



# Réformer le droit luxembourgeois

André Prüm

Professeur de droit,  
Doyen fondateur de la faculté de droit,  
d'économie et de finances  
de l'Université du Luxembourg



L'adaptation constante de l'ordre juridique aux besoins inédits et en constante mutation de nos sociétés constitue un défi malaisé, quel que soit le pays<sup>1</sup>. Elle requiert une analyse fine des transformations profondes de nos modes de vie et de travail dues aux progrès rapides de la science et des technologies, à un monde de plus en plus globalisé et à l'urgence de réagir aux changements climatiques, pour ne citer que ces quelques causes de l'accélération et l'importance de ces transformations.

Conçues jadis en vue d'offrir des solutions sur le long terme, de nombreuses règles de droit se voient décalées des nouvelles réalités ou confrontées à un risque d'obsolescence précoce. Parlements et gouvernements sont mis à l'épreuve pour édicter, souvent vite et sans relâche, de nouvelles normes. La pression s'avère d'autant plus importante que, sur bien des sujets, elle est relayée par des instances internationales, si celles-ci ne prennent carrément l'initiative d'imposer des changements législatifs, comme c'est le cas pour l'Union européenne. Inscrit désormais dans une instantanéité mouvante, le droit s'amplifie de règles en tous genres, ordonnées en strates complexes, qui sont de plus en plus le fruit de régulateurs spécialisés. Tout en devenant à bien des égards plus intrusif, il n'est parfois que circonstanciel, voire expérimental.

Cette nouvelle façon de réglementer nos activités a, avant tout, naturellement trait à celles qui posent des risques immédiats. Elle sied difficilement à la réforme des grandes institutions juridiques classiques, tels le statut de la personne ou le contrat. Le besoin de les rafraîchir ne se fait pas moins sentir face aux transformations de nos sociétés. Leur révision requiert d'importants travaux préparatoires que les législateurs ne sont souvent plus à même d'accomplir sans aide externe, comme en témoignent les réformes récentes dans plusieurs pays européens, rendues possibles seulement grâce aux projets élaborés par des comités d'experts.

La modernisation du droit, quel que soit le domaine, est ainsi devenue une tâche de plus en plus délicate et difficile, auquel un État ne saurait faire face sans mobiliser d'importantes ressources. Elle constitue un véritable défi pour un petit pays comme le Grand-Duché de Luxembourg qui ne peut s'appuyer que sur un appareil étatique modeste. Le constat de l'insuffisance des moyens n'est pas nouveau. Déjà en 1936, la Chambre des députés regrettait « la lenteur désespérante avec laquelle notre législation progresse et s'adapte »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sur le processus et les méthodes de modernisation du droit : RH GRAVESON, « Les méthodes de réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, 2, 1967, p. 353-361 ; A. T. VANDERBILT, „Modernization of the Law”, 36 *Cornell L. Rev.*, 433, 1951 ; L. C. B. GOWER, „Reflections on Law Reform”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 23, no. 3, 1973, pp. 257-269 ; J.N. LYON, « Law Reform Needs Reform », *Osgoode Hall Law Journal*, 12.2, 1974 : 421-436 ; R.H.

<sup>2</sup> Et de poursuivre : « Nous voulons parler tant de la révision et de la modernisation de nos grands codes, que des réformes plus modestes auxquelles il faudrait procéder au jour le jour. On comprendrait encore s'il s'agissait toujours d'élaborer, avec les faibles moyens dont nous disposons, une législation originale. Mais nous mettons aussi des années et des dizaines d'années à réaliser les réformes les plus simples, que les grands pays apportent aux codes dont ils nous ont dotés dans le temps. ... Cette lenteur ne se constate pas seulement lorsqu'il s'agit d'un texte de loi, mais encore lorsqu'il s'agit des mesures d'exécution des lois, ainsi que des arrêtés que le Gouvernement est appelé à prendre en vertu de l'extension de ses pouvoirs en matière économique. Ou est-il normal que l'entrée en vigueur d'une loi régulièrement votée par la Chambre des députés et dûment promulguée par le Souverain, soit retardée de cinq ou même de quinze années, parce que

Depuis, la situation ne s'est pas fondamentalement améliorée. Les ministères n'y comptent qu'un nombre très restreint de fonctionnaires à même de préparer un projet de loi ou de règlement grand-ducal. Au ministère de la Justice, ils sont moins de dix. Les autres sont encore moins bien lotis en compétences juridiques. Or tout le poids y pèse sur le Gouvernement, puisque la Chambre des députés n'utilise, en pratique, son droit d'initier un projet de loi que de façon très parcimonieuse et sur des sujets à portée limitée. Elle n'est d'ailleurs pas équipée pour entreprendre de grands chantiers de réforme législative<sup>3</sup>. Le projet de révision, somme tout assez modeste, de la Constitution, qu'elle a sur le métier depuis de longues années en atteste. Quant au droit d'initiative du Conseil d'État et des chambres professionnelles, il passe par l'intermédiation du Gouvernement et se heurte donc aux limites de moyens de ce dernier.

La tâche est très écrasante aussi pour les ministères, car ils doivent transposer un nombre croissant de directives européennes et veiller à la mise en conformité du droit national avec les règlements européens et les autres engagements internationaux du pays, dont la négociation a déjà consommé un temps souvent considérable<sup>4</sup>. Les ressources disponibles pour d'autres projets n'en deviennent que plus ténues.

Or, pour un petit pays comme le Luxembourg, l'enjeu de disposer d'un ordre juridique moderne et attractif est vital. Son économie en dépend largement, comme l'illustrent les conditions dans lesquelles s'est développée sa place financière, depuis une cinquantaine d'années. En tant qu'État souverain, le Grand-Duché est, non seulement, tenu de maintenir à jour un ordre juridique complet, en faisant face aux mêmes questions de société qu'un grand pays, mais contraint aussi de concourir sur le marché international des normes pour attirer les investissements étrangers indispensables à son économie. Il l'est d'autant plus que son marché domestique s'avère bien trop étroit pour nourrir des échanges susceptibles de générer la richesse nécessaire pour subvenir aux besoins du pays et de sa population et qu'il ne dispose pas non plus de ressources naturelles conséquentes. Seules des exportations massives de biens et surtout de services permettent de créer cette richesse. Mettre sa souveraineté au service de l'économie en développant une infrastructure législative et fiscale compétitive ne constitue pas une option par le Luxembourg, mais est une condition de survie.

les mesures d'exécution nécessaires ne sont pas prêtes ? » Exposé des motifs de la proposition de loi ayant pour but de réformer a) la loi du 16 janvier 1866 sur l'organisation du Conseil d'État en ce qui concerne la composition du Comité du Contentieux et l'Institution d'une commission permanente de législation b) la loi du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire. Chambre des députés, session ordinaire 1936-1937, n° 4, p. 4.

