

L'Institut Grand-Ducal, calqué – mutatis mutandis – sur le modèle de l'Institut de France, a été créé en 1868, dans le « but de cultiver les sciences, les lettres et les arts ». Il groupe six sections : Histoire – Sciences naturelles – Médecine – Linguistique – Arts et Lettres – Sciences morales et politiques. Cette dernière section, la plus jeune, ne remonte qu'à 1966 et couvre « notamment la philosophie, les sciences sociales, politiques et économiques ainsi que les sciences juridiques ». Conformément à son règlement organique : « La section groupe des personnes qui, par la valeur de leurs travaux scientifiques, méritent d'être réunies en un collège représentatif de ces branches du savoir ».

ISBN 978-99959-926-4-4
© 2018 Institut Grand-Ducal
Section des Sciences Morales et Politiques

Adresse pour la correspondance:
smp-secret@igd.lu

Institut Grand-Ducal

ACTES

**de la Section
des Sciences Morales et Politiques**

**Le droit commun et l'avenir
du droit luxembourgeois**

par **Patrick Kirsch**

Volume XXI



**Luxembourg
2018**

Institut Grand-Ducal

A C T E S

**de la Section
des Sciences Morales et Politiques**

Volume XXI

**Le droit commun et l'avenir
du droit luxembourgeois**

par

Patrick Kinsch

Site internet : www.igd-smp.lu

2018

Illustration de la couverture :
Rome, Basilique de Santa-Maria in Cosmedin : Bocca della Verità
(Wikimedia Commons, licence n° CC-BY-SA 3.0,
photographie par Dnalor_01)

© Institut Grand-Ducal 2018, Section des Sciences morales et politiques
Imprimeur : Hengen Print & More, Luxembourg
ISBN : 978-99959-926-4-4

Séance du 26 octobre 2017

LE DROIT COMMUN ET L'AVENIR DU DROIT LUXEMBOURGEOIS

par

Patrick Kinsch

Patrick Kinsch est membre de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal depuis 1991. Né en 1962, il est avocat au barreau de Luxembourg. Il est également professeur à l'Université du Luxembourg.



Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois

Le droit commun est un ensemble de règles ordinaires, censées être équilibrées, qui évite le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges. En droit privé, c'est (pour faire bref et un peu inexact) le droit du Code civil ; au-delà du droit civil, il existe du droit commun dans toutes les branches du droit, même en droit fiscal. Ne sous-estimons pas le droit commun ; il est précieux.

Mais a-t-il un véritable avenir au Luxembourg ? Il a quelques alliés, il est vrai : le contrôle de la constitutionnalité des lois, et le contrôle des clauses abusives dans les contrats. Deux puissants facteurs jouent cependant contre lui : 1° le manque, paradoxal mais réel, de ressources qui permettraient de faire évoluer le droit commun, en particulier sur le plan législatif ; 2° le souhait de le remplacer par du droit dérogatoire (et compétitif dans le marché international des normes), qui n'a aucune des caractéristiques, rappelées ci-dessus, du droit commun.

1. **Thèmes de la conférence.** Cette conférence sera divisée en trois parties.

La première partie est une partie introductive et s'interroge sur le *sens* de la notion de droit commun et sur son histoire. Cette partie est développée, il faut l'avouer, essentiellement pour faire plaisir à l'auteur de la conférence. La deuxième partie est la partie à proprement parler juridique, destinée aux juristes, qui montrera que la volonté de défendre le droit commun n'est pas une passion personnelle au conférencier, mais correspond à des principes juridiquement obligatoires, des principes que l'on peut certes vouloir méconnaître mais dont la méconnaissance est contraire au droit. La troisième partie, consacrée aux faiblesses du droit commun spécifiques au Luxembourg, devait être incluse, étant donné que ceci est une conférence devant la Section des sciences morales et politiques. Ce sera donc la partie morale et politique.

I. – Que signifie la notion de « droit commun » ?

2. **Polysémie de la notion de droit commun.** Le « droit commun » n'est pas une notion univoque. Il faudra choisir entre ses différentes significations, en fonction de ce qui semblera particulièrement important. Pour vous donner une impression de la polysémie de la notion de droit commun, voici le

début d'une thèse récemment parue, la thèse de Nicolas Balat, *Essai sur le droit commun* :

« Chacun se fait intuitivement une certaine idée de ce qu'est le droit commun. La confrontation des intuitions révèle toutefois des approches variables : est-ce le droit civil ? Le droit privé ? Le droit des obligations ? Le droit romain ? Le droit naturel ? Le droit international ? Le droit européen ? Les principes ? Les règles générales ? Le droit résiduel ? La liste est incomplète et pourtant déjà longue »¹.

Voici quelques-uns des sens de la notion de droit commun. Le droit commun s'oppose ainsi au droit particulier ou au droit local – non pas au Luxembourg, mais par exemple en France, et cette opposition entre droit commun national et droit local est un thème important de la thèse de Nicolas Balat. Ou alors : le droit commun peut être pris au sens de *ius commune*, de caractère supranational, s'opposant au droit particulier qui peut être soit un droit local, soit le droit national.

Ce dernier thème est lui aussi intéressant, d'abord sous l'angle de l'histoire du droit : la réception du droit romain (le *jus commune* historique) dans les pays européens à partir du Moyen Âge a été un moyen de perfectionnement technique du droit, qui devenait ou redevenait objet de science. Elle a également été un moyen pour les juristes d'acquérir une position de puissance² – leur concours, fondé sur le capital symbolique inhérent à la maîtrise d'un droit scientifique, devenait désormais indispensable à l'administration de la communauté –, position de puissance qu'ils n'ont depuis lors plus jamais lâchée. Ou alors on préférera citer les efforts doctrinaux actuels de création d'un nouveau *ius commune europeanum*, composé par exemple des « Principes européens du droit des contrats »³, initiative intellectuelle importante dont les promoteurs espèrent que les Principes seront un jour transformés en un chapitre d'un futur code civil européen unifié ; il reste à voir si la création d'un code civil européen a des chances de se réaliser

1 N. Balat, *Essai sur le droit commun*, Paris, LGDJ, 2016, n° 1.

2 Voir U. Wesel, *Geschichte des Rechts*, 4^e éd., Munich, C.H.Beck, 2014, p. 336-337.

3 *Principles of European Contract Law*, parts I and II (O. Lando et H. Beale, dir.), La Haye, Kluwer, 2000 ; part III (O. Lando, E. Clive, A. Prüm et R. Zimmermann, dir.), La Haye, Kluwer, 2003 ; *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, Paris, SLC, 2003. D'autres initiatives en matière de (re-)création d'un *jus commune* européen existent. – Sur les liens entre les formes historiques et contemporaines du *jus commune*, voir F. Zenati-Castaing, « La nature savante du droit commun », *Rev. int. dr. comp.* 2016, p. 577.

(pour l'instant, ces chances sont objectivement nulles, mais après tout la situation peut changer à l'avenir). Ce ne sera pas le thème de la conférence.

Ou alors, autre sens très technique de notion de droit commun, l'opposition entre les règles du droit commun et les règles de droit spécial dans les différentes matières du droit⁴ : au droit commun des contrats s'oppose le droit des contrats spéciaux, au droit commun des sûretés s'oppose le droit spécial des sûretés, etc. Cet autre sens ne nous arrêtera pas non plus ici, ce qui ne signifie pas que l'étude du droit commun ainsi compris soit dépourvue d'intérêt ; mais cet intérêt est de nature purement technique.

Enfin, le droit commun s'oppose au droit dérogatoire⁵, et c'est cette opposition que je me propose d'approfondir quelque peu ici, par rapport à la situation particulière du droit luxembourgeois.

3. *Droit commun et droit dérogatoire.* Nous poserons que le droit commun (au sens de cette conférence) se caractérise comme suit : il est (1) un ensemble de règles, (2) formant un système orienté autour de principes cohérents, (3) qui respecte l'égalité des sujets de droit et vise à réaliser un équilibre entre leurs droits et intérêts, (4) et qui évite donc le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges. *En plus*, il se doit de rester à jour de l'évolution de la société. Ce dernier élément est assez subjectif, mais (du moins faut-il l'espérer) non excentrique : il reflète la préférence pour un droit commun moderne, par opposition à un droit commun traditionaliste.

Il faut souligner l'*importance* du droit commun, et ce sous deux rapports : d'une part, le droit commun est comme l'âme juridique de la Nation, une âme dans un sens plus proche de la lutherie que de la métaphysique ; une nation qui ne fait rien pour son droit commun est une nation qui se désintéresse du sort d'une partie importante de son identité culturelle. Ce qui n'est pas souhaitable, alors même que par ailleurs cette même nation investirait beaucoup dans des aspects particuliers de son ordre juridique, y compris des aspects utiles pour son développement économique.

4 C'est l'autre grand thème de la thèse de N. Balat, précitée.

5 Cf. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960, n° 155, sous la rubrique « Le droit commun comme notion systématique » : « Le droit commun, c'est le fonds traditionnel et général de notre ordre juridique. ... L'application du droit commun reste toujours le principe. Le droit commun s'étend, alors que le droit d'exception, le droit exorbitant, se trouve limité ».

Et d'autre part, le droit commun correspond (comme on aura pu le voir à partir de la définition qui précède) à un idéal de justice. On ne peut pas se passer – et surtout pas si on est juriste – de la recherche de la justice. Voilà donc d'excellentes raisons d'aimer le droit commun.

4. Une brève histoire du droit commun. Le droit civil. On commencera par le droit civil, qui représente non pas l'intégralité du droit commun – cette vision est celle de nostalgiques de l'éminence scientifique du droit civil⁶, et méconnaît l'importance et l'originalité qu'ont prises au vingtième siècle les autres branches du droit –, mais néanmoins une matière fondamentale dans le cadre de la définition du droit commun sur laquelle nous nous appuyons. Commençons par cette citation extraite de l'*Essai sur les privilèges* de Sièyes, publié en 1788 :

« Ce qui constitue le privilège est d'être hors du droit commun »⁷.

Cette phrase est une condamnation, du point de vue juridique, de la société, reconnue comme étant une société inégalitaire, de l'Ancien Régime. L'Ancien Régime considérait comme naturelle la division de la société en plusieurs ordres, et l'inégalité des droits et devoirs de leurs membres. C'était vrai non seulement en droit fiscal, au détriment des membres du tiers état, mais aussi en droit privé, notamment des successions : la *Jurisprudence générale Dalloz*, encyclopédie du droit français de la première moitié du dix-neuvième siècle, nous apprend ainsi que sous l'Ancien Régime

« Les biens *nobles* étaient dévolus en général à l'ainé des mâles, pour la majeure partie, et quelquefois même en totalité. Les immeubles *roturiers* se partageaient ordinairement par portions égales ; certaines coutumes cependant autorisaient sur ces biens l'exercice du droit d'aînesse »⁸.

C'est la Révolution française qui a apporté sur ce point (et sur d'autres) des idées nouvelles en Europe :

« Au nom de l'*égalité*, on abolit, dans le *partage* des successions, toutes ces distinctions d'*âge* et de *sexe*, si contraires au vœu de la nature, si

6 Pour l'exposé et la critique de ces vues, voir N. Balat, *op. cit.*, n°s 104-112.

7 P. 2 de l'édition originale : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k416867/f5.image>.

8 V° *Succession* (tome 41, 1856), n° 18.

propres à relâcher les liens de famille. – Dès le 15 mars 1790, la loi portant suppression des droits féodaux, supprimait en même temps (art. 11) “les droits d’aînesse et de masculinité, à l’égard des fiefs, domaines et alleux nobles,” et ordonnait le partage de toutes successions “sans égard à l’ancienne qualité noble des biens et des personnes.” – Une autre loi, des 8-15 avril 1791, abolit aussi “toute inégalité résultant des qualités d’aîné ou de puiné, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières” »⁹.

Notons que le même volume de la *Jurisprudence générale*, publié en 1856, montre une frilosité certaine à l’égard d’une autre réforme de 1793, sur laquelle le législateur français était entre-temps revenu, mais qui nous paraît aujourd’hui parfaitement normale :

« La convention porta plus loin encore le principe d’égalité entre les enfants. Par une fâcheuse assimilation, contraire aux mœurs et à la dignité du mariage, elle appelait par égale portion les enfants naturels et les enfants légitimes, à la succession de leurs père et mère, et même, rétroactivement, aux successions ouvertes depuis le 14 juill. 1789 (décrets des 4 juin 1793, et 12 brum. an 2) »¹⁰.

Les Luxembourgeois furent bénéficiaires de ces idées neuves comme les autres habitants des départements réunis à la France, à partir de 1795, au moment de l’introduction du droit français sous le Directoire.

5. Le Code civil. La révolution engendra, en réaction, une dictature militaire, celle du premier consul Bonaparte, qui deviendrait l’empereur Napoléon. Le Code civil fut promulgué en 1804. Napoléon était particulièrement fier de l’introduction du Code ; en exil à Sainte-Hélène, il aurait dit :

9 *Ibid.*, n° 20.

10 *Ibid.* L’égalité de statut entre enfants naturels et enfants légitimes a dû être affirmée au vingtième siècle par la Cour européenne des droits de l’homme contre les réticences des ordres juridiques belges et français : arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31, et (s’agissant de la discrimination existant à l’époque en vertu du Code civil français au détriment des enfants adultérins) l’arrêt du 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000 II. Au Luxembourg, la jurisprudence *Marckx* a été suivie par Cass. 17 janvier 1985, reproduit in A. Spielmann, A. Weitzel et D. Spielmann, *La Convention européenne des droits de l’homme et le droit luxembourgeois*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 320 et s.

« Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles : Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil »¹¹.

Il existe toute une iconographie de l'époque, qui reprend naïvement les mêmes thèmes : une image d'Epinal montre Napoléon, en habit militaire, qui « dicte lui-même ce code immortel », pendant qu'un conseiller (Portalis ?) note diligemment le texte du code sous sa dictée ; ou ce tableau allégorique de Jean-Baptiste Mauzaisse datant de 1833, qui montre *Napoléon I^{er}, couronné par le Temps, écrit le Code Civil*. Ou encore cette image-ci, plus domestique – Napoléon Bonaparte présentant le code civil à l'impératrice Joséphine – qui montre tout le talent pédagogique de l'Empereur expliquant à l'Impératrice la valeur de ce monument du droit commun :



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

« *Code Napoléon. Sa Majesté l'Empereur et Roi montre à l'Impératrice-Reine les articles du Code civil, qu'il vient de terminer* ».
Estampe de François-Anne David, 1807

11 *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène* (Paris, 1847), cités par J.-L. Halpérin, « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs*, n° 107 (2003), *Le code civil*, p. 11.

6. Le contenu du Code civil mérite qu'on s'y arrête un instant. Voici le plan du Code civil luxembourgeois actuel, presque identique à celui du Code civil de 1804 :

*Titre préliminaire – De la publication, des effets et de l'application des lois en général (Art. 1 à 6-1)*¹²

Livre I^{er} – Des personnes (Art. 7 à 515)

Livre II - Des biens et des différentes modifications de la propriété (Art. 516 à 710)

Livre III - Des différentes manières dont on acquiert la propriété (Art. 711 à 2281)

On pourrait consacrer de longs développements à chacune de ces parties, mais bornons-nous à ceci. Le titre « Des personnes » est celui dont l'évolution a été la plus profonde depuis 1804. En 1804, le Code civil était en réalité (les contestations étaient rares à l'époque, et inexistantes dans la littérature juridique) un droit profondément inégalitaire, affirmant l'autorité paternelle, réduisant à l'obéissance les épouses et les enfants, restreignant le divorce et privilégiant la filiation légitime pour contrarier le « relâchement actuel des mœurs »¹³. Sur ce point, notre conception d'un droit commun fondé sur l'égalité des sujets de droit est une autre conception.

Parmi les « différentes manières dont on acquiert la propriété », deux sont particulièrement importantes : l'héritage – d'où l'importance du titre *Des successions* – et le contrat, institution fondamentale d'une économie désormais fondée sur la liberté d'entreprendre. En principe, tant les successions que les contrats sont réglementés par le Code civil de manière égalitaire, assurant l'égalité formelle des sujets de droit.

En confirmant le principe du partage égal des successions, prioritairement entre les enfants du défunt, le Code civil a (malgré la discrimination napoléonienne au détriment des enfants naturels) apporté une contribution

12 L'article 6-1 (prohibition de l'abus de droit) est un ajout, datant de la loi du 2 juillet 1987, au plan originaire du Code, dans lequel le titre préliminaire s'arrêtait à l'article 6 (ordre public et bonnes mœurs).

13 J.-L. Halpérin, « Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution) », in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials, dir.), Paris, PUF, 2003, spéc. p. 203.

décisive à l'évolution des idées et des pratiques ; en prévoyant le caractère légalement obligatoire de la réserve héréditaire (dans le titre *Des donations entre vifs et des testaments*, article 913), le Code civil a veillé en même temps à ce que le nouvel ordre des successions soit effectivement respecté, et à ce que le droit inégalitaire des successions caractéristique de l'Ancien régime ne puisse pas survivre, du fait de l'autonomie de la volonté des testateurs ou des auteurs de donations, à son abolition lors de la Révolution française. Pour ce qui était du droit des contrats, ou plus largement du droit des obligations, le Code civil a créé un système cohérent et en principe respectueux de l'égalité formelle des sujets de droit, qui pouvait en même temps être véritablement l'armature juridique d'une économie désormais capitaliste.

7. Un échec du Code civil. Sur un point – un seul peut-être¹⁴ – les auteurs du Code civil ont échoué à réaliser, dans le droit des obligations, un ordre égalitaire sur le plan formel. Il s'agit du droit du travail qui a été réglé par le Code civil, en deux articles seulement, faisant partie de la section *Du louage des domestiques et ouvriers*.

L'article 1780 formule une règle qui reste essentielle, puisqu'elle permet de distinguer entre un contrat de travail et un arrangement de servage : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». En revanche le second article, l'article 1781, a fini par être abrogé, en 1868 en France et en 1885 au Luxembourg :

« Le maître est cru sur son affirmation,

pour la quotité des gages,

pour le paiement du salaire de l'année échue,

et pour les à-comptes donnés pour l'année courante ».

14 Avec un point d'interrogation en ce qui concerne un aspect, peu important, de la réglementation du contrat de bail, l'article 1716 (« Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré »).

Mais dès avant son abrogation, il était reconnu que l'article 1781 était un texte « exorbitant du droit commun »¹⁵. Et la section *Du louage des domestiques et ouvriers* avec son renvoi pur et simple au régime contractuel constituait, de toute manière, une réglementation inadéquate des relations de travail¹⁶.

Ceci montre que l'équilibre trouvé, à un moment déterminé, entre les droits et intérêts des différentes catégories de sujets de droit n'est pas nécessairement destiné à se maintenir indéfiniment. Un autre droit commun peut venir remplacer ou compléter le droit commun d'abord existant, et c'est ce qui s'est passé en droit des obligations, où le développement de l'Etat social (au sens large) a entraîné une modification des missions de l'Etat à l'égard des relations contractuelles de droit privé.

Selon la conception qui avait cours au dix-neuvième siècle, le législateur et la jurisprudence devaient se soucier de l'égalité *formelle* des parties au contrat, et d'une idée *abstraite* de justice contractuelle. Ils étaient ainsi amenés à négliger l'inégalité de fait qui existait, dès cette époque, entre salariés et employeurs, et qui commençait à exister, avec le développement des techniques commerciales modernes, entre assurés et assureurs, ou entre consommateurs et professionnels¹⁷.

La transformation eut lieu sous différentes influences. L'introduction de la protection des travailleurs à partir de la fin du dix-neuvième siècle est due à l'importance des mouvements sociaux et à l'appréhension qu'elle pouvait engendrer auprès des gouvernants, puis à la démocratisation des Etats occidentaux par la généralisation du suffrage universel. La protection

15 *Jurispr. gén. Dalloz*, v° *Louage d'ouvrage et d'industrie* (tome 30, 1853), n° 36. Ou alors une disposition « contraire au principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi », comme l'écrit P. Ruppert, « Modifications apportées au Code civil dans le Grand-Duché de Luxembourg (1804-1904) », in *Le Code civil 1804-1904 – Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, t. II, 1904, p. 801.

16 J.-L. Putz, *Aux origines du droit du travail*, tome I : *La loi, les libertés et les acteurs*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2014, n° 22.

17 Voir le récit classique de P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979 (pour une survivance de l'attitude judiciaire ancienne au cours de l'entre-deux-guerres, on pourra se référer au cas de lord justice Scrutton mentionné dans cet ouvrage à la p. 664 : ayant fait toute sa carrière au barreau commercial, « he was certainly not the kind of man who would have signed a document without reading it, and he had no sympathy with the consumer who did so »). – Voir aussi J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, pp. 438 ss. (le contrat comme « lieu d'inscription du pouvoir »).

systématique des consommateurs sur le plan législatif est plus récente; c'est à la fin des années 1960 que les premières législations « consuméristes » modernes ont été promulguées ; et entre-temps, comme on le sait, la protection des consommateurs a donné lieu à une intense activité législative au niveau national et aussi, en Europe, au niveau de l'Union européenne.

La protection des locataires dans le droit des baux d'habitation et dans le droit des baux commerciaux constitue un autre trait permanent du droit civil à partir du vingtième siècle. S'y est ajouté, en fonction des époques (plus ou moins dirigistes), un encadrement administratif des activités professionnelles.

