

Institutions et sources du droit luxembourgeois

Selon la Constitution luxembourgeoise, la couronne du Grand-Duché est héréditaire dans la famille de Nassau selon le pacte du 30 juin 1883. Ce pacte est conforme à la loi salique. Deux arrêtés grand-ducaux ont modernisé le pacte en 2012 (Mémorial B).

Supports admis à l'examen : Constitution, plan et support de 17 pages

Introduction

La Cour constitutionnelle existe au Luxembourg depuis 1997 et a été introduite par une modification de la constitution datant du 26 juillet 1996. Le premier arrêt a été rendu en 1998.

Parmi les juridictions ordinaires, on distingue les juridictions judiciaires et les juridictions administratives. Quant aux juridictions administratives, le Conseil d'Etat a été introduit au Luxembourg suivant le modèle français en 1856 : il avait la double fonction de consultation législative et de juridiction administrative. Or, suite à l'arrêt *Procola*, le Conseil d'Etat a dû renoncer à sa fonction de juge administratif, tout en conservant sa fonction consultative. A la suite de cette réforme, il a été nécessaire de créer des juridictions administratives comme le Conseil d'Etat avait été la seule juridiction administrative, compétente en premier et dernier recours.

Introduction historique (ne fait pas partie de l'examen)

Le Luxembourg moderne n'a pas une histoire très longue. Le Luxembourg moderne verra véritablement le jour-là la fin de la «période autrichienne» en 1794 avec l'invasion française. C'est alors que le pays fut défini dans ses frontières actuelles et qu'un nom lui fut attribué: le Département des forêts.

En 1815, le Congrès de Vienne réorganise l'Europe. Le Luxembourg a été attribué au Roi des Pays-Bas en compensation de certains territoires perdus en Allemagne. En termes de droit international public, le Luxembourg a été créé en tant qu'Etat souverain. Il passe de Duché à Grand-Duché. En termes de droit constitutionnel, le Luxembourg est cependant intégré aux Pays-Bas. Le Luxembourg est régie par la Constitution des Pays-Bas. Au niveau politique, le Luxembourg faisait partie de la Confédération germanique et plus tard du Zollverein au niveau économique.

En 1830, intervient la Révolution belge, la Belgique ayant aussi été attribuée au Roi des Pays-Bas. L'intégralité du territoire luxembourgeois avait rallié la Révolution belge, sauf la Ville de Luxembourg. La forteresse avait une garnison prussienne.

En 1839, lorsque le sort de la Belgique a été décidé par le Traité de Londres, le Luxembourg a été détaché de la Belgique. On peut considérer que c'est le point de départ de l'existence de la nation luxembourgeoise. En 1841 est adoptée la première constitution luxembourgeoise. En 1848, la constitution est amendée dans un sens libéral en copiant la constitution belge.

En 1856, le Roi Grand-Duc trouvait que la constitution était trop libérale. La nouvelle constitution est moins parlementaire et a créé le Conseil d'Etat suivant le modèle français. Il avait essentiellement pour mission d'assumer le rôle législatif qu'il a encore aujourd'hui. En s'inspirant du Conseil d'Etat français, le Conseil d'Etat obtient également des fonctions juridictionnelles.

La constitution du 17 octobre 1868 est formellement celle qui est encore en vigueur aujourd'hui. Jusqu'en 1890, le Roi des Pays-Bas était le Grand-Duc du Luxembourg. En 1890, le Roi des Pays-Bas est mort et ne laissait que des filles. La fille aînée devenait reine des Pays-Bas. Selon le pacte de famille du Luxembourg, il fallait un héritier mâle pour hériter de la couronne. On a recherché et finalement trouvé un héritier: Adolphe de Nassau, un prince allemand, devient Grand-Duc du Luxembourg. (Par après, en 1907, le pacte de famille des Nassau fut changé afin que les filles aussi puissent devenir héritier de la couronne et la première Grande-Duchesse de Luxembourg fut Marie-Adélaïde).

Lors de la première guerre mondiale, l'Allemagne envahit le Luxembourg. La Grande-Duchesse Marie-Adélaïde se considérait essentiellement comme une princesse allemande et a invité les officiers allemands ce qui lui sera reproché. En 1918, la Grande-Duchesse a dû abdiquer. On lui reprochait aussi son autoritarisme. En 1912, Marie-Adélaïde hésitait pendant 2 mois de signer une loi sur l'école, ce qui lui fut reproché et scandalisait l'opinion publique. Après la 1^{re} Guerre mondiale (Luxembourg = neutre), elle fut très impopulaire notamment à cause de sa germanophilie et vu les hésitations à signer une loi démocratiquement votée. L'un des articles du traité de Versailles (non signé par le Luxembourg) prévoyait la fin de l'Union douanière avec l'Allemagne. Le Luxembourg, ruiné, devait à tout prix trouver un autre partenaire économique. Les élites luxembourgeoises étaient toujours très francophiles et ils envoyaient des ambassadeurs en France. Le président français ne voulait pas parler aux émissaires de la Grande-Duchesse. Marie-Adélaïde a finalement abdicé et en 1919 un référendum fut organisé pour savoir s'il fallait soit instituer une république, soit une monarchie avec la même dynastie, soit une monarchie avec une autre dynastie. La majorité des Luxembourgeois a voté pour le maintien de la monarchie avec la même dynastie. La sœur de Marie-Adélaïde, Charlotte, est devenue Grande-Duchesse du Luxembourg.

L'intégration du Luxembourg dans l'union douanière allemande était évidemment terminée. Le Luxembourg entre dans une union économique avec la Belgique, dont cette dernière dicte les termes.

Lors de la deuxième guerre mondiale, le Luxembourg est de nouveau envahi, cette fois occupé et intégré à l'Allemagne. L'Allemagne a intégré le Luxembourg sur le plan du recrutement du personnel (pas sur le plan constitutionnel) (Reichswehr, Hitlerjugend etc.).

L'indépendance luxembourgeoise fut abolie et on a remplacé le régime luxembourgeois par un gouvernement civil qui devait intégrer la législation allemande au Luxembourg. Ceci explique pourquoi la législation allemande en matière d'impôts directs de l'époque se maintient jusqu'à nos jours. En 1945, la légalité luxembourgeoise est rétablie, sauf le système fiscal allemand a été maintenu par arrêté grand-ducal.

En 2011, on a finalement prévu que même la fille aînée pourrait accéder au trône

Chapitre 1 : La hiérarchie des normes de droit interne

Il s'agit des normes générales et impersonnelles en droit interne, par opposition aux normes internationales et aux actes administratifs individuels.

Section 1 : Les différents types de normes à portée générale et impersonnelle

§1. Ediction des normes

A. Normes écrites

1. Inventaire hiérarchisé des normes écrites
 - a. La Constitution

La Constitution actuelle date du 17 octobre 1868. Elle est fortement inspirée de la constitution belge de 1831 et de la constitution française de la III^e République.

Les modalités de révision de la constitution sont prévues à l'**article 114 de la Constitution**. Le parlement seul a l'initiative des révisions :

« Toute révision doit être adoptée par la Chambre des Députés par deux votes successifs séparés par un intervalle d'au moins trois mois ».

Le système luxembourgeois veut que **chaque loi**, y compris la loi constitutionnelle, **doit être votée deux fois** dans un intervalle d'au moins 3 mois à la **majorité des 2/3** des membres du parlement. Il faut donc avoir le concours de l'opposition.

Depuis 2003 la procédure a été simplifiée. Le peuple a eu plus d'importance dans la procédure car depuis, l'alinéa 3 de l'article 114 dispose que le texte peut, après première lecture, être soumis à un **référendum** qui se substitue au second vote de la Chambre si demande en est faite par plus d'un quart des membres de la Chambre ou par 25.000 électeurs. Il n'a jamais eu de référendum jusqu'ici.

La majorité simple du vote populaire suffirait pour adopter la modification constitutionnelle lors d'un référendum.

La constitution a été modifiée pour la première fois en 1919, puis en 1948 (ajout de diverses libertés publiques) et puis à partir de 1988 il y a pratiquement au moins une modification constitutionnelle par an parce qu'il est tellement facile de la modifier. Une révision profonde est en cours.

Le pacte de famille a été désigné par le Premier Ministre le 27 juillet 2011 comme une sorte de constitution bis dont le contenu est déterminé proprio motu par le Grand-Duc. Le contenu relève donc de l'appréciation du Grand-Duc. Cela veut dire que le Grand-Duc peut donc déterminer qui comme héritier du Grand-Duché. Cette théorie a été contredite par le Grand-Duc qui a décidé de subordonner le pacte de famille à la constitution par l'article 49 du décret grand-ducal du 11 juin 2012 en précisant que les dispositions du pacte valent sous réserve des règles constitutionnelles. Mais il faut noter que ce n'est pas pour le peuple que le pacte a été fait.

b. Les lois

La loi est dans le système de la constitution luxembourgeoise, qui s'inspire de la constitution belge de 1831, une norme à statut privilégié. Privilégié dans le système de la constitution de 1868 car c'était **une norme privilégiée dans la constitution belge de 1831**.

La procédure d'adoption des lois est prévue par la Constitution. **Deux procédures législatives peuvent être distinguées :**

- **la procédure parlementaire (obligatoire); et**
- **la procédure référendaire.**

Dans la procédure législative, le rôle du Grand-Duc (article 34 de la **constitution**) **a évolué suite** à un refus par celui-ci de signer **une loi relative à l'euthanasie**.

i. La procédure parlementaire (procédure législative de droit commun)

On distingue les **projets de loi et les propositions de loi**. L'article 83 bis de la Constitution, consacré au Conseil d'Etat, prévoit que le Conseil d'Etat doit intervenir pendant le processus. L'article 59 lui donne le pouvoir de consentir ou non au second vote des lois. En principe, les lois sont votées deux fois, avec un intervalle de 3 mois, sauf si la chambre et le Conseil d'Etat dispensent la chambre du deuxième vote. La chambre se dispense toujours du second vote, mais le Conseil d'Etat peut refuser le second vote.

Théoriquement, le Conseil d'Etat pourrait imposer un second vote pour n'importe quelle raison. Or, en pratique, le Conseil d'Etat est devenu imperceptiblement le « gardien de la Constitution luxembourgeoise » et ne refusera le second vote que si le texte de loi est incompatible avec la Constitution, un traité international ou un droit fondamental.

La loi votée sans attendre **l'avis du Conseil d'Etat** serait inconstitutionnelle. Le refus de dispense du second vote s'appelle « opposition formelle ».

Outre la consultation du Conseil d'Etat, la **consultation des chambres professionnelles** à base électorale est prévue par la loi du 4 avril 1924. Pour chaque loi concernant, p.ex., les ressortissants de la Chambre du commerce, celle-ci doit être consultée. L'avis doit être demandé et il faut admettre un délai raisonnable pour qu'un avis puisse être donné. Que se passe-t-il si on ne consulte pas les chambres, alors qu'elles auraient dû l'être ? La réponse

donnée par la jurisprudence selon laquelle il n'y aura pas de sanction et la loi sera donc valable.

- **Cour d'appel, 28 juin 1994** (nr. 15.397, non publié) : S'agissant d'une **loi prise sans consultation des chambres professionnelles intéressées**, elle n'en est pas pour autant moins **valable**, l'avis étant requis par la loi ordinaire et non par la Constitution. Cette consultation est dès lors une formalité qui ne s'impose pas au législateur et pour laquelle il pourrait passer outre.

En pratique, au Luxembourg, il y a la politique du consensus. Ainsi, les lois concernant la fonction publique sont en général adoptées seulement suivant l'accord de la CGFP. En matière de l'économie, les lois font l'objet d'une tripartite. Juridiquement, ces consultations ne sont pas obligatoires. Ce n'est prévu par aucune loi.

En 1995, une loi concernant la mise à niveau des retraites de la fonction publique a été adoptée sans l'accord de la CGFP. Ainsi, la CGFP demandait d'abord le retrait du projet de loi, puis des dommages et intérêts une fois la loi adoptée.

- **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (XIe section), du 16 mars 2000** (nr. 86/2000, inédit) : Selon les juges, « le gouvernement n'est pas en droit de s'engager contractuellement à renoncer à saisir la Chambre des Députés ».

ii. La consultation référendaire

Selon l'article 51§7 de la Constitution, les électeurs pourront être appelés à se prononcer par la voie du référendum dans les cas et dans les conditions à déterminer par la loi.

Toutefois, si l'article 51 § 7 dispose que les électeurs peuvent être appelés à se prononcer sous forme de référendum, il convient de préciser que la procédure de référendum législatif n'est pas organisée par la constitution. Cette procédure a été organisée par la loi du 4 février 2005, instaurant également le référendum dans le cadre de la modification constitutionnelle.

Le référendum ne constitue pas une pratique très répandue. Il y a **eu 3 référendums au Luxembourg**:

- 1) Le référendum de 1919 a eu lieu sans base constitutionnelle. Le premier référendum était sur le maintien de la **monarchie ou la création d'une** république avec comme conséquence la démission de Marie Adélaïde.
- 2) En 1937, un deuxième référendum a eu lieu également sans base constitutionnelle. Le gouvernement avait voulu rétablir un projet de loi qui tendait à interdire le parti communiste. Ce texte a été adopté par le parlement, mais le premier ministre Bech voulait organiser un référendum. Le peuple a voté contre l'interdiction du parti communiste entre le premier et le second vote de la Chambre des Députés. Lors du deuxième vote, la Chambre des Députés a voté contre.
- 3) Le dernier référendum a eu lieu en 2005 à propos de l'adoption de la constitution de l'Union Européenne. La loi prévoyant son approbation a été soumise à un premier vote et adoptée à la quasi-unanimité des députés. Il était prévu d'avance que les députés ne se dispenseraient pas du deuxième vote et qu'un référendum serait organisé. Le second vote va être effectué en fonction du résultat du référendum. Ce n'est pas prévu par la constitution, mais ce n'est pas interdit.

Cela montre que si le parlement le souhaite, il peut organiser un **référendum législatif**. **L'article 51§7** ne parle pas expressément d'un référendum législatif **mais il permet d'y procéder**.

En 2005, il s'agissait bien d'un référendum législatif car la **procédure d'adoption des traités** internationaux est une procédure législative. Le vote et le référendum **en 2005 ont porté sur une loi** (transposant une directive) et on peut parler d'un référendum à **portée quasi législative**. La chambre a voté (anonymement) la loi d'approbation du traité portant **constitution pour l'Europe**. A cette occasion, le parlement a décidé de soumettre le texte à un second vote afin **de pouvoir organiser un référendum entretemps**.

Le peuple a voté pour et est alors intervenu le second vote **de la chambre des Députés**. Ce référendum a servi à des fins politiques et l'organisation sur **le plan juridique n'était pas frauduleuse**. Mais il faut préciser que juridiquement rien n'aurait **empêché les députés de passer** outre le vote du peuple (il ne s'agissait que d'un engagement moral).

c. Le règlement grand-ducal

Formellement, il s'agit d'un règlement du chef d'Etat. En pratique, c'est un acte du gouvernement. Il s'agit du seul type de règlement prévu à l'origine par la Constitution.

Art. 36. (Révision du 19 novembre 2004) «*Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.*»

L'élaboration d'un règlement grand-ducal se fait en **5 étapes** :

1. La première étape est une **délibération du gouvernement en conseil** en vertu de l'article 8 de l'arrêté royal grand-ducal du 9 juillet 1857 portant organisation du gouvernement grand-ducal.
2. Puis la **consultation du Conseil d'Etat** est prévue par l'article 2 §1 de la loi du 12 juillet 1996 sur l'organisation du Conseil d'Etat, **sauf** si le Grand-Duc constate **l'urgence**. En réalité le constat d'urgence est fait par le gouvernement. Tant que la jurisprudence refusait de contrôler l'urgence, il y a eu des abus. Le constat d'urgence constituait alors une simple clause de style. Désormais, en cas d'urgence, l'avis n'est **pas obligatoire et mais c'est le juge administratif qui vérifiera** alors s'il y a urgence ou non. Pour l'année 2000, sur 292 règlements g-d, 203 ont été invoqués en urgence. Arrêt 19 mars 2001, cour administrative : désormais ces urgences sont contrôlées et vérifiées par la Cour.
3. La troisième étape est la **consultation des chambres professionnelles** (loi du 4 avril 1924). Un **règlement adopté en violation de cette procédure est illégal** car il y a une norme supérieure qui la prévoit (Cour d'appel, 28 juin 1994, n° 15399, non publié).

Comme il a été précisé pour l'élaboration des lois, la non consultation d'une chambre ne rend cette loi pas illégale car les 2 textes (la loi élaborée et la loi de 1924) sont de valeur égale et la constitution ne prévoit pas la consultation d'une chambre. Ici le règlement serait illégal puisqu'une norme supérieure (loi de 1924) exige la demande d'avis. Donc, si le règlement grand-ducal touche les intérêts des ressortissants d'une chambre professionnelle, il faut demander l'avis de celle-ci.

Éventuellement d'autres lois peuvent prévoir une procédure spéciale comme l'avis d'une **commission parlementaire** ce qui est pourtant rare. Certaines lois prévoient une consultation obligatoire du Conseil d'Etat sans dispense même en cas d'urgence (p.ex. modification du Code de la Route, Cour d'appel, 9 juin 2009, n° 289 / V).

4. L'article 45 C prévoit enfin la **signature du Grand-Duc et le contreseing du ministre intéressé** (4^{ième} étape)
5. ainsi que la **publication au Mémorial** (5^{ième} étape).

d. Les règlements ministériels et règlements émanant d'une administration spécialisée

La procédure est plus simple, comme le Conseil d'Etat ne doit jamais être consulté. Le règlement ministériel appartient à la compétence d'un seul ministre et non au gouvernement entier. Ainsi, il est requis la seule signature du ministre ou de la personne habilitée à représenter la personne publique. Cependant, il faut demander l'avis des chambres professionnelles si le règlement ministériel attrait principalement à la matière.

e. Les règlements communaux

L'article 107 alinéa 3 de la Constitution prévoit que le conseil communal fait les règlements communaux, sauf les cas d'urgence (en ce cas : collège échevinal). L'article 29 de la loi communale du 13 décembre 1988 précise que les règlements communaux ne peuvent être contraires aux lois, ni aux règlements d'administration générale. Le règlement étatique passe hiérarchiquement devant.

2. Trois textes à statut particulier

a. Une non-source de droit : Les circulaires administratives

Il y a des administrations qui rédigent des circulaires de manière quasi-réglementaire, bien que les circulaires ne soient pas des sources de droit. L'administration agit parfois comme si elle avait un pouvoir normatif. Il s'agit notamment des circulaires de la CSSF et des circulaires du directeur des administrations fiscales.

Des administrations abusent des circulaires dans un but normatif. Or, ces administrations n'ont pas de pouvoir normatif. Donc les circulaires qui se veulent être des normes sont illégales.

- Circulaire administrative du 24 février 1984: Le directeur des contributions impose à ses fonctionnaires de ne pas suivre un arrêt rendu par le CE, au profit d'une pratique administrative qui y déroge. Cette circulaire est doublement illégale: le directeur des contributions n'a aucun pouvoir réglementaire et il contredit la loi en contredisant l'interprétation opérée par le juge administratif suprême.
- Circulaire fiscale du 21 mai 2013 qui constitue un régime fiscal de faveur non prévu par la loi en matière d'embauchage à l'étranger de salariés hautement qualifiés.

Un autre exemple concerne la transposition de directives européennes à travers des circulaires CSSF. Cette pratique est conforme au droit européen mais ce n'est pas conforme au droit luxembourgeois (malgré les propos du ministre des finances). En effet, selon la jurisprudence constante du CE, la transposition par voie de circulaire n'est pas légale :

- CE, 10 juin 1992, pasc.28, p.286 : « Elle doit se borner à interpréter les textes de loi en vigueur sans fixer des règles de droit nouvelles comme le peut un règlement. Elle doit aider les fonctionnaires à bien interpréter la loi. La circulaire ne saurait être invoquée comme base juridique suffisante dès lors que (alors que au Lux) elles ne reflètent que l'opinion de l'administration et ne constitue pas une norme juridique dont le respect s'impose à ses destinataires. »

Toutes les circulaires ne sont pas illégales. Si elles n'interprètent ou précisent que les textes de lois en vigueur sans fixer des règles nouvelles, l'objet des circulaires est légitime. Elles ne reflètent que l'opinion de leur auteur et ne constituent pas des normes juridiques.

« Les circulaires ministérielles n'ont pas de caractère légal (très important), ce ne sont pas des actes réglementaires ou des décisions obligatoires pour les administrés. Elles ne sont obligatoires que pour les fonctionnaires, et ne s'imposent ni aux tribunaux, ni aux personnes étrangères à l'administration » (Pasc. administrative lois et règlement nr. 62).

b. Deuxième non-source de droit : Les documents parlementaires ou travaux préparatoires des lois

C'est le recueil de tous les actes de la procédure législative relative à une loi précise : projet de loi, rapport de la commission parlementaire, avis du Conseil d'Etat, résultat du vote sur la dispense du 2nd vote, l'avis des chambres professionnelles, etc. Tous ces documents sont fournis par le Service Central de Législation. Ces documents sont très utiles pour interpréter les lois et il est sans doute recommandable de s'y reporter.

Il y a une particularité luxembourgeoise, qui est le statut très important qu'ont les travaux préparatoires des lois. Ces textes jouent un rôle disproportionné par rapport à ce qui se fait à l'étranger. Parfois, on dit que cela remplace le manque de doctrine au Luxembourg, manque de commentaires de lois. On peut penser que cela montre la modestie des tribunaux luxembourgeois, contrairement pex à la Cour de cassation française. L'attitude des juges luxembourgeois envers les lois est au fond très respectueuse et on veut appliquer la loi de façon littérale. Comme les tribunaux se comprennent comme ne pas compétent pour créer du droit nouveau, on se réfère aux travaux parlementaires.

Ces textes ont toujours été invoqués devant les tribunaux comme étant des textes de lois implicites. Il arrive que l'on invoque ces commentaires comme étant l'équivalent de la loi. Ce n'est pas là une interprétation authentique de la loi.

L'utilité des travaux préparatoires est d'interpréter la loi, c'est-à-dire des termes parfois génériques choisis par la loi dont le sens juridique n'est pas toujours clair. Là les travaux parlementaires sont très utiles, car ils définissent l'utilisation de certains termes. Il s'agit de connaître l'intention des législateurs historiques, considérés comme liant les tribunaux. L'interprétation exégétique de la loi correspond très bien à la mentalité des magistrats luxembourgeois. Après 100 ans d'interprétation exégétique en France, le Président de la Cour de Cassation a dit qu'il fallait passer à une interprétation évolutive. Au contraire, les magistrats luxembourgeois ont tendance à rester assez exégètes. On regarde ce qui a réellement été pensé au moment de l'adoption de la loi. La seule raison pour laquelle les juridictions civiles interprètent le code civil de manière évolutive, c'est parce qu'on suit la jurisprudence française. Sans cela, on interpréterait encore aujourd'hui le texte tel qu'on le faisait en 1804. Aujourd'hui, les tribunaux luxembourgeois ont une opinion scindée, étant attiré par l'interprétation exégétique et conservatrice, on constate une tendance de suivre un peu l'évolution moderne française du droit.

La question est devenue contentieuse devant le Conseil d'Etat dans un arrêt du 15 décembre 1948, Etablissement Paul Würth (Pasicrisie vol.14, p.19) qui retient que « les travaux préparatoires de la loi, de quelque pertinence qu'ils soient, ne peuvent servir à suppléer aux lacunes du texte légal, ni à déroger à ses dispositions ».

Le parlement a exigé d'être consulté à l'avenir, si l'administration estimait devoir modifier de manière substantielle, l'interprétation donnée par le gouvernement et le Parlement à une disposition législative. (doc. parl. n°4143-1, p.5). Ce texte concernait le secret bancaire et l'entraide administrative en matière financière, p.ex. poursuite des délits d'initiés. Lors de la transposition de la directive européenne, une initiative de mettre dans les travaux préparatoires de la loi de transposition, le contraire de ce que disait la directive ; tandis que le texte de la loi disait exactement la même chose que la directive. Il s'agissait de lutter contre le délit d'initié et dans ce cas le seul élément important est l'identité du coursier en bourse. Au Luxembourg, on a voulu faire croire qu'il y avait secret professionnel, ce qui était tout à fait contraire à l'esprit de la directive. C'est un exemple de clair abus des travaux préparatoires, mais cela ne se fait plus depuis 15 ans.

L'interprétation des lois se fait de manière libre. Le juge peut donner son propre avis, comme c'est le cas pour la cour de cassation française.

L'arrêt de la Cour administrative du 7 juin 2012 reconnaît maintenant que les termes employés par un texte légal sont susceptibles de plusieurs interprétations. Tous les mots ne sont pas susceptibles d'avoir le même sens. Même l'application du texte légal le plus clair en apparence, peut nécessiter une démarche d'interprétation. La signification première d'un texte peut se révéler trop large. Il faut interpréter tous les textes pour donner effet à la volonté du législateur. C'est la démarche téléologique qui est ici soutenue.

c. Les normes belges dans le cadre de l'UEBL

Ce sont des sources belges de droit luxembourgeois. Le texte luxembourgeois est inspiré du droit belge. L'union belgo-luxembourgeoise date de 1921. C'est une source belge, la réception obligatoire des normes belges dans le cadre de *l'Union économique entre la Belgique et le Luxembourg*. Il s'agit peut-être un cas unique qu'un Etat souverain doit faire réception obligatoire de textes mis en vigueur dans un Etat voisin. Cela date de l'époque du Zollverein, épisode où il n'y avait pas d'union douanière avec la France possible, qui ne voulait pas d'union pour des raisons politiques. Le Luxembourg cherchait un partenaire. La Belgique avait accepté cette union à condition de ou dicter des normes en matière de douanes et accises. Ainsi, un arrêté grand-ducal du 24 avril 1922 a disposé que pour la mise en vigueur de ces normes belges: « *Notre Ministre des Finances fera publier toutes les dispositions belges en matière de douanes et accises qui doivent recevoir application obligatoire au Luxembourg* ».

On pourrait soutenir que l'UEBL est contraire à la Constitution, mais cela n'est pas possible, parce que les accords internationaux sont hors de la portée du contrôle de constitutionnalité. Ça aussi, c'est une particularité de vivre dans un petit pays, qui peut constituer un désavantage.

Il y a une souveraineté limitée dans ce qui est aujourd'hui le domaine des douanes et accises (*cf. Document nr.2 p.7 de la documentation*) : article 3 du règlement ministériel du 27 février 2009 portant publication de la loi belge du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses. La base de ce texte est l'union économique conclue entre le Luxembourg et la Belgique.

B. Les normes non écrites

1. La coutume

Il existe des coutumes de droit privé et des coutumes de droit public, ainsi que les coutumes constitutionnelles, qui sont d'ailleurs discutables.

Il existe une coutume constitutionnelle **non contestée** : il est d'usage que le gouvernement démissionne lorsqu'une nouvelle chambre a été élue. Le gouvernement reste en place jusqu'aux élections législatives, mais entretemps il y a un laps de temps où les membres du gouvernement restent en place et continuent d'administrer et de poser des actes. Dans une affaire, il a été considéré que suivant un usage constitutionnel constant, les ministres s'abstiennent pendant ce laps de temps de poser des actes juridiques ou politiques en dehors du contrôle du Parlement nouvellement élu, pour se limiter aux actes de la gestion courante, afin d'assurer la continuité dans l'évacuation quotidienne des affaires publiques.

- **Avis Conseil d'Etat, 18 juillet 2013** (dissolution à effet différé de la chambre des députés) : Suivant la coutume constitutionnelle, une dissolution à effet différé est impossible. Cet avis a été ignoré.

2. Les principes généraux du droit

Il existe les PDG de **droit privé** et les PDG de droit public. Par imitation de la jurisprudence française et belge, les mêmes PDG classiques de droit privé s'appliquent au Luxembourg qu'en France et en Belgique. Or, existent-ils aussi des principes généraux du droit purement

luxembourgeois ? Il a été question du PDG consistant dans l'égalité de traitement des actionnaires minoritaires par les actionnaires majoritaires.

- *Cour d'appel du 12 juillet 2006, affaire Audiolux c/ RTL*, (Bulletin Droit et Banque n°38, p.46) : Il se posait la question de l'existence ou non d'un principe général du droit (PGD) selon lequel un actionnaire minoritaire, dans le cadre d'une OPA restreinte à certains actionnaires, doit être traité de manière égalitaire. Les actionnaires minoritaires de RTL voulaient vendre leurs actions au même prix élevé auquel furent vendues les actions des actionnaires majoritaires. La cour a considéré que ce PGD n'existe pas et a invoqué que le juge se borne à déclarer l'existence des principes généraux du droit. Selon Kinsch, c'est le contraire qui est vrai: les PGD ont leur origine dans le juge, alors qu'ici il est défendu que les PGD tombent d'une certaine façon du ciel.
- *Cour de cassation, 23 septembre 2010*, (Journal des tribunaux Luxembourg 2010, p.72) : L'existence d'un principe général du droit peut être induite par le juge des applications particulières qu'en fait la loi dans des cas déterminés. Dès lors que le principe est reconnu par le juge, celui-ci en déduit les applications en dehors des situations déterminées par les textes normatifs. En observant les textes de lois invoqués, la Cour en a pu déduire l'inexistence du principe invoqué.

En matière de **droit public**, on peut observer 3 générations de principes généraux du droit :

- Les *principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat par imitation de la jurisprudence du Conseil d'Etat français* (p.ex. non rétroactivité des actes administratifs) : ils restent en vigueur en droit luxembourgeois avec l'abolition de la fonction judiciaire du Conseil d'Etat
- Les *principes généraux du droit européen* (p.ex. confiance légitime, sécurité juridique) : Ce sont les principes insérés dans l'ordre juridique du Luxembourg sous l'effet de la jurisprudence de la CJCE. Ces principes ont été repris de la Cour de justice allemande.
- Les *principes généraux du droit d'inspiration belge* (p.ex. principe de bonne administration, obligation générale de l'administration d'agir dans un délai raisonnable) : La Convention européenne des droits de l'homme est souvent invoquée à cet égard bien qu'il s'agisse de droit administratif.

Quel est le rang hiérarchique des principes généraux du droit ? Classiquement, on considère que les PDG sont supérieurs aux règlements mais pas supérieurs aux lois. Or, il se pose la question de savoir si certains PDG n'auraient pas une valeur constitutionnelle. Cette question est importante depuis l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois et de tels PDG pourraient donc être invoqués devant la Cour constitutionnelle.

Pendant longtemps, le seul début de réponse se retrouvait dans la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat. L'article 2§2 dispose que « si [le Conseil d'Etat] estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, ainsi qu'aux principes généraux du droit, le Conseil d'Etat en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure. »

Ainsi, certains des PDG ont une valeur supérieure à celle des lois, mais ceci ne vaut que pour certains d'entre eux :

- *Cour Constitutionnelle, 1^{er} octobre 2010, Colonel Ries c/ Etat du Grand-Duché de Luxembourg en présence du chef d'Etat-major de l'armée* : En l'espèce, le colonel Ries avait été privé de sa fonction de chef de l'armée par une loi. La Cour administrative renvoyait devant la Cour constitutionnelle la question de savoir si ceci ne violait pas le principe de séparation des pouvoirs. La Cour constitutionnelle a

considéré que le principe de séparation n'étant pas formulé dans la constitution, il ne s'agirait pas d'une violation de la constitution sur ce point. Elle reconnaît d'ailleurs la valeur de ce principe et juge que la loi n'a pas violé ce principe.

Dès lors, la cour a implicitement reconnu la valeur constitutionnelle de ce principe.

§2. Les domaines respectifs des différentes normes

La Constitution luxembourgeoise n'est pas comparable à la Constitution française avec sa délimitation précise des pouvoirs. Par contre, elle peut être comparée à la Constitution de la III^e République française. La véritable référence a toutefois été reprise de la Constitution belge de 1831, qui était libérale, mais qui donne le beau rôle à la loi.

A. La loi

1. Pas de domaine maximal déterminé

La loi n'a pas de domaine maximal déterminé. La loi peut intervenir dans tous les domaines à l'exception du droit du Grand-Duc de réglementer l'administration. Ainsi, une loi ne peut pas intervenir dans ce domaine. A part ceci, la loi peut intervenir dans tous les domaines même dans ceux où l'intervention par règlement est prévue (Cour constitutionnelle, 6 mars 1998). La loi peut intervenir aussi là où intervient normalement un acte administratif individuel (cf. affaire du colonel Ries).

La Cour constitutionnelle a considéré dans un arrêt du 1^{er} octobre 2010 que le pouvoir législatif peut intervenir dans le pouvoir réglementaire, mais il doit respecter le principe de l'égalité devant la loi. Ainsi, la loi sur le colonel Ries a été considérée comme contraire à la Constitution, en raison du favoritisme. Rien ne justifiait que le colonel devait être privé de sa place, la loi n'expliquait pas pourquoi. A l'égard de la séparation des pouvoirs, il n'y a pas d'objection ici. Dans l'arrêt Ries, on dit qu'on peut distinguer entre les personnes par règles générales ou individuelles. C'est anormal, mais pas anticonstitutionnel.

Le recours à une loi particulière n'est cependant rien d'exceptionnel. Ainsi, la loi du 25 juin 2004 comporte 10 pages de carrières de fonctionnaires déterminés.

➤ **Exemple récent : comtesse Stéphanie est devenue luxembourgeoise alors qu'elle ne résidait pas au Luxembourg. Loi du 10 octobre 2012 : c'est donc une exception à la règle.**

La loi dispose néanmoins d'un domaine minimal déterminé.

2. Le domaine minimal réservé à la loi

Il y a certaines matières qui sont réservées à la loi par la Constitution. Le législateur peut intervenir dans n'importe quel domaine ou presque. En revanche, le pouvoir réglementaire ne peut pas intervenir vers le haut, dans le domaine réservé à la loi.

a) Modalités de la réserve législative

Seule la loi peut réglementer ces matières, à l'exclusion du pouvoir réglementaire. Ces matières sont éparpillées dans le texte de la Constitution et ne se trouvent pas dans un seul article.

- Soit leur définition a lieu **négativement** en disposant que seule la loi peut déroger à/restreindre un principe de liberté. C'est par exemple le cas de l'article 11 (6) qui précise notamment que la liberté du commerce et de l'industrie est garantie sauf restrictions établies par la loi. Selon la conception belge, le législateur pense que la loi est la meilleure protection du citoyen.

- Soit leur définition a lieu **positivement** en disposant que la loi organise une matière. Par exemple en application de l'article 14 la loi organise la matière pénale. L'article 11 (5) dispose que la loi règle quant à ses principes de la sécurité sociale.

b) Portée de la notion de « matière réservée »

Il ne s'agit pas de dire que la loi peut seulement intervenir dans ces matières, mais que le pouvoir réglementaire ne peut pas intervenir dans ces matières même sur délégation du pouvoir législatif. Le principe selon lequel le pouvoir réglementaire ne peut pas intervenir fait l'objet d'exceptions traditionnellement retenues en jurisprudence :

- Cour constitutionnelle, 3 janvier 2003 : Nul sauf le pouvoir législatif ne peut disposer des matières érigées en réserve. Il est toutefois satisfait à la réserve législative si la loi s'exprime sur les grands principes tout en laissant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre des détails. En l'espèce, la loi sur l'homologation des diplômes étrangers n'était pas constitutionnelle comme elle ne réglait même pas les grands principes.
- Une loi constitutionnelle du 19 novembre 2004 a modifié l'article 32 (3) de la constitution et consacré cette règle dans le texte de la constitution. En effet, cet article dispose que le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi.

Par exception dans certains cas, le pouvoir réglementaire peut quand même intervenir dans les matières réservées à la loi :

- Pouvoir de crise du Grand-duc (art.32§4)
- Organes professionnels chargés des professionnels libérales (art.11§6 alinéa 2) : La Constitution prévoit que *«en matière d'exercice de la profession libérale elle peut accorder à des **organes professionnels dotés de la personnalité civile** le pouvoir de prendre des règlements»*. Cette compétence est toutefois strictement limitée. Concernant l'exercice de la profession, les ordres professionnels peuvent imposer des restrictions. Ceci est dû à plusieurs arrêts de la Cour administrative qui a jugé la loi antérieure insuffisamment satisfaisante.

B. Le règlement grand-ducal

Dans la Constitution, un grand nombre d'articles règle le domaine du pouvoir du règlement grand-ducal. Le plus important est l'article 32§2, qui n'était pas dans la Constitution originale. Il prévoit que le Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribue la Constitution. Toutefois, en cas de crise internationale, le Grand-Duc peut prendre en toute matière des règlements. La durée de validité de ces règlements est limitée à 3 mois (article 32§4).

L'article 33 est là pour dire à quoi sert un Grand-Duc. Formellement, le pouvoir exécutif est entre les mains du Grand-Duc, ce qui signifie que c'est le règlement grand-ducal qui est vraiment le plus pertinent dans l'ordre constitutionnel luxembourgeois.

L'article 36 est une base importante du pouvoir réglementaire, mais émasculé en 2004. La réforme du 19 novembre 2004 a raccourci ce texte, et depuis 150 ans le Grand-Duc n'exerce plus ce pouvoir. Cet article concerne la suspension des lois, mais il n'en a jamais fait usage.

L'article 37§4 prévoit que le Grand-Duc fait les traités, ainsi que les règlements nécessaires pour l'exécution des traités. Enfin, l'article 76 prévoit l'organisation du gouvernement par le Grand-Duc.

L'article 76 alinéa 1 dispose que le Grand-Duc réglemente la composition de son gouvernement, qui doit être de trois membres au moins. Le pouvoir réglementaire doit être

divisé en deux : d'une part le pouvoir réglementaire autonome où il n'est pas besoin de loi ; d'autre part le pouvoir réglementaire qui a besoin d'être rattaché à une loi ou un traité.

Ainsi, il y a un **pouvoir réglementaire autonome** et un **pouvoir réglementaire rattaché à une loi ou à un traité**, ce qui est le domaine de droit commun.

1. Le pouvoir réglementaire rattaché à une loi particulière ou à un traité
 - a) L'exécution des lois et traités (articles 36 et 37 de la Constitution)

C'est le droit commun du droit commun. La partie la plus importante du pouvoir réglementaire du Grand-Duc est l'exécution des lois et des traités. L'article 36 prévoit l'exécution des lois et l'article 37 prévoit l'exécution des traités. L'article 37 énonce que le Grand-Duc fait les traités et les règlements nécessaires pour l'exécution des traités sans préjudice des matières réservées à la loi.

Normalement, les lois luxembourgeoises contiennent toujours un article prévoyant que « *notre ministre est chargé de l'exécution de la présente loi* ». Il arrive que cette formule ne se trouve pas dans la loi mais qu'un règlement d'exécution intervienne quand même. Selon la jurisprudence, le règlement sera néanmoins valable. Le pouvoir réglementaire peut s'exercer spontanément à condition qu'il reste dans le cadre d'une loi déjà exécutée.

- b) L'habilitation législative

Le législateur peut déléguer des pouvoirs au Grand-Duc et l'habiliter à réglementer une matière. Or, le Grand-Duc ne pourra pas intervenir en matière pénale.

Jusqu'en 2004, l'habilitation législative était même une habitude du législateur luxembourgeois. Chaque année depuis la fin de Seconde Guerre mondiale, le législateur adoptait une loi d'habilitation pour prévoir un pouvoir réglementaire d'urgence. Or, de telles lois sont inconstitutionnelles comme elles empiètent dans des matières réservées à la loi. Le système d'habilitation annuelle était donc déclaré contraire à la Constitution lorsque la Cour constitutionnelle a été introduite.

Ainsi, en 2004, on a introduit un pouvoir constitutionnel du Grand-Duc d'intervenir en cas d'urgence (article 32§4).

Le grand-duc peut donc intervenir de deux manières : soit pour exécuter soit parce qu'il habilité par la loi.

2. Le pouvoir réglementaire autonome réservé au Grand-Duc par la Constitution

Il s'exerce directement. Il y a deux textes exprès et un principe général du droit qui existe et un autre qui n'existe pas.

- a) Organisation du gouvernement : article 76 de la Constitution

Le Grand-Duc règle l'organisation de son gouvernement. L'organisation du gouvernement est entreprise par des règlements grand-ducaux ou des arrêtés grand-ducaux.

- **Tribunal administratif, 25 août 2005** : La loi du 28 mars 1972 avait prévu que le ministère de la justice peut faire expulser des étrangers. Un règlement grand-ducal du 7 août 2004 a transféré l'expulsion vers le Ministre des Affaires étrangères. La question était alors de savoir si un règlement pouvait modifier une loi. En principe, ce n'est pas possible mais en l'espèce, la Constitution le prévoit et c'était donc possible. Selon le tribunal, les règlements fondés sur l'article 76 de la Constitution sont, dans leurs domaines, sont *équipollents aux lois*. En effet, le problème était plutôt au niveau de la loi de 1972 qui intervenait dans un domaine qui n'était pas de sa compétence.

Le contreseing du gouvernement est requis.

b) Le pouvoir réglementaire en cas de crise internationale (article 32§4)

En cas de crise en internationale, le Grand-Duc peut s'il y a urgence prendre e toute matière des règlements. Il peut ainsi intervenir dans des matières réservées à la loi. Ces règlements ont une durée de validité limitée à 3 mois. Après, ils devront être confirmés par des lois. Ainsi, le Grand-Duc valide les embargos des Nations Unies et a pu sauver la Dexia.

c) L'état de nécessité

Il s'agit d'un **principe général du droit** c'est-à-dire un **principe constitutionnel non écrit**. C'est une situation dans laquelle le pouvoir législatif est paralysé. Il ne faut pas confondre l'état de nécessité avec la crise internationale (validité de 3 mois). L'état de nécessité est le cas où le pouvoir législatif est complètement paralysé, ce qui n'est pas le cas de la crise internationale. C'est intervenu une seule au Luxembourg : pendant la 2^e Guerre mondiale, lorsque le parlement avait été dissout par les forces allemandes. Or, la Grande-Duchesse a pris un règlement pour réprimer les faits de collaboration.

Un avis du 15 janvier 1946 du Conseil d'Etat considère que ce règlement était légal et prévoit que « *cet état de choses est constitutif de l'état de nécessité qui habilite l'exécutif à procéder par sa propre initiative avec une compétence totalisatrice de tous les pouvoirs* ».

d) Est-ce que le Grand-Duc dispose d'un pouvoir de police général ?

Le pouvoir de police prévu par la Constitution est de la compétence du conseil communal. Mais la question se pose de savoir si le Grand-Duc dispose d'un pouvoir de police général sur tout le territoire.

En France, l'arrêt Labonne du 8 août 1919 rendu par le Conseil d'Etat constate un pouvoir de police général du chef d'Etat en considérant que « *il appartient au chef d'Etat en dehors de toute habilitation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans tout le territoire* ». En effet, l'exécution des lois n'est pas seulement l'exécution de telle ou telle loi particulière mais aussi, selon la conception française, le fait d'assurer le maintien de l'ordre public.

La même discussion existe aussi en Belgique. Au Luxembourg, la question s'est donc posée aussi. La doctrine a toujours été hostile à l'existence d'un pouvoir de police général du Grand-Duc. Depuis 1919, le Grand-Duc n'a jamais exercé ce pouvoir de police générale, ce qui signifie qu'il n'y a pas de jurisprudence à ce sujet. Dans notre pratique constitutionnelle ce pouvoir de police n'existe pas, on peut donc conclure à l'inexistence de ce pouvoir de police général. Le Grand-Duc n'a jamais prétendu qu'il disposait d'un tel pouvoir. Cela n'existe pas au Luxembourg.

C. Les règlements ministériels ou règlements d'une administration spécialisée

1. Les règlements ministériels

Avant 2004, les règlements ministériels n'étaient pas prévus par la Constitution, mais ils étaient adoptés soit spontanément soit en vertu d'une loi. Le seul pouvoir réglementaire prévu par la Constitution était celui du Grand-Duc. Aujourd'hui, on retient 3 grands principes.

a) Premier principe : pas de pouvoir réglementaire ministériel spontané

Il ne saurait être question pour un ministre ou pour le gouvernement en conseil d'exécuter spontanément une loi. Le Grand-Duc peut y procéder, mais pas le ministre.

- **Conseil d'Etat, 25 février 1983, Kieffer** : Il ne saurait être question qu'un ministre ou le gouvernement en conseil exécutent de leur propre initiative directement une loi. Ce serait une violation de l'article 36 de la Constitution. Ainsi, le Conseil d'Etat constatait l'illégalité d'un arrêté pris par le gouvernement en conseil.

b) Deuxième principe : Une loi ne peut pas prévoir sa propre exécution par voie de règlement ministériel

Ceci viole l'article 36 de la Constitution, qui prévoit que le Grand-Duc exécute les lois. La loi est alors inconstitutionnelle (Cour constitutionnelle, 6 mars 1998), et le règlement ministériel illégal.

c) Troisième principe : illégalité d'une délégation de pouvoir

Le Grand-Duc, constitutionnellement en charge de l'exécution des lois, peut-il déléguer le pouvoir à un ministre ? Une délégation de pouvoir consentie par le Grand-Duc à un ministre serait illégale. Tel serait donc le cas d'un règlement grand-ducal prévoyant qu'un ministre pourra réglementer une certaine matière (Cour administrative, 15 janvier 1998). Le Grand-Duc peut cependant dans le cadre d'un règlement grand-ducal **fixer les règles générales d'exécution et laisser à un ministre les mesures contingentes et techniques**, les détails.

La révision constitutionnelle de 2004 a consacré un nouveau système. L'article 76 alinéa 2 prévoit que dans l'exercice du pouvoir lui attribué le Grand-Duc peut, dans les cas qu'il détermine, charger les membres de son gouvernement de prendre des mesures d'exécution. Le Grand-Duc peut donc décider que l'exécution d'une loi relève d'un ministre. Mais il doit exécuter son pouvoir et fixer les normes d'exécution, selon Kinsch.

2. Règlements émanant d'une administration spécialisée

Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 mars 2003, n° 17, *Me Vogel c/ Ordre des avocats du barreau du Luxembourg*, a annulé un règlement de l'ordre des avocats car seul le Grand-Duc dispose du pouvoir réglementaire.

Depuis 2004, il est prévu expressément dans l'article 11 que **les organes professionnels des professions libérales** peuvent prendre des règlements. De même, à l'article 108 *bis*, il est prévu que la loi peut créer des **établissements publics** auxquels la loi peut accorder un pouvoir réglementaire. Or, les règlements de la CSSF sont tous potentiellement inconstitutionnels parce qu'il n'y a pas de dérogation à l'article 108 *bis* aux matières réservées à la loi (p.ex. domaine de la liberté du commerce et de l'industrie).

Section 2 : Le contrôle juridictionnel de la régularité des normes à portée générale et impersonnelle

§1. Le contrôle de la légalité des règlements

A. En bref : les deux mécanismes de contrôle de la légalité des règlements

1. Le contrôle par voie d'action

Ce pouvoir a été introduit en 1997, assez tardivement comme il ne correspondait pas à la tradition luxembourgeoise. C'est le pouvoir qui tend à l'annulation d'un règlement. Il est organisé par l'article 7 de la loi du 7 novembre 1996.

Le **contrôle par voie d'action** est une partie du contentieux administratif. Il y a quatre points saillants de ce contrôle :

- il a pour objet d'obtenir l'annulation d'un règlement (recours dirigé contre le règlement)

- la compétence pour en connaître est attribuée de par la loi au tribunal administratif (loi de 1996 sur l'organisation des juridictions administratives), avec possibilité d'appel devant la Cour administrative
- il y a un délai de 3 mois (à partir de la publication du règlement) pour exercer ce recours
- en cas de succès du recours, l'effet est absolu d'un jugement définitif. L'annulation produit un effet absolu, *erga omnes* : le règlement cesse d'exister et le jugement /arrêt est publié dans la même forme que le règlement lui-même.

2. Le contrôle par voie d'exécution

L'article 95 de la Constitution prévoit que les cours et tribunaux n'appliquent les règlements que pour autant qu'ils sont conformes aux lois. Les caractéristiques de ce contrôle sont à l'opposé de celles du contrôle par voie d'action.

Les points saillants de l'exception d'illégalité sont :

- l'exception est soulevée dans le cadre d'un litige ordinaire, dont la solution suppose normalement l'application du règlement. Il ne s'agit pas d'obtenir l'annulation du règlement en tant que tel.
- la compétence est attribuée à toutes les juridictions, il n'y a donc pas de monopole.
- Il n'y a pas de condition de délai d'action. Il existe des décisions qui constatent des illégalités de décisions prises il y a fort longtemps.
- le succès de ce moyen ce n'est pas l'annulation du règlement qui reste en vigueur, mais l'inapplication du règlement au litige dans le cadre duquel il a été soulevé. *Ex* : on ne peut pas condamner quelqu'un pour mauvais stationnement si le règlement est illégal, mais notre voisin pourrait se faire condamner. Le règlement n'est inapplicable que pour le seul litige dans le cadre duquel il a été soulevé.

B. Le régime du contrôle de légalité par voie d'exception (article 95 de la Constitution)

Selon un PGD d'interprétation, en cas de doute porté sur un règlement il faut privilégier l'interprétation qui aboutit à la légalité du règlement (Cour de cassation, 12 juillet 1955, Pas. 15 p. 337). En cas de deux interprétations d'un règlement, le juge doit prendre l'interprétation en vertu de laquelle le règlement reste légal (principe de la préservation des normes).

1. La recevabilité de l'exception d'illégalité

Toutes les juridictions sont compétentes pour connaître de l'exception d'illégalité contre un règlement, mêmes les juridictions civiles (pas le cas en France).

L'exception d'illégalité est perpétuelle. Même après le passage du temps (3 mois) on peut toujours s'opposer. La sanction ne serait alors pas l'annulation mais tout simplement la non application au litige.

Contre quel règlement l'exception est-elle recevable ? Comme la Constitution ne distingue pas, ce sont tous les règlements. Or, en ce qui concerne les règlements pris sur base d'une habilitation, ces règlements sont-ils aussi susceptibles de contrôle d'exception ? La jurisprudence traditionnelle considérait ces règlements comme des quasi-lois et donc le contrôle n'était pas possible. Aujourd'hui, la jurisprudence retient la solution inverse (Cour d'appel, 3 novembre 1989). Dès lors, les règlements habilités sont susceptibles de contrôle de légalité (ils restent des règlements et le contrôle de leur conformité relève du juge ordinaire).

Or, un règlement ratifié par la loi après publication ne peut plus faire objet d'une exception d'illégalité.

- Ratification implicite (une loi se réfère dans son texte au dispositif d'un règlement grand-ducal) a élevé le règlement au rang d'une loi formelle à l'encontre de laquelle l'exception d'illégalité n'est pas recevable (Conseil d'Etat, 6 juillet 1988, Procola).

Remarque : Pour faire tomber un tel règlement, il faut l'attaquer au niveau du contrôle de la constitutionnalité devant les juridictions ordinaires.

2. Les moyens d'illégalité

a) Principe : tous les moyens sont recevables

Les moyens d'illégalité sont exactement les mêmes que ceux qui peuvent être soulevés dans un recours en annulation. Ce sont les mêmes moyens que ceux qui existent de manière générale : illégalité externe, incompétence, vice de procédure, illégalité interne (méconnaissance de la hiérarchie des normes).

b) Preuve de l'illégalité externe pour vice de procédure

Dans le cadre du contrôle de légalité, un vice de procédure peut être retenu par le juge. Le principal vice de procédure que le gouvernement peut commettre est d'omettre la consultation du Conseil d'Etat, obligatoire mais laquelle prend toujours du temps. Donc la loi permet que le Grand-Duc puisse ne pas consulter le Conseil d'Etat si l'urgence l'empêche. Suffit-il donc que le Grand-Duc insère la formule « vu l'urgence » dans le texte du règlement ?

Traditionnellement, la jurisprudence considérait cette formule en jugeant que l'appréciation de l'urgence relève seule du Grand-Duc (Cour de cassation, 25 juillet 1917) et ne saurait faire l'objet d'un contrôle par les juridictions. C'est une survivance de l'esprit monarchiste.

Cette jurisprudence a été maintenue jusqu'en 2000. En effet, l'habitude avait été prise par le gouvernement de ne plus consulter le Conseil d'Etat de manière systématique. Alors, les juridictions administratives ont considéré que le défaut de consultation du Conseil d'Etat rend le règlement illégal si l'urgence n'est pas réelle (Cour administrative, 7 décembre 2000).

Désormais, il y a donc un contrôle de l'urgence effectué par les juridictions administratives. En revanche, les juridictions judiciaires maintiennent la jurisprudence de 1917 (Cour de cassation, 17 mars 2011) : Le juge judiciaire dans le cadre de l'objet de sa saisine, n'a pas à connaître la justification de l'urgence invoquée dans l'élaboration d'un règlement grand-ducal.

§2. Le contrôle de la constitutionnalité des lois

Il y a une **volonté exégétique des magistrats luxembourgeois**. Le contrôle de la constitutionnalité n'existait pas pendant longtemps, car les magistrats le refusaient. On considérait ce contrôle comme une hérésie américaine. Le contrôle de constitutionnalité existe depuis une modification constitutionnelle du 12 juillet 1996.

Mais même du temps où le contrôle de constitutionnalité n'existait pas, il existait une règle d'interprétation des lois qui existe toujours :

- **TAL, 27 mars 1954 Pas.15 p.139** : « *en cas de doute sur l'interprétation d'une loi, il faut interpréter la loi par rapport à la Constitution, car on ne peut pas présumer que le législateur a voulu violer la loi fondamentale* » (*verfassungskonforme Auslegung*). Il faut donc que le juge choisisse le sens qui soit le plus conforme à la Constitution, même si l'inverse lui semble plus plausible. Donc pendant longtemps, on ne pouvait rien faire.

Mais qu'est-ce qui se passe dans l'hypothèse d'une loi clairement anticonstitutionnelle, lorsque le législateur a voulu violer la loi? Avant la mise en place du contrôle de la constitutionnalité de la loi, dans les travaux préparatoires des lois avant le contrôle de la

constitutionnalité, on voit parfois une volonté affirmée de violer la C°. Or, les tribunaux ont été très réticents à effectuer le contrôle de constitutionnalité.

La question de la constitutionnalité des lois s'est posée dès le 19^e siècle et était résolue au 19^e siècle par un arrêt de la **Cour de cassation du 14 août 1877** :

- Pas. Vol 1 p. 370 : « **les tribunaux n'ont pas reçu, en vertu de l'article 95¹ de la Constitution, la mission de vérifier les dispositions législatives et de les écarter pour cause d'inconstitutionnalité** ». « *Le juge est sensé juger suivant la loi et non juger la loi* ». On estimait qu'un tel contrôle serait la fin de l'état de droit.

Cette position avait commencé à être contredite par les TAR, qui ont périodiquement tenté d'instaurer un contrôle de la constitutionnalité. Notamment par un arrêt de 1955 qui avait estimé que les tribunaux avaient le pouvoir d'écarter les lois pour cause d'inconstitutionnalité des lois. Le CE a rendu deux arrêts, dans lesquels il a contrôlé la constitutionnalité des lois. Mais aucune loi n'avait encore été déclarée clairement inconstitutionnelle.

On constate qu'il y avait une forte volonté, mais faible réalisation. Ensuite il y a eu une volonté de se conformer à l'ordre communautaire, car tous les autres pays avaient, à part l'Angleterre, avait introduit le contrôle de la constitutionnalité des lois. Luc Frieden avait alors mis sur les rails un contrôle constitutionnel inspiré du recours américain. L'introduction du contrôle vient avec **loi de révision du 12 juillet 1996**.

A. Cadre constitutionnel du contrôle

L'article 95^{ter} de la constitution introduit le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception. Ce n'est pas un contrôle par la voie de l'action comme le connaissait la France ou l'Allemagne. C'est une procédure préjudicielle, le juge d'action sursoit à statuer et saisit d'une question préjudicielle la Cour constitutionnelle qui a le monopole du contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle est un **contrôle par voie d'exception** qui suppose que la question de la constitutionnalité d'une loi se pose dans un litige.

La procédure devant la Cour n'est **pas** une **procédure autonome**. La cour constitutionnelle est saisie par le juge dans le cadre d'un litige et non pas par les parties.

Il faut que le procès soit en cours devant une juridiction et il faut que cette juridiction décide de saisir la cour constitutionnelle. Si cette juridiction décide de manière abusive de ne pas saisir la Cour constitutionnelle, on ne peut rien faire (sauf évidemment un appel ou pourvoi en cassation dans lequel on pourra à nouveau demander au juge de saisir la cour constitutionnelle).

L'article 95 ter dit que « **toute juridiction** » peut poser une **question préjudicielle**. Par exemple le Conseil de l'Ordre avait contesté la possibilité du CDAA de l'Ordre des avocats de saisir la Cour constitutionnelle. Mais il a été décidé que **même les juridictions professionnelles** peuvent saisir la Cour Constitutionnelle (**Cour constitutionnelle, 3 décembre 2004**).

C'est un contrôle centralisé, basé sur le modèle américain et grec. Il y a une volonté actuelle d'instaurer une Cour suprême, ce qui aurait pour conséquence de décentraliser le contrôle et confier p.ex. au juge de Diekirch statuant en matière de baux à loyer la question de savoir si une loi est constitutionnelle ou non. Les autres magistrats trouveront peut-être une autre solution. *C'est un très mauvais système ! Le défaut de spécialisation des magistrats est un argument très fort pour s'y opposer.*

¹ **Art. 95.** Les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. - La Cour supérieure de justice réglera les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi.

La Cour constitutionnelle luxembourgeoise est composée de telle sorte qu'elle est apolitique. Les magistrats qui y siègent sont des **magistrats de toutes les juridictions, civiles et administratives, suivant leur ancienneté**. L'article 95ter §3 prévoit que «*La Cour Constitutionnelle est composée du Président de la Cour Supérieure de Justice, du Président de la Cour administrative, de deux conseillers à la Cour de Cassation et de cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative* ». En fait, on prend les 5 magistrats les plus anciens qui acceptent la tâche.

L'avantage est qu'il n'est **pas nécessaire d'adhérer à un parti politique** pour avoir plus de chances d'être nommé à la Cour Constitutionnelle. Ce qui fait aussi qu'on est relativement à l'abri d'une jurisprudence politique.

L'inconvénient est que ces magistrats continuent à interpréter de manière très prudente, c'est-à-dire de **manière très littérale** (exégétique) la Constitution (ce qui n'y est pas n'y est pas).

- Par exemple : L'article 16 dans son ancienne rédaction, prévoyait une **indemnisation préalable** à toute expropriation → annulation d'un certain nombre de lois qui en raison de l'urgence prévoyaient une indemnisation graduée. Mais cet **article 16** est issu de **la DDHC de 1789** et de la propriété sacrosainte, et une interprétation littérale résulte en une interprétation qu'on aurait donnée au 18^e siècle. Dans les Constitutions françaises et belges, cette condition d'indemnisation préalable n'est plus interprétée comme une indemnisation préalable intégrale par la jurisprudence. Il fallait donc changer la Constitution si on ne voulait pas annuler toutes ces lois.

Pour l'essentiel, la Cour constitutionnelle est saisie sur le fondement d'une violation du principe de l'égalité devant la loi. Dans cette matière, le problème de l'interprétation littérale ne se pose pas.

B. Textes de lois pouvant faire l'objet du contrôle

On prévoit de supprimer la Cour constitutionnelle (CC) et de faire comme aux Etats-Unis. L'article 95 ter al. 1^{er} prévoit que «*La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception des lois portant approbation des traités.*»

1. Principe : Seules les lois peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité

Seules les lois peuvent faire l'objet du contrôle de la constitutionnalité, ce qui limite le domaine de compétence de la Cour. D'autres Etats, comme l'Allemagne, connaissent un recours contre les arrêts de la Cour de cassation en disant que l'arrêt méconnaît les droits constitutionnels du justiciable. Cela signifie donc que la CC n'est pas une juridiction ayant une compétence générale pour statuer sur toutes les questions de constitutionnalité (contrairement au BVG allemand - *Bundesverfassungsgericht*).

Il faut entendre « loi » au sens strict : La CC ne peut pas contrôler la constitutionnalité des règlements. Les **règlements** sont susceptibles d'un contrôle de constitutionnalité, mais ce **contrôle est assuré par les juridictions ordinaires**. Ce contrôle fait partie du contrôle de légalité.

D'après un arrêt du **Tribunal administratif du 7 juin 1999 N.10790**, il n'y a pas de compétence de la CC, car les Cours et **tribunaux** sont, en vertu de l'article 95 C°, **amenés à vérifier eux-mêmes la constitutionnalité des règlements**. En effet, le contrôle de la constitutionnalité des règlements participe au contrôle de la légalité.

- Ceci a été confirmé par la CC **dans un arrêt du 6 mars 2009 N.48** : observation que le problème ne vient pas de la loi, mais du règlement adopté suite à la loi et donc les juridictions administratives peuvent contrôler elles-mêmes la constitutionnalité des règlements. En l'espèce, une personne avait par erreur saisi la CC en se croyant

confronté à un problème de constitutionnalité d'une loi, alors que le texte posant problème était un règlement d'exécution.

Pour les règlements pris en vertu d'une loi d'habilitation, ce sont des règlements comme les autres et donc **pas susceptibles de contrôle par voie d'exception** devant la Cour constitutionnelle (CA. 3 novembre 1999 N.22.093).

Selon la Cour administrative (13 juillet 1997 n 9805C), « *la Cour Constitutionnelle ne peut pas être saisie des questions de constitutionnalité, lorsque ces questions relèvent de l'interprétation et l'application des lois constitutionnelles à des cas d'espèce, même s'il s'agit d'affaires de principe* ». Un avocat avait estimé qu'il existait deux interprétations possibles d'une loi, dont une était contraire à la Constitution, en estimant que le dernier mot sur l'interprétation revenait à la Cour Constitutionnelle. Il voulait vérifier si la Cour Constitutionnelle confirmait l'interprétation de l'administration de la loi en question. La Cour administrative a refusé en estimant qu'elle interprétait elle-même la loi. En effet, l'interprétation de la loi n'est pas une question de constitutionnalité de la loi elle-même. Cette approche restrictive est cependant discutable.

L'arrêt CA 3 février 2005 n°28002 va dans le même sens. La question était de savoir si l'article 2077 du Code civil, tel qu'interprété par la Cour de cassation française, est conforme au principe de constitutionnalité de la loi. Cet article concerne une prescription accélérée des créances des salariés en matière de droit du travail. La partie estimait qu'il y avait une rupture d'égalité. *La CA a alors estimé que la partie n'agissait pas contre le texte en lui-même, mais contre son interprétation faite par la jurisprudence, qui relève du contrôle de la Cour de Cassation et non de la Cour constitutionnelle.*

→ Le prof estime que c'est une JP critiquable aussi bien en France qu'au Luxembourg. Il n'y a pas de vraie logique dans cette scission entre la loi et son interprétation. La loi est telle qu'elle est interprétée par les juridictions. Il aurait suffi de soumettre à la Cour constitutionnelle, comme p.ex. en Belgique, une double question. C'est au fond ce que voulait le requérant.

2. Exception relative aux lois d'approbation des Traités

L'article 95ter §2 prévoit que « *La Cour Constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.* »

Le contrôle de la constitutionnalité des traités n'est pas possible au Luxembourg, par prudence diplomatique. Si on admettait que le contrôle s'étend aux lois d'approbation des traités, on expose les lois à un risque d'inconstitutionnalité, avec la conséquence que les traités ne pourront pas être appliqués.

Le souci est alors aussi d'ordre politique/diplomatique. Le souhait de mettre les lois portant approbation des traités à l'abri du contrôle de la constitutionnalité vient d'une volonté d'éviter d'être mal vu au niveau international. Le Luxembourg ne peut pas se permettre de répudier des traités, il n'a pas le même poids diplomatique. L'Allemagne et les EU ont suffisamment de poids pour le faire. En Allemagne, on peut invalider une loi d'approbation et renégocier le traité. Aux EU, c'est également possible et en Belgique c'est possible, sauf pour les traités européens.

Avant le traité de Lisbonne, l'adhésion à la CEE et à l'UE était à durée indéterminée, ce qui était contraire à la Constitution. En 1956, on a introduit **l'article 49bis²** dans la Constitution prévoyant une *dévolution temporaire du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire* à des institutions internationales. Ce texte est malheureux et n'a été prévu que pour l'adhésion à la CECA. L'adhésion du Luxembourg à l'UE a donc toujours été contraire à la Constitution. On

² «**Art. 49bis.** L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international.»

avait prévu d'introduire temporairement un contrôle préventif pour vérifier la constitutionnalité d'un traité avant son entrée en vigueur, mais on a abandonné cela.

C. Précisions apportées par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle (documentation p.14)

L'article 95ter prévoit une loi qui règle l'organisation de la Cour constitutionnelle. Cette loi comporte des précisions :

1. D'ordre administratif

Concernant la présidence de la CC, c'est le Président de la CSJ. **L'article 385** prévoit ainsi que « *Le président de la CSJ est président de la CC. Il est chargé de surveiller la bonne marche des affaires et d'assurer le fonctionnement de la juridiction. Le président de la Cour administrative est vice-président de la CC* ».

2. D'ordre procédural

La saisie de la cour constitutionnelle suspend le procès devant les juridictions ordinaires. C'est pourquoi des délais très stricts ont été définis. Tous les délais sont in-prorogables. L'article 10 L. 1997 prévoit que la procédure commence par un arrêt ou jugement qui saisi la Cour constitutionnelle. Cet arrêt est envoyé au greffier en chef de la Cour constitutionnelle qui notifie cette décision aux parties.

Les parties peuvent déposer des conclusions dans un délai de 30 jours. Si ce délai n'est pas respecté, les conclusions ne font plus partie de la procédure. Les conclusions sont notifiées par le greffier à l'autre partie. A partir du jour de réception de la notification des conclusions de l'adversaire on dispose de 30 jours pour déposer des conclusions additionnelles. Un délai de 30 jours est prévu pour la Cour constitutionnelle pour tenir son audience. L'article 13 prévoit un délai de 2 mois à partir de la clôture des débats pour rendre l'arrêt.

Les délais de procédure pour tenir audience sont suspendus pendant les vacances judiciaires (15 juillet – 16 septembre) (article 10 L. 1997). Selon un arrêt de la cour constitutionnelle, ce délai est étendu aux conclusions des avocats. On peut déposer des conclusions mais on n'est pas obligé de le faire.

Les décisions de la Cour constitutionnelle sont tous publiées au Mémorial (article 14 L. 1997).

3. De fond (articles 6 et 8)

L'article 6 L. 1997 prévoit que **lorsqu'une partie soulève une question de constitutionnalité d'une loi, la juridiction est tenue de saisir la Cour constitutionnelle**. Si elle estime qu'une telle question se pose, elle doit la soulever d'office en respectant le contradictoire. Ainsi, la saisine de la CC est obligatoire pour toutes les juridictions dès qu'une partie soulève un moyen d'inconstitutionnalité. Les règles suivantes sont prévues pour éviter que les avocats usent de moyens dilatoires pour faire durer la procédure.

Cependant la **juridiction est dispensée** de soulever la question dans **3 hypothèses** :

- Lorsque la décision de la Cour constitutionnelle sur la question n'est pas nécessaire pour trancher le litige et rendre son jugement (p.ex. le recours est irrecevable) : Le juge peut cependant saisir quand même la Cour.
- La question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement.

Souvent, il y a des abus et certains juges ont une approche inopportune de ce texte : ils estiment qu'ils apprécient la constitutionnalité pour dire que le recours est dénué de tout fondement. La Cour d'Appel s'est opposée à cette pratique et censure cette

approche des TAR. (p.ex. dans l'affaire de l'accident ferroviaire de Zoufftgen, le tribunal arrondissement motive longuement que la différence de traitement est justifiée à l'égard des agents CFL pour l'homicide involontaire. La cour d'appel dans un arrêt du 14 octobre 2009, JT 2009 p. 190, énonce que le principe est celui que la saisine de la cour constitutionnelle est obligatoire et donc il revient à la cour constitutionnelle et à elle seule de statuer sur la constitutionnalité d'une loi).

Un arrêt de la cour de cassation du 25 février 2010, n° 11/2010, porte sur les termes « estime que ». Ce n'est pas une appréciation subjective du juge du fond. Cette thèse soutenue par l'avocat général n'a pas été suivie, et la cassation est encourue même si le juge estime subjectivement que la question est dénuée de tout fondement alors qu'objectivement ce n'est pas le cas.

- du moment que la Cour constitutionnelle a rendu une fois un arrêt sur le sens d'un article, d'une loi, l'hypothèse est donnée.

Exemple d'une question sur la conformité d'une loi fiscale, mais déjà arrêt sur droits du père naturel et la Cour administrative dit que cet autre arrêt contenait la solution. C'est vrai, la solution y est, mais la Constitution prévoit une saisine sur la question précise.

Selon l'article 8, la question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Le législateur craignant à ce que la cour constitutionnelle adopte une jurisprudence restrictive et formaliste analogue à celle de la Cour de cassation pour la recevabilité du pourvoi en cassation.

La question doit indiquer avec précision les dispositions constitutionnelles et législatives sur lesquelles elle porte. Or l'article 95^{ter} vise la conformité à la constitution et non les dispositions constitutionnelles. Par cette restriction on a voulu que les principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle ne puissent pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Le but était de limiter les pouvoirs d'interprétation des juges de la Cour Constitutionnelle de « créer » des PGD de nature constitutionnelle. Une telle restriction est en principe inconstitutionnelle car il réduit le champ.

La CC avait été saisie deux fois de cette question et deux fois sur le fondement du principe de la **séparation des pouvoirs, qui est un principe important, mais qui ne figure pas en tant que tel dans le texte de la Constitution.**

- La première fois, elle a fait montre d'une certaine volonté de procéder « peut être » à un contrôle des principes non écrits dans un **arrêt 17 novembre 2006 n°37**, concernant l'entraide judiciaire internationale qu'on voulait confier à un autre ministre. La Cour constitutionnelle constate « *qu'aucun des articles de la constitution ne formule le principe de la séparation des pouvoirs* » et ajoute « *qu'elle n'est pas habilitée à substituer une autre règle au moyen constitutionnel soulevé* ».
- Deuxième cas : très récemment, elle a été saisie de la question de la séparation des pouvoirs dans l'affaire du colonel Ries. La CC avait été saisie par le CAA, la Cour Constitutionnelle a rendu son arrêt le **1^{er} octobre 2010**, N.57 dans cet arrêt elle vérifie la constitutionnalité de la loi par rapport au principe constitutionnel non écrit de la séparation des pouvoirs. On dit qu'il y a des indices dans le texte de la constitution qui consacrent implicitement le principe de séparation des pouvoirs (recevabilité du motif invoqué de la violation du principe de la séparation des pouvoirs).
- Ch. Conseil CA 24 octobre 2012 (inédit) n°474 – 12 - X : le problème était que deux personnes en détention provisoire réclamaient leur mise en liberté provisoire et posaient une question constitutionnelle (procédure : droit d'être entendu dans les 10 jours). La CA refuse de poser la question constitutionnelle en disant que l'article 5§3 CEDH prévoit que les détenus ont le droit d'être entendus dans un délai raisonnable et qu'il lui était donc impossible de saisir la Cour constitutionnelle (délai trop long). Le droit du requérant restait violé en l'espèce si les questions préjudicielles étaient posées

à la CC. La CA a d'une part l'obligation constitutionnelle de saisir la CC et d'autre part l'obligation conventionnelle de juger rapidement sur les détenus. La CA a fait prévaloir la Constitution Selon le prof, ce n'est pas un raisonnement idéal et le paradoxe résulte notamment du fait que ce sont les détenus qui ont demandé la saisine de la Cour.

- Si la CC avait été saisie, elle aurait sûrement statué différemment. En effet, une simple loi ne peut pas interdire un contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la cour a créé d'une certaine manière aussi une 4^e exception au principe de la saisine obligatoire de la CC : le risque de retardement du procès.

La Cour constitutionnelle a donc corrigé elle-même l'article 8 de la loi sur la cour constitutionnelle. La CC est en effet une juridiction très pragmatique.

Chapitre 2 : Droit luxembourgeois et droit international

On peut traiter de cette question en y incluant les règlements écrits, les traités ou la coutume. On se cantonnera ici aux traités (article PASC. Vol.34 article de Patrick Kinsch).

Section 1 : L'applicabilité des traités en droit interne

§1. Introduction des traités en droit interne

A. Conclusion, approbation et publication des traités

L'article 37 C° est la base constitutionnelle de la pratique institutionnelle relative aux traités et relative à la possibilité de la déclaration de guerre par le Grand Duc. (24 min) il prévoit :

Article 37C° (Révision du 25 octobre 1956)

«Le Grand-Duc fait les traités. Les traités n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois.

Les traités visés au Chapitre III, § 4, art. 49 bis, sont approuvés par une loi votée dans les conditions de «l'article 114, alinéa 2» (→traités européens).

Les traités secrets sont abolis.

Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi.

Le Grand-Duc commande la force armée; il déclare la guerre et la cessation de la guerre après y avoir été autorisé par un vote de la Chambre émis dans les conditions de «l'article 114, alinéa 2»¹ de la Constitution.»

1. Conclusion des traités

La conclusion des traités relève du pouvoir exécutif, c'est le Grand Duc qui fait les traités évidemment ce n'est pas lui qui les négocié ou qui les signe. En pratique ce sont les ministres qui pour l'occasion ont reçu les pleins pouvoirs par le Grand Duc.

Comme le Luxembourg ne reconnaît pas la qualité d'Etat du Taïwan, le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'était pas possible de conclure une convention fiscale avec le Taiwan. Pour remédier le problème, le parlement a donc adopté une loi

2. Approbation des traités

Les traités doivent être approuvés par une loi (**article 37 alinéa 2**). Ce sont des **lois d'approbation**, qui sont des *lois formelles contenant en principe uniquement un seul article* « portant approbation du traité [...] à telle et telle date ».

Dans la pratique constitutionnelle luxembourgeoise l'approbation est une condition préalable à la ratification. Il faut que le traité soit approuvé par la loi et ensuite ratifié avant de pouvoir entrer en vigueur. En principe, les *executive agreements* n'existent pas. En pratique, une approbation sans loi se fait parfois mais ce n'est pas conforme à la Constitution.

En principe, la **ratification suit immédiatement l'approbation**. Exceptionnellement un laps de temps peut s'écouler entre l'approbation et la ratification. L'approbation est la condition de la ratification.

Ex. en 1997, le Luxembourg a dû signer un protocole additionnel en matière d'entraide judiciaire en matière pénale qui permet une entraide en matière pénale fiscale. Ce protocole n'est pas entré en vigueur parce que, même si la loi d'approbation a été faite par loi du 27 août 1997, le dépôt de ratification a toujours été tenu en réserve en attendant une modification de la législation interne. La ratification a duré 3 ans après l'approbation. La loi du 8 août 2000 sur entraide a été votée et le lendemain, l'instrument de ratification a été déposé.

Les traités de **l'article 39bis** sont des traités qui doivent être votés dans les conditions pour une modification constitutionnelle.

3. Publication des traités

Les traités doivent être publiés dans la forme prévue pour les lois (publication au Mémorial). A défaut, les tribunaux refuseront de les appliquer (arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales, du 26 janvier 1994, Annales du droit luxembourgeois, volume V n° 385).

B. Mesures d'exécution des traités

1. Principe

C'est l'article **37 alinéa 4 C°**. Il s'agit d'une reproduction de l'article 36 avec ajout d'une réserve quant aux matières réservées à la loi. Dès lors, sauf matière réservée à la loi, le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires à l'exécution des traités. Si un traité implique des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie, il faut en outre une loi d'approbation du traité. Donc, en principe, l'exécution des traités relève du pouvoir réglementaire mais le pouvoir législatif peut venir s'appliquer.

2. Cas particulier des directives et règlements communautaires

Dans un cas le Grand-Duc peut se référer au texte d'une loi d'habilitation particulière qui lui permet d'intervenir pour le droit dérivé commentaire. Ainsi, la loi d'habilitation du 9 août 1971 permet de mettre en œuvre le droit de l'UE par des règlements grand-ducaux.

Les **règlements européens** sont directement applicables dans l'UE et le Grand-Duc ne doit pas prendre de mesures d'exécution. Or, à l'origine, les règlements ne pouvaient pas fixer des sanctions pénales et dès lors, la loi de 1971 permet au Grand-Duc de fixer des sanctions pénales pour le non respect des règlements européens. La **loi de 1971** prévoit ainsi que le GD peut prescrire les peines jusqu'à un maximum de **5 ans**.

Quid de la constitutionnalité de cette disposition ? Le Conseil d'Etat a considéré, dans un avis 4757 indice 2, que la disposition serait conforme à la Constitution et ne violerait pas l'article 14 de la Constitution au motif que les règlements européens sont équipollents aux lois. En outre, la loi fixerait suffisamment le cadre des sanctions pénales pour satisfaire aux réserves de la loi. La loi a également pour objet de permettre l'exécution et la sanction des directives.

Or, les **directives** ne sont pas directement applicables et chaque Etat membre a l'obligation de transposer les directives. La transposition d'une directive implique généralement une modification du droit national. En 1971, on estimait que compte tenu du nombre des directives, la procédure législative trop lourde pour transposer les directives et qu'il fallait donc habiliter le Grand-Duc. Or, comme la Constitution réserve certaines matières à la loi, l'utilisation de la loi de 1971 n'est pas systématique en matière de transposition des directives (p.ex. liberté du commerce et de l'industrie).

Donc, l'exécution des traités ou des dérivés des traités se fait par le pouvoir législatif ou dans certains cas, par le pouvoir exécutif.

§2. L'application des traités par les tribunaux (ou par l'administration)

L'intervention du pouvoir législatif ou réglementaire est-elle systématiquement nécessaire ? Au Luxembourg, normalement, les traités sont auto-exécutifs. Dans quels cas est dès lors reconnue l'applicabilité directe des traités ?

L'applicabilité directe des traités est le caractère d'un traité qui lui permet d'être appliqué directement, indépendamment de l'intervention préalable du législateur national ou du pouvoir réglementaire national.

Il existe des traités qui instituent leur propre applicabilité directe (p.ex. règlements européens). En général, les traités sont cependant muets. Jusqu'aux années 1970, la question de l'applicabilité directe des traités ne se posait pas au Luxembourg, les tribunaux appliquaient les traités directement.

- **C. cass, 24 avril 1879** : Un délinquant, faussaire de monnaie, a été condamné à mort en vertu d'un traité non transposé en droit national (traité du Zollverein).

Au cours des années 1980, l'attitude commençait à changer. Les juridictions luxembourgeoises sont devenues attentives au fait qu'on contestait en France l'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme (droit au recours effectif en cas de violation de la convention) posait problème.

Plusieurs solutions existent en droit luxembourgeois :

- C. cass., 1991 : Quant au pacte des Nations Unies relatives aux droits civils et politiques, la Cour de cassation niait l'applicabilité directe.
- C. cass., 2002
- C. cass., 2006 : Ces arrêts disent le contraire, de manière implicite. Or, ces arrêts sont très discrets et donc toutes les juridictions ne sont pas au courant du revirement de jurisprudence.

Actuellement, deux courants jurisprudentiels coexistent. Les deux critères sont :

- **Critère de l'intention des Etats contractants** : Il faut démontrer que les Etats contractants ont entendu conférer aux particuliers le droit d'invoquer le traité en justice. C'est un critère restrictif qui conduit quasi-jamais à l'applicabilité directe d'un traité. Ainsi, les traités conclus par le Luxembourg et la Grande-Bretagne ne seront jamais d'applicabilité directe, comme ceci n'existe pas au RU et il ne peut y avoir donc pas intention commune d'appliquer directement ce traité.
 - Notamment dans l'arrêt concernant le pacte des nations unies.
- **Critère relatif aux dispositions du traité** : C'est un critère plus libéral. Une disposition d'un traité est directement applicable dès lors qu'elle est suffisamment précise et complète pour qu'un tribunal puisse l'appliquer librement et sans sortir du cadre de ses attributions et faire œuvre de législateur ou de pouvoir réglementaire.
 - **CA, 7 mars 1994** : Selon cet arrêt, il existe un principe selon lequel la règle internationale est « self-suffisant » si son dispositif énonce en lui-même une règle de conduite obligatoire pour ses destinataires qui y sont visés. Tel est le

cas si la règle internationale est suffisamment claire et précise pour autoriser une application interne, sans autre intervention des autorités nationales. Cet arrêt reprend donc le 2^e critère.

Ces deux critères sont inconciliables, mais les deux conceptions se retrouvent donc dans la jurisprudence, parfois à l'intérieur d'une même juridiction.

Il existe cependant aussi une 3^e voie hyper-restrictive, exigeant une application cumulative des deux critères :

- **Ch. conseil, CA, 11 février 1999** : Il s'agissait d'une affaire déclenchée par une plainte pénale déposée contre Augusto Pinochet. En Belgique et en Espagne, le juge avait jugé recevable la plainte sur la base de la convention internationale de l'ONU sur la torture. Au Luxembourg, le juge a considéré la plainte irrecevable en considérant que ce traité de l'ONU n'est pas directement applicable en droit interne. Le critère appliqué par la CA était un critère hyper-restrictif. Une norme juridique internationale pour être dotée d'applicabilité directe en droit interne, doit répondre à deux conditions : (1) que tel ait été l'intention des parties (qui se déduit de l'interprétation du traité et des conditions précises dans lesquelles il a été exécuté) et (2) que le contenu de cette norme soit suffisamment précis et ne comporte pas la nécessité de recourir à des normes d'application interne.

La Cour de cassation n'a pas tranché la question.

Section 2 : La primauté des traités par rapport au droit interne

Un conflit est possible entre un traité et une norme interne, Constitution, loi, règlement ou acte administratif.

- Avis consultatif, 26 avril 1988, CIJ : Il existe un principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne.

Qu'en est-il dans l'ordre juridique luxembourgeois ? La question n'est pas réglée par la constitution. Les tribunaux définissent des principes non écrits.

§1. Primauté des traités par rapport aux règlements administratifs

Les règlements administratifs peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité parmi lequel figure aussi le contrôle de la conformité aux traités dûment introduits en droit interne.

§2. Primauté des traités par rapport aux lois

Il faut distinguer selon que :

- **Traité postérieur à la loi** : Le traité dûment approuvé par une loi est une norme postérieure dérogeant à la loi antérieure. Selon C. cass, 14 août 1877, les traités, comme toutes les lois nouvelles peuvent déroger à une loi ou aux dispositions de nos codes.
- **Traité antérieur à la loi** : Deux règles permettent de résoudre ce conflit :
 - **Règle d'interprétation** : Parfois, il y a une marge d'interprétation de la loi. Il existe une jurisprudence, à la fois ancienne et nouvelle, selon laquelle s'il est possible de donner une interprétation à la loi nouvelle qui la rend compatible avec le traité, cette interprétation doit être adoptée par les tribunaux (C.cass 13 juin 1890 ; C. cass, 8 juillet 2004 ; CA, 26 septembre 2006). Cette règle ne permet cependant pas de trancher tous les conflits comme parfois les deux normes sont irréconciliables.
 - **Règle de hiérarchie** : Depuis 1950, le droit luxembourgeois reconnaît la primauté des traités sur les lois même postérieures (C. cass., 8 juin 1950). La Cour de cassation a jugé que « *mais attendu qu'en cas de conflit entre les*

***dispositions d'un traité international et une loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale* ».**

- **Confirmation** : CE, 28 juillet 1951 ; C. cass, 14 juillet 1954 (plus de motivation ; reconnaissant que le traité est une norme d'une essence supérieure mais solution ne valant que pour les traités directement applicables).
- Cette JP est complétée par une référence d'applicabilité directe des traités, qui était qqch d'inconnu en 1950. Depuis qu'elle a été découverte, on a rajouté la formule : Cassation 17 janvier 1985 : **en cas de conflit entre les dispositions d'une loi interne et celle d'un traité international ayant des effets directs en interne, la norme du droit international met en échec l'application des dispositions directes dérogeant au traité.**

§3. Primauté des traités par rapport à la Constitution

Au Luxembourg, les tribunaux admettent, à tort ou à raison, la primauté des traités sur la Constitution. Dans l'article 95 ter de la Constitution, on retrouve une indication de ce principe. La réserve donne l'indication que les lois approuvant les traités ont un statut particulier par rapport à la Constitution.

Or, si ceci est vrai dans le droit international, ceci ne peut pas valoir en droit interne. Jurisprudence :

- **Cour de cassation, 7 mars 1917** : conflit entre C° et traité sur les droits de douane dans le Zollverein → le traité était inconciliable avec l'article 49 bis de la Constitution. Le traité prévoyait des droits de douanes sans un vote annuel à la Chambre des députés. Or la constitution prévoyait que les impôts sont votés annuellement par la Chambre. La Cour de cassation a retenu la primauté du traité en cas de conflit.

Certains tribunaux ont adopté la même solution.

- Affaire Wolter-Roemen: ministre qui aurait diffamé un journaliste. Selon la constitution il n'est pas possible de citer un ministre par voie de citation directe devant le tribunal correctionnel. Or l'article 6 CEDH prévoit le droit d'accès au tribunal. Le **tribunal d'arrondissement** du Luxembourg par un jugement du 10 juillet 1910, ADL, volume XI p. 390, **refusait de faire prévaloir le traité sur la constitution**. Il a fait observer qu'un traité était simplement approuvé par une loi et une loi ne peut pas faire déroger à la Constitution. Le TAL a donc retenu la primauté de la Constitution, telle la JP française, en argumentant que la CEDH n'est en vigueur au Luxembourg que parce qu'une loi l'a adoptée. Or, la CA a décidé le contraire.
- La **Cour d'appel**, par un arrêt du 13 novembre 2001, ADL volume XXII, p. 454, dit qu'une fois le traité approuvé et ratifié, conformément aux procédures constitutionnelles et aux règles du droit international, **l'Etat est engagé sur le plan international et ne peut pas, en application de la Convention de Vienne sur les traités, invoquer ses dispositions de son droit interne pour justifier la non exécution d'un traité entré en vigueur sur le plan international**. La norme du droit international conventionnel d'effet directe, doit prévaloir sur la norme du droit interne, peu importe sa nature législative ou constitutionnelle. **On ne peut pas justifier la non application de la norme internationale d'effet direct qui doit prévaloir sur la norme interne, peu importe sa valeur législative ou constitutionnelle**.
L'arrêt dit ensuite que l'article 116 prévoit une juridiction spéciale pour connaître de la responsabilité pénale d'un ministre, c'est-à-dire le journaliste a cité le ministre devant la mauvaise juridiction.
- **Cour de cassation 11 juillet 2002**, (PASC Vol 32, p 351) : estime que la cause était mal engagée, car la CEDH ne s'oppose pas à l'article 116 de la Constitution.

- **CSJ ass. plén. 5 décembre 2002** (ADL p.683) a estimé que le Ministre était pénalement immune, en estimant que l'accès à la juridiction de **l'article 6** (ne concernait que les juridictions civiles pour condamner à des dommages et intérêts. Aucun droit à la citation directe donc et par voie de conséquence, **il n'existe pas de conflit** entre la C° et la CEDH. Ce n'est pas une solution qui découle logiquement de la Convention de Vienne.

Chapitre 3 : L'égalité devant la loi

Il existe dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle plusieurs types d'arrêts, parmi lesquels les arrêts relatifs à l'égalité devant la loi. L'article 10 bis de la Constitution prévoit l'égalité devant la loi des Luxembourgeois et constitue l'essentiel et la plus grande originalité du travail de la Cour constitutionnelle. Sa jurisprudence est inspirée de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge.

La Cour constitutionnelle interprète l'article 10 bis de façon à retenir qu'aucune différenciation entre les Luxembourgeois n'est possible sauf à respecter certaines conditions. Ainsi, le législateur peut sans violer le principe d'égalité soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition qu'il y ait disparité objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Ceci revient à reprendre largement la jurisprudence belge et européenne en la matière.

Le contrôle de la CC n'est pour le moment qu'un contrôle de l'égalité au sens formel. Ainsi, au delà des discriminations formelles, que l'on peut décerner à la simple lecture de la loi, y a-t-il contrôle des discriminations indirectes ?

- **Conseil supérieur des assurances sociales, 27 octobre 2010** (confirmation : C.cass, 16 février 2012, n°6) : En l'espèce, il y avait un problème de discrimination indirecte alléguée, notion connue aussi dans la JP de la CJUE. Les juges ont considéré que l'article 10bis C° prohibe les discriminations indirectes. La définition de la discrimination indirecte est faite selon la JP de la CJCE. Le conseil supérieur de la SS a considéré que la discrimination indirecte est la « *situation dans laquelle une disposition de la loi, un critère ou une pratique (administrative) apparemment neutre, désavantage particulièrement des personnes par rapport à d'autres pour des motifs prohibés comme le sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* ».

La CC retient une règle d'autolimitation. Son contrôle n'est pas un contrôle plénier mais seulement marginal.

- **CC, 19 mars 2010, n°54** : Il était en cause une différenciation entre les auteurs de différentes infractions conduisant à la mort. Le CC prévoyait que la disposition spécifique relative aux préposés des chemins de fer était contraire au principe d'égalité comme il n'existe pas des disparités objectives entre les préposés des chemins de fer et les autres employés des transports publics. Or, le CC juge que le législateur est seul compétent pour déterminer les impératifs de l'ordre public et les moyens les plus aptes à leur réalisation. Il lui appartient d'apprécier s'il est souhaitable d'instaurer des peines plus sévères quand une infraction nuit particulièrement à l'ordre public général, et le CC ne pourra censurer un tel choix que si celui-ci aboutirait à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables.
- **CC, 9 mars 2012** : Le législateur dispose d'une marge d'appréciation et il appartient à la CC de contrôler si le législateur n'a pas dépassé cette marge d'appréciation.

Ceci ne veut pas dire que le CC n'exerce pas un contrôle réel, mais son contrôle dépend des matières. Ainsi, en matière familiale, le CC exerce un contrôle plus poussé.

Le droit à l'égalité devant la loi est-il un droit comportant un traitement parfois inégal ? En effet, l'égalité implique que l'on ne peut pas différencier de manière illégale des situations identiques. Dès lors, des situations différentes interdisent-elles au législateur de leur appliquer un traitement identique ?

La CC française considère qu'il n'y a jamais un droit au traitement différencié. Dès lors, le traitement égal de situations différentes ne peut jamais violer le principe d'égalité. Or, la jurisprudence française se trouve assez isolée dans cette position. Ainsi, la jurisprudence allemande a adopté la solution inverse, considérant qu'un traitement arbitrairement identique de situations objectivement différentes peut constituer une violation du principe d'égalité. La vision allemande s'est largement imposée, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui retient un droit au traitement différencié :

- **CEDH, 6 avril 2000, K. c/ Grèce** : Une personne avait refusé de porter une uniforme en raison de sa religion (témoin Jéhova). Il a été jugé que le fait de punir les personnes refusant de porter des armes pour raisons de conscience de la même manière que les autres criminels est injustifié et donc non conforme.
- **C.cass., 21 décembre 2012, n°50** : Il était invoqué que le Code pénal ne distinguant plus pour la peine maximale entre meurtre et assassinat, il y avait une violation de la l'égalité devant la loi. La Cour de cassation a jugé pouvoir retenir la question comme elle était si claire qu'il ne fallait pas renvoyer devant la Cour constitutionnelle. Elle se rallie à la conception française de l'égalité devant la loi.

Ensuite, quelle est la situation des étrangers dans l'article 10bis ? Cette question comprend deux volets, la jouissance du droit à l'égalité des étrangers et les discriminations à raison de nationalité.

L'article 10bis reprend la Constitution belge. Dès son premier arrêt consacré à l'égalité devant la loi (arrêt n°2), la Cour constitutionnelle a été confronté à cette question :

- **CC, n°2** : Cet arrêt concernait l'adoption au Pérou d'un enfant péruvien par une femme luxembourgeoise célibataire. La question était de savoir si l'enfant péruvien pouvait critiquer la loi luxembourgeoise. La CC a considéré que le principe d'égalité est applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité sont concernés.

Cet arrêt a donc permis un premier élargissement du principe de l'égalité. Le problème de cet arrêt est la définition des droits de la personnalité qui n'existe pas. D'autant plus, la Constitution prévoit à l'article 111 que tout étranger qui se trouve sur le territoire luxembourgeois jouit de la protection aux droits et aux biens sauf exception prévue par la loi. Rendue attentive à l'existence de cet article, la CC s'y est prononcé dans une série de 5 arrêts:

- **CC, 6 avril 2006, n°29 à 33** (relatifs à la « Mamme-rent ») : Le texte en cause excluait les fonctionnaires des instituts supranationaux. Relatif au principe d'égalité, la CC a jugé que l'article 111 étend cette garantie aux personnes non luxembourgeoises.

Selon Kinsch, les arrêts n°2 et 29 à 33 doivent être combinés pour conclure que le principe d'égalité est applicable à toute personne qui se trouve sur le territoire luxembourgeois et toute personne touchée par l'ordre juridique luxembourgeois. Il est cependant loisible au législateur d'opérer certaines différenciations objectivement légitimes (p.ex. il faut être Luxembourgeois pour devenir Premier Ministre, pour être élu au Parlement).

Se pose alors la question des discriminations à raison de la nationalité. Toute loi qui distingue entre les Luxembourgeois et les étrangers serait-elle constitutionnelle ?

- **CC, 2002, n°14** : Un ressortissant tunisien, mari d'une ressortissante luxembourgeoise, avait dû demander une autorisation de travail au Ministre du travail prévue alors par la loi de 1972 sur l'entrée et le séjour des étrangers. Il avait invoqué être discriminé comme il aurait été dans une meilleure situation s'il avait épousé une Allemande. En raison des exceptions formellement prévues par la Constitution, les exceptions au détriment des étrangers ne sont pas contraires à la Constitution. Ainsi, l'article 10bis donnerait carte blanche au législateur.

Or, en principe, les exceptions doivent toujours être justifiées et proportionnées. La CC a été fortement critiquée et elle s'est alors ralliée à la jurisprudence belge :

- **CC, 6 mars 2009, n°49** : La CC retient que la réglementation du droit à chômage des femmes ayant accouché n'institue en réalité aucune inégalité au sens de l'article 10bis, ni une inégalité en raison du sexe, ni encore une inégalité en raison de la nationalité du chômeur. La CC considère donc indirectement qu'une inégalité en raison de la nationalité peut constituer une violation du principe d'égalité.
- **CC, 12 juillet 2013, n°100** : Il était question de l'interprétation de cette disposition. Est-ce que cette loi réserve aux femmes enceintes luxembourgeoises des indemnités de chômage ? La CC retient que la loi ne distingue pas entre la nationalité des femmes et n'est donc pas contraire à l'article 111. Cet arrêt affirme donc la position plus clairement.

Critère du contrôle du principe d'égalité devant la loi :

Le contrôle se fait en deux temps. Il y a d'abord un contrôle de la **comparabilité des situations**. Si les situations ne sont pas comparables, le contrôle de la constitutionnalité s'arrêtera à ce stade.

- **CC, 5 mai 2000, n°9** (Kinsch c/ Caisse nationale) : Il s'agit des avocats et autres professions libérales qui devaient payer une certaine redevance alors que toutes les autres professions étaient exemptées. Quant à la distinction avec les salariés, la CC a considéré que salariés et indépendants ne sont pas dans une situation comparable. En revanche, quant à la différenciation entre libéraux et agriculteurs, la CC a considéré que la situation était comparable étant tous les deux assujettis, avant cette loi, aux cotisations à la caisse nationale des prestations familiales. Dès lors, la CC a poursuivi l'appréciation de l'égalité par rapport aux agriculteurs. La CC ne donne pas droit aux avocats.

Si la situation comparable est constatée, il faut que la **différenciation soit justifiée et proportionnée**. Ainsi, la CC exige que la différence opérée procède à des **disparités objectives**. Ensuite, il faut procéder à la vérification que la différenciation des régimes juridiques imposés aux deux situations est **rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but**. Le caractère rationnel est une exigence minimale. Il s'agit de savoir si la différenciation peut raisonnablement atteindre le but recherché. L'appréciation de l'adéquation et de la proportionnalité est plus difficile. La restriction des droits de la catégorie défavorisée de personnes ne doit pas être excessive par rapport à ce qui est nécessaire pour atteindre le but.

- **CC, 8 janvier 2010, n°51** : Cet arrêt concerne l'article 1595 Code civil qui prescrit la prohibition des ventes entre époux. Le critère de différenciation était si le vendeur et l'acheteur étaient mariés (lire l'arrêt). Le but était de rendre les ventes frauduleuses impossibles, donc le législateur rend toute vente même de bonne foi impossible. Le 1^{er} critère est rempli, c'est le mariage. La CC dit que la justification, le but en 1804 se trouvait dans le **souci de l'immutabilité des régimes matrimoniaux et protection des héritiers et des tiers** (pour maintenir la réserve héréditaire et la garantie des créanciers). Aujourd'hui, l'immutabilité des régimes est moins importante, mais il reste le 2^e but, qui est la protection des tiers contre les fraudes. Les règles générales du droit civil pour sanctionner les actes frauduleux existent et il y a donc d'autres

moyens pour atteindre le but. La différenciation des situations selon que les personnes sont mariées ou non n'est pas justifiée. Le but est justifié, mais le moyen est plus qu'inadéquat ; il est disproportionné.

- **CC, n°9** : En cas d'inégalité, il appartient au juge de rechercher le but recherché par le législateur. A défaut de justification énoncée dans les travaux préparatoires, il lui incombe de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur pour une fois l'objectif ainsi circonscrit examiner s'il justifie la différence législative instituée aux regards des exigences de rationalité, adéquation et proportionnalité.

Il appartient ensuite au juge qui a saisi la CC d'en tirer les conséquences. Or, depuis 5 ans, la CC annonce les conséquences dès le début.

- **CC, 22 mai 2009, n°49** : C'est le régime de droit commun et non d'exception qui doit survivre.

Les arrêts de la CC identifient eux-mêmes le régime de droit commun qui doit survivre.

Examen :

- texte de la constitution
- documentation de 17 pages, mais non les 2 articles ou arrêts de la CC.