

## FAUT-IL RÉFORMER LE DROIT LUXEMBOURGEOIS DES CONTRATS ?

André PRÜM

Alors qu'un vent de modernisation souffle à travers l'Europe sur le droit des obligations, le Luxembourg continue à vivre avec les textes qu'il a hérités du Code Napoléon il y a plus de deux cents ans<sup>1</sup>. La réforme adoptée récemment en France<sup>2</sup> et celle en cours de discussion en Belgique<sup>3</sup> risquent d'isoler le Grand-Duché dans une situation où son droit écrit pourrait paraître non seulement déphasé par rapport aux attentes de la société contemporaine, mais encore déconnecté du modèle sur lequel il repose. Ce double décalage appelle à s'interroger si le Luxembourg ne doit pas à son tour s'engager sur la voie d'une refonte de son droit des obligations et à réfléchir à l'orientation qu'un tel projet pourrait prendre.

Le droit des obligations, y compris le droit des contrats, est en grande partie un droit jurisprudentiel. Il n'en demeure pas moins que les textes du Code civil encadrent et délimitent l'office du juge et doivent ainsi refléter les principes et les solutions permettant aux tribunaux de régler les contentieux de façon appropriée. Pour l'essentiel, les articles du titre III du livre III du Code civil luxem-

1. Pour une présentation de la réception du Code civil français au Luxembourg, V. Collectif d'auteurs du groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant, *Culture et droit civil au Luxembourg*, dans Association Capitant, t. LVIII : *Journées louisianaises : Droit et Culture*, Paris, 2010, p. 159 et s.
2. Pour les besoins de la présente contribution, je me tiens aux textes tels qu'ils ont été modifiés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations aux effets futurs des contrats conclus ou renouvelés antérieurement, sans tenir compte donc des modifications susceptibles de résulter des discussions que suscite la ratification de cette ordonnance au moment où je termine la rédaction de la présente contribution (28 mars 2018). Je n'aborderai pas davantage le projet de réforme complémentaire sur la responsabilité civile, présenté par le garde des Sceaux le 13 mars 2017.
3. Avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le Code civil et exposé des motifs rédigés par la Commission de réforme du droit des obligations, document du cabinet du ministre de la Justice, 7 déc. 2017, consultable sous [https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet\\_loi\\_-\\_les\\_obligations.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_loi_-_les_obligations.pdf).

bourgeois consacrés aux règles communes des contrats sont restés en l'état de leur rédaction originelle de 1804. Les rares amendements qui y ont été apportés sont le fruit d'une demi-douzaine de lois adoptées au cours des trente dernières années. Les modifications les plus importantes ont été introduites par la loi du 15 mai 1987. En s'inspirant du droit allemand, elle sanctionne la lésion qualifiée et introduit une réglementation des conditions générales des contrats. De nouveaux articles sont introduits pour traiter de l'inexécution des obligations contractuelles et les clauses pénales sont soumises à un contrôle judiciaire emprunté au droit français. Le souci de justice contractuelle poursuivi par la loi du 15 mai 1987 trouve un écho dans une loi adoptée moins de deux mois plus tard, le 2 juillet, qui insère dans le Code civil un nouvel article 6-1 sanctionnant explicitement l'abus de droit, dans des termes repris cette fois du droit suisse. Ces emprunts aux droits allemand et suisse font figure d'exceptions en droit civil luxembourgeois. En dehors du titre III du livre III, les conditions d'opposabilité des cessions de créances et le régime de la compensation de créances ont été modifiés par la loi du 21 décembre 1994. Le Luxembourg s'est laissé guider ici par le droit belge, qui avait revu ces mêmes règles quelques mois plus tôt. Il s'agissait surtout de ne pas lui en laisser l'avantage, alors que les mêmes intérêts économiques étaient en jeu. Pour le surplus, le droit commun des obligations contractuelles n'a connu que des retouches très ponctuelles où le législateur luxembourgeois s'est contenté de suivre le droit français. Tel est le cas, en particulier, des lois des 4 février 1974 et 6 février 1975 qui ont repris les ajustements légers apportés aux articles 1167 et 1305 du Code civil dix ans plus tôt en France.

L'alignement historique sur le droit français ne se résume pas au maintien des textes originels du Code civil. Il s'opère au quotidien à travers les références constantes des juridictions luxembourgeoises à la jurisprudence et à la doctrine françaises<sup>4</sup>. Les décisions luxembourgeoises citent les arrêts de la Cour de cassation française pratiquement comme s'il s'agissait d'une source nationale et les jugements comportent fréquemment de longues citations des auteurs français.

Cet ancrage s'explique avant tout par la petite taille du pays et les opportunités et ressources limitées sur lesquelles il peut compter pour développer un droit autonome. L'activité économique du Grand-Duché n'est certes pas proportionnelle à celle qu'engendre normalement une population de six cent mille habitants. Mais elle n'engendre qu'un contentieux modeste. Les occasions pour les tribunaux luxembourgeois de trancher des questions d'application ou d'interprétation des dispositions du Code civil relatives au droit des contrats demeurent relativement rares. Il n'est donc pas étonnant que chaque fois qu'ils se trouvent confrontés à une situation inédite, leur réflexe naturel consiste à vérifier s'il n'existe pas déjà une jurisprudence française qui résout la question. Les solutions dégagées en France se trouvent ainsi presque insensiblement importées dans le droit luxembourgeois. Cette influence ne se limite pas aux décisions qui précisent la portée

---

4. P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Larcier, 2015, n<sup>os</sup> 16 et 18.

d'une disposition du Code civil. Elle s'étend également à celles qui vont au-delà, ou adoptent des solutions nouvelles malgré les termes plus restrictifs des dispositions originelles du Code civil. Si l'alignement n'est pas toujours immédiat, peu ou prou les tribunaux luxembourgeois finissent par épouser fidèlement les solutions françaises. Et dans les rares cas de figure où la jurisprudence luxembourgeoise a décidé de ne pas suivre la voie tracée par la jurisprudence française, elle prend soin de s'en expliquer, presque comme si elle était obligée de se justifier. C'est qu'en fait, la jurisprudence française n'est pas considérée comme une simple source d'inspiration, mais pratiquement comme faisant autorité sur les juridictions luxembourgeoises. Il va sans dire qu'il s'agit ici d'un constat empirique et non d'une quelconque portée normative d'un droit étranger sur le territoire luxembourgeois. C'est par la force des choses et non par obligation que les tribunaux luxembourgeois s'inscrivent dans l'étroite lignée de la jurisprudence française.

Pour autant, ce choix n'est pas neutre puisqu'il eût été parfaitement concevable que la jurisprudence luxembourgeoise évalue d'autres sources d'inspiration de droit comparé et, en particulier, la jurisprudence des tribunaux belges. On sait que sur certains sujets, bien que limités, celle-ci se distancie de la jurisprudence française en interprétant différemment des articles du Code civil pourtant identiques dans leur rédaction. Jusqu'à présent, les juridictions luxembourgeoises se sont montrées toutefois peu enclines à s'inspirer de solutions proprement belges. Même sur les points où les jurisprudences françaises et belges convergent, rares sont en vérité les décisions luxembourgeoises qui se réfèrent en droit des contrats à des jugements belges.

Le même constat peut être fait s'agissant de la doctrine. Les études consacrées au droit des contrats luxembourgeois sont peu nombreuses. Ce n'est véritablement qu'avec la création de l'Université du Luxembourg et la constitution d'une équipe d'enseignants-chercheurs au sein de sa faculté de droit, d'économie et de finances qu'une doctrine locale a vu le jour. Deux ouvrages traitent aujourd'hui très utilement de la matière. Le premier est paru en 2014 sous la plume de M<sup>e</sup> Olivier Poelmans et présente un examen détaillé de la jurisprudence depuis l'an 2000<sup>5</sup>. Publié en 2015 par le professeur Pascal Ancel, le second offre pour la première fois une étude compréhensive du droit des contrats et des obligations conventionnelles en droit luxembourgeois dans une perspective comparative<sup>6</sup>. On doit y ajouter un nombre croissant de commentaires de décisions et d'articles sur des sujets précis, mais qui, par la force des choses, ne couvrent encore que des sujets peu nombreux. Les tribunaux luxembourgeois se trouvent contraints de s'appuyer essentiellement sur la doctrine française ou belge. Comme pour la juris-

5. O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg*, Larcier, 2013. V. aussi O. POELMANS et A. MARCHAND, *Le droit des obligations au Luxembourg*, chron. jurispr. (2014 et 2015), *Annales de droit luxembourgeois*, vol. 26, Bruylant, 2016, p. 231 et s.