<sup>3</sup> Les 60 députés luxembourgeois peuvent compter en tout sur 47 collaborateurs.

<sup>4</sup> Les statistiques de la Commission européenne sur les retards de transposition ou les transpositions incorrectes de directives européennes par les différents États-membres ne placent pour autant pas le Grand-Duché en mauvaise position. Dès lors, en 2019, le défaut de transposition était de 0,6 % pour le Grand-Duché c. à d. celui de la moyenne de l'UE et le défaut de conformité à 0,7 % légèrement en dessous de la moyenne. Dans le même ordre d'idées, les recours en manquement introduits contre le Luxembourg au cours des dernières années se tenaient à des niveaux moins élevés que celui d'autres pays. 2019 : 11 recours contre le Luxembourg ; 28 contre la Belgique, 47 contre l'Allemagne et 34 contre la France. Au surplus, les recours sont moins nombreux qu'il y a une dizaine d'années : 2010 : 22 recours contre le Luxembourg ; 109 contre la Belgique, 57 contre l'Allemagne et 34 contre la France.

Cette contrainte explique, en grande partie, la politique de niche poursuivie par les gouvernements successifs depuis une cinquantaine d'années. L'effort législatif se concentre sur des textes destinés à soutenir les secteurs économiques les plus profitables – l'activité minière ou celle de la place financière – à favoriser une diversification de l'économie notamment dans le domaine des technologies d'informations et de communication ou à rehausser l'image entrepreneuriale du pays dans les secteurs les plus innovants comme l'exploitation des ressources de l'espace. Le « droit commun » est, comme nous l'a rappelé Patrick Kinsch<sup>5</sup>, largement délaissé au profit de règles qui ciblent des situations et activités spécifiques, souvent pour leur assurer un traitement privilégié. La tentation pour le Gouvernement de se focaliser sur ce droit dérogatoire est d'autant plus grande qu'il peut compter sur l'aide spontanée de grands cabinets d'avocats et le soutien non moins intéressé des firmes d'audit et de conseils pour lui apporter les idées et des projets de loi tout ficelés. Le problème des ressources se trouve résolu par une délégation du travail parfois habilement orchestrée au sein de comités, comme le Haut comité de la place financière. Le risque de légiférer sous influence de groupes d'intérêts (« regulatory capture ») est accepté au vu des bénéfices escomptés, du moins tant que les privilèges créés ne font pas trop réagir l'opinion publique.

Quoi qu'il en soit, notre propos ne consiste aucunement ici à critiquer la politique de niche menée avec succès par le législateur pour le bien-être du pays. La question à laquelle nous nous attachons est de voir comment elle pourrait être dépassée en développant des solutions qui, tout en ayant égard à la rareté des ressources à la disposition du législateur, lui permettraient de s'engager dans une modernisation plus globale de l'ordre juridique.

#### Le rôle des juges :

L'accent placé sur une modernisation du droit par la voie législative mérite, à ce stade, un mot d'explication. Ce n'est point une perspective normativiste de l'ordre juridique qui nous y conduit, puisque nous concevons celui-ci comme un système plus large, dont font partie les dispositifs, justice en tête, mais aussi autorités sectorielles de régulation et de surveillance, destinés à assurer le respect des normes, et vivant qui intègre ainsi la manière dont le droit est appliqué, interprété, voire critiqué. L'adaptation du droit aux besoins de la société est aussi le fait de ces forces. Cependant, la pratique du système juridique luxembourgeois démontre qu'elles ne sont que rarement porteuses de grandes évolutions.

Il va de soi que la taille des juridictions luxembourgeoises est à l'image du pays. Le Luxembourg compte ainsi 10 fois moins de juges que la Belgique et 33 fois moins que la France<sup>6</sup>. La réunion de la Cour de cassation et de la Cour d'appel au sein de la Cour supérieure de justice en est un autre signe<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> P. KINSCH, « Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois », *Actes de la section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal*, vol. XXI, 2018, p. 119.

<sup>6</sup> Bien que leur nombre par habitant (2352) dépasse celui de la Belgique (4565) et plus nettement encore celui de la France (8046).

<sup>7</sup> Que la Cour européenne des droits de l'homme a admis précisément en raison de la petite taille du pays, estimant qu'elle ne présentait pas dans une telle configuration un risque de manque d'impartialité des magistrats : CEDH, Thoma contre Luxembourg, <http://hudoc.echr.coe.int/>

Surtout, les tribunaux préfèrent, de manière générale, s'en tenir à une application textuelle des lois, fondée sur une exégèse peu ouverte à des interprétations créatrices<sup>8</sup>. Le « dogme de la complétude »<sup>9</sup> de la loi semble profondément enraciné dans la tradition judiciaire luxembourgeoise. Des solutions innovantes n'y trouvent leur chemin qu'une fois admises par un juge français ou belge.

Pour donner une impulsion aux tribunaux à contribuer plus activement au processus de modernisation du droit, nous pourrions songer à introduire dans le Code civil une disposition inspirée de l'article 4 du Code civil suisse qui, par son deuxième alinéa, permet au juge, à défaut de trouver une solution dans la loi ou une coutume, de régler le litige « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur »<sup>10</sup>. Le cadre reste évidemment étroit et fonction des litiges portés devant les tribunaux, peu nombreux au Luxembourg. Les occasions pour dégager de nouvelles solutions resteraient donc rares. Toutefois, une telle règle représenterait une ouverture symbolique dans notre système civiliste marqué encore du sceau de la méfiance napoléonienne vis-à-vis du juge.

