

vi : Dans quels droit auteur luxembourgeois ?  
Régimes sur l'évaluation des sources religieuses et  
internationales  
Promo 2011 - Larcier / Windhof (Larcier-Larcier), 2013

## La place des sources autonomes : Fürstenrecht, Codes de bonne conduite et normes religieuses en matière financière

Isabelle RIASSETTO, Professeure de droit commercial,  
et Luc HEUSCHLING, Professeur de droit constitutionnel et administratif,  
Université du Luxembourg

Au sein du système juridique global de l'État, un certain nombre de normes générales sont produites par des sous-systèmes. Ce phénomène d'imbrication de plusieurs systèmes ou ordres juridiques a fait l'objet d'une analyse incisive de la part du célèbre juriste italien Santi Romano, dans son livre *L'ordinamento giuridico* (L'ordre juridique) de 1918 qui reste une clé essentielle<sup>1</sup>.

Le champ ainsi couvert par ce que d'aucuns appellent des « sources autonomes », ou de l'« auto-régulation », est des plus vaste et varié.

Cela va du pouvoir réglementaire des établissements publics aux contrats, du droit interne des religions aux règles édictées par des associations sportives<sup>2</sup>, des divers codes de bonne conduite que l'on trouve dans le monde de l'entreprise et de la finance au « *Fürstenrecht* » édicté par des dynasties régnautes, etc.

Le phénomène de ces sources autonomes est, par certains aspects, très ancien ; par d'autres il connaît de nouvelles évolutions à l'instar de l'importance accrue, spécialement depuis la crise actuelle, des multiples codes de bonne conduite en matière bancaire et financière qui viennent s'ajouter aux codes de bonne conduite en matière de responsabilité sociale des entreprises.

Ces normes sont produites par des acteurs publics ou privés : famille grand-ducale, collectivités locales, établissements publics, autorités administratives, chambres, ordres et associations professionnelles, voire même des sociétés, et plus largement tous les acteurs habilités à conclure des contrats, etc.

1. Santi Romano, *L'ordre juridique*, rééd. de la trad. de L. François & P. Gothot (1975), préface P. Mayer, Paris, Dalloz, 2002.

2. Cf. G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris, LGDJ, 1990.

Il peut s'agir d'acteurs clairement définis évoluant dans la sphère interne, européenne ou internationale. Il peut aussi s'agir d'une normativité transnationale difficilement rattachable à un acteur précis, comme par exemple les règles religieuses qui, selon leur propre compréhension, sont révélées et non édictées par un acteur donné.

Ces normes ont vocation à s'adresser, d'abord, en interne, à ceux qui font partie du groupe social, de l'association ou de l'« institution » pour parler avec Santi Romano. Mais, souvent, ce droit autonome va plus loin : il s'adresse aussi à ceux qui lui sont externes, à l'instar des citoyens (dans le cas du *Fürstenrecht*, du droit princier<sup>3</sup>) ou des clients (dans le cas des divers codes de bonne conduite).

La principale problématique intéressant ces sources autonomes réside dans leur validité ou force juridique. Cette problématique peut être envisagée sous deux angles. L'une est de se demander comment faire produire des effets juridiques à ces normes qui a priori n'en ont pas. Il s'agit, eu égard au contenu avantageux de ces normes, de renforcer leur normativité – leur obligatorité – en les rattachant au système du droit étatique. C'est cette perspective qui ressortira particulièrement dans nos deux dernières études de cas. L'autre perspective consiste, à l'inverse, à se demander comment faire prévaloir, de l'extérieur, le droit de l'État sur ces normes en cas de contradiction ? Ici, il s'agit au contraire de s'attaquer à de telles normes dont l'effectivité, au sein du groupe social visé, peut être très élevée. Cette dernière vision de la problématique ressortira en particulier dans notre première étude de cas (le droit princier).

Eu égard à l'étendue du champ d'application potentiel de cette problématique, nous avons en effet choisi de réduire notre analyse, en droit luxembourgeois, à trois situations qui suscitent actuellement débat en Luxembourg : le *Fürstenrecht* (1<sup>re</sup> partie), les codes de déontologie en matière bancaire et financière (2<sup>e</sup> partie), ainsi que les normes religieuses à travers l'exemple de la finance islamique (3<sup>e</sup> partie)<sup>4</sup>.

## 1<sup>re</sup> partie : Le *Fürstenrecht* de la maison grand-ducale de Luxembourg

De toutes les sources autonomes à Luxembourg, le *Fürstenrecht* est, à coup sûr, la moins connue et la moins étudiée. Et pourtant, c'est l'un des droits autonomes les plus anciens – le principe de son autonomie remonte à la fin du Moyen Âge –, et c'est aussi l'un des plus problématiques à l'heure actuelle, eu égard précisément à son âge pré-moderne.

3. Cf. les règles du droit princier sur la succession au trône, la régence, etc.
4. La 1<sup>re</sup> partie a été rédigée par Luc Heuschling, la 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> par Isabelle Riassetto. Les auteurs expriment leurs vifs remerciements à Christian Deprez pour son aide apportée à la recherche juridique.

Le *Fürstenrecht* (droit princier) – appelé aussi « *Hausrecht* » (le droit domestique, le droit produit par une maison régnante) – est fondé sur la prérogative d'une dynastie de se donner de façon autonome, par dérogation aux règles du droit étatique commun, ses propres règles de droit, dans des matières relevant à la fois, selon nos canons, du droit public et du droit privé<sup>5</sup>. Au Luxembourg, ce droit est évoqué traditionnellement par la référence sibylline de l'article 3 de la Constitution au « pacte du 30 juin 1783 », appelé communément le « pacte de famille de Nassau » ou « pacte de Nassau ». Or le nom de cet acte est profondément désorientant. Il induit en erreur le public à trois égards. D'abord, cet acte, contrairement à ce que suggère le nom, n'est plus un contrat (il l'était, mais il ne l'est plus). Aujourd'hui c'est un acte unilatéral. Est trompeuse, ensuite, l'utilisation d'un nom français : il serait plus exact de parler, en allemand, du « *Erneuertes Nassauischer Erbverein* », car le texte de cet acte, comme d'ailleurs de toutes les autres normes du droit princier nassauvien, est rédigé en allemand. Enfin, l'arbre cache la forêt : ce « pacte » (je mets les guillemets puisqu'il ne s'agit plus d'un contrat) ne résume pas, à lui tout seul, cette branche du droit qu'est le *Fürstenrecht* nassauvien (ancien et actuel). Il en est certes un document central, mais ce n'est pas – contrairement à ce que croient beaucoup – le texte unique. Il est un texte parmi d'autres et encore ne faut-il pas oublier qu'il existe également des normes non-écrites de *Fürstenrecht*... Longtemps enfoui, caché, oublié, ce droit autonome a subitement resurgi à la surface, sur les cartes du droit, à partir de 2011, lorsque le grand-duc a bien voulu publier, au Memorial B, trois « décrets » (dont l'intitulé est rédigé en français, mais dont le contenu est en allemand) édictés par lui, en accord avec les agnats de la famille grand-ducale, mais sans contreseing ministériel.

5. Pour un premier aperçu : H. Schulze, « Das deutsche Fürstenrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung und gegenwärtigen Bedeutung », in F. von Holtzendorf (dir.), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 5<sup>e</sup> éd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1890, vol. 1, p. 1351-1376 ; H. Schulze, *Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser*, t. 1, Manke, Jena, 1862 ; t. 2, Fischer, Jena, 1878 ; t. 3, Fischer, Jena, 1883 ; H. Rehm, *Moderne Fürstenrecht*, München, Schweitzer, 1904 ; A.W. Heffter, *Die Sonderrechte der souveränen und der medialstenen vormals reichständischen Häuser Deutschlands*, Berlin, Schroeder, 1871 ; B. Albers, *Begriff und Wirklichkeit des Privatfürstenrechts*, Schuling, Münster, 2001 ; D. Gottwald, *Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert. Eine wissenschaftsgeschichtliche Studie*, Frankfurt, Klostermann, 2009.

6. Cf. le décret grand-ducal du 16 septembre 2010, publié au *Mémorial B*, n° 55 du 23 juin 2011, p. 720 (à noter le décalage entre le moment de la signature de l'acte et la date de sa publication) ; le décret grand-ducal du 11 juin 2012 portant coordination du pacte de famille du 30 juin 1783 et le décret grand-ducal du 18 juin 2012 portant coordination du statut de famille du 5 mai 1907, *Mémorial B*, n° 51, 23 juin 2012, p. 829 ss. Pour une première analyse critique, cf. L. Heuschling, « Le vol d'Icarus du *Fürstenrecht*. L'invalidité des trois "décrets" du Grand-Duc », *Lëtzeburger Land*, n° 26, 29 juin 2012, p. 15 <http://www.land.lu/2012/06/29/le-vol-d-icarus-du-furstenrecht/> ; « Le *Fürstenrecht* et les mariages princiers au sein de la maison grand-ducale de Luxembourg », *Journal des tribunaux. Luxembourg*, août 2012, n° 22, pp. 97-109 et mon prochain livre sur le *Fürstenrecht* et la hiérarchie des normes.

Au sujet de ce droit, et dans le droit fil de la problématique de ce colloque, trois questions méritent d'être soulevées :

1° En quoi ce *Fürstenrecht* contribue-t-il à l'originalité du droit luxembourgeois ?

2° Comment s'articule cette source autonome avec les autres normes de l'ordre juridique luxembourgeois ? Comment ce sous-système s'inscrit-il dans le système juridique global du Grand-Duché ?

3° *Quo vadis* le droit luxembourgeois en matière de *Fürstenrecht* ? Dans quelle direction s'oriente et devrait s'orienter le droit luxembourgeois en ce qui concerne le *Fürstenrecht* ?

#### A. Un droit dont l'originalité – hélas – va croissante au fil du temps

Qu'est-ce qui est spécifiquement luxembourgeois dans ce droit ? À première vue, rien ou pas grand-chose. Ce droit n'est pas spécifiquement luxembourgeois dans la mesure où il n'est pas d'origine autochtone. Il n'est pas – du moins pas à ses débuts – *made in Luxembourg*, car, à l'instar de beaucoup d'autres normes du droit luxembourgeois (le Code civil inspiré du Code Napoléon ; la Constitution de 1868 inspirée en grande partie, mais non exclusivement, de la Constitution belge de 1831, etc.), le *Fürstenrecht* de la maison grand-ducale de Luxembourg est importé d'ailleurs. Il est le fruit d'un *legal transplant*, d'abord imposé de l'extérieur en 1815, par l'Acte final du Congrès de Vienne (art. 71), puis accepté en interne par la suite.

Ce droit nous vient de l'Allemagne, et c'est la dernière branche de l'ordre juridique luxembourgeois, avec, en partie le droit fiscal (cf. la *Abgabenordnung* et la *Vermögenssteuergesetz*), à être encore rédigée en allemand. Son existence est un indice, parmi d'autres, de l'ancienne influence allemande sur l'ordre juridique du Grand-Duché de Luxembourg, lequel faisait du reste, de 1815 à 1866, partie du *Deutscher Bund*. Le *Fürstenrecht* est un type de source du droit qui s'est développé à partir du *xiv<sup>e</sup>* siècle dans le *Heilige Römische Reich Deutscher Nation*, lorsque la haute noblesse (*Hoher Adel*) a refusé de continuer à se soumettre aux règles du droit privé commun. Les diverses familles nobles qui sont investies du pouvoir politique dans les subdivisions de l'Empire – les futures monarchies territoriales, qui prennent forme au sein de l'Empire – refusent de continuer à se soumettre aux règles du droit privé ordinaire qui, à ce moment, s'appliquait à la fois aux gens ordinaires et à ce *Hoher Adel*. L'enjeu crucial est la transmission du pouvoir politique et des biens immobiliers, les deux n'étant pas distingués, ce qui est le propre de la conception patrimoniale du pouvoir politique. Pour éviter de devoir appliquer les règles du droit successoral ordinaire qui prévoit l'égalité des prétendants mâles et qui implique, à la mort du monarque territorial, le morcellement du pouvoir politique, les dynasties s'arrogent et/ou se voient

reconnaître par l'empereur la compétence d'édicter un droit dérogeatoire, un « *Sonderrecht* », portant sur la succession et toutes les « affaires familiales » connexes. D'où aussi le terme usuel au *xviii<sup>e</sup>* siècle de « *Privatfürstenrecht* » (le droit privé des princes, des membres des familles régnautes), avant que ne se généralise l'usage du mot *Fürstenrecht* au *xix<sup>e</sup>* siècle, lorsque la doctrine insiste sur le fait que ce droit est à cheval sur la distinction classique entre droit public et droit privé.

Le maître mot de ce droit est donc « *Autonomie* ». C'est ce terme clé qui est utilisé en allemand. Il faut préciser qu'à l'époque (au Moyen Âge et sous l'absolutisme royal), eu égard à la conception patrimoniale de l'État, la définition de ce qui est « interne » à la famille princière est très large et englobe des affaires qu'on qualifiera aujourd'hui de publiques (ex. la succession au trône, la régence, etc.). Selon nos canons modernes, ces matières concernent non seulement la dynastie, mais aussi le monde externe, les citoyens. D'où l'inadéquation de l'appellation « droit interne » ou « *Hausrecht* (lit. droit domestique) » utilisée fréquemment pour désigner ce *Fürstenrecht*. Parmi les matières traitées par cette source du droit figurent généralement : la composition même de la famille (ou maison) princière ; l'attribution du nom, des titres et des armoiries ; la gestion des registres de l'état civil ; la définition de la descendance légale (naturelle, plus rarement adoptive) ; le statut des filles, épouses et veuves ; les mariages princiers (contrôle des mariages par le monarque selon le critère, entre autres, de la « *Ebenbürtigkeit* ») ; les divorces ; les divers types de patrimoines (patrimoine collectif de la maison du type fidéicommiss & patrimoine strictement individuel et privé de chaque membre de la maison) ; la gestion du patrimoine de la maison (indivisibilité, inaliénabilité, fidéicommiss, etc.) ; la succession au trône, la régence, la tutelle ; le pouvoir disciplinaire du chef de famille sur les autres membres (autorisation des mariages, contrôle des fréquentations sociales, des voyages, des activités professionnelles, de l'éducation des enfants, etc.) ; le règlement interne ou, plus rarement, externe des « litiges de famille » ; des dispositions pénales ou répressives ; les règles de production de ce droit (la *rule of recognition* de ce sous-système), etc.

Cette branche du droit s'est répandue d'abord, à partir du *xiv<sup>e</sup>* siècle, dans toutes les monarchies de l'Allemagne (Prusse, Autriche, Bavière, Saxe, Bade, Wurtemberg, Hesse, Liechtenstein, etc.), avant de s'exporter dans le monde. On la retrouve dans des monarchies qui se sont inspirées de l'Allemagne (à l'instar, par ex, de l'Empire japonais après la restauration de Meiji de 1869<sup>7</sup>), ou encore dans des pays qui ont eu une dynastie

7. Voir la loi de la maison impériale du Japon de 1889 (皇室典範, *Kōshitsu Tenpan*).

L'art. 2 de la Constitution de l'Empire japonais de 1889 en prend acte en énonçant : « Le trône impérial se transmet aux descendants mâles de l'empereur, conformément aux dispositions de la loi de la maison impériale. » Je cite d'après la traduction française de la Constitution de 1889 disponible sur le site Internet : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/jp1889.htm>

allemande ou d'origine allemande, ce qui fut le cas du Luxembourg à deux reprises (en 1815 et en 1890). À ce dernier titre, il est toutefois à noter que la présence d'une dynastie allemande ne suffit pas pour voir s'acclimater un droit princier. Ainsi, la Belgique a eu à sa tête à partir de 1831 un prince issu d'une dynastie allemande (Léopold 1<sup>er</sup>, duc de Saxe et prince de Saxe-Cobourg et Gotha). Or la Constitution belge de 1831, la plus démocratique et libérale de l'époque, n'a point prévu, ni explicitement ni implicitement, l'existence d'une telle source de droit. Comme l'a dit Pierre Wigny<sup>8</sup> : « Il n'y a pas, en Belgique, de statut de famille pour la Maison royale comme c'était le cas en Allemagne avant 1914. Le Roi, les Princes et les Princesses sont régis par le droit commun dans leurs rapports familiaux et patrimoniaux. C'est une application de l'égalité entre tous les Belges établie par l'article 6 de la Constitution ».

