



<http://www.jtl.lu>

Marc THEWES, rédacteur en chef

SOMMAIRE

- Considérations sur le pouvoir exécutif au Luxembourg - Hier, aujourd'hui et demain, par F. Delpérée 169
- Le mécanisme de la révision constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg, par J. Gerkrath 174
- Deux concepts constitutionnels nouveaux : l'État de droit et la dignité humaine, par R. Ergéc 180
- I. Lois et règlements - Interprétation - Méthode téléologique - II. Assurances sociales - Cession légale des droits de la victime d'un accident à l'institution de sécurité sociale compétente - Condition d'affiliation de la victime à l'assurance sociale dès le jour de l'accident (non). (Cour d'appel, 1^{re} ch., 14 janvier 2009, note) 184
- Donation entre vifs - Action en nullité pour cause d'insanité d'esprit - Notion d'insanité d'esprit - Charge de la preuve. (Cour d'appel, 7^e ch., 29 avril 2009) 187
- I. Cour constitutionnelle - Répartition des rôles entre juge ordinaire et juge constitutionnel - Notion de « question de constitutionnalité dépourvue de tout fondement » - II. Constitution - Homicide involontaire - Aggravation de la peine à l'égard de personnes travaillant dans les transports publics - Égalité des citoyens devant la loi - Saisine de la Cour constitutionnelle. (Cour d'appel, 10^e ch., 14 octobre 2009) 190
- Droit administratif - Principes généraux du droit - « Principe général du délai raisonnable » - Application à un refus de l'approbation tutélaire d'un règlement communal et à une décision ministérielle de retrait partiel d'un permis de conduire. (Cour administrative, 5 mars 2009 et Cour administrative, 12 mars 2009) 191
- Acte administratif - Absence de motivation - Sanction - Suspension des délais de recours (oui) - Illégalité (non). (Cour administrative, 20 octobre 2009, note) 194
- Vente - Vente aux enchères publiques d'un immeuble - Acceptation, par un enchérisseur, de la mise à prix fixée par les vendeurs - Vente parfaite (non) - Possibilité pour les vendeurs de retirer l'immeuble de la vente. (Trib. arr. Luxembourg, 17^e ch., 1^{er} avril 2009) 196
- Chronique judiciaire :
Bibliographie - Parallèlement -
Dates retenues.

DOCTRINE

Considérations sur le pouvoir exécutif au Luxembourg. Hier, aujourd'hui et demain

LE POUVOIR EXÉCUTIF occupe une place centrale dans le système politique du Grand-Duché de Luxembourg. Une situation comparable se présente dans les autres États européens. Si elle veut faire œuvre utile, la Constitution doit définir les rôles respectifs qui reviennent au Grand-Duc, au premier ministre, aux ministres et aux secrétaires d'État. Elle doit aussi préciser la manière dont la Chambre des députés est en mesure de contrôler leur action.

Le pouvoir exécutif n'a pas bonne presse dans l'Europe du XIX^e siècle⁽¹⁾. Les constitutions de l'époque sont écrites dans une perspective parlementaire. Elles témoignent d'une confiance absolue dans la loi, l'expression par excellence de la volonté générale... Elles lui assignent la tâche d'organiser les pouvoirs publics et de protéger les droits de l'homme. Elles mettent ses dispositions à l'abri des contestations, puisque les institutions de justice ne sont pas habilitées à exercer à leur encontre le moindre contrôle de constitutionnalité.

Comment, dans ce contexte, le chef de l'État ne se trouverait-il pas placé *volens nolens* dans la pénombre? Une constitution lui a été arrachée ou imposée. Des fonctions spécifiques, notamment dans l'ordre international, lui sont attribuées, mais elles ne lui sont allouées qu'au compte-gouttes. Quant à ses ministres, peu nombreux au demeurant, ils n'ont d'autres responsabilités que de faire fonctionner des outils administratifs⁽²⁾ dont on sait qu'à l'époque libé-

rale, ils gagnent à se maintenir dans l'accomplissement de tâches limitées.

À dire vrai, le tableau institutionnel n'est pas aussi manichéen qu'on ne le présente ici. Pour deux raisons, au moins.

Il y a, d'abord, un phénomène universel de décalage entre les textes et les réalités. Il est des rois ou des présidents qui, malgré la modestie des pouvoirs qui leur sont reconnus, occupent une place essentielle, parfois même centrale, dans le fonctionnement des institutions publiques. Il en est d'autres qui, pourvus en théorie des pouvoirs les plus étendus, ne les assument, en réalité, qu'avec parcimonie.

Il y a, ensuite, un phénomène européen d'imprégnation inégale des préoccupations libérales. Les idées démocratiques qui se sont répandues sur l'ensemble du continent n'ont pas suscité partout une ferveur identique. Ici ou là, le monarque n'a pas abdiqué sur le moment toute prétention à assumer une part effective de la conduite des affaires publiques.

(1) À l'époque, la situation n'est pas meilleure aux États-Unis d'Amérique. Comme l'écrit Tocqueville, « le président est... l'exécuteur de la loi ». Et de préciser : « Il ne fait point partie du souverain; il n'en est que l'agent ». Deux siècles plus tard, et au départ d'un texte inchangé, des évolutions politiques spectaculaires contribuent à instaurer, selon l'expression d'Arthur M. Schlesinger, une « présidence impériale ».

(2) Dans la Constitution du 9 juillet 1848 — dont le rapport Meyers précise d'emblée qu'elle reste « jusqu'à nos jours la base du droit constitutionnel luxembourgeois » (*Doc. parl.*, n° 6030, p. 2) — les membres du

« gouvernement du Grand-Duché » ne portent pas le titre de ministre mais celui d'« administrateurs généraux ». L'explication est simple : « Ils administrent le pays en se conformant aux lois et règlements » (article 78). Pour rappel, l'ordonnance royale grand-ducale du 12 octobre 1841 portant Constitution d'États pour le Grand-Duché de Luxembourg se donnait, quant à elle, pour but d'« établir dans Notre Grand-Duché une administration stable et conforme à sa situation et à ses besoins » (préambule); selon l'article 45, il revenait au conseil de gouvernement d'« administrer le pays en se conformant aux lois et règlements (*sic*) ».

Dès le milieu du XIX^e siècle, le Luxembourg s'est trouvé placé au carrefour de ces courants d'influence. Non sans hésiter, il a cherché — et cherche encore — à instaurer des équilibres institutionnels qui fassent droit aux responsabilités exécutives au sein de l'État.

Hier, à l'entremise du Roi Grand-Duc puis du Grand-Duc, le pouvoir exécutif a tenu à occuper la première place dans la société politique luxembourgeoise. Aujourd'hui, par l'intermédiaire du premier ministre et du gouvernement, il se voit reconnaître un rôle prééminent, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières.

Le phénomène est saisissant. Moins que d'autres États, ou moins vite qu'eux, le Luxembourg a souscrit aux dogmes d'une souveraineté nationale exercée pour l'essentiel par l'assemblée élue. Mieux qu'eux ou peut-être plus vite qu'eux, il s'est trouvé aux prises avec un phénomène d'envergure internationale qui tend à réserver à ce même pouvoir exécutif les principaux leviers de commande de la société politique.

L'attitude décalée — tantôt en retard, tantôt en avance — que l'État luxembourgeois a adoptée en près d'un siècle et demi le met peut-être en position privilégiée pour affronter avec sérénité les défis du monde de demain.

1

Hier

Point n'est besoin de rappeler que la Constitution luxembourgeoise — celle, en tout cas, qui sert de base à la Constitution actuelle — a vu le jour le 17 octobre 1868. S'inscrivant dans le sillage de la Constitution rédigée après le coup d'État de 1856 plutôt que dans le prolongement de celle de 1848, elle réserve au Grand-Duc une place que l'on n'hésite pas à qualifier d'impressionnante. Il est l'astre autour duquel gravitent des satellites³. Il est le moteur qui confère à l'ensemble du système étatique son énergie. Il commande, dirige et désigne. Il est le « souverain », dans tous les sens du terme. Et ceci à au moins trois égards.

1. Le Grand-Duc occupe la première place parmi les autorités constituées

De manière saisissante (en tout cas, pour l'observateur étranger), la Constitution s'ouvre par un premier chapitre qui s'intitule « Du Territoire et du Grand-Duc ». La plupart des dispositions de ce chapitre, soit les articles 3 à 8, sont consacrées aux règles qui président à la dévolution de la « couronne » — non autrement définie — ou qui déterminent le statut personnel du chef de l'État.

(3) Comme l'écrit, encore en 1997, Luc Frieden, alors président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés (sess. ord. 1997-1998, n° 3908), « la Constituante a voulu faire du Grand-Duc la clef de voûte de tout le système constitutionnel luxembourgeois ».

Le ton est donné. Le « Grand-Duché de Luxembourg » affiche, dès ces dispositions liminaires, son attachement à la personne et, au-delà de celle-ci, à l'institution du Grand-Duc. Ce n'est pas par hasard qu'il est la première autorité citée au texte⁴.

Certes, la monarchie qui est consacrée et la dynastie qui est organisée sont de nature constitutionnelle. Le Grand-Duc n'accède au trône, c'est-à-dire n'exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus, qu'après avoir prêté « en présence de la Chambre des Députés ou d'une députation nommée par elle » le serment d'observer un ensemble de prescriptions juridiques, au premier rang desquelles figure « la Constitution » (article 5). Mais comment ne pas relever aussitôt que cette dernière n'est pas avare de dispositions qui reconnaissent au chef de l'État de très larges attributions et donc des marges non négligeables d'initiative?

2. Le Grand-Duc exerce la puissance souveraine

La Constitution de 1868 contient également un chapitre III qui s'intitule « De la Puissance souveraine » ou, si l'on préfère, « de la souveraineté ». Celle-ci, est-il aussitôt précisé, se trouve placée dans les mains d'une seule institution, à savoir le Grand-Duc, et ce, « conformément à la présente Constitution et aux lois du pays » (article 32)⁵.

Il ne s'agit pas d'une inadvertance de rédaction. L'ensemble du chapitre III procède de la même préoccupation. Au Luxembourg comme ailleurs, un ensemble de fonctions étatiques doivent être remplies. Elles le seront ici par le Grand-Duc. En l'occurrence, elles doivent être comprises comme autant de « prérogatives » qui s'attachent à sa personne. D'autres autorités publiques sont associées — le mot est choisi à dessein — à l'exercice des tâches que le Grand-Duc assume de par la volonté de la Constitution. Il revient, par exemple, à la Chambre des députés de lui apporter son « assentiment » à l'occasion de la confection des lois (article 46). Il appartient aux cours et tribunaux de rendre la justice en son « nom » — et pas, comme ailleurs, au nom de la loi — (article 49).

Dans ces conditions, il n'y a pas de réelle séparation des pouvoirs, des fonctions et des responsabilités. Bien sûr, des autorités distinctes sont organisées. Mais la souveraineté détenue par la nation n'est pas partagée. Elle est exercée par une, et une seule, autorité constituée. Le Grand-Duc s'immisce ou intervient, de manière directe ou indirecte, dans l'ensemble des fonctions qui doivent être assumées dans une société politique.

Le chef de l'État n'incarne pas seulement l'État. Il n'est pas que le symbole de son unité et de son indivisibilité. Il est aussi l'un des acteurs essentiels de sa vie politique, tous domaines d'action confondus.

(4) « La première place dans le texte constitutionnel (...) reflétait la première place qui (...) était faite aussi [au Grand-Duc] dans les institutions » (*in Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 10).

(5) Cette disposition s'inscrit dans la philosophie politique qui animait déjà la Constitution de 1856.

3. À la différence des membres du gouvernement, le Grand-Duc n'est pas responsable de ses actes

En contrepoint de prescriptions qui peuvent paraître très « monarchistes », il convient de citer deux dispositions qui commandent, voire corrigent, l'interprétation qui mérite d'être procurée à l'ensemble du texte constitutionnel.

La première est inscrite dans l'article 78 : « Les membres du Gouvernement sont responsables »; la règle figurait déjà dans l'article 4 de la Constitution de 1848⁶. Il faut présumer qu'ils engagent cette responsabilité politique devant la Chambre des députés et, au-delà d'elle, devant les citoyens. Ce qui explique que, selon l'article 80, alinéa 2, « la Chambre peut demander leur présence » pour entendre leurs explications et, si nécessaire, voter la censure.

La seconde disposition se trouve dans l'article 45 : « Les dispositions du Grand-Duc doivent être contresignées par un conseiller de la Couronne responsable... ». La formule est prudente, peut-être à l'excès. On ne trouve pas, dans la Constitution de 1868, la disposition qui figurait dans celle de 1848 et qui présentait l'avantage d'exprimer la quintessence d'un régime parlementaire : « Aucun acte du Roi Grand-Duc ne peut avoir d'effet, s'il n'est contresigné par un membre du Gouvernement qui, par cela seul, s'en rend responsable » (article 46).

2

Aujourd'hui

Depuis 1868, les dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir exécutif ont été modifiées à plusieurs reprises. L'architecture de base demeure, cependant. L'empreinte monarchique subsiste. Seules des questions touchant au statut du Grand-Duc et à quelques-unes de ses attributions essentielles ont été affectées par des révisions ponctuelles. Phénomène plus significatif, sans doute. La Constitution a fait l'objet, depuis plus d'un siècle, d'interprétations qui contribuent à ranger, même si c'est à droit constant, la monarchie luxembourgeoise dans le camp du parlementarisme moniste.

1. L'architecture constitutionnelle n'a guère été modifiée

Le chapitre 1^{er} s'intitule désormais « De l'État, de son territoire et du Grand-Duc » mais les articles consacrés à cette dernière institution continuent à y occuper la part la plus importante⁷.

(6) Selon l'article 80, première phrase, de la Constitution de 1848, il s'agit d'une responsabilité individuelle qui pèse sur les « membres du Gouvernement » pour les « actes posés par eux dans les services qui leur sont respectivement assignés ».

(7) Seul correctif, mais il est essentiel. Le Grand-Duché de Luxembourg se définit d'emblée comme un « État démocratique [et] libre... » (article 1^{er}). *Infra*, 2, 3.

L'article 32 s'inscrit dans le chapitre III qui persiste à s'intituler « De la Puissance souveraine » et qui s'ouvre toujours par un paragraphe 1^{er} consacré à « la Prérogative du Grand-Duc ». Il subit néanmoins deux modifications importantes.

La première est celle de l'article 32, § 1^{er}. Dès 1919, l'accent est mis sur l'idée de la souveraineté nationale, étant sous-entendu qu'une Chambre des députés, élue désormais au suffrage universel, est censée représenter la nation souveraine. L'affirmation n'est pas dépourvue d'équivoque puisque la prescription selon laquelle le Grand-Duc exerce, pour sa part, cette puissance souveraine n'est pas modifiée entretemps.

La deuxième modification prend la forme d'un ajout. L'article 32, § 2, est calqué sur l'article 78 de la Constitution initiale de la Belgique (actuellement, article 105). Il est repris tel quel de l'article 45 de la Constitution de 1848 : « Le (Roi) Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ». Cette disposition peut brider le cours de son action s'il ne trouve pas dans la Constitution l'article, le paragraphe ou l'alinéa qui lui permette d'agir à un titre ou à un autre. Mais l'on sait aussi que cette même disposition a permis à des « lois particulières », dites de pouvoirs spéciaux, d'étendre le domaine de responsabilités du chef de l'État au-delà de strictes fonctions exécutives⁸.

2. La révision constitutionnelle du 12 mars 2009 modifie, sur un point essentiel, les prérogatives du Grand-Duc

Dans le cadre de cette étude, l'on ne saurait envisager l'ensemble des questions qu'a pu susciter en 2008-2009 l'exercice éventuel du droit de sanction, ou plus exactement celui du droit de veto, à l'occasion de l'élaboration d'une loi sur la dépénalisation de l'euthanasie⁹. Il suffit d'observer qu'à sa demande, le Grand-Duc a été depuis dépossédé d'un tel droit.

Tout au plus relèvera-t-on qu'à notre estime, le chef de l'État ne disposait pas, en l'occurrence, d'un pouvoir personnel qu'il aurait pu exercer sans le concours d'un membre du gouvernement mais que, comme toute initiative relevant de sa personne, l'intervention envisagée n'aurait pu s'accomplir qu'avec l'accord du gouvernement ou à tout le moins avec celui de l'un de ses membres (*infra*, 2, 3)¹⁰. En d'autres

termes, et aussi paradoxale que la règle constitutionnelle puisse paraître, le Grand-Duc n'était en mesure de s'opposer à la volonté exprimée par la Chambre des députés et à celle manifestée par le gouvernement — qui s'apprêtait à soumettre à sa signature la loi contestée — que de l'accord de ce même gouvernement. S'il ne pouvait obtenir le concours de l'équipe exécutive¹¹, il lui revenait de s'incliner devant la position des autorités politiquement responsables (*infra*, n° 3).

C'est une autre solution qui a été privilégiée en 2009. Pour ménager l'avenir et pour se prémunir contre la survenance d'autres crises du même ordre, il a été décidé de procéder à une révision de la Constitution. Seule désormais la promulgation des lois revient au Grand-Duc. Il exerce cette compétence liée dans un délai de trois mois (article 34).

3. Depuis un demi-siècle, l'interprétation des textes constitutionnels par la doctrine et la jurisprudence a contribué à donner au pouvoir exécutif une configuration plus moderne

On l'a rappelé. L'article 78 de la Constitution de 1868 précisait, de manière on ne peut plus laconique, que les membres du gouvernement étaient « responsables ». La responsabilité politique qu'ils assumaient de la sorte les amenait à s'expliquer devant la Chambre des députés des actes du Grand-Duc et de ceux qu'ils prenaient sous sa direction et son autorité. Tout donne à penser que, pour ces mêmes activités, ils étaient également responsables devant le Grand-Duc¹², ce qui les mettait à la merci d'une mesure de destitution de sa part dès l'instant où la confiance ne présidait plus aux relations entre le chef de l'État et ceux qui assumaient *de facto* la charge des fonctions exécutives et administratives. Ce faisant, la Constitution initiale organisait un système de double responsabilité politique. Elle consacrait le régime dit du « parlementarisme dualiste ».

Cette conception n'a point perduré, cependant. Elle n'était plus de mise, en tout cas, dans une société démocratique qui tendait à considérer que la conduite effective des affaires publiques devait aller de pair avec une responsabilité pleine, entière et exclusive devant l'assemblée élue. Mais, et c'est essentiel, l'inverse aussi s'imposait. Tant il est vrai que la responsabilité politique supposait l'exercice effectif du pouvoir de commandement. Ce qui signifie, selon l'expression du juriste belge W.J. Gans-

hof van der Meersch, que l'affirmation selon laquelle le chef de l'État est inviolable et irresponsable¹³, jointe à la prérogative donnée à l'assemblée de censurer l'action du gouvernement ou de l'un de ses membres, emporte le déplacement du pouvoir exécutif des épaules du chef de l'État sur celles de ses ministres¹⁴.

Cette évolution s'est faite « en douceur »¹⁵ et sans changement majeur des textes constitutionnels. Les actes signés par le Grand-Duc doivent être contresignés par un membre du gouvernement qui, de ce fait, en prend la responsabilité. Pour les mêmes raisons, ses propos et discours doivent recevoir l'aval du gouvernement. En somme, et selon la formule classique, il règne et ne gouverne pas (ou, pour être précis, ne gouverne plus)¹⁶.

La pratique administrative va dans le même sens. Comme l'a rappelé le Conseil d'État, dans son avis du 6 mai 1994, le Grand-Duc « avalise l'action du gouvernement sans avoir la possibilité d'y apporter un quelconque changement et n'encourt aucune responsabilité ». Avec cette précision utile : « Il est lié par l'action gouvernementale ». Et cette conclusion : ce système « décourage et exclut pratiquement tout conflit ».

L'affirmation de l'unité du pouvoir exécutif consacre sans équivoque la théorie du parlementarisme moniste.

3

Et demain ?

D'autres modifications ont été envisagées à l'occasion des travaux de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés. Elles ont fait l'objet, le 21 avril 2009, du document précité, déposé par son président, Paul-Henri Meyers (proposition de révision n° 6060 portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution).

Comme le souligne d'emblée le rapport Meyers, l'opération de refonte globale du texte constitutionnel pourrait introduire des modifications essentielles du texte originel dans ses différentes parties. Il n'en reste pas moins qu'à cette occasion, « ce sont (...) surtout les dispositions constitutionnelles relatives au chef de l'État et au Gouvernement qui [pourraient su-

(8) Cour const., n° 15/03, 3 janvier 2003, *Mémorial A*, 27 janvier 2003, p. 90.

(9) L. FRIEDEN, « Luxembourg : Parliament abolishes royal confirmation of laws », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 3, pp. 539-543 : « In the constitutional history of Luxembourg, no monarch has ever used this veto right, and so it came to be considered, over the years, as a merely formal right accorded to the grand duke » (p. 540).

(10) De manière nuancée, Marc Thewes écrit en 1997 : « La portée véritable de l'article 34 de la Constitution est incertaine, tant il s'harmonise mal avec la réforme démocratique de l'État luxembourgeois réalisée en 1919 (...). Il est en quelque sorte un vestige d'une conception dualiste de la monarchie, qui ne répond plus aux exigences démocratiques modernes » (« Le régime politique du Grand-Duché de Luxembourg, in *Les systèmes politiques des pays de l'Union européenne*, dir. Y. Guchet, Paris, Armand Colin, collection U, pp. 313-348).

(11) Est-il nécessaire d'ajouter que cet accord doit être recherché dans les conversations confidentielles que le chef de l'État a régulièrement avec le chef du gouvernement? La crise constitutionnelle de 2008-2009 a éclaté dès l'instant où les signes d'un désaccord profond et persistant ont été perçus à l'extérieur, soit par les milieux politiques et l'opinion publique.

(12) Si l'on fait abstraction du contexte historique et géographique dans lequel cette disposition a été conçue, tel peut être le sens de la formule inscrite à l'article 81, alinéa 1^{er}, de la Constitution de 1848 et reprise par l'article 79 de la Constitution actuelle : « Il n'y a entre les membres du Gouvernement et le Grand-Duc aucune autorité intermédiaire ». Voy. aussi *Le Conseil d'État...* (cit.), p. 207 : « Il est intéressant de noter que le pays a connu une époque — de 1856 à 1868 — pendant laquelle les ministres étaient responsables vis-à-vis du seul chef de l'État ».

(13) « L'invulnérabilité implique l'irresponsabilité, signifiant que le Grand-Duc n'a à répondre des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, ni du point de vue pénal, ni du point de vue politique » (rapport Meyers, p. 33).

(14) Le même raisonnement est tenu par A. BODRY (« La fonction du premier ministre dans le système politique du Luxembourg », *Bulletin du cercle François Laurent*, 1996, I, pp. 1-29). Voy. également la série d'articles publiés par le même auteur dans le *Tageblatt* sur le thème de « La fonction du Grand-Duc » (13-16 septembre 2007). *Adde* : L. FRIEDEN, *op. cit.*, p. 541 : « In a parliamentary democracy, in a case of disagreement between the government and the monarch, the government's view must prevail because the latter is responsible before Parliament ».

(15) *Le Conseil d'État...* (cit.), p. 264.

(16) Sur la signification actuelle de cette maxime, F. DELPÈRE, « Le Roi règne et ne gouverne pas », *J.T.*, 1990, pp. 701-704.

bir] les adaptations les plus substantielles » (p. 6).

L'on ne saurait être surpris des modifications proposées même si, à notre avis, certaines d'entre elles sont manifestement d'origine allemande ou française et ne s'inscrivent pas toujours élégamment dans la trame d'une Constitution qui est originellement d'inspiration belge. Il y aura lieu de se demander, dans un proche avenir, si les greffons présentent tous quelque utilité et s'ils ne sont pas susceptibles de provoquer, dans le contexte institutionnel luxembourgeois, des phénomènes de rejet.

1. À suivre le rapport Meyers, l'ordonnancement des dispositions constitutionnelles pourrait être sensiblement modifié

Le chapitre 1^{er}, en projet, assorti d'une première section à l'intitulé dithyrambique, est un véritable fourre-tout. Il entend traiter d'un ensemble d'éléments qui permettraient de singulariser l'État luxembourgeois, en ce compris son territoire et ses habitants, mais aussi sa forme et son régime. La référence à l'« État de droit » plutôt qu'à la démocratie est manifestement empruntée à la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.

L'inclusion dans ce chapitre 1^{er} de dispositions relatives à certains droits politiques paraît singulière, dans la mesure où ceux-ci mériteraient d'être joints à d'autres (voy. par exemple, l'article 17, alinéa 2, en projet), d'être traités de la même manière et d'être intégrés parmi les droits fondamentaux qui figurent dans un chapitre 2¹⁷.

Le chapitre 3 est consacré au Grand-Duc et le chapitre 5 au gouvernement. Ce démembrement d'un pouvoir exécutif — dont le Conseil d'État a rappelé à juste titre, le 6 mai 1994, qu'il gagnait à apparaître comme un et indivisible et à se comporter comme tel — est-il judicieux? Pourquoi les séparer par un chapitre 4 consacré à la Chambre des députés?

La terminologie, jugée désuète, est également soumise à révision. En particulier, la référence aux « prérogatives » du Grand-Duc mériterait d'être gommée¹⁸. De manière plus prosaïque, il serait fait référence à ses « pouvoirs », tout en rappelant les principes inscrits dès à présent dans les articles 32, § 2, 33, deuxième phrase, et 45 de la Constitution.

2. Le Grand-Duché est placé sous le régime de la démocratie parlementaire (article 2 en projet)

Il en résulte que « les membres du Gouvernement sont politiquement responsables » (article 101, § 1^{er}, en projet). On peut penser que cette responsabilité peut s'entendre soit à titre collectif, soit à titre individuel.

Dans cet esprit, il convient de vérifier, dès l'entrée en fonction du gouvernement, si celui-ci bénéficie de la confiance de la Chambre des députés. À l'issue de la lecture de la déclaration gouvernementale « consécutive à la formation d'un nouveau Gouvernement », le premier ministre engage la responsabilité de ce dernier devant la Chambre (article 102, § 3, en projet).

Mais quelle est la signification du vote qui intervient à ce moment précis? S'agit-il d'un vote d'investiture, comme sous la IV^e République, auquel cas le nouveau gouvernement ne peut prendre la moindre initiative, même celle qui relève des affaires courantes, entre le moment où le Grand-Duc a nommé ses membres, en vertu de l'article 94, § 1^{er}, en projet, et celui où la Chambre a décidé d'apporter son appui à la nouvelle équipe gouvernementale? S'agit-il plutôt d'un vote de confiance, imposé par la Constitution, auquel cas le gouvernement est, depuis sa désignation par le Grand-Duc, investi de la plénitude de ses fonctions exécutives, mais doit s'expliquer, dès son entrée en fonctions, sur son programme devant l'assemblée élue? La seconde interprétation paraît mieux refléter l'intention des membres de la commission Meyers. Il ne serait pas inutile de lever cette ambiguïté.

Au cours de l'existence d'un gouvernement, il appartient aussi au premier ministre d'engager la responsabilité de ce dernier à l'occasion du vote d'un projet de loi ou d'une déclaration de sa part. Il n'est pas tenu de le faire. On présume qu'il agira notamment de la sorte s'il veut resserrer les liens de solidarité entre les membres de la majorité et s'assurer, en l'un ou l'autre moment difficile, de la solidité de l'appui de la coalition au pouvoir.

À l'inverse, « la Chambre des Députés peut, de sa propre initiative, dans une motion votée par une majorité des députés, retirer sa confiance au Gouvernement. Ce moyen politique constitue, dans tout régime démocratique, une prérogative des mandataires élus dans le cadre du contrôle politique à l'égard du Gouvernement » (rapport Meyers, pp. 43-44).

3. La fonction symbolique du Grand-Duc pourrait être valorisée

Le Grand-Duc est présenté comme chef de l'État, symbole de son unité et garant de son indépendance (Constitution actuelle, article 33).

La référence symbolique est équivoque. Elle peut servir à circonscrire des tâches ou à définir des objectifs.

Pour les uns, en effet, le chef de l'État exerce des fonctions qui sont, pour l'essentiel, d'ordre protocolaire. Il est une figure (ou encore un portrait, comme celui qui est apposé dans les maisons communales ou dans les classes d'école) qui sert à représenter les valeurs, les idées ou les préoccupations que partagent les membres de la société politique luxembourgeoise. L'image reste nébuleuse, voire mystérieuse. Elle est figée. Sur le plan juridique et politique, elle est dépourvue de signification concrète.

Tel semble être le point de vue du rapport Meyers qui n'hésite pas à considérer qu'il convient d'adapter en ce sens toutes les disposi-

tions constitutionnelles « risquant de mêler le chef de l'État à des décisions politiques dont la responsabilité doit être endossée par d'autres organes constitutionnels » (rapport Meyers, p. 5). Mais une dépossession aussi brutale, que semble justifier le souci d'instaurer une séparation rigide des pouvoirs, ne risque-t-elle pas d'avoir des conséquences indirectes et non souhaitables sur les attributions des autres autorités exécutives, c'est-à-dire sur celles des membres du gouvernement?

Pour d'autres, et dans une perspective moins réductrice, l'accent mis sur la fonction symbolique signifie que le Grand-Duc doit assumer les fonctions qui lui sont reconnues par la Constitution. Il ne saurait, cela va de soi, les remplir qu'avec le concours d'un membre du gouvernement. Mais son action doit s'inscrire dans les perspectives dont cette fonction symbolique trace les contours. Il ne s'agit pas à proprement parler de respecter un programme de gouvernement, mais de suivre une ligne de conduite qu'il lui revient d'observer en toutes circonstances et en tous domaines.

Telle semble être la préoccupation de la commission Meyers lorsqu'elle se réfère aux travaux constitutionnels de 1998 et qu'elle rappelle la « fonction d'arbitre » qui peut revenir au chef de l'État : « Dans des circonstances difficiles, [il] peut exercer son influence morale » (p. 24). La formule est empruntée, cette fois, à la Constitution espagnole. Les événements de 2008-2009 illustrent néanmoins la difficulté de faire prévaloir ce type de préoccupations morales, surtout si elles ne sont pas partagées par les autres pouvoirs, et de s'ériger en arbitre parmi les autorités constituées.

4. Le gouvernement dirige « la politique générale du pays » (article 96 en projet)

« Le Gouvernement se compose d'un Premier Ministre, Ministre d'État, d'un ou de plusieurs Vice-Premiers Ministres, de Ministres et, le cas échéant, de Secrétaires d'État » (article 93 en projet). Le rapport Meyers renvoie à ce sujet à l'article 76, alinéa 1^{er}, de la Constitution, comme si le texte proposé n'était qu'une adaptation des dispositions en vigueur. Il y a plus, cependant, que des différences de forme. Et ceci à au moins trois points de vue.

D'abord, le projet retient l'expression de « ministre » et de « secrétaire d'État » qui, jusqu'à présent, n'avait pas trouvé sa consécration dans le texte constitutionnel. Il va de soi qu'il y aura lieu de préciser ce qui rapproche et ce qui distingue ces deux catégories de personnel gouvernemental¹⁹.

Ensuite, le projet introduit une forme de hiérarchisation entre les membres du gouvernement. Sans aller jusqu'à considérer, avec la commission, que le premier ministre pourrait se trouver dans une situation hiérarchique « à mi-chemin » entre le Grand-Duc et les autres ministres (p. 40)²⁰, force est de constater qu'une

(17) Sur ce thème, F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, n° 2993, 1995, p. 6.

(18) Curieusement, la section 4 du chapitre 4 traite, pour sa part, des « autres prérogatives de la Chambre des Députés ».

(19) Voy. les arrêtés grand-ducaux du 9 juillet 1857, du 24 mars 1936 et du 31 décembre 1957 réglant certaines questions relatives à la composition et à l'organisation du gouvernement.

(20) Les relations de confiance qui doivent exister entre le Grand-Duc, le premier ministre et les membres du

place à part lui est réservée au sein de l'équipe gouvernementale (*infra*, n° 5). Un sort particulier est également fait aux vice-premiers ministres, qui sont censés être les chefs de file des membres du gouvernement qui relèvent d'un parti membre de la coalition. Mais la Constitution en projet va-t-elle jusqu'à obliger le Grand-Duc à désigner un ou plusieurs vice-premiers ministres dans tous les gouvernements qu'il composera à l'avenir? Ou ne ménage-t-elle qu'une possibilité?

Enfin, le projet consacre l'idée que, si les membres du gouvernement exercent leurs attributions, soit en conseil, soit individuellement, ils « forment ensemble le Conseil de Gouvernement » (article 98, § 2, en projet). Il est envisagé de reconnaître des attributions spécifiques à cette institution collégiale.

Par contre, « la Commission [Meyers] n'a pas repris le texte prévu à l'article 77, § 2, de la proposition de révision n° 5339 qui prescrit la marche à suivre par le chef de l'État en vue de la formation du nouveau Gouvernement après les élections législatives. Cette disposition, même si elle correspond à la pratique actuellement suivie, n'a pas sa place dans la Constitution » (p. 40). L'observation semble judicieuse, d'autant que l'actualité politique peut parfois réserver des surprises, obliger à prendre des initiatives nouvelles et inviter à sortir d'un carcan constitutionnel qui pourrait paraître trop contraignant en l'occurrence.