6. P. ANCEL, *op. cit.*

prudence, les références doctrinales présentes dans les décisions luxembourgeoises se concentrent très largement sur les auteurs français et ne font qu'une place limitée à la doctrine belge. Pour des raisons sans doute essentiellement pratiques – l'accès aisé en ligne – le *JurisClasseur Civil* ressort nettement comme la source privilégiée des juges luxembourgeois.

Plus qu'un modèle historique, le droit français des contrats, à travers la jurisprudence et la doctrine, sert au Grand-Duché comme référent direct pour déterminer le sens et la portée des dispositions du Code civil et offrir aux magistrats et praticiens luxembourgeois les solutions de l'interprétation et de l'application du droit luxembourgeois. Les droits luxembourgeois et français se trouvent liés en cette matière d'une façon originale où un droit étranger exerce son influence non pas comme élément de droit comparé, mais comme faisant pratiquement partie intégrante du système local. Cette situation atypique, même pour des droits fortement influencés par un droit étranger<sup>7</sup>, ne doit pas être sous-estimée lorsqu'il s'agit d'évaluer les conséquences d'une éventuelle discontinuité du lien en question.

La réforme récente du droit français ne risque-t-elle pas de produire cette casure ? On se rassurera tout de suite, le droit français des contrats n'en sort pas complètement métamorphosé. Dans une large mesure, les nouveaux textes se contentent de traduire le droit positif, tel qu'il a été forgé par la jurisprudence, en en reprenant la substance dans le Code civil dont nombre d'articles reçoivent une rédaction plus moderne et reflètent plus exactement le sens qu'en ont dégagé les tribunaux. Pour autant la réforme ne se résume pas à une codification des solutions jurisprudentielles. Elle comporte aussi une série d'innovations tout en ouvrant la voie à de nouvelles évolutions.

S'appuyer sur le droit français pour interpréter et préciser le droit des contrats luxembourgeois ne sera donc plus aussi évident et sera parfois tout simplement inapproprié. Dorénavant, avant de s'y référer, il faudra d'abord apprécier si les nouvelles dispositions et la lecture qu'en donneront les tribunaux et les auteurs se situent strictement dans la continuité de celles qui restent applicables au Luxembourg. Si elles s'en distancent, à travers les termes ou l'esprit, il faudra évaluer jusqu'à quel point elles peuvent encore renseigner le juriste luxembourgeois.

À ce premier enjeu opérationnel s'ajoute la question plus fondamentale de savoir si le temps n'est de toute manière pas venu de moderniser également le droit luxembourgeois des contrats. La réforme entreprise en France a stimulé le processus de modernisation du droit des obligations engagé en Belgique. Fier de son ouverture au commerce international, le Grand-Duché ne doit-il pas partager avec ses pays voisins le constat que les textes du Code Napoléon ne correspondent plus entièrement aux besoins actuels ? La dynamique économique dont fait

---

7. V. not. S. FARRAN et E. ÖRÜCÜ, *A study of mixed legal systems : endangered, entrenched or blended*, Routledge, 2016.

preuve le pays depuis une cinquantaine d'années devrait l'encourager à s'assurer un droit des contrats à la pointe du progrès.

Mais il est une autre raison, plus immédiate, qui oblige à se demander si le droit luxembourgeois des contrats peut se permettre de rester à l'écart des efforts de modernisation entrepris dans les pays voisins. C'est que la réforme française l'ampute, au moins en partie, du modèle de référence sur lequel il s'est construit et a continué à évoluer. Pour éviter cette rupture, le législateur luxembourgeois pourrait décider de suivre tout simplement la réforme française. Les circonstances actuelles sont cependant bien différentes de celles dans lesquelles le droit luxembourgeois des contrats s'est trouvé originellement aligné sur le droit français. D'autres voies méritent d'être évaluées, comme en témoignent notamment les réformes engagées en Belgique, qui se trouve, d'une certaine manière dans une situation proche de celle du Luxembourg, même si son droit des obligations s'est davantage émancipé du droit français. L'émergence de principes européens des contrats, élaborés dans différentes enceintes académiques – les principes de la Commission dite Lando, le projet de Code civil du groupe Gandolfi, le Cadre commun de référence et les principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant – et un matériau de droit comparé des contrats de plus en plus riche offrent de nouvelles sources d'inspiration,<sup>8</sup> tout particulièrement pour un pays, comme le Luxembourg, qui se trouve au cœur des échanges européens.

La récente réforme française du droit des obligations donne au Grand-Duché l'occasion de mener sa propre réflexion sur une modernisation de son droit des contrats et sur les orientations d'une possible réforme (II). La nécessité d'une telle réflexion mérite d'être soulignée en mesurant, en premier lieu, l'impact de la réforme française sur le droit positif luxembourgeois (I).

## I. – L'IMPACT DE LA RÉFORME FRANÇAISE DU DROIT DES OBLIGATIONS SUR LE DROIT LUXEMBOURGEOIS

L'objet de la réforme française, comme nous l'avons déjà observé, n'a pas été « de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du Code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles »<sup>9</sup>. Le droit français des obligations ne

8. Pour une présentation générale de ces principes, V. not. R. CABRILLAC, D. MAZEAU et A. PRÜM (ss dir.), *Le contrat en Europe, aujourd'hui et demain*, SLC, 2008. – R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 2016. – R. ZIMMERMANN, *Comparative law and the Europeanization of private law*, in M. REIMANN et R. ZIMMERMANN eds, *The Oxford Handbook of comparative law*, OUP, 2006, chapitre 16.

9. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ELI : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

s'est pas trouvé métamorphosé au point de ne plus pouvoir servir du tout comme repère au juriste luxembourgeois. Mais la réforme emporte en même temps un certain nombre de changements par lesquels le droit français évolue aujourd'hui vers de nouvelles solutions. Certaines sont emblématiques en ce qu'elles s'inscrivent dans une rupture plus ou moins franche avec les textes ou la jurisprudence en vigueur jusqu'alors. C'est le cas, en particulier, de la réception de la théorie de l'imprévision ou de la distinction introduite entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion. Elles sont en général aisément repérables dans la mesure où elles trouvent leur siège dans des dispositions entièrement nouvelles. D'autres marquent plutôt une évolution des principes directeurs du droit des obligations, même si le législateur s'est prudemment gardé de les qualifier ainsi, ou se traduisent par l'introduction de nouveaux standards qui constituent autant d'invitations pour les juges à exercer leur contrôle sur la nouvelle justice contractuelle qu'encourage la réforme. Touchant à l'esprit même du droit des obligations, ce sont ces dernières innovations dont il est malaisé de mesurer la véritable portée dès aujourd'hui.

Le juriste luxembourgeois, qui pouvait naguère se fier pratiquement aveuglément à la jurisprudence française, se trouve aujourd'hui confronté à des incertitudes quant à la pertinence de son modèle. Il sera contraint d'apprécier systématiquement si une décision française prise sous l'empire des nouvelles règles ou un commentaire doctrinal élaboré à partir de celles-ci se situent toujours dans la lignée des solutions anciennes ou marquent une évolution et, dans ce dernier cas, si celle-ci résulte d'un changement de la loi ou ne constitue rien d'autre qu'un développement naturel qui aurait tout aussi bien pu se faire à partir des anciens textes. On voit immédiatement qu'il s'agit là de jugements délicats qui peuvent comporter des marges d'incertitude plus ou moins importantes selon que la nouvelle disposition appliquée s'inscrit dans la continuité ou marque, au contraire, une nette rupture avec les dispositions anciennes ou se situe entre les deux, dans une zone grise. La difficulté se trouve accrue par le fait que l'appréciation ne peut se contenter d'une comparaison des termes des nouveaux articles avec les anciens. Pour un grand nombre d'entre eux, leur véritable potentiel dépendra essentiellement de la portée que leur prêteront graduellement les juges. Les débats doctrinaux sur le sens exact des nouvelles dispositions augurent des hésitations que les juges français eux-mêmes auront pour décider si tel nouvel article du Code civil implique ou simplement permet une évolution de la jurisprudence. C'est dire que le caractère plus ou moins innovant de nombreuses dispositions ne se dégagera qu'avec le temps. L'existence d'un décalage avec les solutions fondées sur les anciens textes devra ainsi être constamment réévaluée. Cela risque de placer le juge ou le praticien luxembourgeois dans une situation fort inconfortable pour apprécier s'il peut encore et jusqu'à quel point se référer au modèle français.