Le *Fürstenrecht* est donc un droit autonome qui n'existe que dans les monarchies, mais il n'existe pas dans toutes les monarchies. Les monarchies les plus modernes, à l'heure actuelle, ignorent ce type de branche du droit. Que ce soit en Belgique, au Pays-Bas, en Norvège, en Suède, au Japon, au Royaume-Uni, en Espagne, etc., toutes les matières visées par ce *Fürstenrecht* sont régies soit par la Constitution (la succession au trône, la régence, le contrôle des mariages, etc.), soit par des lois parlementaires ordinaires (Code civil) ou spéciales (un régime législatif dérogatoire au droit commun). Ce n'est point la dynastie qui se donne ses propres règles, mise à part l'hypothèse où elle jouit, à l'instar des autres citoyens, de l'autonomie contractuelle, par exemple. Ce sont les instances démocratiquement légitimées qui établissent le droit applicable à la dynastie.

Et c'est là qu'apparaît l'originalité du droit luxembourgeois. Si, comme on l'a vu, le *Fürstenrecht* nassauvien n'est pas une invention autochtone du Luxembourg, le fait que les autorités politiques élues du Grand-Duché aient permis à ce droit de se perpétuer jusqu'à aujourd'hui, jusqu'au *xxi<sup>e</sup>* siècle, est, en revanche, une spécificité. Spécificité qui est d'autant plus grande, que, de plus, ce droit princier nassauvien-luxembourgeois a pu, à travers les siècles, préserver presque intégralement son identité et son empire. La raison, politique, en est simple : dans le passé, depuis 1919 jusqu'à la crise de 2008 (crise qui inversa, jusqu'à un certain point, la tendance), les élus politiques, en particulier ceux du parti chrétien-social, ont toujours bloqué une réforme en profondeur du régime juridique de la monarchie. Dès lors, les contraintes imposées de l'extérieur à ce droit « interne » à la famille grand-ducale furent faibles ou lorsqu'elles existaient – car la loi, la Constitution et, de nos jours, le droit supranational, spécialement la CEDH, posent des limites –, celles-ci ne furent

8. P. Wigny, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1952, t. 2, p. 601. Auparavant, voir P. Erreña, *Traité de droit public belge*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Giard, 1916, p. 194 : « Il n'y a pas de statut de famille dans la maison royale de Belgique ».

pas mobilisées. Elles furent oubliées, peu défendues par les divers gardiens de ces normes. C'est ce qui explique (mais ne justifie point) l'étonnante pérennité et bonne santé du *Fürstenrecht*, qui, à l'heure actuelle, continue à s'imposer alors même qu'il existe de graves vices d'institutionnalité. L'existence et les modalités d'existence de ce *Fürstenrecht* singularisent fortement le Grand-Duché dans le cercle (de plus en plus petit) des monarchies occidentales. C'est une marque d'identité forte et saillante, qui, toutefois, n'est pas à l'honneur du pays, ni du point de vue de la démocratie, ni du point de vue de l'État de droit.

Du point de vue de l'idéal démocratique, l'existence d'un *Fürstenrecht* est sans conteste – Qui oserait dire le contraire ? – un signe d'archaïsme. Elle témoigne du retard *séculaire* que connaît le Luxembourg dans le processus de modernisation de sa monarchie. Alors que d'autres, grandes monarchies dotées d'un tel sous-système juridique dans le passé soit ont disparu (Allemagne, Autriche, Russie tsariste, Roumanie, Bulgarie, etc.), soit ont supprimé le *Fürstenrecht* en tant que source autonome (à l'instar du Japon, qui, en 1946, à travers sa nouvelle Constitution, a transformé l'ancienne loi de la maison impériale en loi parlementaire<sup>9</sup>), le Luxembourg se retrouve parmi les derniers, avec le Liechtenstein<sup>10</sup> et Monaco<sup>11</sup>, à maintenir cette institution baroque, voire gothique.

Du point de vue de l'idéal de l'État de droit, le fait que toute une branche du droit puisse persister alors qu'une large partie de ses normes sont contraires à la Constitution prouve à suffisance qu'en l'état actuel du droit positif, les garanties politiques et juridictionnelles de la suprématie de la Constitution sont déficientes. Le système d'élimination des normes déficientes ne donne pas entière satisfaction.

9. La nouvelle Constitution du Japon de 1946 (art. 2) confère le pouvoir de fixer l'ordre de succession au législateur ordinaire, lequel a également traité les affaires internes de la maison impériale dans la *Kōshitsu Tempun* de 1947. Celle-ci a le statut d'une loi parlementaire ordinaire.

10. Voir, en particulier, *Hausgesetz des Fürstlichen Hauses Liechtenstein vom 26. Oktober 1993*, disponible sur le site internet <http://www.gesetze.li>, rubrique « Staat, Volk, Behörden », puis « Fürst und Fürstenhaus ». La Constitution de 1921, dans sa version actuelle, évoque l'institution et le champ d'application du droit princier aux articles 3, 10 et 13ter. À noter : le texte de la Constitution ne précise pas le statut de cette loi princière au sein de la hiérarchie des normes. En revanche, la loi princière elle-même, en son art. 18, revendique d'être supérieure à la Constitution et aux traités internationaux. En doctrine, cf. G. Schmid, *Das Hausrecht der Fürsten von Liechtenstein*, thèse droit, Zurich, 1978, reproduite dans *Jahrbuch des Historischen Vereins im Fürstentum Liechtenstein*, 1978, p. 1-181 ; W. Marxer, *Das Hausgesetz des Fürstenhauses von Liechtenstein und dessen Verhältnis zur staatlichen Ordnung Liechtensteins*, Benders, Liechtenstein Institut, 2003.

11. Voir l'Ordonnance du 15 mai 1882 édictant les statuts de la Famille Souveraine, telle que modifiée à ce jour. Le texte est disponible sur le site <http://www.legimonaco.mc>.

## B. Les dissonances entre ce sous-système et le système juridique global du Luxembourg

Quels sont les liens de cette source autonome avec son environnement juridique ?<sup>12</sup> Comment s'inscrit ce droit dans « l'ordre juridique global du Luxembourg » ? Sous ce dernier terme<sup>13</sup>, il faut comprendre non seulement le droit interne du Luxembourg – le droit luxembourgeois *stricto sensu*, car produit par les seuls acteurs luxembourgeois –, mais aussi le droit supranational (international et/ou européen) qui est aussi du droit « luxembourgeois » au sens où il s'agit de normes juridiques valides sur le territoire du Grand-Duché. La question ainsi soulevée est des plus complexes et mériterait de longs développements. Je me contenterai ici de quelques brefs aperçus<sup>14</sup>. À l'inverse d'autres normes autonomes (cf. infra partie II et III), le défi qui se pose au juriste en matière de droit princier n'est pas tant de savoir comment renforcer la normativité de ses normes. Elles n'en ont pas besoin. À en juger de l'extérieur, le droit princier n'a aucun problème d'effectivité dans ce groupe, ce sous-système social qu'est la famille grand-ducale. Il n'a point besoin du concours de l'État, de sa force publique, de ses juridictions, pour sanctionner d'éventuelles violations de ses règles. C'est plutôt l'emprise du droit de l'État, en premier lieu de la Constitution, et du droit supranational (ex. CEDH) qui est précaire et qui mérite d'être renforcée.

Car, si, à l'heure actuelle, l'ordre juridique global du Luxembourg accueille certes, jusqu'à un certain point, ce corps qu'est le *Fürstengericht*, cet accueil n'est pas sans conditions ni limites. Il n'y a pas/plus, à l'heure actuelle, de blanc seing. D'une part, le droit étatique luxembourgeois ne valide pas en bloc, dans sa totalité, l'existence du *Fürstengericht*. Il opère un découpage : par une série de normes dispersées à différents endroits de la hiérarchie des normes étatiques, le droit de l'État reconnaît différents segments ou parties du *Fürstengericht*. Dès lors, il n'est pas exclu qu'une partie du *Fürstengericht* ait été oubliée dans ce processus de validation (ce qui est, effectivement, le cas). D'autre part, à l'égard des segments ainsi découpus du *Fürstengericht*, l'ordre juridique global du Luxembourg formule un certain nombre d'exigences, sur la forme, la procédure et le contenu.

Voyons d'abord le premier aspect, celui du « découpage ».

Il faudrait étudier ici toute une série de normes du droit de l'État luxembourgeois. Ce découpage s'est fait dès le XIX<sup>e</sup> siècle par des normes du droit

12. Pour un cadre théorique général, cf. Santi Romano, *op. cit.*, chap. 2, p. 77 ss. Il évoque d'ailleurs, en passant (p. 92), le droit princier en tant qu'illustration de sa théorie des institutions au sein de l'institution qu'est l'État.

13. Qui est plus vaste que le terme « système juridique global de l'État », utilisé dans l'introduction de cet article, car il prend en compte l'existence de l'actuel système politique à plusieurs niveaux dont l'État n'est qu'un élément, quoique un élément crucial.

14. Je renvoie le lecteur, pour de plus amples détails, à mon livre sur le *Fürstengericht* et la hiérarchie des normes (à paraître).

interne de l'État (Constitutions, lois). Mais, pendant longtemps, jusqu'en 1919, l'effectivité voire la validité de ces normes a été bloquée, infirmée, par un droit international marqué du sceau de la réaction monarchique. Celui-ci validait et protégeait, à l'égard du Luxembourg, le droit princier nassauvien en bloc, dans son intégralité. Or, comme le droit international, déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, se voyait reconnaître par les autorités luxembourgeoises la primauté sur le droit interne, y compris sur la Constitution, c'est le droit international qui, en grande partie, donnait le ton durant toute cette période en matière de droit princier. Le découpage / dépeçage du droit princier par le droit interne était, en grande partie, bloqué dans ses effets : il restait en quelque sorte en sommeil. Il était inscrit sur le papier, mais n'avait pas d'effet, ou peu d'effets. Le blanc seing total et sans limites accordé par les traités l'emportait largement (mais pas totalement) en pratique. Or ce droit international (« réactionnaire », car favorable au droit princier) a été emporté, invalidé, remplacé au cours du XX<sup>e</sup> siècle, spécialement après 1945, par un droit international plus démocratique, plus libéral, qui ignore tout du droit princier. Ce nouveau droit international devrait être plus allergique, corrosif, à l'égard de tout *Fürstengericht*, mais encore faudrait-il que les acteurs en soient conscients et s'en saisissent... Or, pour l'instant, il n'y a pas eu une seule requête, devant la Cour européenne de Strasbourg, portant sur une affaire de droit princier luxembourgeois, liechtensteinois ou monégasque. Mais, au moins, de par la métamorphose totale du droit international, le droit luxembourgeois interne se voit libéré de la « chape de plomb » que faisait peser sur lui les anciens traités du XIX<sup>e</sup> siècle. À supposer que les acteurs le veuillent, ses « griffes », jusque-là cachées / bloquées, peuvent devenir opérationnelles.

Quel est ce découpage ? Un premier exemple, qui, aujourd'hui, passe totalement inaperçu, est l'article 5 de la Constitution. En énonçant que le grand-duc est majeur à l'âge de 18 ans, la Constitution luxembourgeoise (et ce depuis 1848) a spolié le droit princier d'une compétence normative. Car, traditionnellement, c'est au *Fürstengericht* qu'il revient de fixer l'âge de la majorité du monarque, majorité qui, dans le passé, était toujours inférieure à la majorité ordinaire définie par le droit privé commun. Pour éviter de prolonger outre mesure toute régence – période qui n'est pas sans dangers pour les droits du monarque en titre –, les divers droits princiers en Allemagne prévoyaient que le monarque était déjà majeur à l'âge de 21, 20 ou 18 ans. Au Luxembourg, depuis 1848, le droit princier nassauvien a perdu cette compétence, sans faire preuve de résistance. La dynastie grand-ducale n'a jamais essayé de récupérer ce pouvoir perdu, comme elle le fera, à l'inverse, lors du coup d'État de 1856, en matière de régence. La désignation du régent qui, sous la Constitution plus démocratique de 1848, était de la compétence de la Chambre des députés<sup>15</sup>, retombe, en 1856, dans le giron du droit princier et donc de la dynastie<sup>16</sup>.

15. Cf. art. 6 Const. 1848.

16. Cf. art. 6 et 7 Const. 1856 et art. 6 et 7 Const. 1868.

Parmi d'autres normes étatiques, il faut citer les trois articles 3, 6 et 7 de la Constitution actuelle. Sous la pression tutélaire du droit international du XIX<sup>e</sup> siècle favorable à l'autonomie du droit princier, ces dispositions ont été interprétées non pas comme une *incorporation* des règles de fond contenues dans le pacte de Nassau de 1783 (auquel cas les normes de conduite de ce texte auraient été aspirées et, par tant, « congelées », figées, dans la Constitution<sup>17</sup>), mais, au contraire, comme une *habilitation*, comme la reconnaissance précisément de l'autonomie de la maison grand-ducale en matière de succession et de régence, voire du mariage, mais ce dernier point prête déjà à discussion). Il y a, ensuite, l'article 1, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 mai 1891 sur la fortune privée de la maison grand-ducale qui, de façon explicite (et conformément aux réquisits du droit international et aux souhaits de la nouvelle dynastie des Nassau-Weilburg), reconnaît l'autonomie de ce sous-système pour tout ce qui a trait aux biens mobiliers et immobiliers situés au Luxembourg<sup>18</sup>. L'autonomie est toutefois limitée géographiquement (« les biens situés dans le pays ») et personnellement (cf. art. 1<sup>er</sup> al. 2).

Mentionnons, enfin, dans cette série de normes étatiques (que je ne développe pas ici de façon exhaustive), l'article 1 de la loi du 10 juillet 1907<sup>19</sup> qui confère force de loi au *Familienstatut des Hauses Nassau* du 16 avril 1907. Ce dernier statut, édicté par Guillaume IV et annexé à la loi de 1907, énonce en son article 3 : « *Im übrigen behaltten Wir Uns und Unseren Nachfolgern das Recht zur Erlassung familienstatutarischer Bestimmungen über Unsere Hausverfassung im bisherigen Umfang vor* ». Voilà une habilitation particulièrement importante, peut-être la plus importante. Le terme « *Hausverfassung* » englobe potentiellement une large série de matières : mariages, divorces, adoptions, descendance légale, état civil, règlement des litiges, etc. Cet article 3 a peu attiré l'attention de la doctrine, peut-être parce que celle-ci ne connaissait pas les normes princières élaborées en vertu de cette habilitation. Or, c'est par l'intermédiaire de cet article 3 du statut de famille que l'auteur de la loi du 10 juillet 1907 fonde, à l'égard l'ordre juridique étatique, la validité d'un autre texte princier dont il ne connaissait pas même l'existence. Il s'agit du texte crucial intitulé « *Familienstatut die Hausverfassung betreffend vom 5. Mai 1907* », dont le public vient seulement, en 2012,

17. Suite à une telle constitutionnalisation, ces normes n'auraient pu être modifiées que par le biais d'une révision constitutionnelle (art. 114 Const.). Toute modification par la dynastie, par une norme princière, aurait été exclue.

18. *Mémorial A* n° 28 du 21.05.1891, p. 321. L'article 1<sup>er</sup> énonce : « (1) Les biens mobiliers et immobiliers composant la fortune privée de la maison grand-ducale de Luxembourg et situés dans le pays sont régis par les pactes de famille de Nassau et les dispositions prises ou à prendre en vertu de ces statuts. (2) Néanmoins la nullité des actes prohibés par ces statuts ne peut être opposée aux tiers. »

19. *Mémorial A* n° 37 du 11.07.1907, p. 441 s.

de découvrir l'existence. Jusque-là ni l'existence de ce texte, ni *a fortiori* son contenu n'étaient connus du public, de la science juridique et de la plupart des acteurs politiques élus. Nous sommes là au cœur du secret entourant ce droit.