Quelle que soit l'ardeur des juges pour faire évoluer le droit, ils ne pourront le faire que de manière ponctuelle. Avant toute chose, leur rôle consistera à révéler les lacunes et imperfections de la loi, voire leur incompatibilité avec la Constitution. La liste des dispositions déclarées inconstitutionnelles est aisée à dresser à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle. Leur réparation ou suppression devrait constituer une priorité pour le législateur. Tel ne semble pas être toujours le cas. L'inventaire des lacunes et imperfections est plus compliqué à établir, ne serait-ce qu'en raison des limites de l'accès à la jurisprudence (que l'obligation d'anonymisation des décisions n'a fait qu'accentuer). Une solution pourrait être d'en relever les principales dans le rapport annuel de la Cour Supérieure de Justice ou, à l'instar de ce que pratiquait un temps le Council of Law Reporting d'Angleterre et du Pays de Galles, de les répertorier à la Pasicrisis. Les corrections qu'elles appellent dans des domaines spécifiques pourraient aussi être confiées à des comités de revue thématiques, comme c'est le cas par exemple, au Delaware où une commission composée d'avocats et de magistrats entreprend annuellement une révision de la loi sur les sociétés sur la base des difficultés d'application relevées par les tribunaux. Dans une approche plus systématique d'adaptation du droit luxembourgeois aux situations concrètes, les avertissements et suggestions des juges doivent assurément être mieux pris en compte que cela n'est actuellement le cas.

fre?i=001-31379 : « La Cour constate que les articles 36 et 37 de la loi sur l'organisation judiciaire, qui a été élaborée en tenant compte de la taille du pays et du nombre réduit des affaires de cassation, contiennent diverses dispositions destinées à garantir l'impartialité objective des magistrats de la Cour de cassation. Ce grief est en conséquence manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention ».

<sup>8</sup> P. KINSCH, art. cit., § 32.

<sup>9</sup> M. TROPER, « Chapitre II. Le "dogme" de la complétude », in *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 19-29.

<sup>10</sup> J.-P. SORTAIS, « Réflexions sur la place de la coutume en droit français et suisse », *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, p. 311 ; disposition qui a déjà inspiré d'autres droits, comme le droit turc dans les années 1920 et est considéré aujourd'hui semble-t-il par la Chine à l'occasion de la préparation de son Code civil voir <https://www.letemps.ch/monde/suisse-inspire-modernisation-droit-chinois>.

### Les réformes législatives

Comme nous l'avons déjà observé, dans notre système de droit, la modernisation des règles passe essentiellement par l'adoption de nouveaux textes et par la réforme des textes existants. La tâche incombant au législateur luxembourgeois requiert de lui un effort constant pour maintenir l'ordre juridique globalement à jour tout en développant des solutions attractives et innovantes au profit de son économie. La première contrainte à laquelle il doit faire face est celle des ressources restreintes à sa disposition pour élaborer de nouvelles règles. Il faut simultanément qu'il tienne compte du fait que celles-ci, une fois adoptées, doivent s'appliquer à des situations évolutives que la loi ne peut jamais pleinement anticiper et donc intégrer dans ses choix les possibilités limitées qui existent au Luxembourg pour résoudre les problèmes d'interprétation des textes. Historiquement, cette double contrainte a été résolue en calquant les codes et les grands textes du droit luxembourgeois sur les droits français et belge<sup>11</sup>. La solution paraît a priori efficace. Elle a fait ses preuves. Néanmoins, elle comporte aussi des limites qu'il convient de cerner pour apprécier dans quelle mesure elle peut encore convenir.

Les capacités d'un pays à moderniser son droit ne dépendent pas seulement des ressources qu'il peut y dédier. Elles relèvent également de la manière selon laquelle les réformes vont être entreprises<sup>12</sup>. Une révision régulière des normes, comme l'introduction de nouvelles règles, requiert une méthode de réforme systématique et efficace. Au-delà des choix législatifs, il convient donc de s'intéresser aussi au processus de l'élaboration des projets de loi au Grand-Duché et de voir si celui-ci pourrait éventuellement être optimisé.

## I. – L'ADOSSEMENT DU DROIT LUXEMBOURGEOIS SUR LES DROITS FRANÇAIS ET BELGE

### A. Origine et pratique de l'adossement

Les rares recherches consacrées aux spécificités des ordres juridiques des petits États<sup>13</sup> mettent en évidence trois traits caractéristiques : leur adossement sur un droit étranger, un système constitutionnel particulier, la dépendance des institutions judiciaires et légales de ressources externes<sup>14</sup>. Le constat sied sans doute mieux aux micro-États qu'aux petits pays comme le Luxembourg. Toutefois, il est révélateur de la liberté circonscrite dont jouit effectivement le Grand-Duché pour configurer en toute autonomie son droit.

<sup>11</sup> En accessoirement le droit allemand en ce qui concerne une partie de la législation fiscale.

<sup>12</sup> J.N. LYON, « Law Reform Needs Reform », art. cit.

<sup>13</sup> P. BUTLER & C. MORRIS, *Small states in a legal world*, 1, Springer, 2017 ; K. E. DAVIS, „Law-making in small jurisdictions“, *UTLJ*, 56, 2006, p. 151-184 ; R. HEWAGAMA, *The challenges of legislative drafting in small Commonwealth jurisdictions*, vol. 36, 2010, p. 117-123

<sup>14</sup> S. WOLF, „Governance in small state legislatures, A theoretical framework and the case of Liechtenstein“, in S. WOLF (eds), *State Size Matters*, Springer, 2016, pp. 83-97 ; S. WOLF, „Die Erforschung von Politik und Recht in Kleinstaat und Monarchie – Eine konzeptionelle Einführung“, S. WOLF (eds), *State Size Matters*, Springer, 2016, pp. 1-12 ; S. WOLF, P. BUSSJÄGER & P. M. SCHIESS RÜTIMANN, *Law, small state theory and the case of Liechtenstein, Small states & territories*, vol. 1, n° 2, 2018, p. 183-196.

Le socle de l'ordre juridique luxembourgeois privé est constitué des codes et lois dont le pays a hérité de l'époque napoléonienne. Leur maintien provisoire sur le territoire du futur Grand-Duché, en 1814, par les puissances alliées de l'époque s'est mué en une situation définitive<sup>15</sup>. De l'époque où il était administré comme 18<sup>e</sup> province du Royaume des Pays-Bas, le Grand-Duché ne garde, en revanche, pratiquement plus de textes, les plus significatifs – les deux lois du 10 janvier 1824 respectivement sur l'emphytéose et le droit de superficie – ayant été abrogés récemment au profit des régimes rénovés. La Constitution sur laquelle le Grand-Duché a pu véritablement s'affirmer comme pays souverain – celle du 9 juillet 1848 – est calquée sur la Constitution belge de 1831. Comme l'a fait remarquer Francis Delaporte dans une brève contribution sur l'histoire du droit luxembourgeois, celui-ci « puise à deux sources révolutionnaires, sans que les Luxembourgeois n'aient jamais fait de révolution ! »<sup>16</sup>.