Afin de mieux mesurer cette difficulté, je propose de l'illustrer, ci-dessous, par une série de points représentatifs des éléments de continuité (A), de rupture et d'innovation (B) ou d'évolution à portée encore indéterminée (« zones

grises ») (C) par rapport aux anciennes dispositions du Code civil français. La réforme française a fait l'objet d'analyses approfondies par la doctrine, qu'il ne saurait être question ici de reprendre ou résumer<sup>10</sup>. Je me garderai donc de qualifier le degré d'innovation des nouvelles dispositions françaises ou leur incidence sur l'esprit ou la philosophie générale du droit des contrats en France. D'autres l'ont fait bien mieux que je ne pourrai le faire moi-même. Ma perspective sera différente. Elle vise seulement à donner un premier aperçu du genre d'incertitudes et d'hésitations auxquelles le juriste luxembourgeois sera confronté à la suite de la réforme française et des discussions que celle-ci engendre actuellement en France sur la portée de nombre des nouveaux textes.

### A. – Continuités

Une bonne partie des nouvelles dispositions du Code civil français ne poursuivent d'autre objectif que d'ajuster le texte des articles afin qu'ils reflètent plus précisément le droit positif, et ce dans des termes plus explicites et en meilleure adéquation avec le langage de notre temps. Il s'agit, pour reprendre l'expression de Denis Mazeaud, d'« innovations fatales » dont le but n'est pas de modifier les solutions en cours sous les anciens textes. Ces retouches représentent « l'apport majeur de la réforme, du moins du point de vue quantitatif »<sup>11</sup>. Pour autant, qu'il s'agisse de modernisation du langage (1°), de codification de solutions jurisprudentielles (2°) ou de comblement de lacunes (3°), les nouvelles dispositions comportent des nuances voire des changements par rapport au droit antérieur que le juriste luxembourgeois ne devra pas négliger lorsqu'il voudra s'y référer à l'avenir.

#### 1° Modernisations du langage

Parmi les dispositions qui modernisent l'expression de règles existantes, on peut citer à titre d'exemple les articles 1199 et 1200 du Code civil qui expriment dorénavant le principe de l'effet relatif des contrats, dans sa double dimension interne et externe, d'une manière plus directe et mieux accessible au non-juriste que l'ancien article 1165 du Code civil. Ces nouvelles dispositions restent une référence pour la jurisprudence luxembourgeoise.

10. V. not. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016. – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016. – B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, éd. Fr. Lefebvre, 2016. – F. TERRÉ, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016. – P. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016 ainsi que le n° hors-série du 1<sup>er</sup> avril 2016 de la *Revue des contrats*, Lextenso. – T. DOUVILLE (ss dir.), *La réforme du droit des contrats*, Gualino (Lextenso), 2016. – J. CARTWRIGHT et S. WHITTAKER (eds), *The Code Napoleon rewritten, French Contract law after the 2016 Reforms*, Hart Publishing, 2017. – B. MOORE, *Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme français* : RDC 1<sup>er</sup> sept. 2015, n° 3, p. 728.

11. D. MAZEAUD, *Observations conclusives* : RDC, n° hors-série, préc., p. 53 et s.

La simplification du « guide-âne »<sup>12</sup> de l'interprétation du contrat fournit un autre exemple de l'effort de clarification des textes<sup>13</sup>. Les nouveaux articles 1188 à 1192 du Code civil sont expurgés ainsi des règles traitant, en réalité, des clauses implicites. La précision apportée par le nouvel alinéa 2 de l'article 1188 selon laquelle il convient de donner au contrat le sens que lui aurait donné une personne raisonnable, placée dans la même situation, plutôt que de spéculer sur une commune intention des parties, qui ne peut être décelée, remplace certaines des anciennes règles exprimant la même préoccupation d'une interprétation de bon sens. En même temps, elle tempère utilement l'impression que le Code civil imposait au juge d'interpréter les contrats dans une approche exclusivement subjective alors qu'en pratique, les tribunaux combinent utilement la recherche de la commune intention des parties avec des critères objectifs. Sans modifier le droit positif, cette réécriture participe à dissiper les craintes qu'une lecture rapide de l'ancien article 1156 du Code civil pouvait engendrer, notamment outre-Manche, quand le Code civil préconisait un exercice de divination d'intentions non exprimées peu compatible avec la confiance que l'on doit pouvoir placer dans les termes écrits d'un contrat. Vu la réticence traditionnelle des juges luxembourgeois à s'aventurer dans un tel exercice, ils appliqueront sans difficulté la nouvelle recette d'une interprétation raisonnable. Ils continueront de même à s'abstenir d'interpréter les clauses claires et précises d'un contrat, comme le prévoit dorénavant expressément le nouvel article 1192 du Code civil, même si, au Luxembourg, ils ne s'exposent pas à un contrôle de dénaturation de la Cour de cassation.

## 2° Codification explicite de solutions jurisprudentielles

La réforme consacre bon nombre de solutions dégagées par la jurisprudence en marge des textes, voire parfois à l'encontre du sens littéral de certains articles du Code civil. Pour ne citer que quelques exemples du premier type, les nouvelles dispositions consacrent la prohibition des engagements perpétuels, admettent la fixation unilatérale du prix dans un contrat-cadre sous la réserve de l'abus et condamnent les clauses exonératoires de responsabilité qui ont pour effet de priver le contrat de son obligation essentielle. Sur toutes ces questions et d'autres sur lesquelles la jurisprudence luxembourgeoise s'est calée sur la jurisprudence française, les nouveaux textes ne poseront guère de difficulté aux juges luxembourgeois. S'agissant du dernier exemple, à savoir la codification des jurisprudences *Chronopost* et *Faurecia*, il faut noter toutefois que cette codification s'est accompagnée de l'abandon formel du concept de cause du contrat, l'une des mesures les plus spectaculaires et discutées de la réforme. J'y reviendrai plus tard.

12. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 16<sup>e</sup> éd. 1992, n° 146.

13. Même si les nouveaux textes comportent aussi des solutions en partie nouvelles dont l'orientation a pu être critiquée, V. C. WITZ, *L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats* : D. 2015, p. 2020.



Certaines solutions jurisprudentielles se sont imposées nonobstant les termes plus restrictifs des dispositions du Code civil. Ainsi, les tribunaux français ont admis qu'une partie à un contrat pouvait exceptionnellement prendre l'initiative de le résoudre unilatéralement, sans s'adresser au juge comme l'indique l'article 1184 du Code civil, en assumant toutefois les risques en cas d'abus. Pareillement, la jurisprudence admettait, malgré l'article 1142 du Code civil, que le créancier d'une obligation actuelle pouvait toujours en exiger l'exécution forcée en nature, sauf si elle est impossible, plutôt que de devoir se contenter de dommages-intérêts. La réforme française vient consacrer ces solutions tout en précisant les conditions. Ainsi, s'agissant de la faculté de résolution unilatérale aux risques du créancier, elle fait sauter la barrière des conditions exceptionnelles – comportement grave du cocontractant, urgence – dans lesquelles une telle résolution était déjà admise par la jurisprudence. Pareillement, elle prévoit que la poursuite de l'exécution en nature trouve sa limite en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

Les tribunaux luxembourgeois ne peuvent pas s'appuyer sur ces nouveaux textes et risquent donc de se trouver enfermés dans la jurisprudence antérieure. Tout au plus pourraient-ils, à l'instar des tribunaux belges, tempérer les demandes d'exécution forcée en nature considérées comme déraisonnables par l'application de la théorie de l'abus de droit. Mais on connaît leur réserve à s'appuyer sur l'article 6-1 du Code civil luxembourgeois.