5. La Constitution pourrait consacrer le rôle essentiel que le premier ministre est, sans nul doute, appelé à jouer dans l'organisation et le fonctionnement du pouvoir exécutif

Comme le note le rapport Meyers, « l'article 93 [en projet] reprend à la lettre le texte proposé dans le projet de révision n° 5339 sous l'article 77, § 1^{er}. Il convient de relever que cet article introduit, au niveau de la Constitution, une hiérarchie entre les différents membres du Gouvernement, en soulignant plus particulièrement la fonction du Premier Ministre. Le projet de révision 5339 a assorti cette fonction de compétences nouvelles : proposition de nomination et de révocation des autres membres du gouvernement, présidence du Conseil de Gouvernement, coordination de l'action du Gouvernement et surveillance de la marche des affaires de l'État, droit d'engager la responsabilité du Gouvernement devant la Chambre des Députés » (p. 40).

Certaines de ses dispositions — celles qui commandent la désignation des ministres, par exemple — sont d'inspiration française, même si la Constitution révisée en juillet 2008 a tendance à placer le premier ministre dans l'ombre du président de la République et ne contribue pas à le valoriser dans l'exercice de ses fonctions. D'autres — celles qui le chargent d'une tâche générale de coordination des travaux de l'ensemble des membres de l'équipe gouvernementale — sont plutôt d'inspiration belge.

6. L'exécutif ne se définit pas sans référence aux autres pouvoirs

Le ton est donné par la commission parlementaire. Mais fallait-il s'attendre à autre chose de sa part? « La Chambre des députés [est le] premier pouvoir dans l'État »²¹. L'affirmation peut paraître corporatiste à l'excès puisque, si « la souveraineté réside dans la Nation » et si « elle est exercée [par les différents pouvoirs] conformément à la Constitution » (article 3, en projet), il est logique de considérer que, procédant d'une source unique qui est la loi fondamentale, tous les pouvoirs doivent bénéficier d'un statut de stricte égalité. Mais il est vrai aussi que les modifications intervenues au Luxembourg en 2003 aux fins de déterminer les modes d'action du pouvoir constituant confèrent à la Chambre des députés un rôle non négligeable dans la définition des attributions qui reviennent aux autres pouvoirs. Le pouvoir exécutif se consolera en se disant qu'il joue, pour sa part, un rôle essentiel en alimentant l'assemblée de projets politiques et que la Constitution lui réserve, de cette manière, un pouvoir d'impulsion significatif, y compris dans l'exercice de la fonction constituante.

Dans un ouvrage de *Droit constitutionnel comparé* qui sera prochainement publié chez Dalloz, sous la direction de Michel Troper, l'on se permet d'écrire qu'il n'est pas simple de « traiter de l'exécutif ». Avec cette explication : « Il faut tenir compte de la différence qui peut exister entre les réalités et les présentations institutionnelles. Il ne faut pas s'arrêter à la lettre des textes, d'autant plus que certains d'entre eux sont rédigés selon la technique du trompe-l'œil. Il faut avoir égard à l'évolution des idées

politiques. Il faut prendre en considération l'usage et les pratiques ».

Le Luxembourg a peut-être connu quelques difficultés à l'allumage, comme on dit dans le langage de l'aérospatiale. Il n'a pas adhéré tout de suite aux idées dominantes du XIX^e siècle libéral. Il a pris clairement ses distances avec une Constitution belge peu encline à exalter les compétences voire les prérogatives du pouvoir exécutif.

Cette situation qui plonge ses racines dans une histoire partagée a valu au Luxembourg quelques critiques au cours du XX^e siècle. Elle l'a amené, encore récemment, à corriger quelques formulations trop radicales de son texte constitutionnel.

Plus que d'autres, la Constitution est prête à mettre en évidence le rôle du gouvernement au sein de la société politique, comme acteur et animateur de la vie parlementaire. De cette manière, elle se trouve en phase avec les analyses les plus pointues de la science des institutions à l'époque contemporaine. Et qui sait? Pourquoi ne servirait-elle pas d'exemple dans une Europe qui n'hésite pas non plus, dans son propre système de gouvernement, à valoriser le rôle des autorités exécutives?

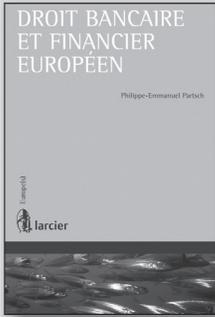
Le XXI^e siècle ne sera pas celui de la mort du Parlement, ni au Luxembourg ni ailleurs. Mais, nécessité fait loi — c'est le cas de le dire —, il obligera l'assemblée élue à se situer par rapport à un acteur essentiel du système constitutionnel, à collaborer avec lui si elle veut faire œuvre utile, à redéfinir ses objectifs et ses méthodes. Car le pouvoir exécutif, lui, a encore de beaux jours devant lui. Y compris sur les bords de la Pétrusse.

Francis DELPÉRÉE
Vice-Président du Sénat de Belgique
Professeur émérite
de l'Université catholique de Louvain

(21) Rapport Meyers, p. 5.

gouvernement ne sauraient s'analyser uniquement en termes de relation hiérarchique.

Un exposé systématique et éclairant de l'ensemble de la réglementation bancaire et financière européenne



DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN

Philippe-Emmanuel PARTSCH

Avocat, Philippe-Emmanuel Partsch est le partner en charge du droit européen et du droit de la concurrence au sein de l'étude Arendt & Medernach. Professeur à l'Université de Liège, il enseigne aussi à celle du Luxembourg.

Version électronique disponible sur www.strada.be
info@strada.be
02/548 07 20

L'objectif de l'ouvrage est de donner au lecteur les clés de lecture propres à l'ordre juridique pour bien aborder le droit bancaire et financier européen dérivé.

► Collection Europe(s)
Édition 2009 • 1102 p. • 145,00 €

commande@deboeckservices.com
Larcier c/o De Boeck Services sprl
Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve • ☎ 0800/99 613 • 📠 0800/99 614

Découvrez-le en visitant le site www.larcier.com

Le mécanisme de la révision constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg

LA PROPOSITION DE RÉVISION portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, déposée le 21 avril 2009, privilégie selon ses auteurs « la voie d'une refonte de la Constitution au lieu de révisions ponctuelles successives »¹. À plusieurs reprises ce document emploie en effet les expressions « réforme globale » ou « révision générale ». Selon les propos autorisés du président même de la commission parlementaire des institutions et de la révision constitutionnelle, il s'agit non moins que « de la première réforme globale de la Constitution depuis 1868 »². En cela, l'actuelle proposition de révision se distingue donc des trente-sept modifications précédentes qui ont jalonné l'histoire constitutionnelle luxembourgeoise depuis 1868.

Sans préjuger de sa portée matérielle et de son impact potentiel sur la vie politique, cette proposition de réforme constitue certainement une initiative sérieuse de modernisation, d'adaptation et de codification du droit constitutionnel luxembourgeois. Pour reprendre les termes de son exposé des motifs, trois raisons plaident en faveur d'une refonte de la Constitution : « la modernisation de la terminologie désuète par endroits, la nécessité d'adapter les textes à l'exercice réel des pouvoirs et l'inscription dans la Constitution des dispositions relevant d'une pratique coutumière et inscrites dans d'autres textes échappant à l'intervention du législateur »³. Cet exercice de refonte incite dès lors à une réflexion plus générale dépassant le cadre luxembourgeois et consistant à s'interroger sur les tensions existant entre, d'un côté, le texte et l'esprit d'une constitution et, de l'autre côté, la pratique constitutionnelle réellement suivie.

Au juriste qui s'intéresse au droit constitutionnel et à la théorie de la Constitution, cet exercice fournit avant tout une occasion bienvenue d'évoquer un certain nombre de questions fondamentales qui méritent d'être posées en droit constitutionnel luxembourgeois. Lesdites questions portent tant sur le titulaire du pouvoir de révision (2) que sur le déroulement de la procédure de révision (3) ainsi que sur la nature de la loi de révision qui en résulte (4). Avant d'aborder ces différents aspects et afin de pouvoir l'apprécier à sa juste valeur, il convient cependant de replacer la révision en cours dans le contexte de l'histoire constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg (1). On cherchera ci-après à dégager quelques pistes de réponse en tenant compte non seulement du texte de la Constitution, mais autant que possible aussi de son esprit et de la pratique réellement suivie.

1

Les révisions dans l'histoire constitutionnelle

La consultation des auteurs qui se sont penchés sur l'histoire constitutionnelle du Grand-Duché fait apparaître une certaine concordance à dé-

couper celle-ci en deux grandes phases : une première phase d'instabilité qui va de 1815 à 1868, ponctuée par l'application successive de cinq chartes constitutionnelles distinctes, dont trois proprement luxembourgeoises, et une seconde phase de stabilité constitutionnelle qui a pour point de départ l'adoption de la Constitution de 1868 qui, bien que révisée maintes fois, est toujours en vigueur aujourd'hui⁴. Lorsqu'on s'intéresse spécialement aux moments charnières de l'histoire constitutionnelle luxembourgeoise, c'est-à-dire aux moments de passage d'une constitution à une autre, il s'avère que, mis à part la première charte luxembourgeoise de 1841, les documents constitutionnels datant respectivement de 1848, de 1856 et de 1868 se présentent eux-mêmes non comme des constitutions nouvelles, mais bien comme des révisions du texte précédent. Il faudra donc se pencher dans un premier temps sur les révisions constitutionnelles du XIX^e siècle avant de jeter un regard sur la pratique plus récente des révisions.

1.1. La genèse du texte de la Constitution au cours du XIX^e siècle

Bien que le Grand-Duché de Luxembourg soit une création politique du Traité de Vienne de 1815, il n'existe en tant qu'État indépendant et souverain que depuis le Traité de Londres du 19 avril 1839. De 1815 à 1830, le Luxembourg devient, selon les dispositions du Traité de Vienne, qui l'élève au rang de Grand-Duché, un État théoriquement indépendant quoique membre de la Confédération germanique et attribué au roi de Hollande « pour être possédé à perpétuité et à titre personnel par lui et ses successeurs légitimes »⁵. De facto, et sans toutefois devenir une des dix-sept provinces des Pays-Bas, le Luxembourg sera régi par la Loi fondamentale (*Grondwet*) néerlandaise du 24 août 1815⁶.

Pendant la révolution belge de 1830 à 1839, le Luxembourg connaît une singulière division juridique. La forteresse de la ville de Luxembourg demeure en effet occupée par une garnison de la Confédération et reste soumise au régime hollandais tandis que le reste du pays forme la province belge du Luxembourg et est placé sous le régime de la Constitution libérale belge du 7 février 1831. Ce dualisme constitutionnel perdurera jusqu'en 1839.

En 1839, le Luxembourg retrouve l'indépendance tout en perdant toutefois près de la moitié de sa population et environ deux tiers de son territoire de 1815. Le Traité de Londres du 19 avril 1839 met en effet fin à la situation anormale des années 1830 et place l'intégrité territoriale du Grand-Duché sous la garantie des grandes puissances⁷. Du point de vue du régime politique, le Traité de Londres signifiait pour le Grand-Duché un renversement de cadre constitutionnel, puisqu'on peut considérer que la loi fondamentale hollandaise de 1815 redevint alors celle du Luxembourg⁸. À moins d'estimer que la reprise de possession, qui eut lieu par arrêté royal grand-ducal du 11 juin 1839, ne pouvait entraîner *ipso facto* l'applicabilité de la *Grondwet* dans la mesure où le Traité de Londres avait à nouveau proclamé l'indépendance du Grand-Duché. Dans ce cas, il faut bien admettre que le Luxembourg connut une période d'incertitude constitutionnelle⁹.

Celle-ci fut de courte durée. Dès 1841, Guillaume II chargea une commission d'élaborer un projet de constitution et finit par donner son approbation à un document qualifié « Constitution d'États » (*Landständische Verfassung*) se trouvant « en harmonie avec les statuts de la Confédération germanique ». La Constitution octroyée le 12 octobre 1841 par voie d'ordonnance royale grand-ducale se fonde sur le postulat que le pouvoir souverain se trouve confondu dans la personne du Roi Grand-Duc, le peuple étant représenté dans une assemblée d'États

(4) Pour plus de détails, on consultera P. WEBER, *Les Constitutions du XIX^e siècle*, in Livre jubilaire du Conseil d'État, 1957, pp. 303-362; L. HOMMEL, *Les étapes constitutionnelles du Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles 1935; A. BONN, « L'évolution de la pensée démocratique dans la Constitution luxembourgeoise : 150 ans de vie constitutionnelle », dans *Mémorial 1989 : La société luxembourgeoise de 1839 à 1989*, les Publications mosellanes, 1989, pp. 33-43 et G. RAVARANI, « La Constitution luxembourgeoise au fil du temps », *Annales du droit luxembourgeois*, n^{os} 17-18 (2007-2008), pp. 59-83.

(5) Article 67 de l'Acte final du Traité de Vienne du 9 juin 1815.

(6) P. EYSCHEN, *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, 1890, p. 11 (1910, p. 6) citant l'article 1^{er}

de ladite loi fondamentale (*Grondwet*) « da es unter derselben Herrschaft stehe wie das Königreich der Niederlande, so solle es auch nach demselben Grundgesetz regiert werden, vorbehaltlich seiner Beziehungen zum Deutschen Bunde ».

(7) Comp. P. EYSCHEN, 1910, p. 10 et P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, 1990, p. 26.

(8) En ce sens, A. BONN, « L'évolution de la pensée démocratique dans la Constitution luxembourgeoise : 150 ans de vie constitutionnelle », in *Mémorial 1989 : La société luxembourgeoise de 1839 à 1989*, les Publications mosellanes, 1989, p. 33.

(9) Cfr L. HOMMEL, *Les étapes constitutionnelles du Grand-Duché de Luxembourg*, L'édition universelle, Bruxelles, 1935, p. 11.

(1) *Doc. parl.*, n^o 6030, exposé des motifs, p. 4.

(2) « Die erste globale Verfassungsreform seit 1868 », Interview mit Paul-Henri Meyers, *Forum*, n^o 286, mai 2009, p. 35.

(3) *Doc. parl.*, n^o 6030, exposé des motifs, p. 5.

élue selon le scrutin indirect et par un vote censitaire. L'article 52, alinéa 2, de ce texte constitutionnel disposait toutefois que « la présente loi ne pourra être modifiée que du consentement du Roi Grand-Duc et des États réunis en nombre double ». Le pouvoir de révision fut de ce fait partagé entre les deux organes.

Dans la mesure où, lors de l'élaboration de la Constitution de 1848, la procédure prévue par l'article 52 de la Constitution d'États de 1841 fut fidèlement observée, se pose la question s'il faut parler d'une révision constitutionnelle ou plutôt de l'adoption d'une nouvelle Constitution. Plusieurs éléments sont à prendre en considération à cet égard. La procédure suivie est en fait allée au-delà des exigences du texte de 1841. Après avoir convoqué l'Assemblée des États en nombre double pour procéder à la révision de la Constitution, le Roi Grand-Duc lui conféra en effet les pleins pouvoirs « pour asseoir de nouvelles institutions politiques et constitutionnelles ». Par une sorte d'« abdication constitutionnelle »¹⁰, il donna même d'avance son consentement de ratifier le résultat des travaux. Le préambule de la Constitution du 9 juillet 1848 précise en outre qu'elle fut arrêtée « de commun accord avec l'Assemblée des États, réunis en nombre double, conformément à l'article 52 de la Constitution d'États, du 12 octobre 1841 ». Par ailleurs, l'article 126 indique cependant de manière laconique que « La Constitution d'États du 12 octobre 1841 est abolie ». Finalement, il semble donc exact de parler d'une révision totale.

Si en 1848 la révision fut opérée sans rupture de la légalité constitutionnelle, il en alla autrement en 1856¹¹. Décidé à changer la constitution trop libérale de 1848, mais se heurtant à l'opposition de la Chambre des députés, le Roi Grand-Duc fit délibérément abstraction de la procédure de révision prévue par l'article 118, décida de dissoudre le parlement et imposa au pays une nouvelle constitution autoritaire par voie d'ordonnance. Cette ordonnance royale grand-ducale du 27 novembre 1856 « portant révision de la Constitution » a par conséquent été analysée ultérieurement comme un coup d'État. Cette fois-ci il s'agit bien d'une nouvelle constitution octroyée par le souverain de fait qui exerce le pouvoir constituant originaire. L'obligation fédérale de mettre la constitution en conformité avec les statuts de la Confédération germanique fut alors invoquée comme prétexte pour outrepasser le refus de la Chambre de prêter son concours à une révision en bonne et due forme.

La dissolution de la Confédération germanique en 1866 entraîna l'entière indépendance du Grand-Duché en tant qu'État souverain, ce qui fut reconnu par le Traité de Londres du 11 mai 1867 proclamant par ailleurs la neutralité permanente du pays. La disparition du lien fédéral fournit alors l'occasion d'une nouvelle révision de la Constitution. Celle-ci fut réalisée par une loi promulguée le 17 octobre 1868, adoptée en première lecture le 8 mai 1868 et en seconde lecture le 6 octobre 1868, conformément aux prescriptions de l'article 114 de la Constitution de 1856. Certes, la loi du 17 octobre 1868 dispose dans son article III que la Constitution révisée « constituera à l'avenir le texte de la Constitution du Grand-Duché », d'après ses propres termes elle porte cependant « révision

de la Constitution du 27 novembre 1856 », sans l'abolir pour autant. La remarque de Georges Ravarani que « d'un point de vue formel, ce soit la Constitution de 1856, telle que modifiée en 1868 et par les modifications subséquentes, qui soit actuellement en vigueur » paraît de ce fait tout à fait pertinente¹².

L'histoire constitutionnelle luxembourgeoise se présente finalement au cours du XIX^e siècle davantage comme un enchaînement de révisions constitutionnelles qu'une succession de constitutions différentes. Même la rupture de légalité constitutionnelle en 1856 a été en quelque sorte relativisée *a posteriori* par la reprise dans la Constitution de 1868 de certains éléments désormais bien ancrés dans le droit constitutionnel luxembourgeois, tels que le second vote constitutionnel et l'introduction du Conseil d'État¹³.

1.2. La pratique des révisions constitutionnelles aux XX^e et XXI^e siècles

Au cours des 141 années de son existence, la Constitution du 17 octobre 1868 a déjà fait l'objet de trente-sept révisions. Le nombre total des lois de révision est d'ailleurs bien plus élevé car, sauf existence d'un lien de connexité, les révisions portant sur plusieurs articles différents de la Constitution se sont en général soldées par l'adoption d'une loi de révision par disposition modifiée. Ce qui frappe dans la chronologie des révisions est d'ailleurs moins leur nombre absolu que leur accroissement récent, laissant l'impression d'une véritable frénésie pour la révision constitutionnelle. Au cours du premier siècle de son existence, la Constitution de 1868 n'a en effet subi que sept révisions, les trente dernières se situent entre 1972 et 2009. Enfin, parmi ces trente révisions-là, treize ont été réalisées entre mai 2004 et mars 2009.

Cette accélération du rythme des révisions est en partie due à l'assouplissement des exigences de la procédure de révision qui a été entreprise par une révision du 19 décembre 2003. Comme le rappelle la proposition actuelle de révision, le Conseil d'État avait exprimé son inquiétude face à cette évolution, mettant en garde qu'il en résultera « inexorablement une banalisation des révisions constitutionnelles ». On ne peut que souscrire à sa critique d'une tendance qui « va au détriment de la stabilité de la Constitution, qui cède trop facilement aux besoins passagers et momentanés de la politique. Cette évolution mettra à la longue en cause la rigidité, garantie pourtant essentielle à la supériorité de la Constitution par rapport aux lois ordinaires »¹⁴. Afin de mieux comprendre la pratique récente de la révision constitutionnelle, on se bornera ci-après à n'évoquer que les révisions qui ont contribué, directement ou indirectement, à en façonner les caractéristiques.

Il est bien connu que la Constitution de 1868 souffrait initialement d'une ambiguïté quant au siège de la souveraineté. Elle ne se prononça en effet ni clairement en faveur du principe monarchique ni du principe démocratique. Cette

« maladie d'enfance » fut traitée dans le cadre de la révision de 1919 par l'inscription du principe de la souveraineté nationale dans l'article 32 de la Constitution, la suppression du cens électoral et l'introduction du suffrage universel. Ce fut donc le passage de la monarchie constitutionnelle à la démocratie parlementaire. Certes, la révision de 1919 ne toucha finalement pas au libellé de l'article 114 qui régit la procédure de révision¹⁵. Son esprit s'en trouva néanmoins affecté.

Car, comme le fait remarquer le Conseil d'État, « du moment que la souveraineté réside dans la Nation, représentée par la Chambre des députés, le rôle du Grand-Duc comme organe de la fonction législative s'est en effet naturellement effacé au bénéfice du pouvoir du Parlement »¹⁶. De même, les interventions du Grand-Duc dans la procédure de révision, que ce soit au moment de l'adoption de la déclaration de révision par le « pouvoir législatif », au moment de son adoption « de commun accord » ou encore au moment de la sanction et de la promulgation de la loi de révision, furent perçues à partir de cette date comme pures formalités et non pas comme les expressions d'un pouvoir spécifique. Sans toucher à son libellé, la révision de 1919 modifia donc l'esprit de l'article 114 et constitue le point de départ d'une pratique essentiellement parlementaire de la révision.

Assez paradoxalement, l'introduction de la Cour constitutionnelle en 1996 peut également être considérée comme une révision constitutionnelle qui affecte indirectement l'exercice du pouvoir de révision. Car, puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois permet en principe de renforcer le caractère normatif d'une constitution et d'en garantir la supériorité hiérarchique, il en a été déduit que des révisions constitutionnelles devaient être facilitées pour permettre exceptionnellement à la Chambre de « corriger » une interprétation jurisprudentielle par une révision de la constitution¹⁷.

Enfin, trois révisions plus récentes ont porté plus directement sur la procédure de révision. En premier lieu, l'article 115 qui disposait qu'« aucun changement à la Constitution ne peut être fait pendant une régence » a été modifié en 1998 dans le sens que désormais seuls les changements concernant « les prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc, son statut ainsi que l'ordre de succession » restent pros crits. Toute autre modification sera donc possible à l'avenir, même pendant une régence. En deuxième lieu, c'est la procédure de révision de l'article 114 elle-même qui a subi une réforme en profondeur par une loi de révision du 19 décembre 2003 qui a sensiblement assoupli les exigences formelles requises pour amender la Constitution, ainsi qu'on le verra en détail aux points 2 et 3 de la présente contribution.

(15) « Le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu de procéder à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. Après cette déclaration, la Chambre est dissoute de plein droit. Il en sera convoqué une nouvelle, conformément à l'art. 74 de la présente Constitution. Cette Chambre statue, de commun accord avec le Grand-Duc, sur les points soumis à la révision. Dans ce cas, la Chambre ne pourra délibérer, si trois quarts au moins des membres qui la composent ne sont présents, et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages ».

(16) Avis précité, p. 2.

(17) Voir en ce sens le rapport de M. Alex Bodry sur la proposition de révision de l'article 114 de la Constitution dans le compte rendu de la douzième séance de la Chambre des députés du 26 novembre 2003.

(10) L. HOMMEL, précité, p. 16.

(11) *Cfr* déjà en ce sens P. EYSCHEN, 1890, p. 94.

(12) Précité p. 66 en note de bas de page.

(13) Voir sur ce point C. HUBERTY, « Le Conseil d'État - Un produit du conflit constitutionnel du milieu du XIX^e siècle », *Forum*, n° 261, novembre 2006, p. 15.

(14) Avis du 9 décembre 2008 sur le projet de révision de l'article 34 de la Constitution, *Doc. parl.*, n° 5967/2, p. 6.

La troisième et dernière modification de la procédure de révision résulte de la réforme de l'article 34 par la loi de révision du 12 mars 2009. En mettant un terme au pouvoir du Grand-Duc de sanctionner des lois, cette révision a en effet également enlevé à ce dernier sa dernière prérogative en matière de révision constitutionnelle. Désormais, les lois de révision constitutionnelle, à l'instar des lois ordinaires, seront simplement promulguées « dans les trois mois du vote de la Chambre ». Les cinq révisions évoquées ont contribué à dégager un mécanisme original de la révision constitutionnelle qu'il convient maintenant d'examiner plus en détail en posant tout d'abord la question du titulaire du pouvoir de révision.

2

Le titulaire du pouvoir de révision

La question du titulaire du pouvoir de révision constitutionnelle est en effet une question fondamentale parce qu'elle vise à déterminer les autorités constitutionnellement habilitées à modifier la norme suprême de l'État. Inévitablement, elle touche alors à une autre qui est celle du siège de la souveraineté. L'établissement d'une constitution est en quelque sorte l'acte de souveraineté par excellence alors que la révision constitutionnelle s'analyse comme l'acte d'un pouvoir institué et de ce fait limité. Il paraît opportun de rappeler brièvement dans un premier temps la distinction essentielle entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision avant de s'interroger sur la question plus spécifique du titulaire du pouvoir de révision institué par la Constitution luxembourgeoise telle que modifiée le 19 décembre 2003.

2.1. Pouvoir constituant et pouvoir de révision

Le pouvoir constituant est généralement défini comme « l'organe bénéficiant de la compétence constitutionnelle, c'est-à-dire doté du pouvoir d'adopter une constitution ou une modification de la constitution en vigueur »¹⁸. Ce pouvoir constituant est qualifié d'« originaire » lorsqu'il établit une nouvelle constitution, soit à l'occasion de la naissance d'un nouvel État, soit dans l'hypothèse de rupture avec l'ordre juridique précédent provenant notamment d'une révolution ou d'un coup d'État. Le constituant originaire bénéficie alors d'une liberté de choix et l'opération constituante, qui s'analyse en un acte de fondation, ne connaît pas de régime juridique¹⁹. Dans les pays démocratiques, il est pourtant admis que le détenteur du pouvoir constituant originaire est le peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou indirectement à travers une assemblée constituante élue par lui.

L'acte constituant accompli, le constituant s'efface derrière son œuvre et il appartient alors aux pouvoirs institués d'exercer leurs attributions

dans le cadre de la norme fondamentale. La distinction importante entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués a été systématisée par l'abbé Sieyès lors de la Révolution française. Elle implique que le pouvoir de révision, appelé également pouvoir constituant « dérivé » ou « institué », qui intervient par définition dans un contexte de continuité constitutionnelle, est tenu de respecter les formes posées par la constitution à sa propre révision et même, s'il en existe, des limites matérielles²⁰. Le pouvoir de révision s'analyse donc comme un pouvoir institué, réparti en règle générale sur plusieurs autorités, qui, subordonné au constituant, « ne saurait ni méconnaître la substance de la Constitution ni encore moins l'abroger; en somme, le pouvoir de révision apparaît nettement lié. Il ne peut s'exercer que pour préserver la Constitution et la rendre plus effective »²¹.

En appliquant cette distinction entre pouvoir constituant et pouvoir de révision aux précédents de l'histoire constitutionnelle luxembourgeoise, il s'avère que la Constitution d'États de 1841 et la Constitution « autoritaire » de 1856 peuvent être considérées comme des œuvres d'un pouvoir constituant originaire exercé par le Roi Grand-Duc en s'inspirant des statuts de la Confédération germanique. Les constitutions de 1848 et de 1868 ont par contre été élaborées conformément aux procédures de révision prévues respectivement à l'article 52 de la Constitution de 1841 et à l'article 114 de la Constitution de 1856. Formellement, elles constituent donc des actes du pouvoir de révision.

Au cours du XIX^e siècle, le pouvoir de révision a connu différents titulaires. En 1841, il est partagé entre le Roi Grand-Duc et une sorte d'assemblée constituante renforcée, l'article 52 stipulant que « la présente loi ne pourra être modifiée que du consentement du Roi Grand-Duc et des États réunis en nombre double ». En 1848, l'article 118 de la Constitution, reprise de la Constitution belge de 1831, répartit de nouveau le pouvoir de révision entre le Roi Grand-Duc et la Chambre des députés qui, après l'adoption d'une déclaration de révision suivie automatiquement de sa dissolution et l'élection d'une nouvelle Chambre, « statue, de commun accord avec le Roi Grand-Duc » sur les points soumis à la révision. La Constitution de 1856 rompt cette tradition d'un pouvoir de révision partagé. Elle introduit une procédure de révision allégée permettant à la seule Assemblée des États d'apporter des changements à la Constitution « par deux votes émis dans deux sessions différentes et à quarante jours d'intervalle au moins ». La Constitution de 1868 rétablit le mode de révision introduit en 1848, lequel trouve sa place à l'article 114.

Selon le texte de la version initiale de l'article 114, le pouvoir de révision était formellement partagé entre la Chambre des députés et le Grand-Duc. L'intervention du peuple était par ailleurs assurée (du moins en théorie) par l'intermédiaire des élections parlementaires suivant la dissolution de la Chambre qui avait procédé à une déclaration de révision de la Constitution et permettant ainsi de désigner une nouvelle Chambre habilitée à procéder à la révision des articles désignés par la précédente.

Cette procédure impliquait alors l'intervention de deux organes distincts, voire de trois si on considère le fait que deux Chambres, séparées par une dissolution-élection, devaient successivement intervenir.

Le vote par la première Chambre d'une déclaration de révision désignant une par une les dispositions sujettes à modification apparaît dans ce contexte comme un acte-condition permettant avec la sanction du Grand-Duc le déclenchement de la procédure de révision proprement dite. La doctrine belge distingue de ce fait très justement deux phases dans la procédure de révision, celle des Chambres préconstituantes et celle des Chambres constituantes²². On peut cependant se demander s'il est opportun d'employer l'adjectif « constituante » pour désigner la Chambre des députés qui exerce le pouvoir de révision.

Cette dénomination, qui a été retenue au Luxembourg dès la première déclaration de révision du 14 juin 1918²³, prête quelque peu à confusion en ce qu'elle implique le recours à une véritable assemblée constituante spécialement élue pour ne s'occuper que de l'adoption des modifications constitutionnelles, alors qu'il s'agit de la Chambre des députés ordinaire qui exerce ses compétences habituelles augmentées de la compétence de procéder à la révision des articles désignés par la Chambre précédente.

Déjà la Commission spéciale pour la révision de la Constitution relevait dans ses propositions du 1^{er} novembre 1947 que « l'organe chargé de la révision de la Constitution n'est pas un organe extraordinaire, une assemblée exceptionnelle, mais la Chambre même, c'est-à-dire le pouvoir législatif ordinaire. (...) Il n'est donc pas indiqué de donner à la présente Chambre le titre de Constituante, car la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif n'existe pas ou n'est plutôt que nominale, là où la Constitution confie le pouvoir constituant au pouvoir législatif »²⁴.

Il faut reconnaître par ailleurs que la pratique des révisions constitutionnelles s'est fortement écartée de l'esprit de la procédure de révision instaurée par la Constitution de 1868 et que l'intention de ses auteurs « est peu respectée »²⁵. Ainsi, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle relève en 2003 : « En plaçant la déclaration de révision en fin de législature, c.-à-d. à la dernière séance publique avant l'échéance normale pour les élections législatives, la révision de la Constitution s'est trouvée banalisée. Le mandat politique conféré par les électeurs à la suite de la dissolution de la Chambre des députés est devenu un mandat général sans lien spécifique avec un projet de révision précis. Par ailleurs, la régularité des déclarations de révision tous les cinq ans a conduit à un rapprochement avec la procédure législative ordinaire. Pratiquement tout Parlement a pu agir en assemblée constituante. La liste des articles soumis à révision a également eu tendance à s'élargir. *De facto*, le Luxembourg est passé d'un régime de Constitution rigide à un système plus souple »²⁶.

(22) Cfr P. WIGNY, *Propos constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 1963, pp. 31 et s.

(23) *Mémorial*, n° 31 du 14 juin 1918, p. 613.

(24) Cfr le compte rendu de la session 1947-1948, n° 18 (158), p. 175. La Commission se composait de MM. Reuter (président), Bauer, Hentgen, van Kauenbergh, Useldinger, Wolter (membres) et Loesch (rapporteur).

(25) A. BONN, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, Luxembourg 1978, p. 7.

(26) *Doc. parl.*, n° 4765/5, p. 3.

(18) Cfr O. DUHAMEL, in *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris 1992, p. 777.

(19) Cfr C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., Paris 1995, p. 50.

(20) Voir B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *R.F.D.A.*, 1998, p. 909.

(21) En ce sens, C. GREWE et H. RUIZ FABRI, précité, p. 50.

Quoi qu'il en soit, les termes du débat ont désormais changé, puisque le 19 décembre 2003, la procédure de révision constitutionnelle a fait l'objet d'une profonde réforme qui a définitivement tranchée la question du titulaire du pouvoir constituant.

2.2. Le pouvoir de révision depuis la réforme du 19 décembre 2003

Par une loi du 19 décembre 2003, adoptée selon les prescriptions de l'ancien article 114 de la Constitution, celui-ci a fait l'objet d'une réforme en profondeur. Le nouveau texte se lit comme suit :

« Toute révision de la Constitution doit être adoptée dans les mêmes termes par la Chambre des députés en deux votes successifs, séparés par un intervalle d'au moins trois mois.

» Nulle révision ne sera adoptée si elle ne réunit au moins les deux tiers des suffrages des membres de la Chambre, les votes par procuration n'étant pas admis.

» Le texte adopté en première lecture par la Chambre des députés est soumis à un référendum, qui se substitue au second vote de la Chambre, si dans les deux mois suivant le premier vote demande en est faite soit par plus d'un quart des membres de la Chambre, soit par vingt-cinq mille électeurs inscrits sur les listes électorales pour les élections législatives. La révision n'est adoptée que si elle recueille la majorité des suffrages valablement exprimés. La loi règle les modalités d'organisation du référendum ».