Pourquoi insister sur ce dépeçage juridique ? C'est que, à force de valider le droit princier par segments (pourtant, parfois, assez vastes), le droit étatique a pu oublier des morceaux qui, du coup, du point de vue de l'ordre juridique global, seraient dépourvus de fondement. Ils devraient donc, en principe, être considérés comme invalides, suprême de droit étatique oblige. Pour se faire une idée exacte à ce sujet, il faudrait passer en revue l'intégralité du droit princier, ce qui est toutefois impossible (une partie est toujours secrète). Or, même avec nos connaissances partielles, il est possible de détecter un tel oubli : l'oubli a trait aux biens de la dynastie à l'étranger. L'article 1 de la loi précitée du 16 mai 1891 sur la fortune privée de la maison grand-ducale ne reconnaît l'autonomie de la maison grand-ducale que pour la gestion des biens mobiliers et immobiliers situés au Luxembourg. Or une partie non négligeable du fidéicommiss grand-ducal se situait à l'époque en Allemagne et il semble que ce soit toujours, en partie, le cas. Du point de vue du droit luxembourgeois, si l'on applique strictement l'article 1 de la loi de 1891 (qui est une dérogation), ces biens situés à l'étranger échappent à l'autonomie du droit princier. Ils relèvent donc du droit commun, du Code civil. Or le Code civil (peu importe que le code applicable, selon les règles du droit international privé, soit le Code civil luxembourgeois, allemand, français, etc.), ignore le régime du fidéicommiss et spécialement l'inégalité entre les enfants en matière de succession des biens du fidéicommiss. En d'autres termes, ces biens relèvent du droit de succession ordinaire, consacrant l'égalité des enfants, légitimes voire naturels. Voilà qui est de nature à faire exposer le système (inégalitaire) du fidéicommiss.

Au-delà de ce découpage, et du risque d'un oubli (risque avéré), il faut tenir compte du fait que le droit de l'État et, à un niveau supérieur, le droit supranational posent des limites à l'égard du droit princier. C'est la seconde facette de l'articulation entre le sous-système du droit princier et le système juridique global du Luxembourg. Sur ce terrain vaste et pour l'instant peu exploré, je me contenterai ici de quelques brèves remarques ayant trait spécialement au droit de l'État. Sans entrer dans le détail du débat, notons que la thèse défendue par le premier ministre Jean-Claude Juncker selon lequel le droit princier aurait rang et statut de « Constitution-bis »<sup>20</sup> est infondée et n'a d'ailleurs pas été reprise par le grand-duc Henri. Les deux derniers décrets admettent, de façon explicite,

20. Voir la réponse du premier ministre du 25 juillet 2011 à la question parlementaire n° 1538 (21 juin 2011) du député Alex Bodry au sujet des règles de succession au trône. Voir aussi, à la même époque, la prise de position du gouvernement du 22 juin 2011 sur la proposition de révision constitutionnelle (dossier n° 6030), doc. parl. 6030-5, p. 24 s.

la suprématie de la Constitution<sup>21</sup>. Reste alors à vérifier si les diverses normes de l'ancien ou de l'actuel *Fürstenrecht* sont, ou non, conformes à la Constitution. Sans pouvoir être exhaustif, je mentionnerai juste deux exigences constitutionnelles.

Il y a d'abord l'article 45, selon lequel les « dispositions du Grand-Duc doivent être contresignées par un membre du Gouvernement ». Il va de soi que l'article 45 Const. ne vise pas les dispositions d'ordre strictement privé prises par l'individu Henri de Nassau qui, par ailleurs, est grand-duc de Luxembourg. Pour acheter un bouquet de roses pour l'anniversaire de sa femme (contrat de vente), il n'a pas besoin du contreseing. L'article 45 ne vise que les dispositions du grand-duc qui ont trait à l'État, aux affaires publiques. Or, les décrets signés par Henri, grand-duc de Luxembourg, touchent à des affaires infiniment publiques, qui ont trait à l'État (ex. la succession au trône). Il aurait donc fallu le contreseing du premier ministre, comme l'affirmait déjà, en 1907, le ministre d'État Paul Eyschen<sup>22</sup>. Or aucun des trois décrets grand-ducaux n'a été contresigné. Eu égard à ce vice de forme, au moins deux des trois décrets sont inconstitutionnels.

Mentionnons aussi l'article 14 de la Constitution : « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ». Par « loi », la Constitution entend une loi votée par la Chambre des députés. Or l'ancien et actuel *Fürstenrecht* comporte, à l'égard des membres de la dynastie entraineant les règles princières, de redoutables sanctions disciplinaires qui vont des restrictions financières (la perte des apanages) jusqu'à des exclusions familiales et professionnelles<sup>23</sup>. Or ces sanctions n'ont jamais été consacrées ou même simplement prévues par une loi.

La majeure partie, voire la totalité du *Fürstenrecht* est donc, en l'état actuel, inconstitutionnelle. Or, quel est l'effet de cette inconstitutionnalité ?

21. Cf. art. 49 du décret grand-ducal du 11 juin 2012 portant coordination du pacte de famille du 30 juin 1783 et § 13 (« Vorrang der Verfassung ») du décret grand-ducal du 18 juin 2012 portant coordination du statut de famille du 5 mai 1907, *Mémorial B*, n° 51, 23 juin 2012, p. 829 ss.

22. Cf. le précédent du « *Familienstatut* » signé à Santa Margherita le 16 avril 1907 par le grand-duc Guillaume IV et contresigné par les quatre membres du gouvernement de l'époque (Eyschen, Kirpach, Mongenast, de Waha). Voir *Mémorial A*, n° 37, du 11 juillet 1907, p. 442. Lors des débats parlementaires sur la loi conférant force de loi à ce statut, Paul Eyschen s'est expliqué sur cet acte. Cf. Chambre des députés, *Projet de loi conférant force de loi au statut de famille de la Maison de Nassau du 16 avril 1907. Discussions et annexes*, Luxembourg, V. Buck, 1907, p. 6 et surtout p. 415 : « Vous avez un projet de loi qui a pour objet de donner force de loi à un statut du 16 avril dernier. Le statut lui-même est un acte émanant du Souverain comme chef de la Maison, mais contresigné par les quatre membres du Gouvernement, parce que cet acte influe sur les intérêts de l'État. Voilà pourquoi nous avons cru devoir le contresigner. C'est donc un acte public » (souligné par moi).

23. Le refus d'autorisation par le grand-duc du mariage d'un des successibles, à l'instar du grand-duc héritier, a pour effet de l'exclure de la succession au trône. Le refus vaut interdit professionnel.

Aucun. Le *Fürstenrecht* continue à être opératoire et effectif. Surgit ainsi un angle mort de notre État de droit, qui ne dispose pas de moyens suffisamment efficaces pour faire imposer, à tous, le respect de la Constitution. Le sous-système du droit princier l'emporte sur le système juridique global du Luxembourg.

### C. Quo vadis le droit luxembourgeois en matière de Fürstenrecht ?

En réplique à la formule latine utilisée par les organisateurs de ce colloque, je voudrais me servir d'une autre locution latine célèbre, celle de Caton l'ancien (234 – 149 av. J.C.) : Comme l'on sait, Caton concluait inlassablement ses discours par la phrase : « *Ceterum censeo Carthaginem esse delendam* » (Au surplus, je pense que Carthage doit être détruite). Il ne s'agit pas ici, bien sûr, de faire la guerre ni à Carthage, ni à la monarchie. Il s'agit simplement de dire, et de redire – au risque de paraître entêté – qu'une source autonome comme le *Fürstenrecht* n'a plus sa place dans une démocratie à forme monarchique, surtout au *xxi<sup>e</sup>* siècle. Car, comment accepter dans une démocratie que la famille grand-ducale produise elle-même, de façon secrète, sans intervention ni du gouvernement ni du parlement, ses propres normes en matière non seulement de succession au trône, de régence, mais encore de mariage, de nom, d'adoption, de succession, de patrimoine, d'organisation juridictionnelle, etc. ? Dans une démocratie même à forme monarchique, c'est à la Chambre des députés, représentante de tous les citoyens, y inclus de ces citoyens que sont les membres de la dynastie<sup>24</sup>, qu'il revient de faire les lois, quitte à introduire – si cela est justifié – des normes différenciées, dérogoratoires, pour la dynastie.

La révision actuellement en débat (proposition n° 6030<sup>25</sup>, déposée par M. Paul-Henri Meyers) s'oriente vers ce but, mais elle ne va pas jusqu'au bout. Car elle coupe la poire en deux, l'autonomie du *Fürstenrecht* étant supprimée dans certains domaines, maintenue dans d'autres.

La révision projetée supprime définitivement l'existence du droit princier dans sa partie « droit public ». Dans le projet de refonte, il est prévu que, dans l'avenir, les règles de succession au trône, de renonciation au trône et de déchéance-révocation du grand-duc seront définies dans la

24. Alors que dans le passé, au *xix<sup>e</sup>* siècle, la dynastie ne faisait pas partie du peuple, la proclamation de la souveraineté de la nation a opéré un changement de paradigme. Désormais, tous les membres de la dynastie font partie du peuple et, à ce titre, ont le droit de vote au moins actif. Voir L. Heuschling, *Le citoyen monarchique. Réflexions sur le droit de vote du Grand-duc et de la dynastie*, à paraître chez Promoculture-Lancier, 2013.

25. L'ensemble des documents parlementaires y relatifs sont consultables sur le site de la Chambre des députés [www.chd.lu/wps/portal/public/RoleEtendu?action=doDocpaDe tails&backto=wps/portal/public&id=6030](http://www.chd.lu/wps/portal/public/RoleEtendu?action=doDocpaDe tails&backto=wps/portal/public&id=6030) Pour le débat social, voir par ex. <http://www.forum.lu/constitution/>

Constitution<sup>26</sup>. Dans le nouveau texte constitutionnel figureraient les dispositions suivantes (la numérotation et la teneur du texte reflètent l'état de la proposition au début du mois d'avril 2013).

Article 55 : (1) La fonction de Chef de l'État est héréditaire dans la descendance directe de Son Altesse Royale Adolphe, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau, par ordre de primogéniture et par représentation. Seuls les enfants nés d'un mariage ont le droit de succéder.

(2) La personne en droit de succéder peut y renoncer. Cette renonciation intervient sous forme d'un acte écrit qui est irrévocable et dont les effets ne s'appliquent qu'à l'auteur. Lorsque des circonstances exceptionnelles le commandent, la Chambre des Députés peut exclure une ou plusieurs personnes de l'ordre de succession par une loi adoptée à la majorité qualifiée.

(3) L'abdication du Grand-Duc requiert la forme d'un acte écrit qui est irrévocable.»

Article 56 : « À défaut de successeur, la Chambre des Députés se réunit au plus tard dans les trente jours du décès ou de l'abdication du Grand-Duc afin de désigner un nouveau Chef de l'État. La décision est adoptée à la majorité qualifiée. »

Article sans numéro pour l'instant : « Si le Chef de l'État ne remplit pas ses attributions constitutionnelles, la Chambre des Députés, à la demande du Gouvernement, la Cour suprême entendue en son avis, décide à la majorité qualifiée qu'il y a lieu de considérer que le Grand-Duc a abdicqué. »

**Il faut ajouter à cela, à la fin du texte, un article 128 formulé comme suit :**

« Les dispositions de l'article 55 [égalité des sexes en matière de succession au trône] sont pour la première fois applicables à la descendance de Son Altesse Royale Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau. »

Dans ces matières, il n'y a plus aucune place pour un quelconque droit princier autonome. Il n'y a plus aucun renvoi, explicite ou implicite, à cette branche du droit, que ce soit à sa matrice historique qu'est le « pacte de Nassau de 1783 » ou à sa formulation actuelle fournie par les trois « décrets grand-ducaux » de 2010-2012. Les règles en ces domaines sont désormais fixées par la Constitution. S'il y avait un quelconque besoin de préciser ces normes constitutionnelles, et à supposer que cette tâche dépasserait les limites de l'interprétation<sup>27</sup>, il reviendrait au législateur,

26. Voir art. 42 ss de la proposition de révision initiale n° 6030, déposée le 21.4.2009 ; prise de position du gouvernement du 22 juin 2011, p. 13 ss ; avis du 6 juin 2012 du Conseil d'État, p. 51 ss (art. 51 ss du projet du CE) ; procès-verbal (PV) de la réunion de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC) du 7.11.2012, p. 3 ss.

27. Interprétation qui ne doit pas reprendre telles quelles les pratiques en place dans le passé. Déjà, le nouveau texte, même s'il reprend sur certains points le contenu des

à la loi, de le faire. La Chambre des députés étant le représentant de la nation (du peuple), c'est à elle que revient la compétence de droit commun de concrétiser les normes de la Constitution.

Le projet de nouvelle Constitution prévoit également de supprimer le rôle du *Fürstenercht* en ce qui concerne la régence<sup>28</sup>. À l'heure actuelle, le mécanisme de la régence est certes prévu dans la Constitution (art. 6 à 8 Const.), mais la désignation de la personne du régent, ou de la régente (puisque'il peut s'agir d'une femme), se fait selon les règles et procédures internes à la famille grand-ducale. Cette situation est abolie par l'art. 58 du projet n° 6030 (état : début avril 2013) qui prévoit, à l'image de la solution du droit belge, que c'est la Chambre des députés qui désigne le régent ou la régente. Le choix se fait librement parmi les successibles, voire – ce point est encore en discussion – parmi les successibles et le conjoint survivant.

Article 58 : « Si au décès du Grand-Duc, ou à la date de son abdication, son successeur est mineur, la Chambre des Députés se réunit dans les dix jours à l'effet de pourvoir à la régence.

Si le Grand-Duc se trouve dans l'impossibilité temporaire de remplir ses attributions constitutionnelles ou de prêter le serment, prévu à l'article 57, le Gouvernement en informe la Chambre des Députés, qui se réunit dans les dix jours à l'effet de constater cette impossibilité et de pourvoir à la régence.

La régence ne peut être confiée qu'à une seule personne qui doit être majeure et faire partie des personnes visées à l'article 55, paragraphe 1<sup>er</sup>. (Pendant la minorité du successeur, la régence peut être confiée au parent survivant) »

En matière d'autorisation des mariages princiers, l'un des objets cruciaux du *Fürstenercht*, la Commission a opéré en revanche, au fil du temps, un revirement quasi-total.

Au tout début, l'intention affichée de l'auteur de la proposition n° 6030 était d'abolir ce pouvoir du grand-duc et de conférer une liberté de mariage entière aux membres de la dynastie<sup>29</sup>. Pour autant, le texte proposé ne se faisait pas clairement le reflet de cette intention. Il lais-

actuelles normes du droit princier, ne se contente pas à une opération de « transvasement ». Le texte comporte des normes nouvelles. L'interprétation des dispositions reprises doit s'inscrire dans le système du nouveau texte, elle doit être conforme à ce nouvel esprit. Elle doit également – ce qui n'a point été fait dans le passé – tenir compte des exigences du droit supranational (international et/ou européen).

28. Voir art. 46 à 49 de la proposition de révision initiale n° 6030, déposée le 21.4.2009 ; prise de position du gouvernement du 22.6.2011, p. 17 ss ; avis du Conseil d'État du 6.6.2012, p. 61 ss (art. 54 et 55 du projet du CE) ; PV de la CIRC du 8.11.2012, p. 7 ss.

29. Cf. le commentaire sous l'art. 42 de la proposition initiale où il est affirmé que l'exigence du consentement du grand-duc « n'a pas été reprise dans la proposition de révision » (proposition de révision initiale n° 6030, p. 30).



sait subsister un doute quant à la réalisation de ce vœu. L'article 42 de la proposition initiale liait la succession au trône à l'existence d'un mariage « légitime ». Or, l'adjectif « légitime » accolé à « mariage », dans le contexte des mariages princiers, renvoie habituellement à l'idée d'un contrôle des mariages.<sup>30</sup> En outre, la proposition initiale comportait un article 144 dont la référence aux « relations familiales » pouvait être comprise comme une référence à la problématique des mariages. Cet article 144 figure d'ailleurs toujours dans l'actuelle version de la proposition n° 6030 (état : avril 2013), mais devrait encore faire l'objet de débats. La commission attend une note explicative sur le droit princier de la part du maréchal de la cour.