### 3° Comblements de lacunes

L'une des lacunes les plus visibles du Code civil avant la réforme tenait à l'absence de dispositions relatives aux processus de formation du contrat. La réforme comble cette lacune par une série d'articles nouveaux détaillant les règles gouvernant la négociation d'un contrat, le processus de rencontre de l'offre et de l'acceptation, la portée des pactes de préférence et de la promesse unilatérale et les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique. Les nouvelles règles reflètent essentiellement la manière dont le processus de formation des contrats a été compris de tout temps par la jurisprudence tout en apportant une clarification utile sur le sort d'une promesse de contrat non remplie. L'article 1121 du Code civil marque toutefois un changement puisqu'il situe dorénavant le lieu de formation d'un contrat entre personnes géographiquement distantes du lieu où l'acceptation est parvenue à l'offrant, sauf si les parties en sont convenues autrement. Les tribunaux luxembourgeois ont pris position pour cette solution depuis longtemps, de sorte que la nouvelle règle française efface ici un décalage ponctuel entre les deux droits. En ce qui concerne les contrats formés par voie électronique, les règles, bien que moins précises, figurent au Luxembourg dans la loi du 14 août 2000, relative au commerce électronique.

La même observation de continuité dans les solutions peut sans doute être faite à propos des nouvelles règles par lesquelles la réforme instaure un droit commun de la représentation inspirée du régime du mandat. Bien qu'elles ne trouvent pas d'équivalent dans le Code civil luxembourgeois, elles traduisent des solutions auxquelles les tribunaux français comme luxembourgeois adhéraient déjà en fait.

La nouvelle section consacrée aux sanctions et qui traite à la fois de la nullité et de la caducité d'un contrat se présente comme plus innovante. Elle règle, en effet, une série de situations pour lesquelles des solutions jurisprudentielles n'étaient pas clairement établies. Elle apporte, au surplus, de nouvelles solutions, par exemple la possibilité reconnue aux parties de constater d'un commun accord la nullité de leur contrat sans devoir recourir au juge. La question de la répercussion potentielle de la nullité d'un contrat sur un autre contrat lié et le degré d'interdépendance nécessaire pour justifier une telle réaction en chaîne, sur laquelle la jurisprudence n'était pas fixée avec précision, trouve dorénavant une réponse à l'article 1186, alinéa 2 du Code civil. Il y a, dans cette section, tant des règles autour desquelles la jurisprudence luxembourgeoise pourrait s'orienter nonobstant le fait que le Code civil ne les exprime pas, que des solutions nouvelles qu'il serait difficile d'adopter en l'absence des textes nouveaux.

On voit qu'en toutes ces hypothèses d'apparente continuité, par une modernisation du langage, la codification de solutions jurisprudentielles ou de comblement de lacunes dans la lignée des textes, la réforme française introduit cependant de nouvelles nuances, exigences ou solutions qui feront évoluer le droit français dans de nouvelles directions. Les écarts avec le droit en vigueur avant la réforme se creuseront de façon graduelle et ainsi peu perceptible pour l'observateur étranger. Même les innovations plus ou moins « fatales » placent ainsi le juge et le praticien luxembourgeois devant un doute récurrent de savoir si le modèle français rénové doit et peut toujours servir de modèle absolu.

## B. – Ruptures et nouveautés

Sur un certain nombre de points, la réforme française vise clairement à innover.

La distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion est pointée par la doctrine française comme l'une des innovations les plus spectaculaires puisqu'elle toucherait le cœur de la philosophie du droit des contrats. Qu'il s'agisse d'une rupture profonde ou d'un « affinement » de cette philosophie<sup>14</sup>, les conséquences que la réforme tire de la circonstance qu'une personne se soit contentée d'adhérer aux conditions contractuelles unilatéralement déterminées à l'avance par son cocontractant plutôt que de contribuer par la négociation à les déterminer éloignent aujourd'hui le droit français du droit luxembourgeois.

La distance est plus ou moins importante selon les règles en question. L'introduction, à travers le nouvel article 1171 du Code civil, d'un contrôle judiciaire du contenu du contrat d'adhésion, hormis son objet principal et l'adéquation du prix à la prestation, afin de vérifier qu'il ne résulte pas en un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » ne trouve pas d'équivalent en

14. Th. REVET, *Une philosophie générale : RDC*, n° hors-série préc., p. 5 et s.

droit luxembourgeois. Il marque la rupture la plus significative. La réforme opérée en droit luxembourgeois par la loi du 15 mai 1987 ne vise, en effet, qu'une vérification de la qualité de l'acceptation par la partie adhérente aux conditions préétablies par son cocontractant<sup>15</sup>. Aux termes de l'article 1135-1 du Code civil luxembourgeois, « les conditions générales d'un contrat préétabli par l'une des parties ne s'imposent à l'autre que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptés ». Protecteur de la volonté de l'adhérent, ce dispositif ne permet pas une sanction judiciaire, par voie d'annulation, des clauses qui, bien qu'acceptées, se révèlent manifestement défavorables à l'adhérent. Il se situe davantage dans la lignée du précepte d'interprétation que recommande le nouvel article 1190 du Code civil français en présence d'un contrat d'adhésion selon lequel les conditions contractuelles ambiguës doivent s'interpréter contre leur auteur, admis dès à présent par la jurisprudence tant française que luxembourgeoise<sup>16</sup>.

La réforme française introduit un autre contrôle de la qualité du consentement, qui vaut pour tous les contrats, mais devrait présenter un intérêt particulier pour les contrats d'adhésion, à travers la consécration du vice de violence économique. La Cour de cassation française avait déjà eu l'occasion de retenir l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique comme un vice du consentement lorsque celle-ci consiste à tirer profit de la crainte menaçant directement les intérêts légitimes d'un cocontractant. Le nouvel article 1143 du Code civil ne constitue donc qu'une innovation relative. Il ancre cependant l'exigence dans le droit positif en précisant le régime. Les critères retenus de la disproportion flagrante entre les prestations, provoquée par la violence économique, et de l'*avantage manifestement excessif* au profit de son auteur sont ceux qu'a retenus également le législateur luxembourgeois lorsqu'il a introduit en 1987 le mécanisme de la lésion qualifiée. Dans des termes proches, l'article 1118 du Code civil luxembourgeois sanctionne, en effet, « l'exploitation d'une position de force en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie » qui résulte dans un déséquilibre manifeste du contrat au moment de sa conclusion. La réforme aboutit ainsi sur ce point à un certain rapprochement des deux droits, même s'il demeure une différence de taille puisqu'en droit français, la violence économique se résout par la nullité du contrat déséquilibré alors que le mécanisme de la lésion qualifiée du droit luxembourgeois permet aussi de façon plus souple son adaptation.

L'introduction de la théorie de l'imprévision figure parmi les innovations les plus remarquées de la réforme française. Elle rompt en effet avec la jurisprudence

15. Le droit allemand opère avec netteté la distinction du contrôle de l'intégration d'une clause dans le contrat et celui de son contenu (C. WITZ, *Le droit allemand*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2018, p. 127-129). Le Luxembourg ne connaît que le premier alors que la France accepte dorénavant les deux.