Les motifs qui ont poussé la Chambre des députés à adopter cette réforme tenaient apparemment notamment au besoin de pouvoir adapter plus rapidement la Constitution aux exigences du droit international et communautaire, à la nécessité ressentie de pouvoir préciser le texte constitutionnel en réaction à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et à la volonté d'introduire une dose de démocratie directe dans le processus de révision²⁷. S'agissant d'une réforme portant sur la disposition la plus importante de la Constitution en ce qu'elle détermine les modalités de sa révision, la question de principe a été soulevée de savoir si l'article 114 permettait sa propre révision²⁸. La réponse à cette question est difficile. Dans la mesure où le pouvoir de révision « ne saurait ni méconnaître la substance de la Constitution ni encore moins l'abroger »²⁹, on peut estimer qu'un assouplissement excessif de cette procédure qui aurait pour effet de l'aligner sur la procédure législative ne saurait être permis. Un tel assouplissement ôterait en effet à la Constitution sa supériorité sur la loi ordinaire.

On remarquera que, depuis la révision de 2003, la Chambre des députés apparaît clairement comme le titulaire unique du pouvoir de révision. La possibilité de soumettre le texte adopté en première lecture à un référendum est à cet égard à considérer comme une mesure de sauvegarde. Ainsi que l'a exprimé M. Ben Fayot :

« Le référendum apparaît dès lors comme une barrière à des révisions faciles et comme un contrôle du peuple de sa Constitution »³⁰. Est-ce à dire que le peuple, organisé en électeurs inscrits sur les listes électorales, se voit ainsi investi du pouvoir de révision? Loin s'en faut. Selon l'esprit de l'article 114, il s'agit davantage d'une hypothèse exceptionnelle pouvant jouer de deux manières : ou bien à l'instar d'un droit de veto à l'encontre d'une modification constitutionnelle inconvenable, c'est-à-dire comme un pouvoir d'empêchement susceptible de se manifester si 16 députés ou 25.000 électeurs inscrits le demandent préalablement, ou bien comme une alternative au second vote parlementaire pour conférer une plus grande solennité à une modification consensuelle d'envergure. Dans les deux cas, le peuple ne dispose d'aucun pouvoir de peser sur le contenu de la révision qui a été élaboré par la Chambre en première lecture.

La Constitution luxembourgeoise ne contient pas de « noyau dur » de normes intangibles et ne formule aucune limite matérielle explicite au pouvoir de révision de la Chambre des députés. La prescription de l'article 115 selon laquelle « aucun changement ne peut être apporté à la Constitution en ce qui concerne les prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc, son statut ainsi que l'ordre de succession » ne joue en effet que « pendant une régence ». Il s'agit donc plutôt d'une limitation *ratione temporis* que *ratione materiae*. On peut d'ailleurs se demander si cette disposition n'a pas perdu sa raison d'être depuis la révision de l'article 34 de la Constitution qui a enlevé au Grand-Duc son pouvoir de sanction des lois. Dorénavant, le Grand-Duc ne sera en effet jamais en mesure de s'opposer à une révision de ses prérogatives, que ce soit pendant une régence ou en temps normal.

La signification de l'article 113 qui précise qu'aucune disposition de la Constitution « ne peut être suspendue » mérite également un examen dans ce contexte. Cet article trouve son origine dans l'article 117 de la Constitution de 1848, lui-même copié de l'article 130 de la Constitution belge de 1831 (l'actuel article 187). Il peut être compris comme un corollaire du principe que la Constitution ne peut pas être altérée en dehors des règles particulières qu'elle prévoit elle-même pour sa modification³¹. L'article 113 ne s'adresse pas spécifiquement au pouvoir de révision, mais de manière générale à tous les pouvoirs institués qui doivent obéir à la Constitution, même lorsque des circonstances exceptionnelles entraînent le fonctionnement normal de l'État. Dans le droit constitutionnel comparé, on trouve historiquement deux types de solutions : le silence constitutionnel, d'une part et, d'autre part, la réglementation par la Constitution des mesures, procédure et portée de ce droit d'exception. Une troisième alternative consiste à interdire expressément toute suspension de la Constitution. Il semble cependant qu'au Luxembourg tant la pratique constitutionnelle que la doctrine admettent que, par suite de circonstances exceptionnelles, les organes de l'État puissent s'écarter des règles constitutionnelles³².

L'idée de la « constitution suspendue » avait par ailleurs été mobilisée dans le contexte de la ratification du Traité de Maastricht pour critiquer le fait que cette ratification intervint sans une révision préalable de l'article 9 de la Constitution pour y introduire le droit de vote des ressortissants communautaires³³.

Pas plus qu'elle n'indique des limites matérielles au pouvoir de révision, la Constitution luxembourgeoise n'établit pas non plus de distinction entre révision partielle et révision totale comme le font, par exemple, les constitutions suisse et autrichienne en prévoyant une procédure spécifique et plus contraignante en cas de révision totale. La révision de 2003 a, sur ce point, dégagé la voie vers une véritable refonte de la Constitution telle que l'envisage l'actuelle proposition de révision. Il n'est plus nécessaire en effet de désigner une à une les dispositions sujettes à révision avant d'y procéder. On remarquera par ailleurs que le libellé de l'ancien article 114 qui évoquait la désignation de « telle disposition constitutionnelle » au singulier n'avait pas empêché la Chambre d'envisager à plusieurs reprises des révisions générales de la Constitution en désignant notamment en 1999 la quasi-totalité des dispositions constitutionnelles. Elle pouvait alors se fonder sur l'opinion d'Alex Bonn qui avait estimé dès 1978 que « même sous l'empire de l'article 114, une révision totale de la Constitution est parfaitement possible. Pour y parvenir, la Chambre des députés devrait déclarer qu'il y a lieu de procéder à la révision de tous les articles de la Constitution en les énumérant de 1 à 121 »³⁴. Ce procédé pouvait paraître contraire sinon au libellé, du moins à l'esprit de l'ancien article 114.

Confier dans un système unicaméral le pouvoir de révision au législateur ordinaire (*verfassungsändernder Gesetzgeber*) fait peser sur ce dernier une grande responsabilité, notamment lorsque la Constitution ne lui pose aucune borne matérielle. Le droit de veto populaire constitue alors un contrepoids non négligeable pour amener la Chambre à ne pas abuser de son pouvoir de révision. La proposition de refonte de la Constitution constitue à cet égard un test intéressant. Elle suivra donc la nouvelle procédure de révision dont il convient maintenant d'analyser le déroulement.

3

Le déroulement de la procédure de révision

L'article 114 se borne à ne prévoir que les règles spécifiques régissant l'adoption d'une révision de la Constitution, c'est-à-dire celles qui dérogent à la procédure législative ordinaire. Dans la mesure où les révisions constitutionnelles sont pour le reste adoptées dans les formes de la loi ordinaire, elles suivent dans les gran-

(27) Voir le rapport de M. A. Bodry sur la proposition de révision de l'article 114 de la Constitution dans le compte rendu de la douzième séance de la Chambre des députés du 26 novembre 2003, p. 136.

(28) N. CAMPAGNA, « Une révision de la Constitution sans la puissance souveraine? », *Forum*, n° 202, septembre 2000, p. 5.

(29) En ce sens, C. GREWE et H. RUIZ FABRI, précité, p. 50.

(30) B. FAYOT, *Les quatre référendums du Grand-Duché de Luxembourg*, éd. de la Petite Amérique, 2006, p. 14.

(31) Cfr en ce sens le commentaire de l'article 113, in *Le Conseil d'État gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 385.

(32) *Ibidem*, p. 387.

(33) Voir A. BONN, « La Constitution suspendue », *Lëtzeburger Land*, n° 24 du 12 juin 1992, p. 15 et F. THOMA, *Les problèmes soulevés par le droit constitutionnel luxembourgeois en matière de ratification du Traité sur l'Union européenne*, notes financières de la Banque générale du Luxembourg, n° 41 1993, p. 31.

(34) Cfr A. BONN, « Réflexions sur la révision de la Constitution », Luxembourg, 1978, p. 9.

des lignes les étapes de la procédure législative usuelle. Afin de comprendre toutes les subtilités de la procédure de révision constitutionnelle, il est nécessaire de combiner les exigences de la procédure législative ordinaire avec celles découlant de la procédure spécifiquement applicable aux lois de révision. Pour les besoins de cette présentation synthétique, on divisera la procédure en quatre grandes étapes, à savoir : l'initiative, la procédure parlementaire, la procédure référendaire et la promulgation.

3.1. L'initiative

La nouvelle procédure de révision constitutionnelle se caractérise dans un premier temps par l'abandon de la déclaration préalable de révision. Le texte actuel de l'article 114 de la Constitution est cependant muet quant à la question de savoir qui peut prendre l'initiative d'une révision. Il faut donc considérer qu'à l'instar de la procédure législative ordinaire, le droit d'initiative appartient concurremment à la Chambre et au gouvernement. Dorénavant, la procédure de révision sera donc déclenchée par le dépôt d'une proposition ou, le cas échéant, d'un projet de révision d'une ou de plusieurs dispositions constitutionnelles.

Ceci n'allait pas de soi, car la proposition de révision de l'article 114 prévoyait initialement que « c'est le pouvoir législatif et lui seul qui dispose du droit d'initiative en matière de révision constitutionnelle » en excluant explicitement un « partage du droit d'initiative entre l'Exécutif et la Chambre des députés »³⁵. C'est le Conseil d'État qui suggéra dans son avis de tenir compte de l'équilibre atteint entre les deux pouvoirs et de ne pas « fixer d'a priori à ce sujet ». Solution qui fut finalement retenue par la Chambre. Par la révision de novembre 2003, le pouvoir exécutif a donc acquis le droit de déposer des projets de révision qu'il ne possédait point auparavant.

Sans vouloir contester au pouvoir exécutif le droit de déposer un projet de révision, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle plaide néanmoins en faveur d'une « prééminence du pouvoir législatif en matière d'initiative législative dans le domaine constitutionnel »³⁶. Elle invoque à l'appui de cette thèse la longue pratique institutionnelle et indique que le nouveau texte « n'entend pas déroger à cette règle coutumière ». Il est cependant difficile d'admettre la naissance d'une telle coutume constitutionnelle dans la mesure où son contenu supposé résulte en fait du libellé même de l'ancien article 114 qui évoquait explicitement le pouvoir législatif.

Du point de vue formel, le droit d'initiative appartient donc au gouvernement et à la Chambre. Ceci n'empêche pas que d'autres institutions puissent exercer une certaine influence sur l'opportunité d'introduire une initiative de révision. Le rôle de la Cour constitutionnelle est parfois mis en avant dans ce contexte. Il semblerait en effet que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle constitue une source importante dans le cadre des débats parlementaires autour d'éventuelles révisions. Ceci est apparemment le cas ou bien lorsqu'il s'agit de mettre la Constitution en accord

avec des lois précédemment déclarées inconstitutionnelles, ou bien lorsqu'il s'agit de définir certaines notions constitutionnelles en tenant compte par avance de leur possible interprétation par la Cour constitutionnelle³⁷. En se penchant sur la formation des attributions du Grand-Duc, M. Alex Bodry estime quant à lui que « la jurisprudence très conservatrice de notre Cour constitutionnelle, qui se borne pour l'essentiel à une interprétation littérale des textes anciens, pourrait pousser le Parlement plus loin que le contexte politique ne l'exige »³⁸.

3.2. Procédure parlementaire

Toute proposition et tout projet de révision constitutionnelle doivent suivre dans un premier temps la procédure législative normale, parcourant ainsi les étapes traditionnelles de dépôt, de l'avis du Conseil d'État et des procédures internes de la Chambre des députés telles qu'elles sont prévues par son règlement intérieur aux articles 55 et suivants. Les différences dans le déroulement de la procédure selon qu'il s'agit d'une proposition ou d'un projet de révision, s'appliquent par conséquent de la même manière que pour les lois ordinaires. La commission parlementaire compétente est la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle.

Une première différence par rapport à la procédure législative ordinaire résulte de l'exigence par l'article 114 que la révision constitutionnelle doit être adoptée dans les mêmes termes « en deux votes successifs, séparés par un intervalle d'au moins trois mois ». Certes l'article 59 de la Constitution prévoit que « toutes les lois sont soumises à un second vote » et qu'il y aura « un intervalle d'au moins trois mois entre les deux votes ». L'article 114 déroge cependant à l'article 59 en ce qu'il ne permet pas la dispense du second vote constitutionnel. Pour le surplus, c'est-à-dire les règles régissant le vote général et le vote par amendement, ce sont encore les règles générales résultant du règlement de la Chambre qui s'appliquent.

Pour ce qui est des règles spéciales de *quorum* et de majorité qualifiée, le nouvel article 114 alourdit en fin de compte les exigences de la procédure précédente. L'ancienne cinquième phrase avait en effet requis un *quorum* de trois quarts des membres (45 députés) et une majorité qualifiée des deux tiers des suffrages exprimés (soit 30). Le nouvel alinéa 2 se contente d'exiger une majorité des deux tiers des membres de la Chambre sans prévoir un *quorum*, mais sans admettre également le vote par procuration. De ce fait, la majorité qualifiée exigée pour l'adoption d'une loi de révision a été portée à deux tiers de l'ensemble des membres de la Chambre, soit 40 députés. Il s'agit là assurément de l'exigence d'une majorité très élevée, ce qui permet de maintenir le caractère solennel d'une révision constitutionnelle et par là la rigidité de la Constitution.

On remarquera cependant que les lois de révision constitutionnelle ne sont pas les seules à

être soumises à ces exigences spéciales de majorité. Plusieurs dispositions de la Constitution renvoient en effet à l'alinéa 2 de l'article 114 pour déterminer les conditions d'adoption de certaines lois spécifiques³⁹. Il y a donc lieu de distinguer trois types de loi en droit constitutionnel luxembourgeois : les lois ordinaires, les lois que l'on pourrait appeler « organiques », adoptées selon les conditions de majorité de l'article 114, et les lois de révision constitutionnelle. La principale spécificité formelle de ces dernières ne résulte pas des exigences d'un second vote parlementaire et d'une majorité qualifiée, mais avant tout de la possibilité d'être soumises, au lieu d'une seconde lecture parlementaire, à un référendum décisionnel.

3.3. Procédure référendaire

L'innovation la plus importante du nouvel article 114 consiste dans la possibilité de provoquer un référendum sur le texte de la révision adopté en première lecture par la Chambre des députés. Pour cela, il suffit qu'au moins 16 députés ou 25.000 électeurs inscrits sur les listes électorales pour les élections législatives le demandent. Le droit de déclencher l'organisation d'une consultation référendaire en matière de révision constitutionnelle a donc été confié à deux groupes différents : une minorité parlementaire et un groupe d'électeurs relativement important. La détermination des conditions de mise en œuvre de ce droit pour les députés n'a posé aucune difficulté et a trouvé sa consécration dans les articles 191 à 197 du règlement de la Chambre⁴⁰.

En ce qui concerne la mise en œuvre du même droit par les électeurs, par définition inorganisés, il a fallu par contre davantage innover afin de mettre en place les voies leur permettant de s'organiser afin de réunir le nombre de signatures exigé. Puisque l'article 114 renvoie à une loi pour régler les modalités d'organisation du référendum, il revient à la loi du 4 février 2005 « relative au référendum au niveau national » de prévoir non seulement les conditions pour la collecte des signatures, mais aussi le déroulement de la consultation référendaire elle-même⁴¹. En vertu de cette loi, le démarrage de la collecte des signatures est décidé par le premier ministre sur demande déposée par « un comité d'initiative composé de cinq électeurs au moins au plus tard le quatorzième jour suivant celui de l'adoption du texte de révision constitutionnelle en première lecture par la Chambre des députés ». Le délai maximal de deux mois, réservé par la Constitution à la collecte des signatures, se trouve alors amputé de plusieurs opérations préparatoires pour lesquelles la loi fixe chaque fois des délais précis. Compte tenu du nombre élevé de signatures qu'il faut réunir et de la durée assez brève prévue pour cela, l'organisation d'un référendum sur déclenchement populaire paraît en fait assez improbable. L'avenir montrera si, par souci d'éviter des consultations populaires intempestives, le législateur n'a pas finalement posé des conditions trop sévères.

(35) Cfr le texte de la proposition de révision de l'article 114 de la Constitution déposé par M. Paul-Henri Meyers le 13 février 2001, *Doc. parl.*, n° 4765, p. 3.

(36) *Doc. parl.*, 4765/5, p. 6.

(37) Voir à cet égard les développements de G. RAVARANI, « La Constitution luxembourgeoise au fil du temps », *Annales du droit luxembourgeois*, n° 17-18 (2007-2008), pp. 59-83, spécialement p. 80.

(38) A. BODRY, « Le Grand-Duc, une institution vue à travers la Constitution », *Lëtzebuurger Land*, du 25 février 2000.

(39) Il s'agit des articles 37 (ratification des traités visés à l'article 49bis et déclaration de guerre), 51, § 3 (nombre des députés à élire par circonscription) et 107, § 4 (conditions de nationalité des bourgmestres et échevins).

(40) Pour la dernière version de ce règlement cfr *Mémorial A*, n° 166 du 21 juillet 2009.

(41) Cfr *Mémorial A*, n° 27 du 3 mars 2005, p. 548.

Pour ce qui est de l'issue d'un éventuel référendum, l'article 114 précise que « la révision n'est adoptée que si elle recueille la majorité des suffrages valablement exprimés ». Il s'agit donc clairement d'un référendum à caractère décisionnel et non pas simplement consultatif. En cela, le vote des électeurs remplacera en effet le cas échéant le vote de la Chambre des députés, que ce soit pour entériner le texte voté en première lecture ou pour y opposer une fin de non-recevoir. Force est de constater que la procédure référendaire paraît plus appropriée à des révisions ponctuelles qui ne modifient qu'une seule disposition qu'à une refonte générale de la Constitution qui est difficile à réduire à une question pouvant être tranchée par « Oui » ou par « Non ».

3.4. Promulgation

Pour être juridiquement parfait, le texte de la loi de révision devra encore et en tout état de cause satisfaire aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution selon lequel « le Grand-Duc promulgue les lois dans les trois mois du vote de la Chambre ». On rappellera à cet égard que cette règle constitutionnelle ne s'applique avec cette rédaction que depuis la révision de l'article 34 par la loi de révision constitutionnelle du 12 mars 2009. Auparavant, les révisions constitutionnelles étaient soumises à la signature du Grand-Duc qui procédait à la sanction et à la promulgation des lois de révision. À la suite des événements de l'année 2008, le nouveau libellé enlève désormais au Grand-Duc toute marge d'appréciation, la promulgation étant devenue une compétence liée.

Dans la mesure où la promulgation doit intervenir en vertu de l'article 34 « dans les trois mois du vote de la Chambre », on a pu se demander si cette formule était adaptée à l'hypothèse d'une adoption de la révision par voie de référendum. Le Conseil d'État avait alors fait savoir que la formule selon laquelle l'éventuel référendum « se substitue au second vote de la Chambre » était suffisante pour permettre l'application en l'état de l'article 34. Revêtue de la formule consacrée, la loi de révision est alors « insérée au *Mémorial* pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne ». La publication est le complément logique de la promulgation. Celle-ci, comme attestation solennelle de l'existence de la loi, n'a un sens que si elle est portée à la connaissance du public. Il en résulte que la publication au *Mémorial* devra s'opérer dans le même délai de trois mois précité.

4

La nature de la loi de révision constitutionnelle

Puisque les projets et propositions de révision constitutionnelle suivent, sauf disposition contraire, la procédure législative normale, on voit mal comment le résultat de ce processus pourrait prendre une forme autre que celle d'une loi. Se pose alors la question de savoir si celle-ci peut être soumise au contrôle de sa conformité par rapport à la Constitution qu'elle est censée modifier.

4.1. La révision de la Constitution prend la forme d'une loi

Les lois de révision constitutionnelle se présentent comme des lois et sont promulguées et publiées en tant que telles au *Mémorial*, « recueil de législation ». Certes, la procédure de révision se distingue de la procédure législative ordinaire en ce qu'elle implique des contraintes plus lourdes; au final les révisions aboutissent néanmoins à une loi de révision par disposition modifiée.

La pratique d'adopter chaque révision sous forme d'une loi distincte remonte à l'ancienne procédure de révision et à l'exigence de la déclaration préalable et individuelle de « révisabilité ». Le Conseil d'État plaide quant à lui pour le maintien de cette pratique de procéder à une révision article par article en indiquant à juste titre que cela permet « d'éviter que le citoyen soit appelé à se prononcer dans le cadre d'un référendum par un même vote sur des matières différentes »⁴².

L'interprétation par la doctrine de la notion de la loi selon la Constitution luxembourgeoise aboutit également à la conclusion que la Constitution, et les lois de révision constitutionnelle, sont des lois par excellence : « En principe, chaque fois que la Constitution utilise le terme de loi, elle se comprend elle-même dans cette désignation. (...) Tout ce qui concerne la loi en général vaut donc pour la Constitution, sauf les dispositions spéciales relatives à son élaboration et sauf sa suprématie par rapport à la loi ordinaire »⁴³. Les lois de révision relevant ainsi de la catégorie des lois tout en s'intégrant dès leur publication à la Constitution, loi fondamentale, il est tentant de se demander si elles sont susceptibles d'être confrontées à cette dernière dans le cadre du contrôle de la conformité constitutionnelle.

4.2. Le contrôle des lois de révision constitutionnelle par la Cour constitutionnelle est-il envisageable?

La question de la justiciabilité des lois de révision constitutionnelle et donc du contrôle de leur constitutionnalité est une question qui a d'ores et déjà reçu un accueil favorable en Allemagne et en Italie⁴⁴. Depuis quelques années, elle commence également à être débattue en France. Si la doctrine française s'attache à ce sujet, c'est cependant rarement pour déplorer leur défaut de justiciabilité et encore plus rarement pour explorer les voies d'un possible contrôle des lois constitutionnelles⁴⁵. Pourtant, on peut lire d'une plume particulièrement reconnue qu'il « n'est plus ni incongru, ni invraisemblable, d'envisager des limitations au pouvoir constituant dérivé et un contrôle éventuel de ses actes »⁴⁶. L'assertion mérite que l'on s'y attarde. Le moment paraît en effet venu en France de réfléchir à la justiciabilité des limites au pouvoir de révision pour des rai-

sons tenant principalement à la fréquence des révisions opérées par le Congrès et à l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁷.

Ces évolutions sont-elles transposables à la situation luxembourgeoise? On rappellera à cet égard que seules les lois portant ratification de traités internationaux ont été explicitement exclues de la compétence de la Cour. Le contrôle de la conformité à la Constitution des lois de révision constitutionnelle ne paraît pas de prime abord impossible, notamment s'il portait sur le respect des articles 113, 114 et 115 de la Constitution. La constitutionnalité de ce qu'on appelle une révision-adjonction, c'est-à-dire une révision qui introduit une exception à un principe constitutionnel sans pour autant modifier la règle constitutionnelle en cause, paraît également contestable.

Une loi de révision adoptée par voie d'un référendum qui se substitue au second vote de la Chambre, ainsi que le permet l'article 114, alinéa 3, constituerait un cas spécifique. Dans cette hypothèse, la loi émanerait effectivement de la volonté directe du peuple et ne peut être assimilée à une expression du pouvoir législatif.

Si l'éventualité d'un tel contrôle peut donc être envisagée en théorie, s'y oppose un problème pratique. Le modèle luxembourgeois de contrôle de la constitutionnalité des lois ne connaissant pas le contrôle *a priori*, on voit mal en effet comment une juridiction ordinaire pourrait être saisie d'un litige impliquant l'application d'une loi de révision constitutionnelle et être amenée à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Car, à partir de sa publication au *Mémorial*, la loi de révision s'efface en quelque sorte pour ne laisser subsister que la Constitution modifiée. La loi de révision n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'une application distincte.

En absence de contrôle sur la constitutionnalité des lois de révision, la Chambre des députés est le seul maître de la Constitution et n'aura à rendre des comptes que dans l'hypothèse d'une consultation référendaire dont le déclenchement est improbable s'il n'est pas soutenu par un nombre significatif de députés. Il lui incombe donc la responsabilité d'user de son pouvoir de révision avec parcimonie et sagesse pour ne pas transformer la Constitution en loi ordinaire. Si la proposition de refonte de la Constitution permet de freiner le rythme des révisions futures, elle rendra ainsi un grand service à la loi fondamentale.

Bibliographie

BEISSEL, Simone, « Garanties constitutionnelles, libertés publiques, objectifs d'ordre politique : la révision à petits pas de la Constitution luxembourgeoise », dans *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, 2007, pp. 147-158.

BONN, Alex, « Der grosse Verfassungssturz », *Forum*, n° 144, juin 1993.

BONN, Alex, « L'évolution de la pensée démocratique dans la Constitution luxembourgeoise : 150 ans de vie constitutionnelle », dans *Mémorial 1989 : La société luxembourgeoise de 1839 à 1989*, les Publications mosellanes, 1989.

(47) Voir en dernier lieu : D. BLANC, La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la V^e République, VII^e Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27 septembre 2008.

(42) *Doc. parl.*, 4765/2, p. 2.

(43) Cfr P. PESCATORE, *Essai sur la notion de la loi*, livre jubilaire du Conseil d'État, Luxembourg 1957, pp. 365-437.

(44) Cfr C. GREWE et H. RUIZ FABRI, précieusement, pp. 57-58.

(45) Voir J.-E. SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle? », *Petites Affiches*, 8 avril 2003, n° 70.

(46) L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *R.F.D.A.*, n° 4, 2003, pp. 794-795.

BONN, Alex, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, Luxembourg, 1978.

CAMPAGNA, Norbert, « Une révision de la Constitution sans la puissance souveraine? », *Forum*, n° 202, septembre 2000, pp. 5-9.

Conseil d'État, « Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux », Luxembourg 2006 : « Commentaire de l'article 114 », pp. 390 et s. et « Essai sur une refonte de la Constitution », pp. 681 et s.

DELPÉRIÉ, Francis, « Éléments d'une constitution moderne », dans *Feuilles de liaison de la Conférence Saint-Yves*, n° 72 (mars 1989), Luxembourg, 1989, pp. 35 et s.

EYSCHEN, Paul, « Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg », Freiburg, 1890, et Tübingen, 1910.

FAYOT, Ben, « Les quatre référendums du Grand-Duché de Luxembourg : essai », Luxembourg, 2006, éd. de La Petite Amérique.

FRIEDEN, Luc, « La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision », Luxembourg, 1987, Imprimerie de la Cour Victor Buck.

GOEDERT, Joseph, *La Constitution luxembourgeoise de 1848*, Luxembourg, 1948.

GOEDERT, Joseph, *La genèse de la Constitution de 1868*, Luxembourg, 1948.

GOEDERT, Joseph, *La révision constitutionnelle de 1856*, Luxembourg, impr. St.-Paul, 1946, 39 p.

HEMMER, Carlo, « Gedanken zur Verfassungsreform in Luxemburg », *Erweiterte Fassung einer Artikelserie im Lëtzebuurger Land vom 10 Juli bis 18 September 1987*, Luxembourg, 1988, éditions Guy Binsfeld.

HOMMEL, Luc, *Les étapes constitutionnelles du Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, 1935.

HUSS, Alphonse, « La Constitution dans la perspective historique », dans *Feuilles de liaison de la Conférence Saint-Yves*, n° 72 (mars 1989), Luxembourg, 1989, pp. 3 et s.

MAJERUS, Pierre, complété et mise à jour par Marcel MAJERUS, *L'État luxembourgeois : manuel de droit constitutionnel et de droit administratif*, 6^e éd., Luxembourg, 1990, Esch-sur-Alzette, imprimerie Editpress.

MARGUE, Georges, « La Constitution : fiction et réalité », dans *Feuilles de liaison de la Conférence Saint-Yves*, n° 72 (mars 1989), Luxembourg, 1989, pp. 11 et s.

MEYERS, Paul-Henri, « La révision de la Constitution – Les motifs », *Forum*, n° 198, mars 2000, pp. 11-13.

RAVARANI, Georges, « La Constitution luxembourgeoise au fil du temps », *Annales du droit luxembourgeois*, n°s 17-18 (2007-2008), pp. 59-83.

RAVARANI, Georges, « La Constitution de 1848 », *Forum*, n° 185, juillet 1998, p. 30.

RIES, Adrien, « La révision de la Constitution luxembourgeoise », *Luxemburger Almanach*, 1988, éditions Guy Binsfeld.

SCHMIT, Paul (en collaboration avec SERVAIS, Emmanuel), *Précis de droit luxembourgeois*, éditions Saint-Paul, Luxembourg, 2009.

THILL, Jean, *Documents et textes relatifs aux Constitutions et institutions politiques luxembourgeoises*, 2^e éd., Luxembourg, 1978.

WEBER, Paul, *Les Constitutions du XIX^e siècle*, livre jubilaire du Conseil d'État, Luxembourg, 1957.

Jörg GERKRATH

Professeur à l'Université du Luxembourg

Deux concepts constitutionnels nouveaux : l'État de droit et la dignité humaine

LA PROPOSITION de révision de la Constitution, déposée devant la Chambre des députés le 21 avril 2009 par Paul-Henri Meyers, « portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution » comporte l'insertion, dans la Loi fondamentale, de deux concepts clés : l'« État de droit » et la « dignité humaine » (articles 1^{er} et 11 nouveaux de la Constitution). Il s'agit là de concepts fréquemment invoqués dans les constitutions nationales, les instruments internationaux et supranationaux de la protection des droits de l'homme, ainsi que dans la littérature de droit constitutionnel.

L'État de droit est évoqué dans l'article 1^{er} de la Constitution luxembourgeoise en projet figurant à la section 1 du chapitre 1^{er}, laquelle est libellée « De l'État, de sa forme politique, du chef de l'État et de la puissance souveraine ». La référence à la dignité humaine inaugure le chapitre 2 intitulé « Des libertés publiques et des droits fondamentaux ».

L'État de droit vise à discipliner l'exercice du pouvoir en combattant l'arbitraire. Il postule plusieurs principes de droit constitutionnel qui concernent aussi bien l'agencement des pouvoirs au sein de l'État que l'exercice des mêmes pouvoirs en vue de protéger les droits fondamentaux des personnes. L'État de droit est un concept essentiellement institutionnel et procédural. L'inviolabilité de la dignité humaine, quant à elle, sous-tend et inspire l'agencement de l'ensemble des droits fondamentaux reconnus aux personnes par la Constitution.

Les deux concepts sont intimement liés : la dignité humaine contribue à l'enrichissement matériel des libertés, tandis que l'État de droit leur fournit une protection efficace contre les empiètements du pouvoir. Les deux concepts contribuent ainsi à l'épanouissement de l'individu dans un espace de liberté et, par là, constituent les clefs de voûte de la démocratie occidentale d'inspiration libérale.

Une autre affinité entre les deux concepts tient à leur « élasticité » : il s'agit de « notions à contenu variable »¹ dont les contours prêtent à des querelles sémantiques.

Ces contours valent d'être précisés, autant que faire se peut. C'est de cet effort que dépendra la réponse à la question de savoir si le constituant luxembourgeois est en train de faire œuvre purement symbolique ou si les deux concepts auront un impact concret et effectif sur l'exercice des pouvoirs et la jouissance des libertés. S'agit-il d'objectifs à valeur constitutionnelle, des dispositions programmatrices à l'attention des pouvoirs constitués ou de concepts normatifs directement applicables par les juridictions?

Tel est l'objet des lignes qui suivent qui s'articuleront successivement autour des notions d'« État de droit » et de « dignité humaine ».

1

L'État de droit

L'exposé des motifs de la proposition de révision de la Constitution justifie ainsi l'insertion du concept de l'État de droit dans la Constitution :

« Le Constituant de 1998 a ajouté au libellé de 1948 le terme "démocratique", dans le souci d'affirmer que l'État est basé sur un certain nombre d'éléments constitutifs d'un État de droit qui vont plus loin que le terme de "démocratie parlementaire" inscrit à l'article 51 de la Constitution. Parmi ces éléments, les auteurs de la révision de 1998 ont cité la séparation des pouvoirs, la garantie des droits fondamentaux, le pluralisme politique. En somme, l'affirmation que l'État est "démocratique" constitue une pétition d'un principe que la Constitution doit concrètement mettre en œuvre. La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose de supprimer le terme "démocratique" de l'article 1^{er} et d'inscrire à l'article 2 les dispositions actuelles de l'article 51, § 1^{er}.

» La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose de compléter le texte de l'article 1^{er} par un nouvel ajout retenant que l'État est un État de "droit".

» L'État lui-même et les instances participant au pouvoir doivent en effet agir selon les règles de droit (*Rechtsstaat*), par opposition à l'État où règne le bon vouloir ou l'arbitraire »².

D'aucuns peuvent s'étonner de ce que dans un pays dont le caractère démocratique ne prête pas à discussion on éprouve le besoin de rappeler, dans la Constitution, que les gouvernants sont, à l'instar des particuliers, soumis au respect du droit. Pourtant, comme l'a rappelé M^e M. Elvinger dans une étude remarquable et remarquée³, nourrie de multiples exemples à l'appui, les entorses à la légalité commises par les gouvernants, sous divers prétextes, ne sont

(2) Chambre des députés, sess. ord., 2008-2009, doc. n° 6030, p. 23.

(3) M. ELVINGER, « De la difficulté à amener ceux qui font les lois à les respecter », Institut grand-ducal, *Actes de la section des sciences morales et politiques*, vol. XII, Luxembourg, 2009, pp. 39-53.

(1) C. PERELMAN et R. VAN DER ELST (éd.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

pas une hypothèse d'école, même dans un pays comme le Luxembourg. L'État de droit ne doit pas être confondu avec la légitimité démocratique. Ce n'est pas parce qu'un gouvernement procède d'élections libres et honnêtes que le système en cause est nécessairement démocratique. Une société n'est pleinement démocratique que si le système respecte les préceptes de l'État de droit⁴.