8. *Le droit commun, un droit réactionnaire ? Georges Ripert et les autres nostalgiques de l'« égalité civile ».* Cette évolution a appelé, au cours des années 1930 et 1940, une véritable réaction des tenants du « droit commun ». Cet épisode mérite qu'on s'y arrête un instant. Certains, parmi les civilistes les plus illustres des années 1930, ont consacré leurs talents à la défense nostalgique de l'équilibre ancien du droit des obligations, qui était à leurs yeux le garant indispensable de la véritable égalité (abstraite) entre les sujets de droit, à l'opposé des tendances sociales modernes. Prenons cette citation, due à Georges Ripert, qui écrit en 1936 :

« la législation moderne contient des règles qui ne sont applicables qu'à quelques-uns, sans qu'on les juge contraires au principe d'égalité. ... Toutes ces lois semblent contraires au principe de l'égalité civile. Elles sont pourtant imposées au nom de l'égalité sociale. La législation de classe reparaît, mais comme la classe n'est pas déterminée par la naissance, comme le privilège est accordé à beaucoup, comme le législateur se propose de niveler et non d'élever, la mystique démocratique baptise égalitaires ces lois qui ont cessé de l'être »¹⁸.

18 G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936 (2^e éd., 1948), n° 58, p. 102, plus en détail au dernier chapitre du livre, « La législation de classe », n^{os} 198 et s., p. 365 et s. Dans la dernière section de ce chapitre, « L'abandon du droit commun », il exprime une certaine sympathie pour des lois de réforme sociale (n° 224, p. 414 : « sur plus d'un point notre législation actuelle a vraiment amélioré notre régime civil »), mais il regrette que le régime démocratique aboutisse « en fait à la tyrannie politique de ceux qui représentent la force du nombre », et que la dictature ne soit pas une solution non plus, car « elle aggrave le mal de la toute-puissance politique pour régler les relations entre les hommes, et souvent est obligée pour se maintenir de satisfaire autant d'intérêts qu'un Parlement » (p. 415). C'est vraiment déplorable :

Qui était Georges Ripert ? Un personnage familier à tous les juristes, qui reste investi d'un prestige important : coordonnateur du Planiol et Ripert (*Traité pratique de droit civil français*, en 14 volumes, première édition parue dans les années 1920-1930 et seconde édition parue dans les années 1950), auteur d'un *Traité de droit maritime* en plusieurs volumes, et d'un *Traité élémentaire de droit commercial* qui reste toujours réédité dans des éditions mises à jour (« Ripert et Roblot », actuellement *Traité de droit des affaires* publié par Louis Vogel et autres). Une phrase de la préface à la première édition du *Traité élémentaire de droit commercial* de 1947, longtemps réimprimée dans les éditions ultérieures de l'ouvrage, m'a personnellement semblée mystérieuse au moment où je l'ai lue la première fois :

« Bien que ce traité ait été préparé par un enseignement de plusieurs années à la Faculté de Paris, il m'a coûté des mois de travail. Je ne saurais me plaindre que les événements les plus inattendus m'aient donné le temps nécessaire pour l'achever, puisque ces mois ont ainsi passé rapidement dans l'espérance que cette œuvre pourrait être utile au bon renom de la science française »¹⁹.

Quels étaient donc ces événements inattendus ? Tout simplement le fait que Ripert se trouvait, de 1944 à 1947, soumis à une procédure d'épuration : il avait participé (avec d'autres) à l'édification juridique de l'Etat français à partir de 1940 et avait même accepté, pendant une brève période, la fonction de secrétaire d'Etat à l'Instruction publique et à la Jeunesse²⁰.

C'est donc Ripert qui a lancé, à la fin des années 1930, la mode de la dénonciation des tendances sociales en droit civil : l'un de ses articles s'intitule « Le droit de ne pas payer ses dettes »²¹, des livres, consacrés en substance à un même thème, portent les titres *Le régime démocratique et le droit civil*

« Le droit civil ne saurait être dans la dépendance du pouvoir politique d'un jour, voilà l'idée qui devrait s'imposer à la démocratie comme elle s'était imposée à l'ancienne Royauté. Qui touche à ce droit touche à l'ordre dans la vie privée des hommes, c'est-à-dire à la civilisation même » (*ibid.*).

19 « Préface de la première édition », ici citée d'après la 11^e éd., par R. Roblot, Paris, LGDJ, 1983, p. ix.

20 J.-L. Halpérin, « Ripert (Georges) », in *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)* (P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, dir.), Paris, PUF, 2007, p. 669 ; voir surtout, sur le rôle de Ripert sous le régime de Vichy, F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, Paris, CNRS Editions, 2013, p. 202-215.

21 *D.H.* 1936, p. 57.

*moderne*²² et *Le déclin du droit : Etudes sur la législation contemporaine*²³. Toutes ces contributions répètent, toujours dans le même style à la fois dur et stylistiquement brillant, les mêmes idées. Sous l'impression de Ripert, Louis Josserand, aux idées pourtant souvent opposées à celles de Ripert, lui donne raison en l'occurrence dans un article à l'intitulé dépourvu d'ambiguïté, publié en 1937 : « Sur la reconstitution d'un droit de classe »²⁴. Jean Dabin, représentant d'un conservatisme catholique parmi les juristes belges, fait paraître un an après, en 1938, « Le droit de classe et le droit commun. Quelques réflexions critiques »²⁵, qui reprend lui aussi les idées de Ripert. Enfin, au Luxembourg, les mêmes idées se trouvent reprises à l'identique dans les *Mélanges de droit luxembourgeois* de Léon Metzler, un ouvrage publié en 1949 mais dont le passage pertinent date de 1939²⁶.

La présence de Léon Metzler parmi ces *laudatores temporis* acti étonne un peu à première vue, puisque Metzler bénéficie jusqu'à nos jours d'une très bonne réputation, du moins parmi les spécialistes luxembourgeois du droit des sociétés : selon Alain Steichen, il aurait été un « grand juriste luxembourgeois »²⁷ ; il aurait même été, comme l'a récemment écrit Franz Fayot, un « libéral social »²⁸. Comment un libéral social peut-il se retrouver dans cette galerie d'auteurs réactionnaires ? En fait, Léon Metzler semble avoir été un excellent praticien luxembourgeois qui aimait écrire et publier des articles et des livres, mais qui n'était pas l'égal sur le plan de la réflexion théorique de Georges Ripert (ni de Louis Josserand ou de Jean Dabin) et qui, ébloui par le style et par le panache du maître parisien, en a reproduit les idées qui étaient à la mode en 1939, mais qui ne méritaient pas de l'être.

9. La protection des parties faibles aux contrats, élément du droit commun contemporain. Les solutions, protectrices des catégories de parties faibles structurellement faibles aux contrats, qui caractérisent le droit contemporain sont devenues entre-temps une partie intégrante du droit commun, à côté des règles qui s'appliquent de manière formellement égalitaire entre les parties au contrat, et qui seront seules à s'appliquer aux contrats entre

22 *Op. cit supra*, note 18.

23 Paris, LGDJ, 1949.

24 *D.H.* 1937, p. 1.

25 *Mélanges Edouard Lambert*, Paris, Sirey et LGDJ, vol. III, 1938, p. 66.

26 Bruxelles, Bruylant et Luxembourg, Beffort, 1949, p. 245-247.

27 A. Steichen, *Précis de droit des sociétés*, 5^e éd., Luxembourg, Saint-Paul, 2017, n° 14.

28 F. Fayot, « Une réforme marquée par son époque », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés* (A. Prüm., dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 163.

véritables égaux²⁹. Il s'agira, dans le cas des salariés comme dans le cas des consommateurs, de compenser une inégalité structurelle qui est typique de certaines catégories de contrats et de réagir, comme l'affirme la jurisprudence européenne en matière de protection des consommateurs, à la « situation d'infériorité » d'une catégorie de contractants, « en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information »³⁰.

Du moins en ce qui concerne la protection, en droit privé, des deux principales catégories de parties faibles que sont les salariés et les consommateurs, cette présentation des raisons de leur protection est suffisamment générale pour pouvoir être acceptée tant par les tenants d'une approche sociale du droit des contrats que par les tenants d'une approche néolibérale (ce dernier terme étant ici employé dans un sens scientifique et non dans un sens polémique). Simplement, la pondération sera différente : le néolibéralisme mettra l'accent moins sur l'*inégalité en termes de pouvoir* que sur l'*asymétrie en termes d'information* (d'où une différence dans les nuances de l'approche protectrice, spécialement pour les consommateurs).

10. Le droit commun en dehors du Code civil. Droit privé et droit public. Les particularités du droit fiscal. Même en droit privé, il existe du droit commun non intégré dans le Code civil, par exemple la réglementation du droit d'auteur (droit de la propriété littéraire et artistique) actuellement contenue dans une loi du 18 avril 2001³¹, ou le vaste domaine du droit commercial ou du droit du travail. Par ailleurs, la réglementation de la procédure civile est elle aussi une partie indispensable d'un droit commun efficace. Le droit pénal, et le droit administratif général, sont deux matières qui relèvent du droit public, mais aussi du droit commun.

29 Voir, à propos de la protection des salariés, l'opinion d'A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen* (A. Wijffels, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 et s., spéc. p. 47-48 : « le droit social (entendu au sens français du droit du travail et de la sécurité sociale) ne peut plus être conçu comme un droit spécial, dérogeant au droit commun des contrats. Il est devenu le droit commun des rapports de dépendance et influence à ce titre le droit civil dont il est issu ».

30 Jurisprudence constante, à partir des arrêts du 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, C-240/98 à C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, point 25, et du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, point 25. Les arrêts ajoutent que cette situation d'infériorité du consommateur « le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci ».

31 Nous retrouverons cette loi à propos des dérogations au droit commun, *infra*, n° 36, 2°.

Et jusqu'en droit fiscal, l'idée de droit commun est importante et indispensable. Un droit fiscal digne de ce nom n'est pas cet assemblage de solutions disparates, plus ou moins favorables à telle ou telle catégorie sociale, truffée de règles dérogatoires et dépourvue d'esprit de système que le droit fiscal réellement existant est parfois³², mais qu'il ne devrait pas être. Les défauts de ce type de système fiscal sont des déviations par rapport à un droit fiscal systématique³³. Cela dit, pas plus (mais pas moins non plus) qu'une autre branche du droit, le système de droit fiscal n'est un domaine réservé à la recherche scientifique ; il s'accommode d'une marge d'appréciation – et même d'une ample marge d'appréciation – au profit du législateur et au profit du débat démocratique. Il peut ainsi exister une discussion sur la question de savoir si l'impôt sur le revenu doit être progressif ou non³⁴. Pour situer l'ordre juridique luxembourgeois par rapport aux systèmes de droit fiscal français et allemand, on peut avoir égard d'abord à la solution française, telle qu'elle résulte d'une décision du Conseil constitutionnel du 21 juin 1993 :

« Considérant qu'en vertu de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la contribution commune aux charges de la Nation "doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés" ; que, conformément à l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives des contribuables ;

...

qu'en l'espèce, la déduction opérée par la loi, qui est au demeurant partielle et limitée dans son montant par un mécanisme de plafonnement, ne remet pas en cause le caractère progressif du montant de l'imposition globale du revenu des personnes physiques ; qu'elle ne saurait, par

32 Voir A. Steichen, *Manuel de droit fiscal*, 5^e éd., Luxembourg, Saint-Paul, 2015, n° 260.

33 Voir surtout K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, 2^e éd., Cologne, Otto Schmidt, t. I, 2000, t. II, 2003 et t. III, 2012.

34 Voir A. Steichen, *Manuel de droit fiscal*, *op. cit.*, n° 79, où l'auteur présente des arguments de type hayekien contre la progressivité de l'impôt ; n° 290 *in fine*, où son argumentation se fait alarmiste (l'impôt fortement progressif est identifié à « la poursuite de l'égalité à tout prix [qui] devient ainsi destructrice de toutes les valeurs culturelles, de la liberté individuelle et de l'efficacité sociale »).

suite, être regardée comme contraire à l'article 13 de la Déclaration de 1789 »³⁵.

En droit français par conséquent, l'idée de droit commun en droit fiscal est celui de la progressivité, constitutionnellement obligatoire, du taux de l'impôt sur le revenu. En droit allemand par contre, une décision du *Bundesverfassungsgericht* du 18 janvier 2006 voit l'équilibre différemment ; selon elle, c'est une question que le parlement en tant que législateur investi de la légitimité démocratique immédiate peut résoudre, soit en adoptant la solution de l'imposition proportionnelle (ou « linéaire » – *flat tax*), soit en adoptant le principe de la progressivité de l'impôt :

« Weder das Gebot vertikaler Steuergerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG) noch das Verbot übermäßiger Steuerbelastung (Art. 14 GG) geben jedoch einen konkreten Tarifverlauf vor; vielmehr setzen beide den unmittelbar demokratisch legitimierten Entscheidungen des Parlaments einen äußeren Rahmen, der nicht überschritten werden darf. Bei der Einkommensteuer liegt es im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, ob der Tarif linear oder progressiv ausgestaltet wird »³⁶.

A contrario, même en droit allemand une imposition *dégressive* des revenus personnels serait en général inconstitutionnelle et violerait le principe d'égalité devant la loi³⁷.

Où se situe, par rapport à cette discussion, le droit fiscal luxembourgeois ? Investi d'un don d'ubiquité, il se situe à deux endroits différents, selon l'aspect du système fiscal sur lequel on se concentre. Il y a d'une part au Luxembourg le droit fiscal véritablement normatif, celui des lois qui prévoient l'association du principe de la capacité contributive avec un barème progressif de l'impôt sur le revenu personnel³⁸ et l'imposition proportionnelle,

35 Décision n° 93-320 DC, *Rec.* p. 146, considérants 30 et 32.

36 2 BvR 2194/99, *BVerfGE* 115, 97, point 48.

37 BVerfG 15 janvier 2014, 1 BvR 1656/09, *BVerfGE* 135, 126, point 56 :

« Es widerspricht dem Gebot der Steuergleichheit etwa, wenn bei Ertragsteuern wirtschaftlich Leistungsfähigere einen geringeren Prozentsatz ihres Einkommens als Steuer zu zahlen haben als wirtschaftlich Schwächere ..., es sei denn, dies ist durch einen besonderen Sachgrund gerechtfertigt ».

38 Encore qu'A. Steichen, *Manuel de droit fiscal, op. cit.*, n° 79, ait sans doute raison de faire allusion, comme suit, à l'impact indirect de la révolution fiscale thatchérienne et réaganienne au Luxembourg :

« Voilà pourquoi la tendance actuelle en la matière est d'aller vers la propor-

à un taux assez élevé, des revenus des collectivités. Mais il y a également le droit fiscal des pratiques ou des circulaires. Les circulaires sont (en droit) des textes non normatifs, censés se borner à interpréter fidèlement les lois fiscales existantes³⁹, mais qui sont parfois, en fait, de très puissants, et relativement discrets, instruments de création de dérogations par rapport aux normes fiscales théoriquement existantes⁴⁰. L'ordre juridique luxembourgeois est un ordre juridique qui comporte des anomalies comme le régime d'imposition des plans d'option sur acquisition d'action ou « stock option plans », qui n'a jamais été soumis au parlement, mais qui permet à des personnes appartenant à un cercle déterminé de la population (sociologiquement, une partie des cercles entrepreneuriaux, financiers, juridiques ou comptables) de bénéficier en fait d'un régime d'imposition dégressive⁴¹, et ce en-dehors des cas limitativement prévus par la loi⁴². Et ce même ordre juridique luxembourgeois contient la pratique des décisions fiscales anticipatives (*rulings*), par exemple de celles qui ont fait l'objet des désormais célèbres « accords fiscaux passés entre la société PricewaterhouseCoopers et l'Administration des contributions directes luxembourgeoise pour compte de clients de la société PwC »⁴³, et qui ont permis de réduire à très peu de choses l'imposition de certaines entreprises, de manière elle aussi difficilement intégrable dans le droit commun luxembourgeois⁴⁴.

tionnalité de l'impôt, l'obligation fiscale ne s'appliquant toutefois qu'au-delà des revenus de subsistance du contribuable. C'est ce courant d'idées qui a inspiré les réformes de l'impôt sur le revenu au Royaume-Uni en 1984 et aux États-Unis en 1986. La réforme engagée en 2000 par le gouvernement luxembourgeois s'inscrit dans la même optique ».

39 Jurisprudence constante en matière de circulaires administratives : C.E. 20 juin 1992, *Pas. lux.* 28, p. 286, et dans la jurisprudence des nouvelles juridictions administratives, *Pas. ad.* 2017, v^o *Lois et règlements*, n^{os} 113 et 114.

40 A. Steichen, *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, Centre universitaire, 1994, p. 247 et s.

41 « Arme de défiscalisation massive », selon la formule du journaliste Bernard Thomas : « Prolifération », *d'Lëtzebuurger Land*, 12 février 2016 ; « Phantom Shares », *d'Lëtzebuurger Land*, 10 mars 2017.

42 Les art. 131 et 132 de la loi concernant l'impôt sur le revenu énumèrent les cas dans lesquels la loi prévoit des dérogations au barème fiscal ordinaire.

43 Cass. 11 janvier 2018, n^o 1/2018 pénal, affaire *Luxleaks*.

44 Il n'y a pas lieu d'écrire : certainement non intégrable. Cette question a en effet été soumise à la justice européenne par les entreprises concernées et par le gouvernement luxembourgeois, et il convient d'attendre que la justice se soit prononcée sur la légalité des décisions de la Commission européenne condamnant, comme introduisant des dérogations sélectives injustifiées au droit commun luxembourgeois de la fiscalité des sociétés, les aides d'Etat qui auraient été octroyées par un régime fiscal dérogatoire en faveur de Fiat Chrysler Finance Europe (affaires T-755/15 et T-759/15) et d'Amazon (affaire T-816/17). Voir aussi *infra*, n^o 28 et note 104.

11. *Transition.* Mais il ne convient pas d'anticiper. Avant de parler des *faiblesses* du droit commun, caractéristiques de l'ordre juridique luxembourgeois (III), nous aurons à examiner les *forces* du droit commun, qui a des alliés sous la forme de certains mécanismes juridiques – il s'agit de mécanismes non pas spécifiques au Luxembourg, mais existant également au Luxembourg (II).

II. – Les alliés du droit commun

12. *Le contrôle juridictionnel de la légitimité des dérogations au droit commun.* On examinera dans cette deuxième partie certains aspects techniques de la défense du droit commun (vu par opposition au droit dérogatoire) par des normes de droit. De ce point de vue, le droit commun est exposé à un double risque : le risque de dérogations législatives illégitimes (et dès lors discriminatoires, entraînant une violation du principe constitutionnel d'égalité) d'une part, et le risque de dérogations privées, contractuelles, illégitimes ou abusives (et dès lors contraires à la loi) d'autre part. Les dérogations, tant législatives que contractuelles, sont encadrées par l'ordre juridique, et les dérogations illégitimes sont potentiellement privées d'efficacité par des mécanismes de contrôle juridictionnel qui acquièrent une importance croissante.

Cette partie du texte de la conférence, plus longue que la version orale, est une partie strictement juridique, que les lecteurs moins intéressés par la technique juridique que l'auteur (et c'est, évidemment, leur droit le plus strict) pourront choisir de simplement survoler.

A. – Le contrôle de la constitutionnalité des lois dérogatoires au droit commun, par rapport au principe d'égalité

13. *Importance du principe constitutionnel d'égalité.* Le principe d'égalité est un principe structurant de notre ordre juridique et revêt à ce titre un rôle particulier parmi les libertés publiques ou droits fondamentaux. Depuis toujours, le principe d'égalité a des liens intimes avec la protection du droit commun, ainsi que l'établit, au besoin, la citation de l'*Essai sur les privilèges* de Sièyes, publié en 1788, que nous avons vue ci-dessus : « *Ce qui constitue le privilège est d'être hors du droit commun* »⁴⁵, et les privilèges sont par nature (depuis la Révolution française) contraires au

45 *Supra*, n° 4.

principe constitutionnel d'égalité. Ce principe fondamental est formulé dans la Constitution luxembourgeoise, actuellement à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »⁴⁶.

L'article 101 de la Constitution, consacré à l'égalité devant l'impôt, rappelle expressément le lien avec l'abolition des privilèges, ainsi que l'intervention nécessaire du législateur s'il s'agit d'introduire une différenciation dans les charges fiscales :

« Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts.

Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi ».

Toutes les différenciations en ce qui concerne le régime juridique ne sont pas nécessairement illégitimes et ne constituent pas nécessairement des discriminations. Mais elles peuvent l'être, et c'est la raison pour laquelle l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois a représenté un progrès important dans l'ordre juridique luxembourgeois : désormais, les dérogations introduites par des lois ne relèvent plus du seul autocontrôle par le parlement (et d'un hypothétique contrôle politique par l'électorat), mais sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel, à la requête des parties désavantagées par la règle législative dérogatoire.