16. C. WITZ, *L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats* : D. 2015, p. 2020.

traditionnelle refusant la révision judiciaire lorsqu'un changement de circonstances, imprévisible lors de sa conclusion, rend son exécution excessivement onéreuse pour un des contractants. Les juridictions luxembourgeoises sont restées jusqu'à présent alignées sur cette position traditionnelle. Sans disposition expresse dans le Code civil, il paraît peu probable que la jurisprudence luxembourgeoise change de cap, même si un arrêt récent de la Cour de cassation pourrait laisser augurer une certaine ouverture<sup>17</sup>. La retenue générale des juges luxembourgeois ne les dispose guère à modifier un contrat pour de pures raisons d'équité, même en présence d'une situation d'imprévision. Dans des situations extrêmes de refus de renégociation par la partie tirant avantage du changement de circonstances, on pourrait imaginer que l'article 6-1 du Code civil sanctionnant l'abus de droit permette de sanctionner un tel comportement comme étant abusif. Mais la fortune modeste que cette disposition connaît dans la jurisprudence luxembourgeoise rend peu probable une telle solution, à la différence de la position prise à ce sujet par les juridictions belges.

La disparition de la cause comme condition de validité du contrat constitue une petite révolution en droit français comme en témoignent les vifs débats qu'elle a provoqués en doctrine. Les fonctions essentielles attribuées à la cause par la jurisprudence se retrouvent certes dans le Code civil. Comme nous l'avons déjà observé, « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » est réputée non écrite selon le nouvel article 1170 du Code civil. Par ailleurs, les articles 1128 et 1162 du même code maintiennent le consentement sur le contenu licite du contrat comme une exigence de sa validité. L'abandon du concept de cause a été dicté essentiellement par des raisons de meilleure lisibilité du droit des contrats français et la préoccupation de ne pas effrayer des juristes étrangers, surtout de la *common law*, par la présence d'un terme qui pourrait paraître trop abstrait, aux contours mal définis en raison de sa double dimension objective et subjective. La décision était ainsi d'ordre plus formel que substantiel. Il n'en demeure pas moins que les règles plus aseptisées remplaçant la cause encadrent aussi plus étroitement le pouvoir du juge. La disparition du concept n'est ainsi pas entièrement neutre et pourrait, en définitive, distancer le droit français du droit luxembourgeois où les juges conservent la possibilité de s'y appuyer, même s'ils n'ont jusqu'à présent pas montré d'entrain particulier à lui reconnaître une portée allant au-delà de celle conservée par la réforme.

À l'opposé des dispositions qui tendent à accroître le rôle du juge comme arbitre d'une nouvelle justice contractuelle, la réforme française contient également une série de règles qui marquent un certain retrait du juge. Tel est le cas, en particulier, des nouvelles dispositions qui admettent l'exception d'inexécution par anticipation, la réduction unilatérale et proportionnelle du prix en cas d'inexécution imparfaite du contrat ou la faculté unilatérale de remplacement. D'une façon différente, mais dans le même esprit, les interpellations interrogatoires ten-

---

17. P. ANCEL, *op. cit.*, n° 491.

dent à maintenir, du moins provisoirement, le règlement des différends entre les mains des contractants dans l'espoir sans doute d'éviter un recours au juge. Toutes ces innovations s'inspirent d'un souci d'efficacité économique. Elles marquent une évolution du droit français des contrats vers des solutions que connaissent déjà d'autres pays européens et que recommandent les travaux académiques d'harmonisation du droit européen des contrats aussi bien que les standards internationaux, tels les principes des contrats du commerce international d'UNIDROIT. Le Code civil luxembourgeois ignore encore ces solutions modernes et peut paraître à cet égard moins attractif surtout aux yeux de professionnels soucieux de pouvoir régler leurs différends sans avoir nécessairement à les porter devant les tribunaux. Une place plus grande accordée à l'unilatéralisme, par le biais notamment des interpellations interrogatoires, à l'instar de celles introduites en France, favorisant le dialogue précontentieux pourrait être recommandée pour le Luxembourg.

Comme dernière innovation, illustrant mon propos, je citerai les nouveaux régimes des cessions de créances et de dettes et la reconnaissance des cessions de contrats et de dettes. S'agissant de la cession de créances, les assouplissements au formalisme d'opposabilité introduits par la réforme française demeurent, en réalité, en retrait des solutions introduites en droit luxembourgeois en 1994. En revanche, ce dernier ne reconnaît pas expressément la cession de dette que consacre dorénavant la réforme française. L'innovation est cependant moins importante qu'il n'y paraît à première vue puisqu'une telle cession ne permet de libérer le débiteur initial que dans les conditions anciennes d'une novation par changement de débiteur ; à défaut, elle aboutit seulement à une solidarité passive entre l'ancien et le nouveau débiteur. Quant aux cessions de contrats, les nouvelles règles pourraient utilement inspirer la jurisprudence luxembourgeoise dans la mesure où elles ne reflètent, pour l'essentiel, que des solutions qui découlent du bon sens.

### C. – Zones grises

Les dispositions de la réforme française qui ne font, à première vue, que confirmer le droit positif, mais dont l'expression nouvelle pourrait signifier un changement plus profond, sont peut-être les plus difficiles à appréhender par le juriste luxembourgeois. Elles le laissent devant une incertitude s'il peut ou non continuer à s'y référer. Je n'en prendrai ici que deux exemples qui, à mon sens, illustrent la difficulté : la nouvelle formulation du principe de bonne foi à l'article 1104 du Code civil et la référence, dans toute une série d'articles, à des standards tels le « raisonnable », l'« abusif », l'« excessif », ou le « significatif » ou « manifeste ». L'une et l'autre ont en commun d'accroître la marge de manœuvre reconnue au juge confronté à des situations dans lesquelles une application stricte et sans nuance d'une règle déterminée conduirait à des solutions inéquitables ou inappropriées. Leur potentiel réside essentiellement dans l'usage que les juges en feront concrètement dans les années à venir. À ce stade, il est difficile de spéculer

si l'expression renforcée du principe de bonne foi et la multiplication de ces standards vont encourager les juges à se montrer plus interventionnistes pour veiller à un certain équilibre des relations contractuelles, mais on ne saurait négliger l'objectif affiché par la réforme de promouvoir une justice contractuelle en meilleure adéquation avec notre temps.

La portée du nouvel article 1104 du Code civil fait l'objet de débats passionnés dans la doctrine française, entre ceux qui n'y voient qu'une consécration de la jurisprudence traditionnelle étendant la règle de l'ancien article 1134, alinéa 2 du Code civil à la phase de formation du contrat, et ceux qui, au contraire, estiment qu'il élève la règle de bonne foi en un véritable principe directeur du droit des contrats<sup>18</sup>. Les arguments des uns et des autres se valent. Le législateur français a prudemment évité d'ériger la règle en un principe directeur. Il n'en demeure pas moins que sa place dans le code la fait ressortir plus que jamais comme une nuance, sinon un tempérament aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, rôle que renforce sa qualification expresse comme règle d'ordre public. Il sera intéressant de voir l'usage concret qu'en feront les tribunaux. En fonction de leur sensibilité plus ou moins grande à l'impératif de justice contractuelle, ils pourraient donner à l'exigence de bonne foi une nouvelle ampleur. Les juridictions du fond jouiront d'une grande liberté d'appréciation qui devrait échapper au contrôle de la Cour de cassation. Leur jurisprudence ne sera pas nécessairement homogène.

Il n'est guère surprenant, dans ces conditions, que le nouvel article 1104 du Code civil puisse être perçu comme le signe d'une potentielle nouvelle orientation du droit français le rapprochant du droit allemand et creusant en même temps son écart avec le droit de la *common law*. Une telle évolution ne serait pas neutre pour le Grand-Duché.

L'obligation faite aux parties d'adopter une attitude raisonnable, de s'abstenir d'imposer des clauses résultant en des déséquilibres excessifs... conforte à leur tour les pouvoirs de modération du juge quasi normatif<sup>19</sup>. Certes, un tel pouvoir lui était déjà reconnu depuis 1975 pour moduler des clauses pénales manifestement excessives. Sur ce point, le droit luxembourgeois a d'ailleurs suivi le droit français. À y regarder de plus près, les articles qui se réfèrent à de tels standards consacrent essentiellement des solutions acquises, comme l'appréciation du caractère raisonnable d'un délai ou l'évaluation si un contractant a apporté « les soins d'une personne raisonnable ». Par le surplus, ils tendent plutôt à restreindre le contrôle judiciaire à des situations flagrantes d'engagements *manifestement excessifs*, de comportements *abusifs*, de *coûts démesurés*, ou encore de déséquilibres *significatifs*. Mais, là encore, il faudra attendre de voir comment les tribunaux vont concrè-

18. S. WHITTAKER, *Contracts, Contract Law and Contractual Principle*, in J. CARTWRIGHT et S. WHITTAKER (éd.), *The Code Napoleon rewritten, French Contract law after the 2016 Reforms*, Hart Publishing, 2017, p. 45.