Mais le respect dû aux lois par les gouvernants n'est qu'une des multiples facettes du concept de l'État de droit dont les origines, essentiellement allemandes, remontent au XIX^e siècle.

Ce sont les publicistes allemands qui ont donné corps au concept allemand de *Rechtsstaat*. Ils entendaient procurer un fondement juridique au contrôle juridictionnel de l'administration. Des auteurs comme Jhering et Jellinek⁵, soucieux de la protection de l'individu, exigent une loi au sens formel pour toute prescription applicable à l'individu.

H. Kelsen peaufinera le concept en introduisant le concept de la hiérarchie des normes, un ordre pyramidal dont la source suprême est la constitution⁶.

La conception évolue pour dépasser le simple principe de légalité. Il ne suffit pas uniquement que l'administration soit tenue de respecter les règles qu'elle s'est imposées (*patere legem quam ipse fecisti*) ni celles prescrites par les lois et la constitution. Encore faut-il prévoir des garanties contre l'arbitraire du législateur⁷. D'où le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois confié à la vigilance des cours constitutionnelles⁸.

Mais cette conception n'échappe pas à la quadrature du cercle. Qui va limiter le pouvoir constituant? Les catastrophes politiques de la première moitié du XX^e siècle ont conduit à remonter au siècle des lumières (Locke, Montesquieu, Hobbes, Spinoza), aux doctrines limitant l'exercice souverain du pouvoir, à l'idée de droit naturel transcendantal, auquel fait écho l'article 11, § 1^{er}, de la Constitution que la proposition de révision laisse intact (projet d'article 14) : « L'État garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille »⁹.

L'État de droit s'enrichit ainsi de deux composantes essentielles : la séparation des pouvoirs et l'institutionnalisation des droits de l'homme. D'où aussi la nécessité d'une justice indépendante.

Le concept d'État de droit doit être rapproché de la notion anglaise de *rule of law*. Traduite le plus fidèlement par l'expression « prééminence du droit » dont use notamment le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, le concept de *rule of law* a le mérite de mettre l'accent sur l'importance des procédures juridictionnelles dans la sauvegarde des libertés. Développé par le grand constitutionnaliste anglais Dicey¹⁰, le concept signifie que tous les administrés et les gouvernants sont, sur pied d'égalité, soumis à la même loi sanctionnée par les mêmes juridictions ordinaires. Une grande importance est accordée aux procédures juridictionnelles plutôt qu'aux déclarations solennelles dans les textes (*cf* la maxime *remedies precede rights*; et le principe de *due process of law*). Les juges assurent la garantie concrète et effective des droits par une démarche empirique en respectant les droits de la défense (*due process of law*). Ce système, qui comporte l'application du droit commun par les juridictions ordinaires, exclut toute idée de droit administratif appliqué par des juridictions administratives¹¹.

L'importance des garanties juridictionnelles implique l'indépendance de la fonction juridictionnelle reconnue aujourd'hui par les démocraties libérales, qu'elles aient une dualité de juridictions ou, au contraire, un seul pouvoir judiciaire. Cette indépendance est essentielle pour la protection des libertés et donc de l'État de droit, ce qui a conduit certains auteurs à soutenir que c'est dans les pays à tradition anglo-saxonne que les libertés sont le mieux respectées et dans lesquels l'État de droit est le plus fort¹². De cette conception anglo-saxonne, découlera la reconnaissance d'un droit à une protection juridictionnelle effective¹³ et l'interprétation des droits de manière à leur donner un contenu concret et effectif.

Il ressort des développements précédents qu'aujourd'hui, il ne faut plus distinguer entre la conception anglo-saxonne de *rule of law* (règne du droit) et le concept continental de l'État de droit (*Rechtsstaat*)¹⁴. Les deux concepts ont largement convergé au fil du temps, surtout à la faveur de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 6 sur le droit à un procès équitable, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, a solidement ancré les garanties

juridictionnelles dans le système continental également.

Pour en revenir au Luxembourg, les ingrédients essentiels de l'État de droit (principe de légalité, soumission du législateur à la Constitution, constitutionnalisation des droits et libertés, séparation des pouvoirs, indépendance des juridictions et système de contrôle juridictionnel complet incluant le contrôle de la constitutionnalité des lois) sont incontestablement présents dans le système constitutionnel luxembourgeois. Il est d'ailleurs symptomatique de constater que Dicey désignait en 1885 la Belgique à titre d'exemple de *rule of law* sur le continent européen¹⁵, référence qui vaut également pour le Luxembourg dont la Constitution, sur les points qui nous occupent, s'inspirent de sa consœur belge. Bien que la Constitution belge ne mentionne nullement l'État de droit, il est de doctrine constante que le système belge est assimilé à un État de droit¹⁶. Mais il serait excessif d'inférer de ces propos que la proposition de révision tendant à insérer le concept dans la Constitution luxembourgeoise ferait œuvre inutile.

En effet, l'État de droit est susceptible de connaître de multiples prolongements concrets pour rendre effective la protection des droits fondamentaux.

Il faut d'abord rappeler que le concept moderne de l'État de droit est une notion matérielle¹⁷. L'État de droit formel met l'accent sur le respect de la hiérarchie des normes. L'État de droit matériel a trait en outre au contenu des normes qui doivent respecter certains principes tenant aux garanties contre l'arbitraire et à la qualité des normes.

En droit constitutionnel allemand, le concept d'État de droit est déduit de l'article 20, § 3, de la Constitution. La Cour constitutionnelle fédérale lui a reconnu une portée normative en l'érigant au rang de principe général à valeur constitutionnelle¹⁸ impliquant, outre les composantes essentielles précitées de l'État de droit, le respect des principes, comme le respect dû au domaine de la loi tel que prescrit dans la Constitution (les matières dites « réservées »), le droit à une procédure administrative équitable, la qualité de la loi (précision, clarté), la publicité des normes, la sécurité juridique, la non-rétroactivité, le respect dû à la confiance légitime des administrés, la nécessité des dispositions transitoires en cas de méconnaissance de cette confiance, le respect du principe de proportionnalité, le droit à une protection juridique effective, le respect des principes du procès et de procédure administrative équitables, etc.)¹⁹.

La démarche de la Cour européenne des droits de l'homme, se référant à la prééminence du droit visée dans le préambule de la Convention, est fort similaire. La Cour a souligné que la « prééminence du droit » irrigue « la Conven-

(4) P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, P.U.F., 2004, p. 37.

(5) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Dritte Auflage (revue et complétée par W. Jellinek), Berlin, 1929, pp. 246 et s.

(6) À noter cependant que dans l'ordre constitutionnel luxembourgeois, les traités internationaux directement applicables, dont la Convention européenne des droits de l'homme, priment la Constitution. Ce principe résulte implicitement de l'article 95^{ter} de la Constitution qui soustrait les lois portant approbation des traités au contrôle de la Cour constitutionnelle ainsi que de la jurisprudence (Cour supérieure de justice, ass. gén., n° 337/02, 5 décembre 2002). Elle est approuvée par la doctrine (P. SCHMIT, en collaboration avec E. SERVAIS), *Précis de droit constitutionnel*, Luxembourg, Saint-Paul, 2009, p. 86).

(7) C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, P.U.F., 1993, p. 269 (réimpression de *Verfassungslehre*, 1989, Berlin).

(8) Ce contrôle est considéré comme une composante essentielle de l'État de droit (F. DÉLPERÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 95).

(9) *Cf* J. GERKRATH, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », in *Jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg (1997-2007)*, Pas. lux., 2008, p. 13, selon qui le renvoi au droit naturel permet au juge constitutionnel de se fonder sur des normes supraconstitutionnelles dans son contrôle de la constitutionnalité des lois.

(10) A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 1885, réimpression, Londres, Macmillan, 1979, p. 192.

(11) *Idem*, p. 203.

(12) P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, P.U.F., 2004, p. 159-160.

(13) « Dans l'État de droit, il n'y a jamais "plénitude de la puissance publique" mais toujours un pouvoir contrôlable, dont l'excès pourrait mettre en route une procédure juridictionnelle » (C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 270). D'où l'importance de l'indépendance des juges.

(14) *Cf* la résolution 1594 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui souligne que « les concepts *rule of law* et "prééminence du droit" sont des concepts de droit matériel, qui sont synonymes, et qui devraient être considérés comme tels dans tous les documents publiés par l'Assemblée dans leurs versions anglaise et française, ainsi que dans les traductions officielles dans les États membres... ».

(15) *Op. cit.*, p. 204.

(16) A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, p. 12; R. Ergéc, *Introduction au droit public - Le système institutionnel*, t. I, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 1995, pp. 78-80.

(17) *Cf* résolution 1594 52007 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

(18) BVerfGE, 7, 89/92.

(19) JARASS et PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar*, Munich, éd. C.H. Beck, 2007, pp. 460 et s.

2

Dignité humaine

tion tout entière »²⁰. Ainsi, un appel à la prééminence du droit a permis aux juges de Strasbourg de déduire de l'article 6 de la Convention sur le procès équitable un véritable droit à ce que l'administration exécute les décisions définitives du juge²¹. L'État de droit devient ainsi un puissant adjuvant à l'interprétation dynamique des droits et libertés de manière à les rendre effectifs et concrets.

En droit communautaire également, le concept de l'État de droit (*rule of law*) joue un rôle cardinal en application de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et comme l'avait déjà affirmé la Cour de justice dans son arrêt *Les Verts* de 1986²². Les éléments consubstantiels de cette « Communauté de droit » sont la protection juridictionnelle effective et le contrôle judiciaire des actes des États membres et de la Communauté par rapport aux traités²³. Dans son arrêt *Union de los pequeños agricultores* du 25 juillet 2002, la Cour va ajouter la protection des droits de l'homme comme élément essentiel de l'État de droit.

Qu'il s'agisse de systèmes constitutionnels nationaux ou d'ordres juridiques supranationaux, l'État de droit fait office de concept phare dans le renforcement de la protection de l'individu. Il sert d'appui auxiliaire pour conforter la dialectique interprétative du juge en vue d'édifier un système concret et effectif de protection des libertés constitutionnelles. Cependant, un appel abusif par le juge au concept de l'État de droit pour compléter *ex nihilo* le catalogue constitutionnel des libertés, en faisant abstraction du droit positif, risque de dégénérer en « gouvernement des juges »²⁴.

Voilà pourquoi la Cour constitutionnelle fédérale allemande souligne que l'État de droit matériel ne postule en soi aucune prescription détaillée et précise sur l'aménagement concret des libertés et que son invocation appelle de la part du juge une certaine prudence et l'obligation de rester confiné dans le cadre du droit constitutionnel positif tel qu'il résulte des dispositions constitutionnelles²⁵. Dans le contexte luxembourgeois, l'invocation autonome de l'État de droit matériel pour faire purement œuvre prétorienne ne peut être totalement exclue eu égard à la référence aux « droits naturels » à l'article 11(1) de la Constitution. Mais l'utilisation prudente de ce concept par le juge constitutionnel permet de penser que la prudence observée en la matière par les juridictions nationales et supranationales sera également de rigueur au Luxembourg²⁶. En sera-t-il de même de l'autre concept polymorphe qu'est la dignité humaine?

La Constitution s'enrichira d'un article 11 nouveau aux termes duquel « la dignité humaine est inviolable ».

Selon le commentaire de la proposition de révision (*op. cit.*, p. 25) :

« La Déclaration universelle des droits de l'homme retient en principe dans son préambule "que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde".

» Parmi les droits de l'homme qui expriment directement une mise en application du principe de la dignité humaine, figurent en premier lieu les quatre droits élémentaires qui forment le noyau dur des droits de l'homme :

» — droit à la vie,

» — droit de ne pas être torturé ou de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants,

» — droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude, et

» — droit à la non-rétroactivité de la loi pénale.

» L'interdiction de la peine de mort et le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale sont inscrits aux articles 12 et 18 ci-après ».

On remarquera d'abord que le concept de dignité humaine avait déjà fait une intrusion dans l'ordre constitutionnel luxembourgeois grâce à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Appelée à interpréter l'article 11(1) de la Constitution aux termes duquel « l'État garantit les droits naturels de la personne humaine », la Cour a jugé que « le droit naturel se restreint aux questions existentielles de l'être humain, *au respect de sa dignité et de sa liberté* »²⁷.

Outre la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 1^{er}) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 1^{er}), l'inviolabilité de la dignité humaine est garantie à l'article 1^{er}(1) de la Loi fondamentale allemande en des termes identiques, ainsi qu'à l'article 23 de la Constitution belge consacré aux droits économiques, sociaux et culturels.

En droit français, le concept a été érigé au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, par le truchement d'une interprétation téléologique du préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère la Constitution de 1958²⁸. Le préambule de la Constitution de 1946, rappelant le contexte des atrocités nazies, retient en effet les mots d'« asservis » et de « dégradés ». La jurisprudence administrative lui emboîta alors le pas dès l'année suivante en consacrant le concept comme une composante de l'ordre public²⁹.

Le concept de « dignité humaine » résiste à toute interprétation univoque. Pour mesurer son apport au système constitutionnel actuel du

Luxembourg, il convient de l'analyser en partant de son acception restreinte pour examiner ensuite ses prolongements possibles.

Dans son acception restreinte, le respect dû à la dignité humaine, introduite dans les textes à la suite de la Seconde Guerre mondiale, évoque les atrocités nazies et tend à prévenir de tels fléaux en rappelant une valeur fondamentale à la base de toute société humaine.

Ainsi conçu, le concept tend à protéger le noyau dur des droits de l'homme, ceux auxquels l'article 15, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme interdit toute dérogation, même en temps de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation³⁰.

La proposition de révision paraît se référer à cette acception restreinte en invoquant le lien entre la dignité humaine et ces droits intangibles.

Entendu de la sorte, l'introduction du concept dans la Constitution n'apporterait aucune plus-value puisque, comme le rappelle le commentaire précité de l'article 11 en projet, les droits constituant le « noyau dur » des droits de l'homme sont garantis soit dans la Constitution en projet, soit dans la Convention européenne des droits de l'homme directement applicable dans l'ordre juridique luxembourgeois et même jouissant de la primauté sur la Constitution selon la Cour supérieure de justice³¹.

Dans une conception plus large, la dignité humaine recouvrirait l'ensemble des droits dits « droits-résistance » qui tendent à prémunir l'individu contre toute tentative de « paternalisation » de la part de l'État en lui réservant une sphère d'autonomie à l'intérieur de laquelle il peut se déterminer librement³². Ces droits, dits « civils et politiques », appellent, de la part de l'autorité, une abstention dont la méconnaissance peut être aisément sanctionnée par le juge³³. Il s'agit des droits de la première génération comme la liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté de religion, etc., consubstantiels à la démocratie occidentale traditionnelle. Entendue en ce sens, la dignité humaine n'apporte pas davantage d'enrichissement palpable dans le système constitutionnel de protection des libertés qui garantit déjà ces droits.

Dans une troisième acception, le respect dû à la dignité humaine couvrirait, outre les droits de la première génération, les droits économiques, sociaux et culturels dits « droits-créeance » en ce que leur réalisation dépend des prestations matérielles de la part des pouvoirs publics. Ces droits diffèrent de la catégorie précédente en ce que le contrôle juridictionnel de leur réalisation prête à des difficultés absentes dans le contrôle du respect des droits civils et politiques : à partir de quel seuil de chômage l'État manque-t-il à son obligation de garantir le droit au travail (article 33 de la Constitution en projet)? Qu'est-ce que le « logement

(20) Arrêt *Engels* du 8 juin 1976.

(21) Arrêt *Hornsby c. Grèce* du 25 février 1997.

(22) Arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen* (294/83, *Rec.*, p. 1339).

(23) K. LENAERTS, « Le systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 258; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2009, p. 1-10.

(24) O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, v^o « État de droit ».

(25) JARASS et PIEROTH, *op. cit.*, p. 475 et la jurisprudence citée.

(26) *Cf.* l'arrêt 20/04 du 20 mai 2004.

(27) Cour constitutionnelle, arrêt 20/04 du 20 mai 2004 (c'est nous qui soulignons).

(28) Conseil constitutionnel, décision n^o 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

(29) C.E. (ass.), 27 octobre 1995 (deux espèces), *Com-mune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, R.F.D.A.*, 1995, p. 1215.

(30) R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 239-288.

(31) *Cf. supra*, note 6.

(32) G. HAARSCHER, « Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine », in R. ERGEC (éd.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 134-139.

(33) R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. II, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 39-42.

approprié » auquel toute personne a droit (article 37 de la Constitution en projet)?

Les droits économiques et sociaux sont cependant considérés comme indissociables des droits civils et politiques, de sorte que la jurisprudence semble les prendre en considération dans sa méthode interprétative, quand elle ne les applique pas directement. On ne saurait évidemment entrer dans les détails sur l'étendue du contrôle juridictionnel en la matière, si ce n'est pour observer que le juge doit, en règle générale, accorder une large marge d'appréciation au législateur dans leur mise en œuvre³⁴.

Dans une quatrième acception, la dignité humaine vise toute valeur humaine digne de protection. Elle est alors extensible à l'infini en fonction de circonstances économiques, sociales et politiques mouvantes dans le temps et dans l'espace. Dans la rhétorique de l'O.N.U., on vise par là notamment le droit à la paix, au développement, à l'alimentation, etc. L'article 36 de la Constitution en projet (ancien article 11 bis) y fait écho en visant le développement durable. Cette disposition figure dans la partie de la Constitution consacrée aux droits fondamentaux, tandis que le constituant belge a eu l'heureuse initiative d'insérer une disposition similaire non pas dans la partie de la Constitution consacrée aux droits et libertés, mais bien dans le titre 1^{er} bis intitulé « Des objectifs de politique générale de la Belgique fédérale, des Communautés et des Régions ». La circonstance que le pendant luxembourgeois de cette disposition figure dans le chapitre consacré aux droits et libertés ne change cependant rien à son caractère non justiciable³⁵.

Avec ces « droits » de la quatrième génération, on atteint le paroxysme du flou artistique-juridique. La notion attrape-tout de « dignité humaine », surtout lorsqu'elle est inscrite dans un texte normatif supranational ou constitutionnel, comme dans notre cas, permet pourtant de telles dérives.

N'a-t-on pas tenté récemment de rattacher un prétendu droit au revenu universel à la notion de dignité humaine³⁶?

Sous peine de dénaturer la notion de « droit », et donc de la discréditer, on ne saurait reconnaître à ces aspirations légitimes de l'humanité la valeur d'un droit fondamental par le détour de la dignité humaine. Raisonner autrement équivaldrait à une dilatation de la notion de « droit » et, le cas échéant, à une invitation à exercer un « gouvernement des juges » au mépris des principes fondamentaux de la démocratie. Il s'agit là d'objectifs gouvernementaux ou des questions de gouvernance mondiale soumis au contrôle des représentants du peuple en vue d'un débat démocratique. On peut toutefois remarquer que lorsqu'on dissimule une prétention de gouvernance sous le vocable « droit de l'homme », le message devient plus

percutant et confine à l'argument d'autorité. La notion de dignité humaine, élevée au rang de principe juridique, risque de renforcer cette tendance regrettable du monde moderne à l'hypercentrophie des droits fondamentaux.

Qu'il nous soit permis de citer ici l'éminent philosophe des droits de l'homme, le professeur Guy Haarscher lorsqu'il attire l'attention sur le risque de transformer, dans l'esprit du public, les textes constitutionnels au premier chef en vagues proclamations sans sanction :

« Si, en effet, la situation historique est telle qu'entre de tels idéaux et la réalité un abîme se creuse, c'est la dépréciation générale du droit — donc de l'État de droit lui-même — qui menacera : le droit sera assimilé soit à un ensemble de déclarations utopiques sans lien avec la prose du monde, soit à une façade honorabilisatrice permettant de dissimuler les pratiques inavouables des classes dominantes »³⁷.

Pourtant, on aurait tort de tendre à l'autre extrême pour limiter la dignité humaine au « noyau dur » des droits de l'homme, comme semble l'insinuer le commentaire précité de la proposition de révision.

La référence à la dignité humaine permettra au juge de conforter son interprétation utile des droits civils et politiques pour renforcer leur effectivité. Bien des problèmes éthiques ou bioéthiques peuvent trouver une solution rattachée au droit à la vie, à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants ou au droit à la vie privée déjà garantis dans la Constitution ou dans la Convention européenne des droits de l'homme. L'appel à la dignité humaine confortera le raisonnement juridictionnel³⁸.

En ce qui concerne l'interdiction des traitements dégradants, les conditions de détention notamment sont analysées par la Cour de Strasbourg à l'aide du concept de dignité humaine³⁹. Dans le domaine de l'enseignement, le respect n'est dû aux convictions des parents que lorsqu'elles sont compatibles avec la dignité humaine⁴⁰. C'est l'appel à la dignité humaine qui a permis de fournir une interprétation constructive de l'article 7 de la Convention sur la légalité des délits et des peines pour justifier les sanctions pénales prononcées par les juridictions de la R.F.A. à charge des ex-dirigeants de la R.D.A. responsables des tirs sur les personnes tentant de franchir le mur de Berlin⁴¹. C'est toujours la dignité humaine qui est invoquée à l'appui du revirement de jurisprudence reconnaissant l'identité juridique des transsexuels au titre du droit à la vie privée⁴².

Enfin, la dignité humaine, qui participe de l'essence de la Convention, a servi de repère pour analyser le problème de l'euthanasie sous l'angle du droit à la vie privée (droit de disposer de son corps)⁴³. Le droit à l'aide sociale prévu par des textes de droit positif peut être consolidé à l'aune de la dignité humaine⁴⁴.

Outre ce rôle auxiliaire, la dignité humaine peut déployer des effets autonomes là où la censure du juge ne peut être rattachée à aucun droit garanti explicitement par les textes nationaux ou supranationaux. C'est l'appel à la dignité humaine qui permet à la Cour de justice européenne de statuer sur la brevetabilité du vivant⁴⁵, à la Cour constitutionnelle belge d'examiner le caractère proportionné des interdictions professionnelles à la suite d'une faillite⁴⁶ et à la Cour constitutionnelle fédérale allemande d'apprécier l'adéquation des peines de prison à vie⁴⁷. Le Conseil d'État français a justifié par la dignité humaine l'interdiction par les maires des spectacles de lancer de nain⁴⁸. On notera que la dignité humaine étant d'ordre public, elle n'est pas susceptible de renonciation⁴⁹, puisqu'il ne s'agit pas là d'un droit disponible.

Il a également été jugé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande que la pression fiscale ne doit pas atteindre un niveau tel qu'il est difficile de disposer d'un revenu permettant de mener une existence conforme à la dignité humaine⁵⁰.

Ces quelques exemples montrent que la dignité humaine, maniée prudemment, permet de compléter la protection de l'individu et renforcer par là le système constitutionnel des libertés. Osons croire que la jurisprudence épousera cette conception enrichissante de la dignité humaine plutôt qu'à s'en tenir à la conception restrictive limitée au noyau dur des droits fondamentaux. L'obligation de garantir les droits naturels de la personne humaine, prescrite à l'article 11(1) de la Constitution, notion avec laquelle la dignité humaine présente des affinités incontestables, milite, dans certains cas, pour une application autonome du nouvel article 11 en projet de la Constitution⁵¹.

(43) Arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

(44) Jugé que le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine « inclut celui de disposer de moyens nécessaires pour assumer la charge de ses enfants, que ceux-ci soient hébergés par l'autre parent ou placés en institution » (Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 5 du 14 janvier 2004).

(45) « Il appartient à la Cour, dans son contrôle de conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne » (C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-377/98).

(46) Cour constitutionnelle belge, n° 160 du 20 octobre 2004.

(47) Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt du 21 juin 1977, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 169.

(48) C.E. (ass.), 27 octobre 1995 (deux espèces), *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, R.F.D.A.*, 1995, p. 1215.

(49) *Cfr* P. FRUMER, *La renonciation aux droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 299 et s.

(50) BVerfG, 110, 412/413.

(51) Dans son arrêt précité (note 27), la Cour constitutionnelle a précisé que point n'est besoin de normes juridiques préétablies pour assurer le respect des droits naturels de la personne humaine.

(37) *Op. cit.*, p. 139.

(38) Voy. pour l'Allemagne, *Jarass, op. cit.*, p. 21 et la décision précitée du Conseil constitutionnel (*supra*, note 28) qui portait sur « la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale et à la procréation et au diagnostic prénatal » ainsi que C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-377/98 qui statue, en se fondant sur la dignité humaine, sur la brevetabilité du vivant.

(39) F. SUDRE et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2009, pp. 157 et s.

(40) Arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982.

(41) Arrêt *Streletz et K.H.W. c. Allemagne* du 22 mars 2001.

(42) Arrêts *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 et *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

(34) Jugé par la Cour constitutionnelle belge que « le législateur compétent dispose, afin de garantir le droit à la sécurité sociale, d'une large marge d'appréciation. La Cour ne pourrait censurer les mesures prises prise par lui afin d'atteindre cet objectif qui si elles procédaient d'une appréciation manifestement déraisonnable » (arrêt n° 88 du 26 avril 2007).

(35) *Cfr* Paul SCHMIT, pp. 102 et s., à propos des objectifs à valeur constitutionnelle.

(36) Interview de M. Ady Faber sur « une forme de revenu citoyen pour le Luxembourg », *Le Jeudi*, 17 septembre 2009.

3

Conclusions

La proposition de révision de la Constitution, si elle aboutit, enrichira le texte de deux concepts fondamentaux qui vont consolider le caractère démocratique de l'État.

La référence à l'État de droit éclairera et, le cas échéant, complètera utilement les dispositions sur l'exercice des pouvoirs en le disciplinant davantage grâce à une protection juridictionnelle effective du citoyen et un respect accru pour la séparation des pouvoirs et le respect du principe de légalité. La dignité humaine exercera une influence transcendante sur l'application du catalogue des libertés constitutionnelles et permettra au juge de résoudre les défis que pose la société moderne.

Ainsi les deux notions s'imbriqueront mutuellement pour le fonctionnement harmonieux des institutions et la concrétisation des droits fondamentaux. L'imagination féconde des plaideurs suscitera sans doute une jurisprudence passablement abondante. Si les deux notions insuffleront aux juridictions une plus grande audace dans la censure de l'arbitraire et le développement des libertés à la faveur d'interprétations constructives, elles ne doivent pas servir d'alibi au gouvernement des juges incompatible avec l'État de droit.

Rusen ERGEC

Professeur à l'Université du Luxembourg
Avocat honoraire au barreau de Bruxelles



larcier

Le droit des affaires

Revue internationale
du droit des affaires (DA OR)

sous la direction de Gabriel-Luc BALLON
et Denis PHILIPPE

Le droit des affaires - Het ondernemingsrecht vous offre toute l'actualité du droit des affaires : une information actuelle, objective et complète dans le domaine du droit des affaires. La revue est bilingue et trimestrielle.

- ▶ Un contenu à haute valeur scientifique
- ▶ Des articles de doctrine rédigés par des spécialistes
- ▶ Une jurisprudence abondante

4 numéros/an, ± 400 pages
Abonnement 2010 183,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

I. LOIS ET RÈGLEMENTS. — Interprétation. — Méthode téléologique. — II. ASSURANCES SOCIALES. — Cession légale des droits de la victime d'un accident à l'institution de sécurité sociale compétente. — Condition d'affiliation de la victime à l'assurance sociale dès le jour de l'accident (non).

Cour d'appel (1^{re} ch.), 14 janvier 2009

Comp. : E. Conzemius (prés.), M. Kerschen et C. Hoffmann.

Av. : P. Schleimer et E. Lorang.

(N^o 26570 du rôle).

La règle suivant laquelle la cession légale se produit dès le jour de l'accident a comme seule raison d'être de rendre les droits à réparation de la victime indisponibles le plus tôt possible. La coïncidence dans le temps de la cession et du fait dommageable n'est donc pas une fin en soi; elle est au service des finalités propres de la cession. C'est une garantie reconnue aux établissements d'assurances sociales afin d'assurer l'effectivité de leur droit de recours.

Il serait abusif d'étendre la portée de cette règle au-delà de sa raison d'être. Or la jurisprudence, en tirant la règle de son contexte légal qui la justifie, et en la généralisant, en a fait un principe autonome et absolu qui conditionnerait l'existence même de la cession légale, au même titre que l'affiliation, en ce sens que la cession ne pourrait se concevoir que si elle était concomitante au fait dommageable. Ainsi mutée en postulat, la règle, dont la seule raison d'être est d'assurer à la cession légale toute son efficacité, est invoquée pour empêcher la cession légale dans des cas où elle devrait normalement s'opérer suivant la ratio legis.

La coïncidence dans le temps de la cession légale et de la date de l'accident ne doit donc pas être généralisée et comprise comme un principe absolu. Si des considérations d'opportunité, tirées du souci de l'efficacité de la cession légale, justifient que celle-ci se produise le plus tôt possible, donc dès la date du fait dommageable, toujours à la condition qu'il existe à ce moment un lien d'affiliation, il faut aussi, pour la même raison, admettre que la cession puisse avoir lieu postérieurement au fait dommageable si les circonstances l'exigent, et notamment dans l'hypothèse où l'affiliation de la victime et son droit à réparation n'existent qu'après l'accident.

Le recours des établissements d'assurances sociales qui ont effectué, en exécution de dispositions légales, des prestations en faveur de leur as-

suré, victime d'un accident, contre le tiers responsable ou son assureur, est fondé sur une cession légale du droit à réparation de la victime à l'établissement d'assurances sociales. L'étendue de la cession est limitée aux droits à la réparation des dommages de la même espèce que ceux pris en charge par l'établissement de sécurité sociale jusqu'à concurrence de ses prestations, sous réserve des limitations légales s'appliquant à la masse de calcul. Il est admis que le recours est exercé en vertu d'un droit dérivé de celui de la victime (G. RAVARANI, *La responsabilité civile*, 2^e éd., n^o 1208; R. THIRY, *Actions et recours*, n^o 193; A. THILL, « Le recours des assurances sociales », *Questions sociales*, t. II, p. 214; « Le recours de l'assurance sociale en cas de cumul d'assurances de responsabilité », *Questions sociales*, 1991-1992, p. 162).

En ce qui concerne plus particulièrement l'assurance pension, la cession légale des droits à réparation repose, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 1987, sur l'article 232 du Code des assurances sociales, qui dispose en sa première phrase : « Si celui à qui compete une pension en vertu du présent livre possède contre des tiers un droit légal à la réparation du dommage résultant pour lui de l'invalidité ou du décès fondant son droit à la pension, le droit à la réparation des dommages de la même espèce que ceux couverts par la pension passe à la caisse de pension jusqu'à concurrence de ses prestations ». L'article 232 du CAS adapte et complète l'article 79 de la loi du 29 août 1951.

Le mécanisme du recours des établissements d'assurances sociales contre le tiers responsable, fondé sur la cession légale, a été repris de la législation allemande. Le recours était formulé à l'article 1542 RVO et se retrouve actuellement à l'article 116, alinéa 1^{er}, du SGB X, qui dispose en sa première phrase : « Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadenersatz beziehen ».

Abstraction faite de la référence aux établissements d'assistance sociale comme bénéficiaires de la cession, du principe de la coïncidence dans le temps des prestations sociales et du dommage, et de l'étendue de la masse de calcul, le mécanisme de la cession légale de l'article 116 du SGB X (anc. article 1542 RVO) correspond à celui de l'article 232 du Code luxembourgeois des assurances sociales. Il est dès lors possible de comparer utilement ce mécanisme tel qu'il est appliqué en Allemagne avec celui consacré par la jurisprudence luxembourgeoise.

En l'absence de disposition légale fixant la date de la cession des droits à réparation de l'assuré social, la jurisprudence luxembourgeoise a toujours admis, à l'instar des solutions consacrées par la jurisprudence allemande, que le transfert devait se produire le plus tôt possible, à savoir en règle générale dès la survenance de l'accident ou du fait dommageable. La cession des droits à indemnité est indépendante du paiement ou de la fourniture des prestations sociales, ce qui la distingue de la subrogation. Il suffit que la victime ait droit à des prestations de la part de l'établissement d'assurances sociales

compétent, même si ces prestations ne sont exécutées que plus tard. La cession comprend, dès la date du fait dommageable, même les droits à réparation correspondant à des prestations qui ne seront dues qu'au futur. La simple prévisibilité des prestations futures est suffisante pour que les droits à réparation afférents passent à l'établissement d'assurances sociales dès le jour de l'accident, à condition toutefois que la victime soit affiliée à cette date à l'établissement d'assurances sociales concerné.

La cession légale a ainsi pour effet de transférer non seulement des créances actuelles et futures, mais encore des créances simplement éventuelles ou prévisibles. Elle a donc un effet plus large que la cession conventionnelle, prévue aux articles 1689 et suivants du Code civil, qui permet la transmission de créances futures, voire de créances éventuelles, mais à condition qu'elles aient une consistance suffisante ou qu'il existe au moins un principe de créance au moment de la cession.

La fixation de la date de la cession au moment de l'accident est justifiée par le souci d'assurer sa pleine efficacité au recours de l'établissement d'assurances sociales (R. THIRY, *Actions et recours*, p. 157). Il faut en effet empêcher que l'assuré social ne dispose de ses droits à indemnisation avant que l'établissement d'assurances sociales ait pu exercer son recours, et donc veiller, d'un côté, à ce que le tiers responsable ne soit pas déchargé des dommages et intérêts qu'il doit supporter suivant le droit commun et, de l'autre côté, que l'assuré social ne touche des indemnités de la part du responsable et de l'établissement d'assurances sociales qui font double emploi entre elles.

