-Paul Wiltzius au nom de la société à responsabilité limitée Soc1 s.à r.l., proposé par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, tiré du non-respect du délai d'un mois à partir de la notification de la question préjudicielle, ce non-respect devant aboutir à ce que ladite société ne puisse être considérée comme partie à la procédure ;

que la partie de Maître Jean-Paul Wiltzius rétorque que la qualité de partie à l'instance devant la Cour Constitutionnelle ne découle pas du fait de déposer des conclusions dans le délai légal, mais du seul droit de déposer des conclusions ; que par ailleurs, ses conclusions additionnelles ayant été déposées dans le délai légal, sa mandante serait à considérer non seulement comme partie à l'instance, mais pour le surplus comme partie non défaillante ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10, alinéa 1er de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, *« dans un délai de trente jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites ; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle »* ;

qu'il en découle que la qualité de partie à la procédure devant la Cour Constitutionnelle ne s'acquiert que moyennant le dépôt de conclusions écrites dans le délai légal ;

Considérant que la question préjudicielle a été notifiée aux parties suivant courrier recommandé expédié le 18 mars 2008 et réceptionné le 20 mars 2008 ;

que le dépôt des conclusions par Maître Jean-Paul Wiltzius au nom de la société à responsabilité limitée Soc1 s.à r.l., a été opéré le 23 avril 2008, partant en dehors du délai de trente jours prévu par l'article 10, alinéa 1er de la loi du 27 juillet 1997 précitée ;

que ladite société n'est partant pas partie à la procédure devant la Cour Constitutionnelle ;

Considérant que le dépôt ultérieur de conclusions additionnelles dans le délai légal n'est pas de nature à réparer ce vice ;

Sur la question préjudicielle :

Considérant que l'article 5, alinéa 2 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles dispose : *« Dans les communes régies par un projet d'aménagement général couvrant l'ensemble de leur territoire, toute construction, incorporée au sol ou non, n'est autorisée que dans les zones affectées à l'habitation, à l'exploitation de commerces, à l'implantation d'industries, aux installations et constructives et assimilées, ainsi qu'à d'autres destinations nécessitant en ordre principal des constructions immobilières sur la totalité de l'aire concernée »* ;

que l'alinéa 3 dispose : *« Dans les parties du territoire de ces communes situées en dehors des zones définies à l'alinéa qui précède, parties dénommées « zone verte » dans la présente loi, seules peuvent être érigées des constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole ou cynégétique ou à un but d'utilité publique. Les constructions restent cependant soumises à l'autorisation du Ministre »* ;

que l'article 10, alinéa 3 de la même loi dispose : *« Les constructions existantes dans la zone verte ne peuvent être modifiées extérieurement, agrandies ou reconstruites qu'avec l'autorisation du Ministre »* ;

Considérant que l'article 10, alinéa 3 de la loi modifiée du 19 janvier 2004, précitée, tel qu'interprété par les juridictions administratives, implique qu'en cas de modification extérieure, d'agrandissement ou de reconstruction de constructions existantes en zone verte, l'affectation de l'immeuble doit être conforme aux exigences de l'article 5, alinéa 3 de la même loi ;

qu'il en découle que la question de la constitutionnalité des dispositions de l'article 5, alinéa 3 et de l'article 10, alinéa 3 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 doit être considérée de manière combinée ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée ;

Considérant que la situation de propriétaires de terrains situés respectivement en zone verte et dans une zone non soumise aux mêmes restrictions est comparable en ce que les uns et les autres exercent sur ceux-ci tous les attributs de la propriété, y compris le droit d'y ériger des constructions, sauf les restrictions à y apporter par la loi ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que l'objectivité de la disparité entre les situations des propriétaires réside dans le fait que les immeubles admis en zone verte le sont en vertu de dispositions légales qui permettent leur classement d'après des critères préétablis ;

Considérant que la distinction est rationnellement justifiée en ce que les constructions permises en zone verte se rapportent à des activités qui ne peuvent s'exercer par essence qu'en milieu naturel ou sont d'utilité publique ;

Considérant qu'elle est adéquate et proportionnée à son but puisqu'elle tend à préserver l'environnement naturel, dont l'article 11*bis* de la Constitution assure la protection, moyennant des restrictions qui ne sont pas démesurées ;

Considérant que les articles 5, alinéa 3 et 10, alinéa 3 combinés de la loi modifiée du 19 janvier 2004 ne sont partant pas contraires à l'article 10*bis*, paragraphe 1er de la Constitution ;

Considérant que l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution garantit, entre autres, la liberté du commerce et de l'industrie, sauf les restrictions à établir par la loi ;

Considérant que s'il est vrai que la loi peut apporter des restrictions au libre exercice du commerce et de l'industrie, elle ne peut pas en restreindre l'exercice à tel point que les activités commerciales ou industrielles seraient effectivement ou pratiquement impossibles à exercer ;

Considérant qu'en prohibant les constructions d'immeubles pouvant servir à des fins d'exploitation commerciale ou industrielle dans des zones définies qui ne couvrent pas l'ensemble du territoire et dont l'institution est soumise à des procédures d'élaboration qui associent les personnes concernées et qui sont sujettes à un contrôle juridictionnel, les dispositions visées par la question préjudicielle ne contreviennent pas à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution ;

Considérant que l'article 11*bis* de la Constitution charge l'Etat de garantir la protection de l'environnement humain et naturel ;

Considérant qu'en édictant une législation qui restreint la possibilité de construire des ouvrages dans certaines zones dignes de protection, l'Etat exécute la mission lui conférée par la disposition constitutionnelle en question ;

que les articles 5, alinéa 3 et 10, alinéa 3 combinés de la loi modifiée du 19 janvier 2004, qui font partie de la législation ayant pour objet la protection de l'environnement humain et naturel, ne sont partant pas contraires à l'article 11*bis* de la Constitution ;

Considérant que l'article 16 de la Constitution garantit la protection du droit de propriété et prohibe l'expropriation autrement que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité ;

Considérant qu'un changement dans les attributs de la propriété qui est substantiel à ce point qu'il prive le propriétaire de ses aspects essentiels peut constituer une expropriation ;

Considérant cependant que les dispositions visées par la question préjudicielle ne concernent pas le classement ou le reclassement d'une propriété de zone constructible en zone non constructible, la législation afférente n'étant pas soumise à l'appréciation de la Cour par la question préjudicielle, mais se bornent, d'une part, à déterminer les constructions qui sont permises en zone verte et, d'autre part, à prohiber les modifications extérieures, agrandissements ou reconstructions de constructions existantes en zone verte si elles ne répondent pas au critère de l'article 5 alinéa 3 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 ;

que partant, loin de constituer une expropriation ou d'y équivaloir, les dispositions en question ne font qu'aménager voire alléger les interdictions qui résultent du classement d'un terrain en zone verte ;

qu'il s'ensuit que l'application des dispositions des articles 5, alinéa 3 et 10, alinéa 3 combinés de la loi modifiée du 19 janvier 2004 n'aboutit pas à une expropriation des propriétaires qu'elles visent et ne sont ainsi pas contraires à l'article 16 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que les articles 5, alinéa 3 et 10, alinéa 3 combinés de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles ne sont pas contraires aux articles 10bis, paragraphe 1er, 11, paragraphe 6, 11bis et 16 de la Constitution,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 47/08 du 12 décembre 2008

(Mémorial A n° 197 de 2008)

« *Divorce, Autorité parentale – Code civil, art. 302, al. 1^{er} et art. 378, al. 1^{er} – Art. 10bis – pas conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que la Cour d'appel, saisie, dans le cadre de la fixation des mesures accessoires au divorce des époux A.... et B....., d'une demande de A... tendant à l'attribution de l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun par ses père et mère, a soumis les questions préjudicielles suivantes à la Cour Constitutionnelle :

« 1) les articles 302, alinéa 1^{er} et 378, alinéa 1^{er} du Code civil sont-ils conformes à l'article 10bis de la Constitution en ce qu'ils attribuent par principe l'exercice exclusif de l'autorité parentale en cas de divorce à l'un des parents et écartent par voie de conséquence l'autre parent de l'exercice de l'autorité parentale, sous réserve de son droit de surveillance et de son droit de visite ?

2) les articles 302, alinéa 1er et 378, alinéa 1er du Code civil sont-ils conformes à l'article 10bis de la Constitution en ce qu'ils attribuent par principe l'exercice exclusif de l'autorité parentale en cas de divorce à l'un des parents sans que la loi ne prévoie la possibilité de maintenir ou d'instaurer une autorité parentale conjointe au cas où l'exercice en commun de l'autorité parentale était justifié par l'intérêt de l'enfant alors que l'article 380 du Code civil prévoit la possibilité d'instaurer une autorité parentale conjointe hors mariage dans le cas de l'enfant naturel, reconnu par ses deux parents, sans distinguer suivant que les parents cohabitent ou vivent séparés ? »

Considérant que l'article 302, alinéa 1^{er} du Code civil, figurant sous le chapitre IV - « Des effets du divorce », dispose que « Le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera l'intérêt des enfants, soit à l'un ou à l'autre des époux, soit à une tierce personne, parente ou non, l'autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389 » ;

Qu'aux termes de l'article 378, alinéa 1^{er} du Code civil, figurant sous le chapitre Ier - « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant », « Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre » ;

Que l'article 380 du Code civil visé par la Cour d'appel dans le libellé de la deuxième question préjudicielle permet aux parents de l'enfant naturel d'exercer en commun l'autorité parentale sur l'enfant naturel reconnu par les deux s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles et confère au juge des tutelles la possibilité de décider, à la demande du père, de la mère ou du ministère public, que l'autorité parentale à l'égard de l'enfant naturel sera exercée en commun par le père et la mère ;

Considérant que l'article 10bis (1) de la Constitution énonce que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

I. Considérant que les parents divorcés exerçant l'autorité parentale exclusive sur les enfants communs et les parents privés de ce droit se trouvent dans une situation objectivement différente ;

Que les deux catégories sont cependant comparables, les père et mère divorcés ayant le même rapport de parenté à l'égard de leurs enfants communs ;

Considérant que la notion d'égalité visée à l'article 10bis (1) de la Constitution doit être comprise par référence au contenu et à la raison d'être des droits et obligations sous examen ; que l'autorité parentale est instituée pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ; que les père et mère ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation ;

Que l'appréciation de l'égalité des parents quant à leurs relations avec leurs enfants doit se faire en considération de l'intérêt des enfants ;

Considérant qu'en règle générale il est dans l'intérêt des enfants que l'autorité parentale soit exercée conjointement par leurs parents et non pas exclusivement par leur père ou leur mère ;

Qu'il s'ensuit que le principe de l'exercice exclusif de l'autorité parentale après divorce par la mère ou le père, sous réserve du droit de surveillance et du droit de visite du parent non attributaire du droit de garde, tel qu'instauré par les articles 302, alinéa 1^{er} et 378, alinéa 1^{er} du Code civil, n'est pas rationnellement justifié ;

Que le concept d'égalité de l'article 10bis (1) de la Constitution doit à plus forte raison être interprété dans le sens ci-dessus retenu étant donné que l'égalité des parents dans leurs relations avec leurs enfants est consacrée par des Conventions internationales approuvées par le Grand-Duché de Luxembourg ;

que suivant la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 20 décembre 1993, article 18, première phrase : « Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement » ; que cette obligation imposée aux Etats contractants ne distingue pas suivant que les parents sont mariés ou divorcés, vivent en union libre ou sont séparés ;

que le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, approuvé par la loi du 27 février 1989, dispose en son article 5, première phrase que « les époux jouissent de l'égalité de droits et responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » ;

II. Considérant que les parents mariés, non séparés de corps, exercent en commun l'autorité parentale à l'égard de leur enfant ;

Considérant que l'article 380 du Code civil permet aux parents de l'enfant naturel d'exercer en commun l'autorité parentale sur l'enfant naturel reconnu par les père et mère s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles et que le juge peut décider à la demande d'un des parents ou du ministère public, que l'autorité parentale à l'égard de l'enfant naturel sera exercée en commun par ses parents non mariés qui ont reconnu l'enfant, qu'ils vivent ensemble ou soient séparés ;

Considérant qu'en cas de divorce ou de séparation de corps pour cause déterminée des époux, un seul des parents est attributaire de la garde de l'enfant commun, cette attribution impliquant, selon l'article 378, alinéa 1^{er} du Code civil, l'exercice exclusif de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et, sauf disposition contraire du juge, l'administration légale des biens de l'enfant ;

Considérant qu'il existe des disparités objectives entre les différentes catégories de parents : parents mariés, divorcés ou séparés de corps, parents qui n'ont jamais été mariés ensemble ;

Considérant que les parents de l'enfant né dans le mariage se trouvent dans la même relation de parenté à l'égard de l'enfant commun qu'ils soient mariés, divorcés ou séparés de corps ; que, mariés, divorcés ou séparés de corps, ils se trouvent dans la même relation par rapport à leur enfant que les parents qui n'ont jamais été mariés ensemble par rapport à l'enfant commun qu'ils ont reconnu ;

Que les catégories de personnes, parents mariés, divorcés ou séparés de corps et parents qui n'ont pas été mariés sont comparables de par leur même rapport de parenté à l'égard de leur enfant commun ;

Considérant d'une part que si le divorce dissout l'union légale qui unissait le mari et l'épouse, il ne met pas fin à la parentalité des père et mère divorcés ;

que les parents mariés mais séparés de fait continuent à exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun ;

Considérant d'autre part qu'il n'existe pas de motif déterminant justifiant l'impossibilité d'instituer l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun par les parents divorcés ou séparés de corps alors que la loi permet cette institution pour les parents non mariés ayant reconnu l'enfant dit naturel, qu'ils vivent ensemble ou séparés ;

Que dès lors, la différence relative à l'exercice de l'autorité parentale entre la situation des parents divorcés ou séparés de corps et celle des parents mariés tant comme celle entre la situation des parents divorcés ou séparés de corps de l'enfant commun et celle des parents ayant reconnu l'enfant dit naturel n'est à son tour pas rationnellement justifiée ;

III. Considérant finalement qu'en autorisant l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents de l'enfant dit naturel qu'ils ont reconnu alors que l'enfant né dans le mariage ne peut pas bénéficier de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par ses parents divorcés, les articles 302, alinéa 1^{er} et 378, alinéa 1^{er} du code créent une différenciation non rationnellement justifiée entre la situation des enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage ;

Qu'il suit de ces considérations que les articles 302, alinéa 1^{er} et 378, alinéa 1^{er} du Code civil ne sont pas conformes à l'article 10*bis* (1) de la Constitution dans la mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs.

Par ces motifs,

dit que les articles 302, alinéa 1^{er} et 378, alinéa 1^{er} du Code civil ne sont pas conformes à l'article 10*bis* (1) de la Constitution dans la mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms de A.... et de B... lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Cour d'appel - 1^{re} chambre - dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 48/09 du 6 mars 2009

(Mémorial A n° 55 de 2009)

« Indemnité de chômage – Code du travail, art. L. 521-11 – Art. 10bis (1), 11(2), et 111 - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le Conseil supérieur des assurances sociales, saisi sur appel par Madame X. d'une demande tendant, en sa qualité de femme enceinte, à la prolongation pour une nouvelle période de 182 jours de calendrier de l'admission au chômage complet en tant que chômeur particulièrement difficile à placer, a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

” Interprété comme ne permettant pas le maintien du chômage complet pour une nouvelle période de cent quatre-vingt-deux jours de calendrier aux femmes enceintes ayant épuisé leur droit aux indemnités de chômage au bout de trois cent soixante- cinq jours de calendrier par période de vingt-quatre mois aux termes de l'article L. 521-11 (1) du Code du travail dans sa version antérieure à la loi du 22 décembre 2006, l'article L. 521-11 (4) alinéas 1 et 2 du même code est-il conforme à l'article 10 bis (1) pris ensemble ou séparément avec les articles 11 (2) et 111 de la Constitution, alors que cette prolongation est permise pour le chômeur atteint d'une incapacité de travail de 30 % au moins constatée ou, le cas échéant, fixée par le contrôle médical de la sécurité sociale, pour le chômeur âgé de cinquante ans accomplis au moins et atteint d'une incapacité de travail de 15 % au moins constatée ou, le cas échéant, fixée par le contrôle médical de la sécurité sociale et pour le chômeur âgé de cinquante-cinq ans accomplis au moins, tous définis comme étant des chômeurs particulièrement difficiles à placer en raison de considérations inhérentes à leur personne, et qu'il est par ailleurs connu que l'Administration de l'emploi s'abstient d'assigner des femmes enceintes à des employeurs se trouvant à la recherche de personnel ? ».

Quant à la procédure

Considérant qu'à l'audience des plaidoiries le mandataire de l'Etat a soulevé la tardiveté du mémoire déposé pour compte de Madame X. en date du 9 janvier 2009, au motif que d'après l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle le délai afférent serait à compter à partir de la notification du premier mémoire de la partie adverse au litige ;

Que le mandataire de Madame X. a rétorqué que le délai de 30 jours prévu par l'article 10 en question serait à compter à partir de la notification du second mémoire de la partie adverse et qu'en toute occurrence il y aurait lieu de faire application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et plus particulièrement du principe de l'égalité des armes y inscrit, étant donné que la lecture contraire du texte de procédure équivaudrait à ne pas admettre le même nombre de mémoires par partie ;

Considérant que l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 dispose en ses alinéas premier et second comme suit : « *Dans un délai de trente jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites ; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.*

Le greffe transmet de suite aux parties copie des conclusions qui ont été déposées. Ces parties disposent alors de trente jours à dater du jour de la notification, pour adresser au greffe des conclusions additionnelles ».

Considérant qu'il découle du texte de l'alinéa premier de l'article 10 sous revue que dès la notification de la question préjudicielle aux parties, celles-ci disposent chacune de trente jours pour déposer un premier mémoire, ce délai ayant la particularité de courir de façon parallèle pour chacune des parties concernées, leurs mémoires étant appelés à refléter la prise de position des parties respectives à la question préjudicielle ;

Que dès les dépôts respectifs des différents mémoires, devant nécessairement intervenir dans les trente jours de la notification de la question préjudicielle, le greffe transmet de suite aux parties, d'après les dispositions de l'alinéa second dudit article 10, copie des conclusions qui viennent d'être déposées ;

Que chacune dispose alors d'un nouveau délai de trente jours, à dater du jour de la notification des premières conclusions, en vue de déposer au greffe des conclusions additionnelles ;

Qu'il s'en dégage qu'en présence de deux parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle, chacune a le droit de déposer deux corps de conclusions, le délai pour déposer le second commençant à courir chaque fois par rapport aux premières conclusions déposées par l'autre partie ;

Que dès lors aucune rupture de l'égalité des armes ne saurait être retenue ;

Considérant qu'en l'occurrence, les premières conclusions pour l'Etat ont été déposées le 12 novembre 2008 et notifiées au mandataire de Madame X. le 14 novembre 2008, tandis que les premières conclusions pour Madame X. ont été déposées le même 14 novembre 2008 ;

Que Madame X. disposait partant de trente jours à partir de la notification du mémoire étatique du 14 novembre 2008 pour fournir un mémoire additionnel ;

Que dès lors son mémoire additionnel déposé le 9 janvier 2009 est tardif et doit être écarté ;

Quant au fond

Considérant que l'article L. 521-11., paragraphe (4) du Code du travail dispose en ses alinéas premier et second comme suit :

- « *Le directeur de l'administration de l'Emploi peut autoriser, sur requête, le maintien ou la reprise du droit à l'indemnité de chômage complet pour une nouvelle période de cent quatre-vingt-deux jours de calendrier au plus, dans l'intérêt de chômeurs particulièrement difficiles à placer, dont les droits sont épuisés conformément aux dispositions du paragraphe (2) du présent article et qui ne peuvent prétendre à l'application des dispositions du paragraphe (3).*

Pour l'application des dispositions de l'alinéa qui précède un règlement définira le chômeur indemnisé particulièrement difficile à placer en raison de considérations inhérentes à sa personne » ;

Considérant que l'article 10bis (1) de la Constitution énonce que « *Les luxembourgeois sont égaux devant la loi* » ;

Que suivant l'article 11 (2) de la Constitution « *Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre hommes et femmes* » ;

Qu'enfin l'article 111 de la Constitution dispose que « *Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi* » ;

Considérant que tous les volets de la question de constitutionnalité posée au regard des trois dispositions constitutionnelles de référence ont en commun qu'ils se placent par rapport à la non-inclusion de la femme enceinte parmi les chômeurs indemnisés particulièrement difficiles à placer ;

Considérant que l'article L. 521-11., paragraphe (4) du Code du travail réserve dans son alinéa premier le maintien ou la reprise du droit à l'indemnité de chômage complet y visé à la qualité de chômeur particulièrement difficile à placer, telle qu'y énoncée et que pour son application l'alinéa second du même article confère à un règlement la mission de définir la notion de « *chômeur indemnisé particulièrement difficile à placer* », en raison de « *considérations inhérentes à sa personne* » ;

Considérant que le seul élément de définition contenu dans ces dispositions par rapport à la notion de « *chômeur indemnisé particulièrement difficile à placer* » consiste dans le renvoi aux « *considérations inhérentes à sa personne* » ;

Considérant qu'en renvoyant ainsi, de façon indistincte et générale, aux « *considérations inhérentes à sa personne* » le texte de loi sous revue n'instaure ni une inégalité au sens de l'article 10bis (1) de la Constitution, ni une inégalité en raison du sexe au sens de son article 11 (2), ni encore une inégalité en raison de la nationalité du chômeur concerné au sens de son article 111 ;

Considérant que pour le surplus l'article L. 521-11., paragraphe (4) a pu valablement, la matière n'étant pas réservée à la loi, laisser la charge de la définition de la notion retenue dans l'alinéa premier de « *chômeur indemnisé particulièrement difficile à placer* » au règlement visé à son alinéa second ;

Considérant que suivant l'article 95ter (1) de la Constitution la Cour Constitutionnelle statue sur la conformité des lois à la Constitution ;

Qu'il ne lui appartient pas de statuer notamment sur la conformité d'un règlement à la Constitution ;

Considérant qu'en l'absence d'autres éléments de définition contenus à l'article L. 521-11. paragraphe (4) alinéas 1er et 2 du Code du travail, celui-ci n'est pas contraire aux articles 10bis (1), 11 (2) et 111 de la Constitution ;

Par ces motifs,

écarte le mémoire additionnel de la partie X. pour cause de tardiveté ;

dit que l'article L. 521-11., paragraphe (4) alinéas 1^{er} et 2 du Code du travail n'est pas contraire aux articles 10bis (1), 11(2) et 111 de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au Conseil supérieur des assurances sociales dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 49/09 du 22 mai 2009

(Mémorial A n° 123 de 2009)

« Fonctionnaires communaux - statut - Loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, art. 66, par. 3 - Art. 10bis(1) - pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'un recours en réformation, sinon en annulation, formé le 12 mars 2008 par « l'établissement public Hospices civils de la Ville de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire de l'Hospice civil de Hamm », contre une décision du Conseil de discipline des fonctionnaires communaux, qui avait renvoyé Madame X. des fins d'une poursuite disciplinaire engagée contre elle, le tribunal administratif, par décision du 10 décembre 2008, a soumis à la Cour Constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

- « L'article 66 § 2 et § 3 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux est-il contraire à l'article 10bis de la Constitution dès lors qu'il prévoit indirectement mais nécessairement une différence de traitement entre le fonctionnaire communal et le président de la Commission administrative des Hospices civils de la Ville de Luxembourg en ouvrant un recours en réformation au fonctionnaire en cas de décision défavorable au fonctionnaire sans ouvrir de recours en réformation de même nature au président de la Commission administrative des Hospices civils de la Ville de Luxembourg en cas de décision défavorable aux Hospices civils de la Ville de Luxembourg ? »

- « L'article 66 § 2 et § 3 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux est-il contraire à l'article 10bis de la Constitution dès lors qu'il prévoit une différence de traitement entre le président de la Commission administrative des Hospices civils de la Ville de Luxembourg et le délégué du Gouvernement visé à l'article 59 alinéa 2 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, en ouvrant un recours en réformation au délégué du Gouvernement en cas de décision défavorable du Conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat contre un fonctionnaire de l'Etat sans ouvrir de recours en réformation de même nature au président de la Commission administrative des Hospices civils de la Ville de Luxembourg en cas de décision défavorable du Conseil de discipline des fonctionnaires communaux contre les Hospices civils de la Ville de Luxembourg dans une procédure disciplinaire diligentée contre un fonctionnaire communal ? »

Quant à la première question :

Considérant que l'article 66 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux dispose dans ses paragraphes 2 et 3 que :

- 2. *En dehors des cas où le Conseil de discipline statue en appel, le fonctionnaire frappé d'une sanction disciplinaire prononcée par le Conseil de discipline ou suspendu conformément à l'article 59, paragraphe 1er, peut, dans les trois mois de la notification de la décision, prendre recours au Tribunal administratif qui statue comme juge du fond. Le même droit de recours appartient au collège des bourgmestre et échevins, qui peut exercer ce droit par l'intermédiaire du délégué visé à l'article 70, alinéa 3. Les recours du fonctionnaire intéressé et du délégué du collège des bourgmestre et échevins sont obligatoirement dirigés contre la décision du Conseil de discipline.*

- 3. *L'autorité saisie du recours peut, soit confirmer la décision attaquée, soit prononcer une sanction moins sévère, soit acquitter le fonctionnaire.*

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution énonce que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que le terme « *Luxembourgeois* » s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales de droit luxembourgeois ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard des mesures critiquées ;

Considérant que les situations du fonctionnaire communal et de son employeur sont comparables de par leur qualité de parties au procès ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but ;

Considérant qu'en limitant les pouvoirs de l'autorité saisie du recours contre une décision du Conseil de discipline des fonctionnaires communaux, soit à la confirmation de la décision entreprise, soit à l'application d'une sanction moins sévère, soit encore à l'acquittement du fonctionnaire poursuivi, l'article 66, paragraphe 3 de la loi modifiée du 24 décembre 1985, précitée, crée une disparité objective entre les parties au procès, dès lors que le fonctionnaire voit, dans l'hypothèse la plus défavorable pour lui, confirmer la décision du Conseil de discipline, tandis que l'employeur communal n'a pas la possibilité de faire prononcer par le juge administratif une sanction plus sévère à l'encontre de son fonctionnaire ;

Considérant que cette disparité, qui a pour conséquence de priver d'efficacité, par dérogation au droit commun, le recours ouvert au collège des bourgmestre et échevins ou à son délégué visé à l'article 70, alinéa 3 de la loi modifiée du 24 décembre 1985, précitée, contre une décision rendue en matière de discipline des fonctionnaires communaux, n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée au but du régime disciplinaire institué par ladite loi ;

Qu'en refusant ainsi un recours effectif au collège des bourgmestre et échevins ou à son délégué, l'article 66 paragraphe 3 de la loi modifiée du 24 décembre 1985, précitée, se heurte à l'article 10bis, paragraphe 1er de la Constitution ;

Quant à la deuxième question :

Considérant que l'article 54 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, telle qu'elle a été modifiée, dispose en ses paragraphes 2 et 3 que :

« 2. En dehors des cas où le Conseil statue en appel, le fonctionnaire frappé d'une sanction disciplinaire prononcée par le Conseil de discipline ou suspendu conformément à l'article 48, paragraphe 1er, peut, dans les trois mois de la notification de la décision, prendre recours au Tribunal administratif qui statue comme juge du fond. Le même droit de recours appartient au Gouvernement qui l'exerce par l'intermédiaire du délégué visé à l'article 59, alinéa 3. Les recours du fonctionnaire intéressé et du délégué du Gouvernement sont obligatoirement dirigés contre la décision du Conseil de discipline. »

3. L'autorité saisie du recours peut, soit confirmer la décision attaquée, soit prononcer une sanction moins sévère ou plus sévère, soit acquitter le fonctionnaire. »

Considérant que le collège des bourgmestre et échevins et le gouvernement, représentés par leurs délégués respectifs, sont dans une situation comparable en ce qu'ils défendent leurs intérêts respectifs dans les affaires disciplinaires mettant en cause des fonctionnaires relevant de leur sphère d'autorité ;

Considérant que l'objectif du législateur, lors de la réforme de la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, a été de transposer dans le secteur communal les dispositions de la loi du 19 mai 2003 modifiant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (voir notamment Exposé des motifs, Doc. parl. N°5548, p. 17 ; Avis du Conseil d'Etat, Doc. parl. N° 5548², p. 1) ; que si, à l'instar du gouvernement, représentant les intérêts de l'Etat, le collège des bourgmestre et échevins, représentant les intérêts de la

commune, s'est vu accorder un recours en réformation contre la décision du Conseil de discipline, ce recours n'est pas de même nature que celui prévu au paragraphe 3 de l'article 54 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, qui dispose que l'autorité saisie du recours peut prononcer une sanction plus sévère que celle retenue par le Conseil de discipline ;

Considérant que ces deux dispositions créent une disparité objective en ce que, contrairement au recours contentieux exercé par le collège des bourgmestre et échevins, celui exercé par le gouvernement est efficace, dans ce sens que ce dernier peut obtenir une réformation *in peius* de la décision du Conseil de discipline ;

Considérant que cette disparité, qui a pour conséquence de priver d'efficacité, par dérogation au droit commun, le recours ouvert au collège des bourgmestre et échevins ou à son délégué visé à l'article 70, alinéa 3 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 précitée, contre une décision du Conseil de discipline qui fait grief à l'employeur communal, alors que le recours contentieux ouvert au gouvernement en matière disciplinaire n'est pas privé d'efficacité, n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée à la finalité recherchée par le législateur ;

Qu'en privant ainsi le collège des bourgmestre et échevins ou son délégué d'un recours effectif contre une décision du Conseil de discipline, le législateur a créé une inégalité se heurtant à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit, en réponse aux deux questions, que le paragraphe 3 de l'article 66 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, pris isolément, n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 50/09 du 15 mai 2009

(Mémorial A n° 127 de 2009)

« *Filiation - Code civil, art. 316 - Art. 10bis(1) - pas conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'une demande de M. X. tendant à faire constater qu'il n'est pas le père de Mme Y., le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, a, par jugement du 17 décembre 2008, déféré à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« *L'article 316 du Code civil en ce qu'il prévoit que le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux, est-il compatible avec l'article 10bis de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi, alors qu'aux termes de l'article 339 du Code civil, l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel peut contester cette reconnaissance si l'enfant n'a pas une possession d'état continue*

et conforme de plus de trois ans, depuis l'acte de reconnaissance, et si l'enfant n'a pas atteint l'âge de six ans accomplis. »

Considérant que l'article 312 du Code civil dispose :

« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut être le père. (...) »

Qu'aux termes de l'article 316 du Code civil :

« Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux ; s'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude, si la naissance de l'enfant lui avait été cachée. »

Que l'article 339 du Code civil, après avoir dans son alinéa 1^{er} disposé que « tout intéressé peut, par tous les moyens, contester la filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou de la possession continue de l'état d'enfant naturel », précise en ses alinéas 4 à 6 que « l'auteur de la reconnaissance ne peut plus la contester, si l'enfant a une possession d'état continue et conforme de plus de trois ans, depuis l'acte de reconnaissance, ni si l'enfant a atteint l'âge de six ans accomplis ».

Que l'article 10^{bis} (1) de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.

Considérant que dans ses conclusions déposées au greffe de la Cour Constitutionnelle le 2 février 2009, X. fait exposer :

Qu'il résulte de la combinaison des articles 316 et 339 du Code civil que l'homme marié qui n'est pas le père biologique d'un enfant dont il est cependant juridiquement le père, et souhaitant rétablir juridiquement la vérité biologique, se trouvera dans une situation désavantageuse par rapport à un homme qui n'est pas le père biologique d'un enfant reconnu comme son enfant naturel ; que le père juridique légitime n'aura que six mois à partir de la naissance de l'enfant pour exercer une éventuelle action en désaveu, alors que le père juridique naturel disposera d'un délai minimum de trois ans et d'un délai maximum de six ans à partir de la naissance ; qu'ainsi dans une situation de fait similaire, à savoir une paternité juridique et une paternité biologique ne coïncidant pas, deux hommes se verront appliquer par le Code civil un traitement différent selon qu'ils sont mariés ou pas ; que le Code civil actuel, inspiré du code napoléon, a toujours eu pour but de protéger la famille, au sens légal du terme ; que cette finalité elle-même aujourd'hui est désuète alors que la définition sociale de la famille a évolué plus vite que la définition légale.

Considérant que de son côté, Y. fait plaider que l'article 316 du Code civil, en créant un cadre juridique plus strict pour le père légitime d'un enfant que celui du père naturel, répond à ces exigences ; qu'en effet la différence entre le père naturel et le père légitime procède d'une disparité objective ayant sa cause dans l'institution légale du mariage ; que cette différence est encore rationnellement justifiée puisque si l'on conçoit que l'institution légale du mariage est différente d'autres modes de vie et de procréation d'enfants, il est rationnel d'attacher des effets différents à cette institution ; qu'elle en conclut qu'il est d'ores et déjà établi que la différence entre le père légitime et le père naturel créée par les articles 316 et 339 du Code civil procède d'une différence objective rationnellement justifiée adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que le ministère public n'a pas déposé de conclusions écrites au greffe de la Cour Constitutionnelle.

1) Sur la violation alléguée de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle :

Considérant que Mme Y. conclut en premier lieu à la violation de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, en exposant qu'une saisine de

la Cour Constitutionnelle ne s'imposait pas puisque, même si la Cour devait faire droit aux conclusions de M. X. en assimilant le père d'un enfant légitime à l'auteur d'une reconnaissance d'un enfant naturel quant aux délais de contestation de paternité, M. X. serait quand-même forclos à agir, la défenderesse à l'action en désaveu de paternité ayant été âgée de 34 ans au moment de l'introduction de la demande.

Qu'elle estime ainsi que la question préjudicielle soulevée par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son jugement du 17 décembre 2008 est sans aucune incidence sur la solution du litige et que le tribunal aurait partant dû toiser la demande sans poser de question préjudicielle.

Considérant cependant que, même à supposer que la juridiction de renvoi aurait pu toiser le cas d'espèce lui soumis sans avoir recours à une question préjudicielle - faisant ainsi droit aux conclusions du Ministère public - il n'en reste pas moins que cette considération est sans incidence sur la mission de la Cour Constitutionnelle qui ne consiste pas à toiser la demande dirigée par X. contre Y., mais uniquement à répondre à la question de pur droit posée à titre préjudiciel.

Qu'il s'ensuit que, sans s'arrêter autrement à la violation alléguée, la Cour Constitutionnelle doit statuer sur la question préjudicielle qui lui est soumise.

II) Sur la question préjudicielle :

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant qu'en réservant une situation moins favorable aux enfants nés hors mariage, les rédacteurs du Code civil ont voulu imposer le respect des institutions et des règles sur lesquelles ils entendaient que la société soit organisée.

Considérant que le législateur de 1979, dans le projet de loi portant réforme du droit de la filiation (Doc. parl. N°2020 à 2020⁵) s'est donné pour but « de faire disparaître les discriminations existantes entre les différentes catégories de filiation et de faire prédominer dans toute la mesure du possible la vérité biologique dans l'établissement de la filiation ».

Qu'une conséquence nécessaire du souci de faire prédominer la vérité biologique était l'allongement considérable du délai de désaveu très court accordé au mari par l'ancien article 316 du Code civil, qui n'était que d'un mois si le mari se trouvait sur les lieux de la naissance de l'enfant et de deux mois après son retour ou après la découverte de la fraude si la naissance lui avait été cachée.

Que ces délais ont été portés uniformément à six mois par la loi du 13 avril 1979 en conformité avec l'avis du Conseil d'Etat qui préconisait cet allongement des délais en relevant que cette solution tient compte des intérêts légitimes du mari.

Considérant d'autre part qu'en ce qui concerne la contestation d'une reconnaissance d'un lien de filiation illégitime, l'ancien article 339 du Code civil se bornait à prévoir que toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pouvait être contestée par tous ceux qui y avaient un intérêt ; que les auteurs du projet de loi notent que cette faculté de mettre à néant la filiation de l'enfant n'est toutefois guère dans son intérêt et que l'exercice de l'action doit être limité dans le temps ; qu'ils notent ainsi que « pour éviter que l'enfant ne soit l'enjeu des inclinaisons ou dissensions de ses auteurs (...) le projet de loi interdit cette action après que l'enfant a atteint l'âge de six ans ».

Considérant que les délais introduits par la loi nouvelle sont ainsi censés protéger les intérêts tant des enfants que ceux de l'auteur de la reconnaissance et de tiers intéressés.

Que la formulation des alinéas 3 et 4 de l'article 339 actuel du Code civil oppose clairement le droit imprescriptible de l'enfant à contester la reconnaissance à celui, limité, de l'auteur de la reconnaissance, ce dernier ne pouvant plus la contester si l'enfant a une

possession d'état continue et conforme de plus de trois ans depuis la reconnaissance, ni s'il a atteint l'âge de six ans.

Considérant que cette analyse des travaux parlementaires fait apparaître que le législateur a entendu faire prévaloir l'intérêt de l'enfant et que cet intérêt va dans le sens de l'établissement de la vérité biologique dans le lien de filiation, le cas échéant au détriment de la famille légitime.

Que l'action du père qui tend à faire reconnaître la réalité biologique d'une filiation au détriment d'un lien de filiation apparent ayant existé auparavant, doit aussi être considérée comme correspondant à l'intérêt de l'enfant.

Considérant que dans les deux cas de figure opposés, mari ou auteur d'une reconnaissance, il s'agit d'hommes se trouvant dans des situations juridiques comparables, leur action tendant chaque fois à faire correspondre la filiation juridique d'un enfant à la réalité biologique.

Qu'il s'en dégage qu'en soumettant l'homme marié et l'auteur d'une reconnaissance à des régimes légaux différents quant à l'action en contestation de paternité, la loi institue une différence qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Qu'il suit de ces considérations que l'article 316 du Code civil n'est pas conforme à l'article 10bis (1) de la Constitution dans la mesure où il enferme l'action en désaveu de paternité du mari dans des délais plus courts que ceux accordés par l'article 339 du Code civil à l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel.

Par ces motifs,

dit que l'article 316 du Code civil n'est pas conforme à l'article 10bis (1) de la Constitution dans la mesure où il enferme l'action en désaveu de paternité du mari dans des délais plus courts que ceux accordés par l'article 339 du Code civil à l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms de M. X. et Mme. Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 51/10 du 8 janvier 2010

(Mémorial A n° 8 de 2010)

« Vente - Code civil, art. 1595 – Art. 10bis(1) – pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement de renvoi du 14 juillet 2009 rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile ;

Considérant que cette juridiction, appelée à se prononcer dans le cadre d'un litige opposant les parties X., d'une part, et Y., la société Y. ainsi que la société W., d'autre part, sur la validité de deux cessions de parts sociales intervenues entre les époux X. et Y., a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 1595 du Code civil en ce qu'il institue une prohibition de la vente entre époux est-il conforme à la norme constitutionnelle de l'égalité des citoyens devant la loi inscrite à l'article 10bis (1) de la Constitution au regard de la différence de traitement ainsi instaurée entre les personnes mariées et celles qui ne le sont pas ? »

Considérant que l'article 1595 du Code civil énonce :

« Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

1° celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement avec lui, en paiement de ses droits ;

2° celui où la cession que le mari fait à sa femme, même séparée, a une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté ;

3° celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté.

Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.

... »

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que par la prohibition inscrite à l'article 1595 précité du Code civil, la loi a créé une différence de traitement entre partenaires mariés et partenaires non mariés ;

Considérant que la différence entre ces deux catégories de personnes, se trouvant dans une situation comparable au regard de leurs droits et obligations en matière de vente, repose sur un critère objectif qui est le mariage ;

Considérant que l'interdiction de vente entre époux, telle qu'instituée par le législateur de l'époque, avait trouvé son fondement essentiel dans le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, de la révocabilité des donations entre époux ; qu'elle devait garantir l'intégrité de la réserve héréditaire et empêcher la fraude aux droits des tiers ;

Considérant que depuis la modification de l'article 1397 du Code civil par la loi du 16 août 1975, les époux peuvent, pendant la durée du mariage et dans les conditions y fixées, procéder au changement de leur régime matrimonial ; que sous ce rapport, la finalité de l'interdiction de vente entre époux n'est plus rationnellement justifiée ;

Considérant, d'autre part, que les règles générales du droit civil permettant de remettre en cause les actes simulés ou frauduleux, sont de nature à sanctionner toute fausse vente entre époux ;

Considérant que la différence de traitement résultant du fait que la prohibition de vente restreint la liberté de contracter des partenaires mariés alors que celle-ci reste entière pour les partenaires non mariés, est disproportionnée et non adéquate ;

d'où il suit que l'article 1595 du Code civil est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article 1595 du Code civil est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties en cause lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 52/10 du 12 février 2010

(Mémorial A n° 25 de 2010)

« Régimes complémentaires de pension - Loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension, art. 3(2) - Art. 10bis(1) et 101 – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par jugement du 13 juillet 2009, le tribunal administratif, saisi d'un recours en réformation introduit par X., veuve Y., contre une décision du directeur de l'administration des contributions directes rejetant comme non fondée une réclamation critiquant l'imposition au titre de revenu extraordinaire imposable à un taux spécial d'une partie de la pension complémentaire de survie versée en 2005 par l'ancien employeur de Y. après le décès de ce dernier survenu en 2004, a déféré à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 3 (2) de la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension, en ce qu'il oblige les entreprises à assurer spécifiquement les risques d'invalidité et décès auprès d'une entreprise d'assurance, sans prévoir l'hypothèse des salariés qui ne peuvent pas être assurés auprès d'une telle compagnie d'assurance, notamment pour des motifs de santé, est-il conforme aux articles 10bis (1) et/ou 101 de la Constitution dans la mesure où il aboutit in concreto à ce que les prestations d'invalidité ou de décès versées aux affiliés en mauvaise santé ou handicapés respectivement à leurs ayants droit, dont les risques décès et invalidité n'ont pas pu être assurés, sont soumises à l'impôt sur le revenu conformément au droit fiscal commun, alors que les prestations d'invalidité et de décès versées aux affiliés en bonne santé respectivement à leurs ayants droit, dont les risques décès et invalidité ont pu être assurés, sont exonérées d'impôt, et alors que les personnes précitées jouissent toutes de droits strictement égaux dans le cadre des régimes complémentaires de pension mis en place par les employeurs ? »

Considérant que l'article 3 (2) de la loi modifiée relative aux régimes complémentaires dispose :

« Les régimes complémentaires de pension peuvent servir des prestations de retraite ainsi que, en cas de décès du bénéficiaire, des prestations de décès ou de réversion. Les régimes complémentaires de pension peuvent servir des prestations d'invalidité et, en cas de décès du bénéficiaire, des prestations de décès ou de réversion ainsi que des prestations de décès et de survie en cas de décès d'un affilié actif, à condition d'assurer spécifiquement ces risques auprès d'une entreprise d'assurance. Cette condition ne s'applique pas aux assurances de groupe. »

Considérant que l'Etat fait valoir que la distinction opérée quant au mécanisme et à la technique d'imposition à l'entrée ou à la sortie du plan du régime de pension complémentaire n'est pas constitutive d'une violation de l'égalité devant la loi, de sorte qu'en l'absence de

tout traitement discriminatoire entre les contribuables, la question préjudicielle est irrecevable ;

Considérant que la question de l'existence ou de l'absence de tout traitement discriminatoire ne tient pas de la recevabilité de la question mais de son fondement ;

Considérant que l'égalité devant l'impôt, consacrée à l'article 101 de la Constitution, est une application particulière du principe d'égalité devant la loi formulé à l'article 10bis (1) de la Constitution ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant qu'aux termes de l'article 115 paragraphe 17a de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (ci-après LIR), les prestations versées dans le cadre d'un régime complémentaire de pension visé par la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension sont exemptes de l'impôt sur le revenu ;

que l'article 95 (3) LIR considère comme revenu d'une occupation salariée les allocations, cotisations et primes d'assurance versées à un régime complémentaire de pension visé par la susdite loi ;

que l'article 142 (1) LIR dispose que les avantages provenant d'une occupation salariée, visés à l'article 95(3) LIR sont imposables par voie d'une retenue d'impôt à charge de l'employeur, la retenue d'impôt s'appliquant également lorsque l'employeur opte pour une imposition forfaitaire des provisions pour pension complémentaire existant au 31 décembre 1999, c'est-à-dire à l'entrée en vigueur de la loi du 8 juin 1999 ;

Considérant que contrairement aux prestations de retraite correspondant à une carrière professionnelle complète, la loi exige pour les prestations d'invalidité, de décès, de réversion et de survie, servies dans le cadre d'un régime légal de pension complémentaire, la couverture par une assurance dont les primes, conformément aux dispositions fiscales précitées, sont imposables par voie d'une retenue d'impôt à charge de l'employeur, tandis que les prestations versées à la survenance du risque sont exemptes de l'impôt sur le revenu ;

Considérant que d'après les énonciations du jugement du tribunal administratif, l'employeur de Y., sans se placer dans le cadre de l'assurance de groupe, a fait assurer par la compagnie d'assurance choisie le risque présenté par l'intéressé à concurrence de la moitié de l'engagement de pension et moyennant une surprime de 200 %, l'autre partie de l'engagement étant restée non assurée ;

Considérant que l'article 3 (2) de la loi du 8 juin 1999, tout en posant sous forme de condition l'exigence de la couverture par une assurance, laisse cependant le choix à l'employeur entre l'assurance de groupe et la couverture spécifique des risques précités auprès d'une entreprise d'assurance ;

Considérant que tout comme ledit article 3(2) laisse encore à l'employeur la liberté du choix de l'assureur, la couverture par une autre compagnie restant ouverte, cette disposition lui confère également la possibilité d'assurer spécifiquement les risques moyennant une prime plus élevée tenant compte des aléas de la vie ;

Considérant qu'en substance la question préjudicielle revient à mettre en opposition la moitié des prestations de survie rentrant dans les prévisions de l'article 3 (2) de la loi du 8 juin 1999, avec la condition de l'assurance spécifique remplie pour cette moitié, et l'autre moitié stipulée en dehors du cadre tracé par la loi, la condition d'assurance afférente n'étant pas remplie ;

Considérant que la question ne se pose dès lors pas en termes d'égalité devant la loi (article 10bis (1) de la Constitution), ni en termes d'égalité devant l'impôt (article 101 de la

Constitution) mais en termes de respect ou de non-respect d'une condition expressément prévue par l'article de loi dont la constitutionnalité est à analyser ;

Considérant que par rapport au non-respect de ladite condition, le droit commun est applicable et que les conséquences fiscales actuellement litigieuses relèvent de l'arrangement des parties au moment de la mise en place du régime de prestations de survie, placé pour partie, en ce qui concerne le risque de non-survie de Y., en dehors du cadre légal de l'article 3 (2) de la loi du 8 juin 1999 ;

Considérant qu'à l'examen des deux situations dégagées à partir de la question préjudicielle, il s'avère que la situation du bénéficiaire des prestations de survie, exemptes de l'impôt sur le revenu, stipulées conformément aux dispositions de l'article 3 (2) de la loi du 8 juin 1999 pour remplir la condition d'assurer spécifiquement le risque concerné, n'est pas comparable à la situation du bénéficiaire des prestations de survie versées en dehors du cadre légal dudit article 3 pour ne pas remplir la condition d'assurance spécifique y prévue, dès lors que le traitement fiscal différent des personnes concernées est une conséquence du non-respect de la condition posée par cet article, et non point de la condition elle-même, par ailleurs légitime ;

Que dès lors, par rapport à la question posée, l'article 3 (2) de la loi du 8 juin 1999 précitée n'est pas contraire aux articles 10bis (1) et 101 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question posée, l'article 3(2) de la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension n'est pas contraire aux articles 10bis (1) et 101 de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 53/10 du 5 mars 2010

(Mémorial A n° 43 de 2010)

« Adoption - Code civil, art. 67-1 - Art. 10bis(1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'une requête tendant à l'adoption plénière de Z., né le ...à Luxembourg, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 2 juillet 2009, soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« l'article 367-1 du Code civil, en n'autorisant pas l'adoption plénière – en tant qu'adopté – d'une personne majeure luxembourgeoise, alors que l'adoption simple d'un majeur luxembourgeois, quant à elle, est autorisée, est-il conforme à l'article 10bis (1) de la Constitution qui dispose que « les Luxembourgeois sont égaux devant la loi », tel que ledit article a été interprété, à savoir que la différence instituée par le législateur en ce qui concerne la situation juridique de certaines catégories de personnes doit procéder de disparités objectives et être rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à un but »

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que *« tous les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »* ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant toutefois que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle de l'égalité présuppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation de droit comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant que les deux régimes de l'adoption plénière, d'une part, et de l'adoption simple, d'autre part, ne sont pas comparables alors qu'ils répondent chacun à des besoins spécifiques et des finalités distinctes ;

Considérant notamment que l'adoption plénière entraîne la substitution irrévocable de la filiation adoptive à la filiation d'origine, permettant l'intégration complète d'une personne dans une nouvelle famille ;

Considérant que l'adoption simple se distingue fondamentalement de l'adoption plénière en ce qu'elle ne fait qu'ajouter au profit de l'adopté un lien de parenté adoptif qui peut être inspiré par d'autres considérations que celles liées à l'intégration irrévocable dans une nouvelle famille ;

Considérant qu'une personne faisant l'objet d'une adoption simple se trouve dès lors dans une situation juridique distincte d'une personne faisant l'objet d'une adoption plénière ;

qu'il s'ensuit que l'article 367-1 du Code civil, en tant qu'il n'admet pas l'adoption plénière d'une personne majeure, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 367-1 du Code civil n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties en cause lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 54/10 du 19 mars 2010

(Mémorial A n° 49 de 2010)

« *Accident de chemin de fer - Code pénal, art. 422 - Art. 10bis(1) - conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que la Cour d'appel, siégeant en matière correctionnelle, saisie de l'appel des prévenus X., Y. et Z., de plusieurs parties civiles et du ministère public contre un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui avait condamné les prévenus appelants ainsi que W du chef d'infraction aux articles 422, 418, 419 et 420 du Code pénal à des peines d'emprisonnement assorties du sursis partiel en ce qui concerne Y. et du sursis intégral en ce

qui concerne W. et Z. ainsi qu'à des amendes et statué sur les parties civiles, a, par arrêt du 14 octobre 2009, déféré à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 422 du Code pénal, lu en combinaison avec les articles 418 et 419 du même code, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution en ce sens que l'article 422 prévoit :

- des peines plus lourdes pour certaines personnes pour des faits identiques à l'article 418 et 419 du Code pénal ;

- des peines plus lourdes seulement applicables à une certaine catégorie de personnes travaillant dans le transport en commun lorsqu'elles causent, par défaut de prévoyance ou de précaution, un accident impliquant le moyen du transport en commun en question » ;

Considérant que l'article 422 du Code pénal dispose :

« Lorsqu'un convoi de chemin de fer aura éprouvé un accident de nature à mettre en péril les personnes qui s'y trouvaient, celui qui en aura été involontairement la cause sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux mois et d'une amende de 251 euros à 2.000 euros, ou d'une de ces peines seulement.

S'il est résulté de l'accident des lésions corporelles, le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 500 euros à 3.000 €.

Si l'accident a causé la mort d'une personne, l'emprisonnement sera de six mois à cinq ans et l'amende de 500 euros à 6.000 € » ;

que les articles 418 et 419 du Code pénal disposent :

Article 418 : « Est coupable d'homicide ou de lésions corporelles involontaires, celui qui a causé le mal par défaut de prévoyance ou de précaution, mais sans intention d'attenter à la personne d'autrui. » ;

Article 419 : « Quiconque aura involontairement causé la mort d'une personne sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 euros à 10.000 euros.

Si cette personne est un enfant nouveau-né, l'emprisonnement pourra être porté à cinq ans. » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Quant à la première branche de la question préjudicielle :

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

que les articles 418 et 419, d'une part, et 422, d'autre part, du Code pénal portent sur des situations comparables en ce qu'ils incriminent le fait de causer involontairement la mort d'une personne ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que le critère de différenciation qui est à la base des peines aggravées de l'article 422 du Code pénal répond à une différence objective de situation, à savoir la survenance d'un accident de chemin de fer ayant causé la mort de personnes qui se trouvaient dans le convoi ;

Considérant que le législateur est seul compétent pour déterminer les impératifs de l'ordre public et les moyens les plus aptes à atteindre leur réalisation ; qu'il lui appartient d'apprécier

s'il est souhaitable d'instaurer des peines plus sévères quand une infraction nuit particulièrement à l'intérêt général ; que la Cour constitutionnelle ne pourrait censurer pareil choix que si celui-ci aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables ;

Considérant qu'en sanctionnant de manière plus sévère les comportements négligents et imprévoyants qui sont la cause de cet accident de chemin de fer, le législateur a poursuivi le but d'assurer la sécurité des transports ferroviaires ; que les pénalités instaurées par l'article 422 du Code pénal visent à prévenir les accidents qui mettent en péril la vie d'un grand nombre de personnes en incitant à un surcroît d'attention et de précaution dans tout comportement susceptible de causer un accident de chemin de fer ;

Considérant que la mesure instituée dans un but de prévention d'accidents de convois de chemin de fer est en rapport direct avec le but poursuivi par le législateur ;

Considérant qu'au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et de son très large pouvoir d'appréciation ainsi que du fait que le juge pénal est appelé à adapter la sanction à la gravité des négligences commises et l'importance des suites, l'aggravation de la sanction de l'article 422 du Code pénal se trouve dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi ;

Considérant qu'il est vrai que l'application de l'article 422 du Code pénal peut conduire à traiter de manière différente les auteurs d'un même type d'accident, ayant eu un comportement identique et ayant entraîné un dommage de même nature, à savoir la mort d'une ou de plusieurs personnes ;

que, pour le surplus, celui qui, par négligence, a causé un accident de chemin de fer ayant entraîné la mort d'un grand nombre de personnes ne se trouvant pas dans le convoi encourt une peine plus légère que celui dont le comportement négligent a causé un accident semblable au cours duquel un seul occupant du convoi a trouvé la mort ;

Considérant qu'ainsi l'application de l'article 422 du Code pénal peut conduire à un traitement pénal plus sévère d'une personne qui a causé un dommage moins grave que d'autres personnes et cela même à partir de faits identiques ayant entraîné un accident de même nature ;

Considérant cependant qu'étant donné que l'application du critère institué par l'article 422 du Code pénal conduit, dans la grande majorité des cas, à punir de manière plus sévère les auteurs d'accidents de chemin de fer et que les situations dans lesquelles les victimes sont des personnes qui ne se trouvaient pas dans le convoi sont relativement rares, la différence de traitement instituée par la disposition en question n'apparaît pas comme manifestement déraisonnable ;

Quant à la seconde branche de la question préjudicielle :

Considérant que la Cour constitutionnelle, appelée à juger du respect de la règle d'égalité devant la loi, énoncée par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ne saurait procéder qu'à la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun et à l'appréciation de l'adéquation de la différenciation ainsi opérée par le législateur ;

que le principe d'égalité n'implique pas que des situations comparables suivant d'autres critères que ceux envisagés par le législateur pour créer une exception au droit commun, doivent être traitées de la même manière ;

que l'application d'un autre critère de comparaison que celui d'accidents en matière de transports en commun, tel que le critère de la mise en danger d'un grand nombre de personnes, conduirait à la comparaison d'un grand nombre de comportements négligents avec la disposition faisant l'objet de la question préjudicielle dont est saisie la Cour constitutionnelle ;

Considérant qu'en punissant les imprudences conduisant à mettre en danger la sécurité des personnes se trouvant dans un convoi de chemin de fer de manière plus sévère qu'en matière d'accidents de droit commun, le législateur n'a pas violé la règle d'égalité, alors même que les auteurs d'accidents en matière de transports en commun par d'autres moyens ne sont pas punis par des peines exorbitantes du droit commun ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 422 du Code pénal n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article 422 du Code pénal n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des données à caractère personnel des prévenus dans l'affaire correctionnelle lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour d'appel, dixième chambre, dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêts nos 55/10 et 56/10 du 26 mars 2010

(Mémorial A n° 58 de 2010)

« Licenciement délégués du personnel - Code du travail, art. L. 415-11(1) - Art. 11(6) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par ordonnance du 12 novembre 2009, le magistrat remplaçant le président de la huitième chambre de la Cour d'appel, à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail, siégeant en matière de protection spéciale des délégués du personnel contre le licenciement, saisi d'un appel de la société anonyme de droit belge X., ayant une succursale au Grand-Duché de Luxembourg, Y., dirigé contre une ordonnance de la présidente du tribunal du travail de Luxembourg du 22 juillet 2009 ayant déclaré nul et de nul effet le licenciement de Monsieur Z., délégué à la sécurité attaché à la délégation du personnel auprès de l'appelante, intervenu le 25 mars 2009, et ordonnant son maintien au sein de la société, a déféré à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : *« l'article L. 415-11.(1) du Code du travail en ce qu'il interdit à l'employeur de licencier le délégué du personnel durant son mandat, le mettant ainsi à l'abri de toute mesure de réduction du personnel notamment en cas de suppression totale d'une branche de l'activité de l'entreprise à laquelle il est affecté, est-il conforme à l'article 11 (6) de la Constitution garantissant la liberté du commerce et de l'industrie ? » ;*

Considérant que l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er} du Code du travail dispose : *« Pendant la durée de leur mandat, les membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel, le/la délégué-e à l'égalité et le/la délégué-e à la sécurité ne peuvent être licenciés ; le licenciement notifié par l'employeur à un de ces délégués ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable sont nuls et sans effet. Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, le salarié peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son*

maintien, ou le cas échéant, sa réintégration conformément aux dispositions de l'article L. 124-12. L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel qui est porté par simple requête, dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe, devant le magistrat président la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées » ;

Considérant que l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution dispose en son alinéa 1^{er} : *« La liberté de commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi » ;*

Que la Constitution, dans le paragraphe 4 de l'article 11, dispose que la loi garantit non seulement le droit au travail mais encore les libertés syndicales, tout en organisant le droit de grève, tandis qu'en vertu du paragraphe 5, la loi est appelée à régler les droits des travailleurs ;

Considérant que parmi les libertés syndicales et les droits des travailleurs, le législateur a ainsi été amené à organiser les droits des travailleurs en conformité avec les éléments de droit international auxquels l'Etat a souscrit, dont plus particulièrement la Convention internationale n° 135 adoptée par la Conférence générale de l'organisation internationale du travail à Genève le 23 juin 1978 et approuvée par une loi du 15 février 1979 ;

Que suivant l'article 1^{er} de ladite Convention *« les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leurs qualités ou leurs activités de représentants des travailleurs, leurs affectations syndicales ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur » ;*

Considérant que si d'après l'article L. 411-1., paragraphe 1^{er}, du Code du travail une délégation du personnel est obligatoire pour tout employeur occupant régulièrement au moins quinze salariés liés par contrat de travail, cette délégation est instituée pour l'ensemble du personnel par la voie d'un scrutin unique suivant l'article L. 411-1. du même code ;

Considérant que d'après l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er}, du Code du travail, faisant l'objet de la question préjudicielle, pendant la durée de leur mandat les membres des différentes délégations du personnel y énumérés se trouvent protégés contre le licenciement leur notifié par l'employeur, de même que, le cas échéant, contre la convocation à l'entretien préalable, qui sont nuls et sans effet d'après l'article de loi en question, sans qu'une restriction quelconque n'y soit apportée ;

Considérant que la question préjudicielle posée ne vise pas la conformité de l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er}, du Code du travail dans sa généralité, mais soumet à la Cour l'hypothèse plus particulière du licenciement d'un délégué intervenu dans le cadre *« de toute mesure de réduction du personnel notamment en cas de suppression totale d'une branche de l'activité de l'entreprise à laquelle il est affecté » ;*

Que l'hypothèse à la base de l'ordonnance de renvoi est celle de la fermeture d'une branche d'activité de l'entreprise sans cessation de l'ensemble de ses activités, impliquant le maintien d'un certain nombre d'activités de cette entreprise ;

Considérant que la liberté de commerce et de l'industrie énoncée par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution, tout comme la liberté de l'exercice de la profession libérale et du travail agricole, n'est pas absolue, mais est soumise à un régime d'équilibre où notamment la liberté de l'entrepreneur et la protection du salarié sont essentiellement complémentaires ;

Considérant que la question préjudicielle posée se résout au point de savoir si cet équilibre se trouve rompu du fait de la protection contre le licenciement prévue dans le chef d'un délégué du personnel dans les limites de l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er}, du Code du travail et au regard de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11,

paragraphe 6, de la Constitution dans l'hypothèse précise d'une réduction du personnel correspondant à la suppression totale d'une branche de l'activité de l'entreprise à laquelle le délégué était affecté ;

Considérant que dans l'hypothèse ainsi visée par la question préjudicielle où seule une branche d'activité de l'entreprise, fût-elle la branche principale, est supprimée par l'employeur pour des raisons économiques et où il y a dès lors, corrélativement, maintien d'autres activités de l'entreprise avec maintien de salariés autres que les délégués du personnel justifiant la représentation par les délégués, le régime d'équilibre entre la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution et la protection du salarié visée par ses paragraphes 4 et 5, ne se trouve pas rompu du fait des dispositions de l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er}, du Code du travail ;

Que dès lors par rapport à la question préjudicielle posée, l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er}, du Code du travail n'est pas contraire à l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question préjudicielle posée l'article L. 415-11., paragraphe 1^{er}, du Code du travail n'est pas contraire à l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties en cause lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la huitième chambre de la Cour d'appel à laquelle appartient le magistrat remplaçant le président duquel émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 57/10 du 1^{er} octobre 2010

(Mémorial A n° 180 de 2010)

« Changement d'affectation d'un fonctionnaire - Loi du 21 décembre 2007, art. 25, point 39 - Art. 51(1), 31 et 10bis(1) - conforme/pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage d'un arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010 que suivant arrêté grand-ducal du 11 janvier 2008 avec effet au 15 janvier suivant, Monsieur X., colonel de l'armée, fut désaffecté de son emploi de chef de l'état-major de l'armée qu'il occupait jusqu'à cette date et fut détaché au ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration et chargé de la planification auprès du ministre ayant la Défense dans ses attributions, ledit arrêté ayant été pris sur base de l'article 25, point 39°, de la loi du 21 décembre 2007 modifiant la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire et modifiant a) la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, b) la loi modifiée du 28 juillet 1973 réglant l'usage des armes et autres moyens de contrainte par des membres de la force publique dans la lutte contre la criminalité, c) la loi modifiée du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, d) la loi modifiée du 27 juillet 1992 relative à la participation du Grand-Duché de Luxembourg à des opérations de maintien de la paix (OMP) dans le cadre d'organisations internationales, e) la loi du 31 mars 1999 portant création de la police grand-ducale et d'une

inspection générale de la police, f) la loi du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat, en abrégé «la loi du 21 décembre 2007 », libellé comme suit :

« 39° Le colonel, dont la nomination en tant qu'officier de l'armée a eu lieu en 1977, est intégré dans le cadre A14, à l'échelon 11, à l'indice 647. Un supplément personnel non pensionnable de 20 points indiciaires lui est accordé au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Avec effet à cette même date, il est placé hors cadre et détaché auprès du Ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration, chargé de la planification auprès du Ministre ayant la défense dans ses attributions. Après son détachement, il conserve son titre de colonel et sa rémunération acquis au sein de l'armée» ;

Que X. ayant exercé un recours contentieux, entre autres, contre l'arrêté grand-ducal du 11 janvier 2008, la Cour administrative, saisie du litige en instance d'appel, souligna dans son arrêt du 4 mars 2010 que le législateur, au lieu de laisser se poursuivre la procédure administrative entamée par le gouvernement sur base des articles 11 et 12 de la loi précitée du 23 juillet 1952, procédure qui confère sinon directement, du moins indirectement, par le jeu des règles relatives à la procédure administrative non contentieuse, un certain nombre de garanties et de droits aux fonctionnaires visés, avait pris la décision de légiférer en la matière et que, dans ce contexte, l'on ne perçoit spécialement pas quelle serait, *a priori*, la justification du fait que le fonctionnaire concerné par l'article 25, point 39°, de la loi du 21 décembre 2007, c'est-à-dire X., soit traité différemment que tous les autres fonctionnaires auxquels lesdites dispositions de la loi précitée du 23 juillet 1952, formant le droit commun en la matière, sont normalement applicables ;

Qu'estimant qu'il se posait ainsi une question d'égalité devant la loi, la Cour administrative posa à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 25, point 39° de la loi du 21 décembre 2007 modifiant la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire est-il conforme à l'article 10bis paragraphe 1^{er} de la Constitution ? » ;

Considérant que la Cour administrative estima encore que l'on ne saurait pas non plus affirmer que la désaffectation de X. de son emploi de chef d'état-major de l'armée ne constitue manifestement pas une « *privation* » au sens de l'article 31 de la Constitution et que, pareillement, n'est point dénuée de tout fondement la question de savoir si le fait de prendre la décision par voie de disposition légale est conforme à l'exigence constitutionnelle de suivre « *la manière déterminée par la loi* » ;

Qu'elle ajouta que, dans ce contexte, se pose également la question de savoir si, en enlevant au Grand-Duc le « *choix* » lui reconnu par l'article 11 de la loi précitée du 23 juillet 1952 et, surtout, si, en décidant directement quant à la désaffectation et au détachement de X., le pouvoir législatif n'a pas outrepassé les limites de ses compétences et empiété sur les attributions du pouvoir exécutif, contrevenant de la sorte à la règle de la séparation des pouvoirs, qui transcende l'ensemble des dispositions constitutionnelles ;

Qu'elle saisis partant la Cour constitutionnelle d'une seconde question, libellée comme suit :

« Ledit article 25, point 39° de la loi précitée du 21 décembre 2007 est-il encore conforme à l'article 31 de la Constitution et à la règle de la séparation des pouvoirs, qui transcende l'ensemble des dispositions constitutionnelles ? » ;

Considérant qu'il convient de répondre en premier lieu à la seconde question ;

Qu'en effet, la réponse à la première question présuppose une réponse affirmative à la seconde ;

Sur la seconde question :

Considérant que la question préjudicielle est recevable en tant qu'elle vise la conformité de l'article 25, point 39°, de la loi du 21 décembre 2007 à la règle de la séparation des pouvoirs ;

Qu'il est vrai que l'article 8, paragraphe 1^{er}, première phrase, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, dispose que la question préjudicielle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur laquelle elle porte ;

Qu'il est cependant indifférent, à cet égard, que la juridiction qui pose la question, s'abstienne de désigner l'article de la Constitution susceptible d'être violé par une norme légale, dès lors qu'elle désigne clairement la règle juridique contenue dans une disposition de la Constitution ;

Que tel est le cas en l'espèce, étant donné que, d'une part, la règle constitutionnelle de la séparation des pouvoirs est clairement désignée dans l'arrêt de renvoi préjudiciel, et que, d'autre part, outre la circonstance qu'un certain nombre de dispositions de la Constitution constituent une application directe de cette règle, l'article 51, paragraphe 1^{er}, de la Constitution qui énonce que le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire, consacre implicitement, mais nécessairement, la règle constitutionnelle de la séparation des pouvoirs ;

Considérant que la séparation des pouvoirs, telle qu'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 et qu'aucun ne saurait exercer les pouvoirs dévolus par la Constitution aux autres organes, le législateur pouvant cependant exercer sa compétence dans tous les domaines non réservés, par la Constitution, aux deux autres pouvoirs constitués, que cette compétence s'exerce moyennant fixation de règles générales et impersonnelles ou par des mesures concrètes et individuelles ;

Considérant que l'article 31 de la Constitution dispose que les fonctionnaires publics, à quelque ordre qu'ils appartiennent, les membres du Gouvernement exceptés, ne peuvent être privés de leurs fonctions, honneurs et pensions que de la manière déterminée par la loi ;

Que cette disposition ne soustrait pas au législateur le pouvoir de prévoir la manière dont les fonctionnaires publics sont privés de leurs fonctions, honneurs et pensions, ce pouvoir pouvant être exercé moyennant fixation de règles générales ou de mesures individuelles, à condition de respecter l'égalité devant la loi ;

Que n'est partant contraire, ni à la règle de la séparation des pouvoirs, ni à l'article 31 de la Constitution, la disposition de l'article 27, point 39°, de la loi du 21 décembre 2007 qui dispose individuellement de la carrière d'un fonctionnaire déterminé ;

Quant à la première question :

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée ;

Qu'au regard de la mesure incriminée, à savoir les garanties procédurales encadrant le changement d'affectation d'un officier de l'armée, la situation de X., d'une part, et celle des autres officiers de l'armée, d'autre part, sont comparables ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Que la situation des officiers de l'armée, dont fait partie le chef de l'état major de l'armée, est régie, en ce qui concerne la mesure incriminée, par l'article 12 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire qui dispose en son alinéa 2 que l'affectation ou le changement d'affectation des officiers est faite par le Grand-Duc ;

Qu'étant donné que les décisions afférentes du Grand-Duc constituent des décisions administratives individuelles, leurs destinataires bénéficient d'un certain nombre de garanties procédurales, notamment des règles découlant de la procédure administrative non contentieuse et de la possibilité de diriger un recours contentieux contre une décision dont ils estiment qu'elle leur fait grief ;

Que la disposition de l'article 25, point 39°, alinéa 2, de la loi du 21 décembre 2007 conduit à priver l'officier concerné du bénéfice des règles de la procédure administrative non contentieuse préalablement à l'arrêt grand-ducal qui ne fait que matérialiser la mesure instituée par la loi, ainsi qu'à lui enlever le droit de faire contrôler le caractère justifié de la mesure moyennant un recours juridictionnel effectif ;

Considérant qu'en limitant les garanties procédurales du fonctionnaire visé par l'article 25, point 39°, alinéa 2, de la loi du 21 décembre 2007, par rapport aux autres officiers de l'armée qui, en cas de changement d'affectation, bénéficient des garanties en question, ladite disposition légale crée une disparité objective entre l'officier visé et les autres officiers ;

Que s'il est vrai que le but de la mesure a été, selon les termes employés par l'Etat grand-ducal dans la présente instance ainsi que dans les travaux préparatoires de la loi, de préserver le grade et le traitement du fonctionnaire visé par la mesure, cet objectif n'est de nature à justifier que l'alinéa 1^{er} de la disposition incriminée, mais non pas à expliquer rationnellement l'alinéa 2 qui place le colonel visé hors cadre et en opère le détachement ;

Que, comme l'alinéa 1^{er} constitue cependant seulement une conséquence de l'alinéa 2 et que le premier serait dépourvu de raison d'être en l'absence du second, il y a lieu de rechercher le but de l'alinéa 2 ;

Que les travaux préparatoires de la loi ne livrent aucune explication du but de l'alinéa 2 et l'Etat n'avance pas, dans ses écrits dans la présente instance, de justification rationnelle du recours à la voie législative plutôt qu'à une décision du Grand-Duc pour effectuer la mesure litigieuse ;

Considérant que la disparité créée, qui a pour conséquence de priver des garanties de droit commun un officier particulier dans le cadre d'une mesure de changement d'affectation, n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée au but de ladite disposition ;

Qu'ainsi ladite disposition se heurte à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 25, point 39°, de la loi du 21 décembre 2007 n'est ni contraire à l'article 51, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ni à son article 31 ;

dit qu'en revanche, il est contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms de X. et de Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 58/10 du 12 novembre 2010

(Mémorial A n° 208 de 2010)

« Sanction disciplinaire d'un fonctionnaire, rémunération - Loi du 16 avril 1979, art. 48.2(d) - Art. 10bis(1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que l'Etat conclut au rejet des conclusions de X. pour avoir été déposées en dehors du délai de 30 jours prévu par la loi ;

Vu l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle ;

Considérant que selon cette disposition les parties, afin de devenir parties à la procédure devant la Cour constitutionnelle, doivent déposer leurs conclusions dans les trente jours de la notification de la question préjudicielle ;

Considérant que les conclusions de X. ont été déposées en dehors du délai légal ;

Que ces conclusions sont partant à écarter des débats ;

Vu le jugement de renvoi du 27 avril 2010 rendu par le tribunal administratif de Luxembourg, troisième chambre, siégeant en matière administrative ;

Considérant que la juridiction de renvoi, appelée à se prononcer dans le cadre d'un litige opposant les parties X., d'une part, et le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, d'autre part, sur la régularité de la durée du versement de la moitié de la rémunération à la suite d'une sanction disciplinaire, a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 48.2.(d) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat qui, en ce qui concerne le bénéfice de la moitié du traitement en cas de suspension de plein droit, opère une distinction entre le fonctionnaire condamné disciplinairement et celui condamné pénalement par une décision non définitive est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution ? »

Considérant que l'article 48 visé énonce :

« 1. La suspension de l'exercice de ses fonctions peut être ordonnée à l'égard du fonctionnaire poursuivi judiciairement ou administrativement, pendant tout le cours de la procédure jusqu'à la décision définitive.

2. La suspension de l'exercice de ses fonctions a lieu de plein droit à l'égard du fonctionnaire :

a) détenu en exécution d'une condamnation judiciaire passée en force de chose jugée, - pour la durée de la détention ;

b) condamné par une décision judiciaire non encore passée en force de chose jugée, qui porte ou emporte la perte de l'emploi, - jusqu'à la décision définitive ;

c) détenu préventivement, - pour la durée de la détention ;

d) condamné disciplinairement à la révocation ou à la mise à la retraite d'office pour inaptitude professionnelle ou disqualification morale par une décision du Conseil de discipline non encore exécutée par l'autorité de nomination conformément à l'article 52.

3. *La période de la suspension visée aux paragraphes 1 et 2 ne compte pas comme temps de service pour les majorations biennales, l'avancement en traitement et la pension, sauf en cas de non-lieu ou d'acquiescement.*

4. *Pendant la durée de la détention prévue sous a) du paragraphe 2, le fonctionnaire est privé de plein droit de son traitement et des rémunérations accessoires.*

5. *Dans les cas visés sous b), c) et d) du paragraphe 2 du présent article, la privation est réduite à la moitié du traitement et des rémunérations accessoires. »*

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant que la situation du fonctionnaire condamné disciplinairement et celle du fonctionnaire condamné pénalement sont comparables au regard de la suspension de l'exercice de leurs fonctions ;

Considérant toutefois que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Que la disparité entre les catégories établies par le texte de loi déféré, à savoir entre celle des fonctionnaires condamnés disciplinairement et celle des fonctionnaires condamnés pénalement, répond à une différence objective de régime ;

Que cette différence de traitement, qui se manifeste notamment au niveau de l'effet exécutoire des décisions prises dans l'un et l'autre régime – l'exécution d'une décision pénale étant suspendue tant qu'elle n'est pas coulée en force de chose jugée, tandis qu'une décision administrative bénéficie, en principe, du privilège du préalable – satisfait aux exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité ;

Qu'en effet, la possibilité prévue par l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives de voir ordonner le sursis à exécution des décisions administratives réalise l'équilibre entre la spécificité du droit administratif – caractérisé par le caractère immédiatement exécutoire des décisions administratives –, d'une part, et la nature similaire des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales, d'autre part ;

Que dès lors l'article 48.2.(d) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, en ce qu'il ne prévoit pas de sursis de plein droit à l'exécution de la sanction disciplinaire jusqu'à la décision définitive, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

écarte le mémoire de X. pour cause de tardiveté ;

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 48.2.(d) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution,

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la troisième chambre du tribunal administratif et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêts nos 59/11 et 60/11 du 7 janvier 2011

(Mémorial A n° 11 de 2011)

« Confiscation du véhicule, conduite en état d'ivresse, chauffeur propriétaire en état de récidive correctionnelle - Loi du 14 février 1955, art. 12, paragraphe 2, alinéa 3, article 14, alinéa 3 ; Code pénal, art. 31, al. 3 - Art. 10bis(1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que suite au renvoi par un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2010 qui a cassé un arrêt de la Cour d'appel, siégeant en matière correctionnelle, du 28 avril 2009, ayant confirmé un jugement du tribunal correctionnel de Luxembourg du 17 octobre 2008, qui avait condamné le prévenu X. du chef d'infraction à la législation sur la circulation routière à une amende, à une interdiction de conduire et à la confiscation de son véhicule et avait fixé l'amende subsidiaire à 20.000 € pour le cas où la confiscation ne pourrait être exécutée, la Cour d'appel a, par arrêt du 9 juin 2010, déféré à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

1^{ère} question :

« L'article 12, paragraphe 2, alinéa 3 combiné avec l'article 14, alinéa 3 de la loi modifiée du 14 février 1955 et avec l'article 31 alinéa 3 du Code pénal sont-ils conformes à l'article 10bis de la Constitution qui garantit l'égalité des Luxembourgeois devant la loi,

dans la mesure où en application des articles visés le conducteur propriétaire du véhicule qui a servi à commettre l'infraction de conduite du véhicule sur la voie publique en état d'ivresse, verra en cas de récidive correctionnelle légale, son véhicule obligatoirement confisqué et sera condamné à une amende subsidiaire pour le cas où la confiscation ne pourra être exécutée,

alors que : le conducteur usager ou locataire du véhicule qui commet la même infraction dans le délai de récidive légale, n'encourt ni la sanction de la confiscation obligatoire, ni par conséquent la condamnation à l'amende subsidiaire » ;

2^{ème} question :

« L'article 12, paragraphe 2, alinéa 3 combiné avec l'article 14, alinéa 3 de la loi modifiée du 14 février 1955 et avec l'article 31 alinéa 3 du Code pénal sont-ils conformes à l'article 10bis de la Constitution qui garantit l'égalité des Luxembourgeois devant la loi,

dans la mesure où le juge doit obligatoirement prononcer la peine accessoire de la confiscation du véhicule dans l'hypothèse d'une conduite en état d'ivresse sur la voie publique dès lors que le chauffeur propriétaire se trouve en état de récidive correctionnelle,

alors qu'en condamnant au fond deux chauffeurs propriétaires ayant commis la même infraction en étant en état de récidive correctionnelle légale, il ne pourra pas prendre en considération dans la fixation de cette peine accessoire prononcée du chef d'une même infraction, la différence possible entre la valeur respective des véhicules à confisquer et les amendes subsidiaires à prononcer » ;

Considérant que les deux questions appellent une réponse commune ;

Considérant que la Cour se trouve saisie exclusivement de questions d'égalité devant la loi et non de questions relatives à la légalité de la peine ;

Considérant que les dispositions visées de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques (ci-après dénommée « loi du 14 février 1955 ») ont la teneur suivante :

Article 12, paragraphe 2, points 1, 2 et 3 :

« 1. Sera puni des peines prévues au paragraphe 1^{er}, même en l'absence de signes manifestes d'ivresse, tout conducteur d'un véhicule ou d'un animal, ainsi que tout piéton impliqué dans un accident, s'il a consommé des boissons alcooliques en quantité telle que le taux d'alcool est d'au moins 1,2 g d'alcool par litre de sang ou d'au moins 0,55 mg d'alcool par litre d'air expiré.

2. Si le taux d'alcool est inférieur à 1,2 g d'alcool par litre de sang ou à 0,55 mg d'alcool par litre d'air expiré, ou s'il n'a pas été possible de déterminer un taux d'alcoolémie, les peines prévues au paragraphe 1^{er} seront applicables à toute personne qui, ayant présenté des signes manifestes d'ivresse, aura conduit un véhicule ou un animal ou aura, comme piéton, été impliqué dans un accident.

3. La confiscation spéciale ou l'amende subsidiaire prévue à l'article 14 de la présente loi sera toujours prononcée, si le conducteur du véhicule a commis de nouveau un des délits spécifiés aux deux alinéas qui précèdent avant l'expiration d'un délai de trois ans à partir du jour où une précédente condamnation du chef d'un de ces mêmes délits sera devenue irrévocable. » ;

Article 14, alinéas 1^{er}, 2 et 3 :

« Pour autant qu'il n'en est pas autrement disposé dans la présente loi, le livre premier du Code pénal ainsi que les dispositions de la loi modifiée du 18 juin 1879 portant attribution aux cours et tribunaux de l'appréciation des circonstances atténuantes sont applicables aux infractions prévues par la présente loi et ses règlements d'exécution.

La confiscation spéciale prévue par les articles 42 et 43 du Code pénal est facultative pour le juge.

Le jugement qui ordonne la confiscation du véhicule prononcera, pour le cas où celle-ci ne pourrait être exécutée, une amende qui ne dépassera pas la valeur du véhicule. Cette amende aura le caractère d'une peine. » ;

Considérant que par suite de la suppression des articles 41 à 43 du Code pénal par la loi du 13 juin 1994 sur le régime des peines, la référence aux articles 42 et 43 vaut pour l'article 31 du Code pénal ;

Considérant que l'article 31 du Code pénal prévoit que « la confiscation spéciale s'applique : ...

2) aux biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné ... »

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution a la teneur suivante :

« (1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que dans le régime de la confiscation spéciale prévue aux articles 12 et 14 précités de la loi du 14 février 1955, le véhicule fait l'objet d'une confiscation en tant que bien qui a servi à commettre l'infraction et que, conformément aux dispositions de l'article 31 du Code pénal, la confiscation n'est prononcée que si le véhicule est la propriété du délinquant condamné ;

qu'en effet, dans la mesure où la confiscation revêt la nature d'une peine, le principe de la personnalité de la peine et la protection du droit de propriété des tiers imposent de limiter la confiscation aux objets dont le condamné est propriétaire ;

Considérant que si le conducteur condamné se trouve dans l'état de récidive prévu à l'article 12, paragraphe 2, point 3, de la loi du 14 février 1955, la confiscation spéciale ou l'amende subsidiaire sera toujours prononcée ;

Considérant que l'application du régime de confiscation en matière de circulation routière conduit ainsi à des situations différentes selon que le conducteur convaincu de se trouver dans l'état de récidive en vertu de l'article 12, paragraphe 2, point 3, de la loi du 14 février 1955 est ou non propriétaire du véhicule, et qu'elle peut encore conduire à des différences de traitement selon la valeur du véhicule confisqué ;

Considérant que la différence objective à laquelle conduit l'application du mécanisme de la confiscation est inhérente au système et à la logique de la confiscation qui ne peut porter, en principe, sur le bien d'autrui et qui ne tient pas compte de la valeur du bien à confisquer ;

que la différence de traitement entre les condamnés propriétaires et les condamnés non-propriétaires du véhicule ne procède donc pas d'une différenciation entre catégories de personnes ;

Considérant que la différence de traitement n'est dès lors pas le fait de la loi qui distinguerait entre la catégorie des propriétaires et celle des non-propriétaires, mais résulte de l'application objective des principes légaux de la confiscation aux différents cas concrets ;

Considérant par ailleurs que la différence de traitement qui résulte de la différence de valeur entre les biens confisqués est objective et rationnellement justifiée en ce qu'elle est inhérente au bien qui fait l'objet de la confiscation, laquelle porte sur l'instrument du délit, sans que la valeur de ce dernier, qui procède d'un libre choix du propriétaire, soit un élément déterminant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 12, paragraphe 2, alinéa 3, combiné avec l'article 14, alinéa 3, de la loi du 14 février 1955 et avec l'article 31 du Code pénal n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 12, paragraphe 2, alinéa 3, combiné avec l'article 14, alinéa 3, de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques et avec l'article 31 du Code pénal, n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la dixième chambre de la Cour d'appel et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 61/11 du 25 mars 2011

(Mémorial A n° 61 de 2011)

« Différence de régime entre filiation naturelle et filiation légitime au regard du délai dont dispose la personne qui prétend être le parent véritable pour introduire son action en

contestation d'état – Code civil, art. 322-1, al. 3 et art. 339, al. 3 - Art. 10bis(1) - pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement no 200/2010 du 30 juin 2010 par lequel la première chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a saisi la Cour constitutionnelle, à titre préjudiciel, de la question suivante :

« l'article 322-1 du Code civil en ce qu'il prévoit qu'une personne se prétendant être le véritable parent d'un enfant doit former l'action en contestation pendant toute la minorité de l'enfant, est-il compatible avec l'article 10bis de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi, alors qu'aux termes de l'article 339 du Code civil, l'action de la personne se prétendant être le véritable parent est imprescriptible, à moins que, dans ce cas, l'enfant n'ait une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans » ;

Considérant que l'article 322-1 du Code civil énonce en son alinéa 1^{er} que « tout intéressé peut par tous les moyens, contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état ... », et en son alinéa 3 que « l'action visée à l'alinéa premier peut être intentée par l'enfant pendant toute sa vie. Elle peut l'être par ceux qui se prétendent ses parents véritables pendant la minorité de l'enfant... » ;

que l'article 339 du Code civil énonce en son alinéa 1^{er} que « tout intéressé peut, par tous les moyens, contester la filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou de la possession continue de l'état d'enfant naturel » et en son alinéa 3 que « le droit de l'enfant de contester la reconnaissance est imprescriptible ; il en est de même pour ceux qui se prétendent les parents véritables, à moins que, dans ce cas, l'enfant n'ait une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que la question préjudicielle posée porte sur la différence de régime entre filiation naturelle et filiation légitime, au regard du délai dont dispose la personne qui prétend être le parent véritable de l'enfant pour introduire son action en contestation d'état, et sur la compatibilité d'une telle différence avec le principe d'égalité ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que les situations respectivement visées par les articles 322-1, alinéa 3, et 339, alinéa 3, du Code civil sont comparables en ce que la filiation apparente que cherchent à combattre ceux qui se prétendent les parents véritables, dans le premier cas, n'est pas corroborée par la possession d'état, et, dans le second cas, est accompagnée d'une possession d'état inférieure à dix ans, non consolidée et dès lors sans effet juridique ;

Considérant que le législateur a institué une différence objective en limitant le délai d'introduction de l'action du parent qui conteste la filiation d'un enfant légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état, à la période de la minorité de l'enfant, alors que l'action du parent qui conteste la filiation de l'enfant né hors mariage, non consolidée par une possession d'état continue et conforme de plus dix ans, est imprescriptible ;

Considérant que les articles 322-1 et 339 du Code civil, dans leur teneur actuelle, ont été introduits audit code par une loi du 13 avril 1979 ;

Considérant que l'objectif du législateur de 1979 était « *une réforme d'ensemble du titre de la filiation dans le but de faire disparaître les discriminations existantes entre les différentes catégories de filiations et de faire prédominer, dans toute la mesure du possible, la vérité biologique dans l'établissement de la filiation ...* » (v. Exposé des motifs, Doc. parl. N° 2020) ;

Considérant que l'intérêt du véritable parent et l'intérêt de l'enfant se rejoignent pour voir renverser la filiation apparente et reconnaître la réalité biologique ;

Considérant dès lors que la différence des délais d'action n'est pas rationnellement justifiée ni adéquate ni proportionnée au but de la loi ;

D'où il suit que l'article 322-1, alinéa 3, combiné à l'article 339, alinéa 3, du Code civil, n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution dans la mesure où il limite le délai d'introduction de l'action de la personne qui se prétend le véritable parent et qui conteste la filiation de l'enfant né pendant le mariage de sa mère et n'ayant pas de possession d'état à l'égard du mari de celle-ci, à la période de la minorité de l'enfant ;

Considérant que le principe d'égalité, au regard des situations analogues en cause, commande d'aligner le délai d'action prévu à l'article 322-1, alinéa 3, du Code civil, qui vise un enfant légitime sans possession d'état, sur celui prévu à l'article 339, alinéa 3, du même code qui édicte l'imprescriptibilité de l'action de celui qui se prétend le parent véritable et qui conteste une filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou d'une possession d'état continue et conforme inférieure à dix ans, ceci au vu de l'objectif du législateur consistant dans la recherche de la vérité biologique ;

Par ces motifs,

dit que l'article 322-1, alinéa 3, du Code civil n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution, dans la mesure où il limite à la période de la minorité de l'enfant, l'action en contestation de la filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état exercée par ceux qui prétendent être les parents véritables de l'enfant ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom des parties lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la première chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 62/11 du 25 mars 2011

(Mémorial A n° 62 de 2011)

« *Statut du joueur de football qui exerce l'activité de sportif en exécution d'un contrat avec une fédération ou un club affilié, activité exercée non pas à titre principal et régulier tout en ne dépassant pas un certain seuil de rémunération - Code du travail, art. L. 121-1, al. 2 - Art. 10bis(1) - conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le tribunal du travail de Luxembourg, saisi d'une requête de X., tendant à voir déclarer abusif en tant que licenciement avec effet immédiat le courrier simple du Y. du 8

juin 2009 mettant un terme immédiat au contrat de collaboration intitulé « *Spielervertrag* », signé le 27 juin 2007 entre parties, suivant lequel l'intéressé figura en tant que joueur de football au service du Y., et limitant, de l'accord des parties, les débats à la question de sa compétence *ratione materiae*, a, par jugement du 13 octobre 2010, déferé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « *L'article L. 121-1 (2) du Code du travail en ce qu'il ne considère pas comme salariés ceux qui exercent une activité de sportif en exécution d'un contrat qu'ils concluent avec une . fédération agréée ou un club affilié, lorsque cette activité se déroule dans les deux conditions cumulatives suivantes, à savoir que l'activité en question n'est pas exercée à titre principal et régulier et que l'indemnité versée en exécution du contrat ne dépasse pas par an le montant correspondant à douze fois le salaire social minimum mensuel, excluant ainsi le sportif disposant d'un véritable lien de subordination avec son club de toute protection salariale, est- il conforme à l'article 10bis de la Constitution garantissant l'égalité des Luxembourgeois devant la loi ?* » ;

Considérant que la disposition visée est celle de l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du Code du travail, lequel avait initialement repris les dispositions de l'article 19 de la loi du 3 août 2005 concernant le sport, pour se trouver modifié par la suite par le point 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique et avoir depuis lors la teneur suivante : « *Par dérogation à l'alinéa qui précède, ne sont pas à considérer comme salariés ceux qui exercent une activité d'entraîneur ou de sportif en exécution d'un contrat qu'ils concluent avec une fédération agréée ou un club affilié, lorsque cette activité se déroule dans les deux circonstances cumulatives suivantes :*

- *l'activité en question n'est pas exercée à titre principal et régulier, et*
- *l'indemnité versée en exécution du contrat ne dépasse pas par an le montant correspondant à douze fois le salaire social minimum mensuel* » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution a la teneur suivante : « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure visée ;

Considérant qu'au titre du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, la question préjudicielle oppose la personne qui exerce une activité d'entraîneur ou de sportif en exécution d'un contrat qu'elle conclut avec une fédération agréée ou un club affilié et qui revêt la qualité de salarié, et celle qui exerce pareillement, suivant contrat, une activité d'entraîneur ou de sportif suivant un lien de subordination avec son club, et dont l'activité se déroule dans les deux circonstances cumulatives visées par l'article L. 121-1, alinéa 2, du Code du travail, de sorte qu'elle n'est pas qualifiée de salariée aux termes dudit article ;

Considérant que ces deux catégories de personnes sont comparables en ce qu'elles exercent une activité d'entraîneur ou de sportif en exécution d'un contrat conclu avec une fédération agréée ou un club affilié par rapport auquel il existe un lien de subordination ;

Considérant toutefois que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que pour réagir à la jurisprudence ayant prévalu avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2005 précitée (cf. Cass. 30 octobre 2008, n° 47/08, n° 2543 du registre), le législateur a établi une distinction à partir des deux circonstances cumulatives, toutes deux formulées de manière négative, en ce que, d'un côté, l'activité ne relevant pas du droit du travail n'est pas exercée à titre principal et régulier, et, d'un autre côté, l'indemnité versée en exécution du contrat ne dépasse pas par an le montant correspondant à douze fois le salaire social minimum mensuel, actuellement reprises par l'article L. 121-1, alinéa 2, du Code du travail ;

Considérant que dans la mesure où ces deux conditions sont posées à partir des caractères principal et régulier de l'activité, d'une part, et du seuil de rémunération fixé de l'autre, la disparité opérée est à qualifier d'objective ;

Considérant qu'à partir des deux conditions cumulatives en question, l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du Code du travail constitue une dérogation par rapport à l'alinéa 1er qui dispose que le titre 2 du Code du travail relatif au contrat de travail est applicable aux salariés y visés ;

Considérant qu'en raison de leur caractère dérogatoire, ensemble la nature de disposition de police relevant de l'ordre public national retenue par l'article L. 010-1 du Code du travail dans le chef de la législation du travail y visée, les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du Code du travail sont d'interprétation stricte ;

Considérant qu'à partir des négations contenues dans l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du Code du travail et du principe d'interprétation stricte ci-avant dégagé, sont à considérer comme faisant partie de la catégorie des sportifs salariés, outre ceux expressément soumis par les parties au statut de salarié, non seulement ceux dont l'activité d'entraîneur ou de sportif ne se déroule dans aucune des deux circonstances cumulatives précitées, mais encore ceux qui exercent leur activité suivant une des deux circonstances énoncées sans que l'autre ne soit remplie ;

Considérant que la distinction opérée par le législateur tend à traiter de manière différente les personnes qui exercent l'activité d'entraîneur ou de sportif pour en retirer les revenus nécessaires pour subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille, et celles agissant essentiellement à titre de loisir, sans le souci premier de faire de leur activité d'entraîneur ou de sportif le support principal des revenus pour vivre (cf. Doc. parl. N° 4766, Commentaire des articles, ad. article 22, devenu l'article 19, p. 45) ;

Qu'ainsi entrevue la disparité opérée est également rationnellement justifiée ;

Considérant que toujours suivant la distinction opérée, celui qui exerce l'activité d'entraîneur ou de sportif à titre principal et régulier, même sans atteindre le seuil de rémunération visé par la deuxième condition, fût-ce notamment en raison d'une tâche partielle, se voit qualifié de salarié en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du Code du travail, à l'instar de celui qui dépasse le seuil de rémunération visé par la deuxième condition, sans cependant justifier d'une activité d'entraîneur ou de sportif à titre principal et régulier, (cf. Doc. parl. N° 4766, Commentaire des articles, ad. art. 22, devenu l'article 19, p. 46) de même et *a fortiori* qu'est salarié celui qui exerce à titre principal et régulier tout en dépassant le seuil de rémunération en question ;

Considérant que la catégorie des sportifs non salariés est constituée par celle des entraîneurs ou sportifs remplissant les deux conditions cumulatives précitées, à appliquer suivant une interprétation stricte, et correspond à ceux qui exercent leur activité d'entraîneur ou de sportif non pas à titre principal et régulier, mais essentiellement à partir d'une optique de loisir, tout en ne dépassant pas le seuil de rémunération prévu à la deuxième condition ;

Considérant que par le fait d'être au service d'une fédération agréée ou d'un club affilié, l'entraîneur ou le sportif souscrit nécessairement aux objectifs et valeurs notamment d'ordre sportif de ceux-ci, situation qui, tout en pouvant le cas échéant se superposer en partie, ne se confond cependant pas avec le lien de subordination inhérent à un contrat de travail ;

Qu'enfin, les parties restent libres, au-delà des dispositions de l'article L. 121-1, alinéa 2, du Code du travail, de placer expressément l'activité d'entraîneur ou de sportif sous les conditions et modalités du contrat de travail, tout comme en application dudit article, par le biais soit de la fixation d'une rémunération dépassant le seuil y prévu, soit par son caractère principal et régulier, cette activité est appelée à correspondre à un statut de salarié ;

Considérant qu'à partir du principe d'interprétation stricte et de l'exigence d'une vérification cumulée des deux conditions par lui posées, l'alinéa 2 de l'article 121-1 du Code du travail tend à rejoindre effectivement la protection inhérente au statut de salarié déjà exprimée à travers l'application du critère privilégié du lien de subordination par la

jurisprudence antérieure, tout en installant un équilibre certain entre ceux pour lesquels l'activité d'entraîneur ou de sportif constitue le revenu essentiel et qui se trouvent dès lors protégés suivant le statut du salarié et ceux qui exercent ladite activité essentiellement à des fins de loisir, pour qui la question de la rémunération est secondaire et qui opèrent suivant un statut d'indépendant, avec les conséquences de droit, notamment dans le contexte de la mise d'un terme à leur activité au service d'une fédération agréée ou d'un club affilié ;

Que partant la disparité opérée est également adéquate et proportionnée à son but ;

Que dès lors par rapport à la question préjudicielle posée, l'article L. 121-1, alinéa 2, du Code du travail n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question préjudicielle posée l'article L. 121-1, alinéa 2, du Code du travail n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénom des parties en cause lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal du travail de Luxembourg, duquel émane la saisine, et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 63/11 du 1^{er} avril 2011

(Mémorial A n° 65 de 2011)

« Demande en indemnisation du préjudice subi suite à une décision de la CSSF de refuser sa nomination au poste de directeur de banque - Loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, art. 20, par. 2 - Art. 10bis(1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que la Cour d'appel, statuant sur l'appel de X. contre un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant dit non fondée sa demande en indemnisation du préjudice subi suite à une décision de la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après la Commission) de refuser sa nomination à la fonction de dirigeant agréé de la société anonyme Y. Bank (Luxembourg), annulée par jugement du tribunal administratif du 26 mars 2006, confirmé le 13 novembre 2007 par arrêt de la Cour administrative, a saisi, par arrêt du 20 octobre 2010, la Cour constitutionnelle

« de la question de la constitutionnalité au regard du principe constitutionnel de l'égalité découlant de l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution, du régime de responsabilité dérogatoire au droit commun dont bénéficie la Commission de surveillance du secteur financier en vertu de l'article 20, paragraphe 2, de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, qui dispose que : « Pour que la responsabilité civile de la Commission pour les dommages individuels subis par les entreprises ou les professionnels surveillés, par leurs clients ou par des tiers puisse être engagée, il doit être prouvé que le dommage a été causé par une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public de la Commission » ;

Considérant que, suivant l'arrêt de la Cour d'appel, X. a fondé, en instance d'appel, sa demande en réparation du préjudice subi sur l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques ;

Considérant que l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi dispose :

« L'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de la chose jugée » ;

Que l'article 20 de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier est de la teneur suivante :

« (1) La surveillance exercée par la Commission n'a pas pour objet de garantir les intérêts individuels des entreprises ou des professionnels surveillés ou de leurs clients ou de tiers, mais elle se fait exclusivement dans l'intérêt public.

(2) Pour que la responsabilité civile de la Commission pour les dommages individuels subis par des entreprises ou des professionnels surveillés, par leurs clients ou par des tiers puissent être engagée, il doit être prouvé que le dommage a été causé par une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public de la Commission » ;

Que l'article 10*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution énonce : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} septembre 1988, tel qu'interprété par les juridictions, n'instaure pas de régime spécifique de responsabilité, mais ne fait qu'appliquer aux personnes morales de droit public le principe de la responsabilité civile délictuelle de droit commun qui se fonde sur le concept de la faute simple ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que la situation de la Commission, de l'Etat, des autres personnes morales de droit public et des particuliers est comparable en ce que, pour chacun d'eux, la responsabilité civile est susceptible d'être engagée pour faute délictuelle.

Considérant que la différence entre les régimes de responsabilité de la Commission d'une part, de l'Etat et des personnes morales de droit public, en ce qui concerne leurs services administratifs et judiciaires, et des particuliers d'autre part, procède de la mission de surveillance prudentielle du secteur financier conférée à la Commission, cette mission constituant un critère objectif de disparité ;

Considérant que le Commissariat aux assurances et l'Institut luxembourgeois de régulation, autorités prudentielles dans leurs domaines respectifs, bénéficient également d'un régime de responsabilité limitée aux négligences graves commises dans l'exercice de leurs missions ;

Considérant que le régime spécifique de la responsabilité de l'autorité de surveillance du secteur financier se meut dans un contexte international où les organes de surveillance étrangers ont été peu à peu soumis à un régime de non- responsabilité totale ou partielle sinon d'atténuation de responsabilité ;

Considérant que le législateur, en instaurant un régime particulier d'atténuation de responsabilité de l'autorité chargée de la surveillance prudentielle du secteur financier, d'une « mission de police générale destinée à assurer dans l'intérêt public le bon fonctionnement du système financier dans son ensemble », (Doc. parl. N°3600³, Amendement gouvernemental, page 2) avait pour objectif d'éviter une responsabilité qui, eu égard aux « enjeux potentiellement énormes » et à la spécificité de la mission de l'Institut monétaire

luxembourgeois, actuellement la Commission de surveillance du secteur financier, exposerait l'organe de surveillance, en cas de soumission de son activité au droit commun de la responsabilité pour faute la plus légère à un risque financier illimité ;

Considérant que l'article 20, paragraphes 1^{er} et 2, de la loi portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, repris de l'article 30, paragraphes 2 et 3, inséré par la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier dans la loi du 20 mai 1983 portant création d'un Institut Monétaire luxembourgeois, article qui a introduit un régime de responsabilité exigeant la preuve d'une négligence grave des services de l'organisme de surveillance, vise surtout à empêcher la recherche systématique de la responsabilité de l'autorité de surveillance du secteur financier, du contrôleur, plutôt que celle des professionnels surveillés du secteur financier, les contrôlés, et à éviter que la responsabilité de ces derniers ne soit absorbée par celle de la Commission ;

Que pareille recherche de responsabilité risque d'intervenir d'autant plus que dans un système de responsabilité tel le système luxembourgeois, où, en cas de concours de fautes d'inégale importance, le mécanisme de l'obligation *in solidum* oblige l'auteur d'une faute n'ayant contribué que dans une faible ou moindre proportion à la genèse du dommage à supporter l'intégralité de la réparation à l'égard de la victime, sauf son recours contre les coresponsables, vain en cas de défaillance de ceux-ci ; qu'il en résulterait la mise à contribution systématique d'un responsable a priori de seconde ligne ;

Considérant qu'il s'ensuit que le régime d'atténuation de responsabilité de l'article 20, paragraphe 2, de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, dérogoratoire au principe de la responsabilité civile délictuelle de droit commun, est rationnellement justifié ; qu'il est adapté aux objectifs à atteindre et, compte tenu du fait que la Commission reste responsable de la négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de sa mission, il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'atténuation de sa responsabilité et les objectifs visés ;

Que l'article 20, paragraphe 2, de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, en ce qu'il limite la responsabilité civile de la Commission pour les dommages individuels subis par des entreprises ou des professionnels surveillés, par leurs clients ou par des tiers aux dommages causés par une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public de la Commission, n'est dès lors pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 20, paragraphe 2, de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, en ce qu'il limite la responsabilité civile de la Commission de surveillance du secteur financier pour les dommages individuels subis par des entreprises ou des professionnels surveillés, par leurs clients ou par des tiers aux dommages causés par une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public de la Commission, n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la deuxième chambre de la Cour d'appel et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction ;

Arrêt n° 64/11 du 4 mai 2011

(Mémorial A n° 94 de 2011)

« Droit au remboursement des cotisations sociales d'un chômeur âgé de 45 ans et inscrit à l'ADEM au profit de l'employeur du secteur privé qui l'embauche - Code du travail, art. L. 541-1, al. 1^{er} - Art.10bis(1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisie d'un recours de la s.à r.l. X. contre une décision du directeur de l'Administration de l'Emploi (ci-après l'ADEM) du 4 septembre 2008 ayant rejeté sa demande en obtention d'une aide à l'embauche de chômeurs âgés et de chômeurs de longue durée, le tribunal administratif, dans son jugement du 14 juillet 2010, a retenu qu'il se dégage de l'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail que l'employeur du secteur privé a droit au remboursement des cotisations de la sécurité sociale lorsqu'il embauche un chômeur âgé de quarante-cinq ans accomplis qui a été inscrit depuis au moins un mois auprès d'un bureau de placement de l'ADEM et a constaté que, si la salariée embauchée par la société X. remplissait la condition d'âge, étant donné qu'au moment de l'introduction de la demande, elle était âgée de cinquante-deux ans, elle ne remplissait toutefois pas la condition d'avoir été inscrite comme demanderesse d'emploi auprès d'un bureau de placement de l'ADEM ; qu'il en a conclu que le directeur de l'ADEM avait valablement pu refuser l'aide à l'embauche sollicitée ;

Considérant qu'à la suite de l'appel relevé par la s.à r.l. X. contre le susdit jugement, la Cour administrative, par arrêt du 2 décembre 2010, a soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail, en tant qu'il réserve le droit de remboursement des cotisations de sécurité sociale, part employeur et part assuré, pour les chômeurs embauchés âgés de plus de quarante-cinq ans, qu'ils soient indemnisés ou non indemnisés, aux employeurs du secteur privé, à la condition que les chômeurs soient inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'un bureau de placement de l'administration de l'emploi depuis au moins un mois, alors que ne bénéficient pas de cette mesure les employeurs qui embauchent des chômeurs inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'organismes correspondants étrangers, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution ? »

Considérant que dans ses conclusions déposées au greffe de la Cour constitutionnelle le 22 décembre 2010, la s.à r.l. X. demande à la Cour constitutionnelle de dire que l'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ; qu'elle fait exposer que de nombreux Luxembourgeois sont obligés de transférer leur domicile dans les communes limitrophes des pays voisins au vu des prix élevés de l'immobilier luxembourgeois, et qu'ils doivent par conséquent s'y inscrire également au chômage ; qu'elle estime que pour les deux catégories de chômeurs, inscrits respectivement à l'étranger ou au Luxembourg, le critère de rattachement ne doit pas être l'inscription au chômage, mais l'origine du chômeur ;

qu'elle expose qu'en l'occurrence Y., de nationalité luxembourgeoise et résidant avec son mari en Allemagne, n'était pas inscrite comme demanderesse d'emploi au Luxembourg, mais en Allemagne, et cela pour l'unique raison qu'elle – même et son conjoint y avaient transféré leur domicile, tout en continuant à travailler au Luxembourg ;

Considérant que dans ses conclusions du 4 janvier 2011, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg conclut en ordre principal qu'en l'espèce les deux situations ne sauraient être

considérées comme similaires puisque la salariée n'était pas inscrite auprès des bureaux de placement de l'Administration de l'Emploi luxembourgeois ;

Qu'en ordre subsidiaire, l'Etat fait exposer que dans l'hypothèse où la Cour constitutionnelle viendrait à la conclusion qu'il s'agit de situations similaires, la différence de traitement entre deux ressortissants luxembourgeois sans emploi serait justifiée sur base de critères objectifs, à savoir, outre une condition d'âge, l'obligation d'être inscrit depuis au moins un mois en qualité de demandeur d'emploi auprès des services de l'Administration de l'Emploi du Grand-Duché de Luxembourg, la notion de résidence étant sans effet sur le droit d'inscription auprès d'un bureau de placement ; que cette différence de traitement s'appuierait par conséquent sur un critère objectif et précis, qu'elle serait également justifiée, adéquate et proportionnée au but puisqu'elle vise à remettre au travail des chômeurs âgés déclarés disponibles pour le marché du travail luxembourgeois, au moyen d'incitations d'ordre financier octroyées aux employeurs ;

Considérant que l'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose :

« Le fonds pour l'emploi rembourse aux employeurs du secteur privé les cotisations de sécurité sociale, part employeur et part assuré, pour les chômeurs embauchés, qu'ils soient indemnisés ou non indemnisés, à condition qu'ils soient âgés de quarante-cinq ans accomplis et qu'ils soient inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'un bureau de placement de l'Administration de l'emploi depuis au moins un mois. »

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure visée ;

Considérant que la question préjudicielle posée ne vise pas la situation de deux chômeurs résidant l'un au Luxembourg et le second à l'étranger, seul le premier étant inscrit auprès de l'ADEM, mais bien la situation de deux employeurs engageant l'un un chômeur résidant au Luxembourg et inscrit auprès de l'ADEM et l'autre un chômeur résidant à l'étranger et non inscrit auprès de l'ADEM ;

Considérant que les employeurs, dans l'une ou l'autre hypothèse, se trouvent dans des situations comparables, dans la mesure où ils engagent chacun un chômeur âgé au sens de la loi ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ; qu'en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée ; qu'ainsi, il lui incombe, à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires, de reconstituer l'objectif expliquant la démarche du législateur pour examiner si cet objectif justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité ;

Considérant que le but de la loi du 23 juillet 1993 portant diverses mesures en faveur de l'emploi et qui a introduit la disposition incriminée, est de lever les réticences de nature financière qui existent au départ à l'embauche des chômeurs âgés et de longue durée et d'améliorer réellement les chances de réintégration de ces demandeurs d'emploi dans les circuits de travail par rapport aux autres catégories de personnes en quête d'emploi (Doc. parl. N° 3798, p. 3, sess.1992-1993) ;

Considérant que les travaux préparatoires ne contiennent pas de précision sur la condition que le chômeur engagé soit inscrit auprès d'un bureau de placement national ; que la raison d'être de cette condition est cependant à chercher dans la volonté du législateur de prendre

des mesures destinées à remettre au travail sur le marché du travail national des chômeurs qui en relèvent, ces mesures étant financées par le Fonds pour l'emploi ;

Considérant qu'en limitant ainsi la mesure prévue à l'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail à l'employeur embauchant un chômeur inscrit auprès de l'ADEM, le législateur a certes créé une différence par rapport à l'employeur qui embauche un chômeur résidant à l'étranger et non inscrit auprès de l'ADEM, mais que cette différence est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Que dès lors, par rapport à la question posée, l'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question posée, l'article L. 541-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail , en tant qu'il réserve le droit au remboursement des cotisations de sécurité sociale, part employeur et part assuré, pour les chômeurs embauchés âgés au sens de la loi, qu'ils soient indemnisés ou non indemnisés, aux employeurs du secteur privé, à la condition que les chômeurs soient inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'un bureau de placement de l'administration de l'emploi depuis au moins un mois, alors que ne bénéficient pas de cette mesure les employeurs qui embauchent des chômeurs inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'organismes correspondants étrangers, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 65/11 du 3 juin 2011

(Mémorial A n° 127 de 2011)

« Contenu et consistance en facteur temps de la tâche du chargé d'éducation - Loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997, art. 51 - Art.10bis(1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'un recours en réformation introduit en date du 28 novembre 2008 par X. contre une décision du Ministre de l'éducation nationale et de la formation professionnelle ayant rejeté sa demande de pouvoir, en sa qualité de chargé d'éducation, prêter le même nombre d'heures qu'un chargé de cours et bénéficier du même classement, le tribunal administratif, dans son jugement du 14 juillet 2010, a retenu que la situation des chargés d'éducation et plus particulièrement celle du demandeur était comparable à celle des chargés de cours, mais que la différence instituée au niveau de la tâche des chargés d'éducation en ce que celle-ci est fixée à 24 leçons, tandis que la tâche d'un chargé de cours est fixée à 22 leçons, et au niveau du classement du chargé d'éducation ne pouvant accéder qu'à un grade E3ter, tandis qu'un chargé de cours peut accéder à un classement jusqu'au grade E7, était à la fois rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son

but ; qu'il en a conclu que le Ministre de l'éducation nationale et de la formation professionnelle avait valablement pu refuser les demandes de X. ;

Considérant qu'à la suite de l'appel relevé par X. contre le susdit jugement, la Cour administrative, par arrêt du 16 décembre 2010, a soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 51 de la loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997, ayant trait à une nouvelle catégorie d'enseignants, les chargés d'éducation, sous le statut d'employé de l'Etat, prenant le relais de la catégorie antérieure des chargés de cours, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution concernant la différenciation opérée au niveau de la tâche des chargés d'éducation par rapport à celle des chargés de cours concernant les deux points cadrés des activités et de la consistance en facteur temps de la tâche à prester respectivement par ces deux catégories d'enseignants ? »

Considérant que l'article 51 de la loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997 dispose :

« Modification de la loi modifiée du 10 mai 1968 portant réforme de l'enseignement, titre VI : de l'enseignement secondaire, ainsi que modification de la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle continue.

Les deux lois précitées sont complétées par les dispositions suivantes :

« Art.52.- En dehors des agents visés à l'article 3. paragraphe 2, de la loi du 22 juin 1989 portant modification de la loi modifiée du 10 mai 1968 portant réforme de l'enseignement, titre VI : de l'enseignement secondaire, et à l'article 53 de la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle continue, le personnel des lycées et lycées techniques peut également comprendre, selon les besoins du service et dans les limites des crédits budgétaires, des chargés d'éducation.

Le statut des chargés d'éducation, qui peuvent être engagés à durée indéterminée ou déterminée et à tâche complète ou partielle sous contrat d'employé de l'Etat, est défini par règlement grand-ducal sous réserve des dispositions ci-après :

1. La tâche consiste en activités administratives, en activités sociales et périscolaires, en activités de surveillance et de remplacement ainsi qu'en leçons d'enseignement et d'appui ;

2. la tâche hebdomadaire normale ne pourra être inférieure à l'équivalent de vingt-quatre leçons d'enseignement.

Les indemnités des chargés d'éducation sont fixées par règlement du Gouvernement en Conseil par référence au tableau IV.- Enseignement, figurant à l'annexe C de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Des contrats à durée déterminée portant sur l'engagement de chargés de cours ne peuvent plus être conclus à partir de l'année scolaire 1997/1998. »

Considérant que l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg soutient en ordre principal que la question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle est sans objet, l'article 51 de la loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997 ayant été abrogé par la loi modifiée du 29 juin 2005 fixant les cadres du personnel des établissements d'enseignement secondaire et secondaire technique ;

que X. est au contraire d'avis que l'article soumis à l'examen de la Cour constitutionnelle est toujours en vigueur ;

Considérant que l'article 51 de la loi budgétaire du 20 décembre 1996 complétant les lois modifiées du 10 mai 1968 portant réforme de l'enseignement, titre VI : de l'enseignement secondaire et la loi du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire

technique et de la formation professionnelle n'a pas été abrogé par l'article 8 de la loi du 29 juin 2005 fixant les cadres du personnel des établissements secondaire et secondaire technique ni par aucune autre loi modificative postérieure à la loi budgétaire ;

Considérant que la loi budgétaire du 20 décembre 1996 instituant la catégorie des chargés d'éducation dispose que le statut des chargés d'éducation est défini par règlement grand-ducal tout en déterminant le contenu essentiel des tâches du chargé d'éducation ainsi que la durée minimum de la tâche hebdomadaire ;

Considérant que, selon l'article 17 de la loi du 10 juin 1980 portant planification des besoins en personnel enseignant de l'enseignement postprimaire, la tâche des chargés de cours est établie de la même façon que celle des enseignants fonctionnaires et que, selon l'article 3, le volume de la tâche hebdomadaire normale des enseignants est fixé par règlement grand-ducal ; que le même article 3 énonce les éléments pouvant être pris en considération pour le calcul d'une tâche ;

Considérant que les tâches respectives des chargés d'éducation et des chargés de cours sont fixées par le règlement grand-ducal du 24 juillet 2007 portant fixation de la tâche des enseignants des lycées et lycées techniques, règlement modifiant les règlements grand-ducaux du 27 juillet 1997 fixant les modalités d'engagement et les conditions de travail des chargés d'éducation des lycées et lycées techniques publiques, les articles 16 et 17 du règlement de 2007 précisant le contenu et la consistance en facteur temps de la tâche du chargé d'éducation et l'article 15 le contenu et la consistance en facteur temps de la tâche du chargé de cours ;

Considérant dès lors que la différence de traitement invoquée qui, suivant X., constitue une violation de l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ne résulte pas de la loi ;

D'où il suit qu'il y a lieu de répondre à la question préjudicielle dont la Cour constitutionnelle a été saisie par la Cour administrative que l'article 51 de la loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997 n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 51 de la loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997, en ce qu'il fixe le cadre des activités et la consistance en temps de la tâche à prester des chargés d'éducation, n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 66/11 du 3 juin 2011

(Mémorial A n° 128 de 2011)

« Pension de survie au conjoint survivant divorcé - Article X.VIII, point 17, de la loi modifiée du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité ou de survie, introduit par la loi du 24 avril 1991, article IV, 4, ayant pour objet l'amélioration des pensions... - Art. 10bis(1) - pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi en instance d'appel d'un recours de X. contre un jugement du Conseil arbitral des assurances sociales qui avait confirmé une décision du comité-directeur de la Caisse nationale d'assurance pension du 25 juin 2009 ayant rejeté sa demande en obtention d'une pension de survie du chef de son ex-époux Y. introduite le 1^{er} décembre 2008, le Conseil supérieur des assurances sociales a, par arrêt du 15 décembre 2010, déféré à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« l'article X.VIII, 17) de la loi modifiée du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité ou de survie, introduit par la loi du 24 avril 1991, article IV, 4, ayant pour objet l'amélioration des pensions du régime contributif, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il refuse, par dérogation à l'article 197 du Code de la sécurité sociale, toute pension de survie aux conjoints survivants divorcés qui n'ont pas contracté un nouvel engagement par mariage ou partenariat avant le décès de l'époux assuré,

1.- si les époux furent divorcés avant le 1^{er} août 1978 et

2.- si le divorce a été prononcé aux torts exclusifs des conjoints survivants ou même aux torts réciproques des époux, et

3.- si l'assuré s'est remarié avant cette date ou tant que son décès donne lieu à des prestations ; »

Considérant que les faits à la base du recours de X. se présentent comme suit :

X. avait contracté mariage avec Y. le 29 mai 1952 et ce mariage fut dissous le 22 mars 1973 par un jugement de divorce prononcé aux torts réciproques des époux ;

X. n'avait pas contracté de nouveau mariage suite à son divorce ;

Y. s'était remarié le 10 mars 1978, et suite à son décès, sa seconde épouse bénéficie d'une pension de survie ;

Considérant que l'article 197, paragraphe 1^{er}, du Code de la sécurité sociale dispose :

« En cas de divorce, le conjoint divorcé, ..., a droit, sans préjudice des conditions prévues aux articles 195 et 196, lors du décès de son conjoint divorcé..., à une pension de survie, à condition de ne pas avoir contracté un nouvel engagement par mariage ... avant le décès de son conjoint divorcé... » ;

Que le point 17 de l'article X.VIII de la loi modifiée du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité ou de survie, tel qu'introduit par la loi du 24 avril 1991 ayant pour objet l'amélioration des pensions du régime contributif, est de la teneur suivante :

« Par dérogation à l'article 197 du Code des assurances sociales, les conjoints divorcés avant le 1^{er} août 1978 à leurs torts exclusifs ou aux torts réciproques des époux n'ont pas droit à la pension de survie, si l'assuré s'est remarié avant cette date ou tant que son décès donne encore lieu à des prestations. ... »

Que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que l'article 197, paragraphe 1^{er}, du Code des assurances sociales (actuellement Code de la sécurité sociale) reprend les mesures de la loi du 27 juillet 1978 portant modification des dispositions concernant les droits à pension de la femme divorcée dans les différents régimes de pension contributifs ;

Considérant que ces mesures tendaient à changer fondamentalement la philosophie des dispositions du Code des assurances sociales et des lois organiques des autres régimes de

pension contributifs, en faisant disparaître toute notion de torts en matière de droit à pension de la femme mariée dans la législation sociale, toute femme divorcée, pour quelque raison que ce soit et quels que soient ses torts, ayant désormais droit à une pension en cas de décès de son ex-mari, à condition qu'elle n'ait pas contracté elle-même un nouveau mariage (v. Exposé des motifs, Doc. parl. N° 2144) ;

Considérant que dans le but de ne pas léser éventuellement les intérêts légitimes de la femme qui a épousé un homme divorcé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais qui, sur la base de la législation en vigueur au moment du divorce, était certaine de ne pas se retrouver en concours avec la femme divorcée pour l'attribution de la pension de veuve (v. Avis complémentaire du Conseil d'Etat, Doc. parl. N°2144³), la loi du 27 juillet 1978 comprenait au titre des dispositions additionnelles et transitoires, un article 8 libellé comme suit :

« La présente loi entrera en vigueur le premier du mois qui suit sa publication au Mémorial.

Les nouvelles dispositions sont applicables aux divorces prononcés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ainsi qu'aux divorces prononcés avant cette date, à moins que le décès de l'assuré n'ait déjà donné lieu à des prestations et à condition qu'un remariage n'ait pas eu lieu avant l'entrée en vigueur. »

Considérant que l'article X.VIII, point 17, tel qu'introduit par la susdite loi du 24 avril 1991, s'inscrit dans la suite de l'article 8 de la loi du 27 juillet 1978, en ce qu'il veille à sauvegarder les droits du conjoint ayant épousé avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 1978 un assuré dont le premier mariage avait été dissous par le divorce prononcé à son profit ou aux torts réciproques des époux, et qui avait une expectative de bénéficier de l'intégralité de la pension de survie (v. Amendements gouvernementaux, Doc. parl. N°3447³) ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle de l'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant que l'article X.VIII, point 17, en question a pour effet que les conjoints dont le divorce a été prononcé aux torts exclusifs ou aux torts réciproques des époux avant le 1er août 1978, n'ont pas droit à la pension de survie du chef de l'ex-conjoint assuré qui s'est remarié avant cette date, tandis que tous les autres conjoints divorcés aux torts exclusifs ou aux torts réciproques bénéficient d'une pension de survie, conformément à l'article 197 du Code de la sécurité sociale, en concours avec le ou les autres nouveaux conjoints, proportionnellement à la durée de la vie commune passée avec le conjoint décédé ;

Considérant que la situation des deux catégories visées de conjoints divorcés est comparable en ce que le divorce a été prononcé dans chacun des cas à leurs torts exclusifs ou aux torts réciproques des époux ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que la distinction opérée par l'article X.VIII, point 17, de la loi modifiée du 27 juillet 1987 consiste en ce que l'ex-époux qui est l'assuré du chef duquel la pension de survie est demandée par le conjoint survivant divorcé, s'est remarié soit avant soit après le 1er août 1978 ;

Considérant qu'il existe entre les deux situations prédécrites une différence objective en ce que le traitement différent, à savoir l'octroi ou non de la pension de survie au conjoint survivant divorcé à ses torts exclusifs ou aux torts réciproques des époux est fonction de ce que le divorce a été prononcé avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 1978, soit le 1er août 1978 ;

Considérant que cette distinction n'est pas rationnellement justifiée dans la mesure où elle a pour effet de priver, uniquement en raison de la date du divorce, un conjoint divorcé d'une pension de survie du chef de son ex-conjoint prédécédé, le but de la mesure introduite par la loi du 27 juillet 1978 (actuel article 197 du Code de la sécurité sociale) ayant été de faire disparaître la prise en considération de la faute retenue dans le cadre du divorce dans la fixation des droits du conjoint divorcé survivant à une pension de survie dans le cadre des régimes contributifs de pension ;

Qu'il suit de ces considérations que l'article X.VIII, point 17, de la loi modifiée du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité ou de survie, introduit par la loi du 24 avril 1991, article IV, 4, ayant pour objet l'amélioration des pensions du régime contributif, en ce qu'il refuse, par dérogation à l'article 197 du Code de la sécurité sociale, toute pension de survie aux conjoints survivants divorcés qui n'ont pas contracté un nouvel engagement par mariage ou partenariat avant le décès de l'époux assuré,

1.- si les époux furent divorcés avant le 1^{er} août 1978 et

2.- si le divorce a été prononcé aux torts exclusifs des conjoints survivants ou même aux torts réciproques des époux, et

3.- si l'assuré s'est remarié avant cette date ou tant que son décès donne lieu à des prestations

est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article X.VIII, point 17, de la loi modifiée du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité ou de survie, introduit par la loi du 24 avril 1991, article IV, 4, ayant pour objet l'amélioration des pensions du régime contributif, en ce qu'il refuse, par dérogation à l'article 197 du Code de la sécurité sociale, toute pension de survie aux conjoints survivants divorcés qui n'ont pas contracté un nouvel engagement par mariage ou partenariat avant le décès de l'époux assuré,

1.- si les époux furent divorcés avant le 1^{er} août 1978 et

2.- si le divorce a été prononcé aux torts exclusifs des conjoints survivants ou même aux torts réciproques des époux, et

3.- si l'assuré s'est remarié avant cette date ou tant que son décès donne lieu à des prestations

est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. et Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du Conseil supérieur des assurances sociales et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 67/11 du 20 mai 2011

(Mémorial A n° 114 de 2011)

« *Pourvoi en cassation de la partie civile - Code d'instruction criminelle, art. 412 - Art.10bis(1) - conforme / pas conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2011 que par arrêt du 12 janvier 2010, la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière d'appel correctionnel, réformant le jugement rendu en première instance, acquitta Y., Z. et A., cités directs par X., des différentes préventions libellées à leur charge, se déclara incompétente pour connaître de la demande en dommages et intérêts du demandeur au civil X. et, pour autant que de besoin, déchargea les cités directs de la condamnation au paiement des dommages et intérêts prononcés par le tribunal correctionnel ;

Que X. s'étant pourvu en cassation contre cet arrêt, tant les défendeurs en cassation que le ministère public conclurent à l'irrecevabilité du pourvoi, en application de l'article 412 du Code d'instruction criminelle, qui dispose que *«dans aucun cas la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une décision d'acquittement ; mais si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, cette disposition de la décision peut être annulée sur la demande de la partie civile»*, étant précisé que dans le cas d'espèce, aucune condamnation civile n'avait été prononcée à l'encontre de la partie civile ;

Que le demandeur en cassation ayant fait valoir devant la Cour de cassation, d'une part, que l'article 412 du Code d'instruction criminelle ne s'applique qu'en matière criminelle, et, d'autre part, que l'interprétation donnée par les défendeurs en cassation et par le ministère public à ce texte crée deux discriminations non justifiées et en tant que telles prohibées par la disposition de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, la première étant constituée par la circonstance que si la victime saisit une juridiction pénale en vue de la réparation de son préjudice, son accès à un contrôle supérieur de la légalité de la décision qui lui fait grief est plus restreint que si elle porte sa demande devant une juridiction civile, et la seconde en ce que la recevabilité de son pourvoi est plus restreinte que celle des prévenus et du ministère public, la Cour de cassation retint que l'article 412 du Code d'instruction criminelle ne fait aucune distinction entre les décisions rendues en matière criminelle et celles rendues en matière correctionnelle et de police et saisit la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles suivantes :

« En ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquittement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle :

- est-il contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ?

- est-il contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de partie à l'instance ? »

Quant à la première question :

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant qu'une inégalité contraire à la disposition en question ne se conçoit qu'au cas où deux ou plusieurs catégories de personnes sont, par rapport à une situation donnée, chacune soumise à un régime juridique différent ;

Que tel n'est pas le cas lorsqu'une même personne a le choix de se soumettre à deux régimes différents engendrant cependant pour elle des droits et obligations différents ;

Considérant que la victime d'une infraction dispose du libre choix de porter son action en réparation du préjudice qui en est la conséquence, soit devant le juge pénal, de manière accessoire à l'action publique, soit à titre principal devant le juge civil ;

Que les droits et obligations distincts qui découlent pour elle du libre choix de l'une ou l'autre voie procédurale pour obtenir satisfaction ne sont pas de nature à créer une inégalité devant la loi ;

Qu'il s'ensuit qu'il y a lieu de répondre par la négative à la première question relative à la contrariété à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution de l'article 412 du Code d'instruction criminelle, tel qu'interprété par la jurisprudence, en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée ;

Quant à la seconde question :

Considérant que la seconde question est à comprendre dans le sens de la conformité de l'article 412 du Code d'instruction criminelle à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce que, tel qu'interprété par la jurisprudence, il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité particulière de chacune des parties devant le juge pénal ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée ;

Considérant que par rapport à la question préjudicielle posée, le critère de comparabilité est celui du traitement des différentes parties à un procès pénal dans la mesure où elles font valoir des droits identiques ou similaires ;

Que la situation de la partie civile dans un procès pénal est comparable avec celle du prévenu, au regard de la demande civile, dans la mesure où la première agit en qualité de créancière d'un droit dont le second est le recherché débiteur et que les deux parties sont ainsi unies dans un même lien d'instance concernant la demande civile ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que suivant les textes en vigueur et l'interprétation qu'en donnent les tribunaux, le prévenu qui, accessoirement à une sanction pénale, a été condamné à une réparation civile, peut se pourvoir en cassation non seulement en ce qui concerne la sanction pénale, mais également en ce qui concerne la condamnation civile ;

Qu'ainsi, une des parties au procès, dispose, pour la même contestation, d'une voie de recours dont l'autre ne bénéficie pas ;

Que le caractère accessoire à l'action publique de l'action civile n'est pas de nature à justifier rationnellement cette disparité, étant donné, d'une part, que l'article 412 du Code d'instruction criminelle prévoit lui-même la possibilité pour la partie civile, à des conditions exceptionnelles il est vrai, de former un pourvoi en cassation contre une condamnation civile alors même que le prévenu a été acquitté, et, d'autre part, que l'article 202 du Code d'instruction criminelle permet à la partie civile de relever appel, quant aux intérêts civils, d'un jugement correctionnel, alors même que le prévenu a été acquitté ;

Qu'il suit des considérations qui précèdent que la limitation du droit de se pourvoir en cassation contre une condamnation civile au seul condamné au pénal, sans que pour les intérêts civils, la partie civile dispose d'un droit identique, n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Qu'ainsi ladite disposition se heurte à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit qu'en ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquittement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il restreint l'accès de la victime au contrôle supérieur de la légalité en fonction de la nature de la juridiction, pénale ou civile, devant laquelle son action en indemnisation est portée,

dit qu'en revanche, cette disposition est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'elle fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation,

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties lors de la publication de l'arrêt au Mémorial,

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour de cassation dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 68/11 du 9 décembre 2011

(Mémorial A n° 258 de 2011)

« Suspension de la pension de vieillesse pendant l'exécution d'une peine privative de liberté - Code de la sécurité sociale, art. 210, al. 1^{er} - Art.16, 17 et 12 - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que saisi par X. d'un recours contre une décision du comité directeur de la Caisse nationale d'assurance pension du 22 avril 2010 ayant ordonné, par application de l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale, la suspension de la pension de vieillesse accordée à celui-ci à partir du 24 mai 2009 selon décision du 4 novembre 2009 et ayant réservé le droit de récupérer les prestations reçues pour la période du 24 mai 2009 au 31 décembre 2009, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, par jugement du 13 mai 2011, soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle de savoir si l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale est conforme aux articles 16, 17 et 12 de la Constitution.

Considérant que l'article 210 du Code de la sécurité sociale dispose :

« Les pensions sont suspendues pendant l'exécution d'une peine privative de liberté supérieure à un mois.

Toutefois, pour la durée de la détention la pension due à un détenu est dévolue aux personnes qui, en cas de décès, auraient droit à une pension de survie, à condition qu'ils (sic) résident au Luxembourg et que le pensionné ait contribué d'une façon prépondérante à leur entretien. En cas de divorce ou de séparation, le conjoint, ou, en cas de dissolution du partenariat en vertu de l'article 13 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, l'ancien partenaire a droit à la pension jusqu'à concurrence des pensions alimentaires.

Toute suspension prend cours à l'expiration du mois au cours duquel se produit l'événement y donnant lieu. Elle cesse d'être appliquée à l'expiration du mois au cours duquel la cause de suspension est venue à défaillir.

Lorsqu'une pension a été octroyée ou liquidée sur erreur matérielle elle est modifiée ou supprimée suivant le cas ».

Quant à l'article 16 de la Constitution :

Considérant que l'article 16 de la Constitution énonce : « *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* » ;

Considérant que l'article 16, contrairement à l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Paris, le 20 mars 1952, approuvé par la loi du 29 août 1953, assure une protection plus restreinte de la propriété ;

Considérant que la suspension de la pension telle que prévue par l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale constitue une sanction, partant une peine au sens de l'article 14 de la Constitution, et non une mesure d'expropriation pour cause d'utilité publique ;

que partant l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale n'est pas contraire à l'article 16 de la Constitution ;

Quant à l'article 17 de la Constitution :

Considérant que selon l'article 17 de la Constitution la peine de la confiscation des biens ne peut être établie ;

Considérant que cette disposition prohibe les mesures générales de confiscation qui atteignent l'intégralité d'un patrimoine ;

Considérant que l'article 210 du Code de la sécurité sociale, au contraire, institue une suspension temporaire des droits à pension tout en organisant la dévolution de la pension de retraite à la famille du détenu ;

que l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale n'est donc pas contraire à l'article 17 de la Constitution ;

Quant à l'article 12 de la Constitution :

Considérant que l'article 12 de la Constitution énonce : « *La liberté individuelle est garantie. - Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. - Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté* » ;

que l'article 12 vise la liberté physique de la personne et les diverses mesures de restriction de liberté susceptibles d'être prises à l'encontre d'une personne ;

Considérant que l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale ne prononce aucune restriction de liberté, de sorte qu'il n'est pas contraire à l'article 12 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 210, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale n'est pas contraire aux articles 16, 17 et 12 de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du Conseil arbitral de la sécurité sociale et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 69/12 du 27 janvier 2012

(Mémorial A n° 20 de 2012)

« Avancement en traitement du personnel de l'enseignement fondamental - Loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, art. 51 c) - Art.10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par lettre du 24 juin 2010, X., instituteur affecté auprès de la Commune de ..., s'adressa à la ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative et à la ministre déléguée à la Fonction publique et à la Réforme administrative pour solliciter le bénéfice du second avancement en traitement de deux échelons supplémentaires tel que prévu à l'article 51 c) de la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental ;

Que par lettre du 2 août 2010, la ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle et la ministre déléguée à la Fonction publique et à la Réforme administrative, ont refusé de faire droit à sa demande ;

Considérant que par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 7 octobre 2010, X. a fait introduire un recours tendant principalement à la réformation et subsidiairement à l'annulation de l'acte précité des ministres du 2 août 2010 ;

Considérant que le demandeur invoqua la violation de l'article 10bis de la Constitution consacrant le principe de l'égalité des citoyens devant la loi et il soutint que l'article 51 c), alinéa 1^{er}, de la loi du 6 février 2009 serait contraire à ce principe d'égalité ; que la rupture d'égalité de traitement dont il aurait été victime ne serait pas justifiée au regard des critères de comparabilité, de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité, tels que dégagés par la Cour Constitutionnelle ;

Considérant que dans son jugement du 5 juillet 2011, le tribunal administratif a retenu qu'en vertu de la disposition de l'article 51 c) de la loi du 6 février 2009, les instituteurs reclassés justifiant au moment de l'entrée en vigueur de ladite loi d'une ancienneté de moins de dix ans rentrent dans le bénéfice du second avancement en traitement, tandis que les instituteurs reclassés présentant au moment de l'entrée en vigueur de ladite loi une ancienneté de dix ans ou plus ne rentrent pas dans le bénéfice de cette mesure ;

Considérant que le tribunal administratif a ensuite soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 51 c) de la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, en ce qu'il réserve le second avancement en traitement de deux échelons supplémentaires aux agents reclassés, pouvant, au moment de l'entrée en vigueur de la loi précitée, se prévaloir de moins de dix ans de bons et loyaux services depuis leur nomination au grade E3, E3ter ou E4, ou à l'un de ces grades, et en ce qu'il prive de cet avantage les agents reclassés comptant au moment de l'entrée en vigueur de ladite loi plus de dix ans de bons et loyaux services depuis leur nomination aux grades sus-visés, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ? » ;

Considérant que dans ses conclusions déposées au greffe de la Cour Constitutionnelle le 25 juillet 2011, X. fait exposer que la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental a opéré un reclassement de la carrière des instituteurs, en les faisant avancer au grade E5, relevant de la carrière supérieure de l'enseignement ; que si les instituteurs en activité de service bénéficient tous du premier avancement en traitement, il n'en est pas de même du deuxième avancement en traitement qui est réservé aux instituteurs pouvant se prévaloir de moins de dix ans de service depuis leur nomination au grade E3, E3ter ou E4 ; que ce deuxième avancement en traitement est accordé aux instituteurs précités au fur et à mesure qu'ils accomplissent les dix années de service ; que la disposition visée à l'article 51c) de la loi du 6 février 2009 signifie donc que les instituteurs comptant plus de dix ans de service à la date d'entrée en application de la loi du 6 février 2009 sont privés du deuxième avancement en traitement de deux échelons ;

Que X. demande par conséquent à la Cour Constitutionnelle de dire que l'article 51c) de la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, en ce qu'il prive du 2^{ième} avancement en traitement les instituteurs comptant, à la date de l'entrée en vigueur de la loi précitée, plus de 10 ans d'activité de service n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution ;

Considérant que le délégué du gouvernement n'a pas déposé de conclusions ;

Considérant que l'article 51 de la loi du 6 février 2009, qui figure sous le chapitre X – Dispositions transitoires, abrogatoires et finales –, dispose que :

« a) Les agents relevant des carrières reclassées en vertu de la présente loi, en service, en congé parental ou en congé sans traitement au moment de l'entrée en vigueur de la même loi et classés aux grades E3, E3ter et E4 accèdent au grade E5 par substitution. (...) »

c) Les agents reclassés, qui au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent se prévaloir de moins de dix ans de bons et loyaux services depuis leur nomination au grade E3, E3ter ou E4, ou à l'un ou l'autre de ces grades, bénéficieront d'un second avancement en traitement de deux échelons supplémentaires calculé sur base de la section V de l'article 8 précité [de la loi du 22 juin 1963], au fur et à mesure qu'ils rempliront après l'entrée en vigueur de la présente disposition la condition d'avoir accompli dix ans de bons et loyaux services passés depuis leur nomination au grade E3, E3ter, E4 ou E5, ou à l'un ou l'autre de ces grades ;.

Les dispositions inscrites à l'article 8, section V de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat ne sont pas applicables aux agents reclassés. »

Considérant que l'article 8, section V, de la loi du 22 juin 1963 est libellé comme suit :

« Les fonctionnaires dont les fonctions sont reprises à l'annexe A de la présente loi sous la rubrique IV « Enseignement » et qui sont classés aux grades E5 à E8 bénéficient d'un second avancement de deux échelons supplémentaires après dix ans de bons et loyaux services depuis leur première nomination, sans préjudice du report de l'ancienneté acquise par le fonctionnaire dans l'échelon auquel il était classé avant l'avancement en traitement. Le bénéfice de cette disposition ne peut être accordé qu'une seule fois pour l'ensemble des grades visés à la présente section.

Lorsque la carrière du fonctionnaire comporte une première nomination de candidat, le grade de professeur est considéré comme grade de début de carrière pour l'application de la disposition de l'alinéa 1^{er} ci-dessus. »

Considérant que l'article 10bis paragraphe 1^{er} de la Constitution a la teneur suivante : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que la situation des instituteurs, qui les uns, ont accompli au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2009 moins de dix ans de service et les autres plus

de dix ans de service, mais qui tous bénéficient de la mesure de reclassement dans le grade E5, est comparable ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant qu'en cas de différence créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée ; qu'il lui incombe, à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires, de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur pour, une fois l'objectif ainsi circonscrit, examiner s'il justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité ;

Considérant que la loi du 6 février 2009 a décidé pour l'avenir de reclasser les agents des grades E3, E3ter et E4 au grade E5 par substitution ;

Considérant qu'au terme des négociations entre le Gouvernement et les syndicats des instituteurs, dans le contexte de la réforme de l'enseignement fondamental, le législateur a entendu adapter la tâche de l'instituteur aux exigences de la réforme, et, en contrepartie, opérer un reclassement de la carrière de l'instituteur se traduisant par une revalorisation générale de cette carrière à partir de l'entrée en vigueur de la loi ;

Considérant que, tout en disposant (article 51 c al. 2) que le bénéfice du second avancement après dix ans de service prévu à l'article 8 section V de la loi du 22 juin 1963 n'est pas applicable aux agents reclassés, la loi du 6 février 2009 a institué une mesure transitoire pour les agents qui, au moment de son entrée en vigueur, comptent moins de dix ans de service, en décidant que ces derniers bénéficieront du second avancement en traitement de deux échelons supplémentaires prévu pour la carrière du grade E5 au fur et à mesure qu'ils auront accompli dix ans de service depuis leur nomination aux grades E3, E3ter, E4 ou E5 ;

Que cette mesure destinée à adapter des règles applicables à l'avenir à une situation transitoire ne pouvait s'étendre aux agents ayant déjà accompli dix ans de service dans les grades à partir desquels ils ont été reclassés ;

Que la différence ainsi créée entre agents ayant ou non accompli dix ans de service dans les anciens grades est conforme au but de la mesure transitoire et répond aux exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité ;

Qu'il suit des considérations qui précèdent que l'article 51c de la loi du 6 février 2009 en ce qu'il limite le second avancement en traitement de deux échelons supplémentaires aux agents reclassés pouvant au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, se prévaloir de moins de dix ans de bons et loyaux services depuis leur nomination au grade E3, E3ter ou E4, ne se heurte pas à l'article 10bis paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 51 c) de la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, en ce qu'il réserve le second avancement en traitement de deux échelons supplémentaires aux agents reclassés, pouvant, au moment de l'entrée en vigueur de la loi précitée, se prévaloir de moins de dix ans de bons et loyaux services depuis leur nomination au grade E3, E3ter ou E4, ou à l'un de ces grades, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 70/12 du 9 mars 2012

(Mémorial A n° 53 de 2012)

« Validité des résultats des élections pour la Chambre des fonctionnaires et employés publics - Loi du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective, art. 43ter, alinéas 2 et 5 - Art. 10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage d'un jugement du Tribunal administratif du 12 octobre 2011 que cette juridiction a été saisie d'un recours formé par X. et l'Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur (APESS) contre un arrêté du Gouvernement en conseil du 30 avril 2010 validant les résultats des élections du mois de mars 2010 pour la Chambre des fonctionnaires et employés publics ;

qu'à l'appui de ce recours X. et l'APESS ont exposé que lors des élections pour la Chambre des fonctionnaires et employés publics de mars 2010, dans la catégorie A (carrière supérieure), la liste 1 de la Confédération Générale de la Fonction Publique (CGFP) a obtenu deux sièges et la liste 6 de l'APESS a obtenu un siège, que toutefois, par application de l'article 43ter, alinéa 5, de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective, selon lequel aucune administration de l'Etat ni aucun établissement public ne peut occuper plus de deux mandats pour chacune des catégories A, B et C, l'attribution définitive des sièges a été faite en faveur de la seule CGFP, que X. , figurant sur la liste 6 de l'APESS et ayant obtenu le nombre de suffrages le plus élevé dans cette liste, s'est ainsi vu écarter du siège qui lui revient naturellement par le choix des urnes et l'APESS s'est vu privée d'une représentation au sein de la Chambre des fonctionnaires et employés publics dans la catégorie A ;

que les requérants ont fait valoir que l'application de cette disposition conduit à une différence de traitement entre le syndicat généraliste CGFP et le syndicat spécialisé du type APESS, composé exclusivement de membres d'une même administration, malgré la comparabilité des candidats à l'élection professionnelle dans la catégorie A de la Fonction publique, en ce que le syndicat sectoriel se voit de facto toujours écarté de la répartition des sièges dès lors que le syndicat majoritaire CGFP se contente de présenter deux candidats issus de la même administration et un troisième candidat issu d'une autre administration pour se voir attribuer le troisième siège dans la catégorie A ;

qu'ils ont soutenu en deuxième lieu que le nombre limité de mandats attribués à la catégorie A au sein de la Chambre des fonctionnaires et employés publics tel que prévu à l'article 43ter de la loi modifiée du 24 avril 1924 conduit à une rupture de l'égalité de traitement entre les candidats dans la mesure où le nombre de mandats par catégorie n'est pas en relation avec le nombre d'électeurs par catégorie, que le nombre limité de trois sièges prévus dans la catégorie A est également la cause de ce que l'APESS n'obtient pas de siège malgré ses résultats aux urnes, qu'il suffit en effet que les deux premiers sièges dans la catégorie A soient attribués à des membres de l'administration de l'enseignement pour qu'automatiquement, par application des susdites dispositions, le troisième siège soit attribué à la CGFP, seul syndicat à disposer de membres relevant d'administrations autres que l'enseignement ;

Considérant que dans son jugement rendu le 12 octobre 2011 le tribunal administratif a soumis à la Cour constitutionnelle les deux questions préjudicielles suivantes :

1^{re} question :

«L'article 43ter, alinéa 5, de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective, dans la mesure où son application permet de privilégier un syndicat représentant les intérêts de fonctionnaires appartenant à plusieurs administrations dans l'attribution des sièges à pourvoir au sein de la Chambre des fonctionnaires et employés publics par rapport à un syndicat ne représentant que les intérêts de fonctionnaires appartenant à une même administration, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution ? »

2^e question :

«L'article 43ter de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective, en définissant le nombre de mandats ouverts dans chaque catégorie sans prendre en compte la réalité des effectifs représentés dans ces catégories, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution, dans la mesure où certaines catégories de fonctionnaires se trouvent sous- représentées au sein de la Chambre des fonctionnaires et employés publics par rapport à d'autres catégories ? »

Sur la première question :

Considérant que l'article 43ter, alinéa 5, de la loi du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective est libellé comme suit :

«La répartition des fonctionnaires dans les catégories supérieure, moyenne et inférieure se fait par règlement grand-ducal en tenant compte des trois grandes catégories de traitement déterminées à l'annexe D de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat. Au sein de la Chambre des fonctionnaires et employés publics aucune administration de l'Etat ni aucun établissement public ne peut occuper plus de deux mandats pour chacune des catégories A, B et C. Au sens des dispositions du présent article, l'enseignement secondaire, secondaire technique, supérieur et universitaire est à considérer comme formant une seule administration.»;

Considérant que l'avantage éventuel que, d'après la question posée à la Cour constitutionnelle, la règle de la limitation à deux mandats par administration ou établissement public peut procurer à un syndicat représentant des fonctionnaires appartenant à plusieurs administrations par rapport à un syndicat ne représentant que les intérêts de fonctionnaires appartenant à une même administration est une conséquence résultant de la représentativité momentanée des syndicats en lice et qui ne saurait être prise en considération dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité de la disposition légale, lequel doit se faire de manière abstraite, en dehors de ses conséquences concrètes possibles mais non nécessaires ;

Considérant que si cette limitation à deux mandats par administration ne crée pas d'inégalité entre des syndicats présentant des candidats, il reste à examiner si elle est de nature à créer une inégalité entre les candidats considérés individuellement, dans la mesure où un candidat ayant obtenu plus de voix peut être écarté au profit d'un autre candidat moins bien placé, mais appartenant à une autre administration ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant que la situation des candidats à l'élection aux chambres professionnelles, quelle que soit l'administration à laquelle ils appartiennent, peut être considérée comme comparable ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but ; qu'en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de

personnes il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée et d'examiner si cet objectif justifie la différence au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité ;

Considérant que la disparité établie par la loi entre les candidats à l'élection aux chambres professionnelles du fait de leur appartenance à l'une ou l'autre administration ou établissement public répond à une différence objective de régime ;

Considérant que dans les travaux préparatoires relatifs à la loi du 12 février 1964 ayant institué la Chambre des fonctionnaires et employés publics (Projet de loi N°757, session extraordinaire 1959, p. 324) il est dit dans l'exposé des motifs relativement à l'article 43ter : *«... il faut tenir compte du fait qu'une partie notable du personnel de l'Etat est concentré dans quelques grandes Administrations. Afin de garantir que la Chambre soit équitablement représentative de tous les intérêts en cause, il est prévu à l'alinéa 4 qu'aucune Administration ni aucun établissement public ne peut occuper plus d'un mandat de délégué dans chaque groupe»*, que suite à l'avis de l'Association des fonctionnaires de l'Etat et de l'Association générale des fonctionnaires communaux et à l'avis conforme du Conseil d'Etat, le nombre maximum des mandats visés à l'alinéa 4 de l'article 43ter a été porté à deux ;

Considérant que la mesure instituée par l'article 43ter procède du souci d'assurer au sein de la chambre professionnelle une représentation équitable des intérêts de tous les fonctionnaires et employés publics, qu'elle est donc rationnellement justifiée, qu'elle est encore adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que, dès lors, l'article 43ter, alinéa 5, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution.

Sur la deuxième question :

Considérant que l'article 43ter dit dans son alinéa 2 :

«L'élection assurera les mandats aux catégories suivantes :

Catégorie A 3 mandats ;

Catégorie B 5 mandats ;

Catégorie C 9 mandats ;

Catégorie D 2 mandats ;

Catégorie E 5 mandats ;

Catégorie F 1 mandat ;

Catégorie G 2 mandats. »

Considérant que dans l'exposé des motifs de la loi du 12 février 1964 (op. et loc. cit.) il est dit au sujet de cette disposition : *«La répartition déterminée à l'alinéa 2 du projet a été fixée après consultation des organisations professionnelles intéressées. Le Gouvernement estime que cette distribution est juste, eu égard à la composition actuelle du corps électoral. Cependant l'alinéa 6 [devenu dans la suite l'alinéa 8] prévoit la possibilité d'un ajustement par voie d'arrêté au cas où une modification suffisamment importante interviendrait ultérieurement dans la composition du corps des électeurs.»*

Considérant que l'article 43ter, alinéa 8, dispose :

«L'attribution des mandats aux différentes catégories définies ci-dessus pourra être modifiée par règlement grand-ducal à publier au moins trois mois avant les élections quinquennales, si une évolution dans l'importance réciproque des différentes catégories, intervenue après la constitution de la chambre, fait apparaître cette modification comme équitable. ... »

Considérant que l'article 43ter, en prévoyant la possibilité d'une modification par règlement grand-ducal du nombre de mandats attribués à chaque catégorie en fonction de la variation en nombre des différentes catégories de fonctionnaires, tient compte de l'importance respective des effectifs des différentes catégories de fonctionnaires visées ; que pour l'appréciation de la constitutionnalité de la disposition incriminée, il est indifférent qu'un tel règlement grand-ducal ne soit, en fait, pas intervenu depuis le vote de la loi ;

Considérant qu'il s'en suit que l'article 43ter de la loi modifiée du 4 avril 1924 n'est, dans son alinéa 2, pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article 43ter de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective, dans ses alinéas 2 et 5, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 71/12 du 9 mars 2012

(Mémorial A n° 54 de 2012)

« Confiscation d'un véhicule pour conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 0,55 mg/l d'air expiré en l'état de récidive - Loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques, art. 12, par. 2, al. 3, combiné avec l'art. 14, al. 3 et avec Code pénal, art. 31 - Art.14 – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par jugement du 17 février 2011, confirmé dans son intégralité par arrêt de la Cour d'appel du 4 juillet 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, après avoir retenu X. dans les liens de l'infraction de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 0,55 mg/l d'air expiré, en l'état de récidive et l'avoir condamné à une amende de 750 € ainsi qu'à une interdiction de conduire d'une durée de 18 mois applicable à tous les véhicules automoteurs des catégories de permis de conduire A à F sur toutes les voies publiques, excepté les trajets effectués par le prévenu du lundi au vendredi entre 11.00 heures et 18.30 heures, a sursis à statuer sur la confiscation du véhicule appartenant au prévenu et conduit par celui-ci lors de la commission de l'infraction, pour, avant tout autre progrès en cause, déférer à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : *« L'article 12, paragraphe 2, alinéa 3 de la loi modifiée du 14 février 1955 combiné avec l'article 14 de la même loi et avec l'article 31, alinéa 3 du Code pénal sont-ils conformes à l'article 14 de la Constitution qui prescrit le principe de la légalité des peines,*

dans la mesure où une peine, pour être légale, doit être déterminée, c'est-à-dire comporter un minimum et un maximum,

alors qu'aucun maximum n'est prévu ni pour la valeur du véhicule à confisquer, ni pour l'amende subsidiaire à prononcer au cas où cette confiscation s'avérerait impossible ».

Considérant que les dispositions visées de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques, ci-après « la loi du 14 février 1955 », ont la teneur suivante :

Article 12, paragraphe 2, point 3 :

« 3. La confiscation spéciale ou l'amende subsidiaire prévue à l'article 14 de la présente loi sera toujours prononcée, si le conducteur du véhicule a commis de nouveau un des délits spécifiés aux deux alinéas qui précèdent avant l'expiration d'un délai de trois ans à partir du jour où une précédente condamnation du chef d'un de ces mêmes délits sera devenue irrévocable ».

Article 14, alinéas 1^{er}, 2 et 3 :

« Pour autant qu'il n'en est pas autrement disposé dans la présente loi, le livre premier du Code pénal ainsi que les dispositions de la loi modifiée du 18 juin 1879 portant attribution aux cours et tribunaux de l'application des circonstances atténuantes sont applicables aux infractions prévues par la présente loi et ses règlements d'exécution.

La confiscation spéciale prévue par les articles 42 et 43 du Code pénal est facultative pour le juge.

Le jugement qui ordonne la confiscation du véhicule prononcera, pour le cas où celle-ci ne pourra être exécutée, une amende qui ne dépassera pas la valeur du véhicule. Cette amende aura le caractère d'une peine. »

Considérant que suite à la suppression des articles 41 à 43 du Code pénal par la loi du 13 juin 1994 sur le régime des peines, la référence aux articles 42 et 43 vaut pour l'article 31 du Code pénal ;

Considérant que bien que le jugement de renvoi ait visé l'alinéa 3 de l'article 31 du Code pénal, celui-ci ayant trait aux demandes de restitution de biens confisqués par tout autre tiers prétendant droit sur ceux-ci, le renvoi audit alinéa n'est point pertinent tel quel et doit s'entendre comme visant le point 2) de l'alinéa 1^{er}, dudit article 31, précité ;

Considérant que l'article 31 du Code pénal, également visé par la question préjudicielle, prévoit que *« La confiscation spéciale s'applique : ... 2) Aux biens qui ont servi ou qui ont été destinés à commettre une infraction, quand la propriété en appartient au condamné ... »* ;

Considérant que l'article 14 de la Constitution a la teneur suivante : *« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi »* ;

Considérant 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 ;

Considérant que dans le régime de la confiscation spéciale prévue aux articles 12 et 14 précités de la loi du 14 février 1955, le véhicule fait l'objet d'une confiscation en tant que bien qui a servi à commettre l'infraction et que, conformément aux dispositions de l'article 31 du Code pénal, la confiscation n'est prononcée que si le véhicule est la propriété du délinquant condamné ;

Considérant que l'article 12, paragraphe 2, point 3, de la loi du 14 février 1955 dispose que la confiscation spéciale ou l'amende subsidiaire sera toujours prononcée, si le conducteur condamné se trouve en état de récidive ;

Considérant que la confiscation spéciale s'analysant en une peine accessoire portant sur l'objet ayant servi à commettre l'infraction, en l'occurrence le véhicule, propriété du condamné en état de récidive, la peine se trouve par essence déterminée à suffisance, à travers la nature de l'objet à confisquer, sans qu'il n'y ait lieu à indication d'un minimum ou d'un maximum ;

Que pour l'amende subsidiaire, l'article 14, alinéa 3, de la loi du 14 février 1955 prévoit un maximum correspondant à l'objet visé par la confiscation en ce que l'amende subsidiaire ne dépassera pas la valeur du véhicule ;

Que dès lors, alors même que l'article 12, paragraphe 2, point 3 et l'article 14, alinéa 3, de la loi du 14 février 1955 n'indiquent ni un minimum ni un maximum de la peine encourue, les deux branches expressément formulées à l'appui de la question préjudicielle ne sont pas de nature à fonder une non-conformité de ces articles par rapport à l'article 14 de la Constitution ;

Considérant que d'une manière plus générale, la récidive s'analyse en une nouvelle infraction dans les conditions déterminées par la loi et après une condamnation coulée en force de chose jugée ;

Qu'elle comporte nécessairement un avertissement caractérisé dans le chef du condamné que s'il commet une nouvelle infraction dans un certain délai, la peine encourue s'en trouvera aggravée ;

Considérant que pour le cas de récidive le législateur est dès lors habilité à prévoir des peines aggravées qui sont en rapport avec l'objectif poursuivi et qui ne sont pas disproportionnées à celui-ci ;

Considérant qu'en prévoyant le caractère obligatoire de la confiscation dans les cas de récidive visés par l'article 12, paragraphe 2, point 3 de la loi du 14 février 1955, la loi répond à ces critères et n'a pas dépassé sa marge d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 12, paragraphe 2, alinéa 3, combiné avec l'article 14, alinéa 3, de la loi du 14 février 1955 ensemble l'article 31, alinéa 3, du Code pénal n'est pas contraire à l'article 14 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 12, paragraphe 2, alinéa 3, combiné avec l'article 14, alinéa 3, de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation sur toutes les voies publiques et avec l'article 31 du Code pénal n'est pas contraire à l'article 14 de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénoms de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la septième chambre du tribunal d'arrondissement du Luxembourg et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction ;

Arrêt n° 72/12 du 29 juin 2012

(Mémorial A n° 139 de 2012)

« Différence de régime entre l'action en recherche de paternité naturelle et l'action en réclamation d'enfant légitime au regard du délai d'introduction des actions - imprescriptibilité de l'action de l'enfant – Code civil, art. 340-4 - Art. 10bis (1) - pas conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que dans le cadre d'une action en recherche de paternité naturelle intentée par Y., agissant en sa qualité d'administratrice légale de la personne et des biens de son enfant mineur Z., né le 11 juillet 2002, contre X., la Cour d'appel, première chambre, siégeant

en matière civile, a, par arrêt du 9 novembre 2011, numéro 35799 du rôle, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 340-4 du Code civil en ce qu'il prévoit que l'action en recherche de paternité doit être exercée dans les deux années qui suivent la naissance de l'enfant ou si l'action n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant pendant les deux années qui suivent sa majorité, est-il compatible avec l'article 10bis de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi, respectivement avec l'article 11-3 de la Constitution qui dispose que l'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi, alors qu'aux termes de l'article 329 du Code civil l'action en réclamation d'état d'enfant légitime peut être intentée par l'enfant pendant toute sa vie. »

Considérant que l'article 329 du Code civil faisant partie de la section II.-" Des preuves de la filiation légitime » du chapitre Ier. « De la filiation légitime » du titre VII. « De la filiation » du Livre Ier. « Des personnes » dispose :

« L'action en réclamation d'état ne peut être intentée que par l'enfant, par ses père et mère ou par ses héritiers.

L'enfant peut l'intenter pendant toute sa vie.

Les père et mère ne peuvent l'intenter que pendant la minorité de l'enfant.

Les héritiers ne peuvent l'intenter que lorsque l'enfant n'a pas réclamé et qu'il est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité.

Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement ou qu'il n'eût laissé périmer l'instance. »

Que l'article 340-4 du Code civil figurant dans la section III. « Des actions en recherche de paternité et de maternité » du chapitre II. « De la filiation naturelle » du Titre VII. « De la filiation » du Livre Ier. « Des personnes » est de la teneur suivante :

« L'action doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance de l'enfant.

Si elle n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut encore l'exercer pendant les deux années qui suivent sa majorité.

Dans les deux cas prévus ci-dessus, le titulaire de l'action peut être relevé de la déchéance encourue lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle ou morale d'agir endéans les délais prévus. »

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ».

Considérant que la question préjudicielle porte sur la différence de régime entre filiation naturelle et filiation légitime au regard du délai dont dispose, d'une part, l'enfant né hors mariage pour introduire son action en recherche de paternité naturelle et, d'autre part, l'enfant qui a un titre de naissance non conforme à la possession d'état, pour introduire son action en réclamation d'état d'enfant légitime, et sur la compatibilité d'une telle différence respectivement avec le principe d'égalité et avec le droit à la protection de la vie privée ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que l'enfant qui cherche à établir sa filiation naturelle et l'enfant qui cherche à établir sa filiation légitime, se trouvent tous les deux dans une situation comparable en ce qu'ils cherchent à faire constater leur véritable état ;

Considérant que le législateur a institué une différence objective en limitant, d'une part, le délai d'introduction de l'action de l'enfant en recherche de la paternité naturelle à deux ans

après sa naissance, sinon à deux ans après sa majorité, et en édictant, d'autre part, que le délai d'introduction de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime est imprescriptible dans le chef de l'enfant ;

Considérant que dans l'exposé des motifs du projet de loi ayant abouti à la loi du 13 avril 1979 portant réforme du droit de la filiation, il est dit dans le commentaire de l'article 329 du Code civil « *qu'il est inadmissible de priver un individu du droit de faire constater son état par le simple écoulement du délai* » ;

que dans son avis du 27 avril 1976, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'il « *s'agit d'assurer à chaque enfant sa filiation véritable et d'instaurer l'égalité entre enfants, quelle que soit leur origine* » ;

Considérant, dès lors, que la différence de régime instituée entre les articles 329 et 340-4 du Code civil quant au délai d'introduction des actions y respectivement réglées n'est pas rationnellement justifiée ni adéquate ni proportionnée au but de la loi ;

D'où il suit que l'article 340-4 combiné à l'article 329 du Code civil n'est pas conforme à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dans la mesure où il limite le délai d'introduction de l'action de l'enfant qui tend à établir la paternité naturelle à deux ans à partir de sa naissance, sinon à deux ans à partir de sa majorité ;

Considérant que le principe d'égalité, au regard des situations comparables en cause, commande d'aligner le délai prévu à l'article 340-4 du Code civil, régissant l'action en recherche de la paternité naturelle sur celui prévu à l'article 329 du Code civil édictant l'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime dans le chef de l'enfant, ceci au vu de l'objectif du législateur d'éliminer « *les discriminations existantes entre les différentes catégories de filiation* » ;

Attendu qu'au regard de la réponse donnée quant à la conformité de l'article 340-4 du Code civil avec l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, il n'y a plus lieu d'examiner sa conformité avec l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 340-4 du Code civil n'est pas conforme à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dans la mesure où il enferme dans un délai de deux ans, à partir de la naissance de l'enfant, sinon à partir de sa majorité, l'action en recherche de paternité naturelle ;

dit qu'il y a lieu d'aligner le délai d'introduction prévu à l'article 340-4 du Code civil à celui prévu à l'article 329 du Code civil et édictant l'imprescriptibilité de l'action de l'enfant ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la première chambre de la Cour d'appel et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction ;

Arrêt n° 73/12 du 7 décembre 2012

(Mémorial A n° 267 de 2012)

« *Différence de régime entre l'employé de l'Etat par rapport au fonctionnaire de l'Etat et au salarié de droit privé au regard de la terminaison de l'engagement - Loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat, art. 7, par. 3 - Art. 10bis (1) – conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le tribunal administratif, par jugement du 28 septembre 2011, statuant sur un recours en réformation et subsidiairement en annulation introduit par X. contre une décision de licenciement prise à son égard par le comité de direction de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat (ci-après BCEE), avait déclaré le recours en réformation recevable mais non fondé, et avait dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le recours en annulation ;

Que la Cour administrative, saisie d'un appel, a, par arrêt du 29 mars 2012, posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 7.3 de la loi du 27 janvier 1972 est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution, eu égard aux différences du régime de l'employé de l'Etat, par rapport respectivement au statut du fonctionnaire de l'Etat et au droit commun du salarié de droit privé en matière de terminaison de l'engagement pour absence prolongée ou absences répétées pour raison de santé de l'intéressé ? » ;

Considérant que l'article 7, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat dispose :

« 1. Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 6 et 10, le contrat à durée indéterminée devient non résiliable, sauf à titre de mesure disciplinaire, lorsqu'il est en vigueur depuis dix ans et que l'employé est âgé de trente-cinq ans au moins.

2. Le Ministre du ressort respectivement le ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique prononceront la résiliation du contrat, à titre de mesure disciplinaire, après décision conforme du conseil de discipline institué pour les fonctionnaires de l'Etat. Le conseil procédera conformément aux dispositions légales et réglementaires qui déterminent son organisation et son fonctionnement.

3. Les dispositions des paragraphes 1^{er} et 2 ne portent pas préjudice au droit du ministre du ressort ou du ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique de résilier le contrat en cas d'absence prolongée ou absences répétées pour raison de santé de l'employé qui ne bénéficie pas encore du régime de pension des fonctionnaires de l'Etat visé à l'article 8. Cette résiliation par le ministre du ressort ne pourra être prononcée que sur avis du ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique, celle prononcée par le ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique que sur avis du ministre du ressort, et, dans les deux hypothèses, après que la Caisse de pension des employés privés, à la requête du ministre du ressort ou du ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique et suivant les modalités à déterminer par règlement grand-ducal, se sera prononcée sur l'invalidité professionnelle de l'employé au sens des dispositions légales concernant l'assurance-pension des employés privés. »

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que la question soumise à la Cour constitutionnelle met en comparaison, sous l'aspect litigieux de la terminaison de l'engagement pour absence prolongée ou absences répétées pour raison de santé, d'une part les agents qui relèvent du statut du fonctionnaire de l'Etat et ceux qui ressortissent au régime des employés de l'Etat, et, d'autre part, ces derniers et ceux qui tombent sous le droit commun du salarié de droit privé ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

La situation des employés de l'Etat par rapport aux salariés du secteur privé :

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat, *« la qualité d'employé de l'Etat est reconnue à toute personne qui remplit les conditions prévues par la présente loi et qui est engagée par l'Etat sous contrat d'employé pour une tâche complète ou partielle et à durée déterminée ou indéterminée dans les administrations et services de l'Etat »* ;

Considérant que selon l'article L. 121-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail, le contrat de louage de services et d'ouvrage visé par l'article 1779-1° du Code civil est régi, en ce qui concerne les salariés, par les dispositions du titre II du Code du travail ;

Considérant que la relation de travail existant entre, d'une part, respectivement l'employé de l'Etat et le salarié de droit privé, et, d'autre part, leur employeur, qu'il soit public ou privé, est de nature contractuelle, dès lors qu'elle s'établit par la conclusion d'un contrat de travail qui s'analyse dans les deux hypothèses comme une convention par laquelle une personne s'engage, moyennant rémunération, à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place ;

Considérant que les employés de l'Etat, qui sont tenus de se conformer aux ordres de service de leurs supérieurs, se trouvent dans le même rapport de soumission à l'autorité que les salariés tombant sous le régime de droit commun, et que sous cet aspect de dépendance nécessitant la protection légale afférente, leur situation est comparable ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but ;

Considérant que la mesure critiquée instituée par l'article 7, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 janvier 1972 s'applique aux employés de l'Etat qui ne bénéficient pas encore du régime de pension des fonctionnaires de l'Etat, c'est-à-dire qui n'ont pas encore accompli vingt années de service ou atteint l'âge de cinquante-cinq ans ;

Qu'elle ne s'applique en outre qu'aux agents qui, tels X., bénéficient d'un contrat à durée indéterminée en vigueur depuis dix ans et qui sont âgés de trente-cinq ans au moins, contrat qui devient ainsi non résiliable, sauf à titre disciplinaire ;

Considérant que si le licenciement d'un salarié relevant du droit commun pour des motifs liés à son aptitude ou à sa conduite, ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, est soumis aux règles édictées par les articles L. 124-2 (entretien préalable), L. 124-3 (délai de préavis), L. 124-5 (motivation du licenciement), L. 124-6 et L. 124-7 (indemnités de préavis et de départ) du Code du travail, la résiliation pour raison de santé du contrat de travail d'un employé de l'Etat de la catégorie à laquelle appartient X. est également assujettie à des règles qui constituent des garanties en faveur de l'agent concerné ;

Considérant en effet que la résiliation ne pourra être prononcée, conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 janvier 1972, par le ministre du ressort que sur avis du ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique, celle prononcée par le ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique que sur avis du ministre du ressort, et, dans les deux hypothèses, après que la Caisse de pension des employés privés (aujourd'hui la Caisse nationale d'assurance pension), à la requête du ministre du ressort ou de la Fonction publique (ici le comité de direction de la BCEE) se sera prononcée sur l'invalidité professionnelle de l'employé au sens des dispositions légales concernant l'assurance-pension des employés privés ;

Considérant que conformément à l'article 30 de la loi du 24 mars 1989 sur la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, les agents de la BCEE ont un statut public assimilé à celui des employés de l'Etat ;

Que les conditions générales du statut des agents de la BCEE sont fixées par le règlement grand-ducal modifié du 16 octobre 1993, lequel prévoit, en son article 3, que le régime de

travail des agents est régi, sauf adaptation, entre autres par l'article 7 de la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat ;

Que les contestations résultant du contrat d'emploi, telles celles relatives à sa résiliation sont susceptibles d'un recours à double degré devant les juridictions administratives offrant les mêmes garanties d'objectivité et d'impartialité que le recours devant les juridictions du travail ;

Considérant que ce sont les nécessités du fonctionnement du service public qui constituent l'objectif premier de l'employeur public et qui expliquent que le législateur a laissé à ce dernier une certaine latitude dans l'appréciation de la durée et/ou du caractère répétitif des absences pour raison de santé, qu'il n'a pas voulu laisser aux employeurs du secteur privé pour éviter les abus que ces derniers pourraient être tentés de commettre dans un souci de rentabilité ;

Que ce sont ces considérations qui fondent la différence de régime en matière de terminaison de l'engagement pour raison de santé entre les catégories mises en comparaison, employés de l'Etat et salariés de droit privé, et qui impliquent qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but ;

D'où il suit que l'article 7, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 janvier 1972, en ce qu'il institue la différence de régime ci-dessus examinée, n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

La situation des employés de l'Etat par rapport aux fonctionnaires de l'Etat :

Considérant que les fonctionnaires, après avoir passé un examen-concours, une période de stage et des examens de promotion, se trouvent au service de l'Etat du fait d'une nomination emportant application de l'ensemble des droits et devoirs définis par le statut général des fonctionnaires de l'Etat qu'ils accomplissent un travail correspondant à une fonction déterminée au sein d'un département ou d'une administration de l'Etat et participent ainsi à l'exercice de la puissance publique ;

Considérant que les employés de l'Etat sont des agents auxquels l'employeur public doit recourir pour combler des besoins d'effectifs, et que la finalité différente de leur engagement implique l'application d'un régime moins rigoureux et plus flexible ;

Que dès lors, sous l'aspect de leur régime en général et de celui de la terminaison de leur engagement pour raison de santé en particulier, la situation des deux catégories, employés de l'Etat et fonctionnaires de l'Etat, n'est pas comparable ;

D'où il suit que sous cet aspect, l'article 7, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 janvier 1972 n'est pas non plus contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question posée, l'article 7, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 74/13 du 11 janvier 2013

(Mémorial A n° 12 de 2013)

« Prescription quinquennale des indemnités d'assistance judiciaire - Loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, art. 61 - Art.10bis (1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par jugement du 9 janvier 2012, le tribunal administratif avait dit non fondé un recours en annulation dirigé par X. contre une décision du ministre de la Justice qui avait rejeté, sur base de la prescription quinquennale prévue à l'article 61 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, des décomptes d'indemnités lui soumis par la requérante en 2010 pour des prestations qu'elle avait effectuées en sa qualité d'avocat à la Cour au titre de l'assistance judiciaire en 2003 et 2004 ;

Que la Cour administrative, saisie d'un appel, après avoir retenu, à l'instar des juges de première instance, que la prescription en question était susceptible de s'appliquer en l'espèce et qu'elle était en principe accomplie du fait de la production des décomptes d'indemnités litigieux plus de 5 ans après la naissance de la créance, fixée à la date de la dernière prestation à rémunérer, a, par arrêt du 7 juin 2012, posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 61 de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, en tant qu'il prévoit une prescription quinquennale des créances à charge de l'Etat, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, dans la mesure où cette disposition légale introduit un traitement discriminatoire, c'est-à-dire un délai de prescription plus court que pour les créances à charge de particuliers ? » ;

Quant à la procédure

Considérant que le mandataire de l'Etat demande à la Cour d'écarter des débats les conclusions additionnelles déposées par le mandataire de X. le 15 octobre 2012 pour être tardives au regard de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle ;

Considérant que l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 dispose comme suit :

« Dans un délai de trente jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites ; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.

Le greffe transmet de suite aux parties copie des conclusions qui ont été déposées. Ces parties disposent alors de trente jours à dater du jour de la notification, pour adresser au greffe des conclusions additionnelles.

Dans les trente jours qui suivent l'expiration des délais indiqués aux alinéas précédents, la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller- rapporteur et les parties en leurs plaidoiries. Le délai prévu ci-avant est suspendu entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année. La date de cette audience est fixée par la Cour, hors présence des parties ; elle est communiquée par courrier recommandé aux avocats, au moins quinze jours à l'avance, par le greffe de la Cour.

Les délais prévus au présent article ne donnent pas lieu à une augmentation à raison des distances.

La computation des délais se fait à partir de minuit du jour de la notification qui fait courir le délai. Le délai expire le dernier jour à minuit. Les jours fériés sont comptés dans les délais. Tout délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche, un jour férié légal ou un jour férié de rechange, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. » ;

Considérant que si une lecture littérale de l'alinéa trois de la disposition en question permet d'admettre a priori que seul le délai de trente jours à partir de l'expiration des délais indiqués aux alinéas premier et deux, dans lequel la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller-rapporteur et les mandataires des parties en leurs plaidoiries, est suspendu entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année, il se dégage cependant de la finalité de cette disposition que celle-ci vise également les délais impartis aux parties aux alinéas premier et deux pour déposer respectivement leurs conclusions et leurs conclusions additionnelles ;

Considérant qu'en l'espèce, les conclusions déposées au greffe de la Cour par le mandataire de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg le 13 juillet 2012 ont été notifiées au mandataire de X. le 17 juillet 2012, partant pendant la période de suspension des délais instituée par l'alinéa trois de l'article 10 précité ;

Que le délai de trente jours dont disposait le mandataire de X. pour adresser au greffe des conclusions additionnelles n'a donc pris cours que le premier jour suivant la fin de cette période de suspension, soit le 16 septembre 2012, premier jour de la nouvelle année judiciaire, à minuit ;

Qu'il a partant expiré le mardi 16 octobre 2012 à minuit ;

Que les conclusions déposées au greffe de la Cour par le mandataire de X. le 16 octobre 2012 ont partant été déposées dans le délai légal ;

Que le moyen de l'Etat est partant à rejeter ;

Quant au fond

Considérant que l'article 61 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat dispose :

« Sont prescrites et définitivement éteintes au profit de l'Etat, sans préjudice des déchéances prononcées par d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles en la matière, les créances qui, selon les modalités fixées par la loi ou le règlement, n'ont pas été produites dans le délai de cinq ans à partir du premier janvier de l'exercice budgétaire au cours duquel elles sont nées. » ;

Considérant que la question soumise à la Cour constitutionnelle vise une inégalité de traitement des débiteurs d'une obligation en ce que l'article 61 de la loi modifiée du 8 juin 1999 prévoit au profit de l'Etat débiteur un délai de prescription quinquennal qui est plus court que le délai trentenaire de droit commun que peut invoquer un particulier débiteur ;

Considérant qu'eu égard à la solution retenue par la Cour administrative, la prescription spéciale instituée au profit de l'Etat par l'article 61 de la loi précitée s'applique indistinctement à toutes les créances invoquées à l'encontre de l'Etat ;

Considérant qu'eu égard à la multiplicité des actions tombant ainsi sous l'empire de la disposition visée, susceptibles de donner lieu à des réponses différentes à la question posée, la Cour constitutionnelle ne peut raisonnablement examiner la conformité au principe constitutionnel d'égalité de la norme incriminée qu'en ce qu'elle s'applique à la catégorie d'actions faisant l'objet du litige au fond ;

Que la Cour administrative ayant en l'espèce décidé que la prescription quinquennale est applicable à la créance de l'avocat du chef de l'indemnité lui redue par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire, la Cour constitutionnelle examinera la question posée uniquement sous ce rapport ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant que l'Etat qui est débiteur de l'indemnité relative à l'assistance judiciaire à l'égard d'un avocat se trouve dans une situation comparable à celle d'un particulier qui doit des honoraires à son avocat ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but ;

Considérant que l'action de l'avocat en paiement d'honoraires, à la différence de celle en paiement de ses frais et salaires visée à l'article 2273 du Code civil, est régie par la prescription trentenaire de droit commun édictée par l'article 2262 du même code ;

Considérant que si un traitement préférentiel de l'Etat, par l'institution à son profit d'un délai de prescription plus court que le délai de droit commun, peut en principe se justifier par les contraintes administratives et budgétaires auxquelles est soumis ce débiteur de nature particulière et la nécessité de lui permettre de clôturer ses comptes dans un délai raisonnable, il n'en est cependant ainsi qu'à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits légitimes du créancier qui est de cette façon placé dans une situation nettement plus défavorable que si son débiteur était un particulier ;

Considérant que le recouvrement, par l'avocat, de sa créance du chef de l'indemnité lui redue par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire, ne comporte en principe aucune contrainte particulière de nature à entraver la production de la créance dans le délai imparti, l'avocat créancier ayant presté ses services dans le cadre de cette procédure spéciale qu'est l'assistance judiciaire étant conscient des obligations particulières tenant à la soumission du décompte de ses prestations pour avis à l'appréciation du bâtonnier de l'ordre des avocats et à sa transmission subséquente au ministre de la Justice pour la fixation du montant de l'indemnité lui revenant, ainsi que de la prescription spéciale encourue en application du texte visé ;

Considérant qu'en soumettant cette créance à la prescription quinquennale instituée par l'article 61 de la loi modifiée du 8 juin 1999, le législateur a pris une mesure qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée et proportionnée à son but ;

D'où il suit que l'article 61 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il vise la créance de l'avocat du chef de l'indemnité lui redue par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire ;

Par ces motifs,

dit que les conclusions additionnelles de la partie X. ne sont pas à écarter pour cause de tardiveté ;

dit que l'article 61 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution en ce qu'il vise la créance de l'avocat du chef de l'indemnité lui redue par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 75/13 du 1^{er} février 2013

(Mémorial A n° 21 de 2013)

« Traitement différent des étudiants pour leur éligibilité aux aides financières étatiques suivant qu'ils poursuivent des études supérieures ou secondaires - Loi du 26 juillet 2010 portant modification de la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures, art. 1^{er}, point 1 b) - Art.10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, saisi d'un recours de Monsieur X. en annulation d'une décision du ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche du 7 décembre 2010, confirmée sur recours gracieux le 5 avril 2011, portant refus de sa demande d'aide financière pour études supérieures en relation avec les cours de composition par lui suivis au cycle d'orientation professionnelle au conservatoire de Strasbourg, après avoir écarté le moyen tiré d'un éventuel droit acquis par rapport à l'ancienne loi du 22 juin 2000, déféra à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 1^{er}, point 1 b de la loi du 26 juillet 2010 portant modification de la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, dans la mesure où cette disposition légale introduit un traitement discriminatoire entre étudiants poursuivant des études supérieures telles qu'y définies, seuls susceptibles d'obtenir une aide étatique pour études supérieures, et les autres étudiants, poursuivant des études postsecondaires, mais non reconnues comme supérieures au sens de la loi ? » ;

Quant à la procédure

Considérant qu'en vertu de l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 précitée, les délais d'instruction pour fournir leurs conclusions écrites courent parallèlement pour chacune des parties à partir de la notification leur faite de la question préjudicielle qui leur est faite par le greffe ;

Que d'après la finalité du même article, ces délais sont suspendus pendant la période prévue à son alinéa 3 entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année ;

Que partant les conclusions écrites déposées au nom de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg le 4 octobre 2012 sont admissibles, de même qu'à leur suite, les conclusions additionnelles déposées le 5 novembre 2012 au nom de Monsieur X.;

Considérant que du fait de la suspension des délais entre le 15 juillet et le 16 septembre 2012, le délai pour l'Etat en vue de fournir ses conclusions additionnelles a couru, par rapport aux conclusions déposées au nom de Monsieur X. le 2 août 2012, à partir du 16 septembre 2012 et a expiré un mois plus tard, soit le 16 octobre 2012 ;

Que partant le mémoire additionnel étatique déposé le 5 décembre 2012 est tardif et doit dès lors être écarté des débats ;

Quant au fond

Considérant que la disposition de la loi sous contrôle de constitutionnalité, énoncée comme étant celle de l'article 1^{er}, point 1 b, de la loi du 26 juillet 2010 portant modification de la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures, ci-après respectivement les « loi du 26 juillet 2010 » et « loi du 22 juin 2000 » vise en définitive le paragraphe 3 de l'article 1^{er} de la loi du 22 juin 2000 tel qu'il est issu de la modification opérée à travers l'article 1^{er}, point 1 b, de la loi du 26 juillet 2010 ;

Que pour des raisons de lisibilité par rapport à la question posée, la disposition de la loi sous contrôle de constitutionnalité sera désignée ci-après par « *l'article 1^{er}, point 1 b), de la loi du 26 juillet 2010* » ;

Considérant que la disposition en question dispose que « *Pour être éligible dans le cadre de la présente loi, l'étudiant doit être inscrit dans un établissement dispensant un enseignement supérieur et y suivre un cycle d'études dont la réussite procure à l'étudiant un grade, diplôme ou autre titre délivré par une autorité compétente et attestant la réussite à ce programme d'enseignement supérieur. L'établissement d'enseignement supérieur et le cycle d'études doivent être reconnus par l'autorité compétente du pays où se déroulent les études comme relevant de son système d'enseignement supérieur* » ;

Que la Constitution dispose en son article 10bis, paragraphe 1^{er}, que « *les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* », étant entendu que 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* » ;

Considérant que la question soumise à la Cour constitutionnelle vise une inégalité de traitement des étudiants résidents éligibles aux aides financières de l'Etat pour études supérieures prévues par la loi du 26 juillet 2010 en opposant ceux qui poursuivent des études supérieures telles que définies par ladite loi aux autres étudiants résidents, poursuivant des études postsecondaires, ainsi qualifiées en vertu de la législation de leur pays de résidence, mais non reconnues comme supérieures au sens de cette législation ;

Que cependant le critère de qualification des études supérieures, quoique prévu par la disposition sous contrôle disposant que les études doivent être reconnues par l'autorité compétente du pays où elles se déroulent comme relevant de son système d'enseignement supérieur, n'est pas sujet à question devant la Cour ;

Considérant qu'en égard à la multiplicité des situations d'étudiants poursuivant des études postsecondaires, ainsi qualifiées par la législation de leur pays de résidence, mais non reconnues comme supérieures au sens de cette législation, susceptibles de donner lieu à des réponses différentes à la question posée suivant les études concrètement envisagées, la Cour constitutionnelle ne peut raisonnablement examiner la conformité au principe constitutionnel d'égalité de la norme incriminée qu'en ce qu'elle s'applique à la catégorie d'étudiants faisant l'objet du litige au fond ;

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi, ensemble les explications fournies devant la Cour, que le requérant au fond fait partie des étudiants qui, du point de vue de leur pays de résidence effectuent des études postsecondaires, étant titulaires d'un diplôme de fin d'études secondaires y reconnu comme tel, mais dont les autorités ne sont pas compétentes, d'après les dispositions de la loi, non soumises à contrôle de constitutionnalité, pour qualifier les études de supérieures, tandis que dans le pays où ses études sont poursuivies, ce sont les autorités de ce pays qui qualifient les études poursuivies par le requérant non pas d'études supérieures, ni d'études postsecondaires, mais d'études équivalentes à des études secondaires ;

Considérant que les deux groupes de comparaison mis en avant à travers la question préjudicielle, vus à partir du seul critère de qualification pertinent, se ramènent dès lors, d'une part, à celui des étudiants résidents poursuivant des études supérieures, et, d'autre part, à celui des étudiants résidents poursuivant encore des études secondaires, quoique considérés dans leur pays de résidence comme étant des étudiants postsecondaires ;

Que dès lors sous l'aspect du critère de qualification retenu, les deux groupes d'étudiants ne sont point comparables ;

Par ces motifs,

écarte des débats le mémoire étatique déposé le 5 décembre 2012 pour être tardif ;

dit que par rapport à la question préjudicielle posée, telle que recadrée, l'article 1^{er}, point 1 b) de la loi du 26 juillet 2010 n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom du requérant au fond lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, duquel émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction ;

Arrêts nos 76/13 à 95/13 du 19 mars 2013

(Mémorial A n° 54 de 2013)

« Droit pour la Chambre de commerce de fixer les modalités de calcul des cotisations par son « règlement de cotisation » - Loi du 26 octobre 2010 portant réorganisation de la Chambre de Commerce, art. 16, al. 2 - Art. 36, 76, al. 2 et 08bis – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'un recours en annulation de la part de la société à responsabilité limitée X., dirigé contre une décision de la Chambre de commerce portant, moyennant émission d'un bulletin de cotisation, fixation de la cotisation annuelle, sur le fondement de la loi du 26 octobre 2010 portant réorganisation de la Chambre de Commerce, en abrégé « la loi du 26 octobre 2010 », qui a servi de base habilitante au règlement déterminant les modalités de fixation de la cotisation et dont la constitutionnalité est contestée, le tribunal administratif a déferé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 16, alinéa 2 de la loi du 26 octobre 2010 portant réorganisation de la Chambre de Commerce, en ce qu'il a entendu accorder à la Chambre de Commerce un pouvoir réglementaire en vue de l'exécution des lois, en attribuant à celle-ci le droit de fixer les modalités de calcul des cotisations par son « règlement de cotisation » est-il conforme aux articles 36, 76, alinéa 2 et 108bis de la Constitution ? » ;

Considérant que l'article 16 de la loi du 26 octobre 2010 dispose :

« Pour faire face à ses dépenses, la Chambre de Commerce est autorisée à percevoir :

1° de ses ressortissants une cotisation annuelle ;

2° des droits ou rétributions en rémunération des services qu'elle rend.

Les modalités de calcul des cotisations annuelles à percevoir par la Chambre de Commerce sont fixées par celle-ci dans son règlement de cotisation soumis à l'approbation du Gouvernement (...) » ;

Que selon l'article 36 de la Constitution : « *Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois* » ; que d'après l'article 76, alinéa 2, de la Constitution, il peut « *dans les cas qu'il détermine, charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution* » ;

Que l'article 108bis de la Constitution dispose : « *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* » ;

Considérant que la Chambre de commerce est un établissement public, l'article 1^{er} de la loi du 26 octobre 2010 lui conférant expressément ce statut ;

Que l'article 108bis de la Constitution ne pose pas de conditions au législateur pour conférer à une personne morale de droit public le statut d'établissement public ;

Considérant que l'article 36 de la Constitution confère au Grand-Duc un pouvoir général d'exécution des lois qui lui permet, en l'absence de tout texte légal, de prendre, conformément à l'esprit et à l'objet de la loi, sous réserve des dispositions de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, des règlements d'exécution qui n'étendent, ni ne restreignent la portée de la loi ;

Que par des lois spécifiques, le législateur peut habiliter le Grand-Duc ainsi que, conformément aux articles 11, paragraphe 6, alinéa 2, de la Constitution, les organes professionnels y visés et, conformément à l'article 108bis de la Constitution, les établissements publics, à prendre des règlements d'exécution dans des matières déterminées ;

Que le pouvoir normatif des établissements publics est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et reste 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 ;

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 ;

Que, loin d'être en contradiction avec ces principes, la loi du 26 octobre 2010 en constitue une application régulière dans la mesure où elle prévoit, en ses articles 5 et 16, la détermination par règlement grand-ducal de l'organisation de la Chambre de commerce, du mode et de la procédure d'établissement du rôle des cotisations et de la procédure de perception des cotisations, tandis que les articles 16 et suivants de la loi prévoient les modalités techniques de calcul des cotisations annuelles à percevoir par le biais d'un règlement de cotisation à prendre par la Chambre de commerce elle-même sur la base de critères exactement déterminés par la loi ;

Que l'article 16, alinéa 2, de la loi du 26 octobre 2010, en ce qu'il accorde à celle-ci un pouvoir réglementaire en vue de l'exécution des lois et en attribuant à celle-ci le droit de fixer les modalités de calcul des cotisations par son « règlement de cotisation », n'est donc pas contraire aux articles 36, 76, alinéa 2, et 108bis de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 16, alinéa 2, de la loi du 26 octobre 2010 portant réorganisation de la Chambre de Commerce, en ce qu'il accorde à celle-ci un pouvoir réglementaire en vue de l'exécution des lois et en attribuant à celle-ci le

droit de fixer les modalités de calcul des cotisations par son «règlement de cotisation», n'est pas contraire aux articles 36, 76, alinéa 2, et 108bis de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la deuxième chambre du tribunal administratif et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 96/13 du 19 mars 2013

(Mémorial A n° 54 de 2013)

« Suppression du degré d'appel dans la procédure tendant à constater le respect des formalités légales en vue de l'expropriation pour cause d'utilité publique - Loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, art. 27, al. 4 - Art. 10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage d'un arrêt de la Cour d'appel du 21 novembre 2012 que, dans le cadre d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique dirigée par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg contre les dames X. et Y., le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 21 décembre 2011, constata que les prescriptions de la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, en abrégé « la loi du 16 août 1967 », en vue de parvenir à l'expropriation pour cause d'utilité publique de terrains appartenant aux dames X. et Y. avaient été observées, fixa le montant des indemnités provisionnelles et ordonna, avant tout autre progrès en cause, une expertise aux fins de faire un descriptif des lieux et de procéder à une évaluation des immeubles concernés et refixa l'affaire pour continuation des débats ;

que par exploit d'huissier du 30 janvier 2012, les dames X. et Y. déclarèrent interjeter appel contre le jugement du 21 décembre 2011 ;

que l'Etat ayant opposé l'irrecevabilité de l'appel en se prévalant de l'article 27, alinéa 4, de la loi du 16 août 1967, en vertu duquel le jugement qui fait droit à l'expropriant, fixe le montant global des indemnités provisionnelles et nomme des experts chargés de dresser l'état descriptif des lieux et d'évaluer ceux-ci n'est susceptible d'aucun recours, la Cour d'appel saisit la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 27 alinéa 4 de la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, en ce qu'il exclut la voie de recours de l'appel contre la décision faisant droit à la requête de l'expropriant, est-il compatible avec l'article 10bis paragraphe 1^{er} de la Constitution aux termes duquel les Luxembourgeois sont égaux devant la loi, ce au regard de la différence de traitement ainsi instaurée entre les justiciables soumis à cet article et les justiciables soumis au droit commun de l'article 578 du Nouveau Code de procédure civile ».

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant que l'article 578 du Nouveau Code de procédure civile dispose que la voie de l'appel est ouverte en toutes matières même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est pas autrement disposé ;

qu'en vertu de l'article 27, alinéa 4, de la loi du 16 août 1967, le jugement qui fait droit à l'expropriant en constatant que les formalités prescrites par la loi ont été observées et que le plan des emprises est applicable à la propriété dont l'expropriation est poursuivie et qui fixe, par voie d'évaluation sommaire, le montant des indemnités provisionnelles que l'expropriant devra payer à titre global, à chacun des expropriés, nomme des experts chargés de dresser l'état descriptif des immeubles et d'évaluer ceux-ci, n'est susceptible d'aucun recours ;

Considérant qu'au regard de la mesure incriminée, à savoir le droit de relever appel d'une décision juridictionnelle de première instance, la situation des dames X. et Y., parties à un procès ayant abouti à un jugement de première instance rendu en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'une part, et celle des autres justiciables engagés dans un procès ayant abouti à un jugement de première instance dans une autre matière régie par les règles de la procédure civile, d'autre part, sont comparables ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant qu'à l'effet d'apprécier s'il y a une rupture de l'égalité, il y a lieu de comparer la mesure légale incriminée par rapport au droit commun en la matière et non pas par rapport à d'autres mesures dérogatoires au droit commun, à moins que celles-ci, dans leur ensemble, aient tendance à supplanter le droit commun ;

que, par conséquent, il y a lieu de comparer la disposition incriminée de la loi du 16 août 1967 par rapport au droit commun, constitué par l'article 578 du Nouveau code de procédure civile, et non pas par rapport à d'autres régimes applicables en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, alors même que ceux-ci admettraient le droit d'appel ;

Considérant qu'en raison de l'urgence qui est de l'essence de la matière de l'expropriation pour cause d'utilité publique, la mesure dérogatoire instituée par l'article 27, alinéa 4, de la loi du 16 août 1967 est rationnellement justifiée et adéquate à son but ;

qu'elle est par ailleurs proportionnée à son but étant donné qu'en supprimant un degré de juridiction dans le cadre de la procédure devant le tribunal d'arrondissement tendant à constater que les formalités en vue d'arriver à l'expropriation ont été respectées, et en laissant subsister, en contrepartie, le double degré de juridiction à la fois en ce qui concerne la fixation de l'indemnisation par le tribunal d'arrondissement et en ce qui concerne le contrôle du caractère d'utilité publique de l'expropriation moyennant le recours contentieux ouvert devant le tribunal administratif, à charge d'appel devant la Cour administrative, à l'encontre de l'acte réglementaire déclarant le caractère d'utilité publique d'une expropriation, le législateur a réalisé un juste équilibre entre le droit de propriété, d'une part, et le droit et l'obligation des pouvoirs publics de réaliser des infrastructures d'utilité publique, d'autre part ;

Qu'ainsi ladite disposition n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 27, alinéa 4, de la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation,

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms de X. et Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial,

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour d'appel, septième chambre, dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 97/13 du 12 avril 2013

(Mémorial A n° 76 de 2013)

« Possibilité de conclure des contrats de travail à durée déterminée avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg - Code du travail, art. L. 122-1, par. 3 - Art. 10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi par X. d'une demande tendant à voir dire que son contrat d'assistant- professeur en sciences de l'éducation conclu avec l'Université du Luxembourg, faussement qualifié de contrat à durée déterminée, est à requalifier de contrat à durée indéterminée et que, faute d'une dénonciation régulière et conforme à la loi, le contrat n'expire pas le 31 août 2011, le tribunal du travail a, dans un jugement du 11 octobre 2011, retenu que le contrat de travail conclu entre parties le 26 juin 2006 est réputé à durée indéterminée et qu'il y a eu licenciement abusif ;

Que, sur appel de l'Université du Luxembourg, la Cour d'appel, après avoir invalidé le motif retenu par le tribunal du travail à l'appui de sa décision, a, dans son arrêt du 6 décembre 2012, posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« Le paragraphe (3) de l'article L. 122-1 du Code du travail, en ce qu'il prévoit que par dérogation aux paragraphes (1) et (2) du même article, les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être des contrats à durée déterminée, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution dans la mesure où cette disposition légale introduit un traitement discriminatoire en ce qu'elle ne pose pas la condition que le contrat à durée déterminée soit conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable et qu'il ne puisse avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ? »

Considérant que les dispositions pertinentes de l'article L. 122-1 du Code du travail sont libellées comme suit :

L. 122-1. (1)

« Le contrat de travail à durée déterminée peut être conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable ; il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. »

L. 122-1. (2)

« Sont notamment considérés comme tâche précise et non durable au sens des dispositions du paragraphe (1) :

... » (suit une énumération de neuf tâches)

L. 122-1. (3)

« Par dérogation aux paragraphes (1) et (2) qui précèdent, peuvent être des contrats à durée déterminée :

1. les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg ;... »

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution «*Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi*»;

Considérant que, nonobstant la liberté académique lui reconnue, le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg doit se conformer aux ordres de service de ses supérieurs et se trouve dans le même rapport de soumission à l'autorité que les salariés tombant sous le régime de droit commun et que sous cet aspect leur situation est comparable ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que l'activité de l'enseignant-chercheur diffère de celle des autres salariés du secteur privé en ce que ses fonctions consistent, dans une proportion importante, en des travaux de recherche sur des sujets déterminés et qui constituent par essence une tâche limitée dans le temps ;

Considérant que, la durée de ces travaux de recherche n'étant, en règle générale, pas prévisible, la possibilité offerte à l'Université du Luxembourg de conclure avec son personnel enseignant-chercheur des contrats de travail à durée déterminée renouvelables constitue une mesure rationnellement justifiée ;

Considérant qu'au vu de la fixation à soixante mois, renouvellements compris, de la durée maximale des contrats à durée déterminée conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg, prévue au paragraphe (4) de l'article L. 122-4 du Code du travail, la disparité établie par le paragraphe (3) de l'article L. 122-1 est adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que, dès lors, le paragraphe (3) de l'article L. 122-1 du Code du travail, en ce qu'il prévoit que les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être des contrats à durée déterminée, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que le paragraphe (3) de l'article L. 122-1 du Code du travail, en ce qu'il prévoit que, par dérogation aux paragraphes (1) et (2) du même article, les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être des contrats à durée déterminée, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la huitième chambre de la Cour d'appel et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 98/13 du 7 juin 2013

(Mémorial A n° 110 de 2013)

« *Transfert automatique de l'autorité parentale à la personne ou à l'institution d'accueil en cas de placement du mineur hors du domicile de ses parents - Loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, art. 11 - Art. 11, par. 1^{er} et 3 – conforme* »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, saisi d'une demande basée sur les dispositions de l'article 374 du Code civil, introduite par X. et Y., grands-parents paternels de l'enfant W., contre la mère de l'enfant, Z., aux fins de se voir accorder un droit de visite sur leur petite-fille, a, afin de déterminer si l'action, devant être dirigée contre le détenteur de l'autorité parentale sur l'enfant, a été valablement introduite à l'encontre de la mère de l'enfant, alors que cette autorité avait été confiée au Foyer Don Bosco à la suite d'un jugement rendu par le tribunal de la jeunesse de Diekirch en date du 7 novembre 2012 qui avait ordonné le placement de W. auprès de ce foyer, déféré, d'office, par ordonnance du 4 décembre 2012, les questions préjudicielles suivantes à la Cour constitutionnelle :

« 1. L'article 11 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, en tant qu'il opère, en cas de placement d'un mineur en dehors du domicile de ses parents, tuteurs ou gardiens, transfert automatique de l'intégralité de l'autorité parentale à la personne ou à l'institution d'accueil, sous réserve du droit de correspondance et du droit de visite, sans possibilité de modulation judiciaire de ce transfert en fonction des circonstances spécifiques de la cause, si ce n'est dans le sens d'une restriction additionnelle des droits de correspondance et de visite, est-il conforme au principe de la protection de la personne humaine et de la vie familiale tel qu'énoncé à l'article 11, paragraphe 1 de la Constitution ? »

2. L'article 11 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, en tant qu'il opère, en cas de placement d'un mineur en dehors du domicile de ses parents, tuteurs ou gardiens, transfert automatique de l'intégralité de l'autorité parentale à la personne ou à l'institution d'accueil, sous réserve du droit de correspondance et du droit de visite, sans possibilité de modulation judiciaire de ce transfert en fonction des circonstances spécifiques de la cause, si ce n'est dans le sens d'une restriction additionnelle des droits de correspondance et de visite, est-il conforme au principe de la protection de la vie privée tel qu'énoncé à l'article 11, paragraphe 3 de la Constitution ? »

Sur les deux questions :

Considérant que l'article 11 de la Constitution dispose, dans ses paragraphes 1^{er} et 3, ce qui suit :

1. « L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille »
3. « L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi » ;

Considérant que l'article 11 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse dispose que « Les parents, tuteurs ou autres personnes qui ont la garde du mineur soumis au régime de l'assistance éducative ou maintenu dans son milieu à une ou plusieurs des conditions énumérées à l'alinéa 3 de l'article 1^{er}, conservent sur lui l'autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure.

Si le mineur est placé hors du domicile de ses parents, tuteur ou gardiens, ceux-ci conservent uniquement un droit de visite et de correspondance. Le tribunal ou le juge de la jeunesse en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits ou de l'un d'eux sera suspendu.

Quant à la personne du mineur, tous les autres attributs de l'autorité parentale sont transférés à la personne ou à l'établissement à qui le mineur est confié, à l'exception du droit de consentir à l'adoption et au mariage du mineur.

Quant aux biens du mineur, le juge des tutelles peut nommer un administrateur public à tout mineur ayant fait l'objet d'une mesure de placement par le tribunal de la jeunesse. ... »

Considérant que toute personne, y compris le mineur, a droit au respect de sa vie privée et familiale ;

Que, toutefois, il peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit, à condition que cette ingérence soit fondée sur un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée au but légitime recherché ;

Qu'une telle ingérence est consacrée également par l'article 8, paragraphe 2, de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;

Considérant que la disposition de l'article 11 de la loi du 10 août 1992, précitée, qui ne porte que sur l'exercice de l'autorité parentale et non sur les droits parentaux eux-mêmes, procède du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur, tel qu'il est consacré par des conventions internationales approuvées par le Grand-Duché de Luxembourg ;

Que l'autorité parentale est instituée pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ;

Qu'en règle générale, il est dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité parentale soit exercée conjointement par ses parents ;

Considérant que du moment qu'une juridiction a pris, en conformité de la loi, une décision de placement du mineur hors du domicile de ses parents, qui en tant que telle constitue une ingérence dans le droit des parents et du mineur au respect de la vie privée et de la vie familiale, le transfert automatique de l'exercice de la quasi-intégralité des attributs de l'autorité parentale attaché à cette mesure de placement n'en constitue que la suite nécessaire qui correspond aux intérêts aussi bien psychologiques que physiques du mineur ;

Qu'il ne saurait, dans ce cas, y avoir ingérence indue de l'autorité dans le droit à la protection de la personne humaine et de la vie familiale et dans le droit à la protection de la vie privée ;

Que le fait que la loi ne prévoit pas de modulation judiciaire de ce transfert en fonction des circonstances spécifiques de la cause est sans pertinence à cet égard ;

Considérant qu'il s'ensuit que l'article 11 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, en ce qu'il opère, en cas de placement d'un mineur en dehors du domicile de ses parents, tuteur ou gardiens, transfert automatique de l'exercice de la quasi-intégralité des attributs de l'autorité parentale à la personne ou à l'institution d'accueil, n'est contraire ni à l'article 11, paragraphe 1^{er}, ni à l'article 11, paragraphe 3 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 11 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, en ce qu'il opère, en cas de placement d'un mineur en dehors du domicile de ses parents, tuteur ou gardiens, transfert automatique de l'exercice de la quasi-intégralité des attributs de l'autorité parentale à la personne ou à l'institution d'accueil, n'est contraire ni à l'article 11, paragraphe 1^{er}, ni à l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution ;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause ;

ordonne que l'expédition de l'arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 99/13 du 7 juin 2013

(Mémorial A n° 110 de 2013)

« Attribution de l'autorité parentale d'un enfant naturel privativement à la mère - Code civil, art. 380, alinéa 1^{er} - Art. 11, par. 2 »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, saisi d'une demande, basée sur les dispositions de l'article 374 du Code civil, introduite par X., grand-mère paternelle de l'enfant Z., contre la mère de l'enfant, Y., aux fins de se voir accorder un droit de visite sur sa petite-fille, a, afin de déterminer si l'action, devant être dirigée contre le détenteur de l'autorité parentale sur l'enfant, a été valablement introduite à l'encontre de la seule mère de l'enfant, déféré, d'office, par ordonnance du 4 décembre 2012, la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

« L'article 380, alinéa 1^{er}, 2^e phrase du Code civil en tant qu'il érige en principe que l'autorité parentale, comportant à la fois des droits et des devoirs, envers les enfants naturels reconnus par leurs deux auteurs est exercée de plein droit à titre individuel par la mère, et en tant qu'il différencie ainsi la situation de la mère d'un enfant naturel de celle du père, est-il conforme au principe de l'égalité entre femmes et hommes édicté par l'article 11, paragraphe 2 de la Constitution ? »

Considérant que l'article 380, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère ;

Considérant que l'article 11, paragraphe 2, de la Constitution dispose que les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs ;

Considérant que le principe de l'égalité des femmes et des hommes est une application particulière du principe d'égalité devant la loi consacré à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Considérant que dans un arrêt du 26 mars 1999, la Cour constitutionnelle a dit que l'article 380, alinéa 1^{er}, du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'était pas conforme à l'article 11, paragraphe 2, de la Constitution, lequel consacrait, dans la rédaction de l'époque, le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi ;

Considérant que cette solution s'impose toujours à l'heure actuelle au regard du double fait, d'une part, du positionnement du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes par rapport au principe d'égalité devant la loi et, d'autre part, du constat que l'article 380, alinéa 1^{er}, du Code civil n'a pas été mis en conformité à la Constitution par le législateur, suite à l'arrêt de référence, précité, du 26 mars 1999 ;

Considérant qu'il s'ensuit que l'article 380, alinéa 1^{er}, du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11, paragraphe 2, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 380, alinéa 1^{er}, du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11, paragraphe 2, de la Constitution ;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause ;

ordonne que l'expédition de l'arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 100/13 du 12 juillet 2013

(Mémorial A n° 135 de 2013)

« Demande d'une femme enceinte au chômage à l'octroi d'indemnités pécuniaires de maternité - Loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi ; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, art. 29, point 2 - Art. 10bis, 11(2) et 111 – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le Conseil supérieur de la sécurité sociale, saisi sur appel, par X. d'une demande tendant, en sa qualité de femme enceinte, inscrite en tant que chômeuse à l'Administration de l'emploi, à l'octroi des indemnités pécuniaires de maternité, a posé à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

1) L'article 29 point 2 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi ; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, pris ensemble ou séparément avec l'article 25 (1) du Code de la sécurité sociale, maintenant le droit à l'indemnité de chômage en cas de maternité intervenant au cours d'une période d'indemnisation de chômage tout en exigeant, pour avoir droit à l'indemnité de maternité, une même période d'affiliation obligatoire de six mois au moins au cours de l'année précédant le congé de maternité en tant qu'assurée salariée de la part des assurées en activité tout comme de la part des demanderesse d'emploi indemnisées par le Fonds de l'emploi, sans prendre en considération la période de chômage précédant immédiatement le congé de maternité, est-il conforme aux articles 10bis, 11 (2) et au besoin 111 de notre constitution, alors que cette condition risque de priver un grand nombre de femmes enceintes de leur droit à l'indemnité de maternité et de les laisser par la suite complètement démunies et toujours sans emploi à l'expiration de leur période de chômage, qui a continué à courir pendant le congé de maternité, si l'on sait que l'Administration de l'emploi s'abstient systématiquement d'assigner les femmes enceintes à des employeurs cherchant à embaucher du personnel.

2) L'article 29 point 2 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi ; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, pris ensemble ou séparément avec l'article 25 (1) du Code de la sécurité sociale, maintenant le droit à l'indemnité de chômage en cas de maternité intervenant au cours d'une période d'indemnisation de chômage tout en excluant, pour des raisons d'affiliation, les demanderesse d'emploi indemnisées par le Fonds de l'emploi du bénéfice de l'indemnité de maternité au motif qu'elles ont perdu leur emploi, qu'elles touchent un revenu de remplacement de la part dudit Fonds et qu'elles ne disposent pas d'une période d'affiliation obligatoire de six mois au moins au cours de l'année précédant le congé de maternité, sans prendre en considération ni la différence de finalité entre l'indemnité de chômage et l'indemnité de maternité ni la circonstance que l'indemnisation du chômage pendant le congé de maternité est imputée intégralement sur la durée maxima de chômage qui est

normalement de 12 mois (sauf prorogation dans des situations particulières), sont-ils conformes aux articles 10bis, 11 (2) et au besoin 111 de notre constitution, alors que cette condition risque de priver un grand nombre de femmes enceintes de leur droit à l'indemnité de maternité et de les laisser par la suite complètement démunies et toujours sans emploi à l'expiration de leur période de chômage, surtout si l'on sait que l'Administration de l'emploi s'abstient systématiquement d'assigner les femmes enceintes à des employeurs cherchant à embaucher du personnel.

Considérant que l'article 29, point 2, de la loi modifiée du 30 juin 1976 (ci-après loi de 1976) portant 1. création d'un fonds pour l'emploi; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, dispose :

« En cas de maladie intervenant au cours d'une période d'indemnisation, le droit à l'indemnité de chômage complet est maintenu.

Il en est de même en cas de maternité intervenant au cours d'une période d'indemnisation »;

Considérant que l'article 25 (1), du Code des assurances sociales (actuellement Code de la sécurité sociale) énonce : *« A droit à une indemnité pécuniaire de maternité, l'assurée salariée, affiliée à titre obligatoire pendant six mois au moins au titre de l'article 1^{er}, point 1 à 5 et 7 au cours de l'année précédant le congé de maternité »* ;

Considérant que le chômeur, inscrit à l'Administration de l'emploi et touchant une indemnité de chômage, est assuré conformément à l'article 1er, point 10, du Code de la sécurité sociale, comme étant une personne *« bénéficiant d'un revenu de remplacement sur lequel une retenue de cotisation au titre de la législation luxembourgeoise sur l'assurance maladie est prévue »* ;

Considérant que l'article 10bis (1) de la Constitution énonce que *« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »* ;

Que suivant l'article 11 (2) de la Constitution *« Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre hommes et femmes »* ;

Que l'article 111 de la Constitution dispose que *« Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi »* ;

Considérant que les questions préjudicielles posées au regard des trois dispositions constitutionnelles visées, tendent à comparer une assurée en activité, qui remplit les conditions de stage, respectivement une assurée non enceinte au chômage, à une assurée enceinte au chômage, qui ne remplit pas les conditions de stage et qui risque de n'avoir pas pu trouver de nouvel emploi à l'expiration du droit à l'indemnité de chômage, sans néanmoins toucher d'indemnité pécuniaire de maternité, en considération du fait que les textes de loi cités ne tiennent pas compte de la différence de finalité entre l'indemnité de chômage et l'indemnité de maternité, ni du fait que l'indemnité de chômage continue à courir malgré une indisponibilité effective pour le marché du travail ;

Considérant que les questions posées visent l'article 29 de la loi de 1976, soit pris isolément, soit pris cumulativement avec l'article 25 (1), du Code de la sécurité sociale ;

Considérant que le congé de maternité et l'interdiction de travail de la femme salariée enceinte sont réglementés par la loi modifiée du 1er août 2001 concernant la protection des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes, qui précise notamment la notion de dispense de travail et établit le cadre des prestations en espèces ; que l'indemnité pécuniaire de maternité, qui échoit en cas d'interruption de l'emploi, constitue ainsi un substitut du salaire, correspondant à l'indemnité pécuniaire de maladie, et est pris en charge par la Caisse nationale de santé ;

Que le financement de la sécurité sociale, qui est assuré, d'une part, par les cotisations sociales prélevées sur les salaires des salariés et les cotisations versées par les employeurs et, d'autre part, par une contribution de l'État, basée principalement sur des recettes fiscales générales, implique que l'indemnité de maternité, tout comme l'indemnité de maladie, sont subordonnées à l'accomplissement d'un stage d'affiliation à titre obligatoire pendant six mois au cours des 12 mois précédant le début du congé de maternité ;

Considérant que vu son caractère de revenu de substitution et son financement par la Caisse nationale de santé par le biais de prélèvements sur les salaires et les impôts, l'indemnité pécuniaire de maternité ne saurait être cumulée, ni avec une indemnité pécuniaire de maladie, ni avec un autre revenu professionnel ou de remplacement, telle une indemnité de chômage, financée par la solidarité nationale ;

Considérant que la femme au chômage qui ne remplit pas la période de stage n'est pas assurée au titre d'une assurance obligatoire contre l'éventualité de la maternité ; que les retenues de cotisation à la sécurité sociale opérées sur l'indemnité de chômage, donnent droit uniquement aux prestations en nature, notamment la prise en charge des soins de santé ;

Considérant que l'article 25 (1), du Code de la sécurité sociale, dont la conformité à la Constitution n'est pas critiquée, exclut, dès lors, de l'ouverture d'un droit à indemnité pécuniaire de maternité, les femmes au chômage ne remplissant pas la période de stage ;

Considérant que l'article 29 de la loi de 1976, dont la non-conformité à la Constitution est invoquée, en ce qu'il maintient depuis l'ajout fait par la loi du 27 juillet 1978 complétant la loi préindiquée, le droit à l'indemnité de chômage complet pendant le congé de maternité intervenant pendant une période d'indemnisation, à l'instar du congé de maladie, assure une protection supplémentaire de la femme enceinte pour constituer une exception au principe de la condition de la disponibilité pour le marché du travail, disponibilité pourtant interrompue par le congé de maternité ;

Considérant que les conditions d'ouverture du droit à l'indemnité pécuniaire de maternité sont prévues à l'article 25 (1), du Code de la sécurité sociale, tandis que l'article 29 de la loi de 1976 régit le droit à l'indemnité de chômage ; que les deux dispositions ne sont pas comparables et ne sauraient être examinées cumulativement pour viser des situations de fait et de droit différentes ;

Considérant qu'en raison des différences d'affiliation entre une femme assurée en activité et une femme au chômage qui remplissent la période de stage et une femme enceinte au chômage qui ne la remplit pas, les situations respectives de ces assurées ne sont pas comparables ; que l'article 29 de la loi de 1976 n'est donc pas contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution ;

Considérant que l'article 29 de la loi de 1976 n'interdit pas la recherche d'un travail pendant le congé de maternité, lequel est déterminable et à durée déterminée ; qu'il n'est, par conséquent, pas de nature à diminuer les chances de la femme enceinte au chômage pour trouver un emploi, par rapport aux femmes non enceintes, ni, au demeurant, par rapport aux hommes au chômage ; qu'à cet égard encore, l'article 29 de la loi de 1976 n'est pas contraire à l'article 10bis (1), ni à l'article 11(2) de la Constitution ;

Considérant que l'article 29 de la loi de 1976 ne limite pas le droit au maintien de l'indemnité de chômage aux femmes luxembourgeoises, mais est neutre dans la mesure où il ne différencie pas entre ressortissants luxembourgeois et étrangers ; que l'article 29 de la loi de 1976 n'est donc pas contraire à l'article 111 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport aux questions préjudicielles posées, l'article 29 de la loi du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi ; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet n'est pas contraire aux articles 10bis (1), 11(2) et 111 de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de Législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de la requérante au fond lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur de la sécurité sociale dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 101/13 du 4 octobre 2013

(Mémorial A n° 182 de 2013)

« Reclassement sans indemnisation de terrains d'une zone constructible en terrains d'une zone non constructible - Loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, art. 22 en combinaison avec les art. 5, 6, 2 et 8 - Art. 16 - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que saisi, dans le cadre de la procédure d'adoption du plan d'aménagement général révisé, ci-après le PAG, de la Commune de Walferdange, par X., Y., Z., A. et B., ci-après les consorts W., d'un recours tendant à l'annulation d'une décision du ministre de l'Intérieur et à la Grande Région du 30 juillet 2010 approuvant la délibération du 15 juin 2009 du conseil communal de Walferdange, portant adoption définitive du projet de révision du plan d'aménagement général de Walferdange et rejetant comme non fondée la réclamation des consorts W. au sujet des fonds sis à Walferdange leur appartenant, le tribunal administratif a, par jugement du 18 février 2013, en ce qui concerne le tiers de la parcelle portant le numéro cadastral 32/1727, située au lieu-dit « *auf den Olen* », constaté que cette partie de parcelle était classée sous l'ancien PAG en « *zone d'habitation – section dense* », tandis qu'elle a été reclassée dans le cadre du nouveau PAG d'une zone constructible en une zone non constructible ;

Considérant que les consorts W. ayant soulevé la question de la conformité à l'article 16 de la Constitution des dispositions légales permettant le reclassement de parcelles d'une zone constructible en une zone non constructible, le tribunal administratif a soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« les articles 5 respectivement 10 et suivants de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain dans la mesure où ils permettent le reclassement de parcelles d'une zone constructible en une zone non constructible, sont-ils conformes à l'article 16 de la Constitution consacrant le droit à la propriété privée ? » ;

Considérant que puisque la procédure d'adoption du plan d'aménagement révisé a débuté le 31 janvier 2008, l'article 16 de la Constitution visé est celui introduit par la loi du 24 octobre 2007 portant révision de l'article 16 de la Constitution ;

Considérant que cet article 16 de la Constitution est rédigé dans les termes suivants : « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste indemnité dans les cas et de la manière établis par la loi.* » ;

Considérant qu'au regard de l'exposé des faits du jugement du tribunal administratif, du libellé de la question préjudicielle et de la mise en rapport de la loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, intitulée « *loi modifiée* » depuis la loi modificative du 22 octobre 2008, ci-après la loi modifiée du 19 juillet 2004, avec

l'article 16 de la Constitution, il y a lieu d'admettre que le tribunal administratif a en réalité soumis à la Cour constitutionnelle la question de savoir si la loi modifiée du 19 juillet 2004, dans la mesure où elle permet, par la modification du PAG, 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 consacrant le droit à la propriété, dès lors que ce dernier article ne permet l'expropriation que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnisation ;

Considérant qu'il y a également lieu d'admettre que les dispositions de la loi sous contrôle de constitutionnalité visées sont en définitive les articles 5, qui définit le plan d'aménagement général, 6 et 2, qui définissent les objectifs du plan d'aménagement général, 8 (« *Tout plan d'aménagement général peut être complété, modifié ou révisé...* ») et 22 (« *Les servitudes résultant d'un plan d'aménagement général n'ouvrent droit à aucune indemnité. Toutefois une indemnité peut être accordée s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification matérielle à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain ...* ») de la loi modifiée du 19 juillet 2004 dans sa version originale qui, relativement aux articles énumérés ci-avant, n'a pas connu de modification jusqu'à la loi du 28 juillet 2011 ayant apporté des changements mineurs à la rédaction des articles 2 et 5 ;

Considérant que l'article 16 de la Constitution garantit la protection du droit de propriété et prohibe l'expropriation, autrement que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité ;

Considérant 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 ;

Considérant qu'en posant en principe que les servitudes résultant d'un plan d'aménagement général n'ouvrent droit à aucune indemnité et qu'en prévoyant 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, l'article 22, en combinaison avec les articles 5, 6, 2 et 8 de la loi modifiée du 19 juillet 2004, est contraire à l'article 16 de la Constitution ;

Considérant que la contrariété de ladite disposition à la Constitution n'entrave en rien le droit des pouvoirs publics d'instaurer des servitudes d'urbanisme dans un but d'utilité publique, laissant intact le principe de la mutabilité des plans d'aménagement général et n'autorisant pas le juge administratif à sanctionner un reclassement d'un terrain précédemment classé en zone constructible en zone non constructible ;

Que les propriétaires touchés peuvent en revanche, conformément au droit commun, suivant la situation concrète du cas d'espèce, le cas échéant faire valoir devant le juge judiciaire un droit à indemnisation dépendant, notamment, de la situation du terrain, du caractère contraignant de la servitude et des projets concrets de viabilisation du terrain ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, telle que recadrée, 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 ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des requérants au fond lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 102/13 du 15 novembre 2013

(Mémorial A n° 202 de 2013)

« Procédure disciplinaire spécifique applicable aux membres de la Police grand-ducale - Loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, art. 31 et 33 - Art. 10bis (1) – conformes »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que saisi par X. d'un recours en réformation contre un arrêté du ministre de l'Intérieur et à la Grande région ayant prononcé, sur avis rendu par le Conseil de discipline de la Force publique, la peine disciplinaire de la révocation à l'encontre de l'agent concerné, le tribunal administratif avait déclaré non justifié le recours, et qu'en instance d'appel, la Cour administrative a, par arrêt du 14 mars 2013, avant tout autre progrès en cause, soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« La loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force Publique, en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des membres de la Police grand-ducale, et plus particulièrement l'article 31 de la prédite loi, en ce qu'il confie l'instruction disciplinaire au supérieur hiérarchique du fonctionnaire en cause, et l'article 33 en ce qu'il prévoit l'avis consultatif du conseil de discipline, alors que le statut général des fonctionnaires de l'Etat confie l'instruction disciplinaire à un commissaire du Gouvernement indépendant et confère un pouvoir décisionnel au Conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat, est-elle conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ? »

Considérant que l'article 31 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique dispose :

« 1. L'instruction disciplinaire appartient au chef hiérarchique compétent du militaire et au conseil de discipline.

2. Le chef hiérarchique du militaire ayant au moins le grade de capitaine procède à une instruction lorsque des faits, faisant présumer que le militaire a manqué à ses devoirs au sens de la présente loi, sont à sa connaissance.

Dans le cadre de cette instruction, il rassemble tous les éléments à charge et à décharge du militaire susceptibles d'avoir une influence sur les décisions à prendre.

3. Le chef hiérarchique notifie au militaire présumé fautif les faits qui lui sont reprochés. Si le militaire ne peut être touché personnellement, l'information est valablement faite par une lettre recommandée envoyée à l'adresse que le militaire a déclarée à l'administration comme sa résidence.

Si le militaire est suspecté d'avoir commis une faute susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire grave, le chef hiérarchique peut le suspendre conformément à l'article 20, 1.

La suspension prononcée par un chef hiérarchique qui n'est pas membre du Gouvernement devient caduque si elle n'est pas confirmée dans la huitaine par le ministre de la force publique.

La procédure disciplinaire suit son cours, même si le militaire dûment informé fait défaut.

4. Dans les dix jours de la notification, le militaire peut présenter ses observations et demander un complément d'instruction.

5. Le supérieur hiérarchique décide s'il y a lieu de donner suite à cette demande.

Le supérieur hiérarchique autre que le chef de corps transmet le dossier avec ses conclusions au chef de corps.

Celui-ci prend une des trois décisions suivantes :

a) il classe l'affaire lorsqu'il résulte de l'instruction que le militaire n'a pas manqué à ses devoirs ou qu'il estime que l'application d'une sanction n'est pas indiquée ;

b) il applique la sanction lorsqu'il est d'avis que les faits établis par l'instruction constituent un manquement à sanctionner de l'avertissement, de la réprimande, des arrêts ou de l'amende ne dépassant pas le cinquième d'une mensualité brute du traitement de base ou de l'indemnité moyenne ;

c) il transmet le dossier au conseil de discipline de la force publique lorsqu'il estime que les faits établis par l'instruction constituent un manquement à réprimer par une sanction plus sévère que celles mentionnées sous b).

Le chef de corps porte la décision incessamment à la connaissance du ministre de la force publique. Si celui-ci estime que les faits révélés par l'instruction sont à sanctionner d'une peine dépassant la compétence du chef de corps, il infirme la décision intervenue et transmet le dossier au conseil de discipline. Dans le cas contraire, il confirme la décision intervenue ou bien il prononce la peine disciplinaire qu'il juge appropriée. »

Que l'article 33 de la même loi dispose :

« Il est institué pour les militaires de l'Armée et le personnel policier du corps de la Police et de l'Inspection générale de la Police un conseil de discipline de la force publique.

L'avis de ce conseil est requis :

a) pour l'application aux militaires de carrière des peines supérieures à l'amende d'un cinquième d'une mensualité brute du traitement de base ;

b) pour l'application aux officiers commissionnés des peines supérieures à l'amende d'un cinquième d'une mensualité brute du traitement de base ou de l'indemnité moyenne ;

c) pour l'application aux volontaires de la peine de l'exclusion de l'armée. »

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. »

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant que les fonctionnaires relevant de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (ci-après : le statut général) sont tenus à un ensemble de devoirs ayant pour finalité que le fonctionnaire exécute consciencieusement les tâches qui lui sont confiées par ses supérieurs hiérarchiques, et qu'il évite, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ses fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public ;

Considérant que les devoirs auxquels sont astreints les fonctionnaires de la Force publique sont définis au chapitre II (articles 2 à 15) de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique qui établit les principes généraux de la discipline militaire ;

Considérant que si certains aspects des règles de la discipline militaire se caractérisent par une dépendance plus stricte du subordonné à l'égard de ses supérieurs auxquels il doit le

respect et l'obéissance, et par une exigence de loyauté, de solidarité et de camaraderie, ce constat s'explique par l'organisation très hiérarchisée des carrières de la Force publique et la spécificité des missions à accomplir dans des conditions très souvent dictées par l'urgence et l'état de nécessité ;

Considérant cependant qu'à l'égard de l'obligation de se conformer aux règles régissant leur discipline, sanctionnée par des peines appliquées au terme d'une procédure disciplinaire comportant une instruction préalable et l'intervention du Conseil de discipline, les fonctionnaires de la Force publique se trouvent dans une situation comparable à celle des fonctionnaires soumis au statut général ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires de la Force publique diffère de celle prévue par la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat notamment par les aspects suivants :

Que l'instruction disciplinaire poursuivie contre un fonctionnaire de la Force publique appartient au chef hiérarchique et au Conseil de discipline de la Force publique, composé d'un magistrat de l'ordre judiciaire, président, d'un fonctionnaire de l'administration gouvernementale, et de trois membres appartenant selon le cas à diverses carrières de l'armée, du corps de la Police et de l'Inspection générale de la Police ; qu'à l'exception des peines mineures, aucune sanction disciplinaire ne peut être appliquée par l'autorité investie de ce droit sans l'avis du Conseil de discipline ;

Que l'instruction disciplinaire poursuivie contre un fonctionnaire de l'Etat soumis au statut général appartient au commissaire du Gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire et au Conseil de discipline composé de deux magistrats de l'ordre judiciaire, d'un délégué du ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, d'un délégué du ministre d'Etat et d'un représentant à désigner par la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ; qu'à l'exception des peines mineures, aucune sanction disciplinaire ne peut être appliquée sans qu'il y ait eu décision du Conseil de discipline ; que l'autorité de nomination est tenue d'appliquer la sanction disciplinaire conformément à la décision du Conseil de discipline ;

Considérant que la disparité entre les fonctionnaires de la Force publique et les fonctionnaires de l'Etat soumis au statut général est objective, les premiers ayant pour mission d'assurer le maintien de l'ordre et de garantir la sécurité publique, tandis que les seconds doivent accomplir des tâches administratives pour assurer le fonctionnement des divers départements et administrations gouvernementaux ;

Considérant, ainsi que cela a déjà été souligné, que la spécificité des missions à accomplir et le caractère hiérarchisé des carrières implique de la part des fonctionnaires de la Force publique une diligence toute particulière dans l'obéissance se concrétisant par des règles plus astreignantes et détaillées de leur régime disciplinaire que celles se dégageant du catalogue des devoirs intégré dans le statut général ;

Considérant que le régime disciplinaire applicable aux fonctionnaires de la Force publique accorde toutefois à ces derniers un ensemble de garanties procédurales substantielles ; qu'ainsi le chef hiérarchique rassemble tous les éléments à charge et à décharge susceptibles d'avoir une influence sur la décision à prendre, qu'il notifie au fonctionnaire les faits qui lui sont reprochés, que le fonctionnaire peut présenter ses observations et demander un complément d'instruction, que le Conseil de discipline doit donner son avis pour l'application de peines plus graves que les peines mineures, que le Conseil de discipline peut, soit d'office, soit à la demande de l'inculpé, ordonner toutes mesures d'instruction complémentaires susceptibles d'éclairer les faits, que l'inculpé et son défenseur ont le droit de prendre connaissance du dossier dans les trois jours précédant chaque audience, que

l'avis du Conseil de discipline est motivé, que la décision qui inflige une décision disciplinaire est motivée et arrêtée par écrit, et que le fonctionnaire en est informé suivant des règles de notification précises ;

Que, finalement, le fonctionnaire de la Force publique frappé d'une peine dépassant la compétence du chef de corps peut recourir au tribunal administratif qui statue comme juge du fond et à charge d'appel devant la Cour administrative ;

Qu'il résulte de ces considérations que la différence instituée par la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique entre la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de cette loi et celle des autres fonctionnaires de l'Etat soumis au statut général est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

D'où il suit que la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des membres de la Police grand-ducale, et plus particulièrement l'article 31 de la prédite loi, en ce qu'il confie l'instruction disciplinaire au supérieur hiérarchique du fonctionnaire en cause, et l'article 33 en ce qu'il prévoit l'avis consultatif du conseil de discipline, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des membres de la Police grand-ducale, et plus particulièrement l'article 31 de la prédite loi, en ce qu'il confie l'instruction disciplinaire au supérieur hiérarchique du fonctionnaire en cause, et l'article 33 en ce qu'il prévoit l'avis consultatif du conseil de discipline, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 103/13 du 15 novembre 2013

(Mémorial A n° 202 de 2013)

« Bénéfice de l'indemnité de trente points réservé aux greffiers-fonctionnaires attachés aux cabinets des juges d'instruction à l'exclusion des employés de l'Etat attachés aux mêmes cabinets - Loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, art. 181, al. 5 - Art. 10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le tribunal administratif, saisi d'un recours en réformation introduit par X. contre une décision du 8 décembre 2011 par laquelle le ministre délégué à la Fonction publique et à la Réforme administrative avait rejeté sa demande tendant à se voir allouer, en sa qualité d'employée de l'Etat auprès de l'administration judiciaire affectée par décision du procureur général d'Etat du 10 février 2009 à un poste de greffier près du cabinet d'instruction à Luxembourg avec effet au 16 février 2009, le bénéfice de l'indemnité de trente points indiciaires prévue à l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur

l'organisation judiciaire au profit des greffiers attachés aux cabinets des juges d'instruction, a, par jugement du 24 avril 2013, retenu qu'il résultait de la lecture combinée de l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 et de l'article 76, paragraphe II, alinéa 4, de la même loi sur lequel s'est basé le ministre pour refuser l'octroi de l'indemnité sollicitée que les greffiers issus de la carrière moyenne de rédacteur de l'administration judiciaire bénéficient d'une indemnité de trente points indiciaires s'ils sont affectés aux cabinets des juges d'instruction et que le législateur a réservé cette indemnité aux seuls « greffiers-fonctionnaires » ;

Qu'en constatant que le législateur a ainsi instauré, parmi l'ensemble des personnes nommées en tant que « greffiers » auprès des cabinets des juges d'instruction, une disparité en déniaient le droit de prétendre à ladite indemnité aux « greffiers » non issus de la carrière moyenne de rédacteur auprès de l'administration judiciaire, lesquels exercent *a priori* le même travail que les « greffiers-fonctionnaires » et sont soumis à des conditions de travail identiques à celles de ces derniers, il a saisi la Cour constitutionnelle, avant tout autre progrès en cause, par voie préjudicielle, de la question suivante :

« L'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, sinon son interprétation, qui retient que seuls les fonctionnaires de la carrière moyenne de rédacteur peuvent bénéficier de l'indemnité de trente points indiciaires, à l'exclusion des employés de l'Etat affectés en tant que greffiers assumés auprès des cabinets des juges d'instruction, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution, au regard de la différence de traitement ainsi instaurée entre les fonctionnaires et les employés de l'Etat exerçant des fonctions identiques ? » ;

Considérant que l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire dispose que « Les greffiers attachés aux cabinets des juges d'instruction jouissent d'une indemnité de trente points indiciaires » ;

Que l'article 76, paragraphe II, alinéa 4, de la même loi dispose que « Les greffiers en chef et les greffiers sont choisis parmi les fonctionnaires de la carrière moyenne de rédacteur et affectés aux emplois et désaffectés suivant les modalités prévues aux articles 9, 22 et 44 » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que la question soumise à la Cour constitutionnelle met en comparaison, sous l'aspect litigieux du bénéfice de l'indemnité de trente points indiciaires prévue à l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire au profit des greffiers attachés aux cabinets des juges d'instruction, les agents qui relèvent du statut du fonctionnaire de l'Etat et ceux qui ressortissent au régime des employés de l'Etat ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée ;

Considérant que les fonctionnaires, après avoir passé un examen-concours, une période de stage et des examens de promotion, se trouvent au service de l'Etat du fait d'une nomination emportant application de l'ensemble des droits et devoirs définis par le statut général des fonctionnaires de l'Etat et qu'ils accomplissent un travail correspondant à une fonction déterminée au sein d'un département ou d'une administration de l'Etat et participent ainsi à l'exercice de la puissance publique ;

Considérant que les employés de l'Etat sont des agents auxquels l'employeur public recourt pour combler des besoins d'effectifs et que la finalité différente de leur engagement implique l'application d'un régime moins rigoureux et plus flexible ;

Que dès lors, sous l'aspect de leur régime en général et de celui du bénéfice de l'indemnité de trente points indiciaires prévue à l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire au profit des greffiers attachés aux cabinets des juges

d'instruction en particulier, la situation des deux catégories, employés de l'Etat et fonctionnaires de l'Etat, n'est pas comparable ;

D'où il suit que sous cet aspect, l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, en ce qu'il réserve le bénéfice de l'indemnité de trente points indiciaires aux seuls greffiers attachés aux cabinets des juges d'instruction, n'est pas contraire à l'article 10^{bis}, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question posée, l'article 181, alinéa 5, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire n'est pas contraire à l'article 10^{bis}, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 104/13 du 25 octobre 2013

(Mémorial A n° 194 de 2013)

« Obligation au secret des agents du Service de Renseignement de l'Etat concernant l'identité des sources - Loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat, art. 5 et 16 - Art. 12 - conformes / non conformes »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que dans le cadre d'un procès pénal introduit par le ministère public contre X. et Y. du chef d'infractions aux articles 51, 393, 394, 510, 511, 513, 514, 516, 517, 518, 520 et 523 du Code pénal, à l'article 8 de la loi du 2 février 1924 concernant les distributions d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg, aux articles 1b, 4 et 28 de la loi du 15 mars 1983 sur les armes et munitions, à l'article 7 de la loi du 20 avril 1962 ayant pour objet l'établissement d'un réseau de transport de gaz, la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 16 mai 2013 (n° LCRI 24/2013), a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« Dans le cas où l'identité d'une source ou des documents provenant de services de renseignements étranger sont utiles pour la défense, est-ce que les dispositions de l'article 5 et 16 de la loi du 15 juin 2004 sont conformes à l'article 12 de la Constitution en ce que la protection de la liberté individuelle implique d'un point de vue procédural le respect des droits de la défense et notamment le droit de verser des pièces, d'obtenir des pièces et de poser aux témoins des questions utiles à la manifestation de la vérité et ce :

a) dans le cas où l'accès à ces informations n'est permis que sous la double condition qu'il n'y a pas d'entrave des actions en cours du Service de renseignement et qu'il n'y a pas de danger pour une personne physique,

b) dans le cas où l'accès à ces informations est interdit de manière absolue »;

Considérant que la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat, en abrégé « la loi du 15 juin 2004 », dispose en son article 5 :

« (1) Il est interdit à tout agent du Service de Renseignement, entendu comme témoin dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, de divulguer des informations qui, de par leur nature ou contenu, pourraient révéler l'identité d'une source du Service de Renseignement.

Une personne qui, dans le cadre de sa relation professionnelle avec un agent du Service de Renseignement, a pris connaissance d'une information permettant d'identifier une source est soumise à l'interdiction formulée à l'alinéa précédent.

(2) Les autorités policières, judiciaires ou administratives ne peuvent ordonner ou prendre des mesures qui auraient pour objet ou effet de porter atteinte à l'interdiction définie au paragraphe (1).

(3) La protection des sources peut toutefois être levée à l'égard des autorités judiciaires sur décision du Président de la Cour supérieure de Justice, à condition que cette levée n'entrave pas les actions en cours du Service et qu'elle ne présente pas un danger pour une personne physique.

Cette disposition ne s'applique pas aux informations fournies par les services de renseignements étrangers.

(4) Si des informations permettant d'identifier une source ont été obtenues à l'occasion d'une procédure qui n'avait pas pour but de découvrir l'identité d'une source du Service de Renseignement, ces données ne peuvent être utilisées comme preuve dans le cadre d'une action en justice, sauf :

- dans le cas où une telle utilisation des informations ne divulguerait pas l'identité de la source, ou,

- dans le cas visé au paragraphe (3) »;

et en son article 16 : « Sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 125.000 euros quiconque aura sciemment et en connaissance de cause communiqué, à toute personne non qualifiée pour en prendre connaissance, des renseignements ou des faits de caractère secret relatifs au fonctionnement et aux activités du Service de Renseignement, telles que définies à l'article 2.

S'exposera aux mêmes peines toute personne qui, non qualifiée pour en prendre connaissance, se sera procuré ces mêmes renseignements »;

Que l'article 12 de la Constitution est libellé comme suit :

« La liberté individuelle est garantie. – Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus dans les vingt-quatre heures. – Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté »;

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi de la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 16 mai 2013 que s'est posée, devant cette juridiction, la question de l'accès à des pièces et documents ainsi que de l'audition de témoins considérés par les prévenus comme nécessaires à l'exercice de leurs droits de la défense, cet accès étant cependant refusé au motif que ces pièces, documents et témoignages émanent des services de renseignement national et étrangers ou sont détenus par ceux-ci ;

Que si l'article 5 de la loi du 15 juin 2004 interdit, dans son paragraphe 1^{er}, la révélation par un agent du Service de Renseignement de l'Etat, de renseignements sensibles par voie de témoignage, il vise dans son paragraphe 2, de manière plus vaste, des « mesures » susceptibles d'être prises par les autorités policières, judiciaires ou administratives qui auraient pour objet ou effet de porter atteinte à cette interdiction, de sorte qu'est visée la

révélation d'informations non seulement par voie de témoignage oral, mais également par d'autres moyens et, notamment, par voie de production de documents ;

Que, dans la mesure où la révélation de l'identité d'une source étrangère par voie de témoignage oral ou par la production de documents est prohibée par la disposition sous contrôle, la juridiction de renvoi a pu estimer, en énonçant : « *Dans le cas où l'identité d'une source ou des documents provenant de services de renseignements étranger sont utiles pour la défense (...)* », que la réponse à la question posée à la Cour constitutionnelle est nécessaire à la solution du litige dont elle est saisie ;

Considérant que, tout en énonçant que la question est posée en relation avec l'identité d'une source ou des documents provenant de services de renseignements étrangers, la juridiction de renvoi a posé la question en deux branches, à savoir en visant la constitutionnalité de l'interdiction « a) *dans le cas où l'accès à ces informations n'est permis que sous la double condition qu'il n'y a pas d'entrave des actions en cours du Service de renseignement et qu'il n'y a pas de danger pour une personne physique* », et « b) *dans le cas où l'accès à ces informations est interdit de manière absolue* », de sorte qu'elle a en réalité visé, sub a), la situation se dégageant de la loi à l'égard des sources nationales et, sub b), celle applicable aux sources étrangères ;

Qu'il s'ensuit que la Cour constitutionnelle est appelée à répondre à la question en ce qui concerne la protection des informations fournies tant par le service de renseignement national que par des services étrangers ;

Considérant que l'article 12 de la Constitution qui protège la liberté individuelle, implique le respect des droits de la défense ;

Que pour fondamental que soit le respect des droits de la défense dans un Etat de droit, il n'est pas absolu et peut être aménagé, en cas d'existence de motifs légitimes et dans la mesure du strict nécessaire pour ne pas anéantir ou réduire dans une proportion déraisonnable l'exercice d'autres droits équivalents ;

Considérant que l'interdiction de principe faite aux agents du Service de Renseignement de l'Etat, de divulguer des informations qui, par leur nature ou leur contenu, pourraient révéler l'identité d'une source dudit service, procède de motifs légitimes en ce qu'elle est destinée à protéger l'intégrité physique des sources et la capacité des agents à exercer leur mission ;

Qu'en permettant au président de la Cour supérieure de justice de délier les agents de leur obligation au secret par rapport aux informations obtenues de la part du service de renseignement national, le législateur a instauré un contrôle juridictionnel adéquat de la proportionnalité de l'obligation au secret face aux droits de la défense ;

Que la contrepartie de cette indisponibilité d'informations le cas échéant utiles pour la défense dans un procès pénal, consiste dans ce que la partie poursuivante ne saurait faire un quelconque usage de ces informations et que le tribunal ne saurait en prendre connaissance ni y asseoir un quelconque élément de sa décision ;

Considérant que l'absence de possibilité de procéder à une levée du secret par rapport à des informations obtenues de la part de services de renseignements étrangers, sauf consentement de ceux-ci, procède encore de motifs légitimes en ce que les autorités luxembourgeoises ne sauraient risquer de compromettre les relations de confiance avec ces services et de ne plus bénéficier de leurs informations qui peuvent, le cas échéant, se révéler indispensables pour la préservation d'intérêts vitaux de la population ;

Considérant cependant qu'en permettant aux agents du Service de Renseignement de l'Etat d'opposer discrétionnairement aux autorités policières, administratives et judiciaires le secret par la simple affirmation, le cas échéant, qu'une information utile provient d'un service de renseignement étranger, sans instaurer un contrôle de la véracité d'une telle affirmation, la loi rompt l'équilibre entre les nécessités de la protection des sources, même étrangères, et les droits de la défense ;

Que, dans cette mesure, les articles 5 et 16 de la loi du 15 juin 2004 sont contraires à l'article 12 de la Constitution en tant que celui-ci consacre les droits de la défense ;

Que, conformément au droit commun du contrôle des informations détenues par le Service de Renseignement de l'Etat par le président de la Cour supérieure de justice, institué par l'article 5, paragraphe 3, de la loi du 15 juin 2004, les attributions de ce magistrat incluent dès lors celle de contrôler si des renseignements utiles détenus par le Service de Renseignement de l'Etat émanent effectivement de services de renseignement étrangers ;

Par ces motifs,

dit que, dans la mesure où ils permettent aux agents du Service de Renseignement de l'Etat d'opposer discrétionnairement aux autorités policières, administratives et judiciaires le secret en se prévalant de ce qu'une information utile provient d'un service de renseignement étranger, sans instaurer un contrôle de la véracité de telles affirmations, les articles 5 et 16 de la loi du 15 juin 2004 sont contraires à l'article 12 de la Constitution en tant que celui-ci consacre les droits de la défense ;

que, pour le surplus, ils ne sont pas contraires à ladite disposition constitutionnelle, ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation,

ordonne qu'il soit fait abstraction des noms et prénoms des parties lors de la publication de l'arrêt au Mémorial,

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, juridiction dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 105/13 du 13 décembre 2013

(Mémorial A n° 229 de 2013)

« Adoption d'un mineur de plus de 15 ans sous tutelle en raison d'un handicap mental grave - incapable de donner un consentement raisonné à l'adoption - Code civil, art. 356 - Art. 10bis (1) et 11 (1) - non conforme / conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, appelé à statuer sur l'adoption simple d'une personne de plus de quinze ans sous tutelle, souffrant d'un handicap mental grave, a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 356 du Code civil en ce qu'il exclut une catégorie de personnes du bénéfice de l'institution d'adoption, institution de protection, en raison de l'altération avancée de leurs facultés mentales, est-il conforme à la norme constitutionnelle de l'égalité des citoyens devant la loi inscrite à l'article 10bis (1) de la Constitution au regard de la différence de traitement ainsi instaurée entre les majeurs sous tutelle dont les facultés mentales sont gravement altérées et tous les autres majeurs, respectivement les mineurs d'âge de plus de quinze ans et à l'article 11.(1) aux termes duquel l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille ? » ;

Considérant que l'article 356 du Code civil dispose : « S'il a plus de quinze ans, l'adopté doit consentir personnellement à l'adoption » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce que « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* » ;

Que suivant l'article 11, paragraphe 1^{er} de la Constitution « *L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille* » ;

Quant à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution :

Considérant que l'article 356 du Code civil, en exigeant de la part de l'adopté, âgé de plus de quinze ans, le consentement personnel à l'adoption, a implicitement soumis cette exigence au discernement de l'intéressé et a nécessairement exclu de la procédure d'adoption toute personne âgée de plus de quinze ans incapable, en raison d'un handicap mental grave, de donner un consentement raisonné, instituant ainsi deux régimes juridiques différents ;

Considérant qu'ainsi l'adoption d'un mineur de plus de quinze ans ou d'un majeur sous tutelle, même si elle était indubitablement dans leur intérêt, est, en raison de la différenciation instituée par l'article 356 du Code civil, impossible ;

Considérant que les conséquences de cette différenciation, bien que procédant de disparités objectives, ne sont pas rationnellement justifiées et ne sont pas proportionnées à leur but ;

Considérant que si la protection par la tutelle a pour finalité l'intérêt de la personne y soumise, la fermeture de la voie de l'adoption à la personne protégée va à l'encontre de son intérêt ;

Considérant que, dans le cas des mineurs d'âge, le consentement à l'adoption est donné soit par le ou les parents, soit par le conseil de famille ou, en cas de renonciation à ce droit, par un service d'aide sociale ou une œuvre d'adoption ;

Considérant que si l'article 506 du Code civil régit le mariage du majeur sous tutelle, la loi ne prévoit pas de disposition permettant de suppléer l'absence ou l'impossibilité de consentement de la personne sous tutelle, que ce soit par représentation ou assistance ;

Considérant que l'article 356 du Code civil, en imposant le consentement personnel de l'adopté de plus de quinze ans à son adoption, sans prévoir, en cas d'impossibilité de consentement personnel, des dispositions permettant au tribunal de passer outre cette exigence pour prononcer une adoption conforme à l'intérêt de l'adopté, est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Considérant que le principe d'égalité, au regard des situations comparables en cause, doit permettre à la juridiction saisie de faire abstraction de la nécessité de consentement personnel et de prononcer néanmoins une adoption conforme à l'intérêt de l'adopté, ainsi qu'ils le font pour un adopté de moins de quinze ans, en phase avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il commande dès lors d'aligner l'adoption d'une personne incapable, inapte à donner un consentement valable, sur les dispositions prévues aux articles 351 à 355 du Code civil, sous le contrôle du juge des tutelles ;

Quant à l'article 11, paragraphe 1^{er}, de la Constitution :

Considérant que l'adoption prend son fondement dans le droit positif et non dans le droit naturel ; que ne constituant pas un droit naturel, cette institution ne saurait être contraire à l'article 11, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 356 du Code civil est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 356 du Code civil n'est pas contraire à l'article 11, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il est fait abstraction des nom et prénom des parties au fond lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 106/13 du 20 décembre 2013

(Mémorial A n° 2 de 2014)

« Régimes de taxation différents des voitures à personnes opérés suivant la date de première immatriculation - Loi du 22 décembre 2006 promouvant le maintien dans l'emploi et définissant des mesures spéciales en matière de sécurité sociale et de politique de l'environnement, art. 36 et 37 - Art. 10bis (1) et 101 – conformes »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que dans le cadre d'une action introduite le 29 décembre 2011 par X.S.A. contre l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, visant à voir déclarer nuls et non avenue pour défaut de base légale les bulletins de fixation des taxes sur les véhicules automoteurs lui adressés le 6 décembre 2007 par l'Administration des Douanes et des Accises impliquant pour 2007 (moyennant recalcul) et 2008, pour deux de ses véhicules immatriculés en 2004, une taxation dorénavant plus élevée sur la base de la loi du 22 décembre 2006 promouvant le maintien dans l'emploi et définissant des mesures spéciales en matière de sécurité sociale et de politique de l'environnement, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg constatant, entre autres, « que la loi du 22 décembre 2006, en poursuivant une visée environnementale, opère une différenciation des régimes fiscaux applicables aux voitures soumises à la taxe automobile en fonction de la date de leur première immatriculation » et « crée partant deux catégories de voitures en les soumettant à deux régimes fiscaux différents » saisit, par jugement du 5 juin 2013, conformément à la demande de X.S.A., avant tout autre progrès en cause, la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« Les articles 36 et 37 de la loi du 22 décembre 2006 promouvant le maintien dans l'emploi et définissant des mesures spéciales en matière de sécurité sociale, en ce qu'ils soumettent à un régime fiscal différent les véhicules selon (que) la date de leur première immatriculation se situe avant ou après le 1^{er} janvier 2001, le montant étant plus élevé pour les véhicules immatriculés plus récemment, sont-ils conformes au principe de l'égalité devant la loi visé aux articles 10bis et 101 de la Constitution ».

Considérant que la loi du 22 décembre 2006 promouvant le maintien dans l'emploi et définissant des mesures spéciales en matière de sécurité sociale et de politique de l'environnement, en abrégé « la loi du 22 décembre 2006 », dispose en son article 36 que :

« (1) Sauf disposition contraire, la taxe pour les voitures à personnes de la catégorie M1 immatriculées à partir du 1^{er} janvier 2001 pour la première fois, propulsées par un moteur à piston alimenté par un carburant liquide ou gazeux, est calculée conformément à la formule suivante :

$$\text{Taxe (en euros)} = a * b * c$$

où <a> représente la valeur des émissions de CO2 en g/km lors d'un cycle d'essai standardisé mixte telle que reprise soit à la rubrique 46.2. du certificat de conformité

communautaire tel que défini à l'annexe IX. de la directive modifiée 70/156/CEE soit dans un autre certificat équivalent délivré par le constructeur du véhicule et enregistré dans le fichier de la base de données nationale sur les véhicules routiers, où représente un multiplicateur, qui ne peut dépasser :

- 1,50 pour les véhicules équipés d'un moteur à carburant diesel ;
- 1,00 pour les véhicules équipés d'un moteur autre qu'à carburant diesel,

et où <c> représente un facteur exponentiel qui équivaut à 0,5 lorsque les émissions de CO₂ ne dépassent pas 90 g/km CO₂ et qui est incrémenté de 0,10 pour chaque tranche supplémentaire de 10 g de CO₂/km.

(2) La taxe, calculée selon la méthode définie au paragraphe (1), peut être réduite, d'un montant maximal de 50 euros pour les véhicules équipés d'un moteur diesel dont les émissions de particules telles que reprises soit à la rubrique 46.1. du certificat de conformité communautaire visé au paragraphe (1) soit dans un autre certificat équivalent délivré par le constructeur du véhicule, ne dépassent pas 10 mg/km au maximum, pour autant qu'une nouvelle norme communautaire ne prévoie pas un seuil plus bas.

(3) Pour les voitures à personnes de la catégorie M1 immatriculées à partir du 1er janvier 2001 pour la première fois et dont les émissions de CO₂ ne peuvent ni être déterminées par les autorités d'immatriculation ni être fixées par l'Administration des douanes et accises, le barème applicable est celui de l'article 37(1).

(4) La taxe est arrondie à l'euro immédiatement inférieur, les fractions de centimes étant négligées » ;

et en son article 37 que :

« (1) Pour les voitures à personnes de la catégorie M1 immatriculées avant le 1er janvier 2001 pour la première fois, propulsées par un moteur à piston alimenté par un carburant liquide ou gazeux, la taxe est calculée d'après la cylindrée du moteur. La taxe maximale s'élève par tranche entière ou commencée de 100 cm³ à :

- 7 € pour les véhicules d'une cylindrée de 1 à 1600 cm³,
- 9 € pour les véhicules d'une cylindrée de 1601 à 2000 cm³,
- 13 € pour les véhicules d'une cylindrée de 2001 à 3000 cm³,
- 15 € pour les véhicules d'une cylindrée de 3001 à 4000 cm³,
- 18 € pour les véhicules d'une cylindrée dépassant 4000 cm³.

(2) Toutefois, sur demande auprès des autorités d'immatriculation, il peut être dérogé à l'application des dispositions de l'article 37 (1) si la taxe calculée d'après les émissions de CO₂, telles que reprises dans le certificat de conformité communautaire précité ou dans tout autre certificat équivalent délivré par le constructeur du véhicule s'avère inférieure à celle fixée suivant le présent article, sous condition que le montant résultant de la refixation de la taxe est inférieur d'au moins 10 €. Dans ce cas, la taxe est calculée suivant la formule prévue à l'article 36(1).

(3) La taxe est arrondie à l'euro immédiatement inférieur, les fractions de centimes étant négligées » ;

Que l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution est libellé comme suit :

« Les Luxembourgeois son égaux devant la loi » ;

Que l'article 101 de la Constitution prévoit :

« Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure incriminée ;

Que la loi du 22 décembre 2006 soumet à des régimes de taxation différents des voitures à personnes de mêmes marque, cylindrée et carburant, en taxant le véhicule immatriculé pour la première fois avant le 1^{er} janvier 2001 en fonction essentiellement de la cylindrée du moteur, et celui immatriculé pour la première fois après le 1^{er} janvier 2001 en fonction essentiellement de sa valeur des émissions de CO₂ ;

Qu'il existe dès lors une différenciation dans des situations comparables selon que la première immatriculation des véhicules est antérieure ou postérieure au 1^{er} janvier 2001 ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre des situations comparables à des régimes légaux différents, dès lors que la différenciation opérée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée et qu'elle est adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que le critère de différenciation qui est à la base des deux systèmes de taxation préconisés par la loi du 22 décembre 2006 répond à une différence objective consistant en ce que la première immatriculation est antérieure ou postérieure à la date pivot du 1^{er} janvier 2001 ;

Considérant que les articles 36 et 37 sous contrôle figurant sous le Titre « Mesures de politique de l'environnement », se justifient par des considérations juridiques (adhésion du Grand-Duché de Luxembourg au Protocole de Kyoto et transposition de celui-ci dans le droit de l'Union européenne), et écologiques (lutte contre le réchauffement climatique) ;

Que la différenciation opérée à partir de la constatation que, d'une part, ce n'est qu'à partir du 1^{er} janvier 2001 que les émissions en CO₂ des véhicules routiers sont recensées systématiquement dans les fichiers électroniques de la Société nationale de contrôle technique et que, d'autre part, le certificat de conformité européen émanant des constructeurs de véhicules qui doit mentionner entre autres les données d'émission en CO₂, n'est à délivrer obligatoirement aux acquéreurs et à conserver par ceux-ci que depuis le 1^{er} janvier 2001, est rationnellement justifiée ;

Que si le recours par le système de taxation de la loi du 22 décembre 2006 à la date pivot du 1^{er} janvier 2001, revêt comme toute date pivot, une certaine part d'arbitraire, son choix repose sur une différence objective entre les deux catégories de véhicules en ce que pour les plus anciens, il n'existe pas de recensement systématique des émissions en CO₂ à cette date, alors que, depuis le 1^{er} janvier 2001, ce recensement est obligatoire ;

Considérant que les systèmes de taxation des véhicules routiers prévus par les articles 36 et 37 rencontrent l'objectif de la loi qui est de concilier les taxations et la protection de l'environnement, ceci en application du principe du pollueur-payeur ;

Qu'ainsi, si par l'effet de la loi du 22 décembre 2006, les véhicules routiers immatriculés avant la date du 1^{er} janvier 2001, quoique pour certains plus pollueurs que d'autres immatriculés après cette date, font l'objet de taxations, en règle générale, moins importantes, la loi, dans un souci de protection environnementale, augmente le montant des taxations de chacune des deux catégories de véhicules routiers, s'y ajoutant que les véhicules routiers dont la première immatriculation précède le 1^{er} janvier 2001 sont normalement voués à disparaître ;

Que la différenciation opérée est, par conséquent, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que, en ce qu'il pose le principe de l'égalité devant les charges publiques, l'article 101 de la Constitution n'est qu'une application de l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Que, dès lors, par rapport à la question préjudicielle posée, les articles 36 et 37 de la loi du la loi du 22 décembre 2006 ne sont pas contraires aux articles 10*bis*, paragraphe 1^{er}, et 101 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, les articles 36 et 37 de la loi du la loi du 22 décembre 2006 promouvant le maintien dans l'emploi et définissant des mesures spéciales en matière de sécurité sociale et de politique de l'environnement ne sont pas contraires aux articles 10*bis*, paragraphe 1^{er}, et 101 de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de la législation ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 107/13 du 20 décembre 2013

(Mémorial A n° 2 de 2014)

« Citation comme témoins et comparution en justice des princes de sang grand-ducal - Code d'instruction criminelle , art. 510 à 517- Art. 10bis et 12 - Les articles 510 à 517 du Code d'instruction criminelle se trouvant abrogés, la question préjudicielle posée est sans objet. »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que dans le cadre d'un procès pénal introduit par le ministère public contre X. et Y. du chef d'infractions aux articles 51, 393, 394, 510, 511, 513, 514, 516, 517, 518, 520 et 523 du Code pénal, à l'article 8 de la loi du 2 février 1924 concernant les distributions d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg, aux articles 1*b*, 4 et 28 de la loi du 15 mars 1983 sur les armes et munitions, à l'article 7 de la loi du 20 avril 1962 ayant pour objet l'établissement d'un réseau de transport de gaz, la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 26 juin 2013, (n° LCRI 32/2013), a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« Les articles 510 et suivants du Code d'instruction criminelle, en ce qu'ils soumettent à autorisation la citation comme témoins et la comparution en justice des princes de sang impérial et du grand-juge ministre de la Justice, c'est-à-dire, à la lumière des institutions actuelles de l'Etat luxembourgeois, les princes de sang grand-ducal et le Ministre de la Justice, sont ils conformes

- à l'article 10bis de la Constitution, qui prévoit que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi

- à l'article 12 de la Constitution en ce que la protection de la liberté individuelle implique d'un point de vue procédural le respect des droits de la défense »

Considérant que l'article 510 du Code d'instruction criminelle, resté dans sa version d'origine de 1808, est libellé comme suit :

« les princes ou princesses du sang impérial, les grands dignitaires de l'Empire et le grand-juge ministre de la Justice, ne pourront jamais être cités comme témoins,, si ce n'est dans le cas où l'Empereur, sur la demande d'une partie et le rapport du grand-juge, aurait, par un décret spécial, autorisé cette comparution ».

Considérant que la Constitution dispose en son article 10bis, paragraphe 1^{er}, que « *les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* » ;

Qu'elle prévoit dans son article 12 que « *La liberté individuelle est garantie. – Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus dans les vingt-quatre heures. – Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté* ».

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi de la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 26 juin 2013 que, dans l'affaire au principal, le ministère public, à la demande de la défense, a cité comme témoins le Prince Jean de Luxembourg et le Prince Guillaume de Luxembourg, sans que la chambre criminelle n'ait disposé au jour du prononcé du jugement de renvoi, ni d'un « *décret impérial* », respectivement d'un arrêté grand-ducal, ni d'un rapport du « *grand-juge* », respectivement du ministre de la Justice, et qu'elle ne pouvait dès lors procéder à l'audition de ces témoins ;

Considérant que le contrôle de la constitutionnalité des lois comporte celui du maintien en vigueur de la loi visée par la question préjudicielle ;

Considérant que si dans l'optique d'un maintien en vigueur des articles 510 à 517 du Code d'instruction criminelle, la question est prématurée, aucun refus d'autorisation grand-ducale, explicite ou implicite, n'étant vérifié, la question préjudicielle est néanmoins recevable en ce que, tel que discuté par les parties, elle soulève la question du maintien en vigueur des articles 510 à 517 du Code d'instruction criminelle, compte tenu de l'évolution des institutions au gré des modifications constitutionnelles successives, de nature à conditionner à la base la réponse à donner à la question posée ;

Considérant que depuis la loi de révision constitutionnelle du 15 mai 1919, l'article 32 dispose en son paragraphe 1^{er} que la puissance souveraine réside dans la Nation, tandis que l'article 32 ancien de la Constitution du 17 octobre 1868 prévoyait que le Grand-Duc « *exerce la puissance souveraine conformément à la présente Constitution et aux lois du pays* » ;

Considérant que depuis la même loi de révision constitutionnelle du 15 mai 1919, ledit article 32 dispose, toujours en son paragraphe 1^{er}, que le Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ;

Que si le Constituant de 1919 a ainsi repris le libellé de l'article 45 de la Constitution du 9 juillet 1848, celle-ci n'avait cependant pas consacré comme tel le principe que la souveraineté réside dans la Nation ;

Considérant que d'après l'article 117 de la Constitution, à compter du jour où celle-ci sera exécutoire, toutes les lois, tous les décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires, sont abrogés ;

Considérant que l'autorisation grand-ducale prévue par l'article 510 du Code d'instruction criminelle, sur le rapport du ministre de la Justice, après due mise en correspondance des institutions impériales y visées avec les réalités institutionnelles du Grand-Duché, se décline en pouvoir qui n'est prévu ni par la Constitution, ni par une loi particulière portée par elle-même, la souveraineté résidant dans la Nation ; que l'article 510 du Code d'instruction criminelle, ensemble les articles 511 à 517 du même code en ce qu'ils en constituent le complément, se sont dès lors trouvés abrogés depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle de révision du 15 mai 1919 pour être contraires à l'article 32 de la Constitution tel qu'introduit à l'époque ;

Considérant que les textes de loi visés par la question préjudicielle se trouvant abrogés, la question est sans objet ;

Par ces motifs,

dit que la question préjudicielle posée est sans objet ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des noms et prénoms des parties au principal lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 108/13 du 29 novembre 2013

(Mémorial A n° 217 de 2013)

« Omission de la loi de donner des précisions de nature à justifier la fixation concrète de l'âge limite de la mise à la retraite d'un membre de la force publique - Loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, art. 8 II - Art. 32, par. 3 et art. 96 - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que dans le cadre de l'appel interjeté contre un jugement du tribunal administratif ayant rejeté le recours de X. en annulation d'un arrêté grand-ducal lui accordant la démission honorable de ses fonctions avec faculté de faire valoir ses droits à une pension et prononçant sa mise à la retraite, la Cour administrative du Grand-Duché du Luxembourg, par arrêt du 4 juillet 2013 (n° 32132C du rôle) a saisi la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles suivantes :

1) *« L'article 8 II de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, en ce qu'il habilite le pouvoir réglementaire à fixer la limite d'âge des officiers et des membres de la Force publique de tous grades, sans que celle-ci ne puisse être inférieure à 55 ans, est-il conforme aux articles 31, 32, paragraphe 3, et 96 de la Constitution ? »*;

et en cas de réponse affirmative à cette première question ;

2) *« L'article 8 II de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, en ce qu'il habilite le pouvoir réglementaire à fixer la limite d'âge des officiers et des membres de la force publique de tous grades, sans que celle-ci ne puisse être inférieure à 55 ans, alors que l'article 8 I de la même loi fixe la limite d'âge pour les fonctionnaires de tout ordre à 65 ans, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ? »*

Considérant que la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, ci-après *« la loi du 26 mai 1954 »*, dispose aux paragraphes I et II de son article 8 comme suit :

I. *« Pour les fonctionnaires de tout ordre la limite d'âge est fixée à soixante-cinq ans ».*

II. *« Pour les officiers, les membres de la Force publique de tous grades elle est fixée par règlement grand-ducal, sans pouvoir être inférieure à 55 ans ».*

Considérant que la Constitution dispose dans son article 31 que *« Les fonctionnaires publics, à quelque ordre qu'ils appartiennent, les membres du Gouvernement exceptés, ne*

peuvent être privés de leurs fonctions, honneurs et pensions que de la manière déterminée par la loi » ;

Qu'elle prévoit dans son article 32, paragraphe 3, que « *Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi* », tandis que dans son article 96 elle porte que « *Tout ce qui concerne la force armée est réglé par la loi* » ;

Considérant qu'il découle de l'article 6, dernier alinéa, de la loi du 27 juillet 1997, précitée, que la juridiction de renvoi est tenue de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, de sorte que la Cour est amenée à considérer *ratione temporis* les versions respectives de la Constitution et de la loi, telles qu'elles se cristallisent au moment pertinent pour la décision à rendre par la juridiction de renvoi ;

Que dès lors, peu importe, par rapport à la question préjudicielle posée, le point de savoir quelle aurait été la situation antérieure à la loi modificative de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution du 19 novembre 2004, la Cour n'étant amenée à statuer que par rapport à la législation applicable au moment de la prise de la décision administrative critiquée au principal, c'est-à-dire à la date du 24 juillet 2011, s'agissant pour le surplus d'un recours en annulation et non d'un recours en réformation ;

Considérant qu'en disposant que tout ce qui concerne la force armée est réglé par la loi, l'article 96 de la Constitution inclut l'ensemble des dispositions concernant la force armée parmi les matières réservées à la loi ;

Considérant que d'après l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, tel que résultant de la loi du 19 novembre 2004, dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc ;

Considérant qu'en disposant que pour les officiers et les membres de la Force publique de tous grades, la limite d'âge est fixée par règlement grand-ducal, sans pouvoir être inférieure à cinquante-cinq ans, l'article 8 II de la loi du 26 mai 1954 prévoit clairement, mais uniquement, un seuil minimum en dessous duquel l'âge de la mise à la retraite ne saurait être arrêté, face à la limite d'âge fixée en principe à soixante-cinq ans pour les fonctionnaires de tout ordre par le paragraphe I du même article 8 ;

Qu'en ne prévoyant qu'un seuil d'âge minimum, ledit article 8 II omet toute autre précision de nature à justifier la fixation concrète de l'âge limite de la mise à la retraite d'un membre quelconque de la Force publique et permet ainsi au pouvoir exécutif de situer pour le concerné l'âge limite de la mise à la retraite à n'importe quel quantième compris entre cinquante-cinq et soixante-cinq ans ;

Considérant qu'en disposant, dans une matière réservée à la loi, à la fois pour tous les membres de tous grades de la Force publique comprenant plusieurs corps, dont l'armée luxembourgeoise, et en ne distinguant notamment pas suivant ces corps, ni suivant les tâches des différents membres de ces corps se rapprochant, les unes, des fonctions civiles, et les autres, des tâches classiques d'ordre militaire, ni suivant les critères de prolongation éventuelle dans le temps, l'article de loi sous revue omet de préciser les fins, les conditions et les modalités appelées à être spécifiées au niveau de la loi pour que, depuis la réforme du 19 novembre 2004, en matière réservée à la loi, celle-ci puisse valablement habiliter le pouvoir exécutif à arrêter utilement des dispositions réglementaires en la matière ;

Que dès lors l'article 8 II de la loi du 26 mai 1954 n'est pas conforme aux dispositions combinées des articles 32, paragraphe 3, et 96 de la Constitution ;

Que la Cour aboutissant à un constat de non-conformité au niveau de la première question préjudicielle posée, l'analyse de la seconde question, telle qu'articulée par l'arrêt de renvoi, ne s'envisage plus ;

Par ces motifs,

dit que l'article 8 II de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat n'est pas conforme aux articles 32, paragraphe 3, et 96 de la Constitution ;

dit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la deuxième question posée ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de la partie X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 109/14 du 10 janvier 2014

(Mémorial A n° 9 de 2014)

« Omission de la loi de faire bénéficier le fonctionnaire nommé hors cadre et n'ayant pas changé d'administration du maintien de son rang dans le tableau d'avancement - Loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles un fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, art. 17 - Art. 10bis (1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Sur le rapport du magistrat délégué et les conclusions déposées au greffe de la Cour le 9 août 2013 par Maître Jean-Marie Bauler, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour X., celles déposées le 9 août 2013 par Madame le délégué du gouvernement Marie-Anne Ketter pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ainsi que les conclusions additionnelles déposées le 12 août 2013 par Madame le délégué du gouvernement Marie-Anne Ketter pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Ecartant les conclusions déposées le 10 septembre 2013 par Madame le délégué du gouvernement Marie-Anne Ketter pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pour ne pas répondre aux conditions de l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle ;

Ayant entendu les mandataires des parties en leurs plaidoiries à l'audience publique du 15 novembre 2013,

Considérant que le tribunal administratif, statuant sur le recours de X. contre un arrêté grand-ducal du 23 septembre 2011 lui ayant refusé sa nomination au grade d'ingénieur-chef de division (grade 15) dans le cadre fermé de son administration, a, par jugement du 25 février 2013, déclaré non fondé le recours en annulation ;

Que la Cour administrative, saisie de l'appel de X., a, par arrêt du 9 juillet 2013, avant tout autre progrès en cause, soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 17 de la loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles un fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, tel que résultant plus particulièrement de la modification opérée par la loi du 19 décembre 2008, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dans la mesure où il instaure une différence de traitement en faveur des fonctionnaires y visés ayant changé d'administration et nommés hors cadre, en prévoyant qu'en cas de départ de l'agent de référence déterminé en

vertu dudit article ils conservent le rang auquel ils ont été initialement classés, alors que le fonctionnaire pourtant nommé hors cadre, mais n'ayant pas changé d'administration, ne bénéficie pas du maintien de rang visé par le troisième tiret du deuxième alinéa dudit article 17 ? »

Considérant que l'article 17 de la loi modifiée du 27 mars 1986 fixe, en vue des avancements ultérieurs, le rang du fonctionnaire ayant changé d'administration en le rattachant à un fonctionnaire dans la nouvelle administration, par référence, soit à l'examen de fin de stage, soit à l'examen de promotion auquel l'intéressé aurait normalement pu prendre part s'il avait fait partie dès le début de la nouvelle administration ;

Considérant que cet article dispose *in fine* que « *Dans tous les cas ... il y a lieu d'admettre, ... (troisième tiret) – en cas de départ de l'agent de référence déterminé en vertu du présent article, qu'il (l'intéressé) conserve le rang auquel il a été initialement classé* » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce que « *Les Luxembourgeois son égaux devant la loi* » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant qu'au regard de la disparité alléguée, la question préjudicielle met en comparaison la situation de deux catégories de fonctionnaires classés hors cadre :

- Les uns, qui ont débuté leur carrière par une nomination hors cadre dans leur administration, ne peuvent maintenir leur rang et bénéficier d'une promotion que par référence au fonctionnaire de rang égal ou immédiatement inférieur faisant partie du cadre auquel ils sont rattachés, et ils perdent ce bénéfice en cas de départ de ce fonctionnaire de référence ;

- Les autres, qui ont fait, conformément à la loi modifiée du 27 mars 1986 précitée, l'objet d'un changement vers une autre administration, y sont également classés hors cadre, et y conservent en application de l'article 17 incriminé, leur rang initial, même en cas de départ du fonctionnaire de référence ;

Considérant que les situations de ces deux catégories de fonctionnaires sont comparables en ce que ces fonctionnaires sont classés hors cadre et qu'ils ne peuvent bénéficier d'un avancement que par le biais du rattachement à un agent de référence du cadre fermé de leur administration respective ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que les situations des deux catégories de fonctionnaires mises en comparaison diffèrent en ce que l'article 17 dispose uniquement pour l'avancement du fonctionnaire qui a changé d'administration, en cas de départ de l'agent de référence, tandis que pour l'avancement du fonctionnaire demeurant dans son administration d'origine, le législateur n'a pas pris de disposition permettant à ce dernier de conserver son rang en cas de départ de l'agent de référence ;

Considérant qu'il résulte des travaux parlementaires (Doc. parl. N°5889) que la loi du 19 décembre 2008 modifiant et complétant, entre autres, la loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles un fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, en introduisant la disposition sous contrôle de constitutionnalité, a entendu apporter une précision supplémentaire à la fixation du rang du fonctionnaire ayant changé d'administration et dont l'agent de référence initial a quitté le service, en ce sens que c'est pour ne pas léser ces fonctionnaires, qui risqueraient alors de voir refixer leur rang par

rapport à un agent moins ancien en rang que l'agent de référence initial, que le législateur a décidé que dans ce cas, ils conservent leur rang dans le tableau d'avancement ;

Considérant qu'en prenant cette mesure, le législateur a poursuivi un but légitime ;

Considérant qu'à défaut d'une telle disposition en faveur des fonctionnaires hors cadre qui n'ont pas changé d'administration, le départ de l'agent de référence de X. et le rattachement de ce dernier à un nouvel agent de référence qui n'avait pas encore été nommé au grade d'ingénieur-chef de division a eu pour conséquence que l'intéressé trouve son avancement retardé aussi longtemps que son nouvel agent de référence n'a pas avancé lui-même au grade de l'intéressé ;

Considérant que la disparité dans le traitement, en ce qui concerne leur avancement, des fonctionnaires classés hors cadre selon qu'ils ont fait un changement d'administration ou qu'ils sont restés dans leur administration d'origine, résulte du fait que la disposition sous contrôle de constitutionnalité, destinée à éviter que les droits des fonctionnaires hors cadre suite à un changement d'administration ne soient lésés par le départ de leur fonctionnaire de référence, n'a pas pris en compte la situation des fonctionnaires hors cadre qui n'ont pas changé d'administration ;

Considérant que les fonctionnaires des deux catégories mises en comparaison se trouvent objectivement dans la même situation au regard des expectatives d'avancement ;

Considérant que la disparité résultant de l'omission prédécrite, ayant pour conséquence de priver les fonctionnaires hors cadre n'ayant pas changé d'administration du bénéfice de la conservation du rang auquel ils ont été initialement classés, en cas de départ de l'agent de référence auquel ils sont rattachés, n'est pas rationnellement justifiée ;

Que l'article 17 de la loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles un fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, tel que résultant plus particulièrement de la modification opérée par la loi du 19 décembre 2008, dans la mesure où il instaure une différence de traitement en faveur des fonctionnaires y visés ayant changé d'administration et nommés hors cadre, en prévoyant qu'en cas de départ de l'agent de référence déterminé en vertu dudit article, ils conservent le rang auquel ils ont été initialement classés, alors que le fonctionnaire pourtant nommé hors cadre, mais n'ayant pas changé d'administration, ne bénéficie pas du maintien de rang visé par le troisième tiret du deuxième alinéa dudit article 17, n'est pas conforme à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 17 de la loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles un fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, tel que résultant plus particulièrement de la modification opérée par la loi du 19 décembre 2008, dans la mesure où il instaure une différence de traitement en faveur des fonctionnaires y visés ayant changé d'administration et nommés hors cadre, en prévoyant qu'en cas de départ de l'agent de référence déterminé en vertu dudit article, ils conservent le rang auquel ils ont été initialement classés, alors que le fonctionnaire pourtant nommé hors cadre, mais n'ayant pas changé d'administration, ne bénéficie pas du maintien de rang visé par le troisième tiret du deuxième alinéa dudit article 17, n'est pas conforme à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de la législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 110/14 du 11 juillet 2014

(Mémorial A n° 129 de 2014)

« Discrimination non justifiée des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes concernant les droits successoraux - Code civil, art 756 et 757 dans leur version antérieure à la loi du 26 avril 1979 réglant les droits successoraux du conjoint survivant et des enfants naturels - Art. 10bis (1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Sur le rapport du magistrat délégué et les conclusions déposées au greffe de la Cour le 17 février 2014 par Maître Jean-Paul Wiltzius, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, pour X. et celles déposées le 7 mars 2014 par Maître Gilbert Reuter, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, pour Y.;

Ayant entendu les mandataires des parties en leurs plaidoiries à l'audience publique du 25 avril 2014, ;

Considérant qu'il se dégage d'un arrêt rendu par la Cour d'appel le 5 février 2014 que X. et Y. sont demi-frères, ayant pour mère Z., décédée le 2 septembre 1976, que X. a été adopté par Z. le 1^{er} juillet 1975, adoption lui ayant conféré les mêmes droits qu'un enfant légitime, et que Y. est un enfant naturel reconnu par son père ;

que Y. ayant demandé la réduction d'une vente par Z. de l'ensemble de ses biens immobiliers à X., opérée le 11 décembre 1975, pour porter atteinte à sa réserve héréditaire, demande à laquelle X. a opposé les articles 756 et 757 anciens du Code civil, modifiés par la loi du 26 avril 1979 réglant les droits successoraux du conjoint survivant et des enfants naturels et modifiant d'autres dispositions du Code civil relatives aux successions, laquelle, aux termes de son article 13, ne s'applique pas aux successions ouvertes avant son entrée en vigueur, la Cour d'appel a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« La distinction entre enfant légitime et enfant naturel opérée par les articles 756 et 757 et s. du Code civil dans leur version antérieure à la loi du 26 avril 1979 est-elle en contradiction avec les articles 10bis, 11(1) et 11(3) de la Constitution ?

En d'autres mots, le principe constitutionnel d'égalité est-il respecté lorsque deux frères issus d'une même mère biologique, l'un étant un enfant naturel et l'autre un enfant adopté, ont des droits successoraux différents, dans la mesure où l'enfant naturel est désavantagé par rapport à l'enfant adopté dans la succession de leur défunte mère ? »

Considérant qu'il incombe à la Cour constitutionnelle de recadrer la question préjudicielle en la recentrant aux dispositions expressément visées, à savoir les articles 756 et 757 du Code civil, qui sont de la teneur suivante :

article 756 : *« Les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droit sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. »*

article 757 : *« Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés est réglé ainsi qu'il suit : Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eu s'il eût été légitime ... »*

Considérant que les dispositions soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle continuent à s'appliquer, en vertu de la disposition transitoire inscrite à l'article 13 de la loi du 26 avril 1979, aux successions ouvertes avant son entrée en vigueur, comme c'est le cas en l'espèce, que leur conformité à la Constitution doit dès lors s'apprécier à la lumière des conceptions actuelles des valeurs sociales et humaines ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution «*Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* »;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant qu'il n'existe, au regard du principe d'égalité posé à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, aucune disparité objective entre enfants légitimes et naturels ;

Considérant que les rédacteurs du Code civil, en réservant une situation moins favorable aux enfants nés hors mariage, ont voulu imposer le respect des institutions et des règles sur lesquelles ils entendaient que la société soit organisée ;

Considérant toutefois que le respect des institutions ne peut se faire au détriment des droits de la personne, tels qu'ils sont ancrés dans la Constitution ;

Considérant dès lors que la discrimination de l'enfant naturel, en raison de sa naissance, instituée par les articles 756 et 757 du Code civil, est actuellement dépourvue de justification et que ces dispositions légales ne sont pas conformes à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Considérant que les raisons qui ont pu amener le législateur à insérer dans la loi du 26 avril 1979 la disposition transitoire contenue à l'article 13 ne sont pas de nature à enlever aux articles 756 et 757 du Code civil leur non-conformité à la Constitution ;

Considérant qu'eu égard à la réponse donnée à la question de la conformité des dispositions sous examen avec l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, il n'y a plus lieu d'examiner leur conformité avec les articles 11, paragraphe 1^{er}, et 11, paragraphe 3, de la Constitution ;

Par ces motifs

dit que les articles 756 et 757 du Code civil, dans leur version antérieure à la loi du 26 avril 1979, ne sont pas conformes à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des noms et prénoms des parties lors de la publication au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la septième chambre de la Cour d'appel et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 111/14 du 20 juin 2014

(Mémorial A n° 112 de 2014)

« Ministre de l'Intérieur, en tant qu'autorité de tutelle par rapport à la gestion communale, dispose d'un pouvoir de réformation dans le cadre de l'adoption et de l'approbation de plans d'aménagement communaux - Loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain dans sa version antérieure à la loi du 28 juillet 2011, art. 18 - Art. 107, par. 1^{er} et 6 – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'un recours introduit par la société à responsabilité limitée X. tendant à l'annulation d'une décision du ministre de l'Intérieur et à la Grande Région (ci-après « le ministre ») du 16 février 2012, qui avait approuvé une délibération du conseil communal de Schifflange du 16 septembre 2011, portant adoption définitive du plan d'aménagement général (ci-après « PAG »), et qui, en déclarant une réclamation introduite justifiée, avait réduit, en conséquence, pour deux parcelles dont la société à responsabilité limitée X. est propriétaire, le coefficient maximum d'utilisation du sol de 1,6 à 1,0 et le coefficient d'occupation du sol de 0,6 à 0,4, le tribunal administratif, par jugement du 15 juillet 2013, a annulé ladite décision ministérielle, au motif que le ministre, en dépassant en tant qu'autorité de tutelle, l'examen de la légalité de la délibération communale lui soumise et en ne se limitant pas à la seule approbation, voire non-approbation de cette délibération, avait outrepassé les pouvoirs lui conférés par l'article 18 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, dans sa version antérieure à la loi modificative du 28 juillet 2011, telle qu'applicable à l'époque (ci-après « la loi du 19 juillet 2004 ») ;

Que statuant sur le recours introduit par l'Etat contre ce jugement, la Cour administrative, par arrêt du 6 février 2014, après avoir déclaré que le ministre, investi d'un pouvoir de tutelle spéciale, en ce qu'il est appelé en tant qu'autorité administrative, hiérarchiquement supérieure, à vider à un dernier niveau non contentieux des réclamations portées devant lui et que, dans ce cadre, il est appelé à siéger en lieu et place du conseil communal pour juger du bien-fondé de l'ancienne objection devenue réclamation, a, avant tout autre progrès en cause, soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : *« L'article 18 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, dans sa version antérieure à la loi du 28 juillet 2011, est-il conforme à l'article 107 de la Constitution pris plus particulièrement en ses paragraphes 1^{er} et 6 en ce qu'il accorde au ministre de l'Intérieur, autorité de tutelle par rapport à la gestion communale, un pouvoir de réformation dans le cadre de l'adoption et de l'approbation de plans d'aménagement communaux, plus particulièrement lorsque celui-ci statue sur les réclamations portées devant lui dans le cadre de l'aplanissement des difficultés prévu par ladite loi ? »* ;

Considérant que l'article 107 de la Constitution dispose que *« (1) Les communes forment des collectivités autonomes, à base territoriale, possédant la personnalité juridique et gérant par leurs organes leur patrimoine et leurs intérêts propres »* et *« (6) La loi règle la surveillance de la gestion communale. Elle peut soumettre certains actes des organes communaux à l'approbation de l'autorité de surveillance et même en prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité ou d'incompatibilité avec l'intérêt général, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs »* ;

Que l'article 18 de la loi du 19 juillet 2004, dans sa version applicable au litige dont est saisie la Cour administrative, dispose que *« Le ministre statue dans les trois mois suivant la réception de l'avis du conseil communal prévu à l'article qui précède sur les réclamations en même temps qu'il décide de l'approbation définitive du projet d'aménagement général, qui prend dès lors la désignation de « plan d'aménagement général » »* ;

Considérant que l'article 18 de la loi du 19 juillet 2004, tel qu'interprété par la Cour administrative, implique que le ministre, saisi d'une réclamation contre le PAG définitivement adopté par le conseil communal, dispose d'un pouvoir de réformation, lorsqu'il est appelé à toiser les réclamations portées devant lui ;

Considérant que si l'article 107 de la Constitution consacre, en son paragraphe 1^{er}, le principe d'autonomie communale, il soumet, toutefois, à travers son paragraphe 6, la gestion communale à la surveillance étatique ;

Qu'il est exact que la Constitution n'énonce pas expressément, parmi les attributions de surveillance, le pouvoir de réformation du ministre ;

Considérant, cependant, que dans la mesure où l'article 18 de la loi du 19 juillet 2004, tel qu'interprété par la Cour administrative, confère au ministre le pouvoir de statuer sur les réclamations introduites contre le vote définitif du conseil communal et d'approuver

définitivement le PAG, cette disposition légale ne fait que préciser le pouvoir d'approbation tel que prévu dans la disposition constitutionnelle en question, dans la mesure où l'autorité de surveillance statue dans le cadre des réclamations portées devant elle ;

Considérant que les droits des tiers, qui peuvent, le cas échéant, être affectés par cette décision ministérielle d'approbation de la délibération communale amendée, sont sauvegardés par la possibilité dont ils disposent d'intenter contre cette décision un recours en annulation devant les juridictions administratives ;

Considérant qu'il s'ensuit que l'article 18 de la loi du 19 juillet 2004, en ce qu'il accorde, conformément à l'interprétation de la Cour administrative, au ministre, autorité de tutelle par rapport à la gestion communale, un pouvoir de réformation dans le cadre de l'adoption et de l'approbation de plans d'aménagement communaux, plus particulièrement lorsque le ministre statue sur les réclamations portées devant lui, n'est pas contraire à l'article 107, paragraphes 1^{er} et 6, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 18 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, dans sa version antérieure à la loi du 28 juillet 2011, est conforme à l'article 107 de la Constitution pris plus particulièrement en ses paragraphes 1^{er} et 6, en ce qu'il accorde au ministre de l'Intérieur, autorité de tutelle par rapport à la gestion communale, un pouvoir de réformation dans le cadre de l'adoption et de l'approbation de plans d'aménagement communaux, plus particulièrement lorsque celui-ci statue sur les réclamations portées devant lui dans le cadre de l'aplanissement des difficultés prévu par ladite loi ;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction, lors de la publication, des qualités de la société à responsabilité limitée X.;

ordonne que l'expédition de l'arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 112/14 du 11 juillet 2014

(Mémorial A n° 129 de 2014)

« Différence de situation entre le salarié incapable d'exercer son dernier poste de travail et le chômeur involontaire incapable d'exercer son dernier poste de travail par rapport au reclassement externe et à l'indemnité d'attente - Code du travail, art. L. 551-1 (1) et L. 551-5 (2) - Art. 10bis (1) – conformes »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Sur le rapport du magistrat délégué et les conclusions déposées au greffe de la Cour le 27 mars 2014 par Maître Georges Pierret, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, celles déposées le 27 mars 2014 par Maître Jean-Marie Bauler, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour X., et les conclusions additionnelles déposées le 15 avril 2014 par Maître Georges Pierret pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Ayant entendu les mandataires des parties en leurs plaidoiries à l'audience publique du 23 mai 2014,

Considérant que X., licencié avec un préavis de quatre mois le 26 janvier 2012, a perçu des indemnités pécuniaires de maladie à partir du 5 mars 2012 ;

Considérant que le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, par jugement du 12 juillet 2013, au motif que X. ne remplissait pas les conditions légales prévues par l'article L. 551-1 du Code du travail, déclaré non fondé son recours contre une décision de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables d'exercer leur dernier poste de travail déclarant irrecevable sa demande en reclassement externe ;

Considérant que sur appel, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a, par arrêt du 14 février 2014, rejeté l'interprétation de l'article L. 551-1 (2) 2. du Code du travail donnée par X., tendant à faire dire que peut bénéficier d'un reclassement externe le bénéficiaire de l'indemnité pécuniaire incapable d'exercer son dernier poste de travail sans qu'il soit nécessaire qu'antérieurement à la résiliation du contrat de travail il y ait eu une incapacité de travail de vingt-six semaines dans le chef du bénéficiaire ;

Considérant qu'avant tout autre progrès en cause, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article L. 551-1 du Code du travail, tel qu'il est actuellement interprété, est-il contraire à l'article 10bis de la Constitution en tant qu'il permet aux salariés incapables d'exercer leur dernier poste de travail de bénéficier d'une mesure de reclassement (prenant en compte leur incapacité), mais qu'il ne permet pas aux chômeurs involontaires incapables d'exercer leur dernier poste de travail de bénéficier d'une mesure de reclassement (prenant en compte leur incapacité) et de bénéficier d'une indemnité d'attente dans les conditions de l'article L. 551-5 (2) du Code du travail. »

Considérant que l'article L. 551-1 du Code du travail dispose :

« (1) Le salarié sous contrat de travail qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qui présente une incapacité pour exercer son dernier poste de travail, bénéficie d'un reclassement interne ou d'un reclassement externe. L'existence d'un contrat de travail est appréciée au moment de la saisine de la commission mixte en vertu de l'article L. 552-1.

(2) Peut encore bénéficier d'un reclassement externe :

1. Le bénéficiaire d'une pension d'invalidité auquel celle-ci a été retirée en vertu de l'article 193 du Code de la sécurité sociale au motif qu'il ne remplit plus les conditions prévues à l'article 187 du même code ;

2. Le bénéficiaire de l'indemnité pécuniaire au titre de l'assurance maladie ou de l'assurance accident du chef d'une activité assurée obligatoirement en vertu des articles 1er, premier alinéa, point 1, et 85, premier alinéa, point 1 du Code de la sécurité sociale dont le contrat de travail a été résilié après la vingt-sixième semaine d'incapacité de travail ou dont le contrat de travail a pris fin pour une cause indépendante de la volonté de l'assuré et qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du même code, mais qui présente une incapacité pour exercer son dernier poste de travail.

(3) Le reclassement interne consiste, en ce qui concerne le secteur privé, dans un reclassement au sein de l'entreprise et en ce qui concerne le secteur public, dans un reclassement au sein de l'administration ou du service public d'origine de l'agent, éventuellement à un autre poste ou à un autre régime de travail.

(...)

(4) Le reclassement externe consiste dans un reclassement sur le marché du travail. »

Considérant qu'en vertu de l'article L. 551-5 (1) du Code du travail le reclassement externe intervient lorsque le reclassement interne s'avère impossible ;

Considérant que l'article L. 551-5 (2) du Code du travail prévoit que « *Si, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage y compris la durée de prolongation, le salarié visé à l'article L. 551-1 n'a pu être reclassé sur le marché du travail, il bénéficie d'une indemnité d'attente, dont le montant correspond à la pension d'invalidité à laquelle il aurait eu droit. (...)* » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce que « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant qu'en l'espèce une discrimination du chômeur involontaire est alléguée par rapport au salarié visé à l'article L. 551-1 (1) du Code du travail ;

Considérant que le salarié incapable d'exercer son dernier poste de travail est une personne qui se trouve dans un lien de travail et dont l'incapacité de travail doit s'apprécier par rapport à une situation de travail concrète toujours existante, tandis que le chômeur involontaire incapable d'exercer son dernier poste de travail ne se trouve plus dans un lien de travail concret et que son incapacité de travail ne peut s'apprécier qu'abstraitemment par rapport à une situation de travail antérieure ayant pris fin ;

Considérant que ces deux catégories de personnes, visées par la question préjudicielle soumise à la Cour constitutionnelle, n'ont pas d'élément de convergence entre elles et ne se trouvent donc pas dans une situation comparable ;

Considérant que par conséquent la discrimination alléguée n'est pas donnée et que l'article L. 551-1 (1) du Code du travail, en ce qu'il ne fait pas bénéficier le chômeur involontaire incapable d'exercer son dernier poste de travail d'un reclassement externe, ni, partant, d'une indemnité d'attente dans les conditions de l'article L. 551-5 (2) du Code du travail, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article L. 551-1 (1) du Code du travail, en ce qu'il ne fait pas bénéficier le chômeur involontaire incapable d'exercer son dernier poste de travail d'un reclassement externe, ni, partant, d'une indemnité d'attente dans les conditions de l'article L. 551-5 (2) du Code du travail, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du Conseil supérieur de la sécurité sociale et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 113/14 du 28 novembre 2014

(Mémorial A n° 226 de 2014)

« Contestation de filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans - Code civil, art. 322, al. 2 - Art. 10bis (1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par jugement du 12 janvier 2011 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par X. d'une demande dirigée contre Y. et W. et tendant à voir rapporter la preuve de l'absence de possession d'état d'enfant légitime de la mineure Z., née le 4 mai 2004, à l'égard de W. et à voir dire que le requérant est le père de ladite enfant, a admis ce dernier à la preuve par témoins de faits susceptibles d'établir l'absence de possession d'état alléguée ;

Que par un jugement subséquent du 17 avril 2013 le tribunal, après avoir constaté sur base du résultat des enquêtes qu' *« en l'espèce (...) cette filiation légitime résulte d'un acte de naissance corroboré par une possession d'état continue »* et après avoir retenu que l'action en contestation telle que prévue à l'article 322-1 du Code civil n'est pas recevable, mais qu'il en serait autrement dans l'hypothèse d'une filiation naturelle régie par l'article 339 du Code civil, a rouvert les débats et invité les parties à examiner la question préjudicielle qu'il se proposait de soumettre à la Cour constitutionnelle ;

Que par jugement du 23 avril 2014 le tribunal a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« l'article 322-1 du Code civil, en ce qu'il dispose qu'une personne prétendant être le parent véritable ne peut contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance corroboré par la possession d'état, est-il compatible avec l'article 10bis de la Constitution qui dispose que tous les Luxembourgeois sont égaux devant la loi, respectivement avec l'article 11 (3) de la Constitution qui dispose que l'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions prévues par la loi, ainsi qu'avec l'article 11 (1) de la Constitution qui dispose que l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille, alors qu'aux termes de l'article 339 du Code civil une personne prétendant être le parent véritable peut contester la filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou de la possession continue de l'état d'enfant naturel tant qu'une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans n'est pas établie. ».

Considérant que les articles 322-1 et 339 du Code civil disposent :

Article 322-1 :

« Tout intéressé peut, par tous les moyens, contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état.

Nulle reconnaissance, ni nul jugement établissant une filiation contraire ne produisent leurs effets que lorsque l'inexactitude de la filiation légitime a été constatée par une décision judiciaire définitive.

L'action visée à l'alinéa premier peut être intentée par l'enfant pendant toute sa vie. Elle peut l'être par ceux qui se prétendent ses parents véritables pendant la minorité de l'enfant. Elle ne peut être intentée par les tiers intéressés que dans les deux ans à partir du jour où a été dressé l'acte de naissance. Toutefois, le tribunal peut relever les tiers intéressés de la déchéance encourue lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle ou morale d'agir dans le délai imparti. »

Article 339 :

« Tout intéressé peut, par tous les moyens, contester la filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou de la possession continue de l'état d'enfant naturel.

L'action en contestation d'une reconnaissance est ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée.

Le droit de l'enfant de contester la reconnaissance est imprescriptible ; il en est de même pour ceux qui se prétendent les parents véritables, à moins que, dans ce cas, l'enfant n'ait une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans.

L'auteur de la reconnaissance ne peut plus la contester, si l'enfant a une possession d'état continue et conforme de plus de trois ans, depuis l'acte de reconnaissance, ni si l'enfant a atteint l'âge de six ans accomplis.

L'action de tout tiers intéressé doit être intentée dans les deux ans à partir du jour où a été dressé l'acte de naissance ou de reconnaissance volontaire ou à partir du jour où l'enfant a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté

Toutefois, le tribunal peut relever l'intéressé de la déchéance encourue lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle ou morale d'agir dans le délai imparti. »

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* » ;

Considérant que la question préjudicielle posée porte sur la différence de régime entre filiation légitime et filiation naturelle au regard de la possibilité dont dispose la personne qui prétend être le parent véritable de l'enfant pour introduire une action en contestation d'état, et sur la compatibilité d'une telle différence avec le principe d'égalité ;

Considérant qu'aux fins de donner une réponse adéquate au regard de la situation de fait de l'espèce, telle que constatée souverainement par le tribunal, il convient de recadrer la question posée en remplaçant l'article 322-1 du Code civil, erronément cité par les juges du fond, puisqu'il *permet* la contestation de la filiation légitime résultant d'un acte de naissance *non corroboré* par la possession d'état, par l'article 322, alinéa 2, du même code qui régit en fait la situation de l'espèce en ce qu'il *prohibe* la contestation de l'état légitime de celui qui a une possession *conforme* à son titre de naissance, les deux textes constituant par ailleurs chacun le corollaire de l'autre.

Considérant que l'article 322 du Code civil dispose :

« Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre.

Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. »

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que l'article 322, alinéa 2, du Code civil prohibe la contestation de la filiation légitime résultant d'une possession d'état conforme au titre de naissance ;

Considérant que la situation visée par cet article est comparable à celle régie par l'article 339, alinéa 3, du même code qui ne prohibe, cependant, la contestation de la filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou de la possession continue de l'état d'enfant naturel par ceux qui se prétendent les parents véritables que si l'enfant a une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans ;

Considérant que le législateur a institué une différence objective en ce que la personne qui se prétend parent véritable, entendu comme parent biologique, de l'enfant, peut contester la filiation naturelle résultant de l'acte de naissance tant qu'une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans n'est pas établie, tandis que le prétendu parent véritable ne peut pas contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance corroboré par la possession d'état ;

Considérant que les articles 322 et 339 du Code civil, dans leur teneur actuelle, ont été introduits audit code par une loi du 13 avril 1979 ;

Considérant que l'objectif du législateur de 1979 était « *une réforme d'ensemble du titre de la filiation dans le but de faire disparaître les discriminations existantes entre les différentes*

catégories de filiations et de faire prédominer, dans toute la mesure du possible, la vérité biologique dans l'établissement de la filiation ... » (v. Exposé des motifs, Doc. parl. N°2020) ;

Considérant qu'outre la recherche de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation et l'élimination des inégalités entre les différentes filiations prévues par la loi, l'intérêt supérieur de l'enfant requiert cependant également, pour toute filiation, qu'une situation de fait résultant d'une vie familiale continue et de longue date, conforme au titre de naissance, puisse tenir en échec la recherche de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation ;

Considérant dès lors que dans l'hypothèse d'une filiation corroborée par une possession d'état conforme au titre de naissance, la différence de traitement du prétendu parent véritable de l'enfant naturel qui peut en contester la filiation de manière limitée dans le temps et de celui de l'enfant légitime qui ne peut jamais ce faire n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée au but de la loi ;

Considérant qu'il s'ensuit que l'article 322, alinéa 2, du Code civil n'est pas conforme à l'article 10^{bis}, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, dans la mesure où il ne permet jamais à la personne qui se prétend le parent véritable de contester la filiation légitime résultant d'un titre de naissance, si la possession d'état y est conforme, même dans l'hypothèse où cette possession d'état n'est pas continue ou, tout en l'étant, n'atteint pas la durée de dix ans ;

Considérant que dans la mise en balance de la recherche de la vérité biologique, d'un côté, et de l'intérêt supérieur de l'enfant disposant d'une filiation résultant d'un titre de naissance corroboré par une possession d'état conforme, de l'autre, la limite dans le temps à prévoir par rapport à l'action d'une personne qui entend contester la filiation d'un enfant dont il se prétend le parent véritable est à qualifier d'adéquate dans la mesure où elle se rattache à une possession d'état continue et conforme de dix ans ;

Considérant que le principe d'égalité, au regard des situations analogues en cause, commande d'aligner les deux régimes en faisant abstraction de la prohibition de l'action en contestation de la filiation légitime résultant d'une possession d'état conforme au titre de naissance édictée par l'article 322, alinéa 2, du Code civil, et en retenant, à l'instar de l'article 339, alinéa 3, du même code, qui vise la filiation naturelle, que ceux qui se prétendent les parents véritables peuvent contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance, à moins que l'enfant n'ait une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans ;

Considérant qu'eu égard à la réponse donnée à la question de la conformité de la disposition sous examen avec l'article 10^{bis}, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, il n'y a plus lieu d'examiner sa conformité avec les articles 11, paragraphe 3, et 11, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 322, alinéa 2, du Code civil n'est pas conforme à l'article 10^{bis}, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, en ce qu'il ne permet pas à ceux qui se prétendent les parents véritables de l'enfant de contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance qui n'est pas corroboré par une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans ;

ordonne que dans les 30 jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom des parties lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la première chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 114/14 du 28 novembre 2014

(Mémorial A n° 226 de 2014)

« Exonération de TVA - Loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, art. 43, par. 1, sous i), deuxième tiret - Art. 99 et 101 - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Sur le rapport du magistrat délégué ;

Vu les conclusions déposées au greffe de la Cour le 6 juin 2014 par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg et l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, celles déposées le 18 juin 2014 par Maître Jean-Pierre Winandy, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour la société anonyme X., les conclusions additionnelles déposées le 18 juillet 2014 par la société anonyme Arendt & Medernach pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg et l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, ainsi que les conclusions additionnelles déposées le 5 août 2014 par Maître Jean-Pierre Winandy pour la société anonyme X. ;

Ayant entendu les mandataires des parties en leurs plaidoiries à l'audience publique du 3 octobre 2014 ;

Considérant que la recevabilité des conclusions déposées le 6 juin 2014 et de celles déposées le 18 juin 2014 est contestée ;

Considérant que l'article 11 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle dispose que les parties sont admises à conclure et à plaider devant la Cour constitutionnelle par le ministère d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats, que l'article III de la loi du 31 mai 1999 portant modification a) de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur les attachés de justice et b) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat dispose que dans tous les textes légaux et réglementaires, les termes « avocat(s) inscrit(s) à la liste I » sont remplacés par les termes « avocat(s) à la Cour », et que l'article 8, paragraphe (6), dernier alinéa, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat dispose que les personnes morales inscrites à la liste V du tableau (personnes morales exerçant la profession d'avocat et ayant un ou plusieurs associés inscrits à la liste I exerçant une influence significative sur l'activité de la personne morale au Grand-Duché de Luxembourg) ont la qualité d' « avocat à la Cour » ;

Qu'il en suit que les conclusions déposées le 6 juin 2014 par la société anonyme Arendt & Medernach, représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour, sont recevables ;

Considérant que l'arrêt de la Cour d'appel saisissant la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle sous examen a été notifié à la partie X. S.A. le 22 mai 2014, de sorte que les premières conclusions de cette partie ont été déposées dans le délai de trente jours inscrit à l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, et que la recevabilité des conclusions est indépendante de la date du dépôt des conclusions d'une autre partie ;

Qu'il en suit que les conclusions déposées le 18 juin 2014 par Maître Jean-Pierre Winandy sont recevables ;

Considérant que dans le cadre d'une demande dirigée par la société anonyme X. contre l'Etat et l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines pour voir prononcer à son

égard la décharge des impositions supplémentaires au titre de la TVA se rapportant à son chiffre d'affaires des années 2002, 2003 et 2004, la Cour d'appel, constatant que le législateur, dans l'article 43 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, a délégué au pouvoir réglementaire la tâche de fixer non seulement les conditions, mais aussi les limites de l'exonération litigieuse de la taxe sur la valeur ajoutée, et que le pouvoir réglementaire, de son côté, dans l'article 7 du règlement grand-ducal du 16 juin 1999 relatif à l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée des opérations à l'exportation en dehors de la Communauté, des livraisons intracommunautaires de biens et d'autres opérations, a défini celles parmi les prestations de services effectuées pour les besoins de la navigation maritime qui sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée, a, par arrêt du 30 avril 2014, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle de savoir « si la disposition précitée de l'article 43, paragraphe 1, sous i), deuxième tiret de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée est conforme aux articles 99 et 101 de la Constitution dans la mesure où, aux fins de la transposition dans le droit national de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977, à savoir en l'espèce, l'article 15, point 5 de la directive, elle confie au pouvoir réglementaire le pouvoir de définir le contenu des exonérations de la TVA se rapportant aux « prestations de services effectuées pour les besoins de la navigation maritime » ;

Considérant que la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 visant à l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, telle que modifiée par la directive 91/680/CEE du Conseil du 16 décembre 1991 (ci-après : la directive), dispose en son article 15 que :

« les Etats membres exonèrent dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-dessous et de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels :

(...)

5. les (...) affrètements et locations de bateaux de mer visés au point 4 sous a) et b) (...) » ;

Que le point 4 vise sous a) : les « bateaux : affectés à la navigation en haute mer et assurant un trafic rémunéré de voyageurs ou l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou de pêche » ;

Considérant que la directive a été transposée dans l'ordre juridique national par la loi du 18 décembre 1992 modifiant et complétant la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : la loi concernant la taxe sur la valeur ajoutée) ;

Que l'article 43, paragraphe 1, sous i), deuxième tiret, de cette loi, dans sa version applicable à la date des faits, dispose que : « Sont exonéré(s) de la taxe sur la valeur ajoutée dans les limites et sous les conditions à déterminer par règlement grand-ducal : (...) les prestations de services effectuées pour les besoins de la navigation maritime » ;

Que l'article 7, paragraphe 2, sous a), premier tiret, du règlement grand-ducal du 16 juin 1999 relatif à l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée des opérations à l'exportation en dehors de la Communauté, des livraisons intracommunautaires de biens et d'autres opérations, dispose que « par prestations de services effectuées pour les besoins de la navigation maritime et visées à l'article 43, paragraphe 1 sous i), deuxième tiret, de la loi du 12 février 1979 on entend :

a) les affrètements et locations

- de bateaux, à l'exclusion des yachts et des autres bateaux et embarcations de plaisance ou de sport, affectés à la navigation maritime et assurant un transport rémunéré de personnes ou de biens ou l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou de pêche » ;

Considérant que la taxe sur la valeur ajoutée, malgré sa dénomination, n'est pas une taxe, mais un impôt de l'Etat, auquel s'appliquent les articles 99 et 101 de la Constitution, qui

disposent : « Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi. (...) » (article 99) et : « (...) Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi » (article 101) ;

Considérant que les exonérations visées à l'article 43 de la loi concernant la taxe sur la valeur ajoutée constituent des exemptions au sens de l'article 101 de la Constitution, indépendamment de la question de savoir qui sera en aval l'assujéti qui en bénéficie ;

Considérant que la directive, par l'usage des termes « les Etats membres exonèrent, dans les conditions qu'ils fixent ... », a laissé aux Etats membres le soin de transposer ses dispositions dans le droit national selon les règles de ce droit et dans le respect de celles-ci ;

Considérant que les articles 99 et 101 de la Constitution placent l'ensemble des dispositions concernant l'établissement d'un impôt et d'une exemption ou modération parmi les matières réservées à la loi ;

Considérant que l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution dispose que « Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. » ;

Considérant que l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve ;

Considérant que d'après l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles les éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc ;

Considérant qu'en transposant la directive, l'article 43 de la loi concernant la taxe sur la valeur ajoutée énumère de façon détaillée les livraisons de biens et les prestations de services qui sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée et confie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les limites et les conditions de ces exonérations, non pas sans cadrage, mais dans le respect de l'article 15 de la directive, qui, en ce qui concerne la navigation maritime, s'applique aux bateaux affectés à la navigation en haute mer et assurant un trafic rémunéré de voyageurs ou l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou de pêche, et qui enjoint aux Etats membres de fixer pour les affrètements et locations de ces bateaux les conditions en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations et de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels ;

Considérant qu'en procédant de la sorte, le législateur a à suffisance déterminé le principe et les modalités substantielles de la matière réservée ;

Considérant en effet qu'en arrêtant la liste des livraisons de biens et des prestations de services bénéficiant de l'exonération de la taxe et en confiant au pouvoir réglementaire le soin d'en fixer les limites et les conditions, qui doivent nécessairement s'inscrire dans le cadre de l'article 15, point 5, de la directive, le législateur a mis en place un support normatif suffisant au regard des articles 99 et 101 de la Constitution, de sorte que l'article 43, paragraphe 1, sous i), deuxième tiret, de la loi concernant la taxe sur la valeur ajoutée est conforme aux articles précités de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 43, paragraphe 1, sous i), deuxième tiret, de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, dans sa version applicable à la date des faits, en ce que, aux fins de transposition dans le droit national de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 visant à l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, telle que modifiée par la directive 91/680/CEE du Conseil du 16 février 1991, il arrête la liste des livraisons de biens et des prestations de services bénéficiant de l'exonération de la taxe et confie au pouvoir réglementaire le soin

d'en fixer les limites et les conditions dans le respect des dispositions de l'article 15, point 5, de la directive, est conforme aux articles 99 et 101 de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction du nom de la société anonyme X. lors de la publication au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la deuxième chambre de la Cour d'appel et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 115/14 du 12 décembre 2014

(Mémorial A n° 236 de 2014)

« Légalité de la peine disciplinaire - Loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, art. 8, 9, alinéas 1^{er} et 2, 10, al. 1^{er}, 12, al. 1^{er}, 18, 19 et 22 - Art. 14 - conformes »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisie d'un appel contre un jugement du tribunal administratif du 8 janvier 2014 ayant rejeté le recours de X., commissaire de police en chef, contre une décision du ministre de l'Intérieur et à la Grande Région du 23 juillet 2012 qui avait confirmé la peine disciplinaire d'une amende d'un dixième d'une mensualité brute du traitement de base prononcée à son encontre par le directeur général de la police par décision du 3 mai 2012, la Cour administrative, afin de pouvoir répondre au moyen de l'appelant tiré de la légalité de la peine disciplinaire prononcée, a saisi la Cour constitutionnelle, par un arrêt du 3 juillet 2014 (n° 34075C du rôle), de la question préjudicielle suivante :

« Les articles 8, 9, alinéas 1 et 2, 10, alinéa 1 et 12, alinéa 1 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la force publique, relatifs aux droits et devoirs des militaires, ainsi que l'article 19 de la même loi, relatif aux peines disciplinaires, considérés individuellement ou de manière combinée, sont-ils conformes au principe constitutionnel de légalité des fautes et des sanctions disciplinaires énoncés par l'article 14 de la Constitution ? »

Considérant que le mandataire de l'Etat s'est rapporté à prudence de justice au sujet du dépôt, dans le délai légal, des conclusions prises au nom de X. ;

Considérant que par application de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, le délai imparti aux parties pour déposer leurs conclusions est suspendu entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année ;

Considérant qu'en l'espèce, l'arrêt de la Cour administrative saisissant la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle a été notifié aux parties le 8 juillet 2014 ;

Que le délai de trente jours pour déposer des conclusions a partant commencé à courir le lendemain pour être suspendu à partir du 16 juillet 2014 jusqu'au 15 septembre 2014 inclus et ne reprendre que le 16 septembre 2014 pour expirer le 8 octobre 2014 ;

Que les conclusions déposées au greffe de la Cour par le mandataire de X. le 12 septembre 2014 ont partant été déposées dans le délai légal, de sorte qu'il n'y a pas lieu de les écarter ;

Considérant que l'article 14 de la Constitution dispose que nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ;

Considérant que les dispositions visées de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique - en abrégé « *la loi du 16 avril 1979* » - sont libellées comme suit :

Art. 8 : « *Les militaires observent entre eux les règles découlant de la loyauté, de la solidarité et de la camaraderie. Ils sont tenus de respecter les droits et opinions des autres militaires ainsi que leur honneur et leur dignité. Ils leur doivent aide et assistance en cas de besoin.* »

Art. 9, al. 1^{er} et 2 : « *Les militaires doivent tenir compte de l'intérêt du service et s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire à la bonne renommée de la force publique en général et du corps dont ils font partie.* »

Des marques extérieures de respect sont dues entre militaires. »

Art. 10, al. 1^{er} : « *Le militaire est tenu à la sauvegarde du secret. Il n'en est dispensé que par décision expresse de l'autorité compétente.* »

Art. 12, al. 1^{er} : « *Le militaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait compromettre le caractère officiel dont il est revêtu, donner lieu à scandale, blesser les convenances ou compromettre les intérêts du service.* »

Art. 19 : « *Les peines de discipline sont :* (suit l'énumération de trois séries de peines disciplinaires visant respectivement les membres de carrière de la force publique, les officiers commissionnés et les volontaires de l'armée allant de l'avertissement à respectivement la révocation pour les membres du premier groupe, le retrait définitif de la commission ou du grade pour ceux du deuxième groupe et l'exclusion pour ceux du troisième groupe) » ;

Considérant que les dispositions des articles 8, 9, alinéas 1^{er} et 2, 10, alinéa 1^{er} et 12, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 avril 1979 ne sauraient être affectées isolément par l'article 14 de la Constitution en ce qu'elles se limitent à circonscrire le comportement imposé au membre de la force publique dans l'exercice et en dehors de l'exercice de ses fonctions, sans être répressives par elles-mêmes ;

Qu'ainsi prises isolément, comme formulé dans la question préjudicielle, ces dispositions ne sont pas contraires au texte constitutionnel invoqué ;

Considérant que l'article 19 de la même loi prévoit les sanctions disciplinaires des membres de la force publique ;

Que cette disposition, prise de manière isolée, n'est pas davantage contraire à l'article 14 de la Constitution en ce qu'elle se borne à énumérer les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre des membres de la force publique ;

Considérant que le principe de la légalité de la peine entraîne en premier lieu la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés ;

Que le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution ;

Considérant que sur ce fondement il y a lieu de se reporter à l'article 18 de la loi du avril 1979 qui énonce : « *Est qualifié faute disciplinaire tout acte accompli dans l'exercice ou en dehors de l'exercice des fonctions qui est contraire aux devoirs tels qu'ils sont définis par les dispositions qui précèdent ainsi que par les lois et règlements auxquels ils se réfèrent* » ;

Qu'il y a partant lieu d'examiner la constitutionnalité des dispositions faisant l'objet de la question préjudicielle, envisagées de manière combinée, ensemble l'article 18 de la loi du 16 avril 1979 ;

Considérant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en

soit affecté, si des critères logiques techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir de manière suffisamment certaine la conduite à sanctionner ;

Considérant que le chapitre II de la loi, intitulé «*Principes généraux de la discipline militaire*» est à mettre en rapport avec l'article 18 et fournit aux membres de la force publique les éléments d'incrimination suffisants requis par l'article 14 de la Constitution ;

Que si certains concepts, pris isolément, manquent de la clarté nécessaire pour pouvoir dicter un comportement déterminé aux membres de la force publique, l'ensemble des devoirs énumérés au chapitre II de la loi du 16 avril 1979 en général, et par les articles visés par la question préjudicielle en particulier, ont un contenu suffisamment déterminé et sont assez précis pour dicter sa conduite à l'agent ;

Considérant qu'en second lieu les sanctions doivent être raisonnablement évaluables quant à leur niveau de sévérité ;

Considérant que l'application des sanctions disciplinaires se détermine notamment, en vertu de l'article 22 de la loi du 16 avril 1979, d'après la gravité de la faute commise, le grade, la nature de l'emploi et les antécédents de l'agent inculpé ;

Que cette règle permet de moduler la peine en fonction de critères préétablis tout en laissant à l'autorité qui prononce la sanction une marge d'appréciation admise dans toute poursuite pénale ou disciplinaire ;

Qu'il suit de ce qui précède que sous l'aspect du caractère évaluable des sanctions quant au niveau de leur sévérité, les dispositions de la loi du 16 avril 1979 telles que visées par la question préjudicielle, envisagées de manière combinée, ensemble l'article 22 de la même loi, ne sont pas non plus contraires à l'article 14 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que les dispositions des articles 8, 9, alinéas 1^{er} et 2, 10, alinéa 1^{er}, 12, alinéa 1^{er}, et 19 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force Publique, tant considérées isolément que de manière combinée, ensemble les articles 18 et 22 de la même loi, ne sont pas contraires à l'article 14 de la Constitution,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation,

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial,

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative du Luxembourg, juridiction dont émane la saisine et qu'une copie conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 116/14 du 12 décembre 2014

(Mémorial A n° 236 de 2014)

«*Défaut d'institution d'une commission spéciale en matière de harcèlement au profit des fonctionnaires communaux - Loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, art. 10, par. 2, dernier alinéa - Art. 10bis (2) - non conforme*»

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Sur le rapport du magistrat délégué et les conclusions déposées au greffe de la Cour le 1^{er} septembre 2014 par le délégué du gouvernement Marc Mathekowitsch pour le ministre de l'Intérieur et de la Grande Région, celles déposées le 12 septembre 2014 par Maître Jean-Marie Bauler, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour X. ainsi que les conclusions additionnelles déposées le 13 octobre 2014 par le délégué du gouvernement ;

Considérant que, saisie, sur appel de X., d'un recours en annulation contre une décision implicite de rejet du ministre de l'Intérieur et de la Grande Région suite à un recours gracieux introduit devant lui contre une décision d'incompétence de la commission spéciale en matière de harcèlement instituée auprès du ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative, la Cour administrative a, par arrêt du 15 juillet 2014, soumis à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

1. *« L'article 10, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État, en ce qu'il institue une commission spéciale en matière de harcèlement compétente pour connaître des réclamations des fonctionnaires de l'Etat qui s'estiment victimes d'un harcèlement, tel que résultant plus particulièrement de la modification opérée par la loi du 17 juillet 2007, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, dans la mesure où il instaure une différence de traitement en faveur des fonctionnaires de l'Etat par rapport aux fonctionnaires communaux qui n'ont pas accès à cette commission spéciale en cas de harcèlement ? »*

2. *« L'article 12, paragraphe 3, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, en ce qu'il ne prévoit pas l'institution d'une commission spéciale compétente en matière de harcèlement pour connaître des réclamations des fonctionnaires communaux s'ils s'estiment victimes d'un harcèlement, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, alors que l'article 10, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat institue une telle commission spéciale en matière de harcèlement pour les fonctionnaires de l'Etat ? »*

3. *« La loi, prise en ses dispositions combinées des articles 10, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, et 12, paragraphe 3, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, dans la mesure où elle institue une différence de traitement en ce qu'elle prévoit pour les fonctionnaires de l'Etat une commission spéciale en matière de harcèlement et qu'elle n'en prévoit pas pour les fonctionnaires communaux, est-elle conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ? »*

Considérant que les questions tendant chacune à rechercher si l'exclusion d'un fonctionnaire communal de l'accès à la commission spéciale prévue pour les fonctionnaires de l'Etat et l'omission d'instituer une commission spéciale pour les fonctionnaires communaux constituent, par cette différence de traitement, une violation de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, il y a lieu de les traiter ensemble ;

Considérant que l'article 10 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat dispose :

« 1. Le fonctionnaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ces fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public.

Il est tenu de se comporter avec dignité et civilité tant dans ses rapports de service avec ses supérieurs, collègues et subordonnés que dans ses rapports avec les usagers de son service qu'il doit traiter avec compréhension, prévenance et sans aucune discrimination.

2. Le fonctionnaire doit s'abstenir de tout fait de harcèlement sexuel ou harcèlement moral à l'occasion des relations de travail de même que de tout fait de harcèlement visé aux alinéas 6 et 7 du présent paragraphe.

Constitue un harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail au sens de la présente loi tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe dont celui qui s'en rend coupable sait ou devrait savoir qu'il affecte la dignité d'une personne au travail, lorsqu'une des trois conditions suivantes est remplie :

- a) le comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet ;*
- b) le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part d'un collègue ou d'un usager est utilisé explicitement ou implicitement comme base d'une décision affectant les intérêts de cette personne en matière professionnelle ;*
- c) un tel comportement crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant à l'égard de la personne qui en fait l'objet.*

Le comportement peut être physique, verbal ou non-verbal.

L'élément intentionnel du comportement est présumé.

Constitue un harcèlement moral à l'occasion des relations de travail au sens du présent article toute conduite qui, par sa répétition ou sa systématisation, porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychique ou physique d'une personne. Est considéré comme harcèlement tout comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'alinéa 1^{er} de l'article 1bis, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Est considéré comme harcèlement tout comportement indésirable lié au sexe d'une personne qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou à l'intégrité physique et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Il est institué une commission spéciale auprès du ministre ayant la Fonction Publique dans ses attributions, désigné ci-après par le terme « ministre », chargée de veiller au respect des dispositions prévues au présent paragraphe. Dans le cadre de cette mission, la commission peut notamment entendre les personnes qui s'estiment victimes d'un harcèlement sexuel ou moral ainsi que les autres agents de l'administration d'attache du fonctionnaire en cause. Si la Commission considère que les reproches sont fondés, elle en dresse un rapport qu'elle transmet au ministre avec des recommandations pour faire cesser les actes de harcèlement. Le ministre transmet le rapport de la Commission au Gouvernement en conseil qui statue dans le délai d'un mois à partir de la remise du rapport au ministre. Le fonctionnement et la composition de la commission spéciale sont fixés par voie de règlement grand-ducal. »

Considérant que l'article 12 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux énonce :

« 1. Le fonctionnaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ces fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public. Il est tenu de se comporter avec dignité et civilité et faire preuve de courtoisie tant dans ses rapports de service avec ses supérieurs, collègues et subordonnés que dans ses rapports avec les usagers de son service qu'il doit traiter avec compréhension, prévenance et sans aucune discrimination.

2. Le fonctionnaire ne peut solliciter, accepter ou se faire promettre d'aucune source, ni directement ni indirectement, des avantages matériels dont l'acceptation pourrait le mettre en conflit avec les obligations et les défenses que lui imposent les lois et les règlements et notamment le présent statut.

3. Le fonctionnaire doit s'abstenir de tout fait de harcèlement sexuel ou harcèlement moral à l'occasion des relations de travail de même que de tout fait de harcèlement visé « aux alinéas 6 et 7 du présent paragraphe.

Constitue un harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail au sens de la présente loi tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe dont celui qui s'en rend coupable sait ou devrait savoir qu'il affecte la dignité d'une personne au travail, lorsqu'une des trois conditions suivantes est remplie :

a) le comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l'objet ;

b) le fait qu'une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part d'un collègue ou d'un usager est utilisé explicitement ou implicitement comme base d'une décision affectant les intérêts de cette personne en matière professionnelle ;

c) un tel comportement crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant à l'égard de la personne qui en fait l'objet.

Le comportement peut être physique, verbal ou non-verbal.

L'élément intentionnel du comportement est présumé.

Constitue un harcèlement moral à l'occasion des relations de travail au sens du présent article toute conduite qui, par sa répétition ou sa systématisation, porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychique ou physique d'une personne.

Est considéré comme harcèlement tout comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'alinéa 1er de l'article 1bis, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Est considéré comme harcèlement tout comportement indésirable lié au sexe d'une personne qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou à l'intégrité physique et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Considérant que selon l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution les luxembourgeois sont égaux devant la loi ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard des mesures invoquées ;

Considérant que les articles 33 du statut général des fonctionnaires de l'Etat et 37 du statut général des fonctionnaires communaux sont analogues dans la mesure où ils règlent, sous les spécificités liées à la profession, la procédure du droit de réclamation du fonctionnaire contre tout acte de la part de ses supérieurs ou d'autres agents publics le blessant dans sa dignité ;

Considérant que les fonctionnaires de l'Etat et les fonctionnaires communaux sont comparables en leur qualité d'agents de droit public et au regard de leur situation statutaire, notamment en ce qui concerne la procédure de réclamation ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but ;

Considérant que la commission spéciale en matière de harcèlement a été introduite dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat par la loi du 17 juillet 2007 ; que le motif du législateur était de soumettre cette problématique, souvent sensible, à un organisme spécialisé et de préciser la procédure et les modalités de traitement d'éventuelles plaintes ;

Considérant que le législateur n'a pas introduit de commission spéciale correspondante dans le statut général des fonctionnaires communaux ;

Considérant qu'en limitant les pouvoirs de la commission spéciale existante aux fonctionnaires de l'Etat et en omettant la création d'une commission spéciale pour le secteur des fonctionnaires communaux, le législateur a créé une disparité ;

Considérant que cette disparité n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée au but d'efficacité affirmée par le législateur en matière d'interdiction et de sanction du fait de harcèlement auquel est susceptible d'être exposé un agent public ;

Considérant que l'omission de créer une commission spéciale compétente pour les fonctionnaires communaux à l'instar de la commission spéciale en matière de harcèlement prévue par l'article 10, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, entraîne une inégalité se heurtant à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution ;

Considérant que législateur n'ayant pas été obligé de créer une commission spéciale compétente pour les fonctionnaires de l'Etat ni, d'ailleurs pour les fonctionnaires communaux, les dispositions respectives des articles 10, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et 12, paragraphe 3, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, prises isolément, ne sont pas contraires à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Considérant que l'institution d'un droit de recours à la commission spéciale constitue une mesure dérogatoire au droit commun applicable en la matière ;

Considérant qu'en cas d'institution d'une mesure dérogatoire au droit commun qui viole l'égalité devant la loi, c'est le droit commun qui doit prévaloir ;

Que, par conséquent, à défaut, par le législateur, d'avoir institué un droit de recours en matière de harcèlement moral au profit de l'ensemble des fonctionnaires, l'article 10 de la loi modifiée du 16 avril 1979, en tant qu'il institue une commission spéciale au profit des seuls fonctionnaires étatiques, sans qu'une mesure législative correspondante institue une commission spéciale au profit des fonctionnaires communaux, est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit, en réponse aux trois questions, que l'article 10, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 2, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Cour administrative dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 117/15 du 20 mars 2015

(Mémorial A n° 56 de 2015)

« Conditions et modalités d'agrément du coordinateur de sécurité et de santé - Code du travail , art. L. 312-8, par. 9 - Art. 32, par. 3 et art. 11, par. 4, 5 et 6 - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, statuant sur l'appel contre un jugement du tribunal administratif du 12 mars 2014 ayant rejeté le recours de X. contre une décision du ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration lui accordant l'agrément comme coordinateur de sécurité et de santé pour intervenir sur les chantiers temporaires ou mobiles du niveau A pendant la phase d'élaboration du projet d'un ouvrage et pendant la phase de réalisation d'un ouvrage et lui refusant le même agrément pour les chantiers temporaires et mobiles des niveaux B et C, la Cour administrative a, par arrêt du 21 octobre 2014, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

«L'article L. 312-8 (9) du Code du travail, renvoyant à l'article L. 312-8 (6) du Code du travail, qui à son tour renvoie à l'article L. 311-2, points 7. et 8. du Code du travail, en ce qu'il habilite le pouvoir réglementaire à déterminer les modalités d'agrément des coordinateurs en matière de sécurité et de santé sur les chantiers temporaires et mobiles, est- il conforme aux articles 32, paragraphe (3), d'une part, et 11, paragraphes (4), (5) et (6) de la Constitution, pris isolément ou de manière combinée, d'autre part ? »;

Considérant que l'article L. 311-2 du Code du travail, en ses points 7 et 8, définit comme suit les coordinateurs en matière de sécurité et de santé pendant l'élaboration du projet de l'ouvrage (point 7.), et pendant la réalisation de l'ouvrage (point 8.): *«toute personne physique, chargée par le maître de l'ouvrage d'exécuter, pendant l'élaboration du projet de l'ouvrage (respectivement : pendant la réalisation de l'ouvrage), les tâches à préciser par un règlement grand-ducal concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles »;*

que l'article L. 312-8, paragraphe (6), du Code du travail dispose que les coordinateurs en matière de sécurité et de santé, tels que définis à l'article L. 311-2, points 7 et 8, doivent être détenteurs d'un agrément délivré par le ministre du Travail et spécifiant les activités de coordination qu'ils peuvent exercer et que cet agrément est délivré aux postulants :

1. porteurs d'un des diplômes suivants :

diplôme d'architecte ou d'ingénieur en génie civil,

diplôme d'ingénieur industriel en génie civil ou d'ingénieur technicien en génie civil, brevet de maîtrise dans un des métiers de la construction,

ou encore ayant accompli une formation équivalente,

2. justifiant qu'ils ont une expérience professionnelle dans le domaine de la construction d'une durée minimale de cinq, respectivement de trois ans, suivant l'activité de coordination que les candidats entendent exercer, et

3. ayant suivi une formation appropriée par rapport aux activités de coordination qu'ils entendent exercer, formation à définir par règlement grand-ducal ;

que l'article L. 312-8, paragraphe (9), prévoit qu'un règlement grand-ducal détermine les modalités d'octroi de cet agrément ;

Considérant que le règlement grand-ducal du 9 juin 2006, pris sur base de la loi modifiée du 17 juin 1994, dont l'article 9 est devenu l'article L. 312-8 du Code du travail, fait une différenciation entre les chantiers en fonction de leur importance, prévoyant des chantiers niveau A, B et C, et détermine pour chacun de ces niveaux les conditions auxquelles est soumis l'agrément visé à l'article L. 312-8 du Code du travail ;

Considérant que l'article 11 de la Constitution dispose en ses paragraphes (4), (5) et (6):

«(4) La loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit. (...)

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

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

Considérant que les articles L. 311-2 et L. 312-8, paragraphe (6), du Code du travail, instituant la profession de coordinateur de sécurité et de santé pendant l'élaboration du projet de l'ouvrage et sa réalisation et déterminant les conditions requises pour l'obtention d'un agrément pour pouvoir exercer cette profession, relèvent des dispositions constitutionnelles susvisées, étant de nature à restreindre le droit au travail, étant une mesure visant la protection de la santé des travailleurs et réglementant l'exercice d'une profession ;

Considérant que la Constitution prévoit en son article 32, paragraphe (3):

«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»;

Considérant que, conformément à cette disposition, dans les matières réservées par la Constitution à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc ;

Considérant que l'article L. 312-8, paragraphe (6), du Code du travail se limite à énumérer les diplômes devant être détenus par les postulants à l'agrément ministériel, sans donner aucune indication concernant les tâches à exercer par le coordinateur détenteur de l'un ou l'autre des diplômes visés, respectivement les chantiers sur lesquels il peut être admis à œuvrer en fonction du diplôme détenu et omet dès lors, en une matière réservée à la loi, de préciser les fins, les conditions et les modalités appelées à être spécifiées au niveau de la loi pour qu'elle puisse valablement habiliter le pouvoir exécutif à arrêter utilement des dispositions réglementaires en la matière ;

Qu'il s'ensuit que l'article L. 312-8, paragraphe (9), du Code du travail n'est pas conforme aux dispositions combinées des articles 32, paragraphe (3), et 11, paragraphes (4), (5) et (6), de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article L. 312-8, paragraphe (9), du Code du travail n'est pas conforme aux dispositions combinées des articles 32, paragraphe (3), et 11, paragraphes (4), (5) et (6), de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de la législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe de la Cour administrative, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 118/15 du 24 avril 2015

(Mémorial A n° 81 de 2015)

« Régime disciplinaire de la force publique - Loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la force publique, art. 29, al. 3 - Art. 10bis (1) – conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, dans le cadre d'une action introduite le 18 octobre 2013 par X., commissaire au Service de Recherche et d'Enquête criminelle de Capellen, tendant principalement à la réformation, subsidiairement à l'annulation d'une décision du Ministre de l'Intérieur et à la Grande Région du 22 juillet 2013 ayant déclaré irrecevable, pour être tardif, son appel interjeté contre une décision du Directeur général de la Police Grand-Ducale qui avait prononcé à son encontre une peine disciplinaire correspondant à un dixième d'une mensualité brute de son traitement de base, le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg a, par jugement du 12 novembre 2014, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 29 alinéa 3 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la force publique, en tant qu'il prévoit un recours hiérarchique à intenter dans un délai de trois jours ouvrables à partir de la notification s'agissant des sanctions disciplinaires prévues notamment à l'article 25 II, sub 1 à 3, alors que l'article 54, paragraphe 1 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat prévoit un délai d'un mois pour interjeter appel contre des sanctions <minimes> prononcées à l'égard des fonctionnaires relevant dudit statut général, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution ? » ;

Considérant que les alinéas 1 à 3 de l'article 29 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique disposent :

« Les peines prévues à l'article 25 sous (...) II. 1 à 3, sont prononcées par décision motivée, après que le (...) policier (...) inculpé a été entendu.

Ces décisions sont susceptibles d'appel.

L'appel ne peut être interjeté le jour même de la notification de la décision et doit l'être au plus tard le troisième jour ouvrable qui suit celui de la notification » ;

Considérant que l'article 54, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat dispose :

« 1. En cas de sanction prononcée par le ministre du ressort, le fonctionnaire frappé d'un avertissement, d'une réprimande ou d'une amende ne dépassant pas le cinquième d'une mensualité brute du traitement de base peut, dans le mois de la notification de la décision, prendre recours au Conseil de discipline qui peut soit confirmer la décision du ministre du ressort, soit prononcer une sanction inférieure à celle retenue par le ministre du ressort, soit renvoyer le fonctionnaire des fins de la poursuite. (...) Aucun recours sur le fond n'est admis contre les décisions du Conseil de discipline rendues sur appel » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant qu'à l'égard de l'obligation de se conformer aux règles régissant leur discipline, sanctionnée par des peines mineures - tel qu'en l'espèce - appliquées au terme d'une procédure disciplinaire comportant une instruction préalable et une décision contre laquelle ils ont le droit d'exercer un recours administratif, les fonctionnaires de la Force publique se trouvent dans une situation comparable à celle des fonctionnaires soumis au statut général ;

Considérant que les fonctionnaires de l'Etat ont, pour interjeter un recours contre la sanction disciplinaire, un délai de trois jours ouvrables à partir de sa notification, s'ils sont soumis à la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, et un délai d'un mois, s'ils relèvent de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ;

Qu'il existe dès lors, quant au délai dans lequel ce recours est à interjeter, une différenciation dans des situations comparables, selon que le fonctionnaire sanctionné dépend du statut général ou de celui de la Force publique ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives, qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but ;

Considérant que la différence de traitement des fonctionnaires de la Force publique et des fonctionnaires dépendant du statut général, concernant le délai endéans lequel le recours est à interjeter contre la décision comportant une sanction disciplinaire, répond à une disparité objective, procédant de la spécificité de leurs missions respectives, les premiers ayant pour mission d'assurer le maintien de l'ordre et de garantir la sécurité publique dans des conditions souvent difficiles, dictées par l'urgence ou l'état de nécessité, tandis que les seconds accomplissent les tâches administratives participant du fonctionnement des divers départements et administrations gouvernementaux ;

Considérant que cette spécificité des missions incombant aux fonctionnaires de la Force publique et le caractère hiérarchisé de leur carrière impliquent de leur part une diligence particulière dans l'exécution des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, se concrétisant par des règles plus astreignantes et détaillées de leur régime disciplinaire que celles se dégageant du catalogue des devoirs intégré au statut général ;

Considérant que l'objectif du maintien de l'ordre et de la sauvegarde de la sécurité publique caractérisant les missions des fonctionnaires de la Force publique par rapport à celles, de nature essentiellement administrative, attribuées aux fonctionnaires dépendant du statut général, se traduit nécessairement, au niveau de la procédure et des recours en matière disciplinaire, par des délais adaptés aux exigences de ces missions de la Force publique ;

Qu'une discipline rigoureuse n'est, en effet, garantie que si les écarts de conduite sont sanctionnés promptement et adéquatement ;

Considérant qu'il découle des considérations qui précèdent que le régime disciplinaire de la Force publique constitue, en raison des impératifs propres à la mission de ces fonctionnaires, un régime spécifique et autonome, distinct du régime disciplinaire auquel sont soumis les fonctionnaires de l'Etat dépendant du statut général ;

Qu'il en résulte encore que la différenciation opérée au regard du délai de recours administratif en matière de sanctions disciplinaires est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Que, dès lors, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 29, alinéa 3, de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique n'est pas contraire à l'article 10*bis* de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 29, alinéa 3, de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique n'est pas contraire à l'article 10*bis* de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 119/15 du 19 juin 2015

(Mémorial A n° 121 de 2015)

« Système d'échange de quotas d'émission à effet de serre - Loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, art. 13, par. 6 - Art. 16 - question préjudicielle posée à CJUE »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, statuant sur un recours de la société anonyme X.S.A., ci-après « X. », tendant à la réformation, sinon à l'annulation,

1) de l'arrêt rendu le 6 juin 2013 par le ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures modifiant le paragraphe 1er de l'article 6 de l'arrêt d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre n° EQE-2008-11 du 7 février 2008 et imposant à X. la restitution de 80.922 quotas d'émission de gaz à effet de serre pour le 31 juillet 2013

2) de la décision préalable de proposition de restitution de quotas du 18 décembre 2012 du même ministre et

3) de la décision de refus du même ministre du 24 septembre 2013 déclarant le recours gracieux introduit en date du 8 juillet 2013 par X. contre la décision précitée du 6 juin 2013 non fondé,

le tribunal administratif a, par jugement du 17 décembre 2014, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« l'article 13, paragraphe 6 de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, dans la mesure où il permet au ministre compétent d'exiger la restitution sans indemnité totale ou partielle des quotas délivrés conformément à l'article 12, paragraphes 2 et 4 de la même loi, mais non utilisés, est-il conforme à l'article 16 de la Constitution consacrant le droit à la propriété privée ? » ;

Considérant que l'article 13, paragraphe 6, de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, ci-après « la loi du 23 décembre 2004 », transposant pour le surplus en droit luxembourgeois la directive 2003/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, ci-après « la directive », dispose comme suit :

« Toute cessation totale ou partielle de l'exploitation d'une installation doit immédiatement être notifiée au ministre. Le ministre statue sur la restitution totale ou partielle des quotas non utilisés. » ;

Que l'article 12 de la même loi dispose en ses paragraphes 2 et 4 comme suit :

« 2. Pour la période de cinq ans qui débute le 1^{er} janvier 2008, et pour chaque période de cinq ans suivante, le ministre détermine la quantité totale de quotas à allouer pour cette période et lance le processus d'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation. Le ministre prend cette initiative au moins douze mois avant le début de la période concernée, sur la base du plan national d'allocation de quotas élaboré en application de l'article 10.

4. Le ministre délivre une partie de la quantité totale de quotas chaque année de la période visée au paragraphe 1 ou 2, au plus tard le 28 février de l'année en question. » ;

Considérant que l'article 16 de la Constitution, tel qu'issu de la modification du 24 octobre 2007, porte : « *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.* » ;

Considérant que telle que la question préjudicielle est agencée, elle vise la situation où des quotas d'émission de gaz à effet de serre ont été délivrés et inscrits au registre, conformément à l'article 12, paragraphes 2 et 4, de la loi du 23 décembre 2004, ces quotas étant, partant, selon l'analyse des juges de renvoi, entrés dans le patrimoine de l'exploitant, mais n'ont pas été utilisés, leur restitution totale ou partielle ayant été demandée, sans indemnité, par le ministre compétent en application de l'article 13, paragraphe 6, de la même loi ;

Considérant que la réponse à la question de la conformité des dispositions précitées de la loi du 23 décembre 2004 à l'article 16 de la Constitution exige la qualification de la restitution demandée au regard du concept d'expropriation pour cause d'utilité publique et la qualification des quotas d'émission délivrés et non utilisés en vue de déterminer s'ils ont pu faire l'objet, en tant que biens, d'une expropriation au vu de l'article 16 de la Constitution ;

Considérant que d'après les dispositions de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, la Cour constitutionnelle se voit soumettre une question préjudicielle qui est nécessaire à la juridiction de renvoi pour rendre son jugement ;

Que l'effet utile de pareille question, dans le cas d'une loi portant transposition d'une directive de l'Union Européenne en droit national, est notamment conditionné, en amont, par la vérification de la conformité de la loi de transposition au droit de l'Union Européenne, plus particulièrement dans le cas où le juge de renvoi a lui-même remis en question, dans son jugement de renvoi, des éléments de la loi de transposition par rapport au cadre juridique se dégageant du droit européen, sans trancher ce volet du litige, ni soumettre une question afférente à la Cour de justice de l'Union européenne, mais en saisissant au préalable la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle portant, pour le moins en grande partie, sur les mêmes éléments de la loi de transposition ;

Considérant que la Cour constitutionnelle, statuant certes dans le cadre spécifique de la question de la conformité de la loi visée, s'analysant elle-même en loi de transposition de la directive, par rapport à un article de la Constitution, n'en statue cependant pas moins par un arrêt non susceptible d'un recours ;

Que dès lors, y compris pour des raisons d'effet utile quant à la solution à dégager finalement au fond, la Cour constitutionnelle est amenée à poser préalablement à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle de la conformité à la directive, et plus particulièrement à l'économie du système d'échange des quotas y prévu, de l'article 13, paragraphe 6, de la loi du 23 décembre 2004, dans la mesure où il permet au ministre compétent d'exiger la restitution sans indemnité totale ou partielle des quotas délivrés conformément à l'article 12, paragraphes 2 et 4, de la même loi, mais non utilisés, cette question s'étendant à celle de l'existence effective, voire, dans l'affirmative, de la qualification de la restitution de quotas délivrés, mais non utilisés, de même qu'à celle de la qualification éventuelle de biens de pareils quotas ;

Par ces motifs,

dit qu'avant tout autre progrès en cause, il y a lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante :

« l'article 13, paragraphe 6, de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, dans la mesure où il permet au ministre compétent d'exiger la restitution sans indemnité totale ou partielle des quotas délivrés conformément à l'article 12, paragraphes 2 et 4, de la même loi, mais non utilisés, est-il conforme à la directive 2003/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, ce plus particulièrement à l'économie du système d'échange des quotas y prévu, cette question s'étendant à celle de

l'existence effective, voire, dans l'affirmative, de la qualification de la restitution de quotas délivrés, mais non utilisés, de même qu'à celle de la qualification éventuelle de biens de pareils quotas » ;

réserve tous autres droits et moyens des parties ;

fixe l'affaire au rôle général.

Arrêt n° 119/17 du 16 juin 2017

(Mémorial A n° 589 de 2017)

« Système d'échange de quotas d'émission à effet de serre - Loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, art. 13, par. 6 - Art. 16 - question préjudicielle posée à CJUE »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, statuant sur un recours de la société anonyme X., tendant à la réformation, sinon à l'annulation,

1) de l'arrêté rendu le 6 juin 2013 par le ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures modifiant le paragraphe 1^{er} de l'article 6 de l'arrêté d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre n° EQE-2008-11 du 7 février 2008 et imposant à la société X. la restitution de 80.922 quotas d'émission de gaz à effet de serre pour le 31 juillet 2013,

2) de la décision préalable de proposition de restitution de quotas du 18 décembre 2012 du même ministre et

3) de la décision de refus du même ministre du 24 septembre 2013 déclarant le recours gracieux introduit en date du 8 juillet 2013 par la société X. contre la décision précitée du 6 juin 2013 non fondé,

le tribunal administratif avait, par jugement du 17 décembre 2014, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« l'article 13, paragraphe 6 de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, dans la mesure où il permet au ministre compétent d'exiger la restitution sans indemnité totale ou partielle des quotas délivrés conformément à l'article 12, paragraphes 2 et 4 de la même loi, mais non utilisés, est-il conforme à l'article 16 de la Constitution consacrant le droit à la propriété privée ? » ;

Considérant que par arrêt du 19 juin 2015, la Cour a dit qu'avant tout autre progrès en cause, il y avait lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la CJUE ») de la question préjudicielle suivante :

« l'article 13, paragraphe 6, de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, dans la mesure où il permet au ministre compétent d'exiger la restitution sans indemnité totale ou partielle des quotas délivrés conformément à l'article 12, paragraphes 2 et 4, de la même loi, mais non utilisés, est-il conforme à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, ce plus particulièrement à l'économie du système d'échange des quotas y prévu, cette question s'étendant à celle de l'existence effective, voire, dans l'affirmative, de la qualification de la restitution de quotas délivrés, mais non utilisés, de même qu'à celle de la qualification éventuelle de biens de pareils quotas » ;

Considérant que par arrêt du 8 mars 2017 (aff. C-321/15) la CJUE, cinquième chambre, a dit pour droit :

« La directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2003, 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 219/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2009, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une législation nationale qui permet à l'autorité compétente d'exiger la restitution sans indemnité, totale ou partielle, de quotas non utilisés qui ont été indûment délivrés à l'exploitant, en conséquence de la violation par ce dernier de l'obligation d'informer en temps voulu l'autorité compétente de la cessation de l'exploitation d'une installation.

Les quotas délivrés après qu'un exploitant a cessé les activités exercées dans l'installation concernée par ces quotas, sans en avoir informé au préalable l'autorité compétente, ne peuvent être qualifiés de « quotas » d'émission, au sens de l'article 3, sous a), de la directive 2003/87, telle que modifiée par le règlement n° 219/2009 » ;

Considérant que l'article 13, paragraphe 6, de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (ci-après « la loi du 23 décembre 2004 ») transposant pour le surplus en droit luxembourgeois la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (ci-après « la directive 2003/87/CE ») dispose comme suit :

« Toute cessation totale ou partielle de l'exploitation d'une installation doit immédiatement être notifiée au ministre. Le ministre statue sur la restitution totale ou partielle des quotas non utilisés. » ;

Que l'article 12 de la même loi dispose en ses paragraphes 2 et 4 comme suit :

« 2. Pour la période de cinq ans qui débute le 1^{er} janvier 2008, et pour chaque période de cinq ans suivante, le ministre détermine la quantité totale de quotas à allouer pour cette période et lance le processus d'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation. Le ministre prend cette initiative au moins douze mois avant le début de la période concernée, sur la base du plan national d'allocation de quotas élaboré en application de l'article 10.

4. Le ministre délivre une partie de la quantité totale de quotas chaque année de la période visée au paragraphe 1 ou 2, au plus tard le 28 février de l'année en question. » ;

Considérant que l'article 16 de la Constitution, tel qu'issu de la modification du 24 octobre 2007, porte : « 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. » ;

Considérant que l'agencement de la présente procédure est spécifique en ce que la Cour, pour des raisons d'effet utile, sans repasser devant la juridiction nationale de renvoi, a directement soumis à la CJUE la question préjudicielle précitée dans le cadre de la question de la conformité de la loi visée, s'analysant elle-même en loi de transposition de la directive, par rapport à un article de la Constitution ;

Considérant que la réponse fournie par la CJUE dans son arrêt du 8 mars 2017 repose sur la prémisse que des quotas non utilisés qui ont été indûment délivrés à l'exploitant, en conséquence de la violation par ce dernier de l'obligation d'informer en temps utile l'autorité compétente de la cessation de l'exploitation d'une installation, étant constant que la CJUE estime qu'il appartient au juge national de renvoi, c'est-à-dire au tribunal administratif, de vérifier si, en l'occurrence, la société X. a effectivement suspendu les activités de ses installations de Schiffange à partir du mois de novembre 2011 et si cette suspension pouvait être qualifiée de « *cessation des activités* » au sens de l'article 13, paragraphe 6, de la loi du 23 décembre 2004 ;

Considérant que dans le cadre ainsi tracé, toujours pour des raisons d'effet utile, la Cour, sans renvoyer d'abord l'affaire à la juridiction de renvoi afin de déterminer plus en avant les éléments de fait et de droit, entend répondre à la question préjudicielle posée dans les limites où, sur la prémisse par elle posée, la CJUE a déclaré compatibles avec le droit de l'Union, dont plus particulièrement l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (ci-après «la Charte») portant sur la protection du droit de propriété et la directive 2003/87/CE, les dispositions de la législation nationale en matière de quotas d'émission et plus particulièrement l'article 13, paragraphe 6, de la loi du 23 décembre 2004, lui-même issu de l'article 7 de la directive précitée, faisant l'objet de la question de constitutionnalité posée ;

Considérant que les garanties relatives au droit de propriété prévues à l'article 16 de la Constitution correspondent essentiellement, quant à leur substance, à celles prévues par l'article 17 de la Charte, de sorte que ces dispositions sont à qualifier d'équivalentes et que leur interprétation est à effectuer en des termes concordants ;

Considérant qu'à la suite de l'arrêt de la CJUE du 8 mars 2017, la Cour est amenée à retenir que la restitution exigée par l'autorité compétente sans indemnité, totale ou partielle, de quotas non utilisés et qui ont été indûment délivrés à l'exploitant, en conséquence de la violation par ce dernier de l'obligation d'informer en temps voulu l'autorité compétente de la cessation de l'exploitation d'une installation, le tout en application de l'article 13, paragraphe 6, de la loi du 23 décembre 2004, issu de la transposition de l'article 7 de la directive 2003/87/CE, ne s'analyse pas en une expropriation d'un bien qui ferait déjà partie intégrante du patrimoine de l'exploitant, mais simplement en un retrait de l'acte allouant des quotas, en raison du non-respect des conditions fixées respectivement par lesdites loi et directive, de sorte qu'aucune non-conformité à l'article 16 de la Constitution ne se trouve vérifiée dans cette mesure, pas plus que, selon l'analyse de la CJUE, une non-conformité à l'article 17 de la Charte ;

Que dès lors, par rapport à la question préjudicielle posée et sur l'arrêt de la CJUE du 8 mars 2017, suivant la prémisse y posée, la Cour dit que les dispositions de l'article 13, paragraphe 6, de la loi du 23 décembre 2004 ne sont pas contraires à celles de l'article 16 de la Constitution ;

Considérant que si la juridiction de renvoi devait, sur l'analyse à effectuer par elle, aboutir à une solution différente de celle correspondant à la prémisse posée par la CJUE, il lui appartiendrait de saisir, le cas échéant, directement celle-ci au cas où une nouvelle question de conformité de la loi nationale pertinente à la directive 2003/87/CE, voire à l'article 17 de la Charte, conditionnerait la solution à donner au litige, préalablement à toute autre question de constitutionnalité de la même loi se posant, le cas échéant, en conséquence ;

Par ces motifs,

statuant sur renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée et à la prémisse posée dans l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 mars 2017, les dispositions de l'article 13, paragraphe 6, de la loi modifiée du 23 décembre 2004 ne sont pas contraires à l'article 16 de la Constitution ;

dit que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A ;

dit qu'il sera fait abstraction du nom de la société anonyme X. lors de la publication de l'arrêt au Journal officiel ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 120/15 du 10 juillet 2015

(Mémorial A n° 132 de 2015)

« Régime disciplinaire de la force publique - Loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la force publique, art. 30 - Art. 10bis (1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisi d'un recours introduit par X., le 4 avril 2014, tendant, principalement, à la réformation et, subsidiairement, à l'annulation d'une décision du ministre de la Sécurité Intérieure du 19 février 2014, notifiée à X. le 3 mars 2014, ayant prononcé à l'égard de ce dernier, sur avis du Conseil de discipline de la Force publique, émis le 13 décembre 2013, la peine disciplinaire de la rétrogradation, aucune promotion ne pouvant intervenir pendant une durée de cinq ans, assortie du déplacement, le tribunal administratif a, par jugement du 10 février 2015, avant tout autre progrès en cause, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 30 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la force publique, en tant qu'il prévoit un délai d'un mois pour introduire un recours auprès du tribunal administratif contre une décision prononçant une peine disciplinaire dépassant la compétence du chef de corps, alors que les agents de la force publique sanctionnés d'une peine mineure et les fonctionnaires soumis au statut général sanctionnés d'une peine plus sévère bénéficient d'un délai de trois mois pour introduire un recours contentieux devant le tribunal administratif, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution ? » ;

Considérant que l'article 30 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique (ci-après la loi de 1979) dispose :

« Les peines dépassant la compétence du chef de corps sont prononcées par décision motivée (...).

Le (...) policier (...) frappé d'une de ces peines ou de cette mesure peut prendre son recours au tribunal administratif qui statue comme juge du fond.

Le recours doit être formé dans le délai d'un mois de la notification de la décision. »

Considérant que l'article 54, point 2, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (ci-après le statut général) dispose :

« En dehors des cas où le Conseil de discipline statue en appel, le fonctionnaire frappé d'une sanction disciplinaire prononcée par le Conseil de discipline ou suspendu conformément à l'article 48, paragraphe 1er, peut, dans les trois mois de la notification de la décision, prendre recours au Tribunal administratif qui statue comme juge du fond (...) »

Considérant que les membres de la Force publique qui ont fait l'objet d'une des sanctions disciplinaires mineures prévues à l'article 29 de la loi de 1979, et qui ont interjeté appel devant l'autorité compétente immédiatement supérieure, peuvent introduire le recours en annulation prévu par l'article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif contre la décision ayant statué sur appel dans un délai de trois mois, à défaut de disposition spécifique dans la loi de 1979 et conformément à l'article 13 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce que *« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »* ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant, d'une part, qu'à l'égard de l'obligation de se conformer aux règles régissant leur discipline, sanctionnée par des peines appliquées au terme d'une procédure disciplinaire comportant une instruction préalable et l'intervention du Conseil de discipline, les fonctionnaires de la Force publique se trouvent dans une situation comparable à celle des fonctionnaires soumis au statut général ;

Considérant, d'autre part, qu'à l'égard de l'obligation de se conformer aux règles régissant leur discipline, et plus précisément quant à la possibilité d'introduire un recours auprès du tribunal administratif, les agents de la Force publique sanctionnés d'une peine sévère se trouvent également dans une situation comparable à celle des agents sanctionnés d'une peine mineure ;

Considérant que, quant à la possibilité d'introduire un recours contre la sanction disciplinaire, le fonctionnaire de la Force publique sanctionné d'une peine sévère dispose d'un délai d'un mois pour introduire un recours contentieux devant les juridictions administratives, tandis qu'aussi bien les fonctionnaires relevant du statut général que les autres fonctionnaires de la Force publique sanctionnés d'une peine mineure disposent d'un délai de trois mois pour introduire un pareil recours ;

Qu'il existe, dès lors, quant au délai dans lequel ce recours est à interjeter, une différenciation dans des situations comparables, selon, d'une part, que le fonctionnaire sanctionné dépend du statut général ou de celui de la Force publique, et, d'autre part, que le fonctionnaire de la Force publique sanctionné encourt une peine sévère ou qu'il encourt une peine mineure ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives, qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but ;

Considérant, d'une part, que la différence de traitement des fonctionnaires de la Force publique et des fonctionnaires dépendant du statut général, concernant le délai endéans lequel le recours est à interjeter contre la décision comportant une sanction disciplinaire, répond à une disparité objective, procédant de la spécificité de leurs missions respectives, les premiers ayant pour mission d'assurer le maintien de l'ordre et de garantir la sécurité publique dans des conditions souvent difficiles, dictées par l'urgence ou l'état de nécessité, tandis que les seconds accomplissent les tâches administratives participant du fonctionnement des divers départements et administrations gouvernementaux ;

Considérant que cette spécificité des missions incombant aux fonctionnaires de la Force publique et le caractère hiérarchisé de leur carrière impliquent de leur part une diligence particulière dans l'exécution des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, se concrétisant par des règles plus astreignantes et détaillées de leur régime disciplinaire que celles se dégageant du catalogue des devoirs intégré au statut général ;

Considérant que l'objectif du maintien de l'ordre et de la sauvegarde de la sécurité publique caractérisant les missions des fonctionnaires de la Force publique par rapport à celles, de nature essentiellement administrative, attribuées aux fonctionnaires dépendant du statut général, se traduit nécessairement, au niveau de la procédure et des recours en matière disciplinaire, par des délais adaptés aux exigences de ces missions de la Force publique ;

Qu'une discipline rigoureuse n'est, en effet, garantie que si les écarts de conduite sont sanctionnés promptement et adéquatement ;

Considérant qu'il découle des considérations qui précèdent que le régime disciplinaire de la Force publique constitue, en raison des impératifs propres à la mission de ces

fonctionnaires, un régime spécifique et autonome, distinct du régime disciplinaire auquel sont soumis les fonctionnaires de l'Etat dépendant du statut général ;

Qu'il résulte de ces considérations que la différence instituée par la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique entre la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de cette loi et celle des autres fonctionnaires de l'Etat soumis au statut général, et plus précisément quant au délai pour introduire un recours auprès du tribunal administratif, est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant, d'autre part, que la différence de traitement des fonctionnaires de la Force publique sanctionnés d'une peine sévère et ceux sanctionnés d'une peine mineure concernant le délai de recours administratif s'explique également par la nécessité d'avoir des règles astreignantes en ce qui concerne les délais qui doivent être adaptés aux exigences des missions de la Force publique ;

Que la circonstance que le délai dans lequel le fonctionnaire sanctionné d'une peine sévère, qui s'est rendu coupable, aux yeux de l'autorité hiérarchique supérieure, d'une faute disciplinaire grave, peut introduire un recours contre la décision le sanctionnant, est plus bref que celui prévu par les fonctionnaires sanctionnés d'une peine mineure, répond à une disparité objective, tenant à la célérité avec laquelle ce dossier doit être traité et évacué aussi bien dans l'intérêt de la hiérarchie, au regard de l'effet dissuasif et exemplaire de la sanction par rapport à la faute disciplinaire commise, que dans celui du fonctionnaire concerné qui doit être fixé au plus vite sur son sort et sur l'évolution de sa carrière qui risque d'être compromise par la peine prononcée ;

Considérant qu'en outre, le fait de ne disposer que d'un mois au lieu de trois mois pour introduire un recours devant le tribunal administratif ne conduit pas, pour le fonctionnaire concerné, à une inégalité de chance de voir reconnaître son droit devant le tribunal ;

Qu'en effet, d'un côté, l'autorité administrative est tenue d'informer le membre de la Force publique sur les voies de recours ouvertes contre la décision et, notamment, sur le délai dans lequel le recours doit être introduit et, d'un autre côté, le délai d'un mois n'est pas court à tel point qu'il rende impossible ou très difficile l'introduction d'un recours ;

Qu'il résulte de ces considérations que la différence instituée par la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique entre la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires sanctionnés d'une peine sévère et celle applicable aux autres fonctionnaires de la Force publique sanctionnés d'une peine mineure, et plus précisément quant au délai pour introduire un recours auprès du tribunal administratif, est également rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

D'où il suit que l'article 30 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, en tant qu'il prévoit un délai d'un mois pour introduire un recours auprès du tribunal administratif contre une décision prononçant une peine disciplinaire dépassant la compétence du chef de corps, alors que les agents de la force publique sanctionnés d'une peine mineure et les fonctionnaires soumis au statut général sanctionnés d'une peine plus sévère bénéficient d'un délai de trois mois pour introduire un recours contentieux devant le tribunal administratif, n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 30 de la loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force publique, en tant qu'il prévoit un délai d'un mois pour introduire un recours auprès du tribunal administratif contre une décision prononçant une peine disciplinaire dépassant la compétence du chef de corps, alors que les agents de la force publique sanctionnés d'une peine mineure et les fonctionnaires soumis au statut général sanctionnés d'une peine plus sévère bénéficient d'un délai de trois mois pour introduire un recours contentieux devant le tribunal administratif, n'est pas contraire à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 121/16 du 11 mars 2016

(Mémorial A n° 36 de 2016)

« Règlement grand-ducal ayant pour objet de déterminer les modalités de recrutement, de formation et d'avancement des militaires tout en renvoyant, en ce qui concerne le stage à la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général du fonctionnaire d'Etat - Loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, telle que modifiée par la loi du 21 décembre 2007, art. 10 - Art. 96 et 32, par. 3 - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que X. fut sélectionné en 2007 en tant que candidat-officier ; qu'après avoir terminé avec succès sa formation à l'Ecole Royale Militaire de Bruxelles, il a été, par arrêté ministériel du 26 juillet 2012, admis au stage ;

Considérant que le stage prolongé à deux reprises a été effectué en Belgique ;

Considérant que par courrier du 23 septembre 2014, le chef de corps belge du Bataillon de Chasseurs à Cheval de Heverlee (B) a informé le Chef d'Etat-major luxembourgeois qu'au vu des résultats d'examen de X., *« qu'à nos yeux (...) il n'a pas réussi sa formation professionnelle Officier Recce »* ;

Considérant que par lettre du 26 septembre 2014, le colonel Romain MANCINELLI, commandant du Centre militaire luxembourgeois, a demandé au Chef d'Etat-major luxembourgeois de bien vouloir intervenir auprès du Ministre de la Défense afin qu'il mette un terme au stage de X. ;

Considérant que le 6 octobre 2014, le Ministre de la Défense a adressé une lettre de la teneur suivante à X. :

« Suite au message que vous m'avez fait parvenir, je suis au regret de vous confirmer que, conformément à l'article 4.2.h) du règlement grand-ducal du 25 janvier 2011 fixant les conditions de recrutement, de formation et d'avancement des officiers de l'Armée, qui stipule qu'en cas de double échec à l'école d'application « un nouvel échec entraîne l'élimination définitive du candidat », votre maintien dans l'Armée n'est pas possible à l'issue de votre stage, qui est arrivé à échéance le 30 septembre 2014. » ;

Considérant que X., qualifiant les prédicts courriers de décisions administratives, a, par requête déposée le 5 janvier 2015 au greffe du tribunal administratif, demandé la réformation, sinon l'annulation de ces décisions ;

Considérant que par jugement du 7 octobre 2015, le tribunal administratif s'est déclaré incompétent pour connaître du recours en réformation ;

Considérant qu'en ce qui concerne le courrier du 23 septembre 2014, le tribunal administratif a dit qu'il s'agit d'un acte préparatoire, ne contenant aucun élément décisionnel, de sorte que le recours en annulation de X. est irrecevable ; qu'il a également déclaré

irrecevable le recours en annulation de X. dirigé contre la lettre du 26 septembre 2014, celle-ci ne contenant aucun élément décisionnel ; que relativement au courrier du 6 octobre 2014, le tribunal administratif a dit qu'il contient deux éléments décisionnels, à savoir la conclusion qu'il y a eu échec de X. à sa formation professionnelle et la décision de mettre un terme à l'engagement du demandeur au sein de l'armée luxembourgeoise ;

Considérant que le tribunal administratif a partant déclaré le recours en annulation dirigé contre la décision du 6 octobre 2014 recevable ;

Considérant que l'article 10 de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, modifié par la loi du 21 décembre 2007, dispose comme suit :

« Les modalités concernant les conditions de recrutement, de formation et d'avancement des officiers, des sous-officiers, du personnel militaire de carrière de la musique militaire, des caporaux, des infirmiers diplômés ainsi que des membres de la section de sports d'élite de l'armée sont fixées par règlement grand-ducal.

Pour les emplois visés à l'article 9. (1) a) de la présente loi (i.e. les emplois d'officiers), sont admissibles :

- pour l'envoi en formation d'officier, les détenteurs d'un certificat de fin d'études secondaires luxembourgeoises ou d'un diplôme reconnu équivalent par le ministre ayant l'éducation nationale et la formation professionnelle dans ses attributions, remplissant les conditions d'études fixées par le règlement grand-ducal prévu à l'alinéa 1^{er} du présent article, à condition d'être âgés de vingt-quatre ans accomplis le premier jour des épreuves de sélection. A l'issue de leur formation militaire, ils doivent accomplir avec succès un stage tel que fixé par la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

- (...) » ;

Considérant que l'article 4.2.h) du règlement grand-ducal du 25 janvier 2011 fixant les conditions de recrutement, de formation et d'avancement des officiers de l'Armée a la teneur suivante :

« En cas d'échec à l'école d'application ou de pilotage, le Chef d'Etat-major pourra proposer au ministre d'autoriser le stagiaire à se présenter une seconde fois, sous réserve des dispositions du paragraphe i) ci-après. Un nouvel échec entraîne l'élimination définitive du candidat. » ;

Considérant qu'en vertu de l'article 96 de la Constitution « *Tout ce qui concerne la force armée est réglé par la loi* » ;

Considérant que selon l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution « *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* » ;

Considérant que X. a, devant le tribunal administratif, soutenu que le règlement grand-ducal du 25 janvier 2011 a été pris sur base d'une disposition légale habilitante contraire à l'article 96 de la Constitution ; qu'il a estimé que l'article 10 de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, modifié par la loi du 21 décembre 2007, qui constitue la seule base légale sur le fondement de laquelle a été pris le règlement grand-ducal du 25 janvier 2011, en autorisant expressément le pouvoir exécutif à réglementer les conditions de recrutement, de formation et d'avancement de la carrière d'officier militaire et en ne traçant en aucune façon le cadre et les principes devant gouverner le recrutement, la formation ainsi que l'avancement dans la carrière d'officier militaire, a délégué intégralement sa compétence au pouvoir exécutif et a contrevenu ainsi à l'article 96 de la Constitution qui interdit justement une telle pratique ;

Considérant que le tribunal administratif a soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, telle que modifiée par la loi du 21 décembre 2007, en ce qu'il habilite le pouvoir réglementaire à prendre un règlement grand-ducal afin de déterminer les modalités concernant les conditions de recrutement, de formation et d'avancement des officiers, des sous-officiers, du personnel militaire de la carrière de la musique militaire, des caporaux, des infirmiers diplômés ainsi que des membres de la section de sports d'élite de l'armée tout en renvoyant, en ce qui concerne le stage à la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, est-il conforme aux articles 96 et 32, paragraphe 3 de la Constitution ? » ;

Considérant qu'il ressort de l'examen du jugement du 7 octobre 2015 que le litige a uniquement trait à l'organisation du stage des officiers de l'armée ;

Considérant qu'il y a dès lors lieu de recadrer la question préjudicielle en vue de la circonscrire à ce qui est litigieux ;

Considérant que la question préjudicielle doit partant se lire de la façon suivante :

« L'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, tel que modifié par la loi du 21 décembre 2007, en ce qu'il habilite le pouvoir réglementaire à prendre un règlement grand-ducal afin de déterminer les modalités concernant les conditions du stage des officiers de l'armée, tout en renvoyant, en ce qui concerne le stage, à la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, est-il conforme aux articles 96 et 32, paragraphe 3, de la Constitution ? » ;

Considérant qu'en disposant que tout ce qui concerne la force armée est réglé par la loi, l'article 96 de la Constitution inclut l'ensemble des dispositions concernant la force armée parmi les matières réservées à la loi, y compris donc les dispositions relatives au stage des officiers de l'armée ;

Considérant que d'après l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, tel que résultant de la loi du 19 novembre 2004, dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc ;

Considérant que par le renvoi que l'article 10 de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, modifié par la loi du 21 décembre 2007, fait à la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, certaines conditions et modalités du stage des officiers sont organisées par la loi, puisque celle-ci réglemente la durée du stage et fixe les conséquences d'un premier et d'un deuxième échec à l'examen de fin de stage, le deuxième échec entraînant l'élimination ;

Considérant que la loi dispose pour le surplus que « *Des règlements grand-ducaux fixent (...) les modalités du stage (...)* » ; qu'elle ne précise ni les fins, conditions et modalités du déroulement du stage des officiers, soit au Luxembourg, soit à l'étranger, ni celles de l'examen de fin de stage ;

Considérant que cette omission ne se justifie pas au regard de la Constitution ; qu'en effet, en vertu de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, la loi doit fixer elle-même les fins, conditions et modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent faire l'objet de règlements et d'arrêtés pris par le Grand-Duc ;

Considérant que la loi n'a donc pas fixé l'essentiel du cadrage normatif et n'a pas précisé à suffisance les fins, conditions et modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par le pouvoir exécutif ;

Considérant que l'article 10 de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, tel que modifié par la loi du 21 décembre 2007 et renvoyant à la loi modifiée du 16 avril 1979, n'habilite donc pas valablement le pouvoir exécutif à prendre des règlements et arrêtés en la matière ;

Considérant que cet article n'est donc pas conforme aux dispositions combinées des articles 32, paragraphe 3, et 96 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 10 de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, modifié par la loi du 21 décembre 2007 et renvoyant à la loi modifiée du 16 avril 1979, n'est pas conforme aux dispositions combinées des articles 32, paragraphe 3, et 96 de la Constitution en ce qu'il ne précise ni les fins, conditions et modalités du déroulement du stage des officiers, soit au Luxembourg, soit à l'étranger, ni celles de l'examen de fin de stage ;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

ordonne que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 122/16 du 27 mai 2016

(Mémorial A n° 97 de 2016)

« Possibilité d'aménagements des interdictions de conduire - Loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques, art. 13, par. 1^{er} - Art. 10bis (1) et 14 - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par jugement du 16 novembre 2015, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, après avoir retenu X. dans les liens de l'infraction de conduite d'un véhicule automoteur sur la voie publique avec un taux d'alcool supérieur à 0,55 mg par litre d'air expiré ainsi que de l'infraction de défaut de se comporter raisonnablement et prudemment de façon à ne pas constituer un danger pour la circulation, l'a condamné à une amende de 800 € ainsi qu'à une interdiction de conduire d'une durée de 36 mois applicable à tous les véhicules automoteurs des catégories de permis de conduire A à F, et a assorti l'exécution de 24 mois de cette interdiction de conduire d'un sursis ; que le tribunal a sursis à statuer sur la demande d'excepter de l'interdiction de conduire certains trajets et a, avant tout autre progrès en cause, déferé à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 13, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques est-il conforme à l'article 14 de la Constitution qui concerne le principe de la légalité des peines ? – dans la mesure où le législateur prive le juge de la possibilité d'aménager l'interdiction de conduire, respectivement d'excepter de l'interdiction de conduire certaines heures de la journée.

2) L'article 13, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution qui concerne l'égalité des citoyens devant la loi ? – dans la mesure où cette disposition prive toute personne, qui n'est plus active sur le marché du travail – de certains aménagements quant à l'interdiction de conduire tandis qu'une personne active sur le marché du travail peut bénéficier de certains aménagements quant à son droit de conduire un véhicule. »

Considérant qu'aucun mémoire n'a été déposé au nom de X. dans le délai légal, de sorte qu'il n'est pas partie à la procédure devant la Cour constitutionnelle ;

Considérant que le Procureur général d'Etat a déposé ses conclusions le 11 février 2016 ;

Considérant que pour les délits prévus à l'article 12, paragraphe 2, point 1, de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques, dont la conduite avec un taux d'alcool supérieur à 0,55 mg par litre d'air expiré, les peines encourues sont, conformément au paragraphe 1 du même article 12, une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et une amende de 500 à 10.000 €, ou l'une de ces peines seulement, ainsi que, conformément à l'article 13, paragraphe 1, de la loi, une interdiction de conduire obligatoire, d'une durée entre trois mois et quinze ans ;

Qu'aux termes de l'article 13, paragraphe 1^{er}, dans sa teneur issue d'une loi du 22 mai 2015, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2015 et s'appliquant dès lors aux faits pour lesquels X. a été condamné, « *le juge qui prononce une interdiction de conduire peut excepter de ladite interdiction un ou plusieurs des trajets limitativement énumérés ci-après : a) les trajets effectués dans l'intérêt prouvé de la profession de la personne concernée ; b) le trajet d'aller et de retour effectué entre la résidence principale, une résidence secondaire présentant un caractère de stabilité ou tout autre lieu où la personne concernée se rend de façon habituelle pour des motifs d'ordre familial et le lieu de travail. Le trajet visé au point b) de la phrase précédente peut ne pas être le plus direct lorsque le détour effectué est rendu nécessaire dans le cadre d'un covoiturage régulier ou pour déposer ou reprendre son enfant ou l'enfant qui vit en communauté domestique avec la personne concernée, auprès d'une tierce personne à laquelle elle est obligée de le confier afin de pouvoir s'adonner à son occupation professionnelle* » ;

Considérant que l'article 14 de la Constitution dispose que « *nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi* » ;

Considérant que la peine, pour suffire aux exigences de la Constitution, doit être suffisamment déterminée, à l'effet de permettre à tout justiciable commettant un fait pénalement répréhensible de mesurer la nature et la portée des sanctions le cas échéant encourues, ainsi que les aménagements dont ces sanctions peuvent être assorties ;

Considérant que l'article 13, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 14 février 1955, précitée, en prévoyant la possibilité pour le juge, sous les conditions et dans les limites claires et précises qu'il fixe, d'aménager la peine accessoire de l'interdiction de conduire dont le prononcé est obligatoire en cas de condamnation pour conduite avec un taux d'alcool supérieur à 0,55 mg par litre d'air expiré, répond à ces exigences constitutionnelles découlant de l'article 14 de la Constitution ;

Considérant que le pouvoir d'appréciation du juge, quant à l'octroi d'un ou de plusieurs des aménagements prévus à l'article 13, paragraphe 1^{er}, reste par ailleurs entier et n'est pas mis en cause par la fixation, dans ledit article, de conditions et de limites ;

Qu'il y a partant lieu de dire, par rapport à la première question préjudicielle posée, que l'article 13, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 14 février 1955 n'est pas contraire à l'article 14 de la Constitution ;

Considérant, par rapport à la seconde question préjudicielle posée, qu'une contrariété au principe d'égalité devant la loi suppose que, de par la disposition légale dont l'inconstitutionnalité est alléguée, la loi soumette certaines catégories de personnes à des régimes différents ;

Considérant que l'article 13, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 14 février 1955, précitée, n'opère aucune différenciation entre différentes catégories de personnes en disposant que, lorsqu'il prononce une interdiction de conduire, le juge peut assortir cette interdiction de certains aménagements aux conditions et dans les limites fixées par la loi ;

Que la situation de tout condamné est identique au regard de la peine accessoire de l'interdiction de conduire prononcée ;

Que les condamnés ne sont pas soumis à des régimes différents suivant qu'ils bénéficient ou non d'aménagements de cette peine, octroyés ou non par le juge sur base de son pouvoir discrétionnaire ;

Qu'il y a partant lieu de dire, par rapport à la seconde question préjudicielle posée, que l'article 13, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 14 février 1955, précitée, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport aux questions préjudicielles posées, l'article 13, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques n'est contraire ni à l'article 14 de la Constitution ni à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

dit qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 123/16 du 8 juillet 2016

(Mémorial A n° 127 de 2016)

« Egalité des indemnités allouées au salarié en cas de licenciement avec effet immédiat par l'employeur, jugé abusif et en cas de résiliation du contrat de travail par le salarié pour faute grave de l'employeur jugé justifié - Code du travail, art. L. 124-6 - Art. 10bis (1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par arrêt du 22 février 2016, la Cour d'appel, siégeant en matière de droit du travail, saisie par X., ayant démissionné de son emploi auprès de la société à responsabilité limitée Y. pour faute grave de l'employeur, d'une demande en indemnisation dirigée contre ce dernier, ainsi que d'un recours de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, tendant au remboursement des indemnités de chômage complet versées à la salariée, après avoir retenu dans un précédent arrêt du 27 novembre 2014 que la démission de la salariée pour faute grave de l'employeur était justifiée, a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article L. 124-6 du Code du travail qui prévoit le droit à une indemnité de préavis pour les salariés licenciés par leur employeur avec effet immédiat et dont le licenciement est jugé abusif par la suite par la juridiction du travail, mais qui ne prévoit pas la même indemnité pour les salariés à l'initiative d'une résiliation de leur contrat de travail pour faute grave dans le chef de l'employeur et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la suite par la juridiction du travail, traitant ainsi de manière différente ces deux catégories de salariés, est-il conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis (1) de la Constitution? » ;

Considérant que l'article L. 124-6 du Code du travail dispose :

« La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L. 124-10 ou sans respecter les délais de préavis visés aux articles L. 124-4 et L. 124-5 (en fait : les articles L. 124-3 et L. 124-4) est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir.

L'indemnité prévue à l'alinéa qui précède ne se confond ni avec l'indemnité de départ visée à l'article L. 124-7 ni avec la réparation visée à l'article L. 124-10.

(...) » ;

Considérant que l'article L. 124-10 du Code du travail dispose en son paragraphe 1 :

« Chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme, pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie, avec dommages et intérêts à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate.

(...) » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant que le salarié licencié avec effet immédiat par son employeur et dont le licenciement est par la suite jugé abusif par la juridiction du travail et le salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont la résiliation est par la suite jugée justifiée par la juridiction du travail se trouvent dans une situation comparable en ce que, dans les deux hypothèses, la rupture de la relation de travail est imputable à l'employeur ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives et qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but ;

Considérant que suivant la jurisprudence des juridictions du travail, seul le salarié licencié abusivement avec effet immédiat par son employeur peut prétendre à l'indemnité compensatoire de préavis prévue à l'article L. 124-6 du Code du travail, tandis que le salarié qui a démissionné de façon justifiée pour faute grave de l'employeur ne peut se voir allouer que des dommages-intérêts sur base de l'article L. 124-10 du même code ;

Qu'à la différence des dommages-intérêts, dont l'allocation présuppose la preuve de l'existence d'un préjudice en relation causale avec la rupture de la relation de travail, l'indemnité compensatoire de préavis est une indemnité forfaitaire revenant au salarié du seul fait du caractère abusif du licenciement avec effet immédiat ;

Considérant que la disposition sous examen, en ce qu'elle n'accorde pas au salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont la résiliation est déclarée justifiée par la juridiction du travail, le bénéfice de l'indemnité compensatoire de préavis qui revient de plein droit au salarié dont le licenciement avec effet immédiat par l'employeur est déclaré abusif, instituent entre ces deux catégories de salariés se trouvant dans des situations comparables une différence de traitement qui ne procède pas de disparités objectives et qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant qu'il y a partant lieu de dire, par rapport à la question préjudicielle posée, que l'article L. 124-6 du Code du travail n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article L. 124-6 du Code du travail n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

dit qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. ainsi que de la dénomination de la société à responsabilité limitée Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour d'appel, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 124/16 du 8 juillet 2016

(Mémorial A n° 127 de 2016)

« Egalité des indemnités allouées au salarié en cas de licenciement avec effet immédiat par l'employeur, jugé abusif et en cas de résiliation du contrat de travail par le salarié pour faute grave de l'employeur jugé justifié - Code du travail , art. L. 124-6 et 124-7 - Art. 10bis (1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que par arrêt du 22 février 2016, la Cour d'appel, siégeant en matière de droit du travail, saisie par X., ayant démissionné de son emploi auprès de la société à responsabilité limitée Y. pour faute grave de l'employeur, d'une demande en indemnisation dirigée contre ce dernier, ainsi que d'un recours de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, tendant au remboursement des indemnités de chômage complet versées au salarié, après avoir retenu dans un précédent arrêt du 12 mars 2015 que la démission du salarié pour faute grave de l'employeur était justifiée, a saisi la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles suivantes :

« L'article L. 124-6 du Code du travail qui prévoit le droit à une indemnité de préavis pour les salariés licenciés par leur employeur avec effet immédiat et dont le licenciement est jugé abusif par la suite par la juridiction du travail, mais qui ne prévoit pas la même indemnité pour les salariés à l'initiative d'une résiliation de leur contrat de travail pour faute grave dans le chef de l'employeur et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la suite par la juridiction du travail, traitant ainsi de manière différente ces deux catégories de salariés, est-il conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis (1) de la Constitution ? » ;

« L'article L. 124-7 du Code du travail qui prévoit le droit à une indemnité de départ pour les salariés licenciés par leur employeur avec effet immédiat et dont le licenciement est jugé abusif par la suite par la juridiction du travail, mais qui ne prévoit pas la même indemnité pour les salariés à l'initiative d'une résiliation de leur contrat de travail pour faute grave dans le chef de l'employeur et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la suite par la juridiction du travail, traitant ainsi de manière différente ces deux catégories de salariés, est-il conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis (1) de la Constitution ? » ;

Considérant que l'article L. 124-6 du Code du travail dispose :

« La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L. 124-10 ou sans respecter les délais de préavis visés aux articles L. 124-4 et L. 124-5 (en fait : les articles L. 124-3 et L. 124-4) est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir.

L'indemnité prévue à l'alinéa qui précède ne se confond ni avec l'indemnité de départ visée à l'article L. 124-7 ni avec la réparation visée à l'article L. 124-10.

(...) » ;

Considérant que l'article L. 124-7 du Code du travail dispose en son paragraphe 1 :

« Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée qui est licencié par l'employeur, sans que ce dernier y soit autorisé par l'article L. 124-10, a droit à une indemnité de départ après une ancienneté de services continus de cinq années au moins auprès du même employeur, lorsqu'il ne peut faire valoir des droits à une pension de vieillesse normale ; (...) » ;

Considérant que l'article L. 124-10 du Code du travail dispose en son paragraphe 1 :

« Chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme, pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie, avec dommages et intérêts à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate.

Le salarié licencié conformément à l'alinéa qui précède ne peut faire valoir le droit à l'indemnité de départ visée à l'article L. 124-7. » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant que le salarié licencié avec effet immédiat par son employeur et dont le licenciement est par la suite jugé abusif par la juridiction du travail et le salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont la résiliation est par la suite jugée justifiée par la juridiction du travail se trouvent dans une situation comparable en ce que, dans les deux hypothèses, la rupture de la relation de travail est imputable à l'employeur ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives et qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but ;

Considérant que suivant la jurisprudence des juridictions du travail, seul le salarié licencié abusivement avec effet immédiat par son employeur peut prétendre aux indemnités de préavis et de départ prévues respectivement aux articles L. 124-6 et L. 124-7 du Code du travail, tandis que le salarié qui a démissionné de façon justifiée avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur ne peut se voir allouer que des dommages-intérêts sur base de l'article L. 124-10 du même code ;

Qu'à la différence des dommages-intérêts, dont l'allocation présuppose la preuve de l'existence d'un préjudice en relation causale avec la rupture de la relation de travail, l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de départ sont des indemnités forfaitaires revenant au salarié du seul fait du caractère abusif du licenciement avec effet immédiat ;

Considérant que les dispositions sous examen, en ce qu'elles n'accordent pas au salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont

la résiliation est déclarée justifiée par la juridiction du travail, le bénéfice des indemnités de préavis et départ qui reviennent de plein droit au salarié dont le licenciement avec effet immédiat par l'employeur est déclaré abusif, instituent entre ces deux catégories de salariés se trouvant dans des situations comparables une différence de traitement qui ne procède pas de disparités objectives et qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant qu'il y a partant lieu de dire, par rapport aux deux questions préjudicielles posées, que les articles L. 124-6 et L. 124-7 du Code du travail ne sont pas conformes au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ; Par ces motifs : dit que par rapport aux questions préjudicielles posées, les articles L. 124-6 et L. 124-7 du Code du travail ne sont pas conformes au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

dit qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. ainsi que de la dénomination de la société à responsabilité limitée Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour d'appel, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 125/16 du 1^{er} juillet 2016

(Mémorial A n° 125 de 2016)

« Application du mécanisme de la compensation tel que prévu par l'article 190, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale pour les assurés ayant bénéficié d'une indemnité pécuniaire d'un régime d'assurance maladie non luxembourgeois - Code de la sécurité sociale, art. 190, al. 2 - Art. 10bis (1) et art. 111 - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il résulte de l'arrêt du Conseil supérieur de la sécurité sociale du 22 février 2016 que par jugement du 26 juillet 2013 du Conseil arbitral de la sécurité sociale X. a été déclarée invalide à titre permanent à partir du 8 mars 2010 et que par jugement du 24 avril 2015, après avoir constaté que X. a touché des indemnités pécuniaires de maladie de la part d'une caisse de maladie luxembourgeoise du 14 février 2010 au 18 janvier 2011, a bénéficié d'une pension d'invalidité à titre temporaire du 19 janvier au 1^{er} février 2011, a bénéficié d'une prestation de la part de la Caisse nationale d'assurance pension du 2 au 27 février 2011 et a perçu des prestations d'une caisse de maladie non-luxembourgeoise du 28 février 2011 au 26 septembre 2013, le Conseil arbitral a retenu que la Caisse nationale d'assurance pension a fixé le début de la pension d'invalidité au 27 septembre 2013, à l'expiration des prestations par une caisse de maladie non-luxembourgeoise, en conformité avec l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale ;

Considérant que X. a déféré le jugement du 24 avril 2015 au Conseil supérieur de la sécurité sociale qui, par arrêt du 22 février 2016, a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article 190 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution en tant qu'il exclut le mécanisme de la compensation tel que prévu par l'article

190 alinéa 2 pour les assurés ayant bénéficié d'une indemnité pécuniaire d'un régime d'assurance maladie non luxembourgeois »,

Considérant que l'article 190 du Code de la sécurité sociale dispose en ses alinéas 1 à 3 :

« La pension d'invalidité court du premier jour de l'invalidité établie, mais au plus tôt du jour où la condition de stage prévue à l'article 186 est remplie ; en cas d'exercice d'une activité non salariée soumise à l'assurance, elle ne commence à courir qu'à partir du jour de la cessation de cette activité. Toutefois en cas de conservation légale ou conventionnelle de la rémunération de l'activité salariée exercée avant l'échéance du risque elle ne court qu'à partir du jour de la cessation de cette rémunération. ... »

Pour la période pendant laquelle l'assuré bénéficiaire d'une pension d'invalidité a touché également une indemnité pécuniaire de maladie découlant de l'activité salariée exercée avant l'échéance du risque, la pension d'invalidité est versée à la caisse de maladie compétente qui transmet la différence éventuelle à l'assuré.

Toutefois, si l'assuré a bénéficié d'une indemnité pécuniaire d'un régime d'assurance maladie non luxembourgeois, la pension d'invalidité ne prend cours qu'à l'expiration du droit à cette indemnité.

... »

Considérant qu'il résulte de la pièce d'identité versée à la Cour constitutionnelle, à sa demande, que X. est de nationalité française et qu'elle réside en France ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution *« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »* ;

Considérant que l'article 111 de la Constitution dispose : *« 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 »* ;

qu'au regard de la nationalité française de X. la question soumise n'est pertinente qu'au vu de l'article 10bis combiné avec l'article 111 de la Constitution, que la Cour prend aussi en considération ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que l'article 190 du Code de la sécurité sociale prévoit en son alinéa 1 le droit à la pension d'invalidité à partir du premier jour de l'invalidité et institue en son alinéa 2 une règle qui exclut le cumul de revenus pour la même période en raison de la maladie et de l'invalidité ;

Considérant que l'article 190, alinéa 2, atteint le but du non-cumul en mettant à charge de l'institution luxembourgeoise débitrice de la pension d'invalidité l'obligation de transférer l'intégralité de la pension à l'institution luxembourgeoise qui a réglé des indemnités pécuniaires de maladie, à charge de celle-ci de payer au bénéficiaire de la pension d'invalidité le montant de la pension qui dépasse l'indemnité pécuniaire ;

que cette règle conserve au bénéficiaire d'une pension d'invalidité le droit à l'intégralité de sa pension à partir du premier jour de l'invalidité ;

Considérant que l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale dispose que la personne invalide qui touche une indemnité pécuniaire de maladie de la part d'une institution non-luxembourgeoise n'a droit à la pension d'invalidité qu'à partir du jour où cesse le droit à cette indemnité ;

que cette disposition, neutre par rapport à la nationalité et au lieu de résidence du bénéficiaire de la pension d'invalidité, est de nature à priver la personne invalide du revenu

correspondant au montant de la pension d'invalidité qui dépasse l'indemnité pécuniaire du seul fait que cette prestation est fournie par une institution étrangère ;

Considérant que ce traitement différent de la personne invalide suivant qu'elle perçoit une indemnité pécuniaire de maladie de la part d'une institution luxembourgeoise ou non-luxembourgeoise n'est pas rationnellement justifié et n'est pas proportionné au but légitime d'éviter un cumul de prestations ;

qu'en raison de la privation de la personne invalide du droit à l'intégralité de la pension d'invalidité dès le premier jour d'invalidité tant qu'elle bénéficie d'une indemnité pécuniaire de maladie de la part d'une institution étrangère l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution ;

Considérant qu'aucune disposition légale ne prévoit une exception à l'application de l'article 190, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale à l'égard des étrangers ;

Considérant que l'article 186 du Code de la sécurité sociale, relatif au droit à la pension d'invalidité, dispose :

« A droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans tout assuré justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins au titre des articles 171, 173 et 173bis pendant les trois années précédant la date de l'invalidité constatée par le médecin de contrôle ou de l'expiration de l'indemnité pécuniaire de maladie, s'il est atteint d'une invalidité au sens de l'article 187 ci-après. Cette période de référence de trois ans est étendue pour autant et dans la mesure où elle se superpose à des périodes visées à l'article 172 ainsi qu'à des périodes correspondant au bénéfice du complément prévu par la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti.

Toutefois, ce stage n'est pas exigé en cas d'invalidité imputable à un accident de quelque nature que ce soit ou à une maladie professionnelle reconnue en vertu des dispositions du présent code, survenus pendant l'affiliation. »

Considérant que l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale s'applique à l'égard des personnes qui ont acquis un droit à une pension d'invalidité, en application notamment des articles 186, 170, 171, 173 et 173bis du Code de la sécurité sociale, soit en raison d'un stage d'au moins douze mois d'assurance pension obligatoire durant une période de référence, ayant donné lieu, en principe, au paiement de cotisations, du fait d'une activité professionnelle exercée contre rémunération au Luxembourg ou à l'égard des personnes qui justifient de périodes assimilées à de telles périodes d'activité professionnelle, soit en raison d'une invalidité imputable à un accident de quelque nature que ce soit ou à une maladie professionnelle reconnue en vertu des dispositions du Code de la sécurité sociale, survenus pendant l'affiliation ;

que les étrangers auxquels s'applique l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale sont à considérer comme se trouvant sur le territoire du Luxembourg au sens de l'article 111 de la Constitution ;

Considérant que dès lors l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale, qui n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution, n'est pas non plus conforme à l'article 111 de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article 190, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale n'est pas conforme aux articles 10bis, paragraphe 1^{er}, et 111 de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

dit qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X. lors de la publication au Mémorial ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 126/16 du 9 décembre 2016

é A n° 254 de 2016)

« Différence de traitement dans le calcul des droits de succession des époux liés par un mariage et des partenaires liés, depuis moins de trois ans, par un partenariat au sens de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats - Loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, art. 28, numéros 2 et 3 - Art. 10bis (1) et 101 - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi du 13 juillet 2016 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg que X. met en cause, dans le cadre d'un litige tenant au montant des droits de succession à régler par lui dans la succession de son partenaire prédécédé, dont il est légataire dans le cadre d'un partenariat ayant duré moins de trois ans au moment du décès de celui-ci, la distinction entre, d'un côté, les dispositions de l'article 28, numéros 2 et 3, de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, ci-après « *la loi du 9 juillet 2004* », exigeant l'existence d'un partenariat d'une durée d'au moins 3 ans à la date du décès du partenaire afin de bénéficier du taux de base de 5 % au lieu du taux de 15 % dans l'hypothèse d'absence de descendant commun au jour dudit décès, et, d'un autre côté, les dispositions qui, pour le conjoint survivant, également dans l'hypothèse d'absence de descendant commun, prévoient un taux de base de 5 % quelle que soit la durée du mariage au jour du décès du conjoint prédécédé ;

Considérant que le tribunal a soumis, avant tout autre progrès en cause, à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 28, numéros 2 et 3 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, modifiant l'article 10 de la loi modifiée du 13 juin 1984 portant révision de certaines dispositions législatives régissant la perception des droits d'enregistrement, de succession et de timbre, en ce qu'ils soumettent les partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, sans enfants ni descendants communs, à la condition d'être liés depuis au moins trois ans par une déclaration de partenariat inscrite conformément aux dispositions de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats afin de pouvoir bénéficier :

- du droit de succession et du droit de mutation par décès de 5% ; et

- de l'abattement de 38.000 euros sur la part nette recueillie ou acquise par le partenaire survivant dans la succession du partenaire prédécédé sans laisser un ou plusieurs enfants communs ou des descendants de ceux-ci ;

alors qu'une telle condition de durée n'est pas imposée aux époux, sont-ils conformes aux articles 10bis et 101 de la Constitution ? » ;

Considérant que l'article 28 de la loi du 9 juillet 2004 dispose en ses numéros 2 et 3 que « *l'article 10 de la loi du 13 juin 1984 portant révision de certaines dispositions législatives régissant la perception des droits d'enregistrement, de succession et de timbre est complété comme suit : [...]*

2° Au numéro 2° lettre a) le texte est remplacé par la disposition suivante :

« entre époux ou entre partenaires au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats et liés depuis au moins trois ans par une déclaration de partenariat inscrite conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, sans enfants ni descendants communs, 5 % »

3° Le dernier alinéa de cet article est remplacé par la disposition suivante :

« pour le calcul des droits de succession, il est effectué un abattement de 38.000 euros sur la part nette recueillie ou acquise par le conjoint survivant dans la succession de l'époux prédécédé sans laisser un ou plusieurs enfants nés de leur commun mariage ou des descendants de ceux-ci et sur la part nette recueillie ou acquise par le partenaire, au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, survivant dans la succession du partenaire décédé et liés depuis au moins trois ans par une déclaration de partenariat inscrite conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats sans laisser un ou plusieurs enfants communs ou des descendants de ceux-ci ».

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. » ;

Considérant que l'article 101 de la Constitution dispose qu' « Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi. » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée ;

Considérant que le litige au principal porte sur la question du taux de base applicable à la succession ouverte le 10 décembre 2012, date du décès du partenaire de X. ; que c'est dès lors par rapport à la situation en droit à cette date que doit se situer l'analyse de la Cour ;

Considérant qu'à la base, l'intention du législateur en 2004 n'était pas celle de faire du partenariat une institution de même nature que le mariage ;

Qu'à partir de ce seul constat, la situation d'un conjoint, lié par le mariage, et celle d'un partenaire n'étaient à la base pas comparables ;

Considérant qu'il est vrai que le législateur, à travers plusieurs réformes, dont celle relative au taux de base des droits de succession dus par le partenaire survivant, a rapproché les régimes respectifs applicables aux conjoints et aux partenaires ;

Considérant que ces régimes respectifs ne sont cependant pas suffisamment proches pour être comparables, compte tenu de la différence voulue à la base par le législateur et se manifestant notamment en ce que le conjoint survivant est un héritier d'après la loi et que le partenaire survivant vient seulement à la succession de son partenaire prédécédé si un testament émanant de celui-ci l'institue comme légataire ;

Que cette différence majeure en droit empêche qu'une comparabilité suffisante puisse être dégagée au niveau des droits civils à la succession, dont découlent les droits de succession d'ordre fiscal litigieux au principal ;

Considérant que dès lors, à la date du 10 décembre 2012, les situations respectives du conjoint et du partenaire au sens de la loi du 9 juillet 2004 n'étaient pas suffisamment comparables pour permettre utilement l'application du principe de l'égalité devant la loi découlant de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Considérant qu'en raison de la non-comparabilité des situations du partenaire survivant et du conjoint survivant dans le contexte précis des droits de succession visés – qui résultent de la loi – la question posée est sans pertinence au regard des notions de privilège ou d'exemption au sens de l'article 101 de la Constitution ;

Considérant que l'article de la loi visé par la question préjudicielle n'est dès lors contraire ni à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, ni à l'article 101 de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 28, numéros 2 et 3, de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, modifiant l'article 10 de la loi modifiée du 13 juin 1984 portant révision de certaines dispositions législatives régissant la perception des droits d'enregistrement, de succession et de timbre, n'est contraire ni à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, ni à l'article 101 de la Constitution ;

dit que dans les 30 jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

dit qu'il sera fait abstraction des nom et prénoms de X. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, huitième chambre, dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 127/16 du 9 décembre 2016

(Mémorial A n° 254 de 2016)

*« Exclusion dans l'article 5, alinéa 3 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles des constructions en zone verte pour les activités équestres - Loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, art. 5 - Art. 11*bis* - conforme »*

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage du jugement du tribunal administratif du 20 juillet 2016, que le 11 août 2015, les consorts Y. et X., en leur qualité respectivement de propriétaire et d'exploitant d'un centre équestre, ont saisi ledit tribunal d'un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du ministre de l'Environnement du 11 mai 2015 dans la mesure où il leur a accordé *ex post* l'autorisation de construire un mur en gabions et d'aménager un remblai pour la construction de 10 paddocks sur une parcelle inscrite au cadastre de la commune de Bech, sous le numéro 6/1514, section F de Marscherwald, au lieu-dit « *Hersberger Marscherwald* », tout en limitant l'utilisation des 10 paddocks « *à des fins strictement agricoles, c-à-d à la détention de juments poulinières et, le cas échéant, d'étalons reproducteurs et l'élevage de poulains nés sur place, tout comme l'élevage de poulains* »;

que dans son susdit jugement, le tribunal administratif a rappelé qu'en vertu de l'article 5, alinéa 3, de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, seules peuvent être érigées en zone verte, sur autorisation du ministre compétent, des constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole ou cynégétique ou à un but d'utilité publique ;

que le tribunal administratif a encore relevé que sont à considérer comme étant conformes à l'affectation d'une zone agricole, les constructions et installations qui sont nécessaires à l'exploitation agricole, c'est-à-dire qui sont utilisées pour la production de denrées se prêtant à la consommation et à la transformation et provenant de la culture de végétaux et de la garde d'animaux de rente et que ces constructions et installations doivent avoir un lien fonctionnel direct avec l'exploitation agricole ;

que le tribunal administratif a de plus retenu que l'élevage de chevaux, comportant notamment la détention de juments poulinières et, le cas échéant, d'étalons reproducteurs et l'élevage des poulains nés sur place, tout comme l'élevage de poulains ou de jeunes chevaux appartenant à des tiers, ainsi que, le cas échéant, le débouillage des jeunes chevaux à la selle ou à l'attelage, relèvent d'une activité agricole, tandis que la seule garde de chevaux à des fins commerciales ou à des fins de loisir, sans exploitation agricole, tout comme la pratique du sport équestre sans rapport avec l'agriculture, ne sont pas admis comme autorisables en zone verte ;

Considérant que sur ce, le tribunal administratif a posé à la Cour constitutionnelle la question suivante :

« L'article 5 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, en ce qu'il limite les constructions autorisables en zone verte aux seules constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole ou cynégétique ou à un but d'utilité publique, et en excluant les activités équestres, est-il conforme à l'article 11bis de la Constitution ? »

Considérant qu'en vertu de l'article 5, alinéa 2, de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles : *« Dans les communes régies par un projet d'aménagement général couvrant l'ensemble de leur territoire, toute construction, incorporée au sol ou non, n'est autorisée que dans les zones affectées à l'habitation, à l'exploitation de commerces, à l'implantation d'industries, aux installations et constructions sportives et assimilées, ainsi qu'à d'autres destinations nécessitant en ordre principal des constructions immobilières sur la totalité de l'aire concernée »* ;

que l'alinéa 3 dudit article 5 dispose : *« Dans les parties du territoire de ces communes situées en dehors des zones définies à l'alinéa qui précède, parties dénommées « zone verte » dans la présente loi, seules peuvent être érigées des constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole ou cynégétique ou à un but d'utilité publique. Les constructions restent cependant soumises à l'autorisation du Ministre »* ;

Considérant que l'article 11bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution garantit la protection de l'environnement humain et naturel ;

Considérant que par arrêt du 26 septembre 2008, affaire n° 00046 du registre, la Cour constitutionnelle a retenu qu'en édictant une législation qui restreint la possibilité de construire des ouvrages dans certaines zones dignes de protection, l'Etat exécute la mission lui conférée par l'article 11bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

Considérant que l'article 11bis, paragraphe 2, de la Constitution, appelle l'Etat à promouvoir la protection et le bien-être des animaux ;

Que cette norme constitutionnelle vise à assurer le respect de l'animal, pour soi-même, dans la manière de l'utiliser et de le traiter ;

Considérant qu'en n'autorisant pas les constructions nouvelles d'immeubles destinés à des activités équestres de nature commerciale ou de loisir, dans des zones définies qui ne couvrent pas l'ensemble du territoire, l'Etat ne pose pas de mesure qui contrevient à la norme constitutionnelle de promotion de la protection et du bien-être des animaux ;

qu'il y a partant lieu de dire que par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 5 de la loi modifiée du 19 janvier 2004, qui fait partie de la législation ayant pour objet la protection de l'environnement humain et naturel, n'est pas contraire à l'article 11bis de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que par rapport à la question préjudicielle posée, l'article 5 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles n'est pas contraire à l'article 11bis de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation ;

dit qu'il sera fait abstraction des noms et prénoms de X. et Y. lors de la publication de l'arrêt au Mémorial ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au greffe du tribunal administratif, juridiction dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 128/17 du 17 mars 2017

(Mémorial A n° 353 de 2017)

« Différence de traitement entre des artisans boulangers pâtisseries et des stations de service concernant la restriction de l'activité de vente - Loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, art. 2.h) et 3 - Art. 10bis(1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi du tribunal administratif du 27 octobre 2016 que la société à responsabilité limitée X. a saisi ledit tribunal d'un recours tendant à l'annulation d'une décision du Ministre de l'Economie du 23 juillet 2015 portant refus de lui octroyer une dérogation aux heures d'ouverture légales de son commerce de boulangerie-pâtisserie et qu'elle a fait valoir que le régime instauré par la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat aurait pour conséquence qu'elle serait traitée de manière inégalitaire et discriminatoire par rapport aux stations de service qui ne seraient pas soumises aux restrictions horaires édictées par ladite loi, à condition que leur surface de vente ne dépasse pas 20 m² ; qu'elle serait dans une situation comparable à celle des stations de service voisines et concurrentes qui vendent le même type d'articles de boulangerie-pâtisserie sans être pour autant soumises, comme elle, à des restrictions d'heures d'ouverture, de sorte à conclure que cette différence de traitement ne serait ni objective, ni rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée à son but, mais contraire à l'article 10bis, voire à l'article 111 de la Constitution ;

Considérant que par le jugement du 27 octobre 2016, le tribunal administratif a, avant tout autre progrès en cause, soumis la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

« Les dispositions de la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat dans sa version actuellement en vigueur suite à l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2012 modifiant la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat ayant notamment abrogé l'ancien article 5 de ladite loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat sont-elles conformes à l'article 10bis paragraphe 1^{er} de la Constitution dans la mesure où elles instaurent une différence de traitement au niveau du régime des heures de fermeture à respecter entre le boulanger pâtissier et les stations-service, vendant tous deux des articles de boulangerie-pâtisserie ? » ;

Considérant qu'initialement l'article 3 de la loi du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat disposait que :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par heures de fermeture les plages d'horaires se situant :

a) avant 06.00 heures et après 13.00 heures les dimanches et jours fériés légaux ;

b) avant 06.00 heures et après 18.00 heures les samedis et les veilles de jours fériés légaux ;

c) avant 06.00 heures et après 20.00 heures les autres jours ; toutefois, une fois par semaine, l'heure de fermeture peut être retardée de 20.00 heures à 21.00 heures. » ;

Considérant que la loi du 21 juillet 2012 a modifié l'article 3 sub b) et c) de la loi du 19 juin 1995 comme suit :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par heures de fermeture les plages d'horaire se situant :

a) (...)

b) avant 06.00 heures et après 19.00 heures les samedis et les veilles de jours fériés légaux à l'exception des veilles des jours fériés de la fête nationale, de Noël et du jour de l'an, où l'heure de fermeture est fixée à 18.00 heures ;

c) avant 06.00 heures et après 20.00 heures les autres jours ; toutefois, une fois par semaine, l'heure de fermeture peut être retardée à 21.00 heures. » ;

Considérant que l'article 2 de la loi modifiée du 19 juin 1995 dispose que :

« Ne tombent pas sous l'application de la présente loi : (...)

f) les magasins (...) de boulangerie, de pâtisserie, de confiserie (...) à l'intérieur des gares ;

(...)

h) les stations de service pour véhicules automoteurs pour ce qui est du remorquage de véhicules, de la vente de carburant, de lubrifiant, de pièces de rechange, accessoires ou produits d'entretien de première nécessité pour le bon fonctionnement et le dépannage de véhicules automoteurs ainsi que de la vente de produits alimentaires et non-alimentaires de premier besoin à condition que la surface de vente nette de ces derniers se situe dans le rayon délimité de la caisse de la station et ne dépasse pas 20 m², et ceci sans préjudice des dispositions de la loi du 21 février 1976 ayant pour objet d'instaurer un jour de fermeture hebdomadaire dans les stations de vente de carburant et de lubrifiant pour véhicules automoteurs ;

(...) » ;

Considérant qu'initialement l'article 5 de la loi du 19 juin 1995 disposait que :

« Peuvent déroger aux heures de fermeture arrêtées à l'article 3 de la présente loi les petits magasins de détail tels qu'ils sont prévus au dernier alinéa de l'article 7 de la loi du 28 décembre 1988 : 1. réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; 2. modifiant l'article 4 de la loi du 2 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise dans l'exercice des métiers » ;

Considérant que l'article 5 visait, aux termes de l'article 7, dernier alinéa, de la loi du 28 décembre 1988, le « petit commerce à agencement local réduit n'occupant normalement qu'une seule personne assistée des membres de sa famille » ;

Considérant que la loi du 21 juillet 2012 a abrogé l'article 5 de la loi du 19 juin 1995 ;

Considérant que ladite loi a ajouté à l'article 7 de la loi du 19 juin 1995 la disposition suivante :

« Tout exploitant d'un magasin de détail peut obtenir à titre individuel, une fois par année de calendrier, l'ouverture en continu de son établissement pendant vingt-quatre heures, à partir de l'heure d'ouverture normale du magasin. » ;

Considérant que l'article 6 de la loi modifiée du 19 juin 1995 dispose que :

« Par dérogation aux dispositions de l'article 3 et sans préjudice des exceptions prévues à l'article 2 ci-dessus, (...) les boulangeries, les pâtisseries, (...) peuvent rester ouverts les dimanches et jours fériés légaux jusqu'à 18.00 heures. » ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. » ;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle de l'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans des situations comparables au regard de la mesure invoquée ;

Considérant que l'activité de la société à responsabilité limitée X. consiste dans la production artisanale d'articles de boulangerie-pâtisserie et dans la vente de ses produits dans son magasin ;

Considérant qu'en tant qu'activité accessoire à la vente de carburant, les stations de service vendent également des produits de boulangerie-pâtisserie ;

Considérant qu'à cet égard la société X. et les stations de service se trouvent dans des situations comparables et dans un rapport de concurrence ;

Considérant que l'artisan boulanger est astreint dans son activité de vente de ses produits de boulangerie-pâtisserie aux heures de fermeture fixées par l'article 3 de la loi du 19 juin 1995, telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2012 ;

Considérant que les stations de service ne sont pas soumises à cette astreinte pour ne pas relever du champ d'application de la loi en ce qui concerne la vente de produits alimentaires de premier besoin, dont font partie les produits de boulangerie-pâtisserie, si la surface de vente nette se situe dans le rayon délimité de la caisse de la station et ne dépasse pas 20 m² ;

Considérant que la restriction de l'activité de vente de ses produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger aux heures légales d'ouverture de son magasin par rapport aux stations de service qui peuvent vendre des produits de boulangerie- pâtisserie vingt-quatre heures sur vingt-quatre crée entre les deux commerçants une disparité au détriment du premier ;

Considérant que cette disparité ne procède pas de critères objectifs et n'est pas rationnellement justifiée ;

Considérant que dans la mesure où la loi du 19 juin 1995, dans sa teneur issue de la loi du 21 juillet 2012, crée une discrimination en termes d'égalité de traitement, ses articles 2.h) et 3, pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie- pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que les articles 2.h) et 3 de la loi du 19 juin 1995, telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2012, réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A ;

dit qu'il sera fait abstraction du nom de la société à responsabilité limitée X. lors de la publication de l'arrêt au Journal officiel ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 129/17 du 7 juillet 2017

(Mémorial A n° 638 de 2017)

« différence de traitement de personnes, partenaires d'un bénéficiaire d'une pension de vieillesse ou d'invalidité, en fonction de la différence d'âge les séparant - Code de la sécurité sociale, art. 196, al. 2, point c) - Art. 10bis (1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que dans le cadre de l'appel contre un jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale ayant rejeté le recours formé par X. contre les décisions des instances compétentes de la Caisse nationale d'assurance pension refusant de faire droit à la demande de X. en obtention d'une pension de survie, suite au décès, le 16 février 2014, de Y., titulaire d'une pension de vieillesse anticipée depuis le 9 mai 1999 et avec lequel X. avait contracté le 14 mars 2011 un partenariat enregistré, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déferé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 196, alinéa 2, point c) du Code de la sécurité sociale en ce qu'il interdit au partenaire, dans l'hypothèse où le bénéficiaire d'une pension de vieillesse ou d'invalidité est son aîné de plus de quinze années, de percevoir une pension de survie au décès de ce dernier, alors que pareille restriction est exclue dans l'hypothèse où le bénéficiaire de pension est son aîné de moins de quinze années, est-il conforme à l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution ? » ;

Considérant que le Code de la sécurité sociale dispose en son article 196, alinéa 1, que « La pension de survie du conjoint ou du partenaire au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, n'est pas due : - lorsque le mariage ou le partenariat a été conclu moins d'une année soit avant le décès, soit avant la mise à la retraite pour cause d'invalidité ou pour cause de vieillesse de l'assuré ; - lorsque le mariage ou le partenariat a été contracté avec un titulaire de pension de vieillesse ou d'invalidité. » ;

Que l'alinéa 2 du même article 196 dispose ensuite, sous les points c) et d), que « Toutefois, l'alinéa 1 n'est pas applicable, si au moins une des conditions ci-après est remplie : (...) c) lorsque le bénéficiaire de pension décédé n'a pas été l'aîné de son conjoint ou de son partenaire de plus de 15 années et que le mariage ou le partenariat a duré, au moment du décès, depuis au moins une année ; d) lorsque le mariage ou le partenariat a duré au moment du décès du bénéficiaire de pension depuis au moins dix années. » ;

Considérant que la question préjudicielle, bien que focalisée sur la différence d'âge entre partenaires, opérée par l'article 196, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale pour l'obtention d'une pension de survie par le partenaire survivant en cas de décès du partenaire titulaire d'une pension d'invalidité ou de vieillesse au moment de la conclusion du partenariat, doit être considérée comme soumettant à l'examen de la Cour constitutionnelle également la condition de la durée du partenariat posée par le même article 196, alinéa 2, dans la mesure où la condition de la différence d'âge entre partenaires est combinée, par ladite disposition légale, avec une condition de durée du partenariat, les deux conditions étant cumulatives ;

Considérant que l'article 196, alinéa 1, du Code de la sécurité sociale, exclut en principe du bénéfice de la pension de survie, le conjoint ou le partenaire survivant, du moment qu'au moment de la conclusion du mariage ou du partenariat, le conjoint ou le partenaire prédécédé était titulaire d'une pension de vieillesse ou d'invalidité ;

Que par exception, l'article 196, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale, admet, sous certaines conditions, le conjoint ou le partenaire survivant au bénéfice de la pension de survie ;

Que dans le cas de X. cette condition est, au regard des dispositions combinées des points c) et d) de l'alinéa 2 de l'article 196 du Code de la sécurité sociale, une durée du partenariat enregistré de 10 ans, compte tenu de la différence d'âge de plus de 15 ans ayant existé entre le partenaire prédécédé et le partenaire survivant ;

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. » ;

Considérant que le législateur, en reconnaissant, par exception à l'exclusion prévue par l'article 196, alinéa 1, du Code de la sécurité sociale, un droit à la pension de survie à certains conjoints survivants ou partenaires survivants, est tenu de mettre en œuvre cette exception dans le respect de la règle constitutionnelle d'égalité ;

Considérant que la règle constitutionnelle d'égalité s'oppose à ce que des catégories de personnes, se trouvant dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée, soient traitées de manière différente, à moins que la différence de traitement instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que les risques liés à la vieillesse ou l'invalidité sont couverts, dans le système de protection sociale luxembourgeois, par un régime contributif à caractère professionnel, financé par les cotisations, notamment des assurés, même si les pouvoirs publics contribuent aux charges du régime de pension par le biais des recettes fiscales générales ;

Que le système de protection sociale luxembourgeois prend également en charge le risque lié à la disparition du conjoint ou du partenaire, titulaire d'une pension personnelle d'invalidité ou de vieillesse, par l'allocation au conjoint ou au partenaire survivant d'une pension de survie, sous réserve des exclusions prévues par la loi ;

Que le conjoint ou le partenaire survivant qui est en droit d'obtenir une pension de survie est titulaire d'un droit dérivé, en ce sens qu'il peut bénéficier de prestations de réversion sans avoir payé des cotisations ;

Considérant qu'au regard des bases du régime de pension et de la nature du droit des titulaires d'une pension de survie, le législateur a exclu du bénéfice de la pension de survie les conjoints ou partenaires survivants qui se sont mariés ou ont contracté un partenariat avec un assuré qui était titulaire d'une pension d'invalidité ou de vieillesse au moment du mariage ou de la conclusion du partenariat ;

Considérant que par exception à la règle d'exclusion, précitée, l'article 196, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale, permet à certains conjoints ou partenaires survivants d'être admis au bénéfice de la pension de survie ;

Que la différence d'âge entre conjoints ou partenaires prévue par la loi est en elle-même un critère objectif ;

Qu'a priori ce critère permet d'éviter que l'exclusion des conjoints ou des partenaires survivants du bénéfice de la pension de survie prévue par l'article 196, alinéa 1, du Code de la sécurité sociale soit vidée de toute substance ;

Considérant qu'avec la fixation d'un seuil de différence d'âge entre le conjoint ou le partenaire prédécédé et le conjoint ou le partenaire survivant, le législateur a entendu restreindre les situations dans lesquelles, au droit à la pension de l'assuré, qui découle de ses cotisations personnelles, viennent s'ajouter des prestations de réversion dans le chef du conjoint ou du partenaire survivant sans que ces prestations n'aient fait l'objet ni directement ni indirectement de cotisations ;

Que le risque de perturbation des bases du régime de pension est d'autant plus accentué que la différence d'âge, au moment de la conclusion du mariage ou du partenariat, entre les conjoints ou les partenaires est plus grande ;

Que la fixation d'un seuil de différence d'âge à plus ou à moins de 15 ans n'apparaît ainsi pas comme manifestement déraisonnable ou comme inadéquate ;

Considérant qu'au regard des développements qui précèdent, et compte tenu du fait qu'il appartient au seul législateur de fixer les exceptions à la règle d'exclusion du bénéfice de la pension de survie instituée par l'article 196, alinéa 1, du Code de la sécurité sociale, la fixation d'un seuil de différence d'âge entre conjoints ou partenaires, combinée avec une condition de durée du mariage ou du partenariat, se trouve également dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi ;

Que le fait que la condition de durée du mariage ou du partenariat varie suivant que la différence d'âge entre conjoints ou partenaires est de plus ou de moins de 15 ans, n'affecte pas cette proportionnalité, le législateur disposant à cet égard d'une marge d'appréciation relative à la durée du mariage ou du partenariat pouvant être considérée comme suffisante pour compenser la différence d'âge entre conjoints ou partenaires ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 196, alinéa 2, point c), du Code de la sécurité sociale n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

Par ces motifs,

dit que l'article 196, alinéa 2, point c), du Code de la sécurité sociale n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution,

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A,

dit qu'il sera fait abstraction du nom des personnes physiques dans l'affaire au fond lors de la publication de l'arrêt au Journal officiel,

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur de la sécurité sociale dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 130/17 du 24 novembre 2017

(Mémorial A n° 1009 de 2017)

« différence de régime d'un candidat au reclassement occupant son dernier poste de travail en fonction de son ancienneté - Code du travail, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe, art. L. 551-1, par. 1, al. 2 - Art. 10bis (1) - conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant que, saisie par le Contrôle médical de la sécurité sociale – le médecin-conseil ayant estimé que nonobstant le fait de ne pas être invalide au sens de la loi, A. était susceptible de présenter une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail – la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail avait, suivant décision du 24 mars 2016, déclaré la demande en reclassement de A. irrecevable sur base de l'article L. 551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du Code du travail, au motif que l'intéressé avait occupé son dernier poste de travail

depuis moins de trois ans et qu'il n'était pas en possession d'un certificat d'aptitude à ce poste de travail établi par le médecin du travail lors de son embauche ;

Considérant que, saisi du recours dirigé par A. contre la décision précitée, le Conseil arbitral de la sécurité sociale avait, suivant jugement du 25 novembre 2016, rejeté la demande tendant à voir saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle et avait confirmé la décision entreprise ;

Considérant que sur appel interjeté par A. contre ce jugement, le Conseil supérieur de la sécurité sociale, réformant, a, par arrêt du 1^{er} juin 2017, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« L'article L. 551-1. (1), alinéa 2, du Code du travail

- tel qu'il a été modifié par la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe

- en ce qu'il impose aux salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans d'être en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail, afin d'être éligibles pour le reclassement professionnel,

- en ce qu'il opère dès lors une distinction entre les salariés engagés de moins de 3 ans à leur dernier poste et ceux engagés de plus de 3 ans à leur dernier poste de travail,

- est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution luxembourgeoise aux termes duquel « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ? » ;

Considérant que l'article L. 551-1, paragraphe 1, du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 23 juillet 2015, dispose que :

« Le salarié qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qui par suite de maladie ou d'infirmité présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail, peut bénéficier, dans les conditions prévues au présent Titre, d'un reclassement professionnel interne ou d'un reclassement professionnel externe, ainsi que du statut de personne en reclassement professionnel.

Les salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans ne sont éligibles pour le reclassement professionnel que sous condition qu'ils soient en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail. Le médecin du travail compétent en informe la Commission mixte lors de la saisine. » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives et qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant que le législateur, en subordonnant, par la loi du 23 juillet 2015, l'éligibilité du salarié qui occupe son dernier poste de travail depuis moins de trois ans pour un éventuel reclassement à la possession d'un certificat d'aptitude à ce poste de travail établi par le médecin du travail lors de l'embauche, a voulu contrecarrer la collusion entre l'employeur et le salarié consistant, pour l'employeur, à embaucher des salariés qui, dès le début des relations de travail, étaient médicalement inaptes à exercer leur emploi, et ce en vue de faire supporter, par le biais du reclassement, tout ou partie de leur rémunération par la collectivité ;

Considérant qu'il peut être présumé que le salarié qui a occupé son dernier poste de travail depuis trois ans est un salarié médicalement apte au travail depuis le début des relations de travail ;

Considérant que le risque de collusion que le législateur entend combattre n'existe donc pas relativement au salarié, candidat au reclassement, qui a occupé son dernier poste de travail depuis trois ans au moins ;

Considérant que la différence de régime entre le candidat au reclassement occupant son dernier poste de travail depuis moins de trois ans et devant présenter un certificat d'aptitude au travail et le candidat au reclassement occupant son dernier poste de travail depuis trois ans au moins et ne devant pas présenter ce certificat, procède dès lors de disparités objectives et est rationnellement justifiée ; qu'elle est également adéquate et proportionnée à son but, dès lors qu'elle ne soumet pas le salarié, candidat au reclassement, devant présenter le certificat d'aptitude, à une contrainte majeure, ce salarié disposant normalement d'un tel certificat d'aptitude en raison des dispositions pénales édictées en vue d'en assurer l'établissement et des possibilités d'intervention de l'Inspection du Travail et des Mines pour remédier à la carence de l'employeur ;

Considérant, dès lors, que par rapport à la question préjudicielle posée, l'article L. 551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du Code de travail, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe, est conforme à l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article L. 551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du Code du travail, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe, est conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A ;

dit qu'il sera fait abstraction des nom et prénoms de A. lors de la publication de l'arrêt au Journal officiel ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur de la sécurité sociale dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Arrêt n° 131/17 du 8 décembre 2017

(Mémorial A n° 1042 de 2017)

« Modalités de la détermination de la contribution supplémentaire à verser par certaines communes au fonds pour l'emploi - Loi du 30 juin 1976, art. 8, par. (3) - Art. 107, par. (1) - non conforme »

(...)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi du 21 juin 2017 qu'après avoir déclaré irrecevable le recours de la commune de Leudelange pour autant qu'il était dirigé contre la circulaire n° 3344 du 4 février 2016 du ministre de l'Intérieur intitulée « *impôt commercial (ICC) – paiement solde 2015 – Retenue à titre de contribution au Fonds pour l'emploi* », le tribunal administratif a déclaré recevable le recours principal en réformation pour autant qu'il

était dirigé contre la décision n° V/2016/48 du directeur de l'Administration des Contributions directes du 8 février 2016 concernant la participation de la commune de Leudelange au produit de l'ICC perçu en 2015 et, au fond, avant tout autre progrès en cause, a soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 8, paragraphe (3) de la loi du 30 juin 1976 en ce qu'il instaure une contribution supplémentaire enlevant aux communes une part substantielle de leurs recettes provenant de l'ICC sans pour autant préciser les modalités de détermination de cette contribution est-il conforme à l'article 107, paragraphe (1) de la Constitution ? » ;

Considérant que le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant création d'un Fonds pour l'emploi (ci-après « la loi du 30 juin 1976 »), y ajouté par l'article 14 de la loi du 19 décembre 2014 relative à la mise en œuvre du paquet d'avenir – première partie (2015), est libellé comme suit :

« 3. Une contribution supplémentaire d'un maximum de 12 millions d'euros pour l'ensemble des communes est versée exclusivement par des communes déterminées au fonds pour l'emploi qui perçoivent des montants d'impôt commercial dépassant proportionnellement de façon substantielle la moyenne du pays. Un règlement grand-ducal fixe les modalités de calcul de la contribution supplémentaire. » ;

Considérant que l'article 107, paragraphe 1^{er}, de la Constitution dispose que :

« Les Communes forment des collectivités autonomes, à base territoriale, possédant la personnalité juridique et gérant par leurs organes leur patrimoine et leurs intérêts propres. » ;

Considérant que la contribution supplémentaire visée par l'article 8, paragraphe 3, de la loi du 30 juin 1976 est appelée à provenir directement de l'impôt commercial communal que perçoivent certaines communes ;

Que l'impôt commercial est l'un des impôts communaux limitativement prévus par la loi, dont les dispositions du paragraphe 1 du « *Gewerbsteuer-Gesetz (GewStG)* » du 1^{er} décembre 1936, tel que maintenu en vigueur par l'arrêté grand-ducal du 26 octobre 1944, prévoyant que « *Die Gemeinden sind berechtigt, eine Gewerbesteuer als Gemeindesteuer zu erheben.* » ;

Considérant que la question préjudicielle, telle que soumise à la Cour par la juridiction de renvoi, réduit le contrôle à effectuer sur l'article 8, paragraphe 3, de la loi du 30 juin 1976, qui ne soumet que certaines communes à la contribution supplémentaire y prévue, en le limitant à la question de la précision des modalités de détermination de cette contribution ;

Considérant que la Cour n'est pas saisie de la question de principe en amont de savoir si, pour une ressource propre d'une commune, tel l'impôt commercial communal, dont elle peut librement disposer dans l'exercice de ses compétences d'après les dispositions de l'article 9.1. de la Charte européenne de l'autonomie locale faite à Strasbourg le 15 octobre 1985, approuvée par la loi du 18 mars 1987 (ci-après « la Charte »), le législateur peut décider d'affecter à une entité étatique une partie de l'impôt ainsi perçu dans l'intérêt d'une commune ;

Considérant que la Cour est amenée à appliquer les dispositions de l'article 107 de la Constitution, et plus particulièrement son paragraphe 1 consacrant le principe de l'autonomie communale, à l'aune de dispositions claires et précises de la Charte, en ce qu'elles se recouvrent avec celles de la Constitution ;

Considérant que le texte de l'article 8, paragraphe 3, de la loi du 30 juin 1976, en ce qu'il vise des communes qui perçoivent des montants d'impôt commercial communal « *dépassant proportionnellement de façon substantielle la moyenne du pays* », n'est pas précis, ce constat ayant déjà été effectué par le Conseil d'Etat dans son avis sur le texte du projet de loi (Doc. parl. N°7622², pp. 18 à 20) qui n'a cependant pas été modifié en conséquence ;

Que l'imprécision est triple en ce qu'il n'est pas énoncé par rapport à quelles données le dépassement doit être proportionnel, que la notion de « *substantielle* » ne se trouve pas

autrement cadrée et que « *la moyenne du pays* » laisse d'indiquer par rapport à quel référentiel celle-ci serait à déterminer ;

Considérant que tant le Conseil d'Etat, dans son avis précité, que le jugement de renvoi ont conclu à une non-application des dispositions de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, la matière n'étant pas expressément réservée à la loi par la Loi fondamentale ;

Considérant qu'il est constant que la contribution sous analyse est dite supplémentaire, dès lors qu'il existe, avec intermittences depuis 1976, une contribution actuellement prévue par l'article 8, paragraphe 2, de la loi du 30 juin 1976 qui vise toutes les communes et précise le taux applicable pour toutes, qui est actuellement de 2 % ;

Considérant que le principe de l'autonomie communale consacré par l'article 107, paragraphe 1, de la Constitution, dans un esprit de subsidiarité, en ce que les communes gèrent par leurs organes leur patrimoine et leurs intérêts propres, emporte une autonomie financière certaine et suffisante à la lumière de l'article 9.1. de la Charte, lequel énonce que les collectivités locales ont droit à des ressources propres suffisantes dont elles peuvent disposer librement dans l'exercice de leurs compétences ;

Que d'après l'article 9.2. de la Charte, ces ressources financières doivent être proportionnées aux compétences prévues par la Constitution ou la loi et d'après l'article 4.4. de la Charte, ces compétences doivent être normalement pleines et entières et ne peuvent être mises en cause ou limitées par une autre autorité, centrale ou régionale, que dans le cadre de la loi ;

Considérant que l'article 107, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ensemble les articles 4.4., 9.1. et 9.2. de la Charte, exigent, pour une contribution supplémentaire, telle celle sous analyse, ne visant que certaines communes et provenant d'un impôt communal, que le mécanisme mis en place soit déterminable à partir du texte de loi sur base de conditions et modalités suffisamment précises fixées dans la loi ;

Considérant qu'il en suit que l'article 8, paragraphe 3, de la loi du 30 juin 1976, en ce qu'il manque de la précision requise sous les aspects pertinents, n'est pas conforme à l'article 107, paragraphe 1, de la Constitution ;

Par ces motifs,

dit que l'article 8, paragraphe 3, de la loi du 30 juin 1976 portant création d'un Fonds pour l'emploi, y introduit par l'article 14 de la loi du 19 décembre 2014 relative à la mise en œuvre du paquet d'avenir – première partie (2015), n'est pas conforme à l'article 107, paragraphe 1, de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Annexe 2 : Les membres de la Cour Constitutionnelle dans l'ordre de leur nomination

NOM	Président	Vice-Président	Membre
REILAND Guy Départ à la retraite : 31.12.1997	01.10. 1997 au 31.12.1997		
KILL Georges Départ à la retraite : 31.12.2003		01.10.1997 au 31.12.2003	
THILL Marc Départ à la retraite : 31.03.2007 décédé le 15.11.2012	01.01.1998		01.10.1997
GRETSCH Raoul Départ à la retraite : 11.03.2000			01.10.1997
SCHLUNGS Marc Départ à la retraite : 29.09.2008	01.04.2007		01.10.1997
ENGEL Marie-Paule Départ à la retraite : 01.05.2012	Arrêté de nomination : 27.09.2008 Prestation de serment : 30.09.2008 Effet : 01.10.2008		01.10.1997
MOUSEL Léa Départ à la retraite : 17.10.2012			01.10.1997
WANTZ Andrée Départ à la retraite : 01.10.2009			01.10.1997
LANNERS Marion Départ à la retraite : 01.01.2008		01.01.2004	01.10.1997
KIPGEN Jean Départ à la retraite : 21.06.1999 Décédé le 23.01.2013			01.01.1998
JENTGEN Jean Départ à la retraite : 01.11.2008			Arrêté de nomination : 05.11.1999 Prestation de serment : 16.12.1999

SCHMIT Roland Départ à la retraite : 01.11.2006			Arrêté de nomination : 29.04.2000 Prestation de serment : 15.06.2000
GOERENS Jean-Mathias Départ à la retraite : 01.02.2008			Arrêté de nomination : 12 janvier 2004 Prestation de serment : 19.01.2004
HAVE Marie-Jeanne Décédée le 4.11.2010			Arrêté de nomination : 10.11.2006 Prestation de serment : 29.11.2006 Pas d'effet
GERARD Edmond Départ à la retraite : 01.05.2012			Arrêté de nomination : 24.07.2007 Prestation de serment : 31.08.2007 Pas d'effet
RAVARANI Georges Nomination juge à la Cour européenne des droits de l'Homme : 01.11.2015		Arrêté de nomination : 21.12.2007 Prestation de serment : 08.01.2008 Effet :01.01.2008	
DELAPORTE Francis		Arrêté de nomination : 07.10.2015 Prestation de serment : 15.10.2015 Effet :01.11.2015	Arrêté de nomination : 07.03.2008 Prestation de serment : 20.03.2008 Pas d'effet
SANTER Georges Départ à la retraite : 01.08.2016	02.05.2012		Arrêté de nomination : 19.12.2008 Prestation de serment : 12.01.2009 Pas d'effet
BAULER Eliette Démission honorable : 01.02.2012			Arrêté de nomination : 30.01.2009 Prestation de serment : 6.02.2009 Pas d'effet

CONZEMIUS Edmée Départ à la retraite : 01.11.2015			Arrêté de nomination : 18.11. 2009 Prestation de serment : 15.12.2009 Pas d'effet
FOLSCHEID Irène Départ à la retraite : 03.06.2016			Arrêté de nomination : 29.01.2011 Prestation de serment : 17.02.2011 Pas d'effet
BETZ Monique Départ à la retraite : 01.10.2013			Arrêté de nomination : 02.03.2012 Prestation de serment : 26.03.2012 Pas d'effet -
LUDOVICY Romain			Arrêté de nomination : 05.05.2012 Prestation de serment : 04.06.2012 Pas d'effet
WIWINIUS Jean-Claude	Arrêté de nomination : 30.05.2016 Prestation de serment : 13.06.2016 Effet : 02.08.2016		Arrêté de nomination : 05.05.2012 Prestation de serment : 04.06.2012 Pas d'effet
HEYARD Carlo			Arrêté de nomination : 12.10.2012 Prestation de serment : 22.10.2012 Pas d'effet
STEFFEN Marie-Anne Départ à la retraite : 19.11.2015			Arrêté de nomination : 12.09.2013 Prestation de serment : 02.10.2013 Effet :01.10.2013
CAMPILL Henri			Arrêté de nomination : 09.10.2015 Prestation de serment : 15.10.2015 Effet :01.11.2015

SCHMIT Etienne Départ à la retraite : 01.05.2017			Arrêté de nomination : 09.10.2015 Prestation de serment : 23.10.2015 Effet : 02.11.2015
EDON Nico			Arrêté de nomination : 15.11.2015 Prestation de serment : 18.11.2015 Effet :19.11.2015
EICHER Eliane			Arrêté de nomination : 23.05.2016 Prestation de serment : 24.05.2016 Effet : 03.06.2016
HOFFMANN Camille Départ à la retraite : 01.09.2017			Arrêté de nomination : 23.05.2016 Prestation de serment : 05.07.2016 Effet :02.08.2016
REIFFERS Michel			Arrêté de nomination : 03.02.2017 Prestation de serment : 25.04.2017 Effet :01.05.2017
MAAS Astrid			Arrêté de nomination : 30.06.2017 Prestation de serment : 10.07.2017 Effet :01.09.2017

Annexe 3 : Les membres de la Cour Constitutionnelle (photographie octobre 2017)



De gauche à droite :

Francis DELAPORTE (vice-président), Henri CAMPILL, Michel REIFFERS, Jean-Claude WIWINIUS (président), Nico EDON, Romain LUDOVICY, Astrid MAAS, Eliane EICHER, Lily WAMPACH (greffière), Carlo HEYARD.

Bibliographie thématique

COLLECTIF, Réforme de la constitution : où en sommes-nous ?, dans : Actes de la Section des sciences morales et politiques, vol. 14, Bertrange (Luxembourg), Institut grand-ducal, 2011, pp. 175-287.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg (Travail collectif), dernière mise à jour septembre 2009, Luxembourg 2006, 736 p.

DELPEREE Francis, Le chantier constitutionnel luxembourgeois, *Journal des tribunaux Luxembourg*. - Bruxelles : Larcier. - N° 51(5 juin 2017) p. 69-72.

DELPEREE Francis, Quelle constitution pour quel Luxembourg ?, *Annales du droit luxembourgeois*, n° 20(2010), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 15-26.

ERGECE Rusen, Deux concepts constitutionnels nouveaux : l'État de droit et la dignité humaine, *Journal des Tribunaux Luxembourg*, n° 6, Bruxelles, Larcier, décembre 2009, p. 180-184.

ERGECE Rusen, Un contrôle tronqué de l'application du principe d'égalité devant la loi ?, note sous l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 19 mars 2010, *Pasicrisie luxembourgeoise : Recueil trimestriel de la jurisprudence luxembourgeoise*, Tome 34, n° 3-4, Luxembourg, Pasicrisie asbl, 2010, pp. 561-569.

FEYEREISEN Marc, POCHON Brigitte Louise, *L'État du GrandDuché de Luxembourg*, promoculture larcier – Windhof 2015, 774 p.

FRANZ Norbert, Die Rolle des Monarchen im Staat, dans : *Verfassungsrevision*, Forum für Politik Gesellschaft und Kultur, n° 286, Luxembourg, Forum asbl, mai 2009, pp. 26-29.

GERKRATH Jörg, « Le mécanisme de la révision constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 6(2009), Luxembourg 2009, pp. 174 à 180.

GERKRATH Jörg (coord.), *La refonte de la constitution en débat*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2010, 338 pages.

GERKRATH Jörg, Une réforme en faveur de l'autorité de la Constitution ?, dans : *La refonte de la constitution luxembourgeoise en débat*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 97-130.

GERKRATH Jörg, Constitutional amendment in Luxembourg Chapter 12, in Contiades, Xenophon (Ed.) *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, 478 p.

GERKRATH Jörg, L'obligation du juge 'a quo' de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle, *Pasicrisie luxembourgeoise : Recueil trimestriel de la jurisprudence luxembourgeoise*, Tome 35, n° 1, Luxembourg, Pasicrisie asbl, 2012, pp. 479-511.

GERKRATH Jörg, La belligérance des juges est-elle contagieuse ?, *Lëtzerbuerger Land*, Luxembourg, Éditions d'Lëtzebuerger Land s.à.r.l., 24. Februar 2012, pp. 18-19.

GERKRATH Jörg, Some remarks on the pending constitutional change in Grand duchy of Luxemburg, in *European Public Law* 2013, 19(3), 449-459.

GERKRATH Jörg, THILL Jean, The Grand Duchy of Luxembourg, in Besselink, Leonard ; Bovend'Eert, Paul ; et alii (Eds.) Constitutional law of the EU member states, 2014.

GERKRATH Jörg, The figure of constitutional law of the "Integrated State" : The case of the Grand Duchy of Luxembourg, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 10(1), 109-125.

GERKRATH Jörg, La figure de droit constitutionnel de « l'État intégré »: le cas du Grand-Duché de Luxembourg, in Mestre, Christian (Ed.) *Europe(s), Droit(s) européen(s), Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, 2015.

GERKRATH Jörg, The sudden eagerness to consult the luxemburgish people on constitutional change, X. CONTIADES, A. FOTADIOU, *Participatory Constitutional Change: The People as amenders of the Constitution*, United Kingdom, Routledge, 2016.

GERKRATH Jörg, Grundrechte in Luxembourg, H. J. PAPIER and D. MERTEN, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Germany, C. F. Müller., 2017

GERKRATH Jörg, Luxembourg's Constitution and EU Integration, in: GRILLER Stefan, *Member States' Constitutions and EU Integration*, à paraître, 2017

GERKRATH Jörg, PICHOU Maria, The protection of Human dignity in Luxembourg, in: Becchi, Paolo ; Mathis, Klaus (Eds.) *Handbook of Human Dignity in Europe*, 2017

GERKRATH Jörg, Luxembourg - The Constitution of Luxembourg in the Context of EU and International Law as "Higher Law", in Anneli Albi (Ed.) *The role of national constitutions in European and Global Governance*, à paraître, 2018

HEUSCHLING Luc, Abrogation, ou vers un nouvel objet juridique non identifié : L'Etat à deux constitutions, d'Lëtzebuurger Land du 31.10.2014.

HEUSCHLING Luc, De la démocratie au Luxembourg - Ou pourquoi et jusqu'à quel point les référendums de l'article 51, §7, de la Constitution sont-ils décisionnels ?, *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 43, Bruxelles, Larcier, 2016, pp.1-14., 2016

HEUSCHLING Luc, Débats et non-débats constitutionnels au Luxembourg, dans: *Verfassungsdebatten, Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur*, n° 321, Luxembourg, Forum, September 2012, pp. 39-44., 2012

HEUSCHLING Luc, Le citoyen monarque : réflexions sur le Grand-Duc, la famille grand-ducale et le droit de vote, *Windhof, Promoculture-Larcier*, 2013, 300 pages., 2013

HEUSCHLING Luc, Le discours sur la valeur consultative du referendum(art. 51 § 7 Const.). Une deconstruction historique, *Pasicrisie luxembourgeoise: Recueil trimestriel de la jurisprudence luxembourgeoise*, Tome 37, n° 1, Luxembourg, Pasicrisie asbl, 2015, pp. 1-58.

HEUSCHLING Luc, Le Fürstenrecht et les mariages au sein de la maison grand-ducale de Luxembourg, *Journal des Tribunaux Luxembourg*, n° 22, Bruxelles, Larcier, août 2012, pp. 97-109.

HEUSCHLING Luc, Le vol d'Icare du Fürstenrecht. L'invalidité des trois "décrets" du Grand-Duc, d'Lëtzebuurger Land, Luxembourg, Editions d'Lëtzebuurger Land s.à.r.l., 29 juin 2012, p. 15.

HEUSCHLING Luc, Les origines au XIXe siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie, dans : *Liber Amicorum Rusen Ergeç*, Pasicrisie luxembourgeoise pp. 157-217, 2017.

HEUSCHLING Luc, Mariages princiers, *Journal des Tribunaux Luxembourg*, n° 5, Bruxelles, Larcier, 2012.

HEUSCHLING Luc, Un vieux bateau pris dans la tempête : la Constitution luxembourgeoise, d'Lëtzebuurger Land du 02.08.2013, 2013.

HILGERS Françoise, « Observations » sous l'arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 113/14, du 28 novembre 2014, *J.T.L.* n° 29 (2016/1), pp. 17 à 18.

HOFFMANN André, Verfassungspuzzle, dans : Verfassungsdebatten, Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur, n° 321, Luxembourg, Forum, September 2012, pp. 46-49.

KINSCH Patrick, Le privilège de juridiction des Luxembourgeois et le principe constitutionnel d'égalité, *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 33, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 84-85.

KINSCH Patrick, Observations sous Cour constitutionnelle 12 décembre 2008 et Trib. arr. Luxembourg 2 février 2009, *Journal des Tribunaux Luxembourg*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 52-54 (observations : p. 54).

MEYERS Paul-Henri - interview, Die erste globale Verfassungsreform seit 1868, dans : Verfassungsrevision, Forum für Politik Gesellschaft und Kultur, n° 286, Luxembourg, Forum asbl, mai 2009, pp. 35-39.

MEYERS Paul-Henri, Les droits fondamentaux dans la Constitution luxembourgeoise, dans : La refonte de la constitution luxembourgeoise en débat, Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 59-66.

PAULY Michel, GERKRATH Jörg, FRANZ Norbert, RAVARANI Georges, MEYERS Paul-Henri, WIES Frank, GROFF Alfred, Verfassungsrevision, Forum für Politik Gesellschaft und Kultur, n° 286, Luxembourg, Forum asbl, mai 2009, pp. 21-45.

PAULY Michel, SCHMIT Laurent, Ein Plädoyer für eine Verfassungsdebatte, dans : Verfassungsdebatten, Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur, n° 321, Luxembourg, Forum, September 2012, pp. 37-38.

PAULY Michel, SCHMIT Laurent, HEUSCHLING Luc, HOFFMANN André, Verfassungsdebatten, Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur, n° 321, Luxembourg, Forum, September 2012, pp. 37-54.

PAULY Michel, STOLDT Jürgen, Eine Verfassung für das 20. Jahrhundert, dans : Verfassungsrevision, Forum für Politik Gesellschaft und Kultur, n° 286, Luxembourg, Forum asbl, mai 2009, pp. 21-22.

PRUM André, GERKRATH Jörg, Constitution annotée du Grand-Duché de Luxembourg, 2016

RAVARANI Georges, La constitution luxembourgeoise au fil du temps, *Annales du droit luxembourgeois*, n° 17-18(2007-2008), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 59-83.

RAVARANI Georges, La Cour constitutionnelle luxembourgeoise et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Journal des Tribunaux Luxembourg*, n° 14, Bruxelles, Larcier, avril 2011, pp. 37-42.

RAVARANI Georges, Les révisions constitutionnelles récentes, dans : Verfassungsrevision, Forum für Politik Gesellschaft und Kultur, n° 286, Luxembourg, Forum asbl, mai 2009, pp. 30-33., 2009

SEIFERT Achim, SCHINTGEN Romain, « Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung des Grossherzogtums Luxemburg », in IliopoulosStrangas, Julia, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des Europäischen Rechts*, Nomos – Baden-Baden 2010, pp. 427 à 469.

SCHMIT Paul, Questions sur le nouvel agencement des pouvoirs voulu par les auteurs de la proposition de révision de la Constitution, dans : La refonte de la constitution luxembourgeoise en débat, Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 152-162.

SCHMIT Paul, SERVAIS Emmanuel, Précis de droit constitutionnel : commentaire de la Constitution luxembourgeoise : avec une version coordonnée du texte de la Constitution, Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2009, 312 pages.

SPIELMANN Dean, Quels droits fondamentaux pour la Constitution luxembourgeoise ? Au sujet d'une réforme rassurante mais peu ambitieuse., dans : La refonte de la constitution luxembourgeoise en débat, Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 27-44.

TABLE DES MATIERES

Sommaire	1
Avant-propos	3
Liste des auteurs	5
Abréviations et acronymes	7
Première Partie : Le bilan de la Cour Constitutionnelle	9
Vingt ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg (Marc Thewes)	11
I. Les temps forts	11
Première thématique : Le principe d'égalité	11
Deuxième thématique : Le domaine de la loi et du règlement	14
Troisième thématique : Le principe de légalité des peines	16
En guise de transition : Les droits et libertés, une thématique relativement peu présente dans la jurisprudence de la Cour	18
II. Les méthodes de la Cour	18
Conclusion	20
Les questions non posées (Nico Edon)	22
I. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation faite par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 de saisir la Cour Constitutionnelle, hormis les cas de dispense prévus à l'article 6 de ladite loi	23
A. Violation sanctionnée par la cassation de la décision attaquée	23
B. Absence de violation de l'article 6 par les juges du fond	26
II. Questions de constitutionnalité soulevées devant la Cour de cassation	28
A. Saisine de la Cour Constitutionnelle par la Cour de cassation	28
B. Cas dans lesquels la Cour de cassation a retenu une dispense de saisir la Cour Constitutionnelle	28
Un bilan relationnel : le dialogue avec les juridictions administratives (Francis Delaporte)	33
Le rôle du ministère public (Georges Wivenes)	41
I. L'analyse institutionnelle : l'absence de position du ministère public	41
II. L'approche procédurale : le rôle limité du ministère public	44
III. Le bilan : la mise en parallèle des arrêts et des conclusions du Parquet général	46

IV. Les perspectives d'avenir: le rôle du ministère public dans la future Constitution	48
Seconde Partie: Les perspectives de la Cour Constitutionnelle	53
Une cour constitutionnelle différente des autres. Étendue, raisons & avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise (Luc Heuschling)	55
I. Les spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise: la politique du minimalisme	58
A. L'organisation: une cour non permanente, composée que de juges ordinaires	58
1° Le modèle standard de cour constitutionnelle au niveau mondial	59
2° La composition atypique de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise	63
a) La non permanence de la Cour constitutionnelle	63
b) La relative homogénéité sociologique	64
c) La dépolitisation du recrutement de ses membres	68
d) L'absence d'une durée fixe et égale du mandat	73
B. Le champ de compétence des plus étroits de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise	74
1° Les 48 types de compétences des cours constitutionnelles à l'étranger	74
2° La Cour luxembourgeoise: une compétence, plus deux (voire trois, voire quatre, voire cinq ?)	84
a) Un nombre insoupçonné de compétences	84
b) Une pluralité de compétences en retrait par rapport aux droits étrangers	88
C. Trois autres spécificités de la Cour luxembourgeoise: saisine, définition de la « Constitution » et effet des arrêts	90
1° Le mode d'accès quasi unique à la Cour pour le contrôle des lois: le renvoi préjudiciel	90
2° Une certaine vision <i>black letter</i> de la Constitution	91
3° Le régime relativement restrictif, et complexe, des effets des arrêts de la Cour	91
a) L'absence de valeur de précédent des interprétations de la Constitution et des lois développées par la Cour constitutionnelle	91
b) L'effet relatif « élargi » du dispositif des arrêts sur les dispositions égales contrôlées	92
II. Le double soubassement culturel de ce minimalisme	95
A. La méfiance vis-à-vis de toute révision vaste et ambitieuse	96
1° La tradition luxembourgeoise: ne faire que les révisions « <i>vraiment indispensables</i> »	96
2° La contrainte impérieuse en 1996: réagir au <i>spillover effect</i> de la jurisprudence Pagani	97
B. Les réticences vis-à-vis du nouvel idéal de « l'État de droit »	101
1° La dimension corrosive du discours de l'État de droit importé d'Allemagne	101
2° Les frilosités luxembourgeoises, ou les vertus d'une démocratie représentative consensuelle dans un petit pays	102
a) Les réticences à l'égard de l'emprise du juge	102
b) Les réticences à l'égard de l'emprise du droit	103

III. Le maintien du minimalisme dans l'actuelle révision totale de la Constitution	105
A. Les premières positions extrêmes : immobilisme total v. suppression totale	105
B. La piste de la réforme de la Cour constitutionnelle : silences et avancées timides	107
1° Les causes du manque d'ardeur réformiste	107
2° Sur le plan de la composition de la Cour : des retouches marginales	108
3° Sur le plan des attributions et de la saisine : la persistance de la méfiance	109
Conclusion sous forme d'un bref plaidoyer	115
Plaidoyer pour le maintien d'une Cour Constitutionnelle (le cas échéant) réformée (Patrick Kinsch)	118
I. Une approche empirique	118
A. L'expérience des autres pays : modèle américain contre modèle européen (majoritaire)	119
B. L'expérience luxembourgeoise : son originalité, ses succès	120
II. Le principal argument théorique invoqué contre le maintien du système luxembourgeois : contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité	121
III. Les inconvénients d'ordre pratique du système décentralisé	123
A. Le risque d'une jurisprudence incohérente...	123
B. ... dont même un rôle accru du Parquet général ne peut nous préserver	123
C. La perte des avantages inhérents à la (relative) spécialisation des magistrats à la Cour constitutionnelle	124
Quelques réflexions relatives à la Cour Constitutionnelle (Robert Bieber)	126
I. Cour constitutionnelle et séparation des pouvoirs	127
II. Cour constitutionnelle et Cour suprême	128
III. Les occasions manquées	129
D'autres perspectives (Georges Ravarani)	132
Conclusion générale : la Cour en tant qu'instance de dialogue (Jörg Gerkrath)	138

Annexe 1 : Les arrêts nos 44 à 131 rendus de 2008 à 2017

Arrêt n° 44/08 du 6 juin 2008	141
Arrêt n° 45/08 du 27 juin 2008	142
Arrêt n° 46/08 du 26 septembre 2008	144
Arrêt n° 47/08 du 12 décembre 2008	147
Arrêt n° 48/09 du 6 mars 2009	150
Arrêt n° 49/09 du 22 mai 2009	153
Arrêt n° 50/09 du 15 mai 2009	155
Arrêt n° 51/10 du 8 janvier 2010	158
Arrêt n° 52/10 du 12 février 2010	160
Arrêt n° 53/10 du 5 mars 2010	162
Arrêt n° 54/10 du 19 mars 2010	163
Arrêts nos 55/10 et 56/10 du 26 mars 2010	166
Arrêt n° 57/10 du 1 ^{er} octobre 2010	168
Arrêt n° 58/10 du 12 novembre 2010	172
Arrêts nos 59/11 et 60/11 du 7 janvier 2011	174
Arrêt n° 61/11 du 25 mars 2011	176
Arrêt n° 62/11 du 25 mars 2011	178
Arrêt n° 63/11 du 1 ^{er} avril 2011	181
Arrêt n° 64/11 du 4 mai 2011	184
Arrêt n° 65/11 du 3 juin 2011	186
Arrêt n° 66/11 du 3 juin 2011	188
Arrêt n° 67/11 du 20 mai 2011	191
Arrêt n° 68/11 du 9 décembre 2011	194
Arrêt n° 69/12 du 27 janvier 2012	196
Arrêt n° 70/12 du 9 mars 2012	199
Arrêt n° 71/12 du 9 mars 2012	202
Arrêt n° 72/11 du 29 juin 2012	204

Arrêt n° 73/12 du 7 décembre 2012	206
Arrêt n° 74/13 du 11 janvier 2013	210
Arrêt n° 75/13 du 1 ^{er} février 2013	213
Arrêts nos 76/13 à 95/13 du 19 mars 2013	215
Arrêt n° 96/13 du 19 mars 2013	217
Arrêt n° 97/13 du 12 avril 2013	219
Arrêt n° 98/13 du 7 juin 2013	220
Arrêt n° 99/13 du 7 juin 2013	223
Arrêt n° 100/13 du 12 juillet 2013	224
Arrêt n° 101/13 du 4 octobre 2013	227
Arrêt n° 102/13 du 15 novembre 2013	229
Arrêt n° 103/13 du 15 novembre 2013	232
Arrêt n° 104/13 du 25 octobre 2013	234
Arrêt n° 105/13 du 13 décembre 2013	237
Arrêt n° 106/13 du 20 décembre 2013	239
Arrêt n° 107/13 du 20 décembre 2013	242
Arrêt n° 108/13 du 29 novembre 2013	244
Arrêt n° 109/14 du 10 janvier 2014	246
Arrêt n° 110/14 du 11 juillet 2014	249
Arrêt n° 111/14 du 20 juin 2014	250
Arrêt n° 112/14 du 11 juillet 2014	252
Arrêt n° 113/2014 du 28 novembre 2014	254
Arrêt n° 114/2014 du 28 novembre 2014	258
Arrêt n° 115/14 du 12 décembre 2014	261
Arrêt n° 116/14 du 12 décembre 2014	263
Arrêt n° 117/2015 du 20 mars 2015	267
Arrêt n° 118 du 24 avril 2015	269
Arrêt n° 119/15 du 19 juin 2015	272

Arrêt n° 119/17 du 16 juin 2017	274
Arrêt n° 120/15 du 10 juillet 2015	277
Arrêt n° 121/16 du 11 mars 2016	280
Arrêt n° 122/16 du 27 mai 2016	283
Arrêt n° 123/16 du 8 juillet 2016	285
Arrêt n° 124/16 du 8 juillet 2016	287
Arrêt n° 125/16 du 1 ^{er} juillet 2016	289
Arrêt n° 126/16 du 9 décembre 2016	292
Arrêt n° 127/16 du 9 décembre 2016	294
Arrêt n° 128/17 du 17 mars 2017	296
Arrêt n° 129/17 du 7 juillet 2017	299
Arrêt n° 130/17 du 24 novembre 2017	301
Arrêt n° 131/17 du 8 décembre 2017	303
Annexe 2 : Les membres de la Cour Constitutionnelle dans l'ordre de leur nomination	307
Annexe 3 : Les membres de la Cour Constitutionnelle (photographie octobre 2017)	311
Bibliographie thématique	313
Table des matières	317

LES DOSSIERS DE LA PASICRISIE LUXEMBOURGEOISE

DOSSIER N°1

Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg
Colloque
20 ans de Juridictions administratives
11 novembre 2016
sous le patronage des Juridictions administratives

DOSSIER N°2

Jörg Gerkrath (Ed.)
Les 20 ans de la Cour Constitutionnelle : Trop jeune pour mourir ?
Actes du colloque du 31 mars 2017

30 €

ISSN 9782-8993



*Imprimerie Centrale
société anonyme
Luxembourg*

Les Dossiers de la Pasicrisie luxembourgeoise

Dossier N° 2