Le contrôle des lois par rapport au principe d'égalité représente la majeure partie de l'activité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ; elle assure ce contrôle selon des critères exigeants, définis comme suit dans sa jurisprudence :

46 Le principe d'égalité bénéficie également aux étrangers, en vertu de l'article 111 de la Constitution (« Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ») : voir Cour constitutionnelle 13 novembre 1998, n° 2 (avec, à ce moment, une référence aux « droits de la personnalité », abandonnée depuis lors) ; Cour d'appel 5 novembre 2014, *Pas. lux.* 37, p. 200 (spéc. p. 204) ; ainsi que Cour constitutionnelle 12 juillet 2013, n° 100, qui confirme implicitement qu'une discrimination législative en raison de la nationalité est elle-même inconstitutionnelle. – Depuis une révision constitutionnelle du 13 juillet 2006, l'égalité entre les femmes et les hommes fait l'objet d'une disposition constitutionnelle particulière : article 11, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, qui n'a, jusqu'à présent, pas joué de rôle particulier dans le contentieux constitutionnel.

« Considérant que le législateur peut, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »⁴⁷.

L'identification du but poursuivi par le législateur est un élément absolument central dans toute discussion du respect du principe d'égalité⁴⁸. Un constat d'inconstitutionnalité peut ainsi intervenir dans chacun des cas suivants :

1° en cas d'impossibilité d'identifier, ou même de reconstituer, le but poursuivi par le législateur, dont l'action apparaît comme incohérente⁴⁹ ;

2° en cas d'illégitimité du but poursuivi par le législateur – cette illégitimité peut être soit une illégitimité *ab initio* (mais aucun arrêt de la Cour constitutionnelle ne l'a encore constatée), soit correspondre à une situation dans laquelle c'est l'appréciation qui a changé et la poursuite du but législatif, qui au moment de l'édiction de la loi était considérée (par le consensus des juristes ou même par la société en général) comme légitime, en est venue à apparaître comme illégitime suite à l'évolution des idées. Dans ce dernier cas, la Cour constitutionnelle manquerait à sa mission si elle refusait de tenir compte de l'évolution des idées, et permettait dès lors à des différenciations devenues illégitimes de se maintenir. Un exemple en a été l'inégalité successorale entre enfants légitimes et enfants naturels, supprimée par une loi de 1979 mais maintenue à titre transitoire pour les successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi. Un arrêt de la Cour constitutionnelle de 2014 en constate l'inconstitutionnalité :

« Considérant que les rédacteurs du Code civil, en réservant une situation moins favorable aux enfants nés hors mariage, ont voulu imposer

47 Cette formule est adoptée systématiquement dans les arrêts depuis le deuxième arrêt consacré par la Cour constitutionnelle au principe d'égalité, l'arrêt n° 7 du 26 mars 1999. Le premier arrêt de la Cour consacré à la question (l'arrêt n° 2 du 13 novembre 1998) avait adopté une formulation différente, un peu moins abstraite dans la mesure où elle faisait référence à l'« intérêt public » poursuivi par le législateur.

48 Sur la recherche du but poursuivi par le législateur, voir Cour constitutionnelle 5 mai 2000, n° 9.

49 Compte tenu de la motivation de ces arrêts, les lois ayant fait l'objet des arrêts nos 21 et 22 du 18 juin 2004, n° 26 du 8 juillet 2005, nos 29 à 33 du 7 avril 2006 en sont peut-être des exemples.

le respect des institutions et des règles sur lesquelles ils entendaient que la société soit organisée ;

Considérant toutefois que le respect des institutions ne peut se faire au détriment des droits de la personne, tels qu'ils sont ancrés dans la Constitution;

Considérant dès lors que la discrimination de l'enfant naturel, en raison de sa naissance, instituée par les articles 756 et 757 du Code civil, est *actuellement* dépourvue de justification et que ces dispositions légales ne sont pas conformes à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution »⁵⁰ ;

3° lorsque la différenciation, tout en poursuivant un but intrinsèquement légitime, le fait en restreignant excessivement, en méconnaissance du principe de proportionnalité, les droits d'une catégorie de personnes par rapport aux droits d'une autre catégorie⁵¹ ou, ce qui revient ultimement au même, en *privilégiant* de manière objectivement excessive cette dernière catégorie.

14. Principe d'égalité et défense du droit commun. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par rapport au principe d'égalité est, en même temps, un mécanisme de défense juridictionnelle du droit commun. Car la Cour constitutionnelle cherche expressément, dans ce contexte, à limiter les dérogations au droit commun, et elle le fait en procédant à « la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun »⁵². Et, dès lors qu'elle constate une violation du principe

50 Cour constitutionnelle, 11 juillet 2014, n° 110 (mise en évidence ajoutée). L'arrêt indique encore que, comme les dispositions anciennes se trouvaient maintenues en vigueur par la loi, « leur conformité à la Constitution doit dès lors s'apprécier à la lumière des conceptions actuelles des valeurs sociales et humaines ».

51 Pour un exemple en droit civil, voir l'arrêt du 8 janvier 2010, n° 51, qui invalide l'article 1595 du Code civil, texte datant de 1804, en tant qu'il interdit absolument, sauf dans trois cas d'exception, les ventes entre époux, alors que les ventes entre « partenaires non mariés » ne sont pas interdites : l'arrêt constate notamment que « les règles générales du droit civil, permettant de remettre en cause les actes simulés ou frauduleux, sont de nature à sanctionner toute fausse vente entre époux », ce dont il se déduit que l'interdiction pure et simple de la vente est disproportionnée – une disproportion qui correspondait bien, au demeurant, aux idées du législateur napoléonien (voir la note sous l'arrêt, *JTL* 2011, p. 29).

52 Arrêt du 19 mars 2010, n° 54, à propos de la différenciation opérée par le Code pénal entre les responsables d'un accident ferroviaire et les responsables d'autres accidents

d'égalité, la Cour constitutionnelle veillera au rétablissement de l'égalité qui consistera plus précisément dans la survie du seul régime de droit commun :

« Considérant qu'en cas d'institution d'une mesure dérogatoire au droit commun qui viole l'égalité devant la loi, c'est le droit commun qui doit prévaloir »⁵³.

La détermination de ce qu'est la règle du droit commun peut se faire en termes statistiques. La règle de droit commun est alors la règle la plus fréquemment appliquée, par rapport à laquelle la règle dérogatoire apparaît comme une exception – une exception illégitime en cas de violation des exigences de justification rationnelle et de respect du principe de proportionnalité ; ceci vaut que la dérogation soit favorable ou alors défavorable à la catégorie de sujets de droit visés par la règle d'exception⁵⁴.

en matière de transports en commun :

« Considérant que la Cour constitutionnelle, appelée à juger du respect de la règle d'égalité devant la loi, énoncée par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ne saurait procéder qu'à la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun et à l'appréciation de l'adéquation de la différenciation ainsi opérée par le législateur ; que le principe d'égalité n'implique pas que des situations comparables suivant d'autres critères que ceux envisagés par le législateur pour créer une exception au droit commun, doivent être traitées de la même manière ».

On peut discuter du bienfondé de la décision de ne pas contrôler la légitimité de l'aggravation des peines prévue pour les seuls auteurs d'accidents ferroviaires (au lieu d'être également prévue pour les auteurs de certaines autres imprudences notamment en matière d'accidents dans les transports en commun), mais c'est une question étrangère au sujet de la présente conférence. Ce qu'on retiendra, c'est l'idée que la Cour constitutionnelle, mettant en œuvre le principe d'égalité, est amenée *pour le moins* à la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun.

53 Cour constitutionnelle 12 décembre 2014, n° 116.

54 L'arrêt précité du 12 décembre 2014 raisonne comme suit à propos de l'instauration d'une commission spéciale au profit des seuls fonctionnaires de l'Etat victimes d'harcèlement moral, à l'exclusion des fonctionnaires communaux : l'instauration de ce droit de recours

« constitue une mesure dérogatoire au droit commun applicable en la matière, si bien que le recours à la commission spéciale, plus protectrice des intérêts des fonctionnaires que le droit commun, est censé violer l'égalité devant la loi ».

Voir aussi Cour constitutionnelle 22 mai 2009, n° 49, qui a trait aux conséquences de l'inégalité constatée entre la réglementation des recours ouverts aux fonctionnaires de l'Etat d'une part, aux fonctionnaires communaux d'autre part.

Parfois, à la primauté d'un droit commun compris en termes *quantitatifs* (par rapport à un droit exceptionnel), se substitue la primauté de celui des deux régimes qui est *qualitativement* préférable, et qui devrait selon l'appréciation de la Cour constitutionnelle être le droit commun applicable aux deux situations entre lesquelles la loi a à tort distingué ; c'est ce critère que la Cour a notamment appliqué en matière de filiation, dès lors qu'elle a constaté l'existence de différences discriminatoires entre la filiation légitime et la filiation naturelle⁵⁵.

B. – Le contrôle des dérogations au droit commun dans les relations contractuelles

15. *L'autonomie de la volonté et sa dénaturation.* Dans les relations contractuelles, le risque de dérogations excessives au droit commun existe également, mais il s'agit d'un risque d'un autre ordre que celui découlant de dérogations législatives. Le principe fondamental en matière de contrats est le principe libéral de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, encadrée toutefois par les dispositions impératives de la loi. L'article 1134 (alinéa 1^{er}) du Code civil prévoit que

« [1]es conventions *légalement formées* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La plupart des dispositions légales relatives aux contrats (mais pas toutes) sont des dispositions dites supplétives, auxquelles les parties sont libres de déroger. Les dispositions impératives en revanche sont des dispositions indérogeables.

Le risque que court en permanence l'autonomie de la volonté ainsi comprise est de se voir dénaturer, soit par les deux parties au contrat (qui se mettent d'accord sur leur volonté d'éluder les limitations légalement prescrites), soit, dans les relations contractuelles asymétriques, par la partie forte qui dicte le contenu du contrat à son cocontractant, lequel se borne

55 Arrêt du 15 mai 2009, n° 50 ; voir encore l'arrêt, analogue, du 25 mars 2011, n° 61, qui se réfère à un l'« objectif du législateur consistant dans la recherche de la vérité biologique » ; ainsi que l'arrêt du 28 novembre 2014, n° 113, qui rétablit l'égalité entre les deux types de filiation en s'inspirant de « la mise en balance de la recherche de la vérité biologique, d'un côté, et de l'intérêt supérieur de l'enfant disposant d'une filiation résultant d'un titre de naissance corroboré par une possession d'état conforme, de l'autre ».

à adhérer à un contrat déséquilibré par rapport à l'image d'une relation contractuelle équilibrée que se fait le droit commun des contrats. Le droit réagit de deux façons à ces risques.

16. La violation du droit contractuel impératif. L'article 1134 du Code civil ne déclare obligatoires les conventions qu'en tant qu'elles ont été « légalement formées ». Par conséquent, le droit contractuel impératif s'impose en vertu de l'autorité de la loi, quelle que soit la volonté le cas échéant contraire des parties. La formulation de règles impératives peut concerner l'ordre public classique (dont le respect s'impose même dans les relations contractuelles entre des parties d'égale puissance de négociation) ou concerner, dans les relations asymétriques, l'ordre public de protection des parties faibles aux contrats. Ainsi, la technique des dispositions impératives est la technique choisie par le droit luxembourgeois de l'assurance, dont une disposition fondamentale prévoit que « sauf lorsque la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même, les dispositions de la présente loi sont impératives »⁵⁶, ainsi que par le droit du travail luxembourgeois qui bloque ainsi toute dérogation en défaveur des salariés⁵⁷.

Le respect effectif du droit contractuel impératif est imposé par les tribunaux. On en veut pour preuve un récent arrêt de la Cour de cassation qui avait à répondre à un moyen de cassation qui formulait une argumentation de principe : selon le moyen, l'article 1134 du Code civil aurait été violé par l'arrêt de la Cour d'appel qui avait déclaré inopérant un avenant au contrat

56 Art. 3, par. 2 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance. L'art. 3, par. 3 permet des dérogations à toute une série de dispositions de la loi, mais uniquement en matière d'assurance des grands risques, là où les preneurs d'assurance sont eux-mêmes des professionnels en principe compétents pour apprécier la portée des dérogations, et en mesure de les négocier.

57 Article L.121-3 du Code du travail : « Les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié. – Est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations ». Voir J.-L. Putz, *Le contrat de travail*, tome I : *Formation du contrat*, Luxembourg, auprès de l'auteur, 2018, n^{os} 90 (ordre public) et 91 (principe de faveur). Le premier article du Code du travail, l'article L.010-1, contenu dans un titre préliminaire intitulé « Dispositions d'ordre public », est parfois compris à tort comme visant le droit contractuel impératif, mais a en réalité un autre objet, spécifique au droit international privé : il vise les dispositions d'« ordre public » (lois de police), internationalement impératives et « applicables à tous les salariés exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg ».

de travail prévoyant « la neutralisation de l'indexation ». L'argument invoqué à l'appui de ce moyen était l'argument libertarien que « conformément au principe de l'autonomie de la volonté, les parties à un contrat peuvent convenir contractuellement d'une réduction temporaire ou définitive de salaire », par une « clause de neutralisation de l'indexation des salaires ». A ce moyen, la Cour de cassation oppose une réponse de principe :

« Attendu que les fonctions de l'ordre public étant de fixer des limites à la liberté contractuelle, [le salarié] et [son employeur] n'ont pas pu contractuellement déroger à la règle de l'adaptation des salaires aux variations du coût de la vie ; qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé »⁵⁸.

17. Les dérogations au droit contractuel supplétif par l'utilisation de conditions générales contractuelles. Un deuxième risque tient aux dérogations au droit commun *supplétif* des contrats. Ces dérogations ne sont pas illicites en elles-mêmes, puisqu'elles concernent par hypothèse des dispositions légales qui ne sont pas impératives. Mais, tout en étant non impérative, la réglementation légale des contrats n'en cherche pas moins, si elle est bien faite, à réaliser une réglementation équilibrée des relations contractuelles et à garantir l'égalité (formelle) des sujets de droit. Rien n'empêche les parties de négocier entre elles une dérogation à cette réglementation légale ; si les deux parties ont une force de négociation comparable, et si la négociation est une négociation réelle, rien n'empêche l'équilibre, différent, qui résulte du contrat de s'imposer. Mais qu'est-ce qui se passe si la dérogation est, en réalité, imposée unilatéralement par une partie dominante à son cocontractant, par voie de conditions générales d'affaires (conditions contractuelles générales, conditions générales de banque, et ainsi de suite), qui ne sont en réalité pas négociées ?

Le problème des contrats d'adhésion est bien connu, et ce depuis longtemps⁵⁹ ; nous adhérons tous régulièrement à ce type de contrats, généralement sans les avoir lus en détail, tout simplement parce que l'adhésion est une condition de l'accès à tel bien ou à tel service. Le contrat d'adhésion

58 Cass. 6 juillet 2017, n° 59/2017, *JTL* 2018, p. 40.

59 En droit français, la notion de contrat d'adhésion a été introduite par Raymond Saleilles dans un ouvrage de droit comparé publié en 1901, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, p. 299-230. Voir récemment F. Chénéde, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012, 1^{re} partie, p. 241 et s., 2^e partie, p. 1017 et s.

devient, dans ces circonstances, un instrument d'élimination du droit commun : le professionnel qui rédige le contrat peut écarter des droits du co-contractant, ou ajouter des obligations *a priori* exorbitantes du droit commun ; il peut même donner un caractère dynamique aux dérogations qu'il prévoit, en insérant dans ses conditions générales une clause lui permettant de modifier, à l'avenir, unilatéralement les conditions générales d'exécution d'une relation contractuelle destinée à durer⁶⁰. Toutes ces dérogations sont susceptibles de prendre effet à condition que l'autre partie ait été en mesure de connaître les conditions générales lors de la signature du contrat et qu'elle doive, « selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées » (article 1135-1 du Code civil). Cette exigence légale, issue d'une loi de réforme du Code civil⁶¹, n'est pas un obstacle difficile à surmonter pour ceux des professionnels utilisant des conditions générales qui sont en même temps habitués à des processus bureaucratiques – il arrive rarement que des conditions générales d'assurance ou des conditions générales de banque échouent à s'imposer, conformément à l'article 1135-1, à l'autre partie au contrat.

Le résultat ultime peut être que la relation contractuelle tout entière ne se trouve plus régie par les règles du droit commun des contrats, mais par un droit taillé sur mesure par et pour la partie utilisatrice des conditions générales. Voici une illustration de ce phénomène. Le dessin montre deux avocats américains, dont l'un exhibe avec fierté un contrat qu'il vient de faire rédiger pour l'un des clients du cabinet, et qui est « composé à 100% de conditions générales d'affaires et de clauses de non-responsabilité » :

60 Possibilité expressément reconnue en jurisprudence luxembourgeoise, qui a validé cette clause de conditions générales de banque, au motif qu'il « n'existe pas d'éléments en droit luxembourgeois prévoyant la nullité de principe de [ce genre de] clauses » : Cour d'appel 22 avril 2015, *Pas. lux.* 37, p. 675 et s., spéc. p. 678.

61 Voir les explications détaillées de P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2015, nos 166 et s. Pascal Ancel en vient à la conclusion que la protection assurée par l'article 1135-1 n'est qu'une protection relative, qui ne remet pas en cause « la fiction d'un consentement à des clauses qu'on n'a, en fait, même pas regardées » (n° 168).



“I tell you, Galworthy, it’s the height of the art ... a document composed one hundred percent of fine print and disclaimers.”

18. Les réactions de l’ordre juridique aux conditions contractuelles abusives. Ce type de phénomène ne relève plus réellement de la liberté contractuelle telle qu’elle était imaginée par les auteurs du Code civil. L’ordre juridique se doit dès lors de réagir. Une première réaction, mais une réaction insuffisante, consiste à imposer une règle d’interprétation qui veut que les clauses exorbitantes du droit commun soient interprétées « strictement » ou « restrictivement » ; même si cette règle peut s’appliquer également aux contrats négociés, elle s’appliquera typiquement aux contrats d’adhésion⁶².

Mais supposons que la dérogation au droit commun ait été faite conformément aux « règles de l’art » et soit absolument claire et dépourvue d’ambiguïté. Dans ce cas, le droit européen, et par conséquent aussi luxembourgeois, de la *consommation* imposera une limite à la licéité des dérogations au droit commun contenues dans les contrats entre professionnels et consommateurs ; l’article L.211-2 du Code de la consommation, transposition en droit luxembourgeois des articles 3, 5 et 6 de la directive

62 Pour un exemple, voir Cour d’appel 15 juillet 2015, *Pas. lux.* 37, p. 579 ; voir aussi P. Ancel, *op. cit.*, n° 500 ; O. Poelmans, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 183. Des préceptes d’interprétation similaires existent en droit belge et en droit français (mais voir leur critique, du point de vue de la « liberté contractuelle », par Y.-M. Laithier, note sous Com. 6 septembre 2016, *RDC* 2017, p. 17).

93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁶³, dispose :

« (1) Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur est abusive et, comme telle, réputée nulle et non écrite.

...

(2) En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable pour le consommateur prévaut. ... ».

L'intervention du législateur européen a consisté, comme l'ont répété plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, à imposer

« une disposition impérative qui, tenant compte de l'infériorité de l'une des parties au contrat, tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers »⁶⁴.

En droit luxembourgeois, ce mécanisme de contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation constitue le principal mécanisme de lutte contre les dérogations illégitimes au droit commun opérées par les conditions générales d'affaires⁶⁵.

63 Sous une réserve, qui a son importance dans une approche technique du droit de la consommation : la directive est une directive d'harmonisation minimale, qui admet que le droit national aille au-delà du minimum de la protection assurée par la directive. Tel est le cas du droit luxembourgeois, et ce depuis la première loi sur la protection des consommateurs, adoptée antérieurement à la directive, la loi du 25 août 1983 : la directive ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion, « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle », alors que la législation luxembourgeoise s'applique à tous les contrats entre professionnels et consommateurs. La différence n'est pas d'une grande importance, étant la rareté des contrats de consommation individuellement négociés.

64 C.J.C.E. 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C 168/05, ECLI:EU:C:2006:675, point 36 ; voir aussi, notamment, l'arrêt du 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, points 46 et 47 ; *adde* N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 47.

65 P. Ancel, *op. cit.*, n^{os} 394 et s. – Le droit français de la protection des consommateurs est similaire, voir N. Sauphanor-Brouillaud, avec le concours d'E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, Paris, LGDJ (série *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin), 2013, n^{os} 573-670. Le droit français contient toutefois des mécanismes de lutte contre les clauses abusives

19. Les origines du contrôle des dérogations contractuelles abusives au droit commun. Le droit allemand du contrôle des conditions générales d'affaires. C'est le droit allemand qui a développé en premier ce mécanisme de défense du droit commun qu'est le contrôle judiciaire des conditions générales d'affaires, et ce dès la fin du dix-neuvième siècle⁶⁶. En 1936, un auteur allemand, Ludwig Raiser, publie une synthèse de la jurisprudence alors existante avec son analyse personnelle des relations entre la lutte contre les clauses abusives et la défense du droit commun⁶⁷. Raiser voit deux moyens dont dispose la loi pour imposer ses valeurs face à des conditions générales d'affaires. Soit elle donne un caractère impératif à telle ou telle règle de droit, et alors ce caractère impératif s'impose naturellement⁶⁸. Soit elle n'exprime ses valeurs qu'à travers des normes supplétives (*dispositives Recht*), mais ces normes, quoique supplétives, forment un système qui doit être pris en considération par les auteurs des conditions générales, qui ne peuvent pas arbitrairement y déroger :

« Für unsere Frage erlangt also nur das dispositive Recht Bedeutung, das Raum für abweichende Gestaltung lässt. Dieses dispositive Gesetzesrecht spricht sich zwar selbst nur subsidiäre Geltung hinter den Vertragsordnungen zu, aber es ist doch keine beliebige Ordnung, sondern "Recht" in dem besonderen Sinn einer Objektivierung der Rechtsidee durch die Gesamtrechtsgemeinschaft, das heißt: es darf im allgemeinen – abgesehen von den Fällen eines Wandels der Rechtsüberzeugung – als der angemessene, natürliche Ausgleich der widerstrebenden Partei- und der übergeordneten Gemeinschaftsinteressen angesehen werden, als die "normale" Ordnung des betreffenden Lebensverhältnisses.

dans d'autres contrats que les contrats de consommation : N. Sauphanor-Brouillaud, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Clauses abusives* (2014), n°s 98 et s. Surtout, lors de la réforme du droit des obligations, un article 1171, à portée générale, a été inséré dans le Code civil français ; aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article, « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

66 H.-J. Pflug, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich, C.H. Beck, 1986, p. 83 et s. On rappellera que Saleilles, auteur de l'expression « contrat d'adhésion » en droit français, introduisit cette notion dans le cadre d'une recherche de droit comparé sur le droit allemand des contrats, publiée en 1901.

67 L. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1936, republié, après la seconde guerre mondiale, en 1961 (Bad Homburg, Hermann Gentner Verlag).

68 Cf. *supra*, n° 16.

Dieser Rechtscharakter verleiht den Dispositivnormen die Tendenz, sich auch gegenüber den Vertragsordnungen immer wieder durchzusetzen; erinnert sei an die ... Auslegungspraxis, Abweichungen der AGB vom dispositiven Recht streng zu behandeln, und an die Rückkehr zur Legalordnung in Fällen, in denen die Verweisung auf AGB oder der Sinn einer Klausel zweifelhaft blieb. Diese Qualität des dispositiven Rechts hebt es nun auch zum Maßstab für die Grenze der Abweichungen, auch wenn sie vom Gesetz selbst nicht ausgesprochen wird »⁶⁹.

Les idées de Raiser ont eu une influence certaine sur la jurisprudence de l'après-guerre. Selon un arrêt de principe de la Cour fédérale, les contrats d'adhésion à des conditions générales sont fondamentalement différents des contrats librement négociés :

« Anderes gilt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zu einer Rechtsanwendung ähnlich der bei Gesetzen führen sollen. ... Allgemeine Geschäftsbedingungen [können] ihre Rechtswirksamkeit nicht von einer (nicht bestehenden) Privatautonomie, sondern nur von der Unterwerfung des anderen Vertragsteils ableiten »⁷⁰.

L'idée, clairement exprimée par cet arrêt, du lien entre l'absence de véritable liberté contractuelle, entre l'hétéronomie caractéristique de l'adhésion aux conditions générales (« Rechtsanwendung ähnlich der bei Gesetzen »), et la nécessité du contrôle juridictionnel est remarquable⁷¹. Vient ensuite une motivation directement inspirée des réflexions de Ludwig Raiser sur la possibilité d'un contrôle juridictionnel, fondé sur le principe de bonne foi, des dérogations au droit commun :

« Soweit Vorschriften des dispositiven Rechtes ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

69 P. 293.

70 BGH 17 février 1964, *BGHZ* 41, p. 151.

71 Une idée similaire avait été exprimée par le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*, le prédécesseur de la Cour fédérale en tant que juridiction civile suprême), dans un arrêt du 31 janvier 1941, *DR* 1941, p. 1210 et s., spéc. p. 1212-1213, mais les conséquences avaient été à l'époque d'esprit nettement plus autoritaire : il s'agissait de retenir que des conditions générales d'assurance, élaborées sous l'égide d'une « Obere Reichsbehörde », peuvent être opposées aux assurés sans qu'ils y aient nécessairement consenti individuellement.

Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen. Der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositivnormen kann verschieden groß sein. Je stärker er ist, ein desto strengerer Maßstab muss an die Vereinbarkeit von Abweichungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angelegt werden »⁷².

Comme l'exprime un arrêt postérieur de la Cour fédérale, le contrôle judiciaire des conditions contractuelles (*richterliche Inhaltskontrolle*) n'est pas une « punition », mais constitue le rétablissement de la justice contractuelle (« Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit »)⁷³. Entre-temps, ces principes jurisprudentiels ont été codifiés, d'abord dans la loi sur les conditions générales (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*) du 9 décembre 1976, puis, lors de la réforme du droit allemand des obligations, par l'introduction de cette loi dans le Code civil allemand, dont elle représente les paragraphes 305 à 310. Par rapport à la réglementation européenne (et luxembourgeoise) qui a été présentée ci-dessus, la réglementation allemande des conditions générales a pour particularité de s'appliquer également aux conditions générales utilisées dans les relations entre professionnels (relations *business to business*), ce qui est parfois critiqué en doctrine⁷⁴ mais est en général accepté comme faisant partie de l'expression allemande du principe de bonne foi.

La jurisprudence allemande est exemplaire par son caractère systématique. Elle applique les principes ainsi codifiés de manière générale, y compris d'ailleurs aux clauses de contrats notariés, dès lors que ces clauses se présentent, à l'instar de conditions générales d'affaires, comme des clauses et conditions standardisées. Cette idée a été mise en application par plusieurs arrêts de la Cour fédérale à propos d'une clause standard, courante (non seulement en Allemagne d'ailleurs, mais aussi au Luxembourg) dans les contrats notariés d'acquisition d'immeubles, par laquelle l'acheteur est

72 BGH 17 février 1964, préc. ; voir déjà, citant expressément l'ouvrage de Raiser, BGH 29 octobre 1956, *BGHZ* 22, p. 90 ; également BGH 4 juin 1970, *BGHZ* 54, p. 106 ; pour l'application de ces principes aux statuts de sociétés faisant appel public à l'épargne, BGH 14 avril 1975, *BGHZ* 64, p. 239 ; 9 novembre 1987, *BGHZ* 102, p. 172.

73 BGH 14 avril 1975, préc., p. 242.

74 K.P. Berger, « Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr », *NJW* 2010, p. 466 ; L. Leuschner, « Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr », *ZIP* 2015, p. 1045.

censé renoncer à la garantie légale des vices cachés⁷⁵. La jurisprudence fait preuve d'un incontestable réalisme : ce type de clause dans un contrat notarié ne donne typiquement pas lieu à négociation ; si de surcroît la clause n'a donné lieu à aucune explication circonstanciée de la part du notaire quant à son effet dérogoire au droit commun de la vente, il n'existe pas de raison de traiter ce contrat différemment d'un autre contrat d'adhésion⁷⁶.

20. La reprise de ces idées par la jurisprudence européenne. Abstraction faite de la question du champ d'application de la réglementation des clauses abusives, les idées directrices de la jurisprudence allemande inspirent également la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation de la directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Dans l'important arrêt *Aziz* de la Cour de justice, ayant traité à un différend entre une banque catalane et un emprunteur dont le bien immobilier risquait d'être saisi dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire simplifiée prévue par le droit espagnol, la Cour explique ceci :

« afin de savoir si une clause crée, au détriment du consommateur, un “déséquilibre significatif” entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. ... »

75 Jurisprudence constante, par exemple BGH 17 septembre 1987, *BGHZ* 101, p. 350 ; 29 juin 1989, *BGHZ* 108, p. 168.

76 BGH 17 septembre 1987, préc. – La jurisprudence allemande, soumettant les actes notariés au contrôle des clauses abusives, se compare favorablement à la jurisprudence luxembourgeoise, selon laquelle un contrat (d'ouverture de crédit) notarié « ne constitue pas un contrat d'adhésion au sens des normes [de la législation protectrice des consommateurs] et ... ne rentre partant pas dans leur champ d'application » (Cass. 5 décembre 2013, n° 71/13, *JTL* 2014, p. 107, note P. Goerens). Cette dernière jurisprudence est problématique à plus d'un titre : 1°, le champ d'application des normes luxembourgeoises n'est pas limité aux contrats d'adhésion (P. Goerens, note préc. ; voir aussi *supra*, note 63) ; 2°, la solution semble en tout état de cause contraire à la jurisprudence européenne qui impose le contrôle judiciaire de ce type de contrat notarié par référence à la directive 93/13/CEE : voir CJUE 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, points 59 et suivants.

S'agissant du fait de savoir dans quelles circonstances un tel déséquilibre est créé "en dépit de l'exigence de bonne foi", il importe de constater que ... le juge national doit vérifier à ces fins si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle »⁷⁷.

Comme l'article L.211-2 du Code de la consommation luxembourgeois s'interprète par référence à la directive qu'il a transposée et par référence à la jurisprudence de la Cour de justice, ces principes sont directement applicables en droit luxembourgeois. Le juge luxembourgeois doit lui aussi procéder à une comparaison des clauses des contrats de consommation avec la réglementation de droit commun (les « règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties », comme le dit l'arrêt *Aziz*) et apprécier si les dérogations introduites auraient raisonnablement pu être retenues dans un contrat négocié individuellement entre le professionnel et le consommateur, en l'absence de la situation d'inégalité structurelle entre les deux parties. Il n'est pas exclu que certaines dérogations soient si raisonnables, compte tenu des spécificités des relations contractuelles, qu'elles satisferont aux critères de la jurisprudence *Aziz*. Mais toutes les dérogations contractuelles au droit commun n'y répondront pas, et seront dans ce cas invalidées. C'est en cela que le contrôle des dérogations au droit commun dans les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs est, comme l'est le contrôle de la constitutionnalité des dérogations législatives, un autre allié du droit commun dans l'ordre juridique (entre autres, mais pas spécifiquement) luxembourgeois.

Pour autant, et malgré ce contexte juridique général *a priori* favorable, il serait exagéré de présenter le droit commun comme l'un des points forts de l'ordre juridique luxembourgeois. Il en est en réalité un point relativement faible, pour des raisons qui, quant à elles, sont spécifiques au Luxembourg.

III. – Les faiblesses du droit commun au Luxembourg

21. Plan. Nous spéculerons d'abord sur les raisons des faiblesses du droit commun luxembourgeois (A), avant de présenter successivement le risque d'obsolescence (B) et la préférence politique pour le droit dérogatoire (C).

77 C.J.U.E. 14 mars 2013, *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, points 68 et 69.

A. – Le pourquoi : mentalité collective et modèle économique

22. Explication culturelle et explication économique. Il y a deux explications à l'existence des risques (d'obsolescence progressive, et de remplacement insidieux par un droit dérogoire) que court le droit commun luxembourgeois : une explication culturelle et une explication économique. On peut certes estimer – soit par principe, soit spécifiquement à propos de ce phénomène-ci – que l'explication économique est de nature à absorber totalement l'explication culturelle. Mais pour que tel soit vraiment le cas pour un phénomène à première vue culturel comme l'est l'ordre juridique d'un Etat, il faut adhérer sans réserve à une vision économico-centrique, qui fait de l'économie la discipline reine des sciences sociales. Cette vision existe, dans la théorie marxiste du droit ou dans la théorie, pas tellement différente malgré l'apparence, du « *rational choice* ». Personnellement je préfère rester prudent et partir de l'idée que les deux explications, partiellement différentes, se conjuguent à propos du phénomène ici étudié.

23. Première explication. La mentalité collective. S'il est ici question de mentalité collective des Luxembourgeois, ce n'est évidemment pas dans le sens d'une mentalité héréditaire déterminée biologiquement. Cette variété de la *Volksseelenkunde* relève du délire⁷⁸. Néanmoins, qu'il existe des traces d'une mentalité collective, d'un *habitus* national, est difficilement contestable. La mentalité collective ne sera pas celle de tous les nationaux luxembourgeois, ni de tous les résidents du Luxembourg⁷⁹, mais elle se rencontrera, typiquement, comme *plerumque fit* parmi eux.

78 La *Volksseelenkunde* était une « science » qui se rattachait au romantisme politique allemand, et qui a fini par devenir *Rassenseelenkunde* (voir C. Schmitz-Berning, *Vokabular des Nationalsozialismus*, 2^e éd., Berlin, Walter de Gruyter, 2007, v^o *Rassenseele*, p. 522 et s.). Dans un ouvrage curieux, non dépourvu d'intérêt (ni d'aspects étranges, marqués du style et des idées de son époque), *Le peuple luxembourgeois. Essai de psychologie* (2^e éd., Diekirch, Schroell, 1920), Nicolas Ries est, pour le moins, « d'accord à déclarer que le fatalisme ethnique et racial n'est pas le seul facteur qui concourt à la formation de l'âme des peuples », et invite à reconnaître le rôle de l'« évolution historique, basée sur l'ensemble héréditaire [*sic*] de ses conditions politiques et sociales, économiques et morales » (p. 11). Comp. une étude classique de Norbert Elias, *Studien über die Deutschen. Machtkämpfe und Habitusentwicklung im 19. und 20. Jahrhundert*, Francfort, Suhrkamp, 1990, p. 8.

79 Il n'est pas impossible que parmi certains résidents à long terme du Luxembourg qui sont de nationalité étrangère, l'adhésion à l'*habitus* luxembourgeois soit même particulièrement forte : après tout, ces personnes auront choisi de vivre au Luxembourg, peut-être en raison de son modèle économique, mais souvent aussi parce que la mentalité collective leur convenait.

Une citation d'Antoine Pescatore, dans un rapport administratif datant de 1831, découverte aux archives par Gilbert Trausch⁸⁰ et citée par Alain Steichen dans sa thèse⁸¹, peut servir d'introduction à cette partie de la discussion :

« Nous manquons un peu d'esprit public, c'est un grand malheur, mais nous sommes bien excusables, les soins dus à l'existence absorbent toutes les pensées ».

La citation reflète d'abord la situation du Luxembourg de la première moitié du dix-neuvième siècle, une époque au cours de laquelle le Luxembourg était parmi les pays les plus pauvres de l'Europe et partageait, selon un auteur, avec l'Irlande la caractéristique d'être une « colonie capitaliste en Europe », au « stade d'une économie exploitée » (par le régime néerlandais en place depuis 1815)⁸². Cela dit, Antoine Pescatore n'était, personnellement, pas un Luxembourgeois exploité, mais un privilégié. C'était un « orangiste », bénéficiaire et partisan du régime néerlandais, qui faisait partie de l'*establishment* de l'époque, celui qui voyait d'un mauvais œil le ralliement de la plupart des Luxembourgeois à la révolution belge⁸³.

24. Le pragmatisme des Luxembourgeois. Les simples habitants, dont Antoine Pescatore écrivait qu'ils étaient « bien excusables », partageaient avec les orangistes un trait idéologique commun, et il me semble que cette idéologie ou mentalité se maintient actuellement au Luxembourg, tant par-

80 G. Trausch, « Le Luxembourg entre la Belgique et la Hollande 1830-1839. Aux origines du sentiment national luxembourgeois », dans id., *Du particularisme à la nation*, Luxembourg, Saint-Paul, 1989, p. 177 et s., spéc. p. 188-189.

81 A. Steichen, *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, Centre universitaire, 1994, p. 2.

82 A. Bauler, *Les fruits de la souveraineté nationale. Essai sur le développement de l'économie luxembourgeoise de 1815 à 1999 : une vue institutionnelle*, Luxembourg, Caisse Centrale Raiffeisen, 2001, p. 29.

83 Voir A. Calmes, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la révolution belge (1830-1839)*, Bruxelles, L'édition universelle, 1939, dont le chapitre XIII : « L'orangisme en Luxembourg » fait un portrait, très parlant, du milieu orangiste. Certains des orangistes étaient des « convaincus et des idéalistes », soit profondément fidèles à la dynastie néerlandaise, soit hésitant « à lancer le pays dans une aventure en se ralliant à la révolution belge » (p. 268), mais les autres étaient des « opportunistes et des profiteurs » (*ibid.*). D'un point de vue socio-économique, ils étaient parfois propriétaires terriens, mais en général juristes : juges au tribunal, notaires, avocats, juges de paix. Ils avaient une organisation politique à la dénomination exquise, le « comité des amis de l'Ordre légal » (voir p. 297-299, avec en note de bas de page le texte de l'« Appel aux Luxembourgeois » publié par ce comité).

mi les simples habitants que parmi les néo-orangistes : c'est le pragmatisme. Le pragmatisme des Luxembourgeois est un élément essentiel de notre *habitus* national, en général revendiqué par les Luxembourgeois eux-mêmes (il fait partie de notre *nation branding*, ensemble avec les « chemins administratifs courts »). Par rapport au pragmatisme au sens philosophique – le pragmatisme est, on s'en doute, une philosophie d'origine américaine⁸⁴ – il faut considérer le « pragmatisme » des Luxembourgeois dans un sens plutôt populaire, et peut-être plus pessimiste qu'aux Etats-Unis : un ingrédient en est la peur de manquer dans le futur, de retourner à l'état de l'économie luxembourgeoise en 1831.

Le pragmatisme a des avantages incontestables : un peuple de pragmatiques sera moins glorieux, mais aussi moins agressif que d'autres ; il sera accommodant, ce qui est une vertu morale, et aura tendance à fonctionner selon le principe « vivre et laisser vivre ». Par rapport à l'histoire de l'Europe, ces avantages du pragmatisme (qui peuvent, il est vrai, être simplement dus à la petite taille du Luxembourg) méritent d'être soulignés.

Mais le pragmatisme n'a pas que de bons côtés. Le pragmatisme – même le pragmatisme philosophique et, *a fortiori*, le pragmatisme populaire – est à l'opposé d'une orientation autour de principes cohérents⁸⁵. La cohérence des principes lui importe infiniment moins que l'opportunité concrète et peut-être passagère du résultat d'une mesure, fût-elle dérogoire à ces principes. Dès lors, le pragmatisme court un risque perpétuel de devenir opportuniste et aussi d'entrer de ce fait en conflit avec l'idée de droit commun : après tout, des mesures dérogoires au droit commun peuvent paraître opportunes – ce qui peut être perçu comme leur principale (et peut-être seule) vertu, particulièrement valorisée par le pragmatisme national.

25. Pragmatisme et adhésion à l'idée d'Etat de droit. En fait, c'est l'ordre juridique lui-même qui court des risques lorsque la mentalité collective d'un pays devient trop pragmatique. Au risque de choquer, j'avancerai ceci, sur le thème « Le Luxembourg et l'idée d'Etat de droit »⁸⁶ :

84 Parmi ses principaux représentants contemporains figure le célèbre pragmatiste de gauche Richard Rorty : voir son ouvrage *Philosophy and Social Hope*, Londres, Penguin, 1999.

85 Le pragmatisme philosophique le revendiquera : cf. R. Rorty, « Ethics Without Principles » in *Philosophy and Social Hope*, *op. cit.*, p. 72 et s. Le modèle pragmatiste est à l'opposé, notamment, du modèle éthique de Kant.

86 Voir également L. Heuschling, « Une cour constitutionnelle pas comme les autres. Etendue, raisons et avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembour-

A mon avis, l'Etat de droit fonctionne (à présent) très bien au Luxembourg aussi longtemps qu'il s'agit de la défense des citoyens contre des mesures étatiques qui porteraient à leurs intérêts une atteinte illégale. Les citoyens y veillent, et les tribunaux les défendent. Ceci est évidemment loin d'être insignifiant ; la plupart des Etats du monde ne sont pas des Etats de droit, et le Luxembourg en est un. Il peut en être fier, mais il vaudrait mieux que la fierté ne vienne pas à l'auto-satisfaction. Car le Luxembourg ne fonctionne pas *entièrement* comme un Etat de droit.

Il cesse de l'être entièrement dès lors qu'il ne s'agit plus, pour l'administration, de porter directement atteinte aux droits de ses citoyens, mais de leur octroyer des *avantages*, ou d'en octroyer à certaines catégories de citoyens. A cet égard, c'est parfois un Etat laxiste⁸⁷. C'est ce qui a permis que se développent des phénomènes assez anodins, mais néanmoins illégaux comme la création de régimes généraux d'aide sociale sans base légale adéquate⁸⁸ ; mais aussi des phénomènes qui ne sont pas anodins. On pensera à la création, par circulaires administratives, du régime d'imposition propre aux « stock option plans »⁸⁹, qui est certainement illégal et même inconstitutionnel (articles 99 et 101 de la Constitution)⁹⁰ ; on peut y ajouter

geoise », à paraître dans les Actes du Colloque sur les 20 ans de la Cour constitutionnelle, section II.B.2.b, « Les réticences à l'égard de l'emprise du droit ». Dans cette contribution, Luc Heuschling se montre particulièrement pessimiste.

87 Il arrive aux pouvoirs publics luxembourgeois de fonctionner conformément à la maxime (humoristique ou cynique, cela dépend de l'appréciation de chacun) de Henry Kissinger : « *The illegal we do immediately ; the unconstitutional takes a little longer* » – maxime souvent répétée semble-t-il ; elle est dûment documentée sur *wikileaks* : https://wikileaks.org/plusd/cables/P860114-1573_MC_b.html#efmCS6CWs

88 Voir *infra* (note 92) le cas du chèque-service, selon le tribunal administratif.

89 Cf. *supra*, n° 10.

90 L'illégalité du système devient de plus en plus évidente, au fur et à mesure que de nouvelles circulaires sont publiées, en particulier pour réagir aux critiques dont il a été l'objet. La circulaire du directeur des contributions L.I.R. n° 104/2 du 29 novembre 2017, remplaçant les circulaires antérieures, introduit ainsi à titre de « condition raisonnable » la condition suivante (p. 6) : « Le plan d'option ne peut s'appliquer qu'aux personnes définies à l'article L.211-27 (5) du Code du travail », c'est-à-dire aux cadres supérieurs. Pourquoi cette restriction constituerait-elle une « condition raisonnable », en l'absence de toute décision en ce sens du législateur ? Par ailleurs, la circulaire tend à mettre en œuvre la décision du gouvernement (et non du parlement) d'imposer désormais au demi-taux global l'avantage résultant de la mise en place d'un plan d'option, c'est-à-dire de doubler la charge fiscale y afférente, tout en la laissant se maintenir à un niveau bien inférieur à la charge fiscale de droit commun. Comme il s'agit d'un régime mis en place par une circulaire, il doit faire semblant de reposer sur une évaluation réaliste, conforme à la *wirtschaftliche Betrachtungsweise* du droit fiscal, pouvant s'insérer dans la législation fiscale existante. Mais est-ce vraiment crédible ? Voyons la

le cas échéant, sous réserve de l'appréciation de la justice européenne, l'imposition de certaines entreprises par voie de *rulings*.

Ces pratiques ne relèvent pas de l'idée d'Etat de droit telle qu'elle est habituellement entendue. Une raison pour laquelle elles ont pu se développer et se maintenir consiste dans le fait que normalement personne n'aura l'intérêt et la qualité nécessaires pour agir en justice contre l'octroi, même injustifié au fond ou irrégulier en la forme, d'un avantage réservé à un autre individu⁹¹.

Et si les tribunaux en sont saisis (par des personnes qui croient remplir elles aussi les conditions d'attribution prévues par une pratique administrative ou par un texte réglementaire, illégaux), ils risquent de ne plus sanctionner

circulaire (p. 3) :

« Dans la pratique, la valeur estimée de réalisation des options librement négociables, mais non cotées en bourse, peut être fixée par recours à la méthode des économistes américains Myron Scholes et Fisher Black ou à une autre méthode financière comparable. A défaut d'application d'une telle méthode, la valeur d'une option librement cessible est présumée s'établir à 17,5% de la valeur sous-jacente du titre de participation (action) au moment de l'octroi de l'option jusqu'au 31 décembre 2017, et à 30,0% à partir du 1^{er} janvier 2018 » (mise en évidence ajoutée, correspondant à un ajout de la circulaire de 2017 par rapport à la circulaire précédente du 20 décembre 2012).

Il est évidemment impossible qu'une évaluation à 17,5% puisse être valable jusqu'au 31 décembre 2017, pour passer à 30% à partir du 1^{er} janvier 2018, s'il doit s'agir dans les deux cas (ou même dans un seul de ces cas) d'une évaluation réaliste et conforme à des critères économiques...

91 Voir ainsi le point de vue très pessimiste d'Alain Steichen dans *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, Centre universitaire, 1994, p. 252-253 (« il n'existe aucune possibilité pour lutter contre des circulaires fiscales illégales »). A l'époque de sa publication, la thèse de l'auteur correspondait certainement à l'état, qui apparaît en rétrospective comme étonnamment archaïque, de l'Etat de droit luxembourgeois au début des années 1990 : contentieux fiscal attribué au directeur des contributions et en appel au comité du contentieux du Conseil d'Etat ; absence de contrôle de la constitutionnalité des lois et donc aussi de jurisprudence constitutionnelle sur le principe d'égalité. Nous n'en sommes plus là. Peut-on désormais imaginer l'adoption, par les juridictions administratives (et au besoin par la Cour constitutionnelle, si la règle dérogatoire est une règle de nature législative), d'une jurisprudence inspirée de la jurisprudence allemande selon laquelle le droit constitutionnel à l'égalité devant la loi implique la possibilité pour un citoyen ayant déposé une déclaration fiscale sincère de s'opposer à l'application de la loi fiscale qui n'est pas réellement appliquée à l'égard de ses concitoyens fraudeurs fiscaux, protégés à l'époque par le secret bancaire allemand, BVerfG 27 juin 1991, BVerfGE 84, p. 239 ? (voir aussi, à propos de l'évaluation trop favorable aux propriétaires fonciers de la propriété immobilière par les règles d'évaluation dans le cadre de l'impôt sur la fortune, BVerfG 22 juin 1995, BVerfGE 93, p. 121).

d'office cette illégalité : c'est là le reproche que l'on peut faire à un arrêt de la Cour administrative, l'arrêt du « chèque-service » du 27 octobre 2016⁹². C'est un arrêt excellemment rédigé, qui est lui-même inspiré d'une véritable *philosophie* pragmatique, et qui mérite à cet égard l'intérêt de tous les juristes, par exemple lorsqu'il énonce que

« Le service public de la justice comporte, dans la mesure du possible, non seulement que le juge dise le droit mais encore, d'un point de vue de paix sociale, qu'il résolve autant que possible le point litigieux entre parties ».

Mais il estime aussi devoir faire prévaloir des principes « de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique » sur l'exception d'illégalité du règlement en cause, exception d'illégalité que le tribunal administratif avait en première instance soulevée parce que le règlement avait été édicté, de l'avis du tribunal, sans base légale. Selon la Cour administrative en revanche, c'est

« sous le point de vue du caractère opérant du moyen soulevé d'office par le tribunal que la Cour, eu égard précisément aux principes généraux, à la fois de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique, est amenée à conclure au caractère précisément non opérant de la double exception d'illégalité soulevée d'office par le tribunal ».

Cette solution n'est pas opportune. Si les juridictions s'abstiennent de soulever, au besoin d'office, une illégalité d'ordre public, qui le fera à leur place ?

26. Et la transparence ? Une dernière caractéristique qu'a parfois l'ordre juridique luxembourgeois et qui n'est pas favorable à une défense vigoureuse du droit commun doit être signalée : la tendance à la non-transparence dans le droit dérogatoire. Pendant longtemps il est vrai, la non-transparence a fait très littéralement partie du modèle d'affaires luxembourgeois (il suffit de penser à l'utilisation qui était faite du secret bancaire), et elle est peut-être plus généralement caractéristique des petites sociétés homogènes⁹³.

92 Cour administrative 27 octobre 2016, n^{os} 37299C et 37321C, publié au *JTL* 2016, p. 186, avec une note.

93 Et peut-être plus caractéristique des pays de tradition catholique que des pays de tradition protestante.

Une illustration récente : la lettre du président de l'Union des entreprises luxembourgeoise au Ministre des finances, dans laquelle il l'invite à revenir sur son annonce selon laquelle le régime des stock options ferait l'objet d'une loi (c'est-à-dire d'un débat au parlement) :

« Un débat législatif exige du temps et provoque maintes remises en question, alors que les acteurs économiques demandent à être rassurés ».

Cette lettre a fait l'objet d'une fuite dans la presse⁹⁴ (ce qui est une bonne chose pour la transparence), mais pour l'instant, son but est atteint, et le régime des stock options reste « réglementé » par circulaire.

27. Seconde explication. L'évolution du modèle économique luxembourgeois. Après cette référence à des particularités culturelles du Luxembourg, plus ou moins influencées par le modèle économique national, venons-en à l'influence directe du modèle économique. Il y eut trois modèles économiques successifs au Luxembourg, très bien décrits dans l'*Histoire économique du Grand-Duché de Luxembourg 1815-2015* que Gérard Trausch vient de faire paraître⁹⁵ :

- le premier modèle a été, en substance, le modèle de la misère : c'est celui du Luxembourg préindustriel, « société à évolution lente » selon Gérard Trausch⁹⁶ ;
- le deuxième modèle, caractéristique des années 1880-1980, est celui du Luxembourg industriel, fondé sur la sidérurgie⁹⁷ ;
- le troisième modèle, le modèle actuel, est celui de la « financiarisation de la société »⁹⁸.

La financiarisation comporte un élément important d'élaboration de normes juridiques, sans lesquelles un avantage compétitif dans une économie

94 Voir la brève (signée bt) au *Lëtzebuurger Land* du 20 octobre 2017, sous le titre « Cher Pierre », reprise le jour même par *paperjam*, édition électronique (F. Aulner, « Nouvelle circulaire stock-options pour 2018 », 20 octobre 2017).

95 Luxembourg, Statec, 2017.

96 P. 88 et s.

97 P. 115 et s.

98 P. 299 et s.

financiarisée est, certainement pour un petit pays, inatteignable⁹⁹. La compétitivité du Luxembourg et le moteur de sa croissance ne viennent actuellement pas de la vente de produits industriels, mais de la vente de *produits normatifs* particulièrement adaptés à la demande internationale¹⁰⁰.

Ce phénomène s'observe dans des domaines divers : le droit fiscal ; le droit bancaire ; le droit des organismes de placements collectifs ; le droit des sociétés, des médias et communications ; et très récemment, le droit de l'exploitation des ressources de l'espace¹⁰¹. Toutes ces activités dépendent d'une normativité particulière, d'un équilibre plus ou moins savant entre le libéralisme des normes et la présence rassurante d'un régulateur. Et ce sont les domaines dans lesquels la législation luxembourgeoise a été dynamique et innovante depuis les années 1980.

28. « Juridisme », ordolibéralisme et droit commun : contrastes et tensions. Dans l'ouvrage de Gérard Trausch il est question du « juridisme », comme de l'un des sept pivots de l'avenir économique du Luxembourg¹⁰². Selon lui, le juridisme serait lié à l'ordolibéralisme de type allemand, qui aurait une influence notable au Luxembourg. Ce diagnostic n'est pas faux, dans la mesure où on retrouve au Luxembourg un certain nombre des *institutions* qui accompagnent l'ordolibéralisme¹⁰³. Mais il me sera permis d'être plus sceptique dès lors qu'il s'agit des rapports du Luxembourg avec la *pensée* ordolibérale. Le véritable ordolibéralisme est une école de pensée rigoureuse, qui tient à une orientation stricte sur les principes –

99 Voir de manière générale E. O'Hara et L. Ribstein, *The Law Market*, New York, Oxford University Press, 2009, et de manière spécifique au Luxembourg B. Thomas, « Les renards. Histoire du facteur de production souveraineté (1882-2014) », *d'Letzebuurger Land*, 2 janvier 2015, une contribution importante à l'histoire intellectuelle du pays.

100 Ainsi que des prestations de *back office* correspondantes, comme j'ai pu l'exprimer de manière un peu polémique, dans une autre conférence : « L'impérialisme juridique ? », *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexions sur l'évolution des sources techniques et normatives* (Actes du premier *Juristendag*), Windhof, Larcier-Promoculture, 2013, p. 176 et s., spéc. p. 181 et note 8.

101 Les Luxembourgeois ayant des affinités avec l'humour britannique pourront lire l'article, bien recherché, d'A.A. Abrahamian, « How a tax haven is leading the race to private space », *The Guardian*, 15 septembre 2017 (extrait : « The grand duchy – which has all the square footage of an asteroid and, with a population of half a million, not all that many more inhabitants – ... ») ; les autres diront que c'est l'article déplorable d'une Anglo-saxonne jalouse des succès du Luxembourg.

102 P. 374.

103 À la p. 341, G. Trausch énumère : « institutions stables et stabilité politique, Mitbestimmung, juridisme, poids accordé à la stabilité des prix et du plein emploi ».

principe de rigueur budgétaire et de stabilité monétaire certes, mais aussi principe de la concurrence non faussée et rôle ordonnateur de la puissance publique. Cette orientation stricte et même rigide sur des principes entrera toujours en conflit avec l'attitude opportuniste qui accompagne, sectoriellement, le pragmatisme des Luxembourgeois. Ainsi, on n'oubliera pas que c'est l'orientation ordolibérale du droit européen de la concurrence qui est derrière l'interdiction des aides d'Etat par le droit européen ; or la poursuite des aides d'Etat par la Commission européenne est en définitive, et spécialement en matière fiscale, un mécanisme de détection des avantages « sélectifs », dérogeant de manière injustifiée au droit commun¹⁰⁴. Est-on sûr que l'orientation de la politique fiscale du Luxembourg est, sur ce point, sur la même ligne que celle de la Commission européenne ?

En réalité, plutôt que par une adhésion du Luxembourg aux idées de l'ordolibéralisme, le « juridisme » luxembourgeois s'explique par ce facteur mis en avant par un banquier libanais, actif au Luxembourg, selon lequel le Luxembourg est comme une Silicon Valley de l'innovation juridique *productrice de richesses* :

„Luxemburg ist das Silicon Valley für rechtliche Innovation“

Die Privatbank Bemo Europe setzt auf das Großherzogtum und will bis 2020 zwei Milliarden Euro an Vermögen verwalten

Luxemburg. Die libanesische Obégi-Gruppe ist seit rund 40 Jahren im Großherzogtum aktiv. Mittels luxemburgischer Holdings hat die Familie ihre verschiedenen Geschäftsaktivitäten strukturiert. Dazu gehören Bankdienstleistungen und Produkte aus den Bereichen Chemie, Landwirtschaft und Konsumgüter. 1976 wurde die Holding für Bankaktivitäten in Luxemburg gegründet. 1984 folgte eine Bankniederlassung in Luxemburg. 2013 verlegte die Privatbank Bemo Europe ihren Sitz von Paris nach Luxemburg.

„Dafür waren mehrere Gründe ausschlaggebend“, so Verwaltungsratspräsident Riad Obégi. In Luxemburg gebe es finanzielle und rechtliche Stabilität in Bezug auf zu verwaltende Vermögen, zudem ein Cluster an Kompetenz und Innovation im finanziellen wie rechtlichen Bereich und das auf kleinstem Raum. Auch das Gesetz über die „Fondation patrimoniale“ spiele eine wichtige Rolle.

Mit im Verwaltungsrat der Bemo Europe Privatbank sitzt Fernand Grulms, früherer CEO der Agentur Luxembourg für Finance (LFF), die zur Aufgabe hat, neue Potenziale für den Finanzplatz zu erschließen.

Riad Obégi sieht in Luxemburg das „Silicon Valley der rechtlichen Innovation“. Er habe noch kürzlich darüber mit Fernand Grulms gesprochen: „Ich denke, die rechtliche Innovation kann ebensoviel Reichtum erzeugen wie technische Innovation.“

Die Kunden der Bank stammen aus dem Mittleren Osten, leben zum Teil in der Diaspora und suchen einen sicheren Hafen für ihr Vermögen. Auch die Golfregion ist für die Bank von Interesse. Es gibt neben Luxemburg und Paris auch eine Präsenz in Dubai. Laut Generaldirektor Hans Hrechdakian geht es in der Regel um High-Net-Worth-Individuals, die unternehmerisch tätig sind und Private-Banking-Lösungen suchen. „Ich

bin 2010, als ich nach Luxemburg kam, Herrn Grulms begegnet und habe ihn gefragt, welche Regionen für LFF Priorität haben. Der Mittleren Osten war eine davon“, so Hrechdakian. Bemo komme heute eine Brückenfunktion zwischen Europa und dem Mittleren Osten

zu. Aktuell hat die Bemo Europe laut Hrechdakian zirka 500 Millionen Euro Assets under Management. Das will man in den kommenden drei Jahren auf eine Milliarde steigern. 2020 sollen es bis zu zwei Milliarden Euro sein. Insgesamt möchte man dauerhaft

rund 1 000 Kunden betreuen. Dieser Wert ist noch nicht ganz erreicht.

Gestern hat die Bemo Bank nun im Beisein von Finanzminister Pierre Gramagna einen neuen Firmensitz eingeweiht – am Boulevard Royal, Hausnummer 26, im siebten Stock. Eine gute Adresse, in unmittelbarer Nähe zur Altstadt mit ihren Geschäftsstraßen. Ein Umstand, den die Kundschaft zu schätzen weiß. Zudem wird der Kauf der Büros auch als Investition betrachtet.

Die Bemo Europe hat 20 Mitarbeiter. In absehbarer Zeit sollen es in Luxemburg 25 werden. Auch wenn die angestrebte Zahl der Kunden die 1 000 nicht wesentlich übersteigen soll und diese ohnehin aus dem Mittleren Osten stammen, betonen die Verantwortlichen der Bank den Nutzen für das Großherzogtum. Man trägt einen Teil dazu bei, die Aktivitäten am Finanzplatz zu diversifizieren. (aa)



Der neue Firmensitz wurde gestern im Beisein von Hans Hrechdakian, Pierre Gramagna und Riad Obégi (v.l.n.r.) eingeweiht. (Foto: Guy Jallat)

« Ich denke, die rechtliche Innovation kann ebensoviel Reichtum erzeugen wie technische Innovation ». Luxemburger Wort, 9 juin 2015

¹⁰⁴ Voir par exemple CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Commission européenne c. World Duty Free Group SA e.a.*, C-20/15P et C-21/15P, ECLI:EU:C:2016:981, points 57 et 67. Sur le thème des *rulings* luxembourgeois et de leur compatibilité avec les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, voir les références des affaires introduites devant le Tribunal de l'Union, supra, note 44.

Le Luxembourg n'est évidemment pas le seul Etat à être un participant actif au marché international des normes. Certains grands Etats le sont aussi ; mais la vente de produits normatifs tend à être plutôt une spécialisation du modèle économique des *petits Etats politiquement stables*. Ces Etats ne sont pas nécessairement des démocraties – Singapour est, après tout, un participant actif sur ce marché – mais ils le sont fréquemment : l'Irlande, et dans une certaine mesure la Suisse, la Belgique et les Pays-Bas sont des concurrents du Luxembourg dans ce marché (le modèle économique luxembourgeois est en fait la radicalisation d'un modèle Benelux). Les avantages que cela comporte en termes économiques, comme les inconvénients que cela comporte en termes de respect du droit commun, peuvent être exacerbés au Luxembourg par sa petite taille. Comme le pragmatisme d'un pays, sa petite taille a des inconvénients.

Le modèle économique du Luxembourg étant ce qu'il est, il faut que ses produits normatifs soient compétitifs sur le marché international des normes, qu'ils se démarquent de la concurrence, ce qui ne facilite pas la recherche de l'équilibre caractéristique du droit commun. D'où une série de questions, qui sont fondamentales compte tenu de l'économie du droit luxembourgeois : 1^o, est-ce que le maintien, par un ordre juridique, d'un droit commun de bon niveau est indispensable à sa compétitivité ? (Réponse : peut-être non, mais cela n'enlève rien à l'utilité du maintien à niveau du droit commun ; il y a d'autres buts dans la vie d'un Etat et de ses citoyens que le souci de sa compétitivité économique) ; 2^o, est-ce que, à l'inverse, la sauvegarde du droit commun, au sens où l'entend la présente conférence, est un *obstacle* à la compétitivité du Luxembourg¹⁰⁵ ? (Réponse : il serait profondément affligeant si tel était le cas, ou si les juristes luxembourgeois en étaient convaincus).

B. – Un apparent paradoxe : la difficulté de la modernisation du droit commun

29. *Un regard clinique.* Le droit commun se doit de rester à jour ; un droit commun qui n'évolue pas sera inévitablement, à un moment ou à un autre, un droit commun obsolète. Or, il me semble qu'en regardant le droit luxembourgeois avec le regard froid d'un clinicien, on reconnaîtra qu'il a actuellement du mal à se moderniser, et ceci spécifiquement dans les matières centrales du droit privé (et aussi dans la matière, annexe mais

105 Voir la Section C ci-dessous, « La préférence politique pour le droit dérogatoire ».

non dépourvue d'importance, de la procédure civile). Un regard de clinicien n'est jamais un regard de moralisateur ou de polémiste : si je constate ici que la modernisation du droit privé luxembourgeois est en panne, ce n'est pas pour formuler une accusation facile contre tel ou tel ministre de la justice, ses fonctionnaires ou contre les membres de la Chambre des députés. Chacune de ces personnes travaille consciencieusement, à n'en pas douter. Le problème est un problème structurel, et non un problème de responsabilité individuelle ; mais les problèmes structurels sont par définition les plus difficiles.

Un regard clinique suppose que l'on constate les symptômes, que l'on détermine les causes (ou spéculer sur elles, s'agissant d'une question qui ne relève pas d'une science exacte) et que l'on cherche des remèdes.

30. Symptômes. Nous nous concentrerons sur le droit privé ; le droit pénal luxembourgeois, quant à lui, semble être en mesure de se moderniser : de nouvelles infractions pénales sont ajoutées régulièrement au Code pénal, et le Code d'instruction criminelle a même changé de nom pour devenir, du fait de la loi du 8 mars 2017, le Code de procédure pénale. Cette modernisation existe par conséquent ; il appartiendra aux spécialistes du droit pénal de juger de sa qualité.

Les dernières réformes techniquement ambitieuses du Code civil datent de 1987, lorsque le législateur luxembourgeois – suivi partiellement, et non réellement suivi sur d'autres points, par la jurisprudence subséquente – introduisit des dispositions modificatrices, inspirées en partie du droit français mais en partie d'autres sources, en matière de droit des obligations¹⁰⁶ et en matière de droit de propriété¹⁰⁷. Depuis lors, certaines réformes ont

106 Loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique des consommateurs. Comme le relève Pascal Ancel (*Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 12 ; n°s 253 et s.), il s'agit d'un îlot d'inspiration essentiellement germanique (Allemagne et Suisse) au milieu du Code civil, cherchant à contrer les situations contractuelles déséquilibrées.

107 Loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du Code civil. A l'époque, Alphonse Spielmann (« D'un certain conformisme à un libre examen certain. De quelques aspects de la vie juridique », *Mémorial 1989 : La société luxembourgeoise de 1839 à 1989* (M. Gerges, dir.), Luxembourg, Publications mosellanes, 1989, p. 93 et s., spéc. p. 103), a pu exprimer l'opinion que « cette réforme, du reste passée presque inaperçue, doit être considérée comme une révolution en matière du droit à la propriété ». Mais la révolution ne s'est pas concrétisée en jurisprudence.

été menées à bien, dont l'introduction du mariage entre personnes du même sexe, réforme importante sur le plan sociétal et qui a entraîné mécaniquement un certain nombre de modifications du texte du Code civil. Mais en droit de la famille, d'autres réformes nécessaires progressent avec une lenteur excessive. La réforme du droit du divorce n'est toujours pas adoptée. Il en va de même de la réforme du droit de la filiation, droit dont de larges pans ont pourtant été déclarés contraires à la Constitution par une série d'arrêts de la Cour constitutionnelle dont le premier date de 1999¹⁰⁸. Depuis cet arrêt rendu il y a plus de 18 ans, des travaux préparatoires sont certes en cours, mais ils n'ont pas abouti – ce qui est manifestement anormal et injustifiable. Le fait qu'en 2013 la Cour constitutionnelle ait elle-même relevé dans un autre arrêt – d'une manière hautement inhabituelle de la part d'une juridiction luxembourgeoise – que l'article invalidé en 1999 « n'a pas été mis en conformité à la Constitution par le législateur »¹⁰⁹ n'a pas ému celui-ci et donne l'apparence, que l'on espère trompeuse, de ne même pas l'intéresser.

Aucune réforme du droit des obligations ne semble être envisagée de la part des autorités ; pourtant, la France vient de moderniser complètement cette partie du Code civil, et la Belgique est elle-même en train d'y travailler. A la fin de ce processus, s'il maintient réellement cette partie du Code civil dans sa pureté originaire de 1804, le Luxembourg aura fait preuve d'une remarquable stabilité de ses institutions juridiques¹¹⁰, mais il sera bien seul, du moins en Europe, à maintenir ce code qui apparaîtra à ce moment comme obsolète.

La même observation peut être faite à propos du « Nouveau » Code de procédure civile : la modernisation de la procédure civile qui a été opérée en 1996 a consisté à veiller, dans un esprit rigoureusement pragmatique, à modifier uniquement les articles les plus fréquemment applicables, en introduisant la procédure de la mise en état au Luxembourg. Mais aucune initiative pour moderniser les autres dispositions du Code n'a été entreprise, et ce Code contient toujours des horreurs comme la requête civile, la procédure de l'inscription de faux, ou des procédures de saisie datant de 1806. Les procédures commerciales sont-elles plus modernes ? Même pas : la procédure de la faillite reste telle que l'a réglementée le législateur de 1870 (livre « Des faillites, banqueroutes et sursis » du Code de commerce), et

108 Arrêt du 26 mars 1999, n° 7.

109 Arrêt du 7 juin 2013, n° 99.

110 Autre élément de notre *nation branding* ?

on ne s'étonnera pas que la Commission européenne ait, dans une étude de 2016, mis le Luxembourg au 27^e rang des 28 Etats membres de l'Union « when it comes to the effectiveness of its insolvency proceedings »¹¹¹.

Mais tout ceci ne signifie pas que le Luxembourg n'aurait pas de parlement, ou que son parlement resterait inactif. Au contraire, le parlement luxembourgeois s'active dans de nombreux domaines. Il produit des lois innovantes et intellectuellement intéressantes – mais il les produit essentiellement pour positionner le Luxembourg, en tant que « Silicon Valley für rechtliche Innovation », sur le marché international des normes¹¹². Ces lois ne correspondent pas à notre définition de droit commun – ce qui n'est pas, en soi, une condamnation, mais ce qui peut en devenir une si le législateur ne fait rien pour moderniser également le véritable droit commun.

A propos d'une loi récente, une discussion est possible : il s'agit de la nouvelle loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Le droit des sociétés fait partie, en principe, du droit commun, et l'énergie législative qui a été mise dans cette réforme est remarquable¹¹³. La nouvelle loi est incontestablement un succès – elle a été saluée comme telle par les parlementaires, et a fait l'objet d'un nombre, inhabituel au Luxembourg, de conférences et même de livres¹¹⁴ –, mais l'est-elle vraiment dans le domaine du droit commun ? « Tout en reconnaissant l'ampleur du travail accompli », la Chambre des notaires a estimé que non :

« le nouveau droit qui sera issu de la refonte de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales sera particulièrement adapté aux sociétés financières au détriment des sociétés commerciales de type classique. Les commentaires des articles semblent confirmer

111 Communiqué de presse de la Commission du 22 novembre 2016, IP/16/3802 (citation extraite des *country-specific fact sheets* annexés). Le 28^e Etat dans cette classification est la République de Malte.

112 *Supra*, n° 28.

113 Numéro de dossier parlementaire 5730. Ainsi, les seuls amendements parlementaires élaborés en 2015 et munis de commentaires substantiels comportent 77 pages.

114 *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés* (A. Prüm., dir.), Bruxelles, Larcier, 2017 ; voir aussi des volumes qui font amplement état des travaux préparatoires de la loi : *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales* (Y. Staechele-Stefanova et J.-M. Schmit, dir.), Waterloo, Wolters Kluwer, 2015 ; *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés* (A. Prüm., dir.), Bruxelles, Larcier, 2016.

cette analyse en ce sens qu'il est fréquemment fait référence aux hedge funds, private equity, ... et non aux sociétés ayant une activité commerciale ou industrielle. Toutefois les articles de la loi sont de portée générale et non limités à ces types de sociétés. La Chambre des Notaires a le sentiment que les modifications introduites de manière générale ne seront pas adaptées aux sociétés commerciales de type classique qui existent encore en grand nombre au Grand-Duché de Luxembourg »¹¹⁵.

Cette critique a elle-même été critiquée¹¹⁶, mais elle est justifiée quant au fond. La loi du 10 août 2016 n'introduit pas une réglementation qui nuirait carrément au bon fonctionnement des « sociétés commerciales de type classique » ; simplement, en se concentrant sur l'introduction de *tracking shares* et d'autres innovations inspirées, pour les unes, du droit anglo-américain, pour les autres du souhait des juristes d'affaires de pouvoir certifier, sans le moindre doute, la conformité au droit des structures de sociétés utilisées en pratique, le législateur a inséré dans la loi générale relative aux sociétés commerciales des dispositions qui auraient également, et mieux, pu figurer dans des dispositions spéciales aux sociétés à objet financier ou aux structures de private equity¹¹⁷. Ce qu'il n'a pas fait en revanche, c'est moderniser à fond le régime de droit commun qui s'applique non seulement à ces sociétés-là, mais encore aux autres, dont les « sociétés commerciales de type classique » auxquelles a pensé la Chambre des notaires. L'énergie législative a été canalisée autrement.

Voici une statistique de l'activité législative au Luxembourg du 1^{er} janvier 2016 au 30 septembre 2017¹¹⁸ :

115 Avis de la Chambre des notaires, *Doc. parl.* 5730⁸, p. 1-2.

116 A. Elvinger, « Le carrousel des nullités dans la loi du 10 août 2016 sur les sociétés commerciales : modernisation ou régression, protection ou insécurité ? », *JTL* 2016, p. 129, note 1.

117 Voir I. Corbisier, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *RPS-TRV* 2017, p. 416 et s., qui souligne notamment que le régime des sociétés à responsabilité limitée, tel qu'il résulte de la nouvelle loi, est désormais très orienté sur leur utilisation comme véhicules de *private equity* (p. 456). De manière générale, selon Isabelle Corbisier, la loi se caractérise par sa « sollicitude exprimée à l'endroit des actionnaires/associés majoritaires et contrôleurs » (pp. 444, 461).

118 Statistique établie par M^e Alix Kayser.

Du 1^{er} janvier 2016 au 30 septembre 2017, 201 lois ont été publiées, dont

44 lois de transposition de directives européennes,

29 lois de ratification de traités internationaux

35 lois d'organisation administrative.

Une dizaine de lois dans chacun des domaines suivants:

- droit de l'environnement,
- enseignement public,
- fonction publique,
- droit du travail.

5 lois en matière de droit des sociétés, 5 lois en matière de droit pénal et 6 lois en matière civile ou en matière de nationalité.

Le législateur luxembourgeois n'est pas paresseux, loin de là. Mais il est visiblement débordé du fait des obligations internationales du Luxembourg¹¹⁹, du fait des besoins inévitable d'organiser l'Etat sur le plan bureaucratique et d'introduire des réglementations dans des domaines qui intéressent particulièrement les électeurs et des secteurs de l'économie. Il reste un peu de temps gouvernemental et parlementaire pour la législation civile et pénale ordinaire, mais un peu de temps seulement.

31. Causes. La modernisation, et la modernisation constante, du droit luxembourgeois est une nécessité. En ce qui concerne les domaines économiquement porteurs de ce droit, la modernisation est menée avec énergie par l'Etat, souvent avec l'aide du secteur privé, et elle est même parfois accompagnée d'une profusion de travaux doctrinaux. En revanche, en ce qui concerne le droit commun – non pas tout le droit commun peut-être, mais les domaines du droit privé dont la modernisation s'apparente à autant de vastes chantiers – l'on ne peut que constater les difficultés regrettables de

119 Sur ce phénomène, voir *infra*, n° 31.

sa modernisation. Ces difficultés sont *a priori* paradoxales : jamais dans son histoire le Luxembourg n'a compté autant de juristes (juges et avocats ; fonctionnaires auprès des ministères ; assistants parlementaires) qu'aujourd'hui. S'il a réussi au cours des dynamiques années 1970 et 1980 à moderniser son droit commun, pourquoi en serait-il incapable en 2017¹²⁰ ?

On peut avancer deux explications à ce paradoxe.

Une première explication est que rien ne garantit qu'un doublement, ou un décuplement, du nombre des juristes (en ce qui concerne les avocats, leur nombre était de 216 en 1977¹²¹, alors qu'il est de plus de 2500 en 2017) équivaut à un accroissement proportionnel de l'intérêt pour le sort du droit commun. Les juristes luxembourgeois sont en général pragmatiques, comme le sont leurs concitoyens, et préfèrent concentrer leur énergie sur des domaines du droit plus porteurs dans une économie financiarisée. C'est le cas en particulier de la plupart des juristes les plus brillants, notamment (mais pas exclusivement) du barreau luxembourgeois, qui sont nettement plus nombreux aujourd'hui qu'autrefois. On peut le regretter, mais les regrets n'y changeront rien. Et leurs priorités seront en général également les priorités politiques du moment.

Une deuxième explication est que même pour le Ministère de la justice, qu'il n'y a pas lieu de soupçonner de ne pas aimer le droit commun, il se peut que les priorités tout banalement (mais inévitablement) administratives soient ailleurs. Un phénomène a en effet changé la donne, pour un petit Etat comme le Luxembourg, depuis 1980 : l'activité législative au niveau européen s'est accrue, et si son accroissement ne représente aucun problème pour un Etat de la taille de la France ou de l'Allemagne, il en représente un pour le Luxembourg. La participation aux travaux préparatoires de directives et règlements européens absorbe désormais des

120 La situation n'est *pas encore* aussi grave qu'au cours des années 1950 et 1960, époque d'obsolescence avérée du droit commun luxembourgeois : voir les classiques cris du cœur de M^e Alex Bonn, « Considérations sur la réforme judiciaire », *Bull. Laurent*, vol. I, p. 163 (spéc. la section II) et « Le droit luxembourgeois – science secrète », *Bull. Laurent*, vol. II, p. 105 ; également la note anonyme à la *Pas. lux.* 19, p. 349, 2^e colonne, à propos d'une réforme envisagée de la procédure pénale :

« Si le législateur envisageait une réforme législative "luxembourgeoise", parce que ni le Code belge de 1891, ni le Nouveau Code de procédure pénale français ne lui donnent satisfaction, on peut, dès à présent, s'attendre au pire ».

121 Cf. l'exposé, assez malthusien, de M^e J. Biever, « La pléthore des avocats », *FSY* n° 39 (1977), p. 4.

ressources qui sont proportionnellement beaucoup plus importantes pour un petit pays que pour une grande nation.

32. Remèdes. Dans l'hypothèse la plus pessimiste, celle où l'inaction du gouvernement et du parlement se prolongerait indéfiniment, de deux choses l'une. Soit il n'y a pas de remède du tout à l'obsolescence progressive du droit commun luxembourgeois (ce qui serait déplorable, quoique confortable pour les plus pragmatiques des praticiens, qui pourraient continuer indéfiniment à se servir de leur savoir acquis). Soit il y a un remède, mais ce remède devrait dans cette hypothèse venir des tribunaux : le droit luxembourgeois deviendrait progressivement un **droit jurisprudentiel**. Cette solution n'est pas totalement irréaliste : après tout, dans les interstices des codifications se trouvent dès à présent des îlots de droit jurisprudentiel (par exemple le droit de la responsabilité civile, ou le droit international privé avant sa codification européenne). Dans les domaines où le droit luxembourgeois s'inspire du droit français, nos tribunaux n'ont eu aucune difficulté à suivre l'évolution de la jurisprudence française, y compris là où elle a adopté une interprétation évolutive des textes et a adapté le droit civil à l'évolution de la société, au-delà des textes de la loi¹²². Par conséquent, même si les textes, mettons, du droit luxembourgeois des obligations restaient inchangés, rien n'empêcherait les tribunaux luxembourgeois de continuer à s'inspirer de l'évolution de la jurisprudence française, à condition de bien comprendre ce qui est la réalité – à savoir que la récente réforme française du droit des obligations est à 95% une codification de la jurisprudence des deux cents dernières années et qui a dès à présent été reprise au Luxembourg, et à 5% une adaptation des règles de droit à l'idée de bonne foi telle qu'elle est actuellement comprise.

Il y a néanmoins des difficultés avec cette solution. D'abord, il n'est pas certain que les tribunaux luxembourgeois comprendront la réforme française du droit des obligations de cette manière, et, même s'ils partagent cette compréhension, il n'est pas certain qu'ils accepteront de moderniser, sans modification des textes, les solutions du droit luxembourgeois là où cela correspondrait aux 5% de solutions législatives innovatrices en droit français. Et en ce qui concerne les textes luxembourgeois qui ne se

122 Voir P. Ancel, « Le droit luxembourgeois des contrats, un droit sous influence(s) », *RDC* 2014, p. 295, une contribution perspicace et sensible, qui souligne que l'attitude d'allégeance apparente des tribunaux luxembourgeois à l'égard des solutions françaises est « commandée par des considérations pragmatiques d'économie de moyens » (p. 301).

rattachent pas à un modèle étranger (c'est-à-dire, en droit privé, à un modèle français ou belge), on ne peut que constater que les tribunaux restent le plus souvent fidèles au modèle d'interprétation exégétique¹²³ : les tribunaux y sont textualistes en présence de ce qu'ils estiment être des textes clairs, et à défaut, ils ont tendance à consulter les travaux préparatoires des lois et à suivre la volonté du législateur historique. Ils refusent en général le rôle de co-législateurs (qu'ils acceptent en revanche dès lors qu'ils suivent la jurisprudence française dans son évolution) ou de combler les lacunes des textes législatifs¹²⁴. Il faudrait par conséquent que les tribunaux changent d'approche, décident de s'émanciper de la volonté du législateur historique et assument le caractère évolutif d'un droit qui ne peut pas rester figé indéfiniment dans l'attente d'une réforme législative.

Mais, que les tribunaux se résolvent ou non à cette révolution juridique, il faudra également des **réformes législatives**. Ainsi, aucune modification purement jurisprudentielle ne pourra permettre de remplacer les dispositions surannées du Nouveau Code de procédure civile sur les saisies par un droit des saisies résolument moderne.

Et il serait évidemment préférable que le Code civil luxembourgeois fût lui aussi modernisé, y compris dans ses parties les plus techniques et les plus fondamentales, par le législateur, indépendamment de sa modernisation éventuelle par la jurisprudence des tribunaux. On pourrait imaginer qu'il fût renoué avec les groupes de travail qui, au cours des années 1970 et 1980, se réunissaient régulièrement sous la présidence de fonctionnaires du Ministère de la justice et qui élaboraient, généralement en s'inspirant des réformes législatives françaises ou belges, des textes qui permettaient au droit luxembourgeois de rester à jour. Le droit commun en bénéficierait assurément.

Reste à parler d'un autre risque que le risque d'obsolescence du droit commun :

123 Cf., de la part d'un collectif d'auteurs du groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant, « Culture et droit civil », *Pas. lux.* 34, p. 353 et s., spéc. p. 368-369.

124 Cette observation vaut en ce qui concerne les tribunaux judiciaires, ceux qui sont en charge du droit privé. La Cour administrative, quant à elle, a pour l'instant une tout autre approche : voir le compte-rendu, par B. Olinger, d'une conférence du Président de la Cour administrative de novembre 2016, *JTL* 2016, p. 190.

C. – La préférence politique pour le droit dérogatoire

33. *La demande et l'offre.* Dans notre définition du droit commun, par opposition au droit dérogatoire¹²⁵, nous avons défini le droit commun comme un ensemble de règles formant un système orienté autour de principes cohérents, et un ensemble de règles qui évitent « le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges ». C'est en cela que le droit commun risque d'être insidieusement évincé par des innovations juridiques, en provenance de la « Silicon Valley für rechtliche Innovation », qui répondent à une demande (internationale ou même interne au pays) de dérogations, parfois de spectaculaire, ou même de privilèges. Si le législateur, qui est responsable de l'offre de produits législatifs, cède trop facilement à cette tentation, s'il introduit des régimes dérogatoires sans égard aux risques qu'il crée pour le droit commun, le droit commun est lui-même en danger.

34. *Un risque particulier : la regulatory capture.* Ce risque peut s'ajouter, le cas échéant, au développement progressif d'un droit dérogatoire foisonnant. Il ne s'agit pas du simple lobbying, phénomène qui a existé de tous temps, mais d'un risque plus particulièrement inhérent à la procédure d'élaboration de textes dans un environnement juridique de plus en plus complexe.

La théorie de la *regulatory capture* a été élaborée originellement dans le cadre de l'école de Chicago¹²⁶, qui propose par principe des solutions très libérales à des problèmes d'intérêt général. Intrinsèquement, cette théorie se rattache à l'école dite du « public choice », application au droit public de l'idée de *rational choice* qui, émanant d'économistes ou de juristes, aboutira toujours à faire prévaloir un raisonnement strictement économique sur un raisonnement d'ordre moral ou politique. L'école du « public choice » est même particulièrement pessimiste en ce qui concerne la réalisabilité

125 *Supra*, n° 3.

126 L'article pionnier, très bref, sur la *regulatory capture* est celui de George J. Stigler, de l'Université de Chicago, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management*, vol. 2 (1971), p. 3 et s. (le terme de *regulatory capture* ne figure pas encore dans cet article). Voir M. Levine et J. Forrence, « Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda : Towards a Synthesis », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6 (1990), p. 167 et s. ; J.-J. Laffont et J. Tirole, « The Politics of Government Decision Making : A Theory of Regulatory Capture », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106 (1991), p. 1089 et s. ; C. Carrigan et C. Coglianese, « Capturing Regulatory Reality : Stigler's *Theory of Economic Regulation* », University of Pennsylvania Faculty Scholarship Paper 1650 (2016).

des idées de bonne gouvernance ou de démocratie. Mais il n'est pas nécessaire d'adhérer à cette école pour reconnaître qu'il lui arrive de décrire exactement certains phénomènes.

La *regulatory capture* consiste en ce que les entreprises réglementées, bien informées sur les besoins de leur secteur et consultées à ce titre par les pouvoirs publics qui les considèrent comme leurs partenaires, réussissent (et risquent de *toujours réussir*, selon les théoriciens du « public choice ») à « capturer » les régulateurs et les gouvernants, simplement en étant plus efficaces et mieux informés qu'eux : ce sont les phénomènes d'« information capture » ou d'« expertise capture »¹²⁷. Cette forme très particulière de partenariat public-privé existe évidemment aussi au Luxembourg, et elle a fait récemment l'objet d'une discrète critique de la part de M. Jean Guill, ancien directeur général de la CSSF¹²⁸.

Ce n'est qu'exceptionnellement que le risque de *regulatory capture* se matérialise non plus en droit dérogatoire, mais en droit commun : on se souviendra de l'incident de la reprise par l'ancien Ministère des classes moyennes d'un avant-projet de loi proposé par un avocat à la Cour, président de l'Union des propriétaires du Grand-Duché de Luxembourg et qui concernait le bail commercial. Le Ministre de l'économie, M. Etienne Schneider, a à cette occasion pris ses distances par rapport à cette manière de procéder¹²⁹.

127 A. Berman, « Industry, Regulatory Capture and Transnational Standard Setting », *AJIL Unbound*, vol. 111 (2017), p. 112 et s.

128 Dans une interview au *Lëtzebuurger Land*, 28 juillet 2017, « La rupture du “cercle de confiance” ». Ses critiques ont-elles-mêmes donné lieu à des réactions : voir A. Elvinger, « “Tenir la plume”, réaction à l'interview avec l'ancien directeur général de la CSSF, Jean Guill, parue le 28 juillet 2017 », *d'Lëtzebuurger Land*, 11 août 2017, qui critique essentiellement le journaliste ayant recueilli les propos de M. Guill ; et, de la part du Ministre des finances, sa réponse à la question parlementaire 3197, *Compte-rendu des séances publiques de la Chambre des Députés*, 2016-2017, n° 16, p. Q275, ainsi que, sur un ton moins diplomatique, l'entretien donné par le Ministre à paperjam, édition électronique, 11 septembre 2017, où se trouve critiqué « le fonctionnaire retraité » lui-même.

129 Réponse à la question parlementaire n° 1358, *Compte-rendu des séances publiques de la Chambre des Députés*, 2014-2015, n° 17, p. Q264 :

« En général, j'estime qu'il va à l'encontre d'une bonne gouvernance voire qu'il est inadmissible qu'un ministère ou une administration se fait assister ou consulter par un expert externe lors de la préparation d'un projet de loi ou d'un projet de règlement grand-ducal, alors que celui-ci représente simultanément les intérêts de milieux ou de groupes directement concernés d'un point de vue matériel voire financier par les dispositions y prévues.

35. Les dérogations au droit commun en droit fiscal. Le droit fiscal luxembourgeois est peut-être particulièrement fragile dès lors qu'il s'agit de défendre l'idée de droit commun contre des dérogations même objectivement injustifiables. Sans vouloir (re-)parler du cas des *rulings*, qui est actuellement soumis à la justice européenne, ni du cas des « stock options », des mesures dérogatoires ont figuré et continueront vraisemblablement à être introduites dans le droit fiscal normatif luxembourgeois¹³⁰.

Dans un article de 2013, Alain Steichen donne des conseils au législateur fiscal luxembourgeois¹³¹ : privilégier l'acte créateur de richesse sur sa distribution, privilégier la proportionnalité sur la progressivité de l'impôt, privilégier l'imposition de la consommation sur celle du revenu, ne pas se soucier de l'opinion des nombreux envieux de l'étranger, hostiles à « la culture du pays »¹³². Mais aussi ceci, qui mérite assurément d'être pris au sérieux : se souvenir de ce qu'un certain degré de respect du droit commun n'est pas une option, mais une obligation au regard de l'interdiction européenne des aides d'Etat¹³³. La proposition de l'auteur consiste dès lors à changer d'approche :

Quant à la question si l'externalisation de la rédaction de textes de loi constitue une pratique courante, je tiens à informer l'honorable député que pour certains projets de loi ou de règlements grand-ducaux, en particulier ceux relevant d'une matière juridiquement ou techniquement complexe, les services du ministère de l'Économie recourent parfois aux services de conseils externes. Dans ces cas, il est scrupuleusement veillé à ce qu'aucun conflit d'intérêts ne puisse naître d'une situation dans laquelle un tel conseiller externe possède et défend, à titre personnel ou professionnel, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont il s'acquitte d'une telle mission. En outre, il n'est absolument pas d'usage que de tels prestataires fournissent des services sans être rémunérés et sans qu'un contrat de prestation de services n'existe qui définit les objectifs et le périmètre de la mission ».

130 Un exemple : le régime fiscal de la propriété intellectuelle dit « patent box » (article 50bis L.I.R.), abrogé par la loi du 18 décembre 2015 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2016, et qui avait été critiqué par l'OCDE comme étant une « harmful tax practice » (cf. la réponse du Ministre des finances à la question parlementaire 1673, *Compte-rendu des séances publiques de la Chambre des Députés* 2015-2016, n° 6, p. Q86) et qui avait été critiqué dans le cadre de l'Union européenne.

131 A. Steichen, « A la croisée des chemins. La politique fiscale luxembourgeoise : ses fonctions, ses contraintes et ses contradictions », *forum*, avril 2013, p. 55 et s.

132 P. 59, dans le contexte de la défense d'un système de *rulings*.

133 Cf. *supra*, texte accompagnant la note 104.

« Il ... faut éviter d'accorder des aides d'État, ce qui sera le cas si le traitement fiscal est dérogoire au droit commun La technique à utiliser doit dès lors être celle de la politique fiscale par la norme : au lieu de déroger au droit commun en prévoyant des mesures de faveur à caractère d'exception, il faut s'engager à définir un régime fiscal de droit commun présentant de manière générale des caractéristiques susceptibles de favoriser l'objectif économique recherché. Si, du coup, une entreprise locale, qui n'était pas visée par le régime, profitera également de la mesure, il faudra l'accepter comme "dommage collatéral" tant que les bénéficiaires escomptés par la mesure excèdent leurs coûts »¹³⁴.

Cette proposition consiste à faire du droit commun, en droit fiscal, un facteur de compétitivité et un produit sur le marché international des normes. Selon le sens exact qu'a cette proposition¹³⁵, on peut envisager de procéder ainsi, sous réserve d'un véritable débat démocratique, mené au parlement et dans la presse, qui portera sur la balance coût-avantages envisagée et qui prendra en considération, bien entendu, le coût en termes de cohésion sociale.

36. Les dérogations au droit commun en droit privé. On en présentera trois, tout en sachant qu'il y en a d'autres¹³⁶.

134 P. 59.

135 S'agit-il de proposer une solution « à l'irlandaise », qui consiste à abaisser fortement le taux général d'imposition des collectivités ? Il semble que non, puisqu'en égard à son contexte, le passage cité au texte paraît destiné spécifiquement à « préserver » ou « promouvoir » deux secteurs d'activités, le secteur d'« organisation spatiale de groupes internationaux (localisation de la holding, de la société de financement, etc.) » et le secteur bancaire. Les recommandations de l'auteur restent donc allusives.

136 Dans chaque cas, le fait que la disposition soit dérogoire ne signifie pas automatiquement qu'elle est *illégitimement* dérogoire, mais que la question de la légitimité des dérogations doit être examinée au regard du principe d'égalité (*supra*, nos 13 et s.). Voici quelques exemples autres que ceux discutés au texte : (1) L'article 61-2 (5) de la **loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier**, introduit par une loi du 12 janvier 2001 qui crée un régime de dérogation au droit des saisies et mises sous séquestre en empêchant leur application aux comptes de règlement entretenus auprès des opérateurs de systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg (c'est-à-dire, en substance, auprès de la société Clearstream) ; cette mesure, saluée par la Banque Centrale Européenne (*Doc. parl.* 4611¹, p. 11), était destinée à neutraliser l'avantage concurrentiel que le droit belge, qui contient des mesures similaires, réservait à Euroclear. Le texte en question se trouve actuellement transféré à l'article 111 (5) de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement. – (2) Dans la **loi du 16 décembre 2011 concernant l'exercice de la profession d'avocat sous**

1° Premier exemple : le projet de loi n° 6595 relatif à la fondation patrimoniale. Il s'agit d'un projet de loi qui, tout en ayant été préparé par le Ministère des finances, touche étroitement au droit patrimonial de la famille. Il a en effet la potentialité de flexibiliser considérablement, par rapport au droit civil commun, les règles de droit relatives à la gestion des biens confiés à une fondation patrimoniale, qui normalement feraient partie de la succession de leur propriétaire. Le projet de loi tend à créer un équivalent fonctionnel au trust tel qu'il est utilisé dans le cadre de l'*estate planning* dans le monde anglo-américain. Sans doute destinée prioritairement à des non-résidents, la fondation patrimoniale est pourtant également susceptible d'être utilisée par des résidents dont la succession est soumise au droit luxembourgeois. Le projet de loi initial contenait même une ambiguïté, voulue ou non, sur la possibilité de disposer de ses biens, à travers la création d'une fondation patrimoniale, sans avoir à respecter la réserve héréditaire¹³⁷. Le Conseil d'Etat a visiblement estimé que c'était là créer une flexibilité excessive ; dans son avis sur le projet de loi, il a été très critique sur cet aspect du projet :

« Si les auteurs du projet exposent les différents buts que la fondation patrimoniale peut poursuivre, une question fondamentale reste ouverte : il n'est dit nulle part de quelle manière sera assuré que les dispositions d'ordre public en matière de réserve héréditaire sont respectées, sachant que ces dernières dépendent largement du statut personnel du ou

forme d'une personne morale, il est dérogé – mais uniquement pour cette profession libérale, alors que l'exercice d'autres professions libérales sous forme de sociétés reste soumis au droit commun – à la commercialité des sociétés commerciales lorsqu'elles exercent la profession d'avocat, et même spécifiquement à leur obligation de payer une cotisation à la Chambre de commerce, et la loi modifie l'article 2276 du Code civil pour abréger par rapport au droit commun la prescription des actions en responsabilité civile contre les avocats. – Incidemment, on peut remarquer qu'on trouve également des dispositions dérogoratoires au droit commun, hors droit fiscal, en matière de droit administratif (ainsi la situation privilégiée réservée, par les articles 44*bis* et 53*bis* de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 8 mars 2017, à certains salariés d'entités préalablement inscrites au « registre des entités agréées » qui doivent pouvoir réagir à la situation de « survenance d'un incident majeur empêchant l'exercice normal de l'activité dans le pays tiers », ainsi qu'à des « investisseurs », ressortissants de pays tiers, qui sont d'accord à investir 500.000 euros dans des entreprises luxembourgeoises, ou 3.000.000 euros dans une structure d'investissement et de gestion luxembourgeoise, ou 20.000.000 euros sous forme d'un dépôt auprès d'un institut financier établi au Luxembourg).

137 On rappellera ici l'importance de la réserve héréditaire dans le système du Code civil : voir *supra*, n° 6.

des fondateurs, autrement dit de sa loi nationale. Il est d'autant moins précisé quelles seraient les conséquences d'un tel non-respect. Certes, l'article 7 du projet sous revue déclare qu'une fondation patrimoniale peut être "prononcée nulle" entre autres si l'objet de la fondation patrimoniale est illicite ou contraire à l'ordre public, mais aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition ne vise pas les règles en matière de réserve et de quotité disponible »¹³⁸.

Et le même avis critique encore l'absence de dispositions protectrices des droits du conjoint en cas de divorce et des enfants mineurs, ainsi que des droits des créanciers¹³⁹. Le projet de loi relatif à la fondation patrimoniale donnait l'impression, sur ces derniers points, de pouvoir également servir à créer, si telle était l'intention des fondateurs, d'équivalent des « asset protection trusts » qui sont pourtant *a priori* complètement incompatibles avec la culture juridique luxembourgeoise¹⁴⁰. Au vu des critiques du Conseil d'Etat, la Commission des finances et du budget de la Chambre des députés a amendé le projet et a rappelé l'obligation de respecter l'ordre public sur ces différents points¹⁴¹. Comme on le sait, le devenir du projet de loi 6595 est actuellement suspendu, indéfiniment ou non, à l'introduction en droit luxembourgeois des dispositions de transposition de la quatrième directive en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux.

Ce qu'on peut en définitive trouver remarquable, c'est qu'un projet de ce type, dont l'objet principal relève du droit civil, ait été élaboré par le Ministère des finances¹⁴² et non par le Ministère de la justice.

2° Autre projet qui aurait normalement dû être élaboré par le Ministère de la justice, mais qui a été élaboré, en l'occurrence, par le Ministère de l'économie : la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données. La législation sur les droits d'auteur représente, comme nous l'avons vu, une partie intégrante du droit commun en matière de droit privé¹⁴³. L'exemple de la loi du 18 avril 2001 montre dès lors très

138 Avis du 29 avril 2014, *Doc. parl.* 6595¹, p. 2.

139 *Ibid.*

140 Cf. Cour d'appel 16 octobre 2014, *Pas. lux.* 37, p. 183 et s., spéc. p. 188-189. Sur les *asset protection trusts*, voir S. Sterk, « Asset Protection Trusts : Trust Law's Race to the Bottom », *Cornell L. Rev.*, vol. 85 (2000), p. 1035 et s.

141 Voir le *satisfécit* délivré par le Conseil d'Etat, *Doc. parl.* 6595³.

142 Avec l'aide du barreau spécialisé dans le *Trust and Estates Law* (comme le rappelle le curriculum vitae de M^e Simone Retter, publié sous www.retter.lu).

143 *Supra*, n° 10.

bien la mise en œuvre de la stratégie du droit dérogatoire qui devient le nouveau droit commun¹⁴⁴.

La loi luxembourgeoise ne ressemble, sur de nombreux points, plus à l'approche traditionnelle du droit d'auteur telle qu'elle reste en vigueur en France et en Belgique, pour se rapprocher du système américain du *copyright*. C'est ainsi que la loi comporte cette innovation spectaculaire de permettre aux auteurs de renoncer contractuellement à l'inaliénabilité du droit moral. Le droit moral, existant à côté des droits patrimoniaux (qui ont toujours été cessibles pour permettre l'exploitation des œuvres), accorde à l'auteur le droit de revendiquer la paternité de son œuvre et réserve à son titulaire la prérogative d'autoriser, par exemple, la publication d'un texte, l'adaptation cinématographique d'un livre, la modification de l'orchestration d'une œuvre musicale, et ainsi de suite. Que les prérogatives relevant du droit moral puissent toujours être exercés par l'auteur seul (ou, après son décès, par ses ayants droit) était considéré, et reste considéré en Belgique et en France, comme découlant directement du caractère d'ordre public reconnu au droit moral¹⁴⁵ – contrairement à la solution du droit américain, où la cession totale du *copyright*, mettons au producteur d'une œuvre cinématographique, est licite et courante¹⁴⁶. Or depuis 2001, l'article 11, alinéa 2, de la loi luxembourgeoise prévoit que

« L'auteur peut céder et transmettre tout ou partie de ses droits moraux, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à son honneur ou à sa réputation ».

André Elvinger a eu l'occasion de relever, lors d'une communication à l'Institut grand-ducal, le caractère « entrepreneurial »¹⁴⁷ de la loi

144 Cette idée de la dérogation par le droit commun est à certains égards similaire aux propositions d'Alain Steichen dans son article de 2013, mentionné *supra*, n° 35.

145 Ce caractère d'ordre public est expliqué, par le spécialiste français du droit d'auteur qu'était Henri Desbois (*Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 382), par l'idée que « l'auteur ne peut renoncer à la défense de sa personnalité, sous peine de commettre un "suicide moral" ».

146 Voir l'arrêt de la Cour de cassation française qui refuse de donner effet à cette solution du droit américain, à propos de la cession du *copyright* par John Huston sur son film en noir et blanc *The Asphalt Jungle*, qui devait être diffusé en France dans une version colorée préparée par la société titulaire du *copyright* après le décès du réalisateur : Civ. 1^{re} 28 mai 1991, n° 89-19522, *Bull. civ. I*, n° 172.

147 A. Elvinger, « Le droit d'auteur : historique et évolution au Luxembourg », communication du 23 octobre 2012, *Actes de la section des sciences morales et politiques de l'Institut Grand-Ducal*, vol. XVI, p. 83 et s., spéc. p. 95. La rupture de la législation

luxembourgeoise sur le droit d'auteur, qui ne ressemble désormais plus vraiment au modèle d'un droit des créateurs littéraires ou artistiques, pour devenir un droit de l'entreprise. Lors de l'élaboration de la loi, le Ministère de l'économie paraît avoir été préoccupé par les besoins des industriels, notamment des industriels du secteur des logiciels¹⁴⁸ plutôt que par la protection des auteurs. Il semble être parti de l'idée qu'il n'existe et n'existera pas au Luxembourg de production d'œuvres d'art ou œuvres littéraires qui méritent la protection traditionnelle du droit moral¹⁴⁹, ou que si elle existe, les œuvres concernées sont si peu importantes que le sacrifice potentiel des droits moraux de leurs auteurs peut être accepté comme un inévitable « dommage collatéral », étant entendu que les bénéfices escomptés excèdent ce coût.

3° La loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, portant transposition de la directive 2002/47/CE, est l'exemple de législation dérogatoire au droit commun dont le sens a été et reste le plus controversé en justice. Bien qu'il ait trait essentiellement à la réglementation du droit de gage et de l'insolvabilité des entreprises, le projet de loi n'a pas été élaboré par le Ministère de la justice, mais par le Ministère du trésor et du budget.

luxembourgeoise avec la législation française et belge est également soulignée par J.-L. Putz, *Le droit d'auteur*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2013, n° 199 et s.

148 Le contenu des logiciels ne peut être protégé par un brevet, droit de propriété industrielle qui ne peut s'appliquer qu'à la protection de véritables inventions techniques. Pour le protéger néanmoins, le lobby de l'industrie informatique américaine d'abord, puis le législateur américain et d'autres législateurs, enfin, dans le cadre de l'OMC, l'article 10 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ont songé à faire entrer les logiciels dans la protection du droit d'auteur, qui complémente dès lors la protection par les brevets de l'aspect d'invention technique inhérente à certaines inventions informatiques : voir W.R. Cornish, « The International Relations of Intellectual Property », *Cambridge Law Journal*, vol. 52 (1993), p. 46 et s. ; S. Sell, *Private Power, Public Law. The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 63.

149 « [L]a solution n'est pas sans mérites » estime Jean-Luc Putz (*Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 207), qui cite l'avis d'un auteur selon lequel elle « s'inscrit dans une logique juridique économique pragmatique » ; J.-L. Putz explique :

« en matière de produits culturels et d'arts appliqués, où l'empreinte de la personnalité des auteurs est plus fictive que réelle, pouvoir limiter conventionnellement les droits moraux augmente la libre commercialisation et circulation de ces produits. La sécurité juridique pour l'investisseur se voit accrue du fait que l'auteur ne peut pas poser d'imprédictibles obstacles. De nombreuses pratiques existantes se voient légitimées ».

L'origine de cette loi se situe dans la transposition au Luxembourg de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, qui résout dans un sens favorable aux intérêts du secteur financier (ou dans un sens favorable aux intérêts de la stabilité du secteur financier) le conflit d'intérêts entre les créanciers titulaires de sûretés et la masse des créanciers ordinaires dans une *situation d'insolvabilité*, à condition que soient impliquées dans l'opération de garantie deux parties relevant du secteur financier (au sens large), ou du moins une partie qui en relève et une autre partie qui ne soit pas un simple particulier. La loi luxembourgeoise de transposition est allée beaucoup plus loin, en faisant du régime, très orienté sur la protection des créanciers garantis, de la directive le nouveau régime « de droit commun » du droit luxembourgeois, applicable aux contrats de garantie financière (et aux contrats de compensation) conclus « soit par un commerçant, soit par un non-commerçant » et réputés automatiquement actes de commerce (art. 2 de la loi). La loi s'applique notamment à tous les contrats de gage, à la seule conditions qu'ils portent sur « des avoirs » (art. 3), qui sont définis comme « les instruments financiers et les créances » (art. 1^{er}) – un champ d'application très général par conséquent, allant au-delà du champ d'application de la directive, mais dont s'est félicitée la Banque centrale européenne dans un avis sur le projet de loi¹⁵⁰. La loi exclut, conformément à la directive cette fois-ci, toute nécessité d'autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre d'un gage sur « avoirs », elle garantit que les clauses relatives au transfert des avoirs gagés seront efficaces et empêche l'application de règles du droit de l'insolvabilité qui pourraient perturber la sécurité des opérations sur les mêmes avoirs (du type : inopposabilité générale, ou sous certaines conditions, des droits des créanciers gagistes aux tiers, curateurs, liquidateurs et autres organes des procédures d'insolvabilité).

Bien. Mais la loi – ou plutôt, puisque la loi elle-même est en réalité muette sur ces points, des passages des travaux préparatoires de la loi¹⁵¹ – va peut-être là encore beaucoup plus loin que la directive, laquelle ne se préoccupe que de situations relevant du droit de l'insolvabilité. Selon l'interprétation que l'on en adopte, la loi peut être lue comme créant un principe *général* d'impossibilité de contester en justice la mise en œuvre de gages sur « avoirs » jusqu'au moment où ces gages auront été entièrement réalisés,

150 *Doc. parl.* 5251⁴, p. 5-6.

151 Il y aurait beaucoup de choses à dire, sous l'angle de la transparence de l'ordre juridique (*supra*, n° 26), sur certaines utilisations des travaux préparatoires des lois. Mais ce sera pour une autre fois.

et comme réservant comme seul recours une possibilité de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice définitivement causé. Ce principe général serait également applicable, selon ces interprétations, en-dehors du contexte de l'insolvabilité qui est le seul objet de la directive, et il serait notamment applicable à des cas de fraudes ou d'abus de droit commis, en-dehors de toute insolvabilité, par les créanciers gagistes. Peut-être même, à suivre les interprétations les plus radicales des travaux préparatoires de la loi, ce recours en dommages-intérêts n'existe-t-il qu'entre les parties au contrat de gage, et qu'aucun recours n'existe à l'égard d'un tiers à ce contrat, complice de la fraude ou de l'abus, ou au profit d'une victime de la fraude ou de l'abus, s'ils n'ont pas été parties à ce contrat¹⁵².

Certains tribunaux luxembourgeois ont été très à l'aise avec ces interprétations de la loi du 5 août 2005, qui est considérée comme un facteur de compétitivité du secteur financier luxembourgeois ; leurs décisions citent volontiers les travaux préparatoires de la loi et se rallient à leur lecture excluant le recours préventif à la justice, même dans des hypothèses d'abus allégués qui sont étrangers à l'insolvabilité et ont trait à des cas de fraude ou d'abus de droit entre les parties¹⁵³. Cette même interprétation est

152 Cette dernière interprétation, très divinatoire et contraire au droit commun, se fonde sur les deux phrases suivantes des travaux préparatoires, dans le commentaire de l'article 20 de la loi, qui n'a lui-même *a priori* trait qu'aux effets de l'insolvabilité, et non de la fraude ou de l'abus de droit en général (*Doc. parl.* 5251, p. 21) :

« Le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus [une exception spécifiquement prévue par le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité]. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux *entre parties*, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile » (mise en évidence ajoutée).

On ajoutera, pour être complet, qu'une très brève allusion au risque pour le créancier « d'engager sa responsabilité » figure dans le commentaire de l'article 11, à portée plus générale : *ibid.*, p. 19.

153 Cour d'appel 3 novembre 2010, *Pas. lux.* 35, p. 528, *JTL* 2011, p. 33 ; Cour d'appel 16 mars 2011, *JTL* 2011, p. 158 ; Trib. arr. Luxembourg 16 novembre 2012, *Droit et banque* 52 (2013), p. 94 ; Cour d'appel 27 janvier 2016, n^{os} 42760 et 42971 du rôle. – Voir aussi, pour des interprétations particulièrement radicales de la loi, Trib. arr. Luxembourg 29 janvier 2014, *JTL* 2014, p. 28, *Droit et banque* 53 (2014), p. 55, critiqué par G. Cuniberti, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 193-194 (jugement qui estime également que la loi « ne constitue qu'une application spéciale des principes généraux édictés par les articles [...] du Code civil à la matière des contrats de garantie financière, [qu'elle] n'a pas entendu déroger à ces dispositions mais au contraire renforcer les droits des créanciers en élargissant les hypothèses d'exécution des gages ») ; Trib. arr. Luxembourg 23 décembre 2016, *Pas. lux.* 38, p. 343 (selon lequel l'immunité du gage au regard des règles de la faillite s'étend même au contrat de prêt dont le gage est un

partagée par une partie de la doctrine luxembourgeoise, qui estime sans doute qu'elle est conforme aux intérêts de la place financière¹⁵⁴ ; mais l'interprétation en question est accueillie avec prudence¹⁵⁵ ou même, exceptionnellement, combattue¹⁵⁶ par une autre partie de la doctrine. D'autres décisions de justice luxembourgeoises (ainsi qu'une décision anglaise, qui avait à déterminer le contenu réel du droit luxembourgeois au regard de toutes les décisions rendues au Luxembourg¹⁵⁷) ne partagent pas l'approche radicalement dérogoatoire au droit commun que propage cette interprétation de la loi ou de ses travaux préparatoires, et insistent sur la possibilité pour la justice d'intervenir pour prévenir ou au moins réparer pleinement les conséquences des abus constatés¹⁵⁸.

On assiste ainsi, à la lecture de ces dernières décisions judiciaires, à une espèce de révolte du droit commun contre un droit dérogoatoire qui voudrait aller trop loin. Et il vaut peut-être mieux, dans l'intérêt même d'une législation qui est en elle-même très dérogoatoire, limiter son interprétation à ce

accessoire).

154 A. Duarte, *Droit et banque* 46 (2010), p. 11 et s. ; F.G. De Liedekerke, in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, vol. III, p. 1259-1261 ; A. Schmitt et A. Waisse, notes au *JTL* 2014, p. 22-23 et p. 32 ; A. Elvinger, *Droit et banque* 58 (2016), p. 13 et s. Voir aussi l'ouvrage de R. Ledain Santiago, *Le gage sur actions*, 2^e éd., Windhof, Promoculture-Larcier, 2017.

155 P. Schleimer, *JTL* 2010, p. 14-16 ; P. Geortay, *Droit et banque* 57 (2015), p. 63 et s.

156 R. Tafotie, *Droit et banque* 59 (2016), p. 34 et s. ; réponse d'A. Elvinger dans le numéro suivant du même *Bulletin*, n° 60 (2017), p. 67 et s.

157 *LIC Telecommunications Sarl & Anor v. VTB Capital PLC & Ors* [2018] EWHC 169 (Comm), spéc. par. 92 :

« as far as principle is concerned, even allowing for the fact that Article 20 might apply to non-insolvency challenges, it does not follow that the [Financial Collateral Law] has gone so far beyond the Directive as to outlaw any form of claim to set aside after the event ».

Et quant à la thèse selon laquelle le droit de demander la mise à néant pour fraude d'une opération de mise en œuvre d'un gage pourrait n'appartenir, en vertu des travaux préparatoires de la loi, qu'à une partie et non à un tiers, la conclusion du juge anglais est brève et catégorique : « I do not think there is anything in this » (par. 93).

158 Réf. Luxembourg 4 décembre 2009, *JTL* 2010, p. 41 (réformé par Cour d'appel 3 novembre 2010, précit.), et surtout Trib. arr. Luxembourg 10 juillet 2013, *JTL* 2014, p. 21, confirmé par Cour d'appel 12 juillet 2017, nos 38650 et autres du rôle. Voir encore Trib. arr. Luxembourg 12 juillet 2017, n° 897/2017 (XV), ainsi que l'ouvrage de H. Westendorf, *Les sûretés et garanties conventionnelles du crédit en droit luxembourgeois*, t.1, Bruxelles, Larcier, 2018, n°s 562 et s. (mais cf. le n° 560, contre le recours préventif au juge des référés).

qui reste raisonnable – plutôt que de provoquer des questions quant à sa constitutionnalité, au regard du principe de l'égalité devant la loi¹⁵⁹.

*

37. Conclusion : L'avenir du droit luxembourgeois. Je ne sais pas de quoi aura l'air le droit luxembourgeois dans vingt ou trente ans. Trop de choses, actuellement imprévues, peuvent affecter le modèle économique du Luxembourg, et même le degré d'orientation des Luxembourgeois sur le pragmatisme – sans parler de l'influence de développements internationaux intrinsèquement imprévisibles. Selon l'évolution à venir de son contexte culturel, économique et international, le droit luxembourgeois pourra ressembler à l'une ou l'autre de deux images qui ont été reproduites dans les pages précédentes – ou, ce qui est sans doute le plus vraisemblable, à un compromis entre les deux visions.

La première image est celle, naïve, de Napoléon montrant « à l'Impératrice-Reine les articles du Code civil, qu'il vient de terminer »¹⁶⁰ : ce serait la vision d'un Luxembourg où l'idée de droit commun aurait connu, sous une forme ou sous une autre, une renaissance. L'autre image, c'est celle des avocats américains, un peu cyniques, qui discutent d'un document « composé à 100% de conditions générales d'affaires et de clauses de non-responsabilité »¹⁶¹. Ce serait la vision, dystopique, d'un ordre juridique luxembourgeois du futur, composé lui-même à cent pour cent de conditions générales d'affaires et de clauses de non-responsabilité. Le droit luxembourgeois de l'avenir se situera vraisemblablement quelque part entre ces deux visions, la vision naïvement idéaliste et la vision cyniquement dystopique.

159 *Supra*, n^{os} 13 et s. – Des juridictions étrangères ont eu l'occasion de connaître de moyens d'inconstitutionnalité des lois nationales de transposition de la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière : un arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique du 27 octobre 2008, n^o 167/2008, a ainsi invalidé pour violation du principe d'égalité une disposition de la loi nationale qui avait étendu le champ d'application de la directive aux procédures de surendettement ; et un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation et la validité de la directive montre l'existence d'hésitations du juge de renvoi (la Cour suprême de Lettonie) sur la constitutionnalité d'une loi lettone étendant le champ d'application du régime de la directive (arrêt du 10 novembre 2016, *Private Equity Insurance Group*, C-156/15, ECLI:EU:C:2016:851).

160 *Supra*, n^o 5.

161 *Supra*, n^o 17.

**DISCUSSION APRÈS LA CONFÉRENCE
DE MAÎTRE PATRICK KINSCH DU 26 OCTOBRE 2017**

André Prüm :

Cher Patrick, un très grand merci pour cette intervention passionnante et toutes les interrogations qu'elle soulève.

Je comprends et partage, pour l'essentiel ta position que les lois adoptées sous l'impulsion de lobbies et qui assurent à leurs promoteurs des avantages particuliers ne doivent pas prendre le dessus du droit commun. En même temps je m'interroge, si les régimes spécifiques auxquels le législateur luxembourgeois a porté au cours des dernières décennies tant d'attention sont tous vraiment des lois qui dérogent au droit commun. Ne s'agit-il pas en bonne partie de lois sectorielles qui régissent des situations spécifiques que le droit commun n'a pas vocation à gouverner ? Je pense notamment à une série de lois organisant le fonctionnement du secteur financier. La frontière entre de telles lois spéciales qui se situent en marge du droit commun et des lois qui y dérogent n'est pas aisée à tracer. Il y a bien dans les régimes spéciaux également des avantages particuliers dérogatoires au droit commun. Prenons par exemple le régime des contrats de garantie financière dont le champ d'application étendu ne se justifie pas par des considérations propres à la stabilité du secteur, mais est bien le résultat d'un privilège accordé aux banques. Dans de nombreux domaines, notre droit spécial s'est développé de manière innovante et le fait d'y avoir consacré nos ressources n'était donc pas un mauvais choix politique.

Les lobbies s'intéressent évidemment peu au droit commun ce qui constitue certainement l'une des explications pour lesquelles le législateur a porté si peu d'attention à sa modernisation. Mais il y a une autre explication à mon sens : c'est que nous avons hérité l'essentiel sinon la totalité de notre droit commun de la France, et dans une moindre mesure, en fiscalité directe, de l'Allemagne. Pour en rester au droit civil, je prendrai l'exemple du droit des obligations. Non seulement les textes de notre code civil sont restés, à de très rares exceptions, identiques à ceux du code Napoléon mais notre jurisprudence se calque très étroitement sur la jurisprudence française. Abandonner ce modèle n'est une chose aisée. Aujourd'hui, nous nous trouvons dans la situation particulière que la France vient de réformer son droit des contrats et le Luxembourg perd ainsi, en quelque sorte, malgré lui son modèle de référence. Comment réagir face à une telle situation inédite

pour le Luxembourg ? Avons-nous le choix de développer notre droit commun des contrats de manière autonome ? En avons-nous les ressources et pourrions-nous le faire vivre de manière suffisante par un contentieux assez vaste et une doctrine assez riche ? Ou devons-nous suivre la réforme française pour garder ce modèle ? L'harmonisation spontanée et graduelle du droit des contrats à travers l'Europe, nous offrirait-elle aujourd'hui une alternative pour nous affranchir du moins partiellement du modèle français ? Nous savons que l'idée d'un code civil européen est passée plus ou moins aux oubliettes. Pour autant, un authentique droit commun semble émerger des rapprochements spontanés des droits nationaux. Voilà donc ma question : penses-tu que nous puissions nous payer le luxe de développer un droit commun des contrats sans nous adosser au droit français ou la sagesse commande elle de continuer à nous caler sur la réforme française. Y aurait-il éventuellement une troisième voie consistant à se caler sur les principes européens du droit des contrats, tels qu'ils ont été forgés par la doctrine.

Le conférencier :

Je suis d'accord avec la deuxième proposition. Malheureusement, je constate que la troisième proposition ne sera sans doute pas réalisable.

La troisième proposition, c'est le droit commun paneuropéen – je rappelle ici que les deux derniers présidents de notre Section étaient très impliqués dans les travaux de la Commission pour le droit européen du contrat. Je crois que si ce projet pouvait être réalisé, ce serait une bonne chose évidemment. Mais dans la conjoncture politique européenne actuelle, si la Commission européenne se mettait à proposer un Code européen des obligations, la réaction des eurosceptiques serait évidente : « On nous a privés de tout, on veut même nous priver de notre droit des obligations ». Le droit hongrois des obligations représente, à n'en pas douter, une telle valeur culturelle que la Hongrie ne renoncera jamais à son propre droit au profit d'une unification européenne. Je pense que ce serait là vraiment la réponse non seulement du gouvernement hongrois, mais d'un grand nombre d'autres gouvernements et je m'interroge même sur ce qui serait la réponse du gouvernement français ou même du gouvernement allemand. Pour les Luxembourgeois, ce serait une très bonne chose, pour les autres, ils opposeraient très vraisemblablement leur veto.

Reste alors la deuxième proposition, celle qui consisterait à nous référer à la réforme française. Je ne suis pas pour un droit des obligations luxembourgeois qui serait créé « *from scratch* », ce qui est en réalité impossible, et ce qui serait renoncer complètement à notre héritage. Nous sommes un pays de droit français, il n'y a aucune raison de ne pas le rester et donc nous devrions certainement nous inspirer de la réforme française du droit des obligations ainsi que de la réforme belge, non pas comme un esclave qui suit son maître, mais de manière intelligente. C'était là traditionnellement la manière du législateur luxembourgeois de moderniser son droit commun, et nous devrions maintenir cette méthode. Quant à la troisième méthode, comme je l'ai dit je n'y crois pas pour l'instant, mais peut-être que l'avenir de l'Europe est un avenir très brillant et que le code civil européen viendra un jour, mais pas pour l'instant.

Dean Spielmann :

Je voudrais tout d'abord remercier notre orateur de ce soir pour ce brillant exposé enrichissant. J'ai une question que je voudrais lui poser. J'ai été assez frappé tout à l'heure quand j'ai vu la table des matières du code civil que nous connaissons tous. Une disposition, qui figurait dans cette table des matières, est l'article 6-1. Or, l'article 6-1, c'est la théorie de l'abus de droit qui a été introduite dans notre droit commun en 1987, si je me rappelle bien.

Je pense me rappeler aussi que l'article 544 du code civil a été modifié ou complété par la même loi. D'où ma question : est-ce vraiment tellement difficile, à l'heure actuelle, de moderniser le droit commun ou d'apporter des changements ? Certains changements ont eu lieu, vous l'avez dit, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Je pense notamment à la jurisprudence concernant l'inégalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes à la suite de l'arrêt Marckx. Mais je pense aussi à la difficulté que vous avez soulevée dans la dernière partie de votre exposé. Faut-il vraiment être tellement pessimiste pour apporter l'une ou l'autre modification au code civil pour, disons, réformer certaines dispositions à la lumière des conditions de vie actuelles ? Je pense notamment à une théorie jurisprudentielle qui n'a pas vraiment eu un grand succès au Luxembourg, et qui est la théorie de l'imprévision, et qui, sauf erreur de ma part, a maintenant été intégrée dans des droits voisins. Voilà donc mon interrogation. Merci.

Le conférencier :

C'est une très bonne série de questions. Première observation, 1987. J'ai parlé de cette époque, celle des années 1970 et 1980 pendant lesquelles on modernisait effectivement le droit commun luxembourgeois. C'est donc la dernière loi de cette époque-là. Parce qu'il y a, d'une part, la grande loi de réforme du droit des obligations, il y a ensuite la loi sur l'abus de droit. Cette loi est une loi remarquable parce qu'elle avait essayé de modifier et de moderniser aussi un peu le sens de notre droit commun et de lui donner un aspect moins traditionnellement français et peut-être plus inspiré par la pensée juridique allemande ou suisse. Soit un droit ponctuellement plus social, qu'on avait essayé d'adopter. C'était là le sens de cette modification de l'article 544 sur le droit de propriété et de l'introduction de l'article 6-1. Malheureusement, la jurisprudence n'a pas réellement suivi. C'est-à-dire, elle a compris cette réforme législative comme étant simplement une ennuyeuse redite de principes sur l'abus de droit qu'on avait lus dans Colin et Capitant. En réalité, même si le législateur avait voulu changer vraiment quelque chose, ce n'était pas vraiment un grand succès. C'est un succès sur le plan moral ou symbolique, mais pas en termes de modification de l'ordre juridique.

Alors, est-ce qu'il est tellement difficile de renouer avec cette époque de modernisation de notre droit civil ? Je ne le crois pas. Je crois qu'il est effectivement possible de renouer avec cette époque-là, il faut seulement le vouloir. Il faut que des personnes motivées se retrouvent et qu'on les écoute. Donc c'est absolument une possibilité.

Denis Philippe :

Félicitations pour cette très belle conférence. Donc c'est Denis Philippe. J'ai une question qui, à mon avis, a deux branches et qui mettra peut-être un brin d'optimisme et de conciliation par rapport aux interrogations qui peuvent se poser. Vous avez évoqué la divergence entre le droit dérogoire et le droit commun. Je prends un exemple que je connais bien qui est l'exemple de la Belgique où l'ensemble des lois ont été codifiées, ce qui veut dire que toutes les lois portant sur l'économie (lois sur l'insolvabilité, la distribution...) ont été rassemblées dans un grand code de droit économique et comme il s'agit d'un code unique, les divergences apparaissent moins que lorsqu'il s'agit de lois qui sont éparpillées. De même, la Belgique a d'autres codes notamment le code de droit des sociétés depuis

très longtemps ; il englobera désormais toutes les associations sans but lucratif ; cela permettra d'éviter des tiraillements entre différentes lois. On a parlé aussi du droit européen des contrats. Effectivement, le projet de code civil européen, tel qu'il a été publié en 2009, n'a pas eu le succès qu'il aurait pu obtenir à la suite de l'évolution politique, mais il n'empêche que la réforme française, la réforme belge ou toutes les réformes dans les codes d'Europe centrale sont très inspirées des solutions proposées par ce code et par les solutions retenues dans les instruments modernes. Je prends, par exemple, la résolution non judiciaire ; celle-ci est reconnue partout, elle a été reconnue sur le plan international par la convention de Vienne sur la vente commerciale internationale et est reconnue maintenant en droit français et bientôt en droit belge. Il y a malgré tout une sorte de percolement des solutions modernes qui se retrouvent dans le projet de code européen. Donc l'on constate, avec le temps, une sorte de droit commun qui se crée petit à petit, mais peut-être pas de manière aussi révolutionnaire qu'on le voulait.

Jean-Jacques Rommes :

S'il n'y a pas d'autres questions, alors j'en poserais bien une. Merci pour cette conférence qui a plaidé pour le principe et contre la finalité du moment. C'est une idée qui me plaît très bien. Mais il y a un élément qui m'a un peu attristé et j'aimerais prendre position à propos d'une lettre que je connais bien : accuser cette lettre pour son intransparence et dire en même temps qu'il fallait s'attendre à ce qu'elle soit publiée est un sophisme inadmissible.

La lettre n'avait rien de honteux et je voudrais donc ajouter à la transparence. Nous sommes en présence d'une disposition issue par circulaire, procédé que l'on peut trouver bon ou mauvais, même s'il s'agit d'une disposition dérogatoire. Elle a un but. Est-ce que ce but est atteint ? Cela se discute. Est-ce que les moyens sont proportionnels ? Cela se discute. Est-ce qu'il y a eu des abus ? Cela aussi se discute. Mais lorsque le ministre compétent demande à une association professionnelle de lui dire s'il y a bien un but à ladite mesure dérogatoire et si cette association lui répond alors, sur de longues pages, je trouve que cela est parfaitement normal et classique. Je voudrais donc demander à ce que l'on respecte ce droit de dire ce que l'on pense. Il n'y a rien d'intransparent non plus à dire qu'une circulaire ne doit pas forcément être remplacée par une loi : si la circulaire pouvait tenir avant, elle peut tenir après. Je ne voudrais pas prendre position ici ni sur le but, ni sur le contenu de la circulaire.

Le conférencier :

Je répondrai ceci : tu revendiques le droit de dire ce qu'on a envie de dire. Je revendique le même droit.

André Elvinger :

Quand notre président a parlé de la possibilité de développement d'un droit commun européen, cela m'a rappelé une expérience que nous avons vécue ensemble, dans une commission qui s'appelait à l'époque la Commission Lando qui avait pour objet de créer une sorte de « *uniform commercial code* ». J'ai eu l'honneur d'y participer assez longtemps et j'ai eu la grande chance d'avoir un successeur aussi brillant que notre président qui y a assumé la tâche pendant plusieurs années. Les difficultés de faire un droit commun européen sont énormes. L'Europe réussit à faire des lois sur des sujets qui sont en dehors du droit commun. J'aurais pu ajouter une expérience antérieure que j'ai faite au sein de la Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit. Benelux, on dirait, voilà trois pays qui sont proches territorialement, philosophiquement et politiquement. Or cela n'a jamais rien donné de général. On a par contre réussi à faire quelque chose d'utile, si je me rappelle bien, sur un sujet aussi pointu que l'assurance responsabilité obligatoire. C'était le seul succès. Ces expériences montrent que l'Europe se fait constamment en se rapprochant, mais non pas, on peut le regretter ou non, hélas, dans le droit commun.

Le conférencier :

Pour voir les choses d'une manière optimiste : en fait, si l'Europe se rapprochait sur tout le reste, le fait de ne pas avoir de droit commun aux différents Etats européens ne serait pas un problème. Les Américains vivent depuis plus de deux cents ans très bien sans avoir le même droit privé commun à tous leurs Etats fédérés. Mais tu as tout à fait raison, les problèmes sont réels et l'autre André, je crois, a peut-être une vue trop optimiste, mais enfin l'avenir nous dira lequel de vous deux André [rires] a eu la vue la plus exacte.

André Prüm :

En notre nom à tous, à nouveau tous nos remerciements à toi Patrick pour cette belle conférence et les réponses aux questions.