19. L. AYNÈS, *Le juge et le contrat : nouveaux rôles* : RDC, n° hors-série préc., p. 14.

tement appliquer ces standards. Car il faut bien reconnaître qu'à travers la profusion de standards, « la loi s'abandonne au juge, et le sort des prévisions contractuelles est finalement entre les mains de celui-ci »<sup>20</sup>.

Vu du Luxembourg, les différents niveaux de la réforme française – qu'il s'agisse d'éléments d'apparente continuité, d'innovations ou de rupture ou encore de points dont il est difficile de connaître aujourd'hui la portée – comportent tous un facteur d'incertitude, plus ou moins marqué, de savoir si le droit français peut continuer à servir de boussole en droit des contrats. La réforme française produit ainsi un effet extraterritorial qui, sans aucun doute, n'a pas été envisagé en France. L'aléa dont elle affecte dorénavant le modèle français comme référent naturel du droit luxembourgeois ne saurait laisser indifférent le législateur luxembourgeois. Pas plus que la Belgique, qui pour des raisons propres s'est engagée dans la voie d'une modernisation de son droit des obligations, le Grand-Duché, ne peut, à mon sens, s'épargner de réfléchir aux voies que pourrait prendre une réforme de son droit des contrats, et à terme, plus largement de son droit des obligations. Pour nous en tenir au seul droit commun des contrats, quelles sont les options qui s'offrent à nous ?

## II. – LES OPTIONS POUR UNE MODERNISATION DU DROIT LUXEMBOURGEOIS DES CONTRATS

Le *statu quo*, consistant à maintenir les textes du Code civil luxembourgeois en l'état, serait *a priori* la solution la plus simple pour le législateur luxembourgeois. J'en évoquerai brièvement les inconvénients, qui me semblent plaider nettement en faveur d'une réforme (A). Un projet de modernisation pourrait suivre plusieurs voies. Celle qui vient immédiatement à l'esprit serait de s'aligner tout simplement sur la récente réforme française et de conserver ainsi notre modèle de référence (B). Cela supposerait cependant que le législateur luxembourgeois soit prêt à épouser pleinement les solutions et le nouvel esprit du droit français des contrats. Il pourrait aussi être tenté d'évaluer d'autres options. Une alternative proche ou voie complémentaire consisterait à s'adosser à la réforme belge, en supposant qu'entre-temps celle-ci ait pu aboutir (C). Enfin, il pourrait songer à se libérer d'un modèle de référence unique et puiser dans le mouvement d'harmonisation spontanée du droit des contrats à travers l'Europe l'inspiration pour développer son droit des obligations d'une manière autonome (D). Il ne saurait être question ici d'évaluer dans le détail ces différentes voies, ce qui supposerait, en effet, une comparaison approfondie des différentes solutions. Je me contenterai donc de quelques pistes de réflexion générales destinées à donner un premier aperçu du genre d'enjeux et de questions

20. L. AYNÈS, art. cit., p. 16.

que le législateur sera appelé à prendre en considération, sans prétendre présenter à ce stade d'orientation.

#### A. – Le *statu quo*

La réforme française a pris de longues années, et ce malgré le fait qu'elle a pu s'appuyer sur d'importants travaux doctrinaux<sup>21</sup>. Moderniser le droit des obligations luxembourgeois ne sera pas une tâche aisée même si l'exercice se résumait essentiellement à s'aligner sur la réforme française. Ne rien changer demeure assurément la solution de simplicité. Un tel *statu quo* présenterait cependant, à mon sens, deux sérieux inconvénients.

S'en tenir à des textes bicentennaires, dont la jurisprudence a montré les limites avant qu'elles ne fussent exposées au grand jour par les travaux de réforme en France et en Belgique, donnerait inévitablement l'impression que le Grand-Duché n'aurait pas le même souci que d'autres de mettre à jour son droit des contrats pour l'adapter aux besoins contemporains et le préparer à ceux de demain. Les raisons qui ont motivé les législateurs des pays voisins à s'engager dans la voie d'une modernisation de leur droit des contrats valent pleinement pour le Luxembourg. Les opérateurs économiques ne s'y tromperont pas. En évaluant leurs choix, ils donneront la préférence à la juridiction qui offre le droit des contrats le plus apte à répondre à leurs attentes. C'est bien cette attractivité de son droit des contrats qu'a poursuivie la France à travers son projet de réforme et que recherche actuellement également la Belgique, sans parler de la réforme récente en Allemagne. Un pays comme le Luxembourg, qui se trouve au cœur d'échanges internationaux qui dépassent de loin son marché domestique et se trouve exposé constamment à des arbitrages réglementaires de la part des opérateurs ne peut se payer le luxe de l'immobilisme.

Au surplus, le *statu quo* risque d'être illusoire. Le droit luxembourgeois des contrats est à tel point imprégné par le droit français qu'il se définit à travers lui. Couper ce lien, c'est prendre le risque de l'amputer de sa matrice, de le priver des sources qui jusqu'à présent, par des emprunts permanents à la jurisprudence et à la doctrine françaises, lui ont permis de rester un droit vivant.

Certes, la réforme française n'aboutit pas à une situation de rupture complète. La modernisation entreprise a consisté, comme nous l'avons observé, en grande partie en une codification du droit positif. Les vraies innovations restent somme tout relativement peu nombreuses. Pour une bonne partie des textes nouveaux, les tribunaux et les praticiens luxembourgeois pourraient donc continuer à se référer à la jurisprudence française ainsi qu'aux commentaires doctrinaux. Mais, comme nous l'avons également vu, le recours au droit français sera à l'avenir

21. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Essai », 2017.



empreint d'un certain aléa. Distinguer entre ce qui ne constitue qu'une consécration ou une expression plus moderne des solutions anciennes et ce qui représente une évolution, voire un authentique changement sera souvent délicat, voire impossible, en raison de l'anticipation qu'une telle appréciation requerra de la manière dont les nouveaux textes seront compris et appliqués concrètement par les tribunaux français. Il en résultera pour le juriste luxembourgeois d'inévitables zones d'incertitudes. Les hésitations que pourront avoir les tribunaux luxembourgeois à suivre ou non l'évolution de la jurisprudence française rendront le droit positif luxembourgeois nettement moins prévisible. Or, spécialement en cette matière, l'imprécision du régime juridique n'est pas compatible avec les attentes des opérateurs économiques.

À terme plus ou moins rapproché, l'option du *statu quo* ne sera donc, à mon sens, guère tenable et le législateur luxembourgeois devra s'engager à son tour dans la voie d'une réforme de son droit des contrats. La vraie question devient, dès lors, celle de l'orientation d'une telle réforme.

### B. – Un alignement sur la réforme française

La filiation étroite du droit civil luxembourgeois et tout particulièrement du droit des obligations avec le droit français fait de ce dernier le point de départ naturel pour un projet de réforme. Les emprunts à d'autres droits en cette matière restent, comme je l'ai déjà observé, ponctuels et très ciblés de sorte qu'ils ne portent pas ombrage au droit français comme modèle de référence.

Un alignement sur la réforme française représenterait *a priori* un exercice relativement aisé. Le législateur luxembourgeois pourrait reprendre les nouvelles dispositions françaises pratiquement telles quelles.

La première question qu'il devrait toutefois se poser est le sort qu'il entendrait réserver aux quelques amendements et ajouts qu'il a apportés au droit des contrats au cours des trente dernières années sans suivre le droit français. Ainsi, s'agissant par exemple des stipulations d'un contrat d'adhésion, il devrait décider s'il souhaite se contenter de la solution en vigueur de l'inaopposabilité à une partie contractante des conditions générales d'un contrat préétabli et qu'elle ne peut être considérée comme ayant accepté (C. civ. luxembourgeois, art. 1135-1) ou se diriger vers le nouveau régime français qui répute non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, à l'exception de celles qui portent sur l'objet principal du contrat ou son prix (C. civ. français, art. 1171) L'objet de mon propos ici n'est pas de discuter en détail de chacun de ces amendements. Ils sont suffisamment peu nombreux pour permettre au législateur de se décider soit en faveur d'un maintien des solutions existantes, soit de leur aménagement pour suivre le droit français. Dans un cas comme dans l'autre, la compatibilité avec les autres dispositions de la réforme pourra être assurée sans difficulté majeure.

Pour le surplus, l'alignement sur le droit français recommanderait de reprendre pratiquement en bloc les nouvelles dispositions du Code civil français.

Plus la transposition est large, plus il sera aisé de s'adosser à la jurisprudence et à la doctrine françaises, comme il est coutume de le faire. Une reprise plus ou moins générale des nouveaux textes français aurait l'intérêt de ne pas importer seulement les textes, mais de s'inscrire également dans l'esprit de la réforme française et de maintenir ainsi une parfaite cohérence entre les deux droits. Les nouvelles dispositions adoptées en France forment un ensemble dans lequel les solutions retenues s'expliquent non seulement par elles-mêmes, mais également les unes par rapport aux autres. Un *cherry picking* comporterait le risque de s'éloigner de la philosophie générale de la réforme. Le fait, par exemple, de ne pas reprendre tel quel le nouvel article 1104 relatif à la bonne foi pourrait aboutir, à terme, en fonction de la portée que lui reconnaîtra la jurisprudence française, à un décalage plus profond.

Pour autant, un alignement sur la réforme française n'impliquerait pas que le législateur luxembourgeois ne puisse pas faire certains choix sélectifs. Il pourrait ainsi, à mon sens, décider, par exemple, de ne pas adopter la théorie de l'imprévision telle qu'elle est consacrée aujourd'hui par l'article 1195 du Code civil français. Tant que les écarts restent ciblés, le risque d'un détachement du droit français comme modèle de référence demeure limité.

Solution de simplicité, l'alignement pur et simple sur la réforme française suppose évidemment que le législateur luxembourgeois soit prêt à épouser également l'esprit de cette réforme. La question essentielle qui se pose à ce sujet est de savoir si le modèle français rénové est susceptible de répondre aux besoins luxembourgeois. Pour l'essentiel, ces derniers ne se distinguent sans doute guère de ceux que tend à satisfaire la réforme française. Dans son effort de modernisation du droit des obligations, la France n'a pas négligé de tenir un certain compte des principes qui forment le *ius commune* du droit des contrats à travers l'Europe. En suivant la réforme française, le Luxembourg ne se replierait donc pas strictement sur un seul droit national, quelle que soit l'importance de sa filiation historique avec celui-ci. Il faut reconnaître cependant que le Grand-Duché se trouve dans une situation économique et géographique originale qui l'oblige à porter une attention toute particulière aux relations d'affaires présentant une dimension internationale. Son droit des contrats, plus que celui de la France, se trouve constamment en concurrence avec celui des pays avec lesquels commercent les opérateurs luxembourgeois parmi lesquels les droits de *common law* – anglais ou états-unis – constituent sans doute les alternatives les plus prisées. Le point d'équilibre que vise la réforme française entre la sécurité des relations contractuelles et une justice contractuelle arbitrée par les juges ne correspond pas, à ce titre, possiblement tout à fait aux besoins luxembourgeois. Il est vrai que les retouches ponctuelles que le législateur luxembourgeois a apportées jusqu'à présent au droit des contrats, spécialement en 1987, ne vont pas non plus dans le sens d'un renforcement de la foi faite aux stipulations contractuelles, mais tendent à donner plus de pouvoirs aux juges. Une réforme générale ne peut toutefois éviter la question du positionnement du droit luxembourgeois des contrats entre une vision plus libérale et une orientation axée sur la justice sociale. Calquer le droit luxembourgeois sur la réforme française n'est pas un choix neutre à cet égard.

### C. – La réforme belge, comme modèle alternatif ou complémentaire

L'ancrage du droit luxembourgeois des contrats sur le droit français a, comme nous l'avons vu, une raison à la fois historique et éminemment pratique, celle de pouvoir s'appuyer sur un riche corps de jurisprudence et d'écrits doctrinaux. Changer aujourd'hui de cap pour s'adosser sur un autre droit paraît *a priori* une voie peu probable. Déjà faudrait-il qu'il s'agisse d'un droit d'expression française pour éviter l'écueil des traductions toujours délicates de concepts juridiques. Quoique l'allemand fasse partie des trois langues officielles du Grand-Duché, le droit allemand des actes juridiques, en raison de sa structure même et des notions sur lesquelles il repose, représenterait un divorce trop profond avec la tradition du Code civil, sans d'ailleurs assurer l'orientation plus libérale que pourrait rechercher le Luxembourg. Le Code civil néerlandais, qui réalise une certaine synthèse entre les systèmes civilistes et une ouverture vers la *common law* pourrait possiblement offrir une telle orientation libérale. Mais la langue constitue un obstacle dirimant. Il n'y a que les droits belge, suisse et québécois<sup>22</sup> qui évitent cet écueil.

L'héritage commun du Code Napoléon crée entre le droit belge des contrats et le droit luxembourgeois une filiation qui rendrait un adossement à celui-ci particulièrement aisé. Dans d'autres domaines du droit, comme le droit des sociétés ou le droit pénal, le droit belge sert d'ailleurs déjà de référence au droit luxembourgeois à côté du droit français.

La Belgique ne s'est lancée que récemment dans un ambitieux projet de modernisation de son Code civil, en ce compris le droit des obligations. Une commission de réforme, présidée par les professeurs Patrick Wéry et Sophie Stijns, vient d'élaborer un avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le Code civil, accompagné d'un exposé des motifs détaillé, rendu public le 7 décembre 2017. Pour l'heure, il est encore trop tôt pour connaître la tournure que prendra ce projet à l'occasion des débats parlementaires et de savoir dans quel délai il peut aboutir. À supposer qu'il soit effectivement adopté, il pourrait cependant présenter pour le législateur luxembourgeois une source d'inspiration complémentaire, voire alternative au projet de réforme français.

Au niveau des textes, le point de départ du projet belge est semblable à celui de la France et à la situation dans laquelle se trouve aujourd'hui le Luxembourg. Dans les trois Codes civils, les dispositions du livre troisième du Code civil sont en effet restées pratiquement inchangées depuis leur origine. À peine une vingtaine de modifications ont été apportées au Code civil belge<sup>23</sup>.

La jurisprudence en droit des contrats paraît *a priori* aussi largement homogène entre les trois pays. Certes, les tribunaux belges se réfèrent moins fréquemment

22. Édité originellement en langue française, le Code civil de la Louisiane fut refondu en 1870 dans une version uniquement anglaise.

23. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2010, n° 25.

à des décisions françaises que par le passé. Mais la doctrine belge reste attentive à la jurisprudence et à la doctrine françaises sans négliger pour autant d'ouvrir son regard également vers d'autres droits, en particulier les droits néerlandais et allemands, ce qui lui confère une authentique originalité par rapport aux écrits français qui, à de rares exceptions près, n'ont guère cette curiosité<sup>24</sup>.

Sur certaines questions cependant, le droit belge des contrats s'est distancé aujourd'hui du droit français. À titre d'illustration, le principe d'exécution de bonne foi des contrats, à travers sa conjugaison avec l'abus de droit, se voit reconnaître une fonction limitative plus marquée qu'en France<sup>25</sup>. Les règles d'interprétation des contrats contenues dans le Code civil sont considérées comme impératives pour le juge plutôt que de ne former que de simples recommandations<sup>26</sup>. Les clauses pénales ne peuvent servir qu'à des fins d'indemnisation et non de véritable pénalité<sup>27</sup>. Ces différences, et il y en a d'autres, ne touchent toutefois pas aux fondements, ni à l'esprit général du droit des contrats que la Belgique a jusqu'à présent partagé, comme le Luxembourg, avec la France.