Article 144 : « Les dispositions du Pacte de Famille de la Maison de Nassau du 30 juin 1783 sont maintenues dans la mesure où elles sont conformes à la Constitution et nécessaires pour régler les relations familiales et la situation des biens privés de la famille grand-ducale. Toute modification du Pacte de Famille doit être approuvée par la loi. »

Saisi de l'article 42, le gouvernement, dans sa prise de position sur la réforme constitutionnelle, n'a pas affiché clairement sa position sur la question de ce contrôle préalable des mariages. Il a évité de l'aborder ouvertement pour mieux, en catimini, maintenir le statu quo. Il a proposé en effet d'insérer, dans cet article 42, la phrase : « Seuls les enfants nés d'un mariage légitime ont le droit de succéder au trône » (art. 42 du projet gouvernemental). L'adjectif « légitime » avait, très probablement, pour but inavoué de valider l'actuel pouvoir d'autorisation du chef de la maison grand-ducale.<sup>31</sup>

Dans son avis, le Conseil d'État a proposé une solution intermédiaire qui, au final, sera reprise telle quelle par la commission des institutions<sup>32</sup>. Le Conseil d'État supprime l'adjectif « légitime » dans l'article 42 du texte du gouvernement, sans pour autant en déduire une interdiction de tout contrôle par le grand-duc. Il estime en effet que l'énoncé ainsi obtenu (i.e. l'actuel art. 55, cité *supra*, de la proposition de révision) « laisse ouverte la question de la possibilité d'exclure de la succession des descendants pour cause de non-conformité de leur mariage avec des règles internes à la famille grand-ducale »<sup>33</sup>. Ces règles internes ne sont donc pas supprimées. Leur existence peut, du reste, se fonder sur l'article 144 de la proposition, lequel est maintenu. Le Conseil d'État propose simplement de

30. Les explications sous cet art. 42 quant au sens de la présence de cet adjectif sont peu convaincantes, voire confuses (voir p. 30).

31. Cf. la prise de position du gouvernement, p. 14, en lien avec sa défense du pacte p. 24 ss (à propos de l'art. 144). Voir aussi l'analyse dans L. Heuschling, « Le Fürstenrecht et les mariages princiers au sein de la maison grand-ducale de Luxembourg », *Journal des tribunaux. Luxembourg*, août 2012, n° 22, p. 109.

32. Voir PV de la CIRC du 7 novembre 2012, p. 3 ss.

33. Avis du Conseil d'État, p. 55.

modifier les modalités de la sanction de ce contrôle des mariages. Il crée au profit de la Chambre des députés un nouveau pouvoir discrétionnaire, celui d'exclure un successeur de la liste de succession<sup>34</sup>. Ce mécanisme est repris par la commission des institutions dans l'article 55 al. 2 de la version actuelle (avril 2013) de sa proposition.

En l'état actuel des discussions, le pouvoir d'autorisation du chef de la maison grand-ducale serait donc, via l'article 144, maintenu. Simplement, les modalités de la sanction de ce contrôle – sanction qui est, en vérité, double – changeraient en partie. Il y a d'abord la sanction de l'exclusion de la succession au trône. Celle-ci ne serait plus automatique et passerait des mains du grand-duc à ceux de la chambre. Un successeur dont le mariage ne serait pas autorisé par le chef de la maison grand-ducale garde *a priori* son statut de successeur<sup>35</sup>, à moins que le parlement n'invoque ce fait (ou tout autre motif) afin de l'exclure, lui et sa descendance, de la succession au trône. Il y a ensuite la non moins redoutable sanction financière (la suppression des apanages jusque-là versés à ce membre familial par le fidéicommiss grand-ducal<sup>36</sup>). Ce dernier mécanisme répressif pourrait, à première vue, se fonder sur l'article 144 et rester ainsi à la disposition du grand-duc. Le droit princier serait donc en grande partie, mais pas totalement, maintenu en ce qui concerne le contrôle (la « police ») des mariages princiers.

Quant au fidéicommiss – l'élément central de l'échafaudage financier de la dynastie, qui permet de contredire le principe d'égalité en matière de succession –, il serait, lui aussi, à première vue, maintenu par cet article 144. Celui-ci se réfère en effet à la « situation des biens privés de la famille grand-ducale ». En même temps, cet article est, en l'état actuel, profondément ambigu<sup>37</sup>. Qu'est-ce qui est exactement maintenu du droit princier (défini, de façon inexacte, en référence au seul pacte de Nassau de 1783) ? Ce droit est-il véritablement maintenu ou abrogé ? Car l'article 144 comporte l'incisive « dans la mesure où elles [les dispositions du pacte de famille de 1783] sont conformes à la Constitution ». Le sont-elles ? On peut en douter. Mais qui (quel juge ?) pourrait invalider ces normes si elles sont inconstitutionnelles ? N'est-ce pas au constituant d'assumer ses responsabilités et de faire, une fois pour toutes, le ménage ? Pourquoi repousser à plus tard, et faire assumer par autrui (du reste, par qui ?) ce rôle ?

*Last but not least* : cette incisive, cette épée de Damoclès suspendue apparemment, en vertu de l'article 144, au-dessus du « reste » du *Fürstenrecht* n'est-ce pas un coup d'épée dans l'eau, un leurre ?

34. *Ibid.*, p. 56.

35. Au niveau de l'art. 55, la succession n'est pas liée à l'existence d'un mariage « légitime ».

36. Cf. § 4 du décret grand-ducal du 18 juin 2012.

37. Voir déjà les critiques formulées dans l'avis du Conseil d'État, critiques auxquelles la commission n'a pas réagi pour l'instant. Cf. PV de la CIRC du 14.11.2012, p. 4 ss.

Car, dans toutes ces réflexions, il ne faut jamais oublier l'existence d'une disposition qui porte, pour l'instant, le numéro 130, et qui se trouve tout à la fin du texte du projet. Cette disposition, introduite par le Conseil d'État<sup>38</sup>, énonce :

Article 130 : « Les lois et règlements en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la présente Constitution continuent à s'appliquer dans la limite de leur conformité avec la Constitution du 17 octobre 1868 telle qu'elle a été modifiée par la suite. »

Cet article implique que toutes les normes infra-constitutionnelles (lois, règlements, peut-être aussi les normes principlières, etc.<sup>39</sup>) qui seraient en contradiction avec la nouvelle Constitution, ne continueraient pas moins d'être valides, donc applicables, après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. Cette validité est sans limite dans le temps : dans 2, 5, 10, 28, 59, voire 100 ans, ces normes seraient toujours obligatoires alors même qu'elles seraient en contradiction avec la nouvelle Constitution, plus belle, plus libérale, plus démocratique. Certes, le parlement, le pouvoir réglementaire et, *mutatis mutandis*, la maison grand-ducale seraient implicitement tenus de mettre à jour leurs textes respectifs, de les mettre au diapason de la nouvelle Constitution. Mais, aucune date limite n'est imposée. Dès lors, s'ils n'agissent pas, les lois, règlements et, par analogie, les normes principlières actuelles pourraient survivre *ad vitam aeternam*...

La conclusion qui s'impose est donc celle d'une grande incertitude. Là où la refonte est censée refonder/reconstruire le tout sur des bases plus fermes, claires, sûres, l'ambiguïté s'installe. Un effort de clarification serait hautement souhaitable. Sur le fond, la proposition n° 6030 va dans la bonne direction en ce qu'elle a commencé à réduire le champ de compétences du *Fürstenrecht*. Mais il faudrait aller plus loin, et abolir intégralement ce type de source du droit. Car voilà la question fondamentale, première : est-il acceptable, au XXI<sup>e</sup> siècle, que la dynastie grand-ducale définisse elle-même son propre droit ? L'argument de l'autonomie individuelle, que d'aucuns sont tentés d'invoquer en défense, n'est guère pertinent, car l'autonomie du *Fürstenrecht* procède d'une toute autre matrice et va bien au-delà de la sphère de liberté dont bénéficient les individus ordinaires au titre de leur vie privée, de leur autonomie contractuelle, etc. Au vu de l'idéal démocratique, la réponse à la question posée est également négative. Ce type de source de droit n'existe dans aucune

38. Cf. art. 123 du projet de Constitution établi par le Conseil d'État. Voir aussi Lawis, p. 214 s.

39. L'article ne parle que des lois et règlements, mais ne risque-t-il pas aussi, par analogie, d'inclure les normes du droit princier ? Le risque est grand, même si on pourrait arguer que cet article, qui est une exception au principe de la hiérarchie des normes, doit être interprété de façon restrictive selon l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*. Mais, par prudence, et pour éclairer le public sur les effets possibles de cet article, je préfère retenir une vision large.

des monarchies démocratisées que sont la Belgique (pays régulièrement érigé en modèle au Luxembourg), le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Espagne, la Norvège, le Danemark, la Suède, le Japon. Il n'y a que deux monarchies européennes, en-dehors du Luxembourg, à avoir maintenu l'autonomie du *Fürstenrecht* : le Liechtenstein et Monaco. L'avenir du droit luxembourgeois est-il de suivre le modèle de ces deux pays ?

Peut-être répliquera-t-on que l'article 144 prévient, d'ores et déjà, de démocratiser le droit princier en exigeant que « toute modification du pacte de famille doit être approuvée par la loi ». Or cela ne fait que réduire le déficit démocratique, sans le supprimer. Car la loi n'est censée intervenir que pour de futures modifications (l'actuel droit princier, tant qu'il ne sera pas modifié, échappe donc à tout regard parlementaire et, en vertu de l'article 130, ne sera pas abrogé par la nouvelle Constitution). En outre, seule une modification du « pacte de famille » (donc de l'acte de 1783) serait soumise à cette exigence ; le reste du droit princier en serait exempté. Enfin, saisie d'une modification, la Chambre des députés n'aurait que le choix entre deux positions : valider ou rejeter en bloc cette modification. Elle ne pourrait ni modifier cette modification, ni reprendre de fond en comble le système du droit princier. Ce n'est pas elle qui peut lancer une modification : l'initiative est réservée à la maison grand-ducale. La marge d'action de la Chambre des députés est donc très encadrée, se limitant en vérité à un simple droit de veto. Nous serions toujours dans une logique dualiste avec deux pôles de pouvoir : la cour d'un côté, la Chambre des députés, représentante du peuple, de l'autre<sup>40</sup>.

Un tel système reste ancré dans une logique (celle du dualisme) qui est dépassée depuis plus d'un siècle, depuis qu'en 1919 le principe du dualisme a été aboli par le nouveau paradigme de la souveraineté de la nation (art. 32 al. 1<sup>er</sup> Const.). Au fondement de notre système politique, de notre Cité, il n'y a plus deux acteurs clés (la dynastie d'un côté, le parlement/le peuple de l'autre). Il n'y a qu'un seul sujet politique : la nation, le peuple. Et ce peuple, dont font partie désormais (depuis 1919/1945) les membres de la dynastie, est représenté par la Chambre des députés. À elle de faire la loi, pour tous. À elle d'assumer ses responsabilités à l'égard aussi de ces citoyens que sont les membres de la dynastie.

## II<sup>e</sup> Partie : Les Codes de bonne conduite en matière bancaire et financière

La matière bancaire et financière est très représentative du pluralisme normatif en raison du nombre important de normes infra-réglementaires d'origine publique ou privée. À l'échelle nationale, les normes d'origine

40. Sur ce système dualiste au Luxembourg et son abolition en 1919, cf. L. Heuschling, *Le citoyen monarchique*, chap. 2.

publique sont édictées ou imposées<sup>41</sup> par l'État ou, par délégation, par l'autorité de surveillance. Tel est le cas des circulaires, des recommandations et des avis émis par la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après « CSSF »)<sup>42</sup>. Il n'existe cependant pas en la matière de code de bonne conduite ayant fait l'objet d'une approbation par arrêté ministériel<sup>43</sup>. A l'échelle européenne, les recommandations de la Commission européenne, telle la recommandation 77/534/CEE du 25 juillet 1977 portant sur code de bonne conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières<sup>44</sup>, ainsi que les lignes directrices de l'ESMA (*ESMA Guidelines*) ajoutent une strate normative. Au niveau international, il convient de tenir compte des recommandations formulées par des organisations internationales. A titre d'illustration l'*Organisation of Securities Commission – IOSCO* a publié plusieurs codes de bonne conduite intéressant la matière<sup>45</sup>.

À côté de ces sources publiques, des codes de bonne conduite d'origine privée sont élaborés par des associations représentatives des intérêts du secteur bancaire et financier. Luxembourg for Finance recense onze codes de conduite en relation avec la place financière<sup>46</sup>, dont le Code de bonne conduite élaboré par l'Association des Banques et des Banquiers, Luxembourg (ci-après « ABBL »)<sup>47</sup>, celui de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI)<sup>48</sup>, les dix principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg<sup>49</sup>, ainsi que le Code de déontologie de l'Association luxembourgeoise des professionnels du patrimoine

41. V. par ex. les Codes de bonne conduite imposés par la directive 2006/46/CE, 14 juin 2006 modifiant les directives concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, concernant les comptes consolidés, concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance.
42. Sur l'absence de valeur contraignante des circulaires de la CSSF V. C. Niedner et F. Kaas, Les fonds alternatifs en droit luxembourgeois, Les fonds alternatifs en droit luxembourgeois, in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 4, L'investissement collectif, Larcier, 2004, p. 1581, n° 45-18 ; C. Kremer et I. Lebbe, *Organismes de placement collectif et véhicules d'investissement apparentés en Droit luxembourgeois*, Larcier, 2<sup>e</sup> éd. 2007, n° 40.
43. Comp. dans d'autres secteurs d'activité et d'autres professions, J. Loesch, *Aspects de déontologie bancaire*, Bull. Droit et Banque, n° 20, juin 1993, p. 5, spec. p. 6 et 7.
44. JO UE L. 212, p. 37.
45. [www.iosco.org](http://www.iosco.org).
46. [www.luxembourgforfinance.lu](http://www.luxembourgforfinance.lu).
47. Disponible sur le site de l'ABBL : [www.abbl.lu](http://www.abbl.lu).
48. *ALFI Code of conduct for Luxembourg Investment Funds* (sept. 2009) ; *Best practice Guidelines for depositary banks* (sept. 2009) ; *Luxembourg-Real Estate Investment Funds : Best Practices (Financial reporting – Depositary Guidelines)* (Août 2011) ; *ALFI Risk management Guidelines* (mars 2012) ; *Guidance on the UCITS borrowing principles* (juill. 2009). Par ailleurs, l'ALFI a publié, le 11 décembre 2012, un guide de bonnes pratiques pour la domiciliation et l'administration des fonds islamiques au Luxembourg, v. *infra*, III.
49. 2<sup>e</sup> édition, oct. 2009. V. [www.bourse.lu](http://www.bourse.lu).

(ALPP). À cela s'ajoutent les Codes de déontologie établis par chaque établissement appliquant à leurs spécificités les règles du Code de l'association dont ils sont membres.

Au niveau européen, il existe des codes de bonne conduite édictés par des associations européennes, telles que *European fund and asset management association* (EFAMA) association dont l'ALFI est membre et qui représente les intérêts de l'industrie de la gestion d'actifs en Europe<sup>50</sup>. Le présent exposé sera restreint à l'étude des codes d'origine privée.

Ces codes de bonne conduite regroupent de grands principes ainsi que des normes ou des standards<sup>51</sup> de comportement professionnel. Cette dimension professionnelle leur confère le caractère de normes déontologiques. La déontologie<sup>52</sup> est en effet définie comme « l'ensemble des devoirs de comportement professionnel des personnes physiques ou morales dans

50. EFAMA "A code of conduct for the European investment management industry, High level principles & Best practice recommendations", Discussion paper, 12 Janv. 2006 ; EFAMA "Code for external governance: Principles for the exercise of ownership rights in investee companies", 06.04. 2011. V. [www.efama.org](http://www.efama.org).

51. « Norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, PUF, 1994, V° Standard).