C'est à ces racines que le législateur luxembourgeois s'est essentiellement orienté, en confiant régulièrement la préparation de nouveaux textes à des professeurs belges ou français. Le Code pénal de 1879 a été élaboré par le professeur Jean Servais Guillaume Nypels et la loi de 1915 sur les sociétés commerciales par les professeurs Albert Nyssens et Jean Corbiau. La réforme des régimes matrimoniaux en 1974 a été préparée par les professeurs André Colomer et Claude Renard. Leurs instructions étaient de se calquer sur le texte français ou belge, sur lequel leurs projets prendraient appui, à condition d'amuïr les quelques imperfections déjà mises en évidence dans le pays d'origine.

Ce credo n'a pas été abandonné. Au milieu des années 1990, différents ministères ont confié des chantiers de réforme législative au Laboratoire de Droit Économique du Centre de recherche public Gabriel Lippmann<sup>17</sup>. La révision de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales aboutissant à la loi de 2016 a prioritairement consisté à remettre le droit luxembourgeois en phase avec le droit belge tel qu'il avait été remodelé.

Plutôt que d'innover, le législateur luxembourgeois préfère se raccrocher à des solutions déjà éprouvées, selon le cas, en Belgique ou en France, ou pour ses initiatives le plus hardies, en Allemagne ou en Suisse. Hormis cette prudence, l'approche se fonde sur le souci de pouvoir bénéficier de l'apport jurisprudentiel et doctrinal belge ou français pour l'interprétation des textes. Par la force des choses, les textes ne seront jamais mis à l'épreuve au Luxembourg dans autant de situations diverses que dans leur pays d'origine. Plus les lois luxembourgeoises retiennent les termes de leurs modèles français ou belges, plus il sera facile pour les juges luxembourgeois de reprendre les solutions qu'auront déjà dégagées les tribunaux français ou belges ou de puiser dans les travaux d'interprétation de ces pays. Ils usent de ce confort de façon tellement naturelle que ces sources ne sont plus considérées comme

<sup>15</sup> Collectif d'auteurs, « Culture et droit civil au Luxembourg », *Droit et culture Journées louisianaises*, Tome LVIII/2008, 2010, p. 159-183.

<sup>16</sup> F. DELAPORTE, « Histoire du droit », in *Droit du Luxembourg*, Association Henri Capitant (Ed.), Paris, LGDJ, 2016, p. 11 et s.

<sup>17</sup> Cette équipe de recherche, que j'ai eu l'honneur de diriger depuis sa création en 1996, a été intégrée en 2005 dans l'Université du Luxembourg.

étrangères, mais comme faisant pratiquement partie intégrante de l'ordre juridique luxembourgeois<sup>18</sup>.

La communauté des juristes luxembourgeois approuve ce raccrochement des nouvelles lois aux textes français ou belges. Même les initiatives spontanées, comme celle récemment du think-tank sur le droit de l'arbitrage, qui a préparé un avant-projet de loi sur les règles de l'arbitrage, – que le Gouvernement vient de reprendre à son compte, pratiquement sans retouches – s'y tiennent largement.

Toutefois, au cours des cinquante dernières années, une certaine autonomisation du droit luxembourgeois vis-à-vis des droits français et belge s'est fait jour. L'harmonisation d'un nombre croissant de règles au plan européen relatif aux domaines de plus en plus vastes a permis au législateur luxembourgeois de s'aligner sur les nouveaux standards européens. En présence de directives d'harmonisation minimale, son choix a été le plus souvent de ne pas dévier du minimum obligatoire, et ce, à l'inverse des droits belges ou français. Par exemple, le droit des sociétés luxembourgeois s'est progressivement détaché sur un certain nombre de choix fondamentaux de son modèle belge (choix que la Belgique a partiellement revu avec à l'adoption du nouveau Code des sociétés et des associations en 2019). Dans le même ordre d'idées, la transposition des directives qui régit les activités bancaires et financières a été opérée le plus souvent à minima. En cette matière nouvelle, le droit luxembourgeois n'était pour autant que très peu calqué sur des modèles étrangers. Au surplus, les sources d'interprétation sont ici européennes et la matière est en cours d'uniformisation, de sorte que le législateur luxembourgeois a de moins en moins à s'en soucier. Les seules questions sensibles sont celles susceptibles de toucher à la réputation de la place financière, pour lesquelles l'approche est aujourd'hui plutôt celle du « gold-plating ». Globalement, par son mouvement d'intégration, l'Union européenne décharge le Luxembourg d'une partie de sa tâche de veiller à la modernisation de son droit. Favoriser ce mouvement, tout en cherchant à l'influencer, peut ainsi constituer une façon pour le Grand-Duché de parer à sa petite taille<sup>19</sup>.

L'autre impulsion sous laquelle le droit luxembourgeois a pris quelques distances avec les droits belge et français provient de la politique précitée de niches législatives que le législateur a poursuivie en vue de ménager un avantage concurrentiel au Grand-Duché sur ces voisins. La loi sur les holding de 1928, le règlement grand-ducal sur les contrats fiduciaires de 1983 (remplacé depuis par la loi du 27 juillet 2003), la loi sur la titrisation de 2004, l'introduction des sociétés en commandite spéciales en 2013 ou la loi de 2019 sur l'exploitation des ressources de l'espace, pour ne citer que ces quelques

<sup>18</sup> Pour un autre exemple d'un pays relativement petit, bien qu'ayant une population deux fois plus importante que celle du Luxembourg, voir l'analyse du recours au droit comparé effectué par les tribunaux estoniens par I. KULL, „Comparative law in developing court practice in small jurisdictions : mission possible“, *R.D.U.S.*, 2013, vol. 43, pp. 585-610.

<sup>19</sup> K. HAUGEVIK & P. RIEKER (2017) „Autonomy or integration? Small state responses to a changing European security landscape“, *Global Affairs*, 2017, 3 :3, 211-221 et sur le poids du Luxembourg au sein des institutions européennes, M. FINCK, „The impact of EU law in Luxembourg: Does size matter ?“ in P. BUTLER & C. MORRIS, *Small states in a legal world, op. cit.*, 65-86.

exemples, sont nées de cette motivation. Nombre d'entre elles ont produit un effet économique considérable. Sur le plan juridique, ce sont surtout les concepts innovants sur lesquels elles reposent qui sont remarquables. Certains sont d'ailleurs venus enrichir, par une sorte d'effet revers, le modèle français (introduction de la fiducie dans le Code civil français, ou société de libre partenariat français). À l'égard de l'ordre juridique dans son ensemble, ces textes représentent uniquement des touches ponctuelles. Quels que soient les efforts dédiés au développement de telles niches législatives, ils ne dispensent pas de définir une approche globale pour la modernisation du droit luxembourgeois et de se poser la question de savoir si celle-ci peut, voire doit, hors harmonisation européenne, continuer à procéder essentiellement d'emprunts aux droits belge et français.

## B. Orientations futures

Une réponse purement dogmatique (à laquelle s'est tenu le législateur luxembourgeois dans le passé) ne paraît plus indiquée. Des indications devraient être cherchées plutôt dans l'évaluation des conséquences qu'aurait le choix inverse d'un décrochement progressif des modèles belge ou français.

Deux réformes récentes entreprises, l'une en France, l'autre en Belgique nous offrent l'occasion, malgré nous, puisque le décalage nous est imposé, de nous faire une idée ce que peut représenter une telle situation. L'une et l'autre ont trait aux domaines cruciaux du droit privé, le droit des contrats et le droit des sociétés, où la logique des modèles français et belge a joué jusqu'à présent pleinement.

En 2016, la France a décidé de moderniser de façon assez substantielle les dispositions de son Code civil consacrées au contrat et aux obligations contractuelles. Elle s'apprête à compléter cette réforme par une refonte du régime de la responsabilité délictuelle. La Belgique se prépare, à son tour, à lui emboîter le pas. Dans ce domaine clé du droit civil, le Luxembourg risque donc de se retrouver isolé avec des textes qui en grande partie restent ceux de 1804. Ensemble avec Pascal Ancel, nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer les raisons pour lesquelles nous sommes convaincus que le législateur luxembourgeois devrait sérieusement considérer à suivre ce mouvement de réforme, et ce, en s'adossant à nouveau sur le nouveau droit français, sous la réserve d'exclusions ciblées<sup>20</sup>. Notre conviction tient essentiellement à deux arguments. D'abord, l'imprécision et le vieillissement des textes, qui a obligé la jurisprudence à s'en distancer, affectent tout autant, sinon d'avantage, le Grand-Duché que la France et la Belgique. Ensuite, le nouveau décalage avec le droit français rend les références à celui-ci impossibles ou du moins incertaines alors qu'elles constituent une source essentielle pour les juges comme pour les praticiens du droit pour l'interprétation de dispositions à caractère souvent très général. Or, dans une matière aussi essentielle, le droit luxembourgeois ne peut à notre sens pas se permettre de fonctionner en vase clos.

<sup>20</sup> P. ANCEL et A. PRÜM, *Réformer le droit des contrats ? : analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Éditions Larcier, 2020, Introduction, p. 13-26.

L'adoption en 2019 du nouveau Code belge des sociétés et des associations confronte le Luxembourg à une situation comparable quoique moins cruciale. Les transpositions différenciées des directives européennes et certaines réformes opérées antérieurement en Belgique ont, en effet, déjà creusé nombre d'écartes que le Luxembourg a décidé, lors de la réforme d'ensemble de la loi de 1915, en 2016, de ne pas combler, par souci de conserver à son droit des sociétés un aspect globalement plus libéral. Au surplus, certains concepts et principes clés du droit des sociétés sont communs au droit français, de sorte que celui-ci sert également de source d'interprétation. Un colloque entre spécialistes belges et luxembourgeois des sociétés, tenu en début d'année, s'est attelé à évaluer l'opportunité pour le Luxembourg de suivre le nouveau Code belge des sociétés et des associations. Il en est ressorti que nos droits de sociétés respectifs servent aujourd'hui des situations largement différentes si bien que les objectifs des législateurs se trouvent sur un certain nombre de questions désalignés<sup>21</sup>. La réforme belge ne devrait inspirer au législateur luxembourgeois plus que des améliorations ponctuelles de sa législation, mais ne justifierait pas une nouvelle réforme d'ensemble.

Quoique les deux cas de figure du droit des obligations et du droit des sociétés aboutissent ainsi à des constats différents, ils fournissent certaines indications quant à la stratégie classique d'adosser les réformes du droit luxembourgeois dans les matières générales sur les droits belge ou français.

Tout d'abord, il convient de comparer les situations concrètes que couvre la législation en cause pour vérifier si celles-ci appellent toujours la même politique législative. Depuis l'époque où il a hérité ou emprunté à la France ou à la Belgique ses grands textes de loi le Grand-Duché a développé tant sur le plan social qu'économique une identité propre. Toute réforme doit d'abord et avant tout se fonder sur les besoins et les intérêts bien compris du pays.

Dans une Europe de plus en plus intégrée, ceux-ci sont aujourd'hui dans bien des domaines communs à d'autres pays européens. Au-delà des questions faisant l'objet d'une harmonisation officielle par voie de directives, les droits nationaux d'autres pays comme les projets privés de règles communes, tels les principes européens du droit des contrats, peuvent être des sources d'inspiration précieuses pour le législateur luxembourgeois. Ils peuvent aussi lui servir d'étalon lorsqu'il vise à se positionner dans une concurrence réglementaire pour attirer certaines activités sur son territoire.

L'approche devrait ensuite être dictée par une appréciation précise des avantages et des inconvénients d'un alignement sur les textes en vigueur en France ou en Belgique. Pour reprendre l'exemple du droit des contrats, les premiers me semblent nettement l'emporter de sorte que le législateur ne devrait pas hésiter à suivre la réforme, en s'en écartant seulement sur les points où les nouvelles solutions ne correspondent pas aux besoins luxembourgeois.

En somme, il s'agit de ne plus craindre une certaine autonomie du droit luxembourgeois par rapport à ses modèles historiques. Néanmoins, celle-ci

<sup>21</sup> I. CORBISIER et A. PRÜM (dir), *La réforme du droit belge des sociétés : un exemple à suivre pour le Luxembourg ?*, Éditions Larcier, 2021 (sous presse).

doit rester ciblée sur les situations où elle se justifie de façon concrète. Au-delà, les inconvénients d'un éparpillement des sources d'inspiration risquent de dépasser le confort que le Luxembourg a pu trouver dans les droits belge et français.

## II. – POUR UNE PRÉPARATION MÉTHODIQUE DES RÉFORMES

### A. Rapide évaluation de la situation actuelle

L'initiative comme la préparation des réformes législatives est au Grand-Duché essentiellement le fait du Gouvernement. La raison tient d'abord au système des coalitions politiques où la Chambre des députés sert, en pratique, plus de relais à l'exécutif que de contre-pouvoir. Au surplus, la Chambre des députés n'est guère équipée pour se lancer dans la préparation de projets de réformes ambitieux (pas plus que de leur évaluation ex-post). Les ressources publiques, toutes limitées qu'elles demeurent, sont concentrées dans l'administration des ministères.

L'idée d'impliquer davantage le Conseil d'État dans l'élaboration des projets de lois, défendue un temps<sup>22</sup>, cadre difficilement aussi avec le rôle prééminent que souhaite conserver le pouvoir exécutif. La proposition faite en 1936 par certains députés de créer au sein du Conseil d'État une commission permanente de législation<sup>23</sup>, pour parer à l'incapacité des conseillers de gouvernement et chefs d'administration d'entreprendre l'indispensable modernisation des grands codes et plus généralement de préparer les réformes législatives importantes, ne pouvait dans ce contexte qu'être rejetée<sup>24</sup>. Elle reposait pourtant sur une analyse lucide de l'impasse dans laquelle nous nous trouvions déjà à l'époque et de l'urgence d'en sortir par une solution structurelle<sup>25</sup>. Le débor-

<sup>22</sup> Proposition de loi ayant pour but de réformer a) la loi du 16 janvier 1866 sur l'organisation du Conseil d'État en ce qui concerne la composition du Comité du Contentieux et l'Institution d'une commission permanente de législation b) la loi du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire. Chambre des députés, session ordinaire 1936-1937.

<sup>23</sup> Proposition de loi ayant pour but de réformer a) la loi du 16 janvier 1866 sur l'organisation du Conseil d'État en ce qui concerne la composition du Comité du Contentieux et l'Institution d'une commission permanente de législation b) la loi du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire. Chambre des députés, session ordinaire 1936-1937., voir aussi l'article „Rechts- und Gerichtsreformen“ paru dans la *Luxemburger Zeitung* le 30 janvier 1937.

<sup>24</sup> Loi du 20 juillet 1939 ayant pour objet la modification de la loi sur l'organisation du Conseil d'État, Comité du contentieux (Mém., 29 juillet 1939, n° 51, p. 799) qui n'a pas suivi la proposition précitée.

<sup>25</sup> Extraits de l'exposé des motifs de la proposition de loi précitée, p. 4 et 5 : « En effet, qui est appelé par ses fonctions, dans notre pays, à veiller à l'adaptation et la modernisation de notre législation ? À qui incombe le soin de rédiger les projets de loi et qui est en mesure de se livrer utilement à ce travail ? Les ministres ? Ils n'ont pas les loisirs nécessaires. Les conseillers de Gouvernement et les chefs d'administration ? Beaucoup de projets de loi sont leur œuvre. Mais les chefs d'administration sont surtout absorbés par leurs devoirs quotidiens. Ils peuvent s'occuper de moins en moins des questions qui ne rentrent pas directement dans le cadre de leur administration. Les conseillers de Gouvernement, eux aussi, sont chargés tous les jours d'avantage des affaires courantes de l'administration centrale. Si ces affaires courantes chassent de plus en plus de leurs bureaux la sérénité nécessaire au travail et à la recherche scientifiques. Une constatation nous frappe : à tous les degrés de l'échelle, chez nous, l'élaboration des lois s'opère tout à fait accessoirement à d'autres fonctions principales. Et pourtant l'œuvre de l'élaboration des lois n'est-elle pas une tâche importante, qui, dans un pays démocratique, devrait être confiée comme fonction principale à une élite ?

dement créé depuis par le flot incessant de textes de l'Union européenne qu'il fait transposer n'a fait que rendre la situation plus difficile.

Le secours vient aujourd'hui en partie du secteur privé qui, à la fois souffle, aux Gouvernement les idées de certaines réformes et lui prêle son concours pour les préparer. La petite taille du pays favorise les contacts personnels entre les membres du Gouvernement et de la haute administration et les chambres et associations professionnelles comme les autres groupes d'intérêts. Une consultation régulière est organisée au sein de comités auxquels se sont adjoints différents ministères. Le ministère des Finances a été le premier en 2011, sous l'impulsion de Luc Frieden, à se doter d'un tel organe, le Haut comité de la place financière, présenté comme une sorte de « quadripartite entre les organes de régulation, les lobbies bancaires, les professionnels du secteur financier (juristes et experts en matière fiscale) et les représentants du Gouvernement ». Il a été suivi par le ministère de l'Économie avec le Haut comité pour l'industrie et le Haut comité pour le soutien des PME et de l'entrepreneuriat et dernièrement par le ministre délégué à la digitalisation Haut Comité à la transformation digitale. Que ce soit via ces enceintes ou de manière spontanée, les idées qui visent à ajouter un nouvel avantage compétitif à l'arsenal législatif luxembourgeois sont accueillies, de façon générale, très ouvertement<sup>26</sup>. Il va de soi que de telles initiatives ne s'intéressent guère au droit commun.

L'esprit de collaboration marque également la phase de discussion des projets de loi à travers la consultation systématique des chambres professionnelles et régulièrement, plus largement, d'autres parties intéressées. Le dialogue avec le Conseil d'État et les échanges entre la commission de la Chambre des députés, chargée de préparer le rapport et le Gouvernement, participent à leurs tours à la recherche du large consensus qui caractérise la culture politique luxembourgeoise.

La clé de voûte du système ne demeure pas moins le Gouvernement qui tient les rênes du processus de modernisation du droit luxembourgeois. En pratique,

---

La tentative de parer au mal, entreprise il y a une dizaine d'années par l'institution d'une Commission de législation, a péniblement échoué. On se raconte que depuis sa création cette commission s'est réunie deux fois et que pas le moindre fruit de son travail l'a vu le jour. Cela a été fatal, puisque tous les membres de cette Commission sont largement absorbés par leur travail professionnel. Il faut donc créer une Commission permanente de législation dont les membres exercent leurs fonctions à titre professionnel. C'est ce que prévoit la présente proposition de loi en disposant que les conseillers d'État, membre du Comité du Contentieux, composent d'office la Commission permanente de législation. ...

L'utilité de cette Commission n'a pas besoin d'être prouvée. ... Du moment que sept juristes peuvent consacrer la majeure partie de leur temps à la rédaction des lois, leurs travaux peuvent avancer avec toute la célérité voulue. Seule la création d'un corps de rédacteurs professionnels permettra d'ailleurs d'attaquer et de mettre à bonne fin la grande réforme de nos codes, qui, avec les moyens dont nous disposons actuellement, ne pourrait jamais être envisagée. Les membres de la commission pourront s'habituer à l'art difficile de rédiger des textes de loi et de faire, du point de vue juridique, la toilette minutieuse de ces textes. La Commission étant composée de sept membres, ils pourront se répartir utilement le travail dans les différents domaines. Les projets sortis de la délibération d'une commission auront atteint un degré supérieur de maturité que ceux qui ne sont que l'œuvre de la méditation d'un seul ».

<sup>26</sup> Il existe de multiples exemples de lois adoptées sur une suggestion du secteur privé. Pour n'en citer que deux qui sont le fruit d'une initiative directe de l'Association des banques et des banquiers : loi du 22 mars 2004 sur la titrisation et loi 14 août 2000 sur le commerce électronique.

chaque ministre veille avec son administration à élaborer les projets de loi qui ressortent à son domaine de compétence. Le dépôt d'un projet à la Chambre des députés requiert certes une décision du conseil de Gouvernement, mais en amont le travail de préparation est entrepris par le ministre en charge. Une coordination interministérielle a lieu pour les sujets qui touchent aux compétences de plusieurs ministres. Elle n'est pas systématique. Ni le ministre d'État, ni le ministre de la Justice ne sont chargés de veiller à la cohérence de l'ordre juridique tel qu'il évolue au gré des nouveaux textes, de vérifier a priori la conformité des projets avec la Constitution, ou ne serait-ce que la qualité juridique des textes. Ce travail n'est effectué qu'*a posteriori* par le Conseil d'État<sup>27</sup>. Il lui incombe de ce fait une charge considérable<sup>28</sup>. Dans ses avis, il est obligé de relever de plus en plus souvent des imperfections, voire des erreurs manifestes qu'une préparation plus soignée des projets de loi aurait évitées. La solution ne nous paraît ni efficace ni opportune. Plutôt que de devoir filtrer la qualité et la cohérence de tous les projets de loi, le Conseil d'État devrait pouvoir se concentrer sur un contrôle a priori de constitutionnalité. Il éviterait ainsi de se trouver dans la position d'un donneur récurrent de leçons, offusquant, à tort, le pouvoir exécutif, et d'être accusé, également à tort, de constituer un goulot d'étranglement ralentissant le processus législatif.

Eu égard aux moyens limités dont disposent les ministères pour préparer des réformes législatives, l'évolution du droit luxembourgeois reste essentiellement réactive<sup>29</sup>. De nouveaux projets sont élaborés pour répondre à un besoin ressenti comme pressant ou une opportunité qu'il est urgent de saisir. Les ambitions manifestées dans les programmes de gouvernement se heurtent au cours des législatures à un manque de ressources pour les concrétiser. Les visions à plus long terme que requiert une véritable politique de modernisation méthodique du droit ont du mal à trouver leur voie dans les priorités politiques agencées sur un rythme temporel plus court. L'obstacle n'est pas propre au Luxembourg, mais il pourrait être exacerbé par sa petite taille qui favorise une attitude pragmatique au détriment d'une approche systématique de l'élaboration des réformes législatives. Les deux ne sont pourtant pas inconciliables à condition qu'elles rencontrent une volonté politique clairvoyante et que les bons instruments soient mis en place pour accompagner un processus de

<sup>27</sup> Bien qu'existe aujourd'hui un guide légistique qui devrait guider les administrations dans la préparation formelle des projets de loi, Marc Besch, Normes et légistique en droit public luxembourgeois, Éditions Larcier, 2019.

<sup>28</sup> Comme en atteste déjà en 1956 l'exposé des motifs de la proposition de loi modificative de la loi du 16 janvier 1866 sur l'organisation du Conseil d'État (proposition N° 37 (600)) : « Le manque notoire de préparations que reçoivent certains projets et propositions de lois, avant d'être soumis à l'avis du Conseil d'État, illustre la tâche délicate de sa mission ».

<sup>29</sup> Comme l'observait Robert Kriepps, du temps était encore avocat, dans une note au Bulletin du Cercle François Laurent de mai 1954 intitulée Inertie législative : « Chaque fois que des problèmes sont soulevés, que des nécessités se font jour qui ne se traduisent pas pour les électeurs par un avantage pécuniaire palpable notre législateur est inactif. Beaucoup de ceux qui votent les lois ne voient plus les problèmes que pose une législation démodée sur bien des points. Les initiatives parlementaires sont extrêmement rares et le plus souvent vouées à un échec rapide parce que mal préparées. ... Le législateur et le gouvernement ont, paraît-il, d'autres chats à fouetter. Mais il suffit que quelqu'un prenne l'initiative de proposer un texte avec une étude complète pour qu'il attire l'attention des responsables ; il suffit qu'ils fassent leur travail pour être certains de leurs bienveillants accueils. L'exemple de feu Léon Metzler leur est très significatif sur ce point ».

réforme à long terme. L'annonce récente par le ministère de la Justice d'assises du Code civil vient ici comme une lueur d'espoir d'une prise de conscience que certains de nos codes essentiels méritent d'être remis sur le métier.

## B. Pistes de réflexion pour une amélioration du processus d'élaboration des projets de réforme législative

Dans les pays européens de tradition civiliste, la préparation des réformes législatives revient, comme au Grand-Duché, principalement au pouvoir exécutif, mais à la différence du Luxembourg, les ministères de la Justice y semblent fréquemment occuper une certaine responsabilité en vue de veiller à la cohérence des réformes avec le système juridique<sup>30</sup>. À l'inverse, les pays de common law s'appuient pour les réformes d'importance sur des commissions indépendantes du pouvoir exécutif qui soumettent leurs propositions directement au parlement<sup>31</sup>. Les deux modèles pourraient inspirer au Luxembourg une amélioration de sa capacité à préparer les grands chantiers législatifs qui l'attendent depuis trop longtemps.

Il fut un temps où le ministère de la Justice du Luxembourg s'appuyait lui-même d'une Commission d'études législatives. Dès 1929, une Commission de législation avait été instituée, sous l'égide du Directeur général de la Justice<sup>32</sup>. Composée initialement de cinq membres, elle a été progressivement élargie à dix membres, tous avocats, magistrats et juristes d'entreprise. Peu active jusqu'à ce que Léon Metzler en assure la présidence à partir de 1937, elle a préparé quelques avis et avant-projets de lois avant que la seconde guerre mondiale ne mette rapidement un terme à ses activités<sup>33</sup>. Elle n'a été ressuscitée qu'en 1950 sous l'appellation « Commission d'Études Législatives »<sup>34</sup>. Sa mission a été revue en 1968 pour cibler plus directement la préparation d'« avis sur des réformes d'ordre législatif et réglementaire envisagés par le Gouvernement » et des projets de textes tout en reconnaissant à la Commission le droit de « proposer, de sa propre initiative au Ministre de la Justice les réformes qui lui paraissent souhaitables »<sup>35</sup>. Il est prévu aussi d'instituer des groupes de travail spéciaux pour les différentes matières qui lui sont confiés et que la commission se réunira régulièrement en assemblée générale. Différents groupes sont ainsi formés pour

<sup>30</sup> D. WHELAN, *The Comparative Method and Law Reform*, October 1, 1988. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2170672>, p. 145 et s.

<sup>31</sup> Pour une présentation générale des différentes Law Commissions, voir D. WHELAN, art. cit.

<sup>32</sup> Arrêté du Directeur général de la Justice du 20 mars 1929 précisant que la Commission avait pour mission « 1) d'étudier les mesures pour conformer notre législation aux exigences de la vie moderne, 2) de proposer au Gouvernement les textes modificatifs avec un exposé des motifs, 3) de procéder à la codification de nos lois pour autant que cette codification n'est pas réalisée ». Composée initialement de cinq membres, elle a été progressivement élargie à dix membres, tous avocats, magistrats et juristes d'entreprise.

<sup>33</sup> Parmi les sujets qu'elle a traités on peut citer son avis détaillé sur l'article 2103-4° du Code civil et des avant-projets de loi relative à la validation de la promesse d'arbitrage et la réforme du registre aux firmes.

<sup>34</sup> Arrêté du ministre de la justice Eugène Schaus du 21 décembre 1950 renommant la commission et renouvelant sa composition avec la nomination de 12 membres, magistrats, avocats et hauts fonctionnaires.

<sup>35</sup> Arrêté du ministre de la Justice Jean Dupong du 4 avril 1968.

s'occuper de sujets aussi variés que les réformes du Code pénal, du Code de procédure civile, de la loi sur les sociétés commerciales<sup>36</sup>, de la saisie pénale en matière immobilière, du divorce, de la responsabilité des instituteurs, des privilèges et hypothèques, de la faillite. Son statut a, à nouveau, été modifié en 1972 pour créer des sous-commissions à côté des groupes de travail spéciaux<sup>37</sup>, et sa composition générale étendue une dernière fois en 1976 dans le but de lui permettre « de proposer dans les meilleurs délais possibles les réformes à réaliser dans les différents domaines du droit où les règles existantes ne correspondent plus aux conceptions juridiques et économiques modernes »<sup>38</sup>. Elle regroupait alors 30 membres : magistrats, avocats et notaires, connus pour leur excellence, dont le ministre s'attachait le concours pour élaborer et discuter les réformes essentielles dont il était en charge.

Actuellement, la Commission d'études législatives est tombée en désuétude. Seule la sous-commission en droit des sociétés est restée active. Les autres ont été remplacées au cours du temps au profit de comités ad hoc constitués sur une base temporaire et au gré des besoins. Cependant, certains d'entre eux, comme la commission des normes comptables ou la commission juridique du registre du commerce et des sociétés, fonctionnent de manière permanente.

Ce sont des raisons purement pratiques qui auraient expliqué l'abandon de la Commission d'études législatives et de ses sous-groupes. Après les dernières réformes d'une certaine ampleur engagées par les ministres Robert Krieps dans les années 70 et Colette Flesch au début des années 80, le ministère de la Justice n'aurait plus ressenti le besoin de maintenir des comités permanents. La possibilité de recourir au cas par cas sur des spécialistes pour le conseiller sur des sujets ciblés est censée lui offrir une plus grande flexibilité. La vérité tient peut-être aussi et avant tout au manque d'appétit pour des réformes d'ampleur durant plusieurs législatures jusqu'au milieu des années 2010.

Si ce pragmatisme présente peut-être quelques avantages, l'exemple de la sous-commission en droit des sociétés me fait penser qu'une commission permanente a aussi ses vertus<sup>39</sup>. Elle permet de garder une ligne de conduite dans une politique législative et peut trouver dans ses habitudes de travail une plus grande efficacité. Par ailleurs, rien n'empêche d'en revoir de temps à autre la composition pour être certain que les bons spécialistes se retrouvent autour de la table.

L'éclatement du travail entre des comités ad hoc, temporaires ou permanents, présente surtout l'inconvénient de n'offrir aucune solution pour veiller à ce que les réformes législatives soient entreprises et s'inscrivent de manière harmonieuse dans l'ordre juridique, ni pour assurer une qualité légistique aux projets. En ressuscitant la Commission d'études législatives avec une organisation efficace, nous pourrions parer ces faiblesses. Elle pourrait être rattachée comme d'antan au ministre de la Justice ou alternativement au ministre d'État dans

<sup>36</sup> Arrêté ministériel du 19 septembre 1967, sous-groupe présidé pendant près de quarante ans par Me Jacques Loesch.

<sup>37</sup> Arrêté du ministre de la Justice Eugène Schaus du 26 janvier 1972.

<sup>38</sup> Arrêté du ministre de la Justice Robert Krieps du 13 décembre 1976.

<sup>39</sup> Aux travaux de laquelle j'ai la chance de participer depuis 25 ans.

l'hypothèse où celui-ci se verrait reconnaître une mission de coordination, voire de direction du Gouvernement sous la révision en cours de la Constitution. Au-delà de l'appréciation des avant