La réforme française introduit donc également pour la Belgique un certain changement de paradigme. En raison de sa taille, du volume de sa jurisprudence et de ses ressources académiques, elle est certainement mieux placée pour y faire face que le Grand-Duché, comme en témoigne le projet de réforme générale du Code civil auquel j'ai fait référence ci-dessus.

Le nouveau livre VI sur « Les obligations » proposé dans ce contexte pourrait-il constituer un modèle alternatif pour le Luxembourg au projet de réforme française ? À la différence de ce dernier, le commentaire de l'avant-projet montre que ses auteurs ont pris en compte, à côté des projets d'harmonisation européens, d'autres droits nationaux, en particulier les droits allemands et néerlandais. Sur quelques questions, les solutions retenues s'inspirent ainsi directement de ces derniers, par exemple en ce qui concerne les conséquences d'une impossibilité d'exécution du contrat imputable au débiteur, le régime des conditions, les droits contractuels reconnus à des ayants cause à titre particulier ou encore le régime des mises en demeure. Ces emprunts restent cependant ciblés et relativement peu nombreux. Pour l'essentiel, le projet en question ne semble pas rompre avec la filiation française. Sur nombre de points, il suit même la réforme française, du moins dans son esprit général, les différences de rédaction étant plus de l'ordre des nuances. Les sujets sur lesquels il s'en distancie plus franchement demeurent, hormis ceux pour lesquels le projet s'inspire des droits allemand ou néerlandais, exceptionnels. Le maintien de l'exigence d'une cause comme condition de validité d'un contrat constitue, au moins formellement, probablement le plus significatif.

24. Avec des exceptions notables comme, par ex., R. CABRILLAC ou B. FAUVARQUE-COSSON.

25. P. WÉRY, *op. cit.* n° 380 et s. et 485 et s. – P. ANCEL, *op. cit.* n° 476.

26. P. WÉRY, *op. cit.* n° 414.

27. P. WÉRY, *op. cit.* n° 469. – P. ANCEL, *op. cit.* n° 817.

Pour le Luxembourg, la réforme belge, à supposer qu'elle soit adoptée, représente probablement plus une source d'inspiration complémentaire à la réforme française qu'une alternative entièrement différente.

Pour autant, il ne faut pas en sous-estimer l'intérêt. De manière, à mon sens, fort appropriée, l'avant-projet de réforme belge propose de sortir le droit des obligations du livre troisième du Code civil intitulé improprement « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » pour en faire un nouveau livre quatrième. Ce choix ne corrige pas uniquement une imperfection historique du Code civil, mais facilite également d'autres adaptations de celui-ci à travers une rénovation de sa structure. Le texte se tient, par ailleurs, à une approche plus classique en ce qui concerne le rôle du juge en se gardant de donner à l'exigence de bonne foi la place d'un principe directeur et de multiplier les standards susceptibles d'encourager un interventionnisme judiciaire. Il faut toutefois lire le projet sur ces questions en relation avec la jurisprudence de la Cour de cassation belge qui a reconnu aux juges le pouvoir de sanctionner certains des déséquilibres contractuels flagrants, notamment ceux résultant de circonstances imprévisibles.

Seule une comparaison article par article, une fois la réforme belge aboutie, permettra en définitive d'apprécier quelle est la rédaction qui servira le mieux les intérêts du législateur luxembourgeois. En raison de la proximité des droits belge et français, un tel *cherry picking* n'est pas exclu. Encore faut-il évaluer si la solution d'un choix au cas par cas présente des avantages supérieurs à ceux d'une option générale en faveur de l'un ou l'autre des deux droits. Elle comporte certainement l'inconvénient de brouiller les deux sources d'inspiration et de rendre ainsi la tâche des juges et des praticiens luxembourgeois pour se référer à la jurisprudence et la doctrine pertinente bien plus compliquée. Poussé à l'extrême, le mixage des dispositions françaises et belges pourrait même porter atteinte à la cohérence générale du texte. Mieux vaut donc sans doute s'en tenir à un modèle de référence principal – dans la situation actuelle du droit luxembourgeois vraisemblablement le droit français – en limitant les appuis sur l'autre – le droit belge – à des dispositions ciblées.

#### D. – Vers une hybridation du droit des contrats

L'exercice d'une sélection, disposition par disposition, des meilleures solutions pourrait être poussé plus loin encore en multipliant les sources d'inspiration au-delà des droits français et belge. Une telle approche comparatiste pourrait se nourrir, en particulier, des différents projets dits d'harmonisation européenne du droit des contrats dont l'objet consiste plus précisément à dégager, à la manière des *restatements* américains, un dénominateur commun des droits nationaux et de certains instruments internationaux. Les premiers comptent les Principes du droit européen des contrats préparés par une commission d'académiques présidée par le professeur Lando, le Cadre commun de référence élaboré dans le prolongement de ces Principes en ce compris les principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant, ainsi que le projet de Code civil rédigé par un groupe de

comparatistes présidé par le professeur Gandolfi. La Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale, dont les règles dépassent les spécificités du seul contrat de vente<sup>28</sup>, et les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international constituent les textes internationaux les plus pertinents en ce qu'ils ont inspiré déjà les projets de rapprochement des droits européens. Tous ces instruments comportent des commentaires détaillés susceptibles de guider des choix législatifs. Les interprétations par les tribunaux des pays signataires de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale offrent, par ailleurs, un corps relativement homogène de solutions.

Ce *ius commune* des contrats en Europe comme les deux textes internationaux adoptent une vision largement libérale des contrats et ouverte sur les échanges internationaux qui ne devrait pas laisser indifférent le législateur luxembourgeois. Les travaux préparatoires à la réforme française ainsi que l'avant-projet de loi belge leur portent une certaine attention, même s'ils n'en épousent pas complètement l'esprit, jugé sans doute trop libéral pour un droit général des contrats couvrant autant les transactions entre particuliers et avec des consommateurs que des contrats entre professionnels.

Vu la situation économique et géographique particulière du Grand-Duché, une conception sur mesure d'un nouveau droit des contrats puisant largement dans ses sources européennes et internationales pourrait s'avérer une solution attractive en ce qu'elle permettrait à celui-ci de se positionner plus favorablement sur l'échiquier des juridictions avec lesquelles il se trouve en constante concurrence dans le monde des affaires. Elle permettrait notamment de placer plus clairement l'objectif de la prévisibilité fondé sur la foi faite aux termes des contrats devant les impératifs de justice contractuelle promus par la réforme française et l'avant-projet belge, ce qui ne devrait pas déplaire au milieu des affaires qui jauge l'attractivité du droit luxembourgeois d'abord à l'aune de la *common law*.

En même temps, une telle hybridation du droit des contrats risquerait de détendre (trop ?) largement le lien qu'entretient le droit luxembourgeois des contrats avec son modèle de référence français. Plus encore qu'en ~~présence d'une conjugaison~~ des textes français et belge, les emprunts systématiques à des sources variées, européennes et internationales, dont certaines restent de nature strictement privée et ne sont ainsi pas appliquées par des tribunaux, risquent de priver les juges et les praticiens luxembourgeois de la possibilité de se référer à des précédents jurisprudentiels ou à des analyses doctrinales sûres. Ce que gagnerait le droit luxembourgeois en souplesse, il pourrait le perdre alors en prévisibilité.

Mais sans doute le danger est plus théorique que réel. Si le législateur luxembourgeois se lançait dans une œuvre de modernisation du droit des obligations, ce qu'il ne peut à mon sens guère éviter, il paraît peu probable qu'il s'engage dans une refonte totale, faisant table rase du droit positif. La réforme française et

---

28. Pour un commentaire détaillé, V. P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.

celle en discussion en Belgique lui serviront certainement de boussole. Ce cap défini, les nuances et différences qu'il pourra introduire, en s'inspirant ailleurs, ne devraient pas ébranler la philosophie générale du droit des contrats, mais tout au plus faire pencher la balance un peu plus du côté de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats que de celui d'une justice contractuelle sous l'œuvre du juge.

*épreuve Mélanges en l'honneur de Claude Witz*

épreuve Mélanges en l'honneur de Claude Witz