52. Sur la déontologie et les codes de bonne conduite, v. notamment en droit luxembourgeois, J. Loesch, *Aspects de déontologie bancaire*, Bull. Droit et Banque, AUB, n° 20, juin 1993, p. 5 ; A. Schmitt et E. Omes, *La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois*, Dossier Journal des Tribunaux, n° 55, Larcier, 2006, p. 54 et s. – En droit français, v. G. Fariat, *Réflexions sur les Codes de conduite privés*, *Mélanges Berthold Goldman*, 1982, Litec, p. 65 ; N. Decoopman, *Droit et déontologie – Contribution à l'étude des modes de régulation, in Les usages sociaux du droit*, CURAPP 1989, p. 87 ; Ch. Hannoun, *La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme*, RTD com., 1989, p. 417 ; Ch. Lavalley, *Les normes déontologiques boursières*, JCP G, I, 1993, 241, p. 215 ; V. Martineau-Bourguinaud, *Droit privé et déontologie*, Thèse Nantes, 1995 ; J.-L. Bergel, *Droit et déontologies professionnelles*, J.-L. Gerget (dir.), *Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence*, coll. *Éthique et déontologie*, 1997 ; A. Pézard et G. Ellet, *Droit et déontologie des activités financières en France*, AEF, Association d'économie financière, 1997 ; R. Libchaber, *Déontologie et droit étatique*, RTD civ. 1998, chron. p. 218 ; V. Cabrol, *Déontologie et droit – Contribution à l'étude des rapports entre ordres normatifs*, thèse Toulouse 2000, L'Harmattan 2004 ; La déontologie : l'impossible définition, RRL Droit prospectif 2004, p. 565 ; J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, (PUAM) préf. D. Thouvenin, 2001 ; B. Girard et J.-P. Deschanel, *Déontologie financière*, La revue Banque éd., 2005 ; P. Deumier, *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonne conduite, chartes et autre règles éthiques, Mélanges en l'honneur de Ph. le Tournieu*, Dalloz 2008, p. 337 ; H. Aubry, *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, D. 2009, chron. p. 2504 ; Règles déontologiques et loi, RRL 2011-3, p. 1105 ; I. Riassetto et M. Storck, *Les Codes de bonne conduite en droit des marchés financiers. D'un code à l'autre, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkker*, Dalloz, 2009, p. 669. *Adde*. Le « soft law » en matière bancaire et financière, Dossier RD bancaire et fin., janv. févr. 2012. En droit belge, La déontologie bancaire et financière, Cah. de l'AEDBF Belgique, Vol. 8, ULB, Bruylant, 1998 ; J. Pardon, *La déontologie, in Le nouveau droit des marchés financiers*, Larcier, 1992, p. 233 et s.

*leurs relations avec les usagers et les autres membres de leur profession et qui ont un intérêt pour la profession elle-même*»<sup>53</sup>.

L'élaboration d'un code de bonne conduite répond à des motivations et à des besoins divers<sup>54</sup>. Il peut s'agir tout d'abord d'une réponse à des attentes ou à des incitations provenant de l'extérieur de la profession, telle que la volonté de renforcer la confiance des épargnants et des investisseurs, voire de « moralisation » des affaires<sup>55</sup>. C'est ainsi que de nombreux codes de bonne conduite ont vu le jour un peu partout dans le monde avec la crise financière. Celle-ci a mis en lumière leur intérêt comme outil d'autorégulation à effet immédiat, laissant aux pouvoirs publics le temps nécessaire à l'élaboration d'une réglementation contraignante<sup>56</sup>. L'État peut aussi encourager l'autorégulation d'une profession, afin de prévenir l'intervention législative. Le code de bonne conduite participe ainsi « au ralentissement de l'inflation législative et réglementaire »<sup>57</sup>. Ces codes peuvent aussi faire office de « prototype normatif »<sup>58</sup>. Ils présentent en outre un intérêt lorsqu'il s'agit d'encadrer les pratiques des professionnels, en particulier lorsqu'il n'existe pas de législation en la matière, comme à l'échelle internationale.

Il peut s'agir par ailleurs d'une impulsion interne à une profession, à un secteur professionnel, voire un professionnel, exprimant un souhait de normalisation des pratiques, facteur de cohésion et de motivation<sup>59</sup>. Il ne peut d'ailleurs être exclu que l'élaboration d'un code puisse s'inscrire dans une stratégie adoptée afin de dissuader l'État d'intervenir<sup>60</sup>.

Ces codes constituent une œuvre d'autorégulation particulièrement bien adaptée au domaine bancaire et des marchés financiers en raison précisément de leur pragmatisme, de leur flexibilité et de leur efficacité. Ils sont en général bien acceptés par leurs destinataires et plus efficaces, dès lors que ces derniers participent à leur élaboration. Gage de professionnalisme et de sérieux, l'adhésion à un code contribue à valoriser leur image et, à travers eux, celle de la place financière. Présentant l'avantage d'être au

53. J.-L. Bergel, Du concept de déontologie à sa consécration juridique, *in Droit et déontologies professionnelles*, J.-L. Bergel (dir.), op. cit., p. 9, spéc. p. 14.

54. R. Libohaber, art. préc.

55. « Les codes naissent le plus souvent d'un mal. Il s'agit de réformer des pratiques critiques... » (G. Farjat, Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés, *in Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), p. 151).

56. I. Rassetto et M. Storck, art. préc., n° 7.

57. V. H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc. n° 10.

58. H. Synvet, Le « soft law » en matière bancaire et financière, Conclusion, *in dossier* « soft law » en matière bancaire et financière, RD bancaire et fin. Janv.-févr. 2012, 8, n° 14.

59. V. J.-P. Padiou, L'éthique est-elle un outil de gestion ?, *Revue française de gestion*, 1989, n° 74, p. 82.

60. P. Deumier, art. préc., p. 343.

plus près des considérations de la pratique, ils ne s'en voient pas moins reprocher leur corporatisme<sup>61</sup>.

Bien que portant le nom de « codes » et possédant la structure et l'apparence de la loi<sup>62</sup>, ils n'en ont pas la valeur juridique. Ils ne sont dotés par eux-mêmes d'aucune force juridique obligatoire, comme l'a souligné la Cour de cassation luxembourgeoise dans l'affaire *Audoflux SA*<sup>63</sup>. Leur application repose sur une démarche volontaire<sup>64</sup>.

Il est toutefois possible de faire produire à ces codes ou à certaines de leurs dispositions des effets juridiques et de leur permettre ainsi d'accéder à la juridicité au moyen de différentes techniques de réception (B). Afin d'identifier ceux dont la teneur est susceptible d'acquiescer valeur juridique, il convient d'en examiner le contenu (A).

#### A. Le contenu des codes de bonne conduite

Un examen minutieux du contenu des codes de bonne conduite révèle une mosaïque de dispositions qui rassemblent et combine éthique et juridique. Aussi, importe-t-il d'opérer un tri sélectif parmi les codes et surtout parmi leurs dispositions, afin d'en déterminer la teneur normative.

La norme peut se contenter de reproduire sans aucune valeur ajoutée le contenu de la législation ou de la réglementation existante. Tel est le cas de celle qui rappelle que le prestataire est tenu d'agir « de bonne foi »<sup>65</sup>, d'agir « honnêtement au mieux des intérêts des clients »<sup>66</sup> etc. Ce rappel à la loi est certes utile en ce qu'il diminue le risque juridique<sup>67</sup> et qu'il

61. G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, *in Le droit des relations économiques internationales*, Études Offertes à B. Goldman, Litec, 1982, p. 47 et s.; Ch. Hannoun, *La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme*, RTD com., 1989, p. 417; H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc., n° 15.

62. Sur ce point, v. H. Aubry, n° 26; R. Cabrilla, *Le symbolisme des codes*, *in L'éveil du droit, Mélanges en hommages à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 211.

63. V. Cass. 23 sept. 2010, n° 54.10, n° 2456. V. également T. Arr. Lux., 8 juill. 2003; BJU 2003, p. 149; DAOR 2003/65, p. 88; Bull. Droit & Banque, n° 34, p. 23 « le Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières et la recommandation communautaire y relative n'ont pas de valeur contraignante en l'absence de dispositions nationales ou communautaires les mettant en œuvre » sur appel CA, 12 juill. 2008; BDB, 2006, n° 38 et sur pourvoi Cass. Lux. 21 févr. 2008; BJU 2008, p. 93. Encore faut-il que ces dispositions nationales aient une valeur contraignante, ce qui n'est pas le cas d'une circulaire, du 7 mai 1079 du Commissaire au contrôle des banques sur la surveillance de l'application du Code de conduite.

64. Certains codes fonctionnent selon le principe « se conformer ou s'expliquer » (« comply or explain »).

65. C. civ., art. 1134, al. 3.

66. V. L. 5 avr. 1997 relative au secteur financier, art. 37; V. également L. 17 déc. 2010, concernant les OPC (art. 111).

67. Sur le risque juridique, V. Ch. Collard, *Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique*, Cah. dr. entrep., n° 1, janv. 2008, dossier 3; I. Desbarats

permet un accès à la connaissance des obligations beaucoup plus proche des intéressés que ne l'est la loi<sup>68</sup>. Toutefois, cette règle n'engage à rien de plus que ce qui est déjà exigé par la loi ou le règlement<sup>69</sup>. Elle n'a donc aucune teneur normative *per se*, puisqu'elle n'en constitue qu'un décalque.

À l'opposé, la norme peut n'être qu'un « *déclaratif de bonnes intentions* »<sup>70</sup> contenant l'expression de grandes déclarations et de vagues aspirations, autant de vœux pieux n'engageant à rien<sup>71</sup>. Elle s'apparente alors à un engagement d'honneur dépourvu de toute valeur<sup>72</sup>.

Les Codes de déontologie peuvent également prescrire des standards de comportement souhaitable de la part des professionnels et exprimer ainsi un pouvoir normatif de la part de leur émetteur. Ces règles poursuivent des finalités différentes. Certaines interprètent la règle légale ou réglementaire en l'appliquant à des cas concrets en précisant la conduite à tenir dans telle ou telle circonstance, selon le type d'activité et de clientèle du professionnel. Tel est en particulier le cas des Codes de déontologie établis par les professionnels en application du code de l'association dont ils sont membres. D'autres règles promeuvent des règles plus strictes que celles édictées par la législation dans une véritable démarche éthique. D'autres encore combient un vide juridique en édictant la norme comportementale à suivre.

La liberté de rédaction des codes de bonne conduite est cependant loin d'être totale. Subordonné à la loi et au règlement, leur contenu ne doit pas être contraire aux règles impératives<sup>73</sup>. À titre d'illustration, une disposition d'un code de bonne conduite ne saurait inciter à des comportements discriminatoires ou avoir un contenu trompeur. De même ne saurait-elle contrevenir à l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier dont le caractère impératif découle de la poursuite de l'intérêt

et G. Jazotte, *La responsabilité sociale des entreprises, quel risque juridique ?* Cah. dr. entrep. n° 3, mai 2012, dossier 13 ; F. Verdun, *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cah. dr. entrep. 2011, dossier, 31.

68. V. P. Deumier, art. préc., p. 351 (« L'engagement porté par ces codes de respecter les législations est un vecteur d'obéissance à la loi, parce qu'elle est vecteur de connaissance de la loi »).

69. V. E. Daoud et J. Ferrari, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique*, JCP S 2012, 1391, n° 20.

70. V. Ch. Roquilly, *Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40 – Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise*, Cah. dr. entrep. sept. 2011, dossier 29.

71. P. Deumier, art. préc., spéc. p. 340.

72. Sur l'engagement d'honneur, v. B. Opetiti, *L'engagement d'honneur*, D. 1999, chron. 109 ; Adde B. Beigner, *L'honneur et le droit*, LGDJ 1995, t. 234, coll. Bibliothèque de droit privé, préf. J. Foyer.

73. À cet égard, le Code de bonne conduite de l'ALFI, ALFI Code of Conduct for Luxembourg Investment Funds, précise que « the Code is not designed to supersede applicable law and regulations. »

général dégagé par la jurisprudence<sup>74</sup>. Dans leurs domaines respectifs, les magistrats de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire exercent un contrôle de légalité sur ces règles déontologiques<sup>75</sup>. Lorsqu'elle peut être assimilée à un usage conventionnel, la règle déontologique l'emporte sur une loi supplétive, conformément au droit commun<sup>76</sup>.

Dans certaines conditions, le code de bonne conduite ou certaines de ses dispositions peuvent être réceptionnés dans l'ordre juridique.

## B. Les techniques de réception du code de bonne conduite

Plusieurs méthodes permettent à un code ou à une règle de bonne conduite d'accéder à la juridicité : l'engagement volontaire du professionnel concerné (1), la réception par la jurisprudence (2) et, surtout, sa consécration par le législateur comme norme de valeur supérieure (3).

### 1) L'engagement volontaire du professionnel

Le professionnel peut prendre un engagement volontaire et manifester sa volonté de se conformer au contenu du code de différentes manières, par la contractualisation, la déclaration unilatérale de volonté, voire le quasi-contrat.

Le respect du Code de déontologie peut avoir été contractualisé expressément ou tacitement. Si tel est le cas, la force obligatoire de la convention s'impose au juge et aux parties, conformément à l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. Cette contractualisation peut trouver à se manifester différemment selon les rapports considérés.

Dans les rapports entre l'association et ses membres, le Code de déontologie peut avoir été signé par les adhérents de l'association. L'adhérent peut s'être aussi engagé à le respecter en signant un bulletin d'adhésion comportant explicitement une stipulation en ce sens. Dans d'autres cas, la souscription aux dispositions au code résultera tacitement de l'adhésion à l'association émettrice. Le manquement à une règle de bonne conduite appelle des sanctions disciplinaires associatives, dont l'intensité varie en fonction de l'importance du manquement et pouvant conduire jusqu'à l'exclusion du membre de l'association. À titre d'illustration, le Code de déontologie de l'ABBL indique que « *Quiconque méconnaît ces règles sciemment ou par négligence porte atteinte tant à sa profession qu'au bon renom de la place financière. L'ABBL pourra prendre les mesures qu'elle jugera appropriées qui pourront aller, en cas de violation particulièrement grave, jusqu'à l'exclusion du membre concerné* »<sup>77</sup>.

74. V. *infra*, II, B, 2.

75. Sur ce contrôle, v. N. Decoopman, art. préc., p. 100 ; H. Aubry, *Règles déontologiques et droit*, art. préc., n° 38 et s.

76. V. *infra*, II, B, 2.

77. ABBL, Code de déontologie, p. 7.

À cela s'ajoutent, les sanctions sociales et économiques liées à la dégradation de sa réputation sur la place.

Dans les rapports avec les tiers et en particulier avec ses clients, le professionnel peut avoir contractualisé le code en s'engageant à le respecter dans ses conditions générales, voire dans le contrat<sup>78</sup>. Un manquement justifie la résiliation du contrat et engage sa responsabilité contractuelle.

En interne, dans les relations de travail, le professionnel mais aussi ses employés, peuvent s'être engagés à respecter le code. Les dispositions peuvent avoir été insérées dans le règlement intérieur<sup>79</sup> ou le contrat de travail. Son manquement par le salarié est passible de sanctions disciplinaires, voire de licenciement. Réciproquement, son manquement par l'employeur engage sa responsabilité.

Par ailleurs, le professionnel peut manifester sa volonté de se conformer à ces règles, au moyen d'une déclaration sur son site internet, dans ses états financiers annuels<sup>80</sup>, ou sur ses documents publicitaires, exprimant son adhésion au code. Un engagement exprès de sa part peut, à l'égard des tiers (clients, concurrents), être considéré comme ayant une valeur juridique en application de la théorie de l'acte unilatéral<sup>81</sup>. Il peut être fait appel à la théorie de l'apparence<sup>82</sup>, à la croyance légitime des tiers en la juridicité de la norme<sup>83</sup>. En cas de manquement à une règle de bonne conduite figurant dans ce code, le professionnel s'expose à l'événementiel préjudice. Engagé également sa responsabilité civile, celui qui affirme de façon mensongère être membre de l'association ayant édité le code. Constitue en outre une pratique commerciale trompeuse le fait pour un professionnel de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas<sup>84</sup>.

Enfin, une lecture innovante de l'article 1371 du Code civil<sup>85</sup> a motivé certains auteurs en droit français à soutenir qu'une démarche de

78. Il a pu d'ailleurs en reproduire tout ou partie ou l'avoir joint en annexe.

79. V. A. Barege et B. Bossu, *Code de déontologie et règlement intérieur*, JCP S 2007, 1506; H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc., n° 33.