Si donc l'assuré disposait de droits à réparation d'ores et déjà transmis à l'établissement d'assurances sociales, cet acte serait nul faute d'objet.

Du point de vue des établissements d'assurances sociales, l'utilité de fixer la date de la cession légale au jour de l'accident est moindre si l'on admet que les actes de l'assuré susceptibles d'empêcher la cession légale sont inopposables à l'établissement d'assurances sociales, de sorte que celui-ci doit pouvoir recourir en tout état de cause contre le responsable sur cette base. Le mécanisme de la cession des droits à réparation fait partie de l'organisation légale du système de sécurité sociale dont le bon fonctionnement est d'intérêt général et intéresse l'ordre public. L'ordre public est d'autant plus concerné que les prestations sociales sont financées par des fonds publics et les cotisations, et que le recouvrement de ces fonds auprès du responsable ou de son assureur au moyen de la cession légale est indispensable pour assurer l'équilibre financier du système de sécurité sociale.

Tout aussi incontestable que la règle de la transmission des droits à réparation actuels et futurs à la date de l'accident est le principe suivant lequel la victime doit être affiliée à cette date à l'établissement d'assurances sociales qui entend se prévaloir de la cession légale. En l'absence de ce lien d'affiliation, la cession ne peut pas s'opérer.

En l'espèce, E. avait été victime d'un accident de la circulation le 27 août 1989. Suivant le premier rapport d'expertise (non daté), la consolidation des lésions avait laissé une I.P.P. fixée à 50%. Le préjudice corporel et matériel avait été transmis en vertu de la cession légale à

l'Union des caisses de maladie jusqu'à concurrence de ses prestations et pour autant qu'il concernait les éléments de préjudice couverts par l'assurance maladie conformément à l'article 82 du Code des assurances sociales. E., étudiant à l'époque de l'accident, était coaffilié par l'intermédiaire de son père à la Caisse de maladie des professions indépendantes.

Les experts, chargés de déterminer le préjudice en droit commun de la victime, avaient retenu que nonobstant l'incapacité importante, la victime ne nécessiterait pas l'aide d'une tierce personne et qu'il lui serait possible d'exercer à l'avenir une occupation professionnelle n'impliquant pas de grandes responsabilités.

De fait, E. avait travaillé à plein temps dans l'entreprise de son père en qualité d'employé du 1^{er} octobre 1990 au 29 juin 1995, A. lui versait une pension d'invalidité temporaire à partir du 30 juin 1995. Le 17 juin 1996, E. avait repris une occupation salariée à mi-temps et sa pension d'invalidité avait été recalculée en application de l'article 226 du CAS qui règle le cumul d'une pension d'invalidité avec des revenus. E. dut cesser son occupation à mi-temps à partir du 30 avril 1997. Une pension d'invalidité permanente lui fut reconnue à partir du 1^{er} mai 1997.

Comme la caisse de maladie ne verse pas de pension en réparation de l'invalidité professionnelle, le principe de la concordance entre les prestations de la caisse et la nature du dommage couvert de la victime s'opposait à toute cession des droits à réparation relatifs à une future invalidité à la caisse de maladie. En outre, l'invalidité n'était pas encore née au jour de l'accident et la victime ne disposait alors d'aucun droit à réparation, même éventuel, portant sur ce chef de préjudice qui aurait pu être cédé à cette date.

Doit par conséquent être également écartée l'idée suggérée par l'appelante suivant laquelle la cession aurait eu lieu provisoirement en faveur de la caisse de maladie, voire des établissements d'assurances sociales en général, et que les droits auraient ensuite été transférés à l'appelante en vertu de l'article 252 du CAS. Il est inexact de soutenir que « la condition de l'affiliation à la sécurité sociale au moment de l'accident étant ainsi remplie, la cession légale décrite à l'article 232 du Code des assurances sociales s'est opérée en faveur des organismes de sécurité sociale » (cfr en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 2005, *Pas.*, 2005, 141). Si, dans l'espèce de l'arrêt du 8 décembre 2005, la cession légale des droits à réparation de l'invalidité a pu s'opérer au jour de l'accident, c'est que la victime était alors affiliée, non pas « à la sécurité sociale », mais à l'Établissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité; et si une cession légale a pu intervenir, c'est exclusivement en faveur de l'ÉVI et non « des organismes de sécurité sociale ».

L'article 252 du CAS désigne la caisse de pension tenue de régler la pension en cas d'affiliations successives à deux ou plusieurs caisses de pension. S'agissant du préjudice né de l'invalidité causée par un accident de droit commun, correspondant à la perte du revenu professionnel, la cession du droit à réparation de ce préjudice ne pouvait s'opérer qu'en faveur d'une caisse de pension. Or, comme la victime n'exerçait pas encore d'activité professionnelle à l'époque de l'accident, elle ne pouvait pas

être affiliée à l'assurance pension. Par conséquent, en l'espèce, aucune cession ne pouvait avoir lieu, à la date du fait dommageable, en faveur de l'assurance pension en général ni de la Caisse de pension des employés privés en particulier.

Cependant, s'il est acquis en cause que la cession ne pouvait pas s'effectuer au jour de l'accident en l'absence d'affiliation de la victime à une caisse de pension à cette date, il ne faut pourtant pas en induire que toute cession postérieure à la survenance du fait dommageable serait pour cette raison exclue à tout jamais.

La circonstance que la cession légale des droits à réparation se produit en règle générale dès la date de l'accident, n'implique pas que la cession ne pourrait s'opérer qu'à cette date précise et à nulle autre.

Le raisonnement de la partie intimée repose sur le principe que la cession légale ne peut s'opérer qu'au jour de l'accident. En combinant cette affirmation, qui reste en l'état d'une pétition de principe, avec celle, exacte, que la cession légale suppose nécessairement un lien d'affiliation entre la victime et l'établissement d'assurances sociales, l'intimée en vient alors à conclure, *a contrario*, qu'en l'absence d'affiliation au jour de l'accident, la cession serait définitivement exclue.

Dénier à la caisse de pension le droit de recourir contre le tiers responsable au motif que l'affiliation de la victime est postérieure à l'accident n'est pas justifiable rationnellement. Le résultat insolite auquel le susdit raisonnement aboutit implacablement dérange, et devrait pour cette seule raison susciter des doutes quant à sa justesse.

Il convient en effet de ne pas perdre de vue que la règle, suivant laquelle la cession légale se produit dès le jour de l'accident, a comme seule raison d'être de rendre les droits à réparation de la victime indisponibles le plus tôt possible. La coïncidence dans le temps de la cession et du fait dommageable n'est donc pas une fin en soi; elle est au service des finalités propres de la cession. C'est une garantie reconnue aux établissements d'assurances sociales afin d'assurer l'effectivité de leur droit de recours.

Il serait abusif d'étendre la portée de cette règle au-delà de sa raison d'être. Or la jurisprudence, en tirant la règle de son contexte légal qui la justifie, et, en la généralisant, en a fait un principe autonome et absolu qui conditionnerait l'existence même de la cession légale, au même titre que l'affiliation, en ce sens que la cession ne pourrait se concevoir que si elle était concomitante au fait dommageable. Ainsi mutée en postulat, la règle, dont la seule raison d'être est d'assurer à la cession légale toute son efficacité, est invoquée pour empêcher la cession légale dans des cas où elle devrait normalement s'opérer suivant la *ratio legis*.

La coïncidence dans le temps de la cession légale et de la date de l'accident ne doit donc pas être généralisée et comprise comme un principe absolu. Si des considérations d'opportunité, tirées du souci de l'efficacité de la cession légale, justifient que celle-ci se produise le plus tôt possible, donc dès la date du fait dommageable, toujours à la condition qu'il existe à ce moment un lien d'affiliation, il faut aussi, pour la même raison, admettre que la cession puisse avoir lieu postérieurement au fait dommageable si les circonstances l'exigent, et notamment

dans l'hypothèse où l'affiliation de la victime et son droit à réparation n'existent qu'après l'accident.

L'argument suivant lequel la date décisive pour examiner les relations entre les parties impliquées serait celle du fait dommageable qui crée le principe même de la créance de la victime contre l'auteur responsable doit être nuancé.

En réalité, la date de la créance indemnitaire ne dépend pas de la date du fait dommageable, mais de celle de la survenance du préjudice. Le fait dommageable et la relation causale préexistent par hypothèse (*Juris-Classeur civil*, « Responsabilité civile et assurances », fasc. 201, n° 4). L'affirmation que « l'action de la victime contre le tiers responsable prend naissance le jour de l'accident » (Cass., 26 janvier 2006, *CPEP c. Bureau luxembourgeois des assureurs a.s.b.l.*, Pas., 2005/4, p. 146) est exacte dans la grande majorité des cas où les dates du fait dommageable et de la survenance du dommage coïncident, mais cette coïncidence peut ne pas exister.

Ainsi pour qu'une invalidité au sens de l'article 187 CAS puisse exister, il faut que la victime ait préalablement exercé une activité professionnelle. Une perte de revenus professionnels ne se conçoit que si, préalablement, de pareils revenus furent réalisés. Si les séquelles sont telles que la jeune victime est incapable d'exercer toute activité professionnelle, elle sera indemnisée par l'auteur responsable pour la perte de la chance qu'elle avait de se créer une carrière professionnelle.

Lorsque, comme en l'espèce, la victime est étudiante au jour de l'accident, l'invalidité ne peut donc pas exister à cette date. Il faut attendre, pour que ce préjudice puisse au moins devenir envisageable, que la victime entreprenne une activité professionnelle, ce qui entraîne son affiliation à une caisse de pension.

Ce lien d'affiliation est le fondement légal tant de l'obligation de la caisse de verser une pension d'invalidité à son assuré dès la survenance du risque social assuré que, corrélativement, du droit de la caisse de bénéficier de la cession légale au cas où l'invalidité est la suite directe du fait dommageable dont un tiers est responsable. L'obligation de régler des prestations sociales et la cession légale des droits à réparation correspondants de la victime vont de pair.

La cession légale se rattache ainsi à l'affiliation de l'assuré et à l'obligation qui en découle de fournir des prestations dans les cas prévus par la loi.

La cession légale s'opérera dès la naissance du préjudice couvert par l'établissement d'assurances sociales, donc en règle générale, mais pas nécessairement, au jour de l'accident. La cession légale a ceci de particulier que, si la victime est affiliée à la caisse concernée au jour de l'accident, il suffit pour que la cession s'opère que le préjudice qui sera pris en charge par la caisse soit envisageable ou prévisible dès le jour de l'accident.

L'article XVIII, point 11, des dispositions transitoires de la loi du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie, abrogeant la loi du 29 août 1951 et partant l'article 79 de cette loi, ne contredit pas cette analyse.

L'article XVIII dispose en son point 11 :

« L'article 232 de la présente loi ne s'applique qu'aux pensions d'invalidité dont les faits ayant

entraîné l'invalidité se situent après la mise en vigueur de la présente loi.

» Les pensions d'invalidité dont les faits ayant entraîné l'invalidité se situent avant la mise en vigueur de la présente loi restent régies par la législation applicable au moment de la réalisation de ces faits ».

Du moment que les pensions d'invalidité dues à la suite d'accidents survenus avant l'entrée en vigueur de la loi de 1987 restent soumises quant à leurs conditions d'attribution et leur calcul à la loi modifiée de 1951, il est logique que les conditions et l'étendue du recours de la caisse de pension restent également soumises à cette loi. L'article 232 nouveau a modifié la masse de calcul du recours en faveur de la victime en la limitant, en cas de pension permanente, au capital de couverture, déduction faite des expectatives acquises. En cas de pension temporaire, la caisse de pension a droit au remboursement effectif des prestations. La disposition ancienne (ancien article 237 du CAS) prévoyait que le droit à la réparation des dommages passe à la caisse jusqu'à concurrence du capital de couverture de la moitié de la rente.

Des considérations d'ordre pratique se retrouvent à la base de l'alinéa 2, de l'article 374 du CAS, introduit par la loi du 23 décembre 2005 qui dispose que l'alinéa 1^{er}, qui prévoit la cession légale en matière d'assurance dépendance, « ne s'applique pas à la réparation de dommages causés par des faits dommageables survenus avant le 1^{er} janvier 1999 ». Suivant l'exposé des motifs du projet de loi (*Doc. parl.*, n° 5146, p. 34) : « L'alinéa 2 nouveau de l'article 374 tient compte du fait que pour les dommages survenus avant le 1^{er} janvier 1999 et pour lesquels est intervenue une décision ayant autorité de chose jugée entraînant, le cas échéant, l'indemnisation de la victime, l'organisme gestionnaire de l'assurance dépendance n'a plus la possibilité d'intervenir dans un procès en cours ».

Les dispositions de droit transitoire susdites, destinées à régler des problèmes spécifiques entraînés par le conflit des lois dans le temps, restent sans incidence sur la détermination de la date à laquelle la cession légale opère en dehors du champ d'application de ces dispositions.

Il faut donc conclure de ce qui précède que la circonstance que l'affiliation de la victime à la caisse de pension et la naissance du préjudice couvert ne sont intervenues que postérieurement à l'accident a seulement comme effet de reporter la cession, mais non de l'exclure définitivement.

Le recours de la caisse de pension existe dès que les conditions exigées par l'article 232 du Code des assurances sociales sont réunies, ce qui est le cas en l'espèce. Il suffit de constater le droit de l'assuré social, victime d'un accident de droit commun, à une pension de la part de la Caisse de pension des employés privés ainsi que son droit légal de réparation à l'encontre d'un tiers responsable du dommage de même espèce que celui couvert par la pension d'invalidité. Exiger en outre l'antériorité de l'affiliation de la victime par rapport à l'accident même au cas où le préjudice naît postérieurement, est contraire à la loi (*cf* en ce sens déjà : Cour d'appel, 4^e ch., aff. *Stehlik*, du 6 mars 2002, cassé par arrêt du 6 mars 2003 [*BJJ* 2003, p. 53]). La cession légale doit pouvoir s'appliquer dans la plénitude de sa raison d'être.

Ces principes correspondent aux solutions dégagées en droit allemand sur la base de textes analogues à l'article 232 du CAS.

Ainsi H. Seitz expose dans *Die Ersatzansprüche der Sozialversicherungsträger nach §§ 903 und 1542 RVO*, Erich Schmit Verlag, 1954, S. 38 :

« Seinem Wesen entsprechend vollzieht sich der Forderungsübergang unmittelbar mit der Entstehung des Anspruchs des Geschädigten gegen den Ersatzpflichtigen, also regelmäßig schon im Zeitpunkt des Unfalls; Entstehung und Übergang fallen mithin zeitlich zusammen (...).

» In der Unfallversicherung und in den Rentenversicherungen vollzieht sich der Rechtsübergang infolgedessen nicht erst mit dem Erlass des Feststellungs- oder Rentenbescheides, sondern mit dem Tage, von dem ab der Versicherungsträger zu leisten hat, d.h. also, sobald der Versicherungsfall — der den Versicherungsträger zur Leistung verpflichtende Zustand, z.B. der Invalidität bei dem Versicherten — eingetreten ist. Entsteht die Leistungspflicht später, etwa wegen nachträglichen Eintritts der Invalidität, so geht der Ersatzanspruch in diesem Zeitpunkt, also mit Rentenbeginn über ».

En l'espèce, l'invalidité au sens de l'article 187 du CAS, qui donne droit à l'allocation d'une pension, n'existe qu'à partir du 30 juin 1995, date de la prise d'effet de la décision du comité directeur de la Caisse de pension des employés privés du 23 novembre 1995. C'est à la date du 30 juin 1995 que les conditions légales de l'attribution d'une pension d'invalidité sont réunies et que la créance d'indemnisation du chef de l'invalidité est née et transmise par l'effet de la loi à la caisse de pension à laquelle E. était assujetti depuis le 1^{er} octobre 1990.

Cette solution est conforme tant à la lettre de l'article 232 du CAS qu'au droit commun. Comme l'article 232 ne se réfère pas au fait dommageable, mais au droit légal à réparation (« Si celui à qui compète une pension en vertu du présent livre possède contre des tiers un droit légal à la réparation du dommage résultant pour lui de l'invalidité... »), la cession s'opère en l'espèce à la date de la naissance de ce droit légal à réparation. Rationnellement, on ne peut en effet placer la naissance du droit à réparation avant l'arrivée du dommage : cela reviendrait à admettre que la créance de réparation puisse naître avant que l'ensemble des conditions de la responsabilité civile soit réuni.

Si l'on devait estimer que la cession doive, dans l'intérêt de la Caisse de pension des employés privés, s'opérer le plus tôt possible, il faudra retenir la date de l'affiliation de E. à cette caisse, soit le 1^{er} octobre 1990, en constatant que compte tenu de la gravité des séquelles ayant entraîné une I.P.P. de 50%, il était prévisible dès cette date que la détérioration de sa santé l'empêcherait un jour de poursuivre toute activité professionnelle et qu'il toucherait une pension d'invalidité.

Quel que soit le terme de l'alternative qu'il faut préférer, le droit de la Caisse de pension des employés privés de recourir contre le Bureau [luxembourgeois des assureurs contre les accidents d'automobiles] sur le fondement de la cession légale prévue à l'article 232 du Code des assurances sociales ne saurait être mis en cause.

Par ces motifs :

Réformant :

Condamne le Bureau luxembourgeois des assureurs contre les accidents d'automobiles a.s.b.l. à payer à la Caisse de pension des employés privés, c'est-à-dire à la Caisse nationale d'assurance pension, substituée de plein droit dans les droits et obligations de la première, le montant de 80.070 EUR avec les intérêts compensatoires au taux légal à partir des différentes échéances de la pension d'invalidité;

NOTE. — Au-delà de son apport — important — à la question, assez technique et spécialisée, des conditions auxquelles est subordonnée la cession légale aux institutions de sécurité sociale des droits des victimes d'accidents, l'arrêt surprend (et ravit) ses lecteurs par l'emploi résolu de la méthode téléologique dans l'interprétation des normes législatives, et aussi par la liberté, très éloignée du positivisme jurisprudentiel ambiant, avec lequel il critique la jurisprudence dominante. Sur l'importance des considérations téléologiques dans l'interprétation des lois, voir P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, pp. 341 et s., et mise à jour, 1978, pp. 572 et s.

Patrick KINSCH

DONATION ENTRE VIFS. — Action en nullité pour cause d'insanité d'esprit. — Notion d'insanité d'esprit. — Charge de la preuve.

Cour d'appel (7^e ch.), 29 avril 2009

Comp. : J. Lucas (prés.), M.-A. Steffen, J.-P. Hoffmann (cons.).

Av. : A. Rosenbaum, D. Du Bois.

(Arrêt civil, n° 31483 du rôle).

L'annulation d'une donation pour insanité d'esprit sur la base de l'article 901 du Code civil est prononcée dès lors que le trouble mental dont se trouve affecté le disposant est d'une gravité telle qu'elle le prive de ses facultés de discernement. L'insanité d'esprit se définit comme étant l'état dans lequel l'intelligence ou le discernement sont simplement, mais certainement, déficients.

La charge de la preuve de l'insanité d'esprit dans le chef du disposant incombe au demandeur à l'instance en annulation de la donation litigieuse sur la base de l'article 901 du Code civil. Il lui appartient de prouver non seulement le trouble mental allégué, mais l'existence de ce trouble au moment même de l'acte incriminé.

Dès lors cependant qu'il est établi que le disposant se trouve dans un état habituel ou permanent d'insanité d'esprit, avant et après la date de la libéralité litigieuse, ou

bien à une époque rapprochée, soit peu avant soit peu après, cette circonstance constitue une présomption de fait permettant de retenir l'insanité d'esprit au moment exact de l'acte incriminé. Il se produit, dès lors, un renversement de la charge de la preuve, en ce sens que c'est alors au donataire d'établir que son auteur se trouvait, au moment décisif, dans un intervalle lucide.

Par acte authentique passé le 11 mai 1999 par-devant le notaire X., D., né le 9 août 1908 et dont l'épouse E. était décédée le 18 août 1997, demeurant à (...), fait établir le testament suivant en faveur de ses voisins, les époux B.-C. :

« Ich widerrufe alle meine vorherigen Testamente.

» Ich vermache mein gesamtes bewegliches und unbewegliches Vermögen welches ich nach meinem Tode hinterlassen werde, den Eheleuten B., Rentner, geboren ... Italien, am 7. Juni 1965 und Dame C., (...) geboren (...) Italien, am (...), wohnhaft beisammen zu (...), oder den Überlebenden von ihnen.

» Ich setze dieselben zu meinen Universalerben ein.

» Im Falle wo die Eheleute B.-C. vor mir versterben sollten, so treten deren Kinder respektiv Kindeskinde an deren Stelle.

» Dieses Testament ... wurde als dann dem Testator vorgelesen, welcher erklärte dasselbe zu verstehen und dabei zu beharren, indem es seinen letzten Willen enthalte. (...) ».

Le 2 décembre 1999, D. désigne B. comme mandataire auprès de la (banque) auquel il confère le « pouvoir d'administration et de disposition tant active que passive sur mes comptes/dépôts-titres ouverts et à ouvrir auprès de la (banque) sous la racine prémentionnée ».

Aux termes d'un acte passé le 18 janvier 2000 par-devant le notaire X., D. déclare faire « donation entre vifs et irrévocable, par préciput et hors part (...) », à ses voisins B.-C., de la nue-propriété de sa maison d'habitation avec place sise à (...), l'immeuble étant évalué en pleine propriété pour les besoins du fisc à 8.000.000 LUF.

D. déclare à l'acte notarié renoncer à toute action résolutoire.

Le 22 janvier 2000, D. est hospitalisé d'urgence par sa nièce A., le diagnostic posé à l'hôpital d'Esch-sur-Alzette portant sur une pneumopathie atypique et un état confusionnel (cf. ci-après le certificat médical du docteur N. du 27 mai 2003 prenant en charge D. durant son hospitalisation du 22 janvier au 28 janvier 2000).

Le 16 février 2000, D. passe par-devant le notaire X. le testament authentique suivant :

« Ich widerrufe alle meine vorherigen Testamente.

» Ich vermache mein gesamtes bewegliches und unbewegliches Vermögen welches ich nach meinem Tode hinterlassen werde, Dame A., Rentnerin, (...) welche ich also zu meiner Universalerbin einsetze.

» Dieses Testament (...) wurde als dann dem Testator vorgelesen, welcher erklärte dasselbe zu verstehen und dabei zu beharren, indem es seinen letzten Willen enthalte. (...) ».

Le 6 septembre 2000, D. déclare devant le bourgmestre de la ville de Luxembourg vouloir reconnaître pour son enfant A., « présente et consentante », née de F.

Le 19 janvier 2001, D. fait par l'intermédiaire de son mandataire savoir à la (banque) qu'il révoque « d'urgence et avec effet immédiat toutes les procurations pouvant éventuellement exister en faveur de B. ou d'autres personnes », qu'il sollicite « copie de la ou des procurations existantes ou ayant existé » ainsi qu'« un relevé de tous ses comptes généralement quelconques existant ou ayant existé, y compris le cas échéant de comptes/dépôts-titres, avec toutes les opérations accomplies du 1^{er} janvier 1997 jusqu'à aujourd'hui ».

Le 18 février 2002, D., âgé de nonante-trois ans, dépose une plainte auprès du procureur d'État « du chef de vol, respectivement de vol qualifié, du chef d'abus de confiance, d'escroquerie, (...) faux en écriture et même tentative d'empoisonnement » contre B.

Se prévalant, entre autres, de ces éléments et faisant valoir que les époux B.-C. nouent après le décès de son épouse, E., des contacts de plus en plus « familiaux » avec D. pour capter sa confiance, son héritage et ses avoirs, qu'ils arrivent ainsi à l'éloigner de sa nièce A., qu'à partir de la seconde moitié de 1999, D. et sa compagne G. — dont il fait la connaissance après le décès de son épouse et auprès de laquelle il habite — résident quotidiennement pendant la journée chez les époux B.-C. à (...), B. allant les chercher le matin à (...) pour les y ramener le soir, que B. réussit à convaincre D. à retirer de son coffre-fort à la banque ses bons de caisse d'une valeur de 11 à 13 millions, qu'ainsi il retire en octobre 1999 des bons de caisse d'une valeur de 4 millions, que, de plus en plus malade, D. retire le 21 janvier 2000, lors de la clôture définitive de son coffre-fort bancaire, des bons de caisse d'une valeur de 7 à 9 millions, que l'intégralité de ces bons de caisse est, en présence de B., déposée dans une armoire du salon de G. à (...), que B. parvient encore à convaincre D. d'établir une procuration en sa faveur le désignant comme mandataire sur les comptes bancaires de D., qu'il effectue ainsi plusieurs retraits bancaires à l'insu de D., qu'à la suite d'une chute, dont il ne parvient pas à se relever, D. est le 22 janvier 2000 trouvé dans un manque d'hygiène absolu et dans un état de « confusion totale, dans un état second, dépourvu de toute lucidité », qu'il est ainsi hospitalisé d'urgence le 22 janvier 2000 par A., que les médecins constatent que D. est atteint d'une très grave pneumonie, que suivant certificats médicaux, celle-ci est précédée d'un état confusionnel sérieux, qu'à son retour de l'hôpital, D. constate que les bons de caisse ne se trouvent plus dans l'armoire de G. à (...), que depuis sa sortie de l'hôpital le 28 janvier 2000, D. habite auprès de sa nièce A., qu'il n'a aucun souvenir et aucune conscience d'avoir fait une donation quelconque en faveur des époux B.-C., D. assigne par exploit d'huissier du 12 septembre 2002 B. et son épouse C. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour, sur la base des articles 901, sinon 1116, 1111 et 1109, plus subsidiairement 953 et 955 Code civil, voir déclarer nul et de nul effet, sinon révoquer l'acte de donation du 18 janvier 2000.

Par ordonnance du 30 septembre 2004, la chambre du conseil du tribunal d'arrondisse-

ment de Luxembourg décide « qu'il n'y a pas lieu à poursuite des faits instruits par le juge d'instruction suite au réquisitoire du ministère public du 27 septembre 2001 ».

Par exploit d'huissier du 26 juin 2006, D. interjette régulièrement appel contre le jugement rendu le 24 mars 2006 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg disant non fondée sa demande en annulation, respectivement en révocation de la donation du 18 janvier 2000.

À la suite du décès de D. le 22 octobre 2006, A. reprend régulièrement par acte du 16 mars 2007, en sa qualité d'ayant cause unique déduite du testament authentique précité du 16 février 2000, l'instance d'appel introduite par exploit d'huissier du 26 juin 2006.

Elle demande que, par voie de réformation, il soit fait droit à sa demande, offrant de prouver par témoins, notamment, la déchéance mentale de D. au moment de l'acte notarié de donation (18 janvier 2000) et que cet état de déchéance mentale est causé par la pneumopathie atypique diagnostiquée le 22 janvier 2000.

Contestant les faits allégués par D., parmi lesquels celui de l'état d'insanité d'esprit dans le chef de celui-ci, les intimés concluent à la confirmation pure et simple du jugement dont appel.

Il n'y a pas lieu de procéder à l'institution d'une comparution personnelle des parties, aucun résultat concret n'étant, au vu des positions contradictoires respectivement adoptées, à escompter de cette mesure sollicitée par les intimés.

A. fait grief aux premiers juges de ne pas annuler la donation du 18 janvier 2000 sur la base de l'article 901 du Code civil pour insanité d'esprit dans le chef de D.

Il y a insanité d'esprit dès lors que le trouble mental est d'une gravité telle à priver de ses facultés de discernement celui qui en est atteint.

L'insanité d'esprit se définit comme étant l'état dans lequel l'intelligence ou le discernement sont simplement, mais certainement, déficients (*Encyclopédie Dalloz*, v^o « Disposition à titre gratuit », n^o 215, éd. 1971).

La charge de la preuve de l'insanité d'esprit dans le chef de D. incombe à A. en sa qualité de demanderesse agissant en annulation de la donation litigieuse sur la base de l'article 901 du Code civil.

Il lui appartient de prouver non seulement le trouble mental allégué, mais l'existence de ce trouble au moment même de l'acte incriminé.

Dès lors cependant qu'il est établi que le disposant se trouve dans un état habituel ou permanent d'insanité d'esprit, avant et après la date de la libéralité litigieuse, ou bien à une époque rapprochée, soit peu avant soit peu après, cette circonstance constitue une présomption de fait permettant de retenir l'insanité d'esprit au moment exact de l'acte incriminé (*Encyclopédie Dalloz*, v^o « Disposition à titre gratuit », n^o 273, éd. 1971).

Il se produit, dès lors, un renversement de la charge de la preuve, en ce sens que c'est alors au donataire d'établir que son auteur se trouvait, au moment décisif, dans un intervalle lucide (cf. M. Grimaldi, *Droit civil - Libéralités, partage d'ascendant*, n^{os} 1045 et 1046, édition 2000).

Pour ce qui concerne la question contestée de l'insanité d'esprit dans le chef de D. au moment

de la donation du 18 janvier 2000, il y a lieu de reproduire ci-après tout ou partie des avis médicaux ou certificats médicaux au dossier.

Le 2 avril 2003, le docteur H. établit le certificat médical suivant :

« Voici les documents demandés, obtenus du docteur N.

» Il y a la copie (faxée) de la période d'hospitalisation du 22 janvier 2000 au 28 janvier 2000.

» La copie d'une biologie réalisée le 25 janvier 2000 au cours de son hospitalisation et qui montre un syndrome inflammatoire (CRP à 5,5 de la norme) important, ce qui est le signe d'une infection/inflammation importante pouvant être à l'origine de la confusion mentale.

» L'état de santé de D. et le diagnostic posé lors de son hospitalisation le 22 janvier 2000 résultent du certificat médical délivré le 27 mai 2003 à la demande de D. par le docteur N., médecin spécialiste en pneumologie, le prenant en charge lors de son hospitalisation allant du 22 au 28 janvier 2000 :

» Vous avez été hospitalisé à l'hôpital d'Esch le 22 janvier 2000 à 9 h 35 du matin. Le diagnostic de pneumopathie atypique est posé et un traitement antibiotique à large spectre est entamé.

» Il existe un tableau confusionnel avec des troubles de la mémoire et de l'agitation, voire de l'agressivité. À noter que vous avez été amené par le Samu où des traitements hypotenseur et antiarythmiques ainsi que diurétique ont été administrés (Adalat, Cordarone, Lasix).

» Avant mon examen, vu votre état, un traitement par neuroleptique avait été administré. L'hospitalisation est marquée par un décours favorable au niveau de la pathologie infectieuse sous-jacente avec légère amélioration de l'état confusionnel nécessitant néanmoins un transfert au docteur J. en date du 27 janvier 2000 (psychiatrie).

» La sortie de l'hôpital se fait le 28 janvier 2000. Aucun suivi médical n'a eu lieu depuis lors à Esch-sur-Alzette ».

Le 7 décembre 2005, le docteur K. établit à la demande de D. et de A. un avis médical, dont les extraits suivants :

« 1. Peut-on être assuré qu'une personne âgée soit totalement consciente de ses actes deux jours avant de déclarer une pneumonie et de devoir être hospitalisée en urgence?

» La réponse est : Non.

» En effet, chez le patient adulte, le début d'une pneumonie est brusque avec température élevée.

» Mais chez le vieillard, le début peut être insidieux et durer un ou plusieurs jours avant que le tableau rencontré chez l'adulte n'apparaisse clairement. (...)

» Le début de la pneumonie ou d'une autre maladie infectieuse est souvent une simple obnubilation. C'est-à-dire, une altération plus ou moins profonde de l'état de conscience.

» Le patient pouvant accomplir certains gestes, sans trop savoir ce qu'il fait.

» Cet état fait que le début d'une maladie infectieuse grave chez le patient gériatrique peut passer inaperçu même à un médecin assez vigilant.

» L'acte de décider de donner son patrimoine, c'est-à-dire, ici, sa maison et les économies de toute une vie, à une personne étrangère à sa fa-

mille de surcroît, au moment d'une probable couvaison d'une pneumonie chez une personne âgée, en l'occurrence de nonante ans passés, amène inévitablement à supputer que cette personne pouvait ne pas être en état alors de prendre valablement de telles décisions.

» Le fait que M. D. prétende ne pas bien se souvenir de tout cela peut correspondre à cet état d'obnubilation pré-pneumonique chez un grand vieillard.

» La réclamation sur ces donations, une fois la pneumonie guérie, peut également s'interpréter comme une récupération d'un état de conscience normal.

» 2. Se peut-il qu'une personne, par exemple, un notaire, puisse être abusée sur l'état de conscience réel d'une personne âgée deux jours avant la déclaration effective d'une pneumonie?

» La réponse est : Oui.

» Si le médecin peut normalement être abusé par un début insidieux d'infection grave chez un vieillard, vu l'absence de signes cliniques francs, *a fortiori* une personne non-médecin comme un notaire, le patient pouvant au début être capable d'effectuer certaines tâches simples, dont fait partie l'apposition d'une signature.

» L'état de conscience peut être, en outre, fluctuant durant cette période.

» En résumé :

» 1^o Le fait que le patient âgé développe une pneumonie évidente deux jours après un acte notarié peut faire fortement suspecter une incapacité à prendre une telle décision valablement et en pleine conscience, à ce moment.

» 2^o Le fait que le patient, après récupération de ses facultés, se plaigne d'avoir vécu et agi dans le brouillard pendant cette période n'a plus de raison médicale d'être contredit et tenu pour déclaration mensongère ou erronée. (...)

