

L'effet sur les règlements existants des nouvelles dispositions constitutionnelles réservant des matières à la loi

L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles entraîne inévitablement des questions d'application des normes juridiques dans le temps. L'une de celles-ci sera présentée dans ce numéro. Il s'agit de savoir si la caducité de certaines habilitations légales du pouvoir réglementaire, effet de la « clause transversale » qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2023, entraîne *ipso facto* la caducité de tous les règlements pris dans le passé sur base des dispositions légales désormais caduques. Est-ce que, à partir du 1^{er} juillet 2023, de nombreux règlements grand-ducaux, les règlements de police communale ou le règlement intérieur de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg seront eux-mêmes réputés contraires à la Constitution et cesseront d'être en vigueur ? L'auteur présente sa réponse à cette question certes technique, mais importante pour la pratique future.

On voudrait répondre ici à une question technique et, il est vrai, aride comme le sont toutes les questions d'application de la loi dans le temps. Qu'il s'agisse en l'occurrence de la loi constitutionnelle n'arrange pas les choses à cet égard. La question ne correspond par conséquent pas vraiment au principe de plaisir, mais elle peut se révéler importante, et donner lieu à controverse. La question est celle des effets de la caducité potentielle, suite à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles qui a été fixée au 1^{er} juillet 2023, de certaines bases légales de règlements (étatiques, mais aussi communaux, et jusqu'au règlement d'ordre intérieur du barreau) : la caducité des bases légales entraîne-t-elle la caducité des règlements existants ? Ou ceux-ci continuent-ils de s'appliquer ?

Une remarque préalable : s'il est question ici de « nouvelles dispositions constitutionnelles » et non de « dispositions de la nouvelle Constitution », c'est que le nouveau texte constitutionnel n'est pas une nouvelle Constitution, mais une révision de la Constitution existante. Ceci peut être vrai d'abord sur le plan politique : la sous-division de la proposition de révision originale n° 6030 en quatre propositions, votées séparément avec seulement la présentation du texte renuméroté de la Constitution en annexe à la dernière loi de révision publiée¹, servait à marquer qu'il ne s'agissait pas d'une nouvelle Constitution devant être soumise au referendum selon une promesse faite au peuple ; d'ailleurs la qualification en simple « Constitution révisée » pouvait aussi se justifier politiquement quant au fond, les vraies innovations constitutionnelles étant rares et ne représentant certainement pas une remise en cause profonde de l'ordre constitutionnel. Le texte et la présentation de la Constitution ont été améliorés du fait de la révision, mais non fondamentalement modifiés. Plus important dans le présent contexte (sans être déterminant, comme on le verra dans la suite) est qu'il n'y a aucune raison juridique de ne pas considérer les lois de révision pour ce qu'elles déclarent être : des lois de révision de la Constitution existante – qu'elle soit originellement datée de 1868, de 1856 ou de 1848, peu importe pour les besoins de la présente discussion².

¹ Les quatre lois de révision, toutes datées du 17 janvier 2023, sont (1) la loi portant révision du chapitre VI de la Constitution ; (2) la loi portant révision des chapitres I^{er}, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI et XII de la Constitution ; (3) la loi portant révision du chapitre II de la Constitution, et enfin (4) la loi portant révision des chapitres IV et Vbis de la Constitution, publiées aux numéros 26 à 29 du *Mémorial A* pour 2023. La quatrième de ces lois, publiée en dernière, contient un article 4 aux termes duquel « les articles de la Constitution révisée [conformément aux quatre lois de révision] sont renumérotés, et les renvois sont adaptés [...]». Le texte figurant en annexe à la présente loi constitue le texte de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg ».

1 Position du problème

La définition par la Constitution des réserves de loi, ou « matières réservées à la loi par la Constitution », n'est pas un phénomène nouveau. Ces réserves existent, pour certaines d'entre elles depuis le texte originaire de la Constitution et pour d'autres en vertu de révisions constitutionnelles ; elles prennent des formes rédactionnelles variées qui peuvent correspondre à des nuances d'intensité mais qui exigent toutes l'intervention du législateur (« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'*en vertu de la loi* »³, « 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* »⁴, « Aucun impôt au profit de l'État ne peut être établi que *par une loi* »⁵, etc.).

Dans le texte de la Constitution, « la loi » désigne en effet toujours — ou plus exactement : presque toujours⁶ — une loi parlementaire, une « loi formelle » selon une formule ancienne, mais qui reste consacrée dans la pratique luxembourgeoise. Depuis l'importante modification du régime politique luxembourgeois par la révision constitutionnelle du 15 mai 1919, le sens de la réserve de loi n'est clairement plus de désigner des matières qui ne peuvent pas être spontanément réglementées par le Grand-Duc sans base dans un texte législatif préexistant,

² Selon F. DELAPORTE, « Histoire du droit », in Association Henri Capitant, *Droit du Luxembourg*, 2016, pp. 13-14, c'est la Constitution du 9 juillet 1848 « qui régit toujours actuellement le Grand-Duché ; elle n'a jamais été entièrement remplacée ». D'autres préfèrent dater la Constitution actuelle du 17 octobre 1868, mais il est vrai que tel qu'il a été publié au *Mémorial* (1868, p. 213), le texte de 1868 se présente comme une loi « portant révision de la Constitution du 27 novembre 1856 ».

³ Article 14 du texte actuel de la Constitution (avant l'entrée en vigueur de la révision), qui deviendra l'article 19, alinéa 1^{er}, du texte révisé.

⁴ Article 11, paragraphe 6, alinéa 1^{er}, du texte actuel, qui deviendra l'article 35 selon lequel « l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de la profession libérale et de l'activité agricole est garanti, sauf les restrictions déterminées par la loi ».

⁵ Article 99, première phrase du texte actuel, qui deviendra (ensemble avec l'article 101 du texte actuel) l'article 116, paragraphe 1^{er}.

⁶ Une importante exception est la garantie de l'égalité « devant la loi » (article 10bis, paragraphe 1^{er}, actuel, destiné à devenir l'article 15, paragraphe 1^{er}) : là, le terme « loi » désigne toute norme juridique (sens alternatif du terme « loi » qui est en soi très courant, spécialement en droit civil et en droit fiscal — *cf.* le § 2 (1) de la loi générale des impôts : « Gesetz im Sinn der Abgabenordnung ist jede Rechtsnorm »). Ainsi, le principe d'égalité s'applique aussi à l'exercice du pouvoir réglementaire, et les distinctions qu'il peut (et parfois : qu'il doit) introduire relèvent de l'activité normale du pouvoir réglementaire.

car depuis 1919, un règlement grand-ducal suppose par principe l'existence d'une base légale (sauf quelques cas exceptionnels dans lesquels il existe un pouvoir réglementaire autonome du Grand-Duc ; ces cas ne nous intéressent pas dans le présent contexte). Un arrêt de la Cour constitutionnelle de 2003 définit le sens des réserves de loi en expliquant « que le système des réserves de la loi énoncé par la Constitution empêche le pouvoir législatif de se dessaisir outre mesure de ses pouvoirs par la voie de l'habilitation ; que ce pouvoir peut donc seul disposer valablement des matières érigées en réserve ; qu'est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes : elle ne met par conséquent pas obstacle aux habilitations plus spécifiques »⁷. En d'autres termes, la réserve de la loi est une notion centrale dans la répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire ; elle est interprétée raisonnablement et n'interdit en conséquence pas l'habilitation du pouvoir réglementaire par des textes législatifs, mais elle fait obstacle aux habilitations générales du pouvoir réglementaire. Les habilitations générales ne sont admissibles qu'en dehors des matières réservées à la loi par la Constitution⁸. Ce système est resté en vigueur, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, au-delà de toutes révisions constitutionnelles qui essayaient, sans succès apparent, de modifier légèrement l'étendue des habilitations constitutionnellement admissibles (article 32, paragraphe 3, de la Constitution, introduit par la révision du 19 novembre 2004 et modifié par la révision du 18 octobre 2016 : ces textes constitutionnels ont été traités par la Cour comme une codification de sa jurisprudence existante⁹ ; le texte actuel de l'article 32, paragraphe 3, deviendra l'article 45, paragraphe 2).

Le texte constitutionnel révisé apporte des modifications, en partie substantielles, à cette question, en augmentant considérablement le nombre des matières réservées à la loi, du fait de la « clause transversale » du futur article 37 de la Constitution révisée : « Toute limitation de l'exercice des libertés publiques doit être prévue par la loi et respecter leur contenu essentiel. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires dans une société démocratique et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Ce texte s'inspire de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres textes de traités internationaux en matière de droits de l'homme, dans lesquels le renvoi à la « loi » signifie simplement renvoi à une norme juridique quelconque (législative, réglementaire, jurisprudentielle...) ; mais dans la Constitution, la clause transversale s'intègre dans un contexte constitutionnel national qu'il est difficile de ne pas interpréter en ce sens que des restrictions « prévues par la loi » sont, ici comme ailleurs, des restrictions prévues par un texte législatif. Le Conseil d'État avait averti le Parlement de cette conséquence, ce qui n'a pas amené les parlementaires qui élaboraient les nouvelles dispositions constitutionnelles à changer d'avis¹⁰. Il faut donc partir de l'idée que du fait de la clause transversale, de nouvelles matières sont désormais réservées à la loi : toutes les restrictions aux libertés publiques, alors qu'antérieurement seules certaines de ces restrictions étaient soumises à la réserve de loi (spécialement les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie et aux libertés professionnelles : article 11, paragraphe 6, de la Constitution dans sa version antérieure à la révision constitutionnelle).

L'innovation est d'autant plus importante que la portée des réserves de loi est expressément étendue aux règlements communaux par le nouvel article 124 (alinéa 2) de la Constitution¹¹, ainsi que, dans les

mêmes termes, aux règlements des établissements publics, des chambres professionnelles et des organes des professions libérales par l'article 129 (paragraphe 2, alinéa 2).

L'application de la réserve de loi aux règlements professionnels est particulièrement remarquable. Elle ne peut viser que les restrictions à l'exercice de la profession libérale, du type de celles prévues par le règlement intérieur de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg. C'était pour rendre possibles ce type de restrictions que la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 avait, au contraire, prévu qu'« en matière d'exercice de la profession libérale [la loi] peut accorder à des organismes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements » (article 11, paragraphe 6, alinéa 2) : faisant suite immédiatement à l'alinéa en vertu duquel « 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 », cet alinéa ajouté en 2004 laissait entendre que par exception, la réserve de loi pouvait être levée par une disposition législative habilitant les ordres professionnels à déterminer eux-mêmes les restrictions à l'exercice des professions libérales, et c'est bien dans cette compréhension de la révision constitutionnelle que le texte a été mis en œuvre par le Conseil de l'Ordre après la révision de la Constitution de 2004¹².

La question n'est pas de savoir si les habilitations données aux différents pouvoirs réglementaires peuvent toujours être exercées à l'avenir par de nouveaux règlements, alors même que ceux-ci introduiraient de nouvelles restrictions aux libertés publiques sans que les principes directeurs de ces restrictions aient été tracés par un texte législatif. Cela serait clairement contraire à l'esprit des nouvelles dispositions constitutionnelles ainsi qu'à leur texte, qui est très précisément ainsi rédigé : « 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... » (article 45), « ... les règlements communaux ne peuvent être pris qu'en vertu d'une disposition légale particulière... » (article 126), « ... ces règlements [ceux des établissements publics, des chambres professionnelles et des organes des professions libérales] ne peuvent être pris qu'en vertu d'une disposition légale particulière... » (article 129). Dès lors que les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur, s'appliquera le principe lequel les règlements « ne peuvent être pris qu'en vertu d'une disposition légale particulière » : c'est dire que les habilitations législatives antérieures sont caduques, et que le pouvoir réglementaire ne peut plus s'en servir pour adopter des règlements.

Mais cela signifie-t-il aussi que les règlements en vigueur, adoptés à un moment où leur matière n'était pas réservée à la loi, cessent d'être en vigueur ? Cette conséquence, excessive, serait difficilement conciliable avec le texte même des articles 45, 126 et 129 : ces articles seraient censés signifier, au-delà de leurs termes, que les règlements « ne peuvent être pris ou avoir été pris qu'en vertu d'une disposition légale particulière [...] ». Par ailleurs et surtout, cette conséquence ne correspond pas à l'application des principes généraux en matière d'application des normes juridiques dans le temps.

¹¹ Alinéa 2 : « Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, les règlements communaux ne peuvent être pris 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 ». Pour une application de ce texte à l'exercice futur du pouvoir de police communal, voir l'avis du Conseil d'État du 15 juillet 2022, *Doc. parl.* n° 7993² ; l'autonomie communale (article 121 du nouveau texte constitutionnel) ne joue aucun rôle dans cet avis.

¹² La révision fait suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 mars 2003 (n° 17/03) qui avait invalidé l'article 19 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat (base légale du règlement d'ordre intérieur) au motif que dans cette matière réservée à la loi par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution, l'article 19 avait prévu une délégation de l'exécution de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc. La question de savoir si les « grands principes » ou « principes directeurs » de la matière avaient été « tracés » par le législateur n'a pas été tranchée. Il est objectivement douteux si tel était le cas. L'article 19 de la loi de 1991, dont la substance n'a pas été changée après la révision constitutionnelle, se borne à indiquer que « le Conseil de l'ordre peut arrêter des règlements d'ordre intérieur qui déterminent les règles professionnelles, relatives notamment (1) à la déontologie entre avocats et à l'égard des clients et des tiers ; (2) au secret professionnel ; (3) aux honoraires et frais ; (4) à l'information du public concernant les avocats et leur activité professionnelle ; (5) à la protection des intérêts des clients et des tiers ; les règlements y relatifs peuvent prévoir des mesures d'assurance individuelle ou collective facultatives ou obligatoires ainsi que les prescriptions concernant la conservation des fonds de tiers ». Seul le point 5 semble tant soit peu détaillé.

⁷ C. const., 21 novembre 2003, n° 18/03.

⁸ Par exemple : la procédure civile n'étant pas une matière réservée, la loi du 25 février 1980 habilitant le gouvernement à réglementer la procédure civile et commerciale a autorisé le Grand-Duc à modifier et à compléter, par voie réglementaire, « les dispositions du Code de procédure civile et les dispositions relatives à la procédure civile ou commerciale et aux voies d'exécution contenues dans des lois particulières, en respectant les droits de la défense et les libertés individuelles garantis par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme ».

⁹ Le dernier arrêt en date est celui du 3 mars 2023, n° 177, aux termes duquel, dans une matière réservée à la loi, « la fixation [par la loi] des objectifs des mesures d'exécution doit être clairement énoncée, de même que les conditions auxquelles elles sont, le cas échéant, soumises. L'orientation et l'encadrement du pouvoir exécutif doivent, en tout état de cause, être consistants, précis et lisibles, l'essentiel des dispositions afférentes étant appelé à figurer dans la loi ».

¹⁰ Voir l'avis du Conseil d'État du 11 février 2020, *Doc. parl.* 6030³², p. 3, suivi du rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 13 décembre 2021, *Doc. parl.* 7755¹², pp. 17-18.

2 L'effet immédiat — mais aussi la non-rétroactivité — des nouvelles dispositions constitutionnelles

a) Les nouvelles dispositions constitutionnelles sont des lois (constitutionnelles). Elles pourraient donc contenir des dispositions transitoires qui régleraient les effets de leur entrée en vigueur de manière dérogaire au droit commun. À l'examen, tel n'est pas le cas. Les quatre lois de révision comportent certes chacune une disposition finale, reprise en substance de l'article 117 du texte constitutionnel actuel, selon laquelle « À compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, toutes les dispositions légales ou réglementaires contraires à la Constitution ne sont plus applicables ». Cette disposition n'est toutefois que l'expression du droit commun : il n'est pas concevable en droit commun que malgré l'entrée en vigueur d'un texte constitutionnel nouveau, un texte — constitutionnel, législatif ou réglementaire — qui est « contraire à la Constitution » reste en vigueur¹³. Mais cette disposition ne tranche pas la question de savoir si un texte réglementaire peut vraiment être réputé « contraire à la Constitution » du seul fait qu'il ne pourrait plus être adopté, pour une raison de compétence, sous l'empire des textes constitutionnels nouveaux. En d'autres termes, le fait que la loi sur la base de laquelle le règlement a été adopté soit désormais contraire à la Constitution ne signifie pas nécessairement, et dans tous les cas, que le règlement soit lui aussi « contraire à la Constitution ».

Nous avons déjà examiné le texte des articles 45, 126 et 129 nouveaux et avons conclu qu'il est plutôt favorable à la survie des règlements anciens malgré le caractère à présent déficient de leur base légale¹⁴. D'une manière générale, il ne faut cependant (à notre avis) pas attacher une importance décisive au sens textuel des dispositions et pratiquer une interprétation littérale si elle est contraire aux autres éléments d'interprétation. Aussi, il est raisonnable de considérer que la solution au problème réside dans l'application des règles de droit commun de l'application des normes juridiques dans le temps.

Les règles de droit commun sont celles de l'article 2 du Code civil (ou de manière plus exacte, celles d'un principe général du droit dont l'article 2 du Code civil — qui ne peut pas directement régir l'application de dispositions constitutionnelles avec rang supra-législatif — est une expression) : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Ce texte sobre et élégant exprime deux principes de base : effet immédiat de la loi (en l'occurrence constitutionnelle) nouvelle ; absence d'effet rétroactif.

b) À ce stade du raisonnement intervient une distinction importante, celle entre dispositions de fond et dispositions de compétence (et de procédure) — la distinction entre « légalité interne » des règlements et « légalité externe ». Nous l'esquisserons brièvement à cet endroit, en réservant le détail de l'argumentation pour la suite de cet article.

En ce qui concerne le fond, il n'y a pas de discussion : si des règlements anciens sont incompatibles avec des droits et libertés que la Constitution garantit nouvellement, ils sont « contraires » à la Constitution et deviennent dès lors immédiatement inapplicables. Mais ceci

¹³ Une disposition transitoire potentiellement dérogaire au droit commun est en revanche un texte qui, comme l'article 120 de la Constitution datant de 1868 (et qui n'a pas été repris dans le texte constitutionnel nouveau : *cf.* l'avis du Conseil d'État du 9 mars 2021, *Doc. parl.* n° 7700³, p. 9 et la dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 25 juin 2021, *Doc. parl.* 7700⁶, p. 6), dispose : « Jusqu'à la promulgation des lois et règlements prévus par la Constitution, les lois et règlements actuellement en vigueur, continuent à être appliqués ». Cette disposition prévoyant la survie des normes anciennes doit cependant, de toute manière, être conciliée d'une manière ou d'une autre avec l'effet immédiat du texte constitutionnel nouveau prescrit par l'article 117 de la Constitution de 1868 (voir Conseil d'État, *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, 2006, commentaire de l'article 120, p. 409). Il est compréhensible que lors de la dernière révision constitutionnelle, l'on n'ait pas souhaité conserver un article inspiré de l'article 120 : selon l'interprétation que l'on adopte, soit ce texte n'apporte rien au-delà du maintien en vigueur des textes adoptés selon d'autres formes constitutionnelles sous des régimes antérieurs, mais comme nous le verrons, ceci ne fait que correspondre à la solution du droit commun et n'avait pas à être expressément rappelé ; soit il entend immuniser temporairement les normes anciennes contre une remise en cause du fait de leur incompatibilité avec des dispositions de fond des nouvelles dispositions constitutionnelles, et dans ce cas il apparaît comme inopportun.

¹⁴ *Supra*, section 1 *in fine*.

ne permet pas de juger de la compétence pour avoir pris (sous l'empire d'un texte constitutionnel antérieur) le règlement : cette dernière doit être appréciée par application du texte constitutionnel ancien, en vigueur au moment où le règlement a été pris. Si elle existait à ce moment, l'entrée en vigueur des textes constitutionnels nouveaux ne fait pas obstacle à la survie du règlement¹⁵.

Il nous semble que cette distinction a été exactement appliquée dans un arrêt de la Cour administrative¹⁶, et a été au contraire oubliée dans un autre arrêt de la même juridiction¹⁷. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, quant à elle, est fluctuante et ne concentre pas sa motivation sur cette question¹⁸, ce qui s'explique sans doute par la conviction des juges que malgré le flottement dans le texte de la Constitution, le sens de la réserve de loi n'a en réalité jamais varié.

La question devra donc faire l'objet d'un examen attentif. Distinguons, avec l'article 2 du Code civil, entre application immédiate et non-rétroactivité.

3 Conséquences de l'effet immédiat

Il résulte de la discussion qui précède que, conformément à leurs termes, les nouveaux articles 45, 124 et 129 de la Constitution s'opposent désormais, avec effet immédiat, à ce que des règlements puissent être « pris » sans base légale répondant aux exigences spécifiques imposées pour les matières nouvellement réservées à la loi par la Constitution. Des dispositions législatives anciennes, contraires aux exigences nouvelles, et donc caduques, pourront être déclarées contraires à la Constitution¹⁹, et les règlements qui auraient été adop-

¹⁵ Voir en doctrine française : J. TRÉMEAU, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 6 (1990), pp. 219 et s., spéc. pp. 293 et s. ; S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *Rev. fr. dr. constit.*, 2010, pp. 497 et s., spéc. p. 509. *Cf.* J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public*, Paris, LGDJ, 2002, n° 348, pour la précision que c'est le moment où le règlement est adopté, non celui où il est publié qui compte.

¹⁶ Cour adm., 11 mai 2010, aff. *Chambre de commerce*, n° 26467C : pour écarter un argument de la chambre de commerce selon lequel l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 aurait pu régulariser l'exercice, antérieur à la révision constitutionnelle, d'un pouvoir réglementaire des établissements publics qui n'a été reconnu que par la révision de 2004, l'arrêt retient que « s'il y a lieu d'admettre qu'au niveau de la légalité interne, c'est-à-dire au niveau du contenu de ce qui a été disposé, les lois et les règlements sont évolutifs et non point figés suivant les conceptions juridiques, sociales et économiques en vigueur au moment où ils sont pris, il en va autrement en ce qui concerne leur légalité externe, c'est-à-dire la légalité de la façon dont il a été disposé, en ce sens que le constat d'une illégalité externe affectant un règlement, tel étant le cas d'une incompétence *ratione materiae* de l'auteur, vicie le règlement en son existence même et il ne saurait être question d'une régularisation *post festum* » (p. 11). L'arrêt est traité comme un arrêt de principe par ERGEC et DELAPORTE, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, 2022, n° 72bis.

¹⁷ Cour adm., 4 juillet 2013, aff. *Colonel Ries II*, n° 32132C : à propos de la constitutionnalité des habilitations du pouvoir réglementaire, l'arrêt énonce, sans faire de différence entre légalité externe et légalité interne des règlements pris en vertu de la loi, ceci : « C'est à tort, dans ce contexte, que l'appelant soutient qu'avant la révision constitutionnelle par une loi du 19 novembre 2004, la loi incriminée datant de bien avant cette révision, aucune délégation législative au pouvoir réglementaire dans une matière réservée à la loi n'était possible. D'une part, en effet, la constitutionnalité des lois est à examiner au regard des dispositions constitutionnelles en vigueur au moment où s'exerce ce contrôle, sans qu'une question de rétroactivité de la disposition constitutionnelle ne soit à cet égard pertinente et, d'autre part, différents arrêts de la Cour constitutionnelle rendus avant la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 ont retenu que même dans une matière réservée à la loi, le pouvoir réglementaire peut se voir habiliter à fixer des mesures de détail en exécution des principes retenus par voie législative » (p. 9).

¹⁸ Dans les assez rares affaires où, en raison de la date du règlement, la question de la version pertinente de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution aurait théoriquement pu se poser, la Cour estime tantôt que la version actuelle de l'article 32, paragraphe 3, est la « teneur applicable en l'espèce » (arrêt du 5 juillet 2019, n° 148 ; comp. l'arrêt du 19 mai 2023, n° 179), et tantôt que c'est l'article 32, paragraphe 3, tel qu'il a été « introduit par la loi du 19 novembre 2004 » qui s'applique à l'appréciation de la légalité d'un règlement (du 6 septembre 2016) adopté entre cette dernière date et la modification de l'article 32, paragraphe 3, par la révision constitutionnelle du 18 octobre 2016 (arrêt du 7 décembre 2018, n° 141).

¹⁹ Par quelle juridiction ? La Cour constitutionnelle, puisqu'il s'agit d'un conflit entre une loi et la Constitution ? Ou par toutes les juridictions, au motif que l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles a tacitement abrogé les dispositions législatives antérieures contraires ? Nous examinerons cette question (« Que reste-t-il de la compétence de la Cour constitutionnelle après l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle ? ») dans un deuxième article consacré aux effets de l'en-

tés sur leur base après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles seront illégaux. À l'avenir, les règlements ne pourront être adoptés, dans les matières nouvellement réservées à la loi par la Constitution, que sur base d'une loi suffisamment précise. Cette impossibilité d'adopter des règlements s'applique aux modifications apportées aux règlements existants, du moment que les modifications tombent sous la clause transversale.

Les nouvelles dispositions constitutionnelles sont, en d'autres termes, d'application immédiate, conformément aux principes généraux du droit de l'application des normes juridiques dans le temps. Mais ces mêmes principes incluent, comme nous le rappellerons à présent, également le principe de non-rétroactivité des modifications constitutionnelles.

4 Conséquences de la non-rétroactivité

Ce principe s'applique aux règles de compétence et de forme des règlements²⁰ et des lois. La non-rétroactivité des nouvelles dispositions constitutionnelles entraîne qu'un règlement ne peut pas être réputé être devenu illégal, « contraire à la Constitution » ou caduc, du fait que des règles de compétence ou de forme qui n'existaient pas au moment de l'adoption du règlement ont été introduites par un texte, fût-il constitutionnel, postérieur. Le règlement survit dès lors à l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition constitutionnelle, du moment que par son *contenu* il n'est pas contraire à la Constitution.

Voici le détail de l'argumentation.

a) L'un des principes les plus importants de la vie juridique des États (autres que les États les plus révolutionnaires) est le principe de la continuité historique de l'ordre juridique²¹. Des lois et règlements adoptés sous un régime antérieur, selon des règles de compétence et de forme différentes de celles de la Constitution actuelle, restent en vigueur jusqu'à leur abrogation expresse : au Luxembourg des lois et règlements (en matière d'eaux et forêts) datant de la monarchie absolue de l'Ancien Régime, des lois des différents régimes de la Révolution française, des codes et lois napoléoniens, des textes adoptés sous le régime néerlandais et sous les différents textes constitutionnels luxembourgeois restent en vigueur. Parfois, un texte exprès est intervenu pour le confirmer lors d'un changement de régime²², parfois non. Dans tous les cas, le principe de la continuité historique s'applique.

On ajoutera — et c'est en même temps l'occasion de citer une jurisprudence directement pertinente à notre propos — que la règle de la continuité historique s'applique aussi, bien entendu, à l'occasion de simples révisions constitutionnelles sans changement de régime. La Cour de cassation eut à connaître, en 1957, du problème suivant. Un règlement grand-ducal prescrivant une autorisation administrative pour les établissements dangereux avait été adopté en 1872, c'est-à-dire sous l'empire de la Constitution de 1868, mais avant sa révision en 1919 qui subordonna expressément — dans toutes les matières, pas seulement dans les matières alors réservées à la loi par la Constitution — l'exercice du pouvoir réglementaire du Grand-Duc à l'existence d'une base légale. Il n'y avait pas de base légale à ce règlement, le Grand-Duc ayant à l'époque exercé ce qu'il estimait être (ou ce que le gouvernement estimait être) son pouvoir souverain de réglementer cette matière « libre ». Le règlement pouvait-il être, en 1957, la base de poursuites pénales contre le demandeur en cassation, ou était-il devenu caduc en 1919 ? La Cour de cassation jugea que rien ne s'opposait à ces poursuites. Si la révision de 1919 avait mis fin à la possibilité que des règlements interviennent sans base légale, « l'arrêté

trée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles, à paraître au prochain numéro du *J.T.L.*

²⁰ Voir les références citées *supra*, note 15.

²¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, 1960, n° 79 et l'annexe documentaire pp. 497 et s.

²² Selon P. Pescatore (*ibid.*, n° 79), tel est le sens de l'article 117 de la Constitution dans sa version de 1868 (qui correspond en substance aux dispositions finales des lois de révision constitutionnelles qui entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2023) : « À compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, tous les décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires, sont abrogés ».

royal grand-ducal du 17 juin 1872 ne saurait [...] être entaché de nullité comme manquant de base légale et comme en reposant sur aucune loi habilitante, alors qu'à l'époque le Grand-Duc pouvait, en vertu de son pouvoir souverain, réglementer toutes les matières, même si celles-ci n'avaient pas été préalablement fixées par une loi »²³. Cet arrêt luxembourgeois est évidemment un précédent important pour la question qui nous occupe.

b) Il y en a d'autres, émanant de juridictions étrangères. La non-rétroactivité des dispositions constitutionnelles nouvelles introduisant de nouvelles réserves de loi, et la survie des règlements anciens, ont ainsi fait l'objet d'une confirmation expresse par la Cour constitutionnelle italienne²⁴ et par le Tribunal constitutionnel espagnol²⁵, après la création de nouveaux régimes constitutionnels qui substituèrent aux constitutions autoritaires du passé un régime politique différent et plus centré sur la démocratie parlementaire et sur le rôle de la loi — République en Italie, monarchie constitutionnelle moderne en Espagne.

Pour ceux qui estimerait que les droits italien et espagnol sont trop éloignés du droit luxembourgeois pour que la référence à ces solutions soit utile — on peut cependant ne pas être de cet avis²⁶ —, il y a lieu d'examiner en particulier les solutions belges et françaises²⁷. En Belgique, il est reconnu dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que lorsque la Cour apprécie la conformité aux règles répartitrices de compétence, elle le fait « tout d'abord au regard des règles répartitrices de compétence qui étaient en vigueur à la date à laquelle [la] norme a été adoptée », les modifications constitutionnelles ultérieures n'étant pas rétroactives²⁸. Cette jurisprudence n'a toutefois pas trait à l'habilitation législative du pouvoir réglementaire. La jurisprudence française est en revanche directement pertinente, étant donné la modification dans la répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire qu'a entraîné le passage de la III^e République (dont la Constitution était très tolérante à l'égard des habilitations du pouvoir réglementaire) à la IV^e, puis à la V^e République. La Cour de cassation française, chambre criminelle, a ainsi décidé que le principe de non-rétroactivité des lois constitutionnelles avait pour conséquence la survie d'un décret du 12 novembre 1938, pris en application d'une loi du 5 octobre 1938 laquelle avait procédé à une délégation massive au pouvoir réglementaire : « l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel l'Assemblée nationale vote seule la loi et ne peut déléguer ce droit, n'a d'effet que pour l'avenir ; que par suite cet article n'a pu rendre caduc ou abroger le décret du 12 novembre 1938, lequel avait acquis, antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution, force de loi »²⁹. Cette solution est claire : en cas de modification des règles de compétence (ou de forme) par la Constitution, les règlements existants restent en vigueur malgré la caducité de leur base légale, à condition qu'au moment de leur adoption cette base légale n'était pas contraire aux dispositions constitutionnelles alors en vigueur. Le Conseil d'État français a fait application dans ce contexte du même principe *tempus regit actum*³⁰.

c) Un possible argument en sens contraire doit encore être considéré. La caducité de la base légale peut être analysée, si on le souhaite, en

²³ Cass., 17 janvier 1957, *Pas. lux.* 17, p. 105, note Ch. L. H.

²⁴ Arrêt n° 73 du 27 janvier 1968, analysé en détail par J. TRÉMEAU dans sa thèse : *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Paris, Economica, 1997, pp. 176-180. Cet arrêt aboutit à confirmer le maintien en vigueur d'un décret de 1873, pris en vertu d'une loi habilitante de 1865, qui avait porté règlement de police ferroviaire à un moment où la matière pénale n'était pas une matière réservée à la loi par la Constitution italienne, la réserve de loi n'ayant été introduite que par la Constitution entrée en vigueur en 1948. La loi était désormais caduque, mais non le règlement qui avait pu être valablement adopté en 1873.

²⁵ Arrêt du 2 février 1981, n° 4/1981, in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, n° 20, obs. DIEZ-PICAZO.

²⁶ Ainsi, comme le note J. TRÉMEAU, « Le droit applicable aux décrets antérieurs à la Constitution de 1958 », *RFD adm.*, 1995, pp. 792 et s., spéc. p. 794, « la démarche qu'adopte le juge administratif français est exactement conforme aux principes orientant la jurisprudence constitutionnelle [italienne et espagnole] ».

²⁷ En Allemagne la question de la survie des habilitations du pouvoir réglementaire a été réglée par des dispositions expresses de la loi fondamentale de 1949 (article 129 GG). Voir aussi *infra*, note 39.

²⁸ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 424.

²⁹ Crim., 6 juin 1952, *Bull. crim.*, 1952, n° 147.

³⁰ Voir les arrêts cités par J. TRÉMEAU, *op. cit.*, *RFD adm.*, 1995, spéc. pp. 794-795, sous le titre « l'absence de rétroactivité de la Constitution de 1958 ».

termes d'abrogation tacite par le texte constitutionnel postérieur. N'y a-t-il pas lieu dès lors de faire application de l'idée que l'abrogation de la base légale du règlement entraîne automatiquement caducité du règlement lui-même, sauf si la loi qui a abrogé la loi servant de base au règlement prévoit expressément le contraire ?

Cet argument doit être rejeté pour deux raisons. D'abord, nous avons vu que la question de la caducité des règlements est une question constitutionnelle très spécifique, liée au principe de la continuité historique de l'ordre juridique au-delà des changements de régime et des révisions constitutionnelles³¹, et la réponse, telle qu'elle est donnée par la jurisprudence dont nous avons rendu compte, ne dérive pas des principes en matière d'abrogation des dispositions législatives par des dispositions législatives nouvelles.

Ensuite, même en matière d'abrogation des lois par des lois postérieures, il n'existe en réalité pas de principe mécanique qui prévoit la caducité automatique des règlements. L'existence de ce principe a certes été autrefois affirmée par la jurisprudence luxembourgeoise³², mais l'idée est aujourd'hui abandonnée dans la jurisprudence de la Cour administrative et dans celle de la Cour de cassation. La Cour administrative, réformant un jugement du tribunal administratif, a retenu qu'« un règlement légalement pris survit à la loi dont il procède en cas d'abrogation de celle-ci, dès lors qu'il trouve un support suffisant dans la législation postérieure qui témoigne de la volonté persistante du législateur à régir selon des options similaires la matière dans le cadre de laquelle est intervenu le règlement en question et que le règlement n'est pas inconciliable avec des dispositions de la nouvelle loi »³³. La Cour de cassation a jugé, à propos d'un règlement dont la base légale avait été abrogée, que « les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation postérieure »³⁴.

Abstraction faite de l'argument d'autorité, la jurisprudence des deux juridictions suprêmes — qui est d'ailleurs conforme à la jurisprudence française sur les conséquences de l'abrogation des lois³⁵ — est objectivement préférable : la raison pour laquelle, parfois, l'abrogation de la base légale entraîne effectivement la caducité des règlements d'exécution n'est pas une raison mécanique, mais réside dans le fait que si la loi nouvelle abroge la loi ancienne parce qu'elle modifie, quant au

fond, les « options » législatives, alors les règlements anciens apparaîtront comme contraires à la loi nouvelle et seront dès lors effectivement caducs³⁶. La jurisprudence actuelle sur les effets de l'abrogation de la loi servant de base légale au règlement est dès lors nuancée — et compatible avec la distinction que nous développons dans cet article, entre les règlements contraires et non contraires, quant au fond, avec les nouvelles dispositions constitutionnelles. Elle est compatible avec l'idée que le maintien en vigueur des règlements n'est pas affecté par l'entrée en vigueur de dispositions constitutionnelles nouvelles, en tant qu'elles introduisent de nouvelles exigences qui ont trait non pas au fond, mais aux conditions de compétence ou de forme des règlements³⁷.

5 Conclusion

Les habilitations législatives contraires aux nouvelles dispositions constitutionnelles, et spécialement à la « clause transversale », sont caduques à partir du 1^{er} juillet 2023, mais leur caducité ne porte pas atteinte à la survie des règlements qui avaient été valablement pris sur leur base et qui ne sont pas contraires, quant au fond, à la Constitution telle qu'elle sera en vigueur à partir de cette date. Les règlements ne peuvent toutefois plus être modifiés en introduisant de nouvelles restrictions aux libertés publiques, sauf adoption d'une base légale conforme aux nouvelles dispositions constitutionnelles.

Un problème subsiste cependant : certes, il n'y a pas d'urgence particulière à revisiter l'ensemble des lois constituant les bases légales aux restrictions existantes des libertés publiques³⁸, mais en l'absence de modification de ces lois, les règlements existants se retrouveront comme pétrifiés et risquent de devenir, au fur et à mesure des années qui passeront, de moins en moins adaptés à l'évolution de la société. Peut-être deviendront-ils même de ce fait illégaux. Cette illégalité viendra cependant à exister, tout au plus, dans un temps indéterminé et long³⁹. Dans l'immédiat, les règlements continueront à s'appliquer.

Patrick KINSCH

³¹ Cfr *supra*, 4a et 4b.

³² Trib. adm., 24 octobre 2007, n° 22486, citant CE, 13 juillet 1990, n° 8261. Ce jugement a été réformé par l'arrêt de la Cour administrative du 10 avril 2008 cité dans la note suivante. Dans la jurisprudence judiciaire : Cour d'appel, 25 juin 2008, *Pas. lux.* 34, p. 228.

³³ Cour adm., 10 avril 2008, n° 23737C, *Pas. lux.* 34, p. 226 ; voir aussi Cour adm., 16 décembre 2008, n° 24605C ; Cour adm., 15 décembre 2009, n° 25995C.

³⁴ Cass., 10 janvier 2013, n° 2/2013 pénal, *J.T.L.*, 2013, p. 99.

³⁵ La jurisprudence de la Cour de cassation reprend même les termes exacts d'une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation française (qui remonte, semble-t-il, à 1837), notamment Crim., 21 janvier 1944, *Bull. crim.*, 1944, n° 27 ; Crim., 16 octobre 1996, n° 95-84755, *Bull. crim.*, 1996, n° 367. Dans la jurisprudence du Conseil d'État français, voir l'arrêt d'Assemblée du 16 avril 1943, *Sirey*, 1943, III, 41, concl. Léonard.

³⁶ Exemple de modification des règles de fond posées par la loi subséquente qui a abrogé la base légale du règlement, faisant apparaître les dispositions du règlement comme inconciliables avec celles de la loi postérieure et dès lors comme caduques : Trib. adm., 6 juillet 2010, n° 25571a.

³⁷ Il n'est pas certain que cette distinction a été parfaitement respectée par le raisonnement de Trib. adm., 21 décembre 2022, n° 45738 qui a estimé, par rapport à la jurisprudence de la Cour administrative citée *supra*, note 33, que « la question de la compatibilité de cette jurisprudence avec les exigences dans le cadre des matières réservées à la loi reste entière » (p. 20) et qu'il convenait de faire examiner par la Cour constitutionnelle la question de la conformité de la nouvelle loi (qui avait abrogé la

base légale du règlement litigieux) avec l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution. La Cour constitutionnelle a jugé que la question ne se posait pas, aucune matière réservée à la loi n'étant en cause (arrêt du 19 mai 2023, n° 179).

³⁸ Cfr la prise de position du gouvernement sur la proposition de révision du chapitre II de la Constitution, du 4 juin 2021, *Doc. parl.* 7755¹, pp. 7-8, qui estime que « la proposition de révision sous objet [la proposition n° 7755, qui concerne notamment les libertés publiques] n'implique pour sa part pas d'adaptations législatives et réglementaires majeures », tout en ajoutant qu'elle « doit néanmoins se voir appliquer le même délai d'entrée en vigueur que les autres propositions de révision afin de pouvoir respecter l'ordre successif d'entrée en vigueur des quatre propositions ».

³⁹ En Allemagne, la loi fondamentale de 1949 a déclaré désormais caduques (*erloschen*) les habilitations législatives déléguant au pouvoir réglementaire le droit d'édicter des normes tenant lieu de normes législatives (article 129 (3) GG). La jurisprudence de la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) admit pendant longtemps la survie des règlements anciens intervenant dans le domaine législatif, mais finit par décider en 2003 qu'après 54 ans de caducité de sa base légale, un règlement de 1938 ne pouvait plus être légalement appliqué : le législateur avait disposé d'assez de temps pour mettre à jour la législation, si bien que le maintien du règlement n'est « plus compatible avec les principes de l'État de droit », et aussi « les circonstances économiques ont subi entre-temps des modifications importantes » (BVerwG, 16 juillet 2003, 6 C 27.02, *BVerwGE* 118, p. 319). Il n'est pas exclu (ni certain) que ce type de raisonnement puisse également s'imposer, un jour, au Luxembourg.