80. ALFI, *Code of conduct for Luxembourg Investment funds: "To improve transparency and to demonstrate commitment to high standards of corporate governance, it should be best practice for Boards of Luxembourg funds to confirm adherence to the Code in their annual financial statements. Such confirmation demonstrates to investors a Board's explicit commitment to good governance"*.

81. H. Aubry, *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, art. préc., n° 12.

82. H. Aubry, *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, art. préc., n° 12.

83. R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 221.

84. Cet élément pourrait également être invoqué au soutien de la caractérisation d'un dol, v. I. Desbarats et G. Jazottes, art. préc., n° 11.

85. En droit français, Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002; F. 2002, jur. p. 2963, note D. Mazeaud.

responsabilité sociale des entreprises (RSE) est susceptible d'être assimilable à un quasi-contrat<sup>86</sup>.

## 2) La réception judiciaire

Lorsque le Code de déontologie constitue un recueil de bonnes pratiques (*best practices*), tout ou partie de son contenu peut accéder à la juridicité en étant reconnu par le juge comme usage professionnel<sup>87</sup>. Qualifiée d'usage de fait – ou usage conventionnel –, la règle s'applique à tous<sup>88</sup>, mais ne possède qu'une valeur supplétive de volonté. Elle ne peut déroger à des dispositions impératives<sup>89</sup>, mais prime la loi supplétive<sup>90</sup>. Qualifiée d'usage de droit – ou coutume –<sup>91</sup>, elle acquiert une valeur propre, détachée de la volonté des parties et de force identique à celle de la loi.

Quant à la reconnaissance d'un principe général du droit, la CICE a pré-cisé dans l'affaire *Audiolux SA*<sup>92</sup> au sujet du principe d'égalité des actionnaires, que les principes du Code de bonne conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières<sup>93</sup>, « revêtent, en tant que sources de droit, la même valeur que ceux en usage sur les marchés. Or un tel constat relatif à la nature juridique desdits principes s'avère inconciliable avec l'hypothèse selon laquelle [certaines de ses dispositions] seraient sous-tendus par un principe général du droit communautaire » (pt. 44). Elle ajoute qu'aucune des dispositions du Code de conduite n'exprime l'obligation d'un traitement égal des actionnaires dans des termes absolus et contraignants (pt. 45).

En l'absence de contractualisation de la norme comportementale figurant dans un code de bonne conduite, le manquement à celle-ci peut-il être source de responsabilité civile délictuelle ? Cette interrogation est

86. F.-G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises: Entreprise et éthique environnementale*, Rep. sociétés Dalloz, mars 2003, n° 47; I. Desbarats, *La nature juridique d'un engagement dit socialement responsable*, JCP E, 2006, 1214, n° 22.

87. En ce sens, M. Salah M. Mahmoudi, *Usages commerciaux*, Encycl. Dalloz Rép. com., n° 33; J.-L. Bergel, art. préc., spéc. p. 22; P. Deumier, art. préc. p. 354; H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc., n° 34.

88. H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc., n° 34.  
89. En particulier, la règle déontologique ne peut déroger au droit commun de la preuve des contrats, v. T. arr. Lux., 25 nov. 1998, n° 59694 du rôle; T. arr. Lux., 6 fév. 2007, n° 99868 du rôle; T. arr. Lux., 15 juill. 2008, n° 13501 du rôle; T. arr. Lux., 22 mai 2009, n° 116445 du rôle; T. arr. Lux., 25 mars 2011, n° 133249.

90. H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc., n° 34; J.-L. Bergel, art. préc., spéc. p. 22.  
91. G. Canivet, *La réception par le juge des pratiques juridiques*, Petites affiches, 2003, n° 237, p. 46; O. Filali, art. préc. Sur la distinction entre usage conventionnel et coutume, v. CA Lux., 14 janvier 2009, n° 33771 Pascrie t. 34 p. 391.

92. CICE, 15 oct. 2009, *Audiolux SA*, aff. C-101/108; Rec. CICE 2009, L. 10, I, p. 9823, Rev. sociétés 2010, p. 45, note G. Parleani; *Journal de Droit européen*, 1/2010, p. 9, note I. Corbisier; RDCB 10/2010, p. 970, note D. Gol.

93. JO UE L 212, p. 37; Rev. prat. soc., 2010, p. 47, note D. Willeman.

au cœur de la problématique de l'autonomie du droit disciplinaire à l'égard du droit civil. La Cour d'appel de Luxembourg a jugé à plusieurs reprises depuis 2009<sup>94</sup> que « les règles de conduite édictées par la loi du 5 avril 1993 et la circulaire 2000/15 de la CSSF (...) sont conçues dans l'intérêt général, traduisant sur un plan strictement disciplinaire les normes déontologiques à observer par les professionnels du secteur financier et ne constituant pas une base légale permettant aux particuliers d'agir directement en justice en invoquant une violation de ces dispositions ». Toutefois, la Cour d'appel admet que « rien n'empêche les tribunaux – dans le cadre d'une action en responsabilité pour faute contre le professionnel – d'apprécier l'existence de cette faute en s'inspirant, indépendamment des stipulations contractuelles entre les parties, des règles de conduites imposées à la banque par l'article 37 de la loi modifiée de 1993 sur le secteur financier, fixant les grandes lignes du comportement que les professionnels doivent respecter dans les rapports avec leurs clients, plus amplement précisées par la circulaire 2000/15 du 2 août 2000 »<sup>95</sup>. La règle de bonne conduite fait en ce cas office de modèle de référence pour le juge en tant qu'elle établit un standard de comportement professionnel. Par ailleurs, elle ne saurait être, selon nous, transposée en matière d'OPCVM, car la directive 2009/65/CE dont la loi du 17 décembre 2010 sur les OPC assure la transposition, fait expressément référence à la responsabilité civile. Elle peut donc être considérée comme produisant au moins indirectement des effets civils.

Cette solution jurisprudentielle est implicitement fondée sur l'autonomie de la règle professionnelle de droit public non édictée dans l'intérêt du client. Elle n'emporte cependant pas l'adhésion au regard des principes de droit commun de la responsabilité civile<sup>96</sup> en raison du caractère illicite d'un comportement transgressant une norme légale. Le fait que cette norme puisse être tenue pour impérative, parce que conçue dans l'intérêt général, n'en rend la solution que plus discutable. Elle serait en revanche justifiée pour un code de bonne conduite privé n'ayant fait l'objet d'aucune approbation étatique.

94. CA Lux., 22 avril 2009, rôle n° 32760 ; CA Lux., 21 mai 2009, n° 32393 du rôle ; CA Lux., 21 juillet 2009, n° 33494 du rôle ; CA Lux., 6 avril 2011, n° 35176 du rôle ; CA Lux., 8 nov. 2012, n° 37050 du rôle ; CA Lux., 13 mars 2013, n° 37273 du rôle ; V. A. Schmitt et E. Omes, op. cit., n° 92 ; A. Morel et E. Omes, *L'obligation d'information et de conseil du banquier*, Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, vol. 2, Larcier 2004, p. 484 ; Ph. Bourlin, *La gestion de portefeuille*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 196 et s.

95. CA Lux., 13 févr. 2008, n° 32019 du rôle ; V. également T. arr. Lux., 14 juill. 2008, n° 102336 du rôle ; T. arr. Lux., 23 avr. 2008, n° 97114 du rôle. A. Schmitt et E. Omes, op. cit., n° 95.

96. V. G. Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2<sup>e</sup> éd. Paschier Luxembourg, 2006, n° 53 à 55. En droit français, v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, n° 718 ; J. Jourdain, *Droit à réparation – Responsabilité fondée sur la faute – Notion de faute à contenu commun à toutes les fautes*, Juris-Classeur civil, fasc. 120-10, 2011, n° 35.

Par comparaison, en droit français, une distinction s'évince de la jurisprudence<sup>97</sup>. La transgression d'une règle déontologique légale ou réglementaire constitue automatiquement une faute civile. La référence à l'intérêt protégé par la norme n'est d'ailleurs pas mentionnée dans les décisions faisant application combinée de l'article 1147 ou de l'article 1382 du Code civil et d'une règle de bonne conduite figurant dans le Code monétaire et financier ou du règlement général de l'AMF<sup>98</sup>, suggérant ainsi qu'il n'y a pas lieu de rechercher si la règle est édictée dans l'intérêt du client ou de l'investisseur pour pouvoir fonder son droit d'obtenir réparation<sup>99</sup>. En revanche, la violation d'une règle déontologique non édictée – Code de déontologie d'origine privée – ne constitue pas *ipso facto* une faute civile. Toutefois, le juge peut, lorsqu'il qualifie la faute civile, prendre en compte ce manquement, sans que cela soit cependant obligatoire<sup>100</sup>. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a cependant affirmé de manière générale, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « la méconnaissance de règles déontologiques suffit à

97. Sur cette question v. F. Boucard, *La violation d'une norme professionnelle constitue-t-elle une faute civile ?*, RD bancaire et bourse 2004, p. 273 ; J. Moret-Bailly, *Règles déontologiques et fautes civiles*, D. 2002, chron. p. 2820 ; Ph. Jacques, *Faute déontologique et faute civile, notamment contractuelle*, Revue Lamy droit civil, 2006, p. 31 ; P. Sargos, *La révolution éthique des Codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires*, D. 2007, p. 811.

98. V. notamment, Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20835, *JurisdData* n° 2008-042750 ; *Dr. sociétés*, 2008, comm. n° 162, note Th. Bonneau ; Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10791 ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 07-16461, *JurisdData* n° 2008-044712 ; Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-18818, *JurisdData* n° 2008-045583 ; Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-2-1481, *JurisdData* n° 2008-045691 ; Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-2-1663, *JurisdData* n° 2008-046337 ; *Dr. sociétés*, 2008, comm. n° 162, note Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 105, note I. Riassetto ; Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-14983, *JurisdData* n° 2009-048072 ; *Dr. sociétés*, oct. 2009, comm. 187, note Th. Bonneau ; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-18627, *JurisdData* n° 2009-049506 ; Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-14256 à 08-15363 ; Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-13295 ; Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-11015 ; Cass. com., 2 févr. 2010, n° 08-20150, *JurisdData* n° 2010-051447 ; Cass. com., 15 juin 2011, n° 09-6-7415, *JurisdData* n° 2010-009406 ; Cass. com., 13 juill. 2010, n° 09-68856, *JurisdData* n° 2010-0122448 ; Cass. com., 30 nov. 2010, n° 10-30274, *JurisdData* n° 2010-022682 ; Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-72521, *JurisdData* n° 2010-023903 ; Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10798 ; Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-14865, *JurisdData* n° 2011-007758 ; Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-17830, *JurisdData* n° 2011-014307.

99. Comp. pour la couverture : Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10-761 ; Bull. civ. IV, n° 42 ; RIDA 5/08 n° 537 ; D. 2008 p. 776 note A. Lienhard ; Bull. Joly Bourse 2008, p. 164, § 18, note Goutay et Saudo ; Banque et droit, 2008 n° 118 p. 24 ; RD bancaire et fin 2008, n° 91, obs. A.-C. Müller ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 07-16-461 ; RIDA 11/08, n° 1136 ; Cass. com., 4 nov. 2008 n° 07-21-449 ; Banque et Droit 2008, n° 122 p. 32 ; Cass. com., 15 sept. 2009 n° 08-13-282 ; Droit sociétés, janv. 2010 comm. n° 12, note Th. Bonneau ; Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-13-878 ; Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-13-295 ; Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-10-103.

100. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 1997 ; Bull. civ. I, n° 99 ; JCP G 1997, II, 22829, rapp. P. Sargos ; JCP 1997, I, 4068, obs. G. Viney ; D. 1997, somm. p. 315, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1996, p. 605, obs. J. Mestre. – Comp. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 1982 ; D. 1983, Int. rap. p. 378, obs. J. Penneau ; Cass. com., 21 juin 1988 ; Bull. civ. IV, n° 220.

à établir l'existence d'une concurrence déloyale »<sup>101</sup>, suggérant l'automaticité du rapport entre faute déontologique et faute civile.

### 3) La consécration législative ou réglementaire

La règle de bonne conduite peut être consacrée par le législateur dans une norme à valeur contraignante<sup>102</sup>. Se trouve ainsi absorbée dans un texte de valeur législative une règle très générale – telle une notion-cadre – mais non moins fondamentale comme, par exemple, celle de se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et le l'intérêt du marché<sup>103</sup> ou bien encore celle de connaître son client<sup>104</sup>.

Cette intégration de règles de bonne conduite peut répondre à des motivations diverses. Le plus souvent il s'agira d'une règle communément acceptée par les professionnels concernés ayant acquis un certain degré de généralisation et d'importance. Ce peut être aussi l'intégration d'une norme déontologique ayant été soumise à un banc d'essai réussi. Enfin, la légalisation peut exprimer la volonté du législateur de standardiser les comportements et pratiques des professionnels et de rendre obligatoires certaines règles de bonne conduite, lorsque précisément l'autorégulation a montré ses limites. La réglementation des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs – dont ceux des *hedge funds* – à l'échelle européenne est à cet égard exemplaire.

Par sa consécration, la norme déontologique va remonter dans la hiérarchie des normes pour accéder à la juridicité. Cette remontée peut être progressive, échelon par échelon, au fur et à mesure que la norme se généralise, ou constituer un véritable bond en avant selon son degré d'importance. Elle pourra même être intégrée dans un règlement ou une directive européenne<sup>105</sup>. Ce faisant la norme déontologique perd sa spécificité,

101. Cass. com., 29 avr. 1997, n° 94-21.424 : Bull. civ., IV, n° 111 ; JCP G 1997, I, n° 4068, n° 1, note G. Viney ; D. 1997, jur. p. 459, note Y. Serra ; RTD civ. 1998, p. 218, obs. R. Lichbacher ; RTD civ. 1999, p. 117, obs. J. Mestre ; V. également Cass. com., 18 avr. 2000, n° 97-17.719 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 2000 : Bull. civ., I, n° 331 ; D. 2001, somm. p. 3082, obs. J. Penneau ; Cass. com., 22 mai 2001, n° 95-14.909.

102. J.-L. Bergel, *Du concept de déontologie à sa consécration juridique*, art. préc., p. 9 ; H. Aubry, *Règles déontologiques et droit*, art. préc., n° 42 et s. ; I. Riassetto et M. Storck, art. préc., n° 22 et s.

103. V. L. 17 déc. 2010, art. 111.

104. V. J. Loesch, art. préc., p. 9. V. L. 5 avr. 1993, art. 37-3(5) ; Circ. CSSF n° 2000/15, art. 4.2 ; Code de déontologie ABBL, art. 1.1.2. P.-H. Conac, *L'obligation de connaître le client (Know Your Customer) en droit bancaire et financier luxembourgeois*, RD Bancaire et fin., mars-avr. 2008, dossier 10.

105. V. par exemple, les règles de bonne conduite de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers dite directive MiF (art. 19), celles de la directive OPCVM (art. 14), ainsi que celles de la directive 2011/61/UE du 8 juin 2011 concernant les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (art. 12).

mais « acquiert ainsi un effet *erga omnes* ; elle s'applique à toutes les personnes entrant dans la catégorie juridique visée et peut être invoquée par tous »<sup>106</sup>. Corrélativement, sa modification échappe aux professionnels du secteur concerné. Il reste que nombre de dispositions de bonne conduite consacrées par le législateur permettent, par leur caractère général et englobant, d'anticiper sur l'évolution des comportements des professionnels sans nécessiter de modification.

Par comparaison, il convient de remarquer qu'en matière bancaire et financière, il existe en droit français deux autres modes de consécration de la norme de bonne conduite. D'une part un code de bonne conduite en matière financière peut être reconnu comme « règles professionnelles » ayant valeur contraignante par l'Autorité des marchés financiers<sup>107</sup>. D'autre part, un tel code peut également être homologué par arrêté du ministre de l'économie et ainsi acquérir force juridique<sup>108</sup>. Pour l'heure, en droit luxembourgeois, les codes n'ont pas en ce domaine fait l'objet d'une telle reconnaissance étatique.

Certaines techniques de consécration se retrouvent au sujet de normes religieuses, telles celles qui s'expriment à travers la finance islamique.

## III<sup>e</sup> partie : Les normes religieuses, l'exemple de la finance islamique

Les normes religieuses issues des droits internes des différentes religions contiennent un certain nombre de prescriptions religieuses, qui constituent pour le pratiquant autant d'obligations de faire ou de ne pas faire<sup>109</sup> dans différents domaines : alimentaire, vestimentaire, mais aussi commercial. Il en va ainsi de la prohibition de l'intérêt, de la spéculation, de l'investisse-

106. H. Aubry, *Règles déontologiques et loi*, art. préc., n° 48.

107. V. Reql. Gén. AMF, art. 314-2 : « Lorsqu'une association professionnelle élabore un code de bonne conduite destiné à s'appliquer aux prestations de services d'investissement ou à la gestion d'OPCVM, l'AMF s'assure de la compatibilité de ses dispositions avec celles du présent règlement. L'association professionnelle peut demander à l'AMF d'approuver tout ou partie de ce code en qualité de règles professionnelles. Quand, après avis de l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, l'AMF estime opportun d'appliquer à l'ensemble des prestataires de services d'investissement tout ou partie des dispositions du code en cause, elle fait connaître cette décision en la publiant sur son site. »

108. L'ordonnance n° 2008-1271 du 5 décembre 2008, a prévu que le ministre chargé de l'économie peut, après avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières et à la demande d'une ou de plusieurs organisations représentatives des professionnels du secteur financier figurant sur une liste arrêtée par le ministre, homologuer par arrêté les codes de conduite qu'elles ont élaborés en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne, ainsi que de contrats d'assurance individuels comportant des valeurs de rachat, et de contrats de capitalisation. V. I. Riassetto et M. Storck, art. préc., n° 29.

109. Il peut s'agit également de simples recommandations.



ment dans certains secteurs tels que le porc, le tabac, l'alcool, les jeux, la pornographie etc. Le respect de ces prescriptions a vu apparaître dans les années 70 la banque et finance islamique<sup>110</sup>, et plus largement la banque ou la finance confessionnelle (*Faith-based banking & investing*)<sup>111</sup>.

À l'image d'autres pays d'Europe, le Grand-Duché de Luxembourg dispose d'un cadre juridique parfaitement compatible avec la finance islamique. Si les textes à valeur législative et réglementaire n'y font pas référence, ils n'en sont pas moins suffisamment flexibles pour intégrer les produits structurés en conformité avec la *sharia*. La CSSF rappelle à cet égard que « comme la loi luxembourgeoise ne comporte pas d'obstacles à la mise en place de tels OPC, il n'existe pas de prescriptions légales spécifiques portant sur les "OPC sharia" de droit luxembourgeois ».<sup>112</sup> Des normes infra-réglementaires viennent préciser un certain nombre de règles. La CSSF a précisé dans un communiqué du 26 janvier 2011, les « règles applicables aux *sukuk* ». Le 11 mai 2011, elle a exprimé – dans un document qu'elle n'a pas qualifié – sa doctrine administrative sur « les OPC et la finance islamique ». Pour ce qui concerne les normes d'origine privée, l'ALFI a publié, le 11 décembre 2012, un guide de bonnes pratiques pour la domiciliation et l'administration des fonds islamiques au Luxembourg<sup>113</sup>. La même approche se retrouve en France, l'AMF ayant adopté deux « positions »<sup>114</sup> intéressant la finance islamique. La première diffusée le 17 juillet 2007 et

110. C. Bataineh et S. Bataineh, *La finance islamique : Opportunités et challenges pour le Grand-Duché de Luxembourg*, ALB, Bull. Droit et Banque, n° 43, 2008, p. 27 ; O. R. Hoor et G. Bock, *Les fonds d'actions islamiques au Luxembourg*, Les Cahiers du Droit luxembourgeois, 2010, p. 63. Adde notamment I. Wardé, *Les principes religieux à l'épreuve de la mondialisation. Paradoxes de la finance islamique*, Le Monde diplomatique, sept. 2001, p. 20 ; *Islamic finance in the global economy*, Edinburgh University Press, 2000. – R. Wilson, *Economics, ethics and religion. Jewish, Christian and Muslim economic thought*, London, Macmillan/New York University Press, 1997. – S. Jaffer (ss dir.), *Islamic asset management : forming the future for Sharia compliant investment*, London, Eurooney Books, 2004. – S.-M. Elifakani, M.-K. Hassan et Y.-S. Sidani, *Islamic mutual funds*, in K. Hassan et M. Lewis (éd.), *Handbook of Islamic banking*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, p. 256. – G. Forte et F. Miglietta, *Islamic funds as Faith-based funds in a socially responsible context (1<sup>er</sup> août 2007)* : <http://issrn.com>. – G. Saint-Marc, *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française*, Bull. Joly Bourse 2009, p. 153, § 23. – Paris Europlace, Rapport Jouini et Pastiré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, 8 déc. 2008.

111. Sur cette question, v. I. Riassetto, Le "Faith-based", un concept en droit des affaires », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, Le Dolely E. (dir.), LGD-Jextenso éd., 2010, p. 163. Les fonds d'investissement confessionnels, in *Traité de droit français des religions*, F. Messner, J.-M. Woerhling et P.-H. Prélôt (dir.), 2<sup>e</sup> éd. 2013, Litec, LexisNexis, n° 2549 et s. ; Fonds islamiques, RD bancaire et fin. mai-juin 2011, étude 18, p. 43.

112. CSSF, Les OPC et la finance islamique, 11 mai 2011.

113. ALFI Guidelines, Islamic Funds, Collection of best practices for setting up and servicing Islamic funds, [www.alfi.lu](http://www.alfi.lu).

114. Ces positions qui précisent la doctrine administrative de l'autorité de marché française n'ont pas valeur contraignante. V. Th. Bonneau, *Les positions de l'AMF*, Droit des sociétés, n° 3, mars 2006, Repère 3 ; A. Masson, *La force juridique de la doctrine des autorités de régulation*, Bull. Joly Bourse 2006, p. 292.

modifiée le 9 janvier 2013<sup>115</sup> est relative aux « Critères extra-financiers de sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique »<sup>116</sup>. La seconde, en date du 2 juillet 2008, porte sur l'« Admission aux négociations d'obligations islamiques (*sukuk*) sur le marché réglementé français »<sup>117</sup>.

Pour ce qui concerne les aspects fiscaux, les concepts de finance islamique sont intégrés dans des circulaires ou des instructions fiscales. Ainsi, au Luxembourg, l'Administration des contributions directes a publié le 12 janvier 2010 une circulaire assimilant le traitement fiscal des principales opérations de finance islamique aux opérations comparables de finance conventionnelle<sup>118</sup>, suivie, le 17 juin 2010, par une circulaire de l'Administration de l'enregistrement et des domaines<sup>119</sup>. Par comparaison, en France, le Ministère de l'économie et des finances<sup>120</sup> a publié, le 18 décembre 2008, neuf fiches doctrinales concernant le régime fiscal des opérations de *murabaha* et les émissions de *sukuk*<sup>121</sup>, lesquelles fiches ont été reprises dans des instructions fiscales publiées au Bulletin officiel des impôts le 25 février 2009<sup>122</sup>.

Dans un État dans lequel la loi n'est pas confessionnelle, le droit interne d'une religion n'est pas une source de droit. Il n'a donc pas de force juridique contraignante. Aussi, les prescriptions religieuses réduites à du fait – le fait religieux – doivent, pour pouvoir accéder à la juridicité, se couler dans le moule du droit étatique. Il importe de s'interroger sur les différences techniques de réception (A) de ces normes de droit interne d'une religion ou des concepts qu'elle contient dans l'ordre juridique étatique.

115. La modification concerne l'intégration de la référence aux fonds de partage définissant le régime juridique de la purification et des fonds de zakat.

116. Rev. mens. AMF, n° 38, juill.-août 2007, p. 75.

117. Rev. mens. AMF, n° 48, juin 2008, p. 15.

118. Administration des contributions directes : Cir., L.G.-A n° 55 12 janvier 2010, « Finance islamique ».

119. Administration de l'enregistrement et des domaines, Circ. N° 749 17 juin 2010, Finance islamique – contrats dits « murabaha » et « ijara ».

120. Direction générale du Trésor et de la politique économique.

121. V. Fiches de la DGTFE sur le cadre fiscal de la finance islamique, Droit fiscal, n° 3, janv. 2009, instr. 14012.

122. Instr. 3 CA/09, 4 FE/09, 5 FP/09, 6 IDU/09 et 7 E/09 : BOI, n° 22, 25 févr. 2009. Sur la fiscalité des opérations, V. *Cadre fiscal de la finance islamique*, Droit fiscal, n° 11, 12 mars 2009, instr. 14057 ; I. Z. Cekici, *Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'Administration fiscale*, Rev. Lamy Droit des affaires, n° 35, févr. 2009, p. 77 ; G. Saint Marc, *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française*, Bull. Joly Bourse, 2009, p. 153, § 23 ; A. de Brosses, G. Abouali, et F. Burnat, *L'émergence de la finance islamique en France*, Fusions et Acquisitions magazine, 29-04-2009 ; *Le cadre fiscal de la finance islamique*, Droit fiscal 2009, n° 3, étude 53, F. Bourabiat, *Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs*, RD bancaire et financier, n° 4, juill.-août 2009, Et. 27, p. 14.

afin de leur faire produire des effets<sup>123</sup>. Cette réception n'en trouve pas moins certaines limites tirées de l'ordre public (B).

#### A. Les techniques de réception des prescriptions religieuses

La réception dans l'ordre étatique d'un concept issu du droit interne d'une religion peut emprunter différentes techniques : la contractualisation (1), l'assimilation (2), la transplantation (3), ainsi que la référence générique (4) au fait religieux.

##### 1) La contractualisation

Il convient tout d'abord de s'interroger sur la possibilité de désigner un corps normatif religieux comme loi applicable au contrat intéressant la finance islamique<sup>124</sup>. Dans un contrat comportant un élément d'extranéité, il ne s'agit pas de la désignation d'une loi étatique confessionnelle<sup>125</sup>, mais de savoir s'il est possible de stipuler que « *le présent contrat est soumis à la Shari'a* ». Sous l'empire de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, la réponse à cette interrogation était indiscutablement négative car cette convention faisait obligation de désigner une loi nationale (art. 3 et 4). Or, la *Shari'a* n'est pas une loi nationale. Face à la possibilité offerte par le Règlement Rome I de renvoyer à un droit non étatique<sup>126</sup>, la question est discutée. Certains y sont favorables<sup>127</sup>. Sur ce point, nous partageons l'opinion selon laquelle une telle stipulation n'est pas valable car la *Shari'a* ne constitue pas un corpus normatif suffisamment déterminé et accessible, la *Shari'a* variant selon le courant de pensée et l'interprétation donnée par les juriconsultes. Mais une loi religieuse ne peut être désignée comme loi applicable à un contrat déjà régi par le droit luxembourgeois, car

123. V. I. Riassetto, *Le "faith-based", un concept en droit des affaires*, art. préc.

124. Sur cette question, v. notamment : C. Bataineh et S. Bataineh, *La finance islamique* : art. préc., spéc. p. 49 ; G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français* : Essai sur le transfert d'un système normatif, in *La finance islamique à la française*, J.-P. Laramée (dir.), éd. Secure finance, 2008, p. 145 ; O. Boskovic et G. Pillet, *Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Char'a*, in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dir.), CREDEIMI LexisNexis 2011, spéc. n° 23-25 ; K. Diaraouane et Ch. J. Sehali, *La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique*, RDAI, n° 2, 2009, p. 115 ; N. Matthey, *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire*, RD bancaire et fin. mars-avr. 2012, dossier 13, p. 81.

125. Par exemple, la loi saoudienne.

126. Régl. (CE) Parl. Européen et Conseil, n° 593/2008, 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), consid. n° 13 « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale », JOUE, n° L 177, 4 juill. 2008, p. 8.

127. O. Boskovic et G. Pillet, *Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Char'a*, in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dir.), CREDEIMI LexisNexis 2011, spéc. n° 23-25 ; K. Diaraouane et Ch. J. Sehali, *La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique*, RDAI, n° 2, 2009, p. 115.

un contrat ne saurait être simultanément régi par deux lois différentes<sup>128</sup>. Il reste « *qu'il n'existe aucune obligation de désigner la Shari'a comme loi applicable au financement. L'islam reconnaît la liberté contractuelle des parties et par conséquent impose le seul respect de ses règles et principes* »<sup>129</sup>.

En l'absence d'élément d'extranéité, est-il possible de stipuler une réserve de conformité de la loi luxembourgeoise à la *Shari'a* ? Bien que les juges n'aient pas encore été confrontés à cette question, celle-ci appelle une réponse négative. Les juges étatiques n'ont pas à apprécier la compatibilité d'un contrat, a fortiori celle de la loi nationale, à une loi religieuse<sup>130</sup>.

Est-il alors possible de désigner comme document contractuel d'interprétation un texte religieux (le Coran) ou un avis religieux (une *fatwa*) ? Le simple renvoi au Coran ou à la *shari'a* apparaît comme une référence trop vague, compte tenu de l'existence de différents courants de pensée en islam. Un renvoi n'est possible que s'il vise une norme religieuse déterminée, explicite, accessible, mais également préexistante à la conclusion du contrat<sup>131</sup>. À défaut, stipulée dans un contrat passé entre un professionnel et un consommateur, une telle clause pourrait être qualifiée de clause abusive<sup>132</sup>.

Par ailleurs, il est en partiellement possible de faire entrer dans le champ contractuel une prescription religieuse au titre de l'objet d'une obligation<sup>133</sup>. En effet, en droit étatique non confessionnel, la prescription religieuse (par ex. la prohibition du porc, de l'intérêt), n'est autre que du fait. À ce titre, elle va pouvoir être contractualisée en participant de la définition de l'objet d'une obligation ou de ses modalités d'exécution, telles que la qualité convenue de la chose. Ainsi, à l'instar d'une viande dont il est valablement possible de stipuler le caractère *halal*, il est loisible de prévoir dans le prospectus d'un fonds d'investissement qu'il sera géré conformément aux principes de la *Shari'a*.

128. V. l'affaire *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, Commercial Court, 1<sup>er</sup> août 2003 (2003) EWHC 21118 (comm.), 2 All ER (Comm) 849, J. Simpson ; Court of Appeal 28 janvier 2004 (2004) EXCA Civ 19, 52004) A All ER 1072 J. L. Potter.

129. K. Diaraouane et Ch. J. Sehali, art. préc. spéc. p. 119.

130. V. en ce sens en droit anglais, *Commercial London High court*, 13 févr. 2002, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v. Symphony Gems NV & Others* (13 févr. 2002) (2002) EWHC 1 (Comm), J. Tomlison. Adde K. Diaraouane et C.-J. Sehali, *La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique*, RDAI/IBL, n° 2, 2009, p. 115.

131. Par exemple une *fatwa*.

132. Une clause renvoyant à des documents extérieurs, non connus du consommateur ou difficilement accessibles, a fortiori rédigés dans une langue que ce dernier ne maîtrise pas.

133. Sur la contractualisation du fait religieux, I. Riassetto, *Religion et contrat*, in *Traité de droit français des religions*, op. cit., n° 1772 et s. et, plus spécialement sur les fonds confessionnels, Les fonds d'investissement confessionnel, in *Traité de droit français des religions*, op. cit., n° 2570.

La liberté contractuelle fonde la validité du procédé et va permettre ainsi à la liberté de religion de s'exprimer en donnant une coloration religieuse à des contrats qui par nature sont neutres, en leur ajoutant une dimension. Entré valablement dans le champ contractuel, l'élément religieux acquiert force obligatoire et s'impose aux parties comme au juge (C. civ. art. 1134, al. 1). Cela permet d'ajouter – et non de substituer – à la dimension « conventionnelle »<sup>134</sup> ou étatique du fonds une dimension confessionnelle.

Il importe toutefois que cette qualité religieuse soit expressément entrée dans le champ contractuel<sup>135</sup>, car les obligations engendrées par les contrats sont par nature neutres. Ainsi, pour des OPC, il appartiendra aux émetteurs d'inclure dans le prospectus les éléments religieux pertinents (politique d'investissement et en particulier les exclusions, *Sharia Board*, *Sharia audit*, valorisation, purification). À cet effet, le Guide de bonnes pratiques de l'ALFI indique les mentions recommandées<sup>136</sup>. Il en va de même des contrats passés entre un fonds islamique ou sa société de gestion et les différents prestataires de services<sup>137</sup>. La CSSF souligne à cet égard que « La loi du 17 décembre 2010 ne contient pas de prescriptions particulières en matière de présentation des prospectus ou des rapports financiers de fonds islamiques de droit luxembourgeois. (...) Cependant, il est loisible à un OPC de déterminer des éléments qu'il souhaite le cas échéant insérer dans un rapport destiné aux investisseurs, à condition que les informations prévues par les schémas [schémas standards en annexe de la loi de 2010] soient toujours respectés et que les ajouts d'informations spécifiques soient présentées de façon claire et compréhensible pour les investisseurs ».

## 2) L'acculturation

La réception de la norme religieuse ou du concept qu'elle contient peut également se faire au moyen de la technique d'acculturation par assimilation ou traduction en une figure juridique non religieuse qui existe déjà dans le droit national. Cette traduction est réalisée au moyen d'une

<sup>134</sup>. Le terme est employé par la pratique, par opposition à celui d'« islamique ».

<sup>135</sup>. V. en ce sens en droit français, pour le contrat de travail : Cass. soc., 24 mars 1998, Bull. civ., V, n° 171 ; Cah. soc. barreau Paris, 1999, p. 99, p. 132 ; JCP E 1998, p. 1094 ; Dr. soc. 1998, p. 614, note J. Savatier ; RJS 6/1998, p. 448 ; JCP E 1999, p. 77, obs. P. Morvan ; Yves Chauvy, *Travail et religion*, Gaz. Pal., 1998, p. 1525, de contrat de bail ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 décembre 2002 ; n° 01-00519 ; Bull. civ., III, n° 262 ; Rev. Loyers avr. 2003, p. 217, obs. G. Lejwi ; Administrateur, mai 2003, p. 30, obs. P. Baudoin ; AJP mars 2003, p. 181, obs. Y. Rouquet ; RJP avr. 2003, n° 4, p. 9 note Garand ; RTD civ. 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 382, obs. Marguenaud, p. 575, obs. R. Libchaber ; RDC 2003, p. 220 et s. ; RDC 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld et p. 348, obs. Lardoux ; v. également pour un contrat passé avec une agence de voyage : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 mai 1989 ; n° 88-10549, Bull. civ. I, n° 207.

<sup>136</sup>. ALFI Guidelignes, *Islamic Funds... précité*, Chap. III, 1, p. 11.  
<sup>137</sup>. ALFI Guidelignes, *Islamic Funds... précité*, Chap. III, 2, pp. 11-12.

opération de qualification<sup>138</sup>. À titre d'illustration, c'est ainsi que la *mudaraba* peut être considérée comme entrant dans le moule de la société en commandite, tout comme l'*ijira* peut se définir comme un contrat de location ou comme un crédit-bail lorsqu'elle est assortie d'une option d'achat. L'opération de qualification suppose naturellement qu'il existe en droit national étatique une institution similaire ou équivalente<sup>139</sup> ou, à défaut, que le montage contractuel correspondant puisse être réalisé par appel aux figures juridiques de droit commun sans heurt et frictions. Dans ce dernier cas, il s'agira d'un contrat ou d'un ensemble contractuel *suí generis*.

## 3) La transplantation

Il est également envisageable d'aller plus loin et de procéder à l'intégration directe par transplantation ou importation en droit étatique du concept de droit interne d'une religion<sup>140</sup>. La réception du concept religieux serait alors la plus « pure » en ce qu'elle se passerait du recours à une qualification *via* des concepts de droit étatique préexistants. Il s'agirait de la consécration en droit étatique d'un concept de droit religieux. À titre d'illustration, tel serait le cas d'une disposition légale ou réglementaire intégrant la notion de *sukuk* (obligation islamique). Une fois consacré par la loi étatique, le concept devient un concept de droit étatique doté d'un régime propre<sup>141</sup>. Une telle méthode est toutefois susceptible de poser des difficultés précisément lorsque la loi étatique ne présente pas un caractère confessionnel<sup>142</sup>.

Il est néanmoins possible d'introduire le concept religieux dans une norme infra-réglementaire de source publique ou privée, comme une circulaire, une recommandation ou un code de bonne conduite. C'est ainsi, qu'au

<sup>138</sup>. Sur ces qualifications, v. notamment : S. Jahel, *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTD com., 1985, p. 483 et s. ; P. Grangerneau et M. Haroun, *Financements de projets et Financements Islamiques*, Banque et Droit, n° 97, sept.-oct. 2004, p. 52 ; M. El Khoury, art. préc. ; C.-J. Senhal, *La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français*, Banque et Droit, n° 106, mars-avr. 2006, p. 36, spéc. p. 41 et s. ; C.-J. Senhal et I. Z. Cekiçi, *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique*, Banque et Droit, n° 126, juill.-août 2009, p. 11 ; J. Charlin, *Fiducie sukuk et autres murabaha ou ijara – À propos de la finance islamique*, JCP E 2009, 1946 ; H. Martin-Sisterson, *Finance islamique et financement de projets en France*, IRIS éd. 2012, Préf. A. Courret.

<sup>139</sup>. Cette assimilation peut néanmoins s'avérer réductrice V. G. Afkaci, art. préc. 140. Sur la question, v. notamment, A. Watson, *Legal Transplant : an approach to comparative Law*, Edinburgh 1974 ; J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, L'année sociologique, vol. 27, 1976, p. 29 rééd. Sociologie historique du droit, Doctrine juridique, PUF, 2000, p. 94. Sur les limites : V. P. Legrand, *The impossibility of « legal transplants »*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997 (4), p. 111.

<sup>141</sup>. Sur la question du renvoi à la loi religieuse pour l'interprétation, v. supra III, A, 1), 142. *A fortiori*, en est-il ainsi en régime de laïcité tel le régime français issu de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958 et de la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État.

Luxembourg, la CSSF a précisé sa doctrine administrative sur les *sukuk* ainsi que sur « *les OPC et la finance islamique* ». Par ailleurs, l'ALFI a publié un guide de bonnes pratiques pour la domiciliation et l'administration des fonds islamiques au Luxembourg<sup>143</sup>, qui constitue un recueil de standards de comportements. Comme il l'énonce lui-même, ce document doit être tenu pour ce qu'il est et non comme une loi, un règlement ou une circulaire<sup>144</sup>.

#### 4) Le référent générique

Le législateur peut valablement intégrer dans une norme étatique à valeur contraignante la référence au qualificatif de « religieux » sans indication précise d'une religion donnée. Il peut par exemple préciser que le prospectus d'un fonds d'investissement devra indiquer les critères d'investissement religieux ou éthiques, au même titre qu'environnementaux, sociaux ou de gouvernance<sup>145</sup>. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un « renvoi » à une loi étatique religieuse ou à la norme religieuse comme par exemple à la *sharia*, mais la simple référence au fait religieux dans une norme étatique. L'introduction dans une norme à valeur contraignante du vocable « religieux » ne confessionalise donc pas la loi étatique<sup>146</sup>. Le terme « religieux » a ici la même valeur qu'aurait celui de « philosophique » ou de « politique ». Il se retrouve d'ailleurs déjà dans de nombreux textes internationaux, européens et nationaux, en particulier dans ceux relatifs au principe de non-discrimination ou à la liberté de religion<sup>147</sup>.

La réception de la norme religieuse dans l'ordre juridique étatique est toutefois subordonnée au respect de l'ordre public.

#### B. L'ordre public, limite à la réception de la norme religieuse

La limite tirée du respect de l'ordre public trouve son fondement dans différents textes, notamment dans l'article 9 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales<sup>148</sup>, ainsi que dans l'article 6 du Code civil. Appliquée à la finance islamique, cette limite trouve à s'exprimer à travers le respect de la loi pénale (1) et de la réglementation bancaire et financière impérative (2).

143. ALFI Guidelines, Islamic Funds, Collection of best practices for setting up and serving Islamic funds.

144. ALFI, Guidelines, préc., p. 5.

145. Critères ESG des fonds d'investissement socialement responsables ou Fonds ISR.

146. C'est ce qui explique qu'en régime de laïcité, tel que celui du droit français, cette référence ne pose pas de difficulté.

147. V. par exemple les articles 14 et 9 de la CEDH.

148. « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, consistent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

#### 1) La loi pénale

La réception d'une prescription religieuse dans l'ordre juridique étatique, quelle que soit la technique employée, doit s'opérer dans le respect des dispositions pénales de droit commun figurant dans le Code pénal luxembourgeois et, le cas échéant, des dispositions pénales spéciales, notamment celles du droit des sociétés, celles de la loi du 5 avril 1993 organique au secteur financier, de la loi du 17 décembre 2010 relative aux organismes de placement collectifs ainsi que celles de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Parmi les infractions susceptibles d'être commises en la matière, il convient de mettre l'accent sur les discriminations sanctionnées pénalement par les articles 454 à 457 du Code pénal luxembourgeois. Ainsi, à titre d'illustration, un distributeur d'instruments financiers islamiques ne saurait refuser ces produits à des clients n'appartenant pas à la religion musulmane, comme il ne saurait inversement, les réserver à des clients appartenant à cette religion<sup>149</sup>. De plus, le client personne morale, ne peut être écarté, en raison de sa nationalité<sup>150</sup> ou de la religion de ses membres ou de certains d'entre eux, groupes ou communautés (C. pén., art. 454, al. 2). Peut-on trouver prétexte à son activité non *Sharia compliant*<sup>151</sup> pour lui refuser d'investir ? Peut-on refuser à un fonds d'investissement conventionnel ou bien à un débiteur de boissons alcooliques d'investir dans un fonds islamique ? Cela reviendrait à présumer qu'il ne peut pas respecter les préceptes religieux autrement dit qu'il ne pratique pas et, partant, à poser une condition tenant au respect des prescriptions religieuses. Par ailleurs, l'article 455 4) du Code pénal prohibe formellement la discrimination dans des publicités. Aussi, les documents publicitaires pour les fonds islamiques ne doivent pas mentionner le mot « musulman », si ce n'est pour préciser que le fonds est ouvert sans distinction à des musulmans et à des non-musulmans. À ce jour, il n'y a pas de jurisprudence à ce sujet au Luxembourg.

On ajoutera que, dans le cadre de l'obligation de connaître son client, il est logique d'admettre que le professionnel du secteur financier (PSF) ne peut interroger son client sur son éventuelle religion dans la mesure où celle-ci n'a pas été prise en compte positivement ou négativement dans le cadre de la commercialisation du produit.

149. À titre de comparaison, l'Autorité des marchés financiers (AMF) l'a rappelé dans sa position relative aux « Critères extra-financiers de sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique », préc.

150. Une discrimination ne peut être opérée à raison de la nationalité des clients, personnes physiques ou personnes morales.

151. V. ALFI, « In principle, there is no requirements to verify if the money used to pay for subscription is derived from a Shariah compliant activity » (ALFI, Guidelines, Islamic Funds..., Chap. II, 4, p. 9).

## 2) La conformité à la réglementation bancaire et financière

De nombreuses dispositions de la réglementation bancaire et financière issues du droit de l'Union européenne transposées sont d'ordre public<sup>152</sup>, entendu au sens de dispositions impératives auxquelles les acteurs ne peuvent déroger<sup>153</sup>. Les clauses figurant dans un contrat inspirées de la loi religieuse qui contrediraient ces règles devraient être réputées non écrites. Elles ne peuvent produire d'effet en droit étatique.

Ainsi, l'agrément d'un acteur (banque islamique, société de gestion) ou d'un produit (fonds d'investissement) requiert, en l'absence de statut particulier trouvant sa source dans la loi étatique, le respect de la réglementation y afférente. Cet agrément n'est pas un agrément « confessionnel », et plus spécialement de finance « islamique ». Il s'agit d'un agrément « conventionnel », identique à celui obtenu pour tout acteur ou produit dépourvu de toute coloration religieuse. Comme cela a déjà été souligné, la dimension religieuse vient seulement s'ajouter à la dimension « conventionnelle » et non s'y substituer<sup>154</sup>.

L'autorité de surveillance vérifie le respect des règles d'ordre public, mais son pouvoir est limité à la vérification de la conformité aux règles de droit étatique. En tant qu'autorité de marché étatique – établissement public – dans un État où le droit étatique n'est pas confessionnel<sup>155</sup>, elle ne saurait exercer un contrôle sur la dimension religieuse qui vient s'adjoindre à la dimension conventionnelle<sup>156</sup>. Elle souligne d'ailleurs qu'« en tant qu'institution laïque d'une part et en l'absence des capacités d'appréciation spécifiques des préceptes de la Sharia d'autre part, il ne revient pas à la CSSF de porter un jugement de fond sur la conformité de la politique d'investissement d'un "OPC sharia" par rapport aux enseignements de la sharia »<sup>157</sup>. « Il n'appartient dès lors pas à l'autorité de surveillance de s'exprimer à cet égard »<sup>158</sup>. En particulier, pour un fonds d'investissement, elle doit vérifier le rôle du comité de conformité religieuse (Sharia Board)<sup>159</sup>. Elle ne peut

152. On peut y voir non seulement la protection de l'intérêt du marché mais également celle des épargnants et investisseurs, selon le secteur concerné.

153. V. CA Lux., 22 avr. 2009, préc. Ces dispositions sont protectrices de l'intérêt général (intérêt du marché, protection de l'épargne à travers la protection des investisseurs).

154. V. supra, III, A.

155. Il en trait d'ailleurs ainsi dans un État dont la religion d'État n'est pas celle du fonds d'investissement.

156. V. I. Rassetto, Les fonds éthiques et sociétés commerciales, in *Mélanges en l'honneur de D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 299. Les fonds islamiques, RD Bancaire et financier, mai-juin 2011, étude 18, p. 43; Les fonds d'investissement confessionnels, in *Traité de droit français des religions*, précité, n° 2571.

157. CSSF, Les OPC et la finance islamique, 11 mai 2011.

158. CSSF, Finance Islamique, La finance islamique sur la place de Luxembourg, www.cssf.lu/fr/finance-islamique/.

159. En droit français, l'AMF considère que le Sharia Board ne peut se substituer à la société de gestion ou au conseil d'administration – directeur – de la SICAV, dans leur

instaurer un contrôle *ex ante* sur le bien fondé religieux des critères de sélection des titres ou un contrôle *ex post* de l'adéquation religieuse de cette sélection.

Il reste qu'au titre de l'exercice de son pouvoir de contrôle, elle doit veiller à ce que l'information délivrée aux investisseurs soit claire, exacte et non trompeuse. Elle peut ainsi être amenée à connaître de la non-conformité à la norme religieuse à travers la notion d'information inexacte ou trompeuse, lorsqu'il s'agit de prononcer des sanctions administratives. Il en va de même du juge judiciaire. En effet, la non-conformité religieuse d'un produit financier qui n'aurait d'islamique que le nom peut être appréhendée en droit étatique sous l'angle du vice du consentement, du défaut de conformité ou de l'information inexacte ou trompeuse.

C'est pourquoi, ils pourront solliciter une expertise religieuse, afin de déterminer la non-conformité du produit à la norme religieuse. Mais, cette expertise ne lie pas l'autorité compétente ou le juge étatique, qui ne peuvent connaître que des manquements à une obligation professionnelle étatique.

prise de décision d'investissement. L'approche de la CSSF est quelque peu différente puisqu'elle distingue selon que le Sharia board a un rôle de conseil ou un pouvoir décisionnel. Dans ce dernier cas, ses « membres ne sont éligibles que sous la condition d'avoir l'honorabilité et l'expérience requises eu égard également à la politique d'investissement de l'OPC concerné (...). À cette fin, l'identité des membres, ainsi que de toute personne leur succédant dans leurs fonctions, doit être notifiée immédiatement à la CSSF » (CSSF, Les OPC et la finance islamique, 11 mai 2011).