Dans son attestation testimoniale du 2 janvier 2008 conforme aux exigences de la loi, le docteur K. précise personnellement connaître D. depuis, environ, les cinq dernières années précédant son décès en octobre 2006 :

« Il m'a répété maintes fois qu'il ne comprenait pas comment il en était arrivé à tout perdre, sa maison par donation, ses avoirs bancaires et ses bons de caisse.

» (...)

» De l'année 1999 et début 2000, il ne se rappelait plus de rien. Il devait bien admettre qu'il avait signé les documents mais il ne s'en souvenait plus ni d'ailleurs d'avoir donné ses bons de caisse.

» Puisqu'il avait été manger régulièrement chez les époux B.-C., il supposait qu'on l'avait fait trop boire pour son âge ou même qu'on lui avait fait prendre des calmants.

» Mais subitement, après son hospitalisation en 2000, il avait recouvert sa lucidité.

» Et effectivement durant ces cinq ans, je peux affirmer que M. D. était lucide. Il m'a toujours appelé par mon nom et même encore quelques jours avant sa mort en me parlant en français.

» Cependant, j'ai dû me rendre compte d'une période d'obnubilation chez M. D., qui correspondait à une infection justement ».

Suivant certificat médical du 26 janvier 2006, le docteur H. certifie « avoir été le médecin

traitant de M. D. depuis fin 2001 jusqu'à son déménagement pour la Belgique fin 2002 », décrivant comme suit l'état de santé observé pendant cette période :

« Il avait entre autres pathologies (décompensation cardiaque, HTA), présenté des épisodes d'infection pulmonaire du 26 février 2002 jusqu'au 15 mars 2002, du 30 mars 2002 plus ou moins jusqu'au 15 avril 2002 et du 19 juin 2002 au 26 juin 2002.

» Les épisodes infectieux étaient favorisés, d'une part, par un habitus bronchiteux chronique et, d'autre part, par la décompensation cardiaque.

» Lors des épisodes infectieux D. était fort fébrile et également très désorienté dans le temps et dans l'espace.

» Malgré les bons soins de A., il fut même hospitalisé le 15 juillet 2002 lors d'un épisode plus sérieux (désorienté, agité). D'un point de vue médical, une désorientation comme celle présentée dans chaque épisode fébrile-infectieux et même sans infection mais lors des exacerbations de la décompensation cardiaque par D., est quelque chose de très fréquent chez les patients âgés de septante ans et plus, et la sévérité et la fréquence augmente fort plus on avance en âge ».

Le 14 janvier 2006, le professeur L. de l'Université et du C.H.U. de Liège établit l'avis médical suivant à l'attention de D. et de son médecin traitant :

« Chez la personne âgée, les manifestations extrapulmonaires de la pneumonie, en particulier la confusion mentale, sont fréquentes. La confusion mentale peut donc apparaître au début d'une pneumonie et en constituer une des premières manifestations (...).

» Je confirme ici que chez des personnes âgées, une infection respiratoire peut se manifester par une confusion mentale.

» La confusion est un trouble mental caractérisé par des perturbations parfois sévères de la mémoire, de la pensée, du comportement, du jugement, de l'attention. Ces troubles fluctuent souvent au cours du temps.

» Le diagnostic de la confusion mentale est difficile, il est souvent méconnu même par le médecin et l'équipe soignante du patient notamment dans la forme hypoaffective.

» La confusion mentale perturbe le jugement et la capacité de prendre correctement des décisions (...).

Il est certain qu'en général, ni le grand âge, ni une maladie, ne suffisent, par eux-mêmes, pour retenir que la personne concernée se trouve dans un état d'insanité d'esprit.

Il est de même vrai que, tel que le font valoir les intimés, les avis médicaux ci-avant n'affirment pas que toute personne d'un grand âge, atteinte d'une pneumopathie atypique, est chaque fois atteinte en même temps d'un état confusionnel notamment dans la phase antérieure à la déclaration de la pneumonie.

Il reste que les avis au dossier vont tous dans le même sens qui est celui de la fréquence, chez des personnes d'un grand âge, de la confusion mentale comme manifestation extrapulmonaire et comme une des premières manifestations d'une pneumonie même non encore déclarée.

À ces données viennent, cependant, s'ajouter en l'espèce les éléments concrets et établis suivants.

Ainsi, il est établi pour résulter du certificat médical N. du 27 mai 2003 — dont aucun élément au dossier ne permet de se départir, étant au contraire corroboré par l'avis médical H. du 2 avril 2003 en ce que celui-ci fait découler l'état confusionnel constaté par le docteur N. de la lecture de la biologie réalisée le 25 janvier 2000 — qu'au moment de son hospitalisation le 22 janvier 2000 par A., partant après la passation de l'acte de donation du 18 janvier 2000, D. est atteint non seulement d'une pneumopathie atypique déclarée, mais qu'il se trouve en outre dans un état confusionnel, avec des troubles de la mémoire et de l'agitation, voire de l'agressivité.

Ce certificat médical prouve encore que l'état confusionnel de D. au moment de son hospitalisation est grave au point que, avant toute possibilité d'examen du malade par le docteur N. le 22 janvier 2000, il doit se voir administrer, d'abord, un traitement par neuroleptique.

Le certificat N. du 27 mai 2003 qualifie, finalement, la pathologie infectieuse diagnostiquée le 22 janvier 2000 de « sous-jacente » à l'état confusionnel qui, quoique s'étant légèrement amélioré le 27 janvier 2000, nécessite cependant encore, à cette date, un transfert chez le psychiatre J., avant la sortie d'hôpital de D. le 28 janvier 2000.

Il résulte par conséquent du certificat médical N. que postérieurement à l'acte notarié litigieux, soit le 22 janvier 2000, le docteur N. constate non seulement que D. souffre d'une pneumopathie atypique déclarée, mais que cette pneumopathie atypique déclarée s'accompagne d'un état confusionnel grave.

Or, il est constant en cause pour émaner des propres déclarations de B. faites au témoin M. — déclarations non autrement contestées ou nuancées en instance d'appel — que le diagnostic médical d'une pneumonie déclarée est déjà posé plusieurs jours avant l'hospitalisation de D. le 22 janvier 2000 dans l'état de santé physique et mental, grave, décrit par le docteur N.

En effet, il découle de l'attestation testimoniale M. produite par les époux B.-C. qu'au moment où le fils de G. téléphone à B. pour l'informer de ce que D. est gravement malade, B. dit être au courant de l'état de santé de D., « weil er ein paar Tage vorher mit Herrn D. schon längst beim Arzt war, es war eine Lungenentzündung. Herr B. wollte Herrn D. auch in den nächsten Tagen ins Krankenhaus bringen (...) ».

Dès lors, d'après ces propres déclarations de B. le 22 janvier 2000, D. est, à cette date, depuis plusieurs jours déjà, atteint d'une infection pulmonaire déclarée, étant constant en cause que les propos de B. relatés par le témoin M. se situent au 22 janvier 2000, jour de l'hospitalisation d'urgence de D.

Selon la propre déclaration de B. (cfr attestation testimoniale M.), la pneumonie de D. ne s'est, par conséquent, pas déclarée le 22 janvier 2000 seulement, la teneur des propos de B. dont fait état le témoin M. permettant, au contraire, d'admettre que le 18 janvier 2000, jour de l'acte notarié litigieux, l'infection pulmonaire s'est déjà déclarée et que D. se trouve partant, déjà à cette date, dans un état confusionnel, même si celui-ci n'a pas encore le caractère de gravité que constatera le 22 janvier 2000 le docteur N.

Finalement, même à retenir que l'attestation testimoniale M. n'établit pas que le 18 janvier

2000 la pneumopathie atypique de D. s'est déjà ouvertement déclarée, pour le moins établi-elle que l'acte notarié se situe dans la phase précédant immédiatement la déclaration ouverte de la pneumopathie atypique, phase dans laquelle, généralement, le malade d'un grand âge se trouve dans un état confusionnel.

À ces éléments vient s'ajouter l'attestation testimoniale régulière de la femme de ménage I. du 25 octobre 2007, qui prouve qu'immédiatement avant l'acte notarié litigieux, D. se trouve dans un état confusionnel, I. témoignant de la régression de l'état de santé physique et psychologique de D. au plus tard à partir de fin 1999 :

« Au fil du temps, je constatais que ces deux personnes n'allaient pas bien du tout, (...).

» M. D. ne parlait presque plus, il regardait droit devant lui, il me donnait l'impression qu'il n'allait pas très bien dans sa tête. Il ne s'occupait plus de lui, son hygiène corporelle était inexistante. À Noël de 1999, j'étais chez eux et j'ai dû le laver et changer ses habits sales. »

Le témoin déclare encore que « j'ai souvent entendu que Mme G. disait à M. D. qu'il devait leur donner sa maison à B. (...) ».

Les témoignages M. et I., le certificat N., le certificat médical H. du 2 avril 2003 et les avis médicaux des professeur et docteur précités, constituent autant d'éléments établissant que D. est, dans une période immédiatement antérieure et immédiatement postérieure à la donation litigieuse, dans un état d'insanité d'esprit, cet état avant la donation litigieuse résultant, plus particulièrement, des attestations testimoniales I. et M., et cet état postérieur à la donation résultant, plus particulièrement, du certificat médical N.

L'ensemble de ces éléments fait présumer que D. se trouve dans un état d'insanité d'esprit au moment même de la passation de l'acte de donation incriminé.

Or, les intimés ne se prévalent d'aucun élément concret et précis de nature à renverser la présomption de l'insanité d'esprit au moment même de la passation de l'acte de donation litigieux le 18 janvier 2000, restant en défaut de prouver que la confection de l'acte notarié est intervenue au cours d'un intervalle de lucidité de D. (*Jurisclasseur civil*, article 901, fasc. 60, n^{os} 77-79, éd. 2002).

Il est vrai que les époux B.-C. soutiennent à cet égard que le notaire X. pouvait se rendre compte de ce que D. était sain d'esprit au moment de passer l'acte de donation du 18 janvier 2000, offrant d'établir par l'audition précisément du notaire instrumentaire que le 18 janvier 2000, lors de la passation de la donation incriminée, D. « avait parfaitement conscience de la portée de ses actes et était sain d'esprit ».

Cette offre de preuve, dont le libellé ne porte sur aucun fait particulier, précis ou concret, qui aurait eu lieu en présence du notaire, n'est cependant pas pertinente et concluante n'étant, en vertu de son caractère vague et non précis, pas de nature à renverser la présomption ci-avant d'insanité d'esprit.

En effet, il n'y est pas indiqué que lors de la passation de l'acte, le notaire aurait posé à D. des questions autres que celles concernant son acquiescement à la donation, partant, des questions suivies d'un simple oui ou d'un simple non.

Il n'est pas allégué ou offert en preuve que le notaire aurait engagé une quelconque discussion, ou conversation avec D.

Par ailleurs, tel que l'indique le docteur K. dans son avis médical du 25 septembre 2007, la durée assez brève que prend la passation de pareil acte notarié fait qu'un médecin — *a fortiori*, un notaire — peut ne pas se rendre compte d'un éventuel état d'obnubilation d'une personne de nonante-deux ans atteinte d'une pneumopathie atypique grave ou sur le point de la déclarer.

Finalement, il y a lieu de souligner que contrairement aux testaments authentiques des 11 mai 1999 et 16 février 2000, l'acte de donation du 18 janvier 2000 ne contient aucune déclaration ou mention de la part du notaire instrumentaire quant à la question de la lucidité d'esprit de D., respectivement quant à sa prise de conscience de la portée de l'acte en question (*Jurisclasser civil*, article 901, fasc. 60, n° 84, éd. 2002).

Il découle de l'ensemble de ces développements que, contrairement à l'appréciation des premiers juges, les éléments ci-avant au dossier font présumer qu'au moment de la passation de l'acte notarié de donation de la nue-propiété de la maison D. aux époux B.-C., D. se trouve dans un état d'insanité d'esprit au sens de l'article 901 du Code civil, cette présomption n'étant pas renversée par les intimés.

L'appel est par conséquent fondé et la demande en annulation de la donation est à accueillir sur la base de l'article 901 du Code civil.

I. COUR CONSTITUTIONNELLE. — Répartition des rôles entre juge ordinaire et juge constitutionnel. — Notion de « question de constitutionnalité dépourvue de tout fondement ». —
II. CONSTITUTION. — Homicide involontaire. — Aggravation de la peine à l'égard de personnes travaillant dans les transports publics. — Égalité des citoyens devant la loi. — Saisine de la Cour constitutionnelle.

Cour d'appel (10^e ch.), 14 octobre 2009

Comp. : J.-Cl. Wiwinius (prés.), J. Schroeder et Chr. Reckinger.

Min. publ. : G. Wivenes.

Av. : N. Stoffel, P. Reuter, G. Pierret, Ch. Kaufhold, B. Mertz, N. Christmann, E. Berger, s.c.p. Comolet-Mandin et associés, Cl. Pauly, M.-A. Veinand, C. Guenault-Jajko, L. Desforges, D. Bornert, M. Goedert, I. Girault, P. Millim, P. Luciani, Ph. Penning, G. Vogel, M. Weber et Chr. Point.

(Arrêt correctionnel n° 443/09 X).

I. Une juridiction devant laquelle est posée une question préjudicielle tirée de l'inconstitutionnalité d'un texte légal est obligée de saisir la Cour constitutionnelle. Il revient à la Cour constitutionnelle, et à elle seule, de statuer sur la conformité des lois à la Constitution.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel, dans des cas limités, énumérés par le législateur, qu'une juridiction échappe à l'obligation de poser la question préjudicielle qu'une des parties l'invite à poser, le respect des dispositions légales pertinentes étant, par ailleurs, d'ordre public. Les exceptions prévues par le législateur sont destinées à éviter le renvoi de questions de constitutionnalité peu sérieuses qui n'ont aucune chance d'aboutir.

II. Le tribunal et à sa suite la cour d'appel, saisis de préventions à l'article 422 du Code pénal, ne peuvent asseoir une décision sur la culpabilité et prononcer des peines sur cette base qu'à condition que ce texte soit conforme à la Constitution.

S'il est exact que la Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de rendre, à d'itératives reprises, des arrêts en rapport avec l'article 10bis de la Constitution, elle ne s'est pas encore prononcée sur la problématique de l'aggravation des peines prévue pour les auteurs d'un homicide involontaire occasionné lors d'un accident de chemin de fer.

Le mercredi 11 octobre 2006, à 11 h 44, l'automotrice CFL du train Express régional (ci-après « TER ») Lorraine Métrolor n° 837617 - Luxembourg-Nancy, circulant sur la voie normale (voie 1) vers Thionville, entra en collision frontale avec le train de marchandises n° 45938 de la SNCF qui avait pris le départ à Thionville à 11 h 27 sur la même voie dans le sens Thionville-Bettembourg.

La voie 2 du sens Thionville vers Bettembourg était barrée à cause de travaux de renouvellement du ballast et de remplacement de traverses de la voie par la SNCF.

La collision entre les deux trains s'est produite sur le réseau SNCF. Seule une partie de la motrice arrière du TER se trouvait encore en territoire luxembourgeois.

L'accident a causé la mort de six personnes, à savoir les deux conducteurs, trois passagers du TER et un ouvrier travaillant sur le chantier à l'endroit de l'impact. Seize personnes ont été blessées.

L'enquête de la police judiciaire s'orientait rapidement vers une erreur d'aiguillage au poste directeur (ci-après « PDC ») de Bettembourg.

Plusieurs employés des CFL ont été inculpés. Finalement, quatre employés du PDC de Bettembourg ont été mis en prévention par le ministère public sur la base de l'article 422 du Code pénal, à savoir A, premier aiguilleur, B, annonceur de trains, C, chef de circulation et D, chef de circulation lors du service précédent.

Par jugement du 29 janvier 2009, le tribunal correctionnel de Luxembourg a retenu ces quatre prévenus dans les liens de la prévention visée à l'article 422 du Code pénal — concernant le décès et les blessures causées aux conducteurs et passagers des deux trains — et, après requalification, dans les liens des préventions visées aux articles 418, 419 et 420 du Code pé-

nal concernant les victimes qui ne se trouvaient pas sur le convoi.

A a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 mois, assortie du sursis intégral à l'exécution de la peine, et à une amende de 5.000 EUR, B à une peine d'emprisonnement de 46 mois fermes et à une amende de 5.000 EUR, C à une peine d'emprisonnement de 48 mois, assortie d'un sursis de 24 mois et à une amende de 6.000 EUR et D, à une peine d'emprisonnement de 6 mois, assortie du sursis intégral, et à une amende de 5.000 EUR.

A n'a pas fait appel. Les trois autres prévenus ont interjeté appel au pénal et au civil. Un certain nombre de demandeurs au civil ont également interjeté appel.

Quant à la question préjudicielle tirée de la prétendue inconstitutionnalité de l'article 422 du Code pénal

Les trois prévenus maintiennent le moyen tiré de la non-conformité de l'article 422 du Code pénal à la Constitution et demandent à la Cour d'appel de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 422 du Code pénal, lu en combinaison avec les articles 418 et 419 du même Code, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution en ce sens que l'article 422, prévoit :

» — des peines plus lourdes pour certaines personnes pour des faits identiques à l'article 418 et 419 du Code pénal;

» — des peines plus lourdes, seulement applicables à une certaine catégorie de personnes travaillant dans le domaine des transports en commun, lorsqu'elles causent, par défaut de prévoyance ou de précaution, un accident impliquant le moyen de transport en commun en question ».

À l'appui de ce moyen, ils exposent, comme en première instance, que les peines prévues pour un homicide involontaire à l'article 419 du Code pénal sont inférieures à celles prévues pour un homicide involontaire occasionné lors d'un accident de chemin de fer. Pour des faits identiques, les peines prévues par l'article 422 du Code pénal seraient donc plus lourdes.

Or, la situation de ces deux catégories de personnes serait comparable, de sorte que l'institution de différentes catégories de personnes, dont certaines sont susceptibles de subir des peines aggravées pour des actes identiques, serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi consacrée à l'article 10bis de la Constitution.

Et la défense d'ajouter que, de toute façon, il appartient à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur cette question, de sorte que la juridiction de fond serait tenue de saisir cette Cour.

Le représentant du ministère public se rapporte à la sagesse de la Cour quant à ce moyen.

Certaines parties civiles concluent au rejet du moyen.

Le tribunal a longuement examiné le bien-fondé du moyen pour arriver à la conclusion que l'aggravation des peines prévues par l'article 422 du Code pénal était justifiée et que le prévenu dont la responsabilité pénale est recherchée sur la base de l'article 419 du Code pénal et celui dont cette responsabilité est recherchée

sur la base de l'article 422 du même Code ne sont pas dans une situation comparable, de sorte qu'il n'est pas porté atteinte au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi.

Le tribunal en a déduit que la question de constitutionnalité présentée par la défense était « dénuée de tout fondement » et a, par conséquent, rejeté la demande tendant à voir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

Il convient de remarquer que la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle prévoit, à son article 6, que : « lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour constitutionnelle.

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

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

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

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

Le principe, en ce qui concerne, la saisine de la Cour constitutionnelle est donc clair : une juridiction devant laquelle est posée une question préjudicielle tirée de l'inconstitutionnalité d'un texte légal est obligée de saisir la Cour constitutionnelle.

Il revient donc à la Cour constitutionnelle, et à elle seule, de statuer sur la conformité des lois à la Constitution (cfr *Doc. parl.* n° 4218, avis du Conseil d'État du 28 mars 1997, qui se base sur les termes de l'article 95ter de la Constitution).

Ce n'est qu'à titre exceptionnel, dans des cas limités, énumérés par le législateur aux points a, b et c, du paragraphe 2 de l'article 6, précité, qu'une juridiction échappe à l'obligation de poser la question préjudicielle qu'une des parties l'invite à poser, le respect de l'article 6 étant, par ailleurs, d'ordre public.

Ces exceptions sont destinées à éviter le renvoi de questions de constitutionnalité peu sérieuses qui n'ont aucune chance d'aboutir (cfr *Doc. parl.* n° 4218, commentaire des articles, *sub* article 18).

En l'espèce, les points *sub a* (question non nécessaire pour rendre le jugement) et *sub c* (objet ayant déjà été toisé par la Cour) ne sont pas en cause. En effet, le tribunal et à sa suite la Cour d'appel, saisis de préventions à l'article 422 du Code pénal, ne peuvent asseoir une décision sur la culpabilité et prononcer des peines sur cette base qu'à condition que ce texte soit conforme à la Constitution. Par ailleurs, s'il est exact que la Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de rendre à d'itératives reprises des arrêts en rapport avec l'article 10bis de la Constitution, elle ne s'est pas encore prononcée sur la problématique de la présente cause tenant à une disposition du Code pénal. On peut ajouter, à cet égard, que le législateur n'a aucunement limité les pouvoirs de la Cour constitutionnelle, en excluant, par exemple, le droit pénal.

Quant à l'exception reprise *sub b* (question dénuée de tout fondement), la Cour considère, contrairement au tribunal, que la question dont la défense l'a saisie est loin d'être dénuée de

tout fondement. La Cour est d'avis que la question est sérieuse et mérite un examen approfondi. En effet, *a priori* il n'est pas évident que les situations visées au moyen sont comparables. Les arguments développés à ce sujet par la défense dans sa note de plaidoiries ne paraissent pas manifestement vains. Même si l'argumentation développée par le tribunal pour rejeter la question préjudicielle n'est pas non plus dénuée de pertinence, il serait en tout cas excessif de qualifier les arguments de la défense de peu sérieux et de dire que la question posée n'a aucune chance d'aboutir, respectivement qu'elle serait sans relation avec le problème soumis au juge. Au contraire, la question est pertinente pour la décision de la Cour qui doit savoir sur quelle base légale elle doit examiner la culpabilité d'un prévenu et, le cas échéant, prononcer une peine contre ce dernier. Il en est d'autant plus ainsi que la Cour est justement saisie de l'appel d'une décision dans laquelle deux prévenus ont été condamnés aux peines aggravées prévues à l'article 422 du Code pénal.

Or, tel qu'il a été dit ci-dessus, il n'appartient pas à la présente juridiction de se prononcer sur cette question tirée de l'inconstitutionnalité de l'article 422 du Code pénal, vu que cette question relève de la seule prérogative de la Cour constitutionnelle.

Par conséquent, il convient de faire droit au moyen proposé par la défense et de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle telle que reprise ci-dessous au dispositif de l'arrêt.

Par ces motifs :

La Cour d'appel, (...) avant tout autre progrès en cause, défère à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 422 du Code pénal, lu en combinaison avec les articles 418 et 419 du même Code, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution en ce sens que l'article 422, prévoit :

» — des peines plus lourdes pour certaines personnes pour des faits identiques à l'article 418 et 419 du Code pénal;

» — des peines plus lourdes, seulement applicables à une certaine catégorie de personnes travaillant dans le domaine des transports en commun, lorsqu'elles causent, par défaut de prévoyance ou de précaution, un accident impliquant le moyen du transport en commun en question ».

DROIT ADMINISTRATIF. — Principes généraux du droit. — « Principe général du délai raisonnable ». — Application à un refus de l'approbation tutélaire d'un règlement communal et à une décision ministérielle de retrait partiel d'un permis de conduire.

Cour administrative, 5 mars 2009

Comp. : G. Ravarani (prés.), F. Delaporte et H. Campill.

Dél.ouv. : G. Schleder.

Av. : C. Point, ass. de G. Dauphin.

(N° 24981C du rôle).

Cour administrative, 12 mars 2009

Comp. : H. Campill (prés.), S. Schroeder et L. Spielmann.

Av. : G. Krieger.

(N° 25204 du rôle).

Le principe général du délai raisonnable peut être invoqué en tant que correctif pour rétablir sous l'aspect de l'écoulement du temps l'équilibre entre l'exercice des attributions de l'autorité administrative sous tutelle, d'une part, et celui de l'autorité de tutelle, de l'autre. En règle générale, l'autorité administrative, par son silence prolongé, s'étant elle-même mise dans la situation de dépassement du délai raisonnable, ce dépassement a pour effet de rendre illégale la décision prise au-delà du délai raisonnable, laquelle encourt dès lors l'annulation, de même que l'administration s'est elle-même rendue de la sorte incompétente pour agir, étant donné que si elle reprenait ultérieurement une nouvelle décision, celle-ci le serait par hypothèse dans un délai manifestement déraisonnable.

Le principe général du délai raisonnable est applicable à l'hypothèse particulière d'une décision de non-approbation tutélaire en ce qu'il contribue à assurer le respect de l'autonomie communale consacrée par l'article 107 (1) et (6) de la Constitution ainsi que par l'article 4(2) de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985, ainsi que celui du principe de la sécurité juridique (première espèce).

Même quand aucun délai n'est formellement imposé par un texte, l'action de l'administration doit néanmoins rester prévisible, ce qui implique que l'administration est tenue, à peine d'illégalité, d'exercer ses compétences dans un délai raisonnable (seconde espèce)

PREMIÈRE ESPÈCE

Cour administrative, 5 mars 2009

Le nouveau plan d'aménagement général de la commune du Lac de la Haute-Sûre, ci-après le



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

« PAG », fut adopté provisoirement, puis définitivement suivant délibérations respectives du conseil communal des 20 novembre 2003 et 9 juillet 2004.

Par décision du 18 juillet 2005, le ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire approuva la délibération du 9 juillet 2004 précitée sous réserve des dispositions de la loi du 27 mai 1961 concernant les mesures de protection sanitaire du barrage d'Esch-sur-Sûre et du règlement grand-ducal du 14 décembre 2000 concernant les localités de Bavigne et de Liefrange retenant l'interdiction de procéder à des extensions du périmètre d'agglomération.

Par deux jugements non appelés du 1^{er} juin 2006 (n^{os} 20501 et 20502 du rôle), le tribunal administratif annula la délibération communale du 9 juillet 2004 et la décision ministérielle d'approbation du 18 juillet 2005 précitées, de manière partielle en ce qu'elles avaient déclaré non fondées les réclamations des demandeurs respectifs portant chacune sur une parcelle sise à Liefrange au lieu-dit « Brillenreech », la première au « Burewee 27 » et la seconde au « Neie Wee 10 ».

Par arrêt du 12 octobre 2006 (n^o 20513C du rôle), la Cour administrative accueillit le recours en annulation introduit par la commune du Lac de la Haute-Sûre contre la décision précitée du ministre de l'Intérieur du 18 juillet 2005 en déclarant inapplicables, par voie d'exception d'illégalité, les dispositions du règlement grand-ducal du 14 décembre 2000 précité, tout en annulant la décision ministérielle déferée dans la mesure du refus d'approbation y prononcé.

Par délibération du 7 septembre 2007, le conseil communal de la commune du Lac de la Haute-Sûre adopta définitivement le PAG reformulé, appelé à tenir compte des décisions judiciaires précitées. Cette délibération fut approuvée par arrêté du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire du 23 janvier 2008.

En date du 29 juillet 2008, le ministre de l'Environnement, par arrêté n^o 66.602/CL, retint que le PAG « tel qu'adopté provisoirement par le conseil communal en date du 20 novembre 2003 n'est pas approuvé ».

En date du 29 octobre 2008, la commune du Lac de la Haute-Sûre a fait déposer au greffe de la Cour administrative un recours en annulation dirigé contre la décision précitée de refus d'approbation du ministre de l'Environnement du 29 juillet 2008 sur la base des dispositions de l'article 107, alinéa 2, de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

D'après le texte de l'article 100, alinéa 2, de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif tel que modifié par le point 9 de l'article 61 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le recours visé à l'article 107 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 est porté directement devant la Cour administrative.

Le recours visé par l'article 107 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 est entre autres celui ouvert aux autorités communales dont la décision à caractère réglementaire a

fait l'objet d'un refus d'approbation par le ministre de l'Environnement.

Le recours en annulation directement porté devant la Cour est recevable pour avoir été introduit sous les formes et délais prévus par la loi.

Le contrôle de l'autorité de tutelle s'exerce suivant l'ordonnement juridique en vigueur au moment de la prise de l'acte à approuver (*cf* Cour adm., 30 octobre 2008, n^o 24124C du rôle), de même que parallèlement la décision d'approbation tutélaire rétroagit quant à ses effets à la même date de prise de l'acte approuvé (*cf* Cour adm., 6 mars 2008, n^o 23462C du rôle; Cour adm., 30 octobre 2008 précité).

Le ministre de l'Environnement étant appelé à statuer par rapport à la délibération du conseil communal de la commune du Lac de la Haute-Sûre du 20 novembre 2003 ayant emporté l'adoption provisoire du PAG, compte tenu des modifications de la zone verte y contenues, c'est à juste titre qu'il a fait application de la législation en vigueur à la date du 20 novembre 2003, c'est-à-dire de la loi modifiée du 11 août 1982 précitée ayant seule vocation à s'appliquer en l'occurrence.

Contrairement à l'article 5 de la loi modifiée du 19 janvier 2004, venue abroger la loi du 11 août 1982, cette dernière ne comprend aucune indication de délai dans le chef du ministre de l'Environnement concernant le laps de temps dans lequel est appelée à intervenir sa décision en tant qu'autorité de tutelle dans l'hypothèse d'une modification de la zone verte opérée à travers la délibération communale modifiant la délimitation de cette dernière.

En l'absence de délai fixé au niveau de la loi du 11 août 1982, la question ne se pose pas de savoir si l'on se trouve en face d'un délai impératif ou de rigueur, d'une part, sinon d'un délai indicatif ou délai d'ordre, d'autre part.

L'absence de délai indiqué ne signifie cependant pas que l'autorité de tutelle ne soit point liée dans le temps et qu'elle puisse reporter le jour de sa décision à sa guise.

Le mécanisme inscrit à l'article 4 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 précitée emportant que le silence de l'administration durant plus de trois mois s'analyse en une décision implicite de refus ne vaut que pour les décisions individuelles, à l'exclusion des actes réglementaires.

Il est constant que la décision d'approbation tutélaire ministérielle portant sur une décision communale adoptant un plan d'aménagement général participe au caractère réglementaire de ce dernier.

Au-delà de l'application de la fiction légale des décisions implicites en raison du silence de l'administration, dans l'hypothèse où aucun délai pour agir n'est prévu dans le chef de l'autorité de tutelle tout comme dans celle de la prévision d'un délai d'ordre, simplement indicatif, le principe général du délai raisonnable peut être invoqué en tant que correctif pour rétablir sous l'aspect de l'écoulement du temps l'équilibre entre l'exercice des attributions de l'autorité administrative sous tutelle, d'une part, et celui de l'autorité de tutelle, de l'autre.

Le principe général du délai raisonnable, en tant que principe autonome qui n'est pas d'ordre public, est appelé à être invoqué dans le cas d'un écoulement du temps excessif et sans rai-

son valable, sans que l'autorité administrative n'ait statué, voire dans celui de l'observation sans raison valable d'un délai déraisonnable, avant qu'elle n'ait pris sa décision (P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v^o « (Principe du) délai raisonnable », pp. 81 et s., éd. Bruylant, 2006).

En règle générale l'autorité administrative, par son silence prolongé, s'étant elle-même mise dans la situation de dépassement du délai raisonnable, ce dépassement a pour effet de rendre illégale la décision prise au-delà du délai raisonnable, laquelle encourt dès lors l'annulation, de même que l'administration s'est elle-même rendue de la sorte incompétente pour agir, étant donné que si elle reprenait ultérieurement une nouvelle décision, celle-ci le serait par hypothèse dans un délai manifestement déraisonnable (C.E. belge, 19 juin 1968, n^o 13030; C.E. belge, 24 avril 1974, n^o 16385; C.E. belge, 12 juin 2001, n^o 96363), le tout sauf circonstance particulière à évaluer par la juridiction saisie (C.E. belge, 17 novembre 1995, n^o 56.256).

Le principe général du délai raisonnable est applicable à l'hypothèse particulière d'une décision de non-approbation tutélaire en ce qu'il contribue à assurer le respect de l'autonomie communale consacrée par l'article 107 (1) et (6) de la Constitution ainsi que par l'article 4 (2) de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985, ainsi que celui du principe de la sécurité juridique.

Le caractère raisonnable du délai doit s'apprécier *in concreto* en tenant compte notamment de la nature juridique de la décision à prendre ainsi que de la complexité de l'objet à sa base.

Il est constant que même si l'approbation tutélaire du ministre de l'Environnement ne figure pas matériellement dans la loi modifiée du 12 juin 1937 ni dans celle du 19 juillet 2004 qui lui a succédé, il n'en reste pas moins qu'elle participe, quant à sa nature, à la procédure globalement une de l'adoption et de l'approbation du plan d'aménagement communal dont s'agit (*cf* notamment Cour adm., 30 octobre 2008, n^o 24124C précité).

Au vu de l'unicité de la procédure d'aplanissement des difficultés prévue par l'article 9 de la loi modifiée du 12 juin 1937 précitée, permettant seule une participation de toutes les parties intéressées à la procédure d'adoption et d'approbation du plan d'aménagement général, l'essence même de la garantie pour l'autorité communale d'être fixée sur la validité du contenu de sa délibération au regard de la législation sur la protection de la nature et de l'environnement naturel concernant les changements de délimitation de la zone verte, d'une part, et celle des droits des parties intéressées, d'autre part, commanderait que la décision du ministre de l'Environnement par rapport à une délibération portant adoption provisoire d'un plan d'aménagement communal intervienne avant que le conseil communal ne statue sur son adoption définitive et le sort des objections formulées à l'encontre de l'adoption provisoire du PAG.

Il est patent que sous ces divers angles de vue la décision tutélaire du ministre de l'Environnement est intervenue sur la base de la loi modifiée du 11 août 1982 dans le cadre de la procédure prévue par la loi du 12 juin 1937, telle que relayée à travers l'article 108(4) de la loi du

19 juillet 2004, une fois l'entière procédure d'aplanissement des difficultés achevée et le ministre de l'Intérieur ayant statué, elle est à considérer comme étant intervenue dans un délai manifestement déraisonnable pour se situer précisément plus de trois ans après que le ministre de l'Intérieur eut pris position le 18 juillet 2005.

La décision déférée du ministre de l'Environnement du 29 juillet 2008 encourt dès lors l'annulation pour dépassement du délai raisonnable.

Si, tel qu'énoncé ci-avant, l'annulation ainsi prononcée pour dépassement du délai raisonnable dans le chef de la décision déférée du ministre de l'Environnement emporte que celui-ci ne saurait plus reprendre de nouvelle décision en la matière, il convient encore de répondre à la question soulevée de savoir si sous l'aspect précis de l'approbation du PAG par le ministre de l'Environnement, la procédure d'adoption et d'approbation du PAG en question est à considérer comme ayant été achevée à la date butoir du 8 août 2006, telle que prévue par l'article 108(4) de la loi modifiée du 19 juillet 2004 précitée.

La Cour entend expressément reprendre pour les motifs y déduits sa solution dégagée à travers l'arrêt précité du 30 octobre 2008 (n° 24124C du rôle), consistant à retenir que la procédure d'adoption et d'approbation d'un PAG tel que visé par l'article 108(4) de la loi modifiée du 19 juillet 2004 inclut non seulement les délibérations communales portant adoption respectivement provisoire et définitive du PAG ainsi que la décision d'approbation afférente du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, mais également la décision tutélaire d'approbation du ministre de l'Environnement, dans les hypothèses où celle-ci est requise par la loi.

Si la solution en question avait été dégagée par la Cour en considération d'une procédure d'approbation tutélaire du ministre de l'Environnement basée sur la loi modifiée du 19 janvier 2004 précitée, il n'en reste pas moins que les principes à observer restent les mêmes et doivent s'appliquer *mutatis mutandis* concernant une procédure d'approbation du ministre de l'Environnement soumise à la loi précédente du 11 août 1982, également précitée.

Les arguments actuellement invoqués par la commune requérante dans son mémoire en réplique pour critiquer la solution retenue par la Cour dans son arrêt du 30 octobre 2008 se trouvent, chacun en ce qui le concerne, toisés à travers les motifs dudit arrêt auxquels la Cour renvoie expressément.

La Cour entend ici encore insister plus particulièrement sur la nature nécessairement unique et globale de la procédure d'adoption et d'approbation d'un plan d'aménagement général devant comprendre, *per se*, l'approbation tutélaire du ministre de l'Environnement, là où elle est requise, même si les règles afférentes se trouvent inscrites dans des pans de législation différents, cette dernière situation s'expliquant en ce que l'approbation tutélaire du ministre de l'Environnement est venue se greffer ultérieurement dans le temps sur une procédure d'adoption et d'approbation déjà existante depuis 1937.

De même, la volonté du législateur de traiter la procédure d'adoption et d'approbation d'un PAG comme étant globalement une résulte en-

core du fait que la loi du 19 juillet 2005, outre les modifications par elle apportées à la loi d'aménagement du 19 juillet 2004, a précisément modifié l'article 5 de la loi du 19 janvier 2004, notamment pour « assurer la concordance des dispositions légales en matière d'urbanisme et de protection de la nature » en ce qui concerne les procédures d'approbation applicables au ministre de l'Intérieur et au ministre de l'Environnement (projet de loi portant modification de la loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, *Doc. parl.*, 5449, p. 5, *ad art.* 7), et a ainsi reconnu que les compétences tutélaires des deux ministres portent sur les mêmes actes communaux et influent de manière parallèle sur leur validité et applicabilité.

Il découle des motifs ci-avant dégagés à la base de l'annulation prononcée dans le chef de la décision ministérielle déférée que c'est plus précisément pour être intervenue sur base de la loi modifiée du 11 août 1982, longtemps après que le ministre de l'Intérieur eut approuvé définitivement le PAG dont s'agit que celle-ci encourt l'annulation pour dépassement du délai raisonnable.

Le ministre de l'Intérieur ayant statué déjà en date du 18 juillet 2005, le fait pour le ministre de l'Environnement de ne pas avoir statué à la date butoir du 8 août 2006 prévue par l'article 108(4) de la loi modifiée du 19 juillet 2004 se résout pareillement en dépassement du délai raisonnable pour les mêmes motifs que ceux-ci avant dégagés, de sorte que force est de retenir sous cet aspect également que le ministre aurait été incompétent pour statuer à la date du 8 août 2006 et que dès lors le PAG n'encourt pas la caducité pour ne pas avoir été utilement approuvé par le ministre de l'Environnement à cette date.

Ayant été retenu que le ministre de l'Environnement est désormais incompétent pour statuer en la matière, il n'y a pas lieu à renvoi de l'affaire devant lui.

[Dispositif conforme aux motifs.]

SECONDE ESPÈCE

Cour administrative, 12 mars 2009

Le 17 août 2007, le ministre des Transports, ci-après dénommé le « ministre », sollicite l'avis du procureur général d'État au sujet d'un éventuel retrait administratif du permis de conduire de M. X.

Dans son avis du 11 janvier 2008, le procureur général d'État estima qu'il y avait lieu à retirer le permis de conduire de M. X, à l'exception des trajets professionnels.

Par lettre recommandée du 5 février 2008, M. X fut convoqué par le ministre à se présenter le 13 mars 2008 devant la commission spéciale des permis de conduire.

M. X. fut auditionné par la commission spéciale des permis de conduire le 13 mars 2008.

Par avis en date du même jour, la commission spéciale des permis de conduire proposa au ministre de limiter l'usage du permis de conduire de M. X aux trajets domicile-lieu de travail et à ceux effectués dans l'intérêt prouvé de son travail du lundi au samedi entre 7 et 20 h.

Par arrêté du 11 avril 2008, le ministre limita l'usage du permis de conduire de M. X aux trajets domicile-lieu de travail et à ceux effectués dans l'intérêt prouvé de son travail du lundi au samedi entre 7 et 20 h.

Le 6 juin 2008, M. X saisit le tribunal administratif d'un recours tendant à l'annulation sinon à la réformation du susdit arrêté ministériel du 11 avril 2008.

Par jugement rendu le 10 novembre 2008, le tribunal administratif dit que, faute de disposition légale prévoyant un recours au fond en la matière, il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande de réformation, reçut le recours en annulation de M. X en la forme et, au fond, l'en débouta avec charge des frais de l'instance.

Par requête d'appel déposée le 19 décembre 2008, M. X a régulièrement entrepris le susdit jugement du 10 novembre 2008.

Il importe de prime abord de rejoindre et de confirmer les premiers juges en ce qu'ils ont tracé le cadre juridique applicable au litige sous examen par rapport à l'article 2, § 1^{er}, 3) de la loi du 14 février 1955 en ce qu'il dispose que « le ministre des Transports ou son délégué délivre les permis de conduire civils; il peut refuser les permis de conduire, restreindre leur emploi ou leur validité, les suspendre et les retirer, ou refuser leur restitution, leur renouvellement ou leur transcription et même refuser l'admission aux épreuves si l'intéressé : (...) 3) est dépourvu du sens des responsabilités requis, dans l'intérêt de la sécurité routière, pour la conduite d'un véhicule ».

Concernant une mesure de retrait administratif du permis de conduire, les premiers juges ne sont pas non plus critiquables en ce qu'ils ont relevé que la finalité primordiale de pareille mesure est de protéger pour le futur la sécurité des usagers de la route contre des personnes représentant un danger potentiel à leur égard et non celle de sanctionner les personnes concernées pour des faits passés.

La mission ainsi dévolue au ministre l'appelle à examiner le comportement global de la personne concernée, étant précisé que le ministre doit nécessairement se prononcer sur la base d'éléments suffisamment récents pour être susceptibles de le renseigner utilement sur l'attitude actuelle de la personne intéressée.

En l'espèce, il convient de dresser en premier lieu le tableau des infractions au Code de la route commises par M. X, qui se présente comme suit :

[Suit une liste d'infractions commises par l'intéressé entre le 18 août 2003 et le 8 janvier 2008]

Concernant le comportement et l'attitude de M. X, il convient encore de noter qu'il se dégage d'un rapport d'enquête dressé le 26 octobre 2007 par la police de Mondrange que « Bezugnehmend auf das Vorstrafenregister des Verkehrsteilnehmers kann die Führung des Interessenten nicht positiv beurteilt werden. Einen Privatwagen hat er nicht angemeldet und die Firmenwagen sind mehrmals wegen Parkingvergehen notiert worden. Denselben wurde am 9. Oktober 2007 auf Anordnung der Generalstaatsanwaltschaft der Führerschein bis zum 1. Juni 2008 entzogen, mit Ausnahme der Ar-

beit wegen von Montag bis Samstag 07.00 – 20.00 Uhr. (...) Nach dem Einziehen des Führerscheins auf hiesiger Dienststelle am 9.10.2007 fuhr X. mit dem Handy telefonierend vom Parkplatz auf die öffentliche Strasse. Derselbe unterliess es ebenfalls bis zum 26.10.2007 einen diesbezüglichen Führerschein bei der zuständigen Stelle zu beantragen resp. abzuholen. Desweiteren sind im Gespräch mit Amtierendem nur Anschuldigungen gegen die Polizei und sonstige Behörden zum Vorschein gekommen. Keine Spur von Reue oder ähnlichem demnach (...) ».

Force est de dégager de l'ensemble de ces antécédents de l'intéressé en matière de circulation, tous situés dans un laps de temps d'environ six ans avant l'arrêté ministériel litigieux, un comportement irresponsable tant manifeste que persistant, de même qu'une désinvolture caractérisée.

Force est encore de constater que les faits ne sont point trop anciens pour servir de base à la décision ministérielle litigieuse, mais qu'au contraire, ils sont suffisamment récents pour permettre de donner une image actuelle de l'intéressé, de même qu'ils constituent des éléments suffisants au titre desquels le ministre, agissant dans les limites de son pouvoir d'appréciation légal, a pu conclure que le sens des responsabilités nécessaire pour la conduite d'un véhicule est passablement défaillant dans le chef de M. X.

La légalité de l'arrêté ministériel litigieux n'est pas non plus affectée par le fait que le ministre n'a pas agi tout de suite après que le jugement du 23 février 2007 a acquis force de chose jugée, respectivement en raison d'un prétendu non-respect d'un « délai raisonnable ».

En effet, la compétence du ministre de retirer ou de limiter l'usage des permis de conduire, contrairement au retrait des points d'un permis de conduire, n'est ni directement liée à la commission d'une infraction ou à la condamnation pour une infraction au Code de la route, ni directement fonction de ces dernières et aucun délai dans lequel le ministre est tenu d'agir n'est légalement imposé.

S'il est vrai que même quand aucun délai n'est formellement imposé par un texte, l'action de l'administration doit néanmoins rester prévisible, ce qui implique que l'administration est tenue, à peine d'illégalité, d'exercer ses compétences dans un délai raisonnable, il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, la procédure (enquête, avis et décision ministérielle) appert avoir été entamée et menée avec la célérité requise, les premiers juges relevant à bon escient sous ce rapport que le ministre a sollicité l'avis du procureur général d'État dès le 17 août 2007, c'est-à-dire quelques mois seulement après le jugement prévu du 28 février 2007 prononçant une interdiction de conduire de neuf mois, excepté les trajets professionnels, à l'encontre de M. X. et que l'arrêté restreignant l'usage de son permis de conduire est intervenu dans le mois suivant réception de l'avis de la commission spéciale des permis de conduire du 13 mars 2008, de sorte que le reproche que le ministre n'aurait pas agi dans un délai raisonnable laisse d'être fondé.

[Dispositif conforme aux motifs.]

ACTE ADMINISTRATIF. — Absence de motivation. — Sanction. — Suspension des délais de recours (oui). — Illégalité (non).

Cour administrative, 20 octobre 2009

Comp. : G. Ravarani (prés.), S. Schroeder et L. Spielmann.

Dél. gov. : J.-P. Reiter.

Av. : O. Lang.

(Numéro du rôle : 25738C).

Plutôt que de souscrire au revirement jurisprudentiel préconisé par les premiers juges et de tomber dans un formalisme stérile, la Cour administrative, également par souci de protéger les intérêts bien compris du justiciable, ne juge pas nécessaire de se départir de la jurisprudence constante en la matière, d'après laquelle la sanction de l'obligation de motiver une décision administrative consiste dans la suspension des délais de recours et que celle-ci reste a priori valable, l'administration pouvant produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois à la phase contentieuse.

En date du 17 octobre 2006, M. X introduisit auprès du service compétent du ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration une demande de protection internationale au sens de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, ci-après « la loi du 5 mai 2006 ».

Cette demande fut rejetée par une décision du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration, ci-après « le ministre », du 4 décembre 2006. Le recours contentieux introduit contre cette décision fut définitivement rejeté comme étant non fondé par un arrêt de la Cour administrative du 4 octobre 2007.

Par courrier de son mandataire du 6 décembre 2007, M. X formula une demande en obtention d'un statut de tolérance sur la base de l'article 22 de la loi du 5 mai 2006 en faisant valoir que son retour au Nigéria serait impossible en raison des précédents qu'il y aurait vécus et du risque qu'un tel retour représenterait pour sa personne, tout en rappelant dans ce contexte qu'il aurait fui sa ville d'origine O. pour se cacher à Lagos, mais que ses persécuteurs l'auraient rattrapé et qu'il ne pourrait désormais plus trouver refuge au Nigéria dès lors que les membres de la communauté musulmane à sa recherche feraient partie d'un réseau qui s'étendrait dans tout le Nord du pays et se répandrait chaque année davantage sur l'ensemble du territoire nigérian.

Par décision du 12 décembre 2007, le ministre refusa de faire droit à cette demande au motif « qu'il n'existe pas de preuves que l'exécution matérielle de l'éloignement de votre mandant serait impossible en raison de circonstances de fait conformément à l'article 22 de la loi modifiée du 5 mai 2006 (...) ».

Par courrier de son mandataire du 12 mars 2008, M. X fit introduire un recours gracieux à

l'encontre de la décision ministérielle prévisée du 12 décembre 2007 en lui demandant de revoir sa position en alléguant un certain nombre d'éléments nouveaux. Par ce même courrier, M. X demanda au ministre, dans l'hypothèse d'un éventuel refus d'accorder une tolérance, de lui accorder une autorisation de séjour au pays pour raisons humanitaires, étant donné qu'il ne serait humainement pas envisageable de le renvoyer au Nigéria.

Ledit courrier du 12 mars 2008, tel que complété encore le 15 avril 2008, n'ayant pas fait l'objet d'une décision ministérielle dans les trois mois, M. X, par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 12 septembre 2008, fit introduire un recours contentieux tendant à l'annulation 1) de la décision du ministre du 12 décembre 2007 portant refus de le tolérer provisoirement sur le territoire luxembourgeois, 2) de la décision implicite du ministre résultant de son silence de plus de trois mois observé à la suite du recours gracieux introduit le 12 mars 2008 contre la prédite décision du 12 décembre 2007 et 3) de la décision implicite du ministre résultant de son silence de plus de trois mois observé à la suite de la demande d'autorisation de séjour lui adressée le 12 mars 2008.

À travers un jugement du 22 avril 2009, le tribunal administratif déclara ce recours partiellement justifié, annula le refus implicite du ministre de faire droit à la demande en obtention d'une autorisation de séjour formulée le 12 mars 2008, déclara le recours non fondé pour le surplus, tout en condamnant l'État aux frais.

Quant à la décision de refus implicite d'accorder à M. X une autorisation de séjour, le tribunal rappela en premier lieu qu'en vertu de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes, ci-après « le règlement de 1979 », toute décision administrative qui refuse de faire droit à la demande de l'intéressé doit se baser sur des motifs légaux et formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base et qu'il se dégage de l'agencement dudit article 6 que l'obligation d'une indication formelle des motifs n'est cependant pas générale mais uniquement requise par rapport à certains types de décisions administratives limitativement énumérées, dont notamment celles refusant de faire droit à la demande de l'intéressé.

Dans la mesure où la sanction de droit commun d'une violation de la loi est l'annulation, le tribunal s'écarta ensuite de la jurisprudence en la matière, se résumant à l'affirmation que la sanction d'une absence de motivation d'une décision administrative consiste dans la seule suspension des délais de recours, ainsi qu'à la faculté, pour l'administration, de produire ou de compléter la motivation en cours d'instance contentieuse. En effet, d'après les premiers juges, la motivation d'une décision de refus est la pierre angulaire de tout exercice utile ultérieur des droits de la défense de l'administré et l'intention des auteurs de la réforme législative aurait été de mettre fin précisément à la possibilité, pour l'administration, de ne communiquer les motifs que dans le cadre du recours

contentieux, étant donné que dans cette hypothèse, « outre que l'administré est ainsi obligé à introduire d'abord un recours pour connaître ensuite seulement les motifs qui ont inspiré la décision, ce qui n'est guère satisfaisant, il lui sera difficile de critiquer une décision et de la déférer au juge administratif s'il ignore sur quels arguments elle se fonde ».

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 22 mai 2009, l'État a régulièrement fait relever appel de ce jugement du 22 avril 2009 dans la mesure où il a annulé la décision implicite de refus du ministre d'accorder une autorisation de séjour à M. X.

À l'appui de son appel, la partie étatique estime que le tribunal, dans le jugement attaqué du 22 avril 2009, s'est écarté à tort de la jurisprudence constante en la matière, d'après laquelle « la sanction de l'obligation de motiver une décision administrative consiste dans la suspension des délais de recours. La décision reste valable et l'administration peut produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois devant le juge administratif ». D'après le représentant étatique, la solution retenue par le jugement appelé oublierait l'intérêt de l'administré de connaître rapidement la motivation à la base d'une décision administrative, l'État n'ayant dans le cadre de la solution retenue par le tribunal absolument pas intérêt à communiquer la motivation au stade de la procédure contentieuse, étant donné que de toute façon la décision non motivée serait annulée, que la motivation soit fournie ou non durant la phase contentieuse. En effet, pour connaître la motivation d'une décision administrative, l'administré devrait quand même introduire un recours contentieux pour voir la décision, non motivée dans un premier temps, annulée et ensuite seulement, avec de nombreux mois de retard, connaître enfin la motivation. Pour le surplus, dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle, un demandeur obligé d'introduire un recours en ignorant les motifs à la base de la décision apprendrait lesdits motifs via le mémoire en réponse et pourrait contrer cette motivation moyennant son mémoire en réplique, de sorte que ses droits de la défense ne seraient nullement lésés.

La partie intimée demande la confirmation du jugement dont appel en se ralliant à l'ensemble des développements du tribunal, estimant que les premiers juges « ont enfin rétabli la situation en la matière, telle que le législateur voulait la voir instaurée il y a maintenant déjà trente ans ».

S'il est vrai que, d'après les commentaires visant le projet de loi relative à la procédure administrative non contentieuse, l'exigence d'une indication formelle des motifs inscrite à l'article 6 du règlement de 1979 avait pour but d'instaurer de la transparence dans l'action administrative par le fait de mettre l'administré le plus tôt possible en mesure de connaître les motifs à la base de la décision prise par l'administration, la Cour ne saurait cependant suivre la solution préconisée par le tribunal dans le jugement dont appel conduisant à annuler systématiquement les décisions de l'administration pour lesquelles la motivation n'est fournie qu'au niveau de la phase contentieuse. Une telle solution est disproportionnée par rapport au but poursuivi consistant à mettre l'administré le

plus tôt possible en mesure d'apprécier la réalité et la pertinence de la motivation à la base d'une décision administrative, étant donné que l'administration n'a plus aucun intérêt à fournir respectivement une quelconque motivation, ou des motifs complémentaires légaux, au niveau de la phase contentieuse, la décision initiale étant sujette à une annulation automatique. Si, en effet, la sanction de droit commun préconisée par le tribunal, à savoir l'annulation automatique d'une décision administrative non motivée avant la phase contentieuse peut inciter l'administration à motiver davantage de décisions au niveau précontentieux, la solution retenue par les premiers juges, pour l'hypothèse d'une absence de motivation, a pour effet inhérent de multiplier les recours contentieux avec un retardement conséquent dans le temps, étant donné que la décision non motivée ou faussement motivée sera nécessairement annulée dans une première phase pour être soumise le cas échéant à un deuxième contrôle contentieux, une fois la motivation connue. Dès lors, la problématique de l'inégalité des armes entre le justiciable et l'administration mise en avant par le tribunal se trouverait encore accentuée, étant donné que le justiciable devrait nécessairement faire face à des frais d'avocat supplémentaires.

La solution préconisée par le tribunal risquerait d'avoir des conséquences beaucoup plus vastes que celles envisagées par les premiers juges. Dans ce contexte, on ne voit pas en vertu de quelle logique le juge ne prononcerait pas l'annulation d'une décision comportant une motivation, il est vrai, mais erronée, alors même si l'administration fournit en cours d'instance la motivation correcte. La substitution de motifs légaux, le cas échéant d'office, serait vouée à l'abandon dans le système préconisé par le tribunal. Or, il s'agit là d'instruments souples qui, tout en sauvegardant les intérêts des administrés, permettent d'agir dans l'intérêt public sans être confrontés à des annulations de décisions objectivement justifiées.

Plutôt que de souscrire au revirement jurisprudentiel préconisé par les premiers juges et de tomber dans un formalisme stérile, la Cour, également par souci de protéger les intérêts bien compris du justiciable, ne juge pas nécessaire de se départir de la jurisprudence constante en la matière, d'après laquelle la sanction de l'obligation de motiver une décision administrative consiste dans la suspension des délais de recours et que celle-ci reste *a priori* valable, l'administration pouvant produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois à la phase contentieuse.

Le but principal de l'obligation de l'administration de motiver ses décisions, à savoir de permettre à l'administré de connaître cette motivation sans devoir engager des frais pour l'obtenir, par exemple moyennant recours contentieux — cette injustice fondamentale constituant d'ailleurs la justification principale du revirement de jurisprudence engagé par le tribunal — peut également être obtenu par d'autres moyens plus adéquats.

Dans ce contexte, il convient de rappeler encore que tant le silence de l'administration à la suite d'une requête légitime que l'absence de motivation d'une décision peuvent constituer l'administration en faute si elle n'a pas agi en tant qu'administration normalement prudente, diligente et avisée, un tel comportement doit

cependant trouver sa sanction dans les règles de la responsabilité civile et non pas conduire à l'annulation automatique de l'acte si la décision administrative est, par ailleurs, basée sur des motifs légaux quoique non formellement énoncés dans l'acte (*cf* Cour adm. 13 juin 2006, n° 21176C du rôle, *Pas. adm.*, 2008, v° « Procédure administrative non contentieuse », n° 60).

Pour le surplus, pour l'hypothèse spécifique d'une absence de motivation d'une décision par l'administration avant la phase contentieuse, la Cour retient encore une sanction plus adéquate se dégageant d'une législation postérieure à la législation sur la procédure administrative non contentieuse, à savoir la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, prise en ses articles 32 et 33 permettant aux juridictions administratives de condamner par décision motivée une partie ayant gagné son procès à une fraction ou la totalité des dépens ou de mettre à charge de cette partie la totalité ou une partie des sommes exposées par l'autre partie et non comprises dans les dépens, dont plus particulièrement les frais d'avocat, pour l'hypothèse où il paraît inéquitable de laisser ces frais à charge de cette autre partie.

Dès lors, l'inertie d'une administration se dégageant de son silence prolongé obligeant l'administré, comme en l'espèce, à introduire d'abord un recours contentieux pour provoquer la motivation à la base d'une décision le concernant, respectivement une motivation pertinente complémentaire, justifie par principe respectivement l'allocation d'une indemnité de procédure et la condamnation de l'administration fautive à une partie ou la totalité des dépens.

Si l'administration a, par son silence, obligé l'administré à introduire un recours contentieux pour obtenir la motivation — même valable — de la décision à laquelle il avait droit avant l'introduction de tout recours, une telle démarche ne doit engendrer pour lui aucuns frais non répétables et l'indemnité de procédure est à fixer en conséquence.

Au vu de ce qui précède, le jugement entrepris encourt la réformation dans la mesure où il a procédé à l'annulation pour défaut de motivation de la décision de refus implicite du ministre de faire droit à la demande en obtention d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires formulée par M. X.

La Cour étant cependant saisie en vertu de l'effet dévolutif de l'appel des autres moyens soulevés par le demandeur initial dans ce contexte, à défaut par celui-ci d'avoir sollicité en cas de réformation le renvoi de ce volet du litige devant les premiers juges, il y a lieu de statuer y relativement.

M. X soutient plus particulièrement qu'un renvoi au Nigéria constituerait dans son chef un risque réel d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants et l'exposerait ainsi à de graves violations de ses droits fondamentaux protégés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 14, dernier alinéa, de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers; 2) le contrôle médical des étrangers; 3) l'emploi de la main-d'œuvre étrangère.

Or, force est de constater que M. X réitère, dans le cadre de sa demande d'autorisation de séjour

pour raisons humanitaires, pour l'essentiel les mêmes moyens et arguments que dans sa demande de protection internationale définitivement rejetée par arrêt de la Cour administrative du 4 octobre 2007. Il est vrai qu'une demande d'autorisation de séjour et une demande de protection internationale ont des objets différents et que, techniquement, ce n'est pas l'autorité de chose décidée ou jugée qui s'attache à la décision définitive de rejet de la demande de protection internationale qui s'oppose à un nouvel examen des faits invoqués dans le cadre de cette demande. Il est encore vrai que la loi précitée du 28 mars 1972 n'a pas expressément prévu d'autorisation de séjour pour raisons humanitaires, mais que dans le cadre d'une expulsion ou d'un éloignement, elle a envisagé la situation humanitaire d'un étranger se trouvant sur le territoire national en prévoyant en son article 14 que celui-ci ne saurait faire l'objet d'une telle mesure s'il établit que sa vie ou sa liberté sont gravement menacées dans le pays de destination ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ou aux articles 1^{er} et 3 de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Il reste que la plupart des faits ont été appréciés successivement par le ministre, le tribunal puis la Cour administrative dans le cadre de la demande de protection internationale pour arriver à la conclusion que M. X n'avait pas fait état de persécutions et de craintes de nature à ce qu'il bénéficie d'une telle protection et qu'il y a lieu de s'en tenir aux conclusions ayant été retenues à ce sujet dans le cadre de la demande de protection internationale.

Quant aux deux attestations testimoniales de M. et Mme Y relatant des faits postérieurs à ceux jugés définitivement par l'arrêt de la Cour administrative du 4 octobre 2007, à savoir le désarroi de la mère de M. X à la suite du décès de son mari et une visite subséquente de certains membres de la communauté musulmane en date du 15 janvier 2008 exigeant la remise du corps du défunt et les prétendues menaces de mort subséquentes proférées à l'encontre de l'actuel intimé, cet événement isolé n'établit pas, dans le chef de M. X, que sa vie ou sa liberté soient gravement menacées au Nigéria ou qu'il y soit exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ou aux articles 1^{er} et 3 de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Il se dégage partant de ces développements que le recours initial de M. X n'est pas fondé en ce qu'il tend à l'octroi d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires.

M. X de son côté a régulièrement relevé appel incident du jugement du 22 avril 2009 dans la mesure où il a été débouté de sa demande en obtention d'un statut de tolérance.

[L]e jugement entrepris est à confirmer dans la mesure où les premiers juges ont refusé d'accorder à M. X le bénéfice d'un statut de tolérance.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel principal sous analyse est fondé et que, par réformation du jugement entrepris, le recours initial est à rejeter

comme n'étant pas justifié dans la mesure où le ministre a refusé de faire droit à la demande en obtention d'une autorisation de séjour formulée par M. X le 12 mars 2008.

Dans la mesure où l'actuel intimé a cependant été obligé d'introduire un recours contentieux pour provoquer la motivation à la base de la décision de rejet de sa demande en obtention d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires, il convient de refixer l'affaire à une audience ultérieure afin de lui permettre de formuler une demande en allocation d'une indemnité de procédure et de verser les pièces y afférentes et de réserver les dépens.

Par ces motifs :

La Cour administrative,

Statuant à l'égard de toutes les parties en cause;

Reçoit les appels principal et incident en la forme;

Au fond, déclare l'appel principal justifié;

Partant, par réformation partielle du jugement entrepris du 22 avril 2009, dit que le recours dirigé contre la décision implicite de rejet du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration de faire droit à la demande en obtention d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires formulée par M. X est à rejeter comme n'étant pas fondé;

Rejette l'appel incident formé par M. X;

Confirme le jugement entrepris pour le surplus;

Refixe l'affaire à l'audience du mardi 27 octobre 2009 à 9 h pour permettre à M. X de formuler une demande en allocation d'une indemnité de procédure et de justifier des frais y relatifs;

Réserve les dépens.

NOTE. — Les trois chambres du tribunal administratif, dans une série de jugements récents, avaient pris l'initiative de ce que l'auteur des observations publiées sous les jugements dans ces colonnes (*J.T.L.*, 2009, p. 154) avait appelé une révolution jurisprudentielle provisoire : abandonner la solution, reprise de la jurisprudence du Conseil d'État par les nouvelles juridictions administratives, selon laquelle la seule sanction d'un non-respect de l'obligation de motivation expresse de certains actes administratifs était la suspension du délai contentieux (article 7 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes), et annuler ces actes administratifs pour vice de forme. La nouvelle solution concernait à la fois les actes exprès qui auraient dû être motivés par application de l'article 6 du règlement grand-ducal mais ne l'avaient pas été, et les décisions implicites de rejet, par nature non motivées. Pourquoi la révolution apparaissait-elle comme « provisoire » ? Parce que le dernier mot revenait à la Cour administrative, saisie d'un appel contre le premier des jugements rendus.

C'est cet appel qui vient d'être tranché par l'arrêt rapporté. La révolution est finie, citoyens.

Patrick KINSCH

VENTE. — Vente aux enchères publiques d'un immeuble. — Acceptation, par un enchérisseur, de la mise à prix fixée par les vendeurs. — Vente parfaite (non). — Possibilité pour les vendeurs de retirer l'immeuble de la vente.

Trib. arr. Luxembourg (17^e ch.),
1^{er} avril 2009

Comp. : M. Harles (prés.), C. Kimmel et M. Feider.

Av. : V. Bolard (rempl. P. Metzler) et M. Baden.

(Jugement civil n^o 85/2009 (XVII)).

Admettre que le vendeur doit obligatoirement accepter l'offre du dernier enchérisseur et adjuger le bien mis en vente à celui-ci, sans laisser au vendeur la faculté de retirer son bien de la vente en cas d'offre jugée insuffisante et de le présenter le cas échéant à une séance d'enchères subséquente pour rechercher des enchères plus élevées, revient à dire qu'en l'absence de stipulation spécifique dans le cahier des charges, le prix de vente sera fixé de manière unilatérale par l'acheteur, le vendeur s'engageant dès avant la première enchère d'accepter le prix proposé par le dernier enchérisseur. Or, la liberté du vendeur d'accepter ou de refuser le prix que lui propose l'acheteur doit rester le principe en matière de vente publique volontaire d'immeuble, étant entendu que rien n'interdit au vendeur de prévoir une clause dans le cahier des charges l'obligeant à adjuger son bien à l'enchérisseur le plus offrant.

En matière de vente publique volontaire d'immeuble, le vendeur cherche à obtenir le prix le plus élevé. Pour arriver à son but, le vendeur peut émettre une mise à prix pour attirer le plus d'acheteurs potentiels possibles et pour susciter ainsi le plus d'enchères possibles. Forcer le vendeur alors à accepter, à défaut d'enchère supérieure à la mise à prix préalablement fixée, à vendre à hauteur de cette mise à prix, alors que celle-ci ne correspond pas, par définition, à la valeur vénale du bien mis en vente, irait à l'encontre du but recherché par le vendeur et anéantirait l'objectif visé par le vendeur qui est précisément de provoquer le plus d'enchères possibles aux fins d'atteindre le prix le plus élevé, répondant à ses attentes.

En 2008, les consorts H. ont, en leur qualité de copropriétaires indivis, mis en vente aux enchères publiques trois terres labourables sises à Strassen... d'une contenance totale de 61,20 ares.

La vente s'est déroulée en date du 11 avril 2008 au café-restaurant « Brideler Stuff » à Brideler sous la direction du notaire Henri Hellinckx.

Affirmant s'être vu attribuer la propriété des trois terrains lors de cette vente aux enchères pour le prix de 1.225.000 EUR, la société S. a fait sommer les consorts H. par exploits d'huissier de justice des 17 et 18 avril 2008 à comparaître le 25 avril 2008 en l'étude du notaire Tom Metzler aux fins de procéder à la signature de l'acte notarié de vente des biens immobiliers.

Par courrier du 22 avril 2008, le mandataire des consorts H. a informé le mandataire de la société S. que ses mandants n'allaient pas se présenter devant le notaire au motif qu'aucun contrat de vente ne s'est formé entre parties.

Le 25 avril 2008, le notaire Tom Metzler a dressé un « procès-verbal de défaut » dans lequel il a constaté que les consorts H. ne se sont présentés ni en personne ni par mandataire ou porteur de procuration pour obtempérer à la sommation qui leur avait été faite.

Par exploits d'huissier de justice des 4, 7 et 8 juillet 2008, la société S. a donné assignation aux consorts H. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir constater que la société S. est le propriétaire des trois terres labourables pour les avoir acquises lors de la vente aux enchères publiques du 11 avril 2008. Elle demande à voir enjoindre les consorts H. à comparaître en l'étude du notaire Metzler, à une date à fixer par le notaire, afin de procéder à la signature de l'acte de vente relatif aux biens immobiliers en question et à voir dire qu'à défaut par eux de ce faire, le jugement à intervenir tiendra lieu d'acte authentique de vente. Elle demande encore à voir ordonner au conservateur des hypothèques de procéder à la transcription du jugement sur présentation de la grosse du jugement coulé en force de chose jugée et à voir condamner les consorts H. solidairement, sinon *in solidum*, sinon suivant telle quote-part à déterminer par le tribunal, à payer à la société S. la somme de 10.000 EUR, ou tout autre montant même supérieur à fixer *ex æquo et bono* par le tribunal, sinon à dire d'expert, à titre de réparation du préjudice résultant pour la société S. de l'exécution tardive par les consorts H. de leurs obligations contractuelles.

À l'appui de ses demandes, la société S. fait valoir qu'elle a accepté la « mise à prix » de 1.224.000 EUR émise par les consorts H. lors de la vente aux enchères du 11 avril 2008 « à hauteur de 1.225.000 EUR ». D'après elle, cette mise à prix représentait le prix plancher sur lequel les vendeurs étaient tombés d'accord entre eux pour céder les biens mis en vente. Aucune autre enchère que celle de la société S. n'aurait été faite lors de la vente aux enchères. La demanderesse conclut de ces éléments qu'elle a accepté l'offre de vente des consorts H. et qu'en application de l'article 1583 du Code civil, la vente est devenue parfaite, les parties ayant été d'accord sur la chose et sur le prix. Subsidièrement, la société S. formule une offre de preuve par audition de témoins qui est libellée comme suit :

« 1. Lors de la vente aux enchères publiques en date du 11 avril 2008, qui a eu lieu au café-restaurant Brideler Stuff, sis à L-8156 Bridel, 1, rue Lucien Wercollier, le crieur, M. Albert Govers, a lancé les enchères en utilisant les mots "mise à prix". Précisément le crieur a affirmé : "D'Stee geet elo un an ech hun eng mise à prix

vu seitens de Verkeefer vun 1.224.000 EUR Wee get mir déi?"

» 2. Le crieur M. Albert Govers a ainsi annoncé une mise à prix de 1.224.000 EUR pour les trois (3) terres labourables sises à Strassen...

» 3. Lors de cette même vente publique, M. B., administrateur et président de la société S., et agissant en qualité de représentant de la société S., a accepté la mise à prix des consorts H. à hauteur de 1.225.000 EUR.

» 4. Aucune autre enchère n'a été émise par ailleurs au sujet de ces trois immeubles.

» 5. Le notaire n'ayant pas prononcé l'adjudication, M. B. et M. M. ont signalé leur mécontentement séance tenante ».

Les défendeurs contestent tant avoir fait une « mise à prix » que le fait avancé par la société S. que celle-ci a fait une enchère. La seule enchère émise, celle de B., aurait été jugée insuffisante par les consorts H. de sorte qu'ils auraient décidé de retirer les objets de la vente, sans que l'enchérisseur en question ne s'y soit opposé et sans qu'il n'ait requis l'adjudication des trois terres labourables à son profit. Aucun contrat de vente ne se serait formé entre parties, de sorte que les demandes de la société S. ne seraient pas fondées. Concernant l'offre de preuve présentée par la société S., les consorts H. en contestent la recevabilité au regard des dispositions de l'article 1341 du Code civil. En tout état de cause, les faits offerts en preuve ne seraient pas pertinents.

La société S. soutient qu'en mettant une enchère qui n'a pas été couverte par une autre, elle a accepté l'offre des consorts H. de céder leurs biens au plus offrant. Par ailleurs, et en tout état de cause, en acceptant à hauteur de 1.225.000 EUR la mise à prix de 1.224.000 EUR fixée par les vendeurs sans qu'un autre enchérisseur ait fait une enchère plus élevée, la société S. aurait couverte cette mise à prix, de sorte qu'au regard des principes qui régissent la vente publique d'immeuble, les trois terres labourables mises en vente lui auraient été adjudgées pour le montant de 1.225.000 EUR. Un contrat de vente se serait formé en application de l'article 1583 du Code civil, les parties ayant convenu de la chose et du prix.

L'argumentation défendue par la demanderesse est basée sur la doctrine et la jurisprudence françaises et se justifie, d'après elle, au vu des principes de liberté contractuelle et de consensualisme régissant le droit des contrats. Il serait vain d'introduire dans le droit une complexité inutile en donnant à un acte un sens et une portée que seuls quelques spécialistes connaîtraient. Or, en matière de vente publique d'immeuble, il serait clair que les enchérisseurs qui se rendent à une vente aux enchères seraient généralement persuadés qu'une mise à prix fixée par les vendeurs constitue une offre. Il serait alors logique de rattacher cette signification et les effets en découlant à la mise à prix dès lors qu'il serait essentiel que le droit soit prévisible et que les sujets de droit puissent prévoir le sens et les conséquences à attacher à tel ou tel comportement. D'autres arguments militent, d'après la société S., en faveur de son raisonnement. Il serait évident que la mise en vente des immeubles appartenant aux consorts H. avait

pour but de liquider l'indivision existante de sorte que la vente du 11 avril 2008 se serait apparentée à une licitation ordonnée en justice. Dans cet esprit, les consorts H. auraient demandé au crieur d'annoncer le prix minimum pour lequel ils étaient convenus de vendre leurs biens. Il s'ajouterait qu'au Luxembourg, lors des ventes aux enchères volontaires organisées par le Fonds pour le développement du logement et de l'habitat, les termes de « mise à prix » seraient utilisés pour signaler justement le prix minimum auquel s'attendait le Fonds. L'enchérisseur qui se déclarerait d'accord avec cette mise à prix se verrait automatiquement adjudger le lot offert sans que le Fonds puisse se rétracter.

Les consorts H. contestent l'argumentation de la société S. Ils soutiennent que la mise en vente publique ne constitue qu'une proposition de contracter, un simple appel d'offre. Ce serait l'enchère qui, juridiquement, constitue l'offre et le contrat de vente ne se formerait qu'au cas où le vendeur accepte tant la personne de l'offrant que l'offre elle-même. À l'appui de ce raisonnement, les défendeurs invoquent la doctrine et la jurisprudence belges. Ils font valoir qu'au Luxembourg, il n'existe aucun usage aux termes duquel, dans les adjudications volontaires, le ou les propriétaires sont obligés de céder le bien mis en vente lorsque les enchères ne suffisent pas. Le contraire serait vrai : en l'absence d'indication dans le cahier des charges qu'à tel prix le bien sera cédé, le ou les propriétaires peuvent à tout moment décider de retirer l'objet de la vente. Une mise à prix n'existerait qu'en matière de vente publique forcée. À cet égard, les pratiques du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat, à supposer même qu'elles existent, seraient sans pertinence pour la solution du présent litige. À supposer même que le crieur ait utilisé le terme « mise à prix », ce que les défendeurs contestent, cela ne signifierait pas que les copropriétaires étaient d'accord à vendre pour la valeur de cette « mise à prix », à savoir pour 1.224.000 EUR, dès lors que le but poursuivi par une vente aux enchères volontaire est d'obtenir le prix le plus élevé. L'on verrait mal pourquoi les consorts H. se seraient déclarés d'accord à céder les biens pour le prix initialement annoncé. L'affirmation de la société S. qu'il y a eu mise à prix serait par ailleurs d'ores et déjà contredite par les faits qu'elle offre en preuve : si les propriétaires avaient fait une mise à prix de 1.224.000 EUR, il aurait suffi à la société S. d'offrir exactement 1.224.000 EUR pour l'accepter. Or, la demanderesse, seul enchérisseur, a, d'après ses propres dires, fait une offre supérieure en ajoutant 1.000 EUR à la prétendue mise à prix. Ceci démontre, d'après les consorts H., qu'il n'a pas pu y avoir de mise à prix obligeant les vendeurs à céder leurs biens à ce prix.

D'après la société S., plusieurs auteurs français définissent la vente publique aux enchères comme étant celle dans laquelle le vendeur met publiquement aux enchères la chose qu'il désire vendre avec engagement de la céder au plus offrant. Parmi les auteurs défendant cette thèse, la demanderesse énumère René Maurice et Jérôme Huet. Elle en tire qu'en annonçant publiquement vouloir procéder à la vente aux enchères des trois terres labourables, les consorts H. se sont engagés à céder au plus offrant, à savoir en l'espèce à la société S.

Il faut retenir que la doctrine française n'est pas unanime quant à la qualification à donner à la mise en vente publique aux enchères d'un immeuble. La société S. cite elle-même la position, qu'elle qualifie de « médiane », de Philippe Malaurie et de Laurent Aynès qui distinguent entre l'adjudication dans les ventes immobilières qui est faite avec une mise à prix dans laquelle l'adjudication est prononcée dès qu'un amateur a couvert cette mise à prix, même si l'enchère est unique, de sorte que, dans ce cas, la mise en vente est à qualifier d'offre précise de la part du vendeur qui est susceptible d'être acceptée par l'enchérisseur, et celle qui est faite sans mise à prix, dans laquelle la vente n'est réalisée que si le vendeur accepte la dernière enchère de sorte que, dans ce cas, la mise en vente est à qualifier de simple appel d'offre. D'autres auteurs français, tels qu'Antoine Vialard et Jean-Luc Aubert, vont plus loin et estiment que l'annonce d'une vente aux enchères ne constitue pas une offre, mais une invitation à participer aux enchères, un appel d'offres, sans qu'il ne faille distinguer entre l'hypothèse dans laquelle la vente est faite avec mise à prix et celle dans laquelle la vente est faite sans indication de mise à prix (A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *R.T.D.C.*, 1971, pp. 781 et s., n^{os} 38 et s.; J.-L. AUBERT, « Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat », *L.G.D.J.*, 1970, n^{os} 12 et 63). D'après J.-L. AUBERT, « La vente aux enchères apparaît bien comme un appel d'offres. Les objets destinés à la vente sont précisés mais leur prix n'est jamais fixé au départ. Ce sont les enchères et surenchères successives qui vont, tour à tour, compléter la proposition en la transformant en une offre de contracter. Mais l'offre ne sera pas le fait du vendeur. Celui-ci s'est borné à présenter les objets destinés à être vendus et à demander qu'on lui fixe le prix suivant une procédure particulière (...) » (J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n^o 63). Il reste que, pour cet auteur, l'acceptation par le vendeur est, sauf réserve à prévoir dans le cahier des charges, acquise à la dernière proposition qui lui sera faite selon cette procédure, partant par l'enchérisseur le plus offrant.

En doctrine et en jurisprudence belges, il est admis que la mise en vente publique d'un immeuble ne constitue qu'une proposition de contracter, que c'est l'enchère qui constitue l'offre et que cette offre doit être acceptée par le vendeur pour qu'un contrat de vente définitif se forme (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 1964, n^o 531ter; *Répertoire pratique de droit belge*, v^o « Vente », n^o 642; Cass. b., 1^{re} ch., 13 janvier 1966, *Bull. et Pas.*, 1966, I, 613; Anvers, 1^{re} ch., 20 octobre 1976, 27 octobre 1976, *Revue du notariat belge*, 1977, t. 99, pp. 500 et s., cités par les consorts H.; *Pandectes belges*, « Vente publique d'immeubles », n^o 44, 113). Le vendeur ne s'oblige pas à faire adjuger la chose au dernier enchérisseur, s'il juge que le prix n'est pas suffisant (*Pandectes belges*, *op. cit.*, n^o 63). S'il s'agit d'une vente volontaire et qu'il n'est pas établi que les vendeurs aient préalablement pris l'engagement de laisser le bien au dernier enchérisseur, les vendeurs restent entiers dans leurs droits (*Pandectes belges*, *op. cit.*, n^o 113). Ces principes semblent même être valables en matière de vente publique forcée d'immeuble (Cass., 2 mai 1986, n^o 7355 du rôle : « Lorsqu'il constate qu'il ressort du procès-verbal d'adjudication provisoire d'une vente pu-

blique forcée qu'une offre a été faite par un enchérisseur pour un prix déterminé et que les vendeurs n'étaient pas d'accord pour vendre le bien à ce prix en raison de l'insuffisance éventuelle du montant de l'offre, le juge justifie légalement sa décision que seul l'enchérisseur s'est obligé à l'égard des vendeurs et que ces derniers n'avaient aucune obligation de vendre au prix offert »).

Le droit belge connaît, comme le droit français, le concept de la « mise à prix ». Ce concept suit le régime juridique de l'enchère : la mise à prix est une promesse d'acheter sous la condition qu'il n'y aura pas d'enchère plus élevée (*Pandectes belges*, *op. cit.*, n^o 44). La mise à prix oblige le vendeur à ne pas adjuger définitivement au premier enchérisseur avant d'avoir ouvert les enchères sur le pied de la mise à prix, mais laisse le vendeur libre d'accepter l'offre émise par un enchérisseur à hauteur de la mise à prix.

La solution telle qu'elle apparaît en droit belge en matière de mise en vente publique volontaire d'immeuble, abstraction faite d'une éventuelle mise à prix fixée par le vendeur, est plus respectueuse de la liberté du vendeur. En droit français, en l'absence de clause contraire du cahier des charges, l'adjudication du bien est prononcée de manière automatique en faveur du dernier enchérisseur le plus offrant. Ce mécanisme transparaît de la définition que Lauren-

ce Mauger-Vielpeau donne de l'adjudication qui est, d'après elle, un mode objectif et automatique de détermination de la personne du cocontractant et du prix (L. MAUGER-VIELPEAU, « Les ventes aux enchères », thèse, 1997, citée in J.-C. HONLET et O. DE BAECQUE, *La réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*, Dalloz, 2001, pp. 141 et s.). Il semble même qu'il soit à cet égard indifférent que l'on qualifie la mise en vente publique comme étant une offre ou un simple appel d'offre (J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n^o 63, qui, comme il a été retenu ci-avant, soutient que l'acceptation du vendeur est « acquise à la dernière proposition qui lui sera faite », bien que cet auteur qualifie en même temps la mise en adjudication volontaire comme étant un appel d'offres). En droit belge, la liberté du vendeur d'accepter l'enchère, même présentée par le dernier enchérisseur, est en principe entière et n'est réduite que par l'insertion d'une clause contraire dans le cahier des charges. L'acceptation du vendeur est apportée à la connaissance de l'enchérisseur par le prononcé par le notaire du mot « adjugé » ou autre équivalent du consentement du vendeur : « Lorsque le jour de la vente, à l'occasion de la dernière enchère, le notaire a prononcé le mot sacramentel "adjugé" ou autre équivalent du consentement du vendeur ou sans protestation de sa part, celui-ci est alors définitivement lié » (*Pandectes belges*, *op. cit.*, n^o 149).

Le tribunal adhère au système tel qu'il est connu en Belgique où, comme au Luxembourg, le législateur n'est pas intervenu pour réglementer les formes de la vente publique volontaire d'immeuble. La pratique belge est en effet la plus satisfaisante au vu du caractère volontaire de la vente publique extrajudiciaire d'immeuble. En optant en faveur d'une vente publique volontaire d'immeuble, le vendeur cherche à obtenir le prix le plus élevé. Admettre que le vendeur doive obligatoirement accepter l'offre du dernier enchérisseur et adjuger le bien mis en vente à celui-ci, sans laisser au vendeur la faculté de retirer son bien de la vente en cas d'offre jugée insuffisante et de le présenter le cas échéant à une séance d'enchères subséquente pour rechercher des enchères plus élevées, revient à dire qu'en l'absence de stipulation spécifique dans le cahier des charges, le prix de vente sera fixé de manière unilatérale par l'acheteur, le vendeur s'engageant dès avant la première enchère d'accepter le prix proposé par le dernier enchérisseur. Or, un tel système va à l'encontre du but recherché par le vendeur qui met son bien en vente publique. Le tribunal estime qu'il n'y a aucune raison de s'écarter en la matière des règles du droit commun de la vente. La liberté du vendeur d'accepter ou de refuser le prix que lui propose l'acheteur doit rester le principe en matière de vente publique volontaire d'immeuble, étant entendu que rien n'interdit au vendeur de prévoir une clause dans le cahier des charges l'obligeant à adjuger son bien à l'enchérisseur le plus offrant. A cet égard, l'on ne saurait, comme le soutient la société S., attacher de quelconques effets juridiques à la conviction que les participants non avertis à une vente aux enchères acquièrent le cas échéant en suivant le déroulement de cette procédure que les enchérisseurs sont les acceptants de l'offre émise par le vendeur, cette croyance, soit-elle légitime, étant erronée en droit.

Il faut conclure des développements qui précèdent que le moyen de la société S. consistant à

Strad@
www.strada.be **droit**

L'accès le plus direct à l'information juridique

Informations et commandes :
De Boeck Services srl
Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve
(010) 48 25 70 • (010) 48 25 19
commande@deboeckservices.com

dire qu'un contrat de vente sur les trois terres labourables litigieuses s'est formé par le fait qu'elle était le seul et dernier enchérisseur, partant l'enchérisseur le plus offrant, n'est pas fondé. À défaut d'adjudication des biens à son profit, partant à défaut d'acceptation de son offre par les consorts H., aucun contrat n'a valablement pu se former à ce titre.

Reste à déterminer si la prétendue indication par les consorts H. d'une mise à prix, contestée par ceux-ci, a pu avoir une incidence sur la liberté des vendeurs de refuser l'offre du dernier enchérisseur qu'était la société S., offre qu'ils jugeaient insuffisante, et de retirer leurs biens de la vente.

Tant en droit français qu'en droit belge, la mise à prix est, en matière de vente publique volontaire d'immeuble du moins, une simple indication fixée, en pratique, en dessous de la valeur vénale et a pour but d'attirer les clients éventuels (A. VIALARD, *op. cit.*, n° 41). Il s'agit de la détermination, par estimation, du prix auquel les enchères seront ouvertes, de la somme déterminée, de l'estimation faite pour le prix de départ (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*), du prix auquel le vendeur ouvre les enchères (*Pandectes belges, op. cit.*, n° 44). À l'instar de l'enchère, la proposition émise par l'enchérisseur à hauteur de la mise à prix fixée par le vendeur n'est qu'une promesse d'acheter sous la condition qu'il n'y aurait pas d'enchère plus élevée (*Pandectes belges, op. cit.*, n° 44) et non pas une offre de prix de la part du vendeur qu'il suffit à l'enchérisseur d'accepter pour se faire adjuger le bien, partant pour qu'un contrat de vente se forme entre parties. Cette thèse se justifie, là encore, au regard de la considération qu'en matière de vente publique volontaire d'immeuble, le vendeur cherche à obtenir le prix le plus élevé. Pour arriver à son but, le vendeur peut émettre une mise à prix pour attirer le plus d'acheteurs potentiels possible et pour susciter ainsi le plus d'enchères possible. Forcer le vendeur alors à accepter, à défaut d'enchère supérieure à la mise à prix préalablement fixée, à vendre à hauteur de cette mise à prix, alors que celle-ci ne correspond pas, par définition, à la valeur vénale du bien mis en vente, irait à l'encontre du but recherché par le vendeur et anéantirait l'objectif visé par le vendeur qui est précisément de provoquer le plus d'enchères possible aux fins d'atteindre le prix le plus élevé, répondant à ses attentes.

L'argumentation de la demanderesse qu'en l'espèce, la mise à prix alléguée doit être comprise comme représentant le prix minimum pour lequel les consorts H. avaient convenu de vendre leurs biens au motif que la mise en vente des immeubles avait pour seul but de sortir de l'indivision existante et que partant la vente du 11 avril 2008 s'est apparentée à une licitation ordonnée en justice doit être rejetée. Une telle interprétation n'est pas admissible au regard de la définition claire et non équivoque de la mise à prix. D'ailleurs, le seul fait que les consorts H. étaient en indivision quant aux immeubles mis en vente et qu'ils ont décidé de vendre leurs biens pour une raison ou pour une autre n'est pas de nature à conférer à la vente publique volontaire le caractère d'une vente publique ordonnée par le juge. L'allégation de la demanderesse que la prétendue mise à prix, fixée, d'après la société S., à 1.224.000 EUR, constituait le prix plancher

pour lequel les consorts H. avaient convenu de vendre leurs biens est en tout état de cause déjà contredite par les éléments du dossier, et notamment par le fait que, malgré l'enchère portée par la requérante à 1.225.000 EUR, les défendeurs ne lui ont pas adjugé les biens et ont, au contraire, décidé de retirer les immeubles de la vente.

La société S. avance encore les pratiques du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat d'adjuger automatiquement le lot mis en vente à l'enchérisseur qui propose de payer le prix minimum auquel s'attendait le Fonds, les termes de « mise à prix » étant utilisés à cette occasion pour désigner ce prix minimum, sans que le Fonds puisse se rétracter.

C'est à bon droit que les consorts H. y opposent qu'à supposer même que ces pratiques existent, ce que la société S. n'établit pas, l'action du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat qui a, d'après l'article 54 de la loi modifiée du 25 février 1979 concernant l'aide au logement, pour objet de réaliser à sa propre initiative toute opération de développement du logement et de l'habitat, ne saurait être comparée à celle d'une personne privée désirant vendre son immeuble à un prix correspondant le plus possible à la valeur vénale de ce bien.

Il faut déduire de ces éléments que, même à supposer qu'il soit établi que les consorts H. avaient déterminé une mise à prix de 1.224.000 EUR, et que la société S. avait accepté ou couvert cette mise à prix à hauteur de 1.225.000 EUR, les défendeurs étaient en droit de refuser cette proposition s'ils la jugeaient insuffisante et de retirer leurs biens de la vente à défaut d'enchère supérieure. Aucun contrat de vente ne s'est, partant, formé entre parties.

À cet égard, l'offre de preuve formulée par la société S. et qui tend à prouver l'annonce par le crieur d'une mise à prix n'est ni pertinente ni concluante pour la solution du litige, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser l'admissibilité de la preuve par témoins au regard des dispositions de l'article 1341 du Code civil.

Les demandes de la société S. de voir constater qu'elle est la propriétaire des trois terres labourables pour les avoir acquises lors de la vente aux enchères publiques du 11 avril 2008, de voir enjoindre les consorts H. à comparaître en l'étude du notaire Metzler afin de procéder à la signature de l'acte de vente relatif à ces biens et de voir dire qu'à défaut de ce faire, le jugement à intervenir tiendra lieu d'acte authentique de vente ne sont pas fondées. Il n'y a pas non plus lieu de faire droit à la demande de la requérante de voir ordonner au conservateur des hypothèques de procéder à la transcription du jugement à intervenir.

Au vu de ce qui précède, la demande de la société S. de voir condamner les consorts H. à lui réparer le préjudice qui lui est accru du chef de l'exécution tardive des obligations contractées par eux n'est pas non plus fondée.

[Dispositif conforme aux motifs.]



Bibliographie

Gaston Vogel, « Lexique de procédure pénale », 3^e éd. — Bruxelles, Larcier, 2009.

Cet ouvrage de 402 pages constitue un traité actualisé sur la procédure pénale au Luxembourg. Il est scindé en deux parties.

La première partie analyse l'instruction préparatoire ainsi que les accords de Schengen et l'entraide judiciaire, tandis que la deuxième partie, intitulée « De la justice », se penche sur la procédure devant les juridictions de fond, de même que sur certaines lois spéciales.

Ce lexique de procédure pénale constitue un ouvrage extrêmement complet et précis. Il examine non seulement les jurisprudences des juridictions luxembourgeoises, mais renvoie à des analyses des jurisprudences belges et françaises. D'autre part, les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg qui constituent bien entendu un enrichissement en cette matière sont également examinées.

L'auteur ne se limite cependant pas à une analyse de la jurisprudence luxembourgeoise, mais l'avocat pénaliste qu'il est n'omet pas de montrer du doigt certaines différences entre la théorie et la pratique, notamment en mettant en exergue une différence certaine entre certains grands principes du droit moderne et leur exécution défailante dans le quotidien.

Ainsi, les grands principes guidant le droit moderne, à l'instar du principe sacro-saint de l'égalité des armes entre la défense voire la partie civile et le parquet, ne sont guère réalisés.

Une différence majeure consiste notamment à l'accès au dossier, fortement limité pour la défense dans la phase d'instruction.

En outre, il y a une inégalité d'armes certaine entre les autorités poursuivantes et la défense lorsque l'assistance d'un avocat n'est pas de droit dès le premier interrogatoire dans le cadre de l'enquête préliminaire. Or, le droit au procès équitable et à l'égalité des armes est couvert par les prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont notre pays était un des premiers signataires. Ces principes sont pour la plupart de droit dans des pays voisins, notamment en France.

L'ouvrage qui se présente sous la forme d'un dictionnaire facilite les recherches du professionnel. Gaston Vogel a en conséquence, dans la troisième édition de son lexique de procédure pénale, non seulement comblé un vide doctrinal certain en la matière tout en ne se contentant donc pas du seul examen jurisprudentiel et législatif actuel, mais a également mis le doigt sur certaines lacunes qui devraient être comblées aussi vite que possible dans l'intérêt d'une conformité entre les grands principes du droit pénal et leur exécution au quotidien.

Ce lexique est un outil de travail important, un *must* pour tout professionnel de la procédure pénale au Luxembourg, mais aussi un appel au respect des grands principes du droit.

D. Hiez (dir.), « Droit comparé des coopératives européennes ». — Bruxelles, Larcier, 2009, 165 pages.

Ce livre fait suite à un colloque qui s'est tenu il y a quelque temps à l'Université du Luxembourg. Il s'agit en même temps d'un des premiers ouvrages de la nouvelle collection de la Faculté de droit, d'économie et de finances de l'Université du Luxembourg, collection inaugurée en 2008.

Il comprend neuf contributions sur les coopératives dans autant d'États membres de l'Union européenne : Allemagne (S. Mock), Royaume-Uni (I. Snaith), France (W. Meynet), Espagne (G. Fajardo Garcia), Italie (R. Lolli), Grèce (S. Karafolas et A. Katarachia), Finlande (H. Henry), Belgique (M. Coipel), Luxembourg (D. Hiez). Cinq sont rédigées en anglais, quatre en français.

Deux précisions quant à l'intitulé de l'ouvrage. En premier lieu, il s'agit bien d'un ouvrage de droit *comparé* des coopératives européennes, dans différents États membres de l'Union européenne, et non pas de droit *européen* des sociétés coopératives. La société coopérative européenne, issue du règlement communautaire du 22 juillet 2003, ne s'y trouve donc pas traitée en tant que telle, même si l'une ou l'autre contribution y fait référence, notamment en ce qui concerne son impact (éventuel) sur le droit national. Deuxièmement, on notera que le titre se réfère aux *coopératives* et non pas aux *sociétés coopératives* (tout comme d'ailleurs aucun des titres des différents rapports nationaux ne contient le mot *société*, sauf indirectement le rapport sur le droit français qui parle des *formes sociales*). Faut-il ranger les coopératives parmi les sociétés ou sont-ce des entités à part? La réponse n'est pas nécessairement la même d'un pays ou d'un auteur à l'autre.

En lisant les différents rapports nationaux, on retiendra surtout deux traits communs. Tout d'abord, l'importance de l'évolution historique si on veut comprendre le droit des coopératives (et ses ressemblances ou différences d'un pays à l'autre), au-delà des mythes (ainsi le rapport belge, p. 127, remet à leur place les fameux tisserands de Rochdale). Ensuite, plus récemment, un certain renouveau de la coopérative, qu'il s'agisse de réformes législatives dans de nombreux pays, ou de l'impact du droit comptable et des normes IAS/IFRS (question traitée surtout dans le rapport allemand, pp. 7 et s., mais incontestablement importante également dans d'autres pays).

Le lecteur s'intéressant plus particulièrement au droit luxembourgeois ne manquera pas de retenir le rapport de David Hiez — qui s'est déjà intéressé au droit coopératif à d'autres occasions — sur les coopératives luxembourgeoises (pp. 145 et s.). Ce rapport, comme d'autres, ne se veut pas uniquement descriptif, mais critique. Que l'on veuille prendre parti ou non, l'ouvrage constitue ainsi, outre sa fonction informative, une excellente occasion de renouveler le débat sur les coopératives, à la croisée de plusieurs branches du droit.

Jean-Paul SPANG



Parallèlement

**Prix de l'A.L.J.B. :
« La finance islamique : opportunités et challenges pour le Grand-Duché de Luxembourg ».**

Le prix de l'Association luxembourgeoise des juristes de droit bancaire (A.L.J.B.)¹ a été décerné, au début de l'année déjà, à Carole et Sufian Bataineh, récompensés pour une étude intitulée « La finance islamique : opportunités et challenges pour le Grand-Duché de Luxembourg », qui vient d'être publiée au *Bulletin Droit & Banque*².

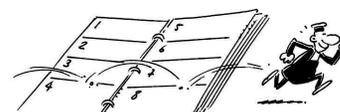
Au-delà de l'analyse méthodique des fondements de la finance islamique et en particulier des différents types de contrats utilisés dans le domaine financier, les auteurs s'attachent à en mettre les principes en perspective et à étudier leur compatibilité avec les principes de droit civil en vigueur au Grand-Duché. Nombre d'opportunités sont ainsi mises en lumière, auxquelles notamment l'industrie des fonds d'investissement ne devrait pas être insensible.

Si cette contribution mérite sans conteste une lecture attentive, le lecteur y trouvera également source de réflexion dans une conjoncture encore durement marquée par une crise financière qui a révélé les limites d'un système où la recherche du profit, souvent à court terme, a pu être érigée en dogme.

Dans la préface qu'ils nous livrent à l'occasion de la publication de leur étude, les auteurs soulignent à cet égard que « la finance islamique se fonde sur des principes sains pour l'économie, tels que notamment l'interdiction de faire un profit sans prise corrélative de risque (...), l'interdiction de prise de risques excessifs et de la spéculation et surtout l'idée qu'il doit exister un partage des risques entre les parties à un contrat (...) ».

Loin du choc des cultures, c'est plus ici la communion des cultures que les lauréats ont éclairée de leur talent. L'A.L.J.B. les en remercie.

Philippe BOURIN



Dates retenues

À l'occasion de sa première année d'existence, le comité de rédaction du *J.T.L.* et Larcier organisent, le jeudi 4 février 2010, un colloque sur le thème « Sûretés et garanties mobilières ». — Programme :

17 h : accueil des participants.

17 h 30 - 17 h 45 : présentation du *Journal des tribunaux - Luxembourg* et introduction au colloque, par M. Thewes.

17 h 45 - 18 h : « L'intégration des marchés financiers : la garantie d'un équilibre ou le déséquilibre des garanties? », par M. Grégoire.

18 h - 18 h 15 : « Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires », par P. Schleimer.

18 h 15 - 18 h 30 : « Le droit d'utilisation du créancier bénéficiaire d'une garantie financière », par I. Riassetto.

18 h 30 - 18 h 45 : « Les contrats de garantie financière face aux procédures d'insolvabilité », par S. Jacoby.

18 h 45 - 19 h : « La compensation comme garantie d'une créance sur un débiteur en faillite », par P. Hurt.

19 h - 19 h 15 : questions et réponses.

L'inscription au colloque est possible jusqu'au 29 janvier 2010 sur le site www.jtl.lu ou par courriel à jtlux@larcier.be.

Journal
des tribunaux
Luxembourg

Rédacteur en chef : Marc THEWES.

Secrétaire de rédaction : Elisabeth OMES.

Directeur scientifique : Georges-Albert DAL.

Comité de rédaction : Philippe BOURIN, Valérie DUPONG, Thierry HOSCHET, Patrick KINSCH, Philippe-Emmanuel PARTSCH, Alex SCHMITT, Emmanuel SERVAIS, Jean-Paul SPANG, Dean SPIELMANN, Jean-Joseph WAGNER.

ADMINISTRATION : LARCIER
ABONNEMENT 2009 : 150 € TTC

Le numéro : 28 € TTC

Abonnement : Larcier, c/o De Boeck Services, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. : 32-(0)2 548.07.13 - Fax : 32-(0)2 548.07.14
E-mail : abo@deboeckservices.com
<http://www.larcier.be>

Les envois destinés à la rédaction peuvent être adressés à Monsieur Marc Thewes, 13, Breedewee (rue Large), B.P. 55, L-2010 Luxembourg ou envoyés par e-mail à l'adresse suivante : jtl@larcier.be.

© Groupe De Boeck s.a.

Tous droits de reproduction, sous quelque forme que ce soit, réservés pour tous pays. Les manuscrits ne sont pas rendus

Les auteurs cèdent à LARCIER leurs droits intellectuels sur les textes publiés au « Journal des tribunaux Luxembourg ». Toute reproduction est dès lors interdite sans l'accord écrit de LARCIER

Ed. resp. : G. Hoyos
administrateur délégué Groupe De Boeck
Editeur : Larcier, rue des Minimes, 39 - B-1000 Bruxelles

(1) Le prix de l'A.L.J.B., attribué tous les deux ans, s'inscrit dans l'objectif de promotion de la réflexion scientifique en droit bancaire et financier sur la Place de Luxembourg. Il s'adresse aux auteurs de moins de quarante ans. L'Association récompense les meilleurs travaux par un ou plusieurs prix. La contribution primée est ensuite publiée dans un numéro du *Bulletin Droit & Banque*. De plus amples informations peuvent être consultées sur le site de l'A.L.J.B. <http://www.aljb.lu/>.

(2) Le *Bulletin Droit & Banque* n° 43 peut être obtenu auprès de l'A.L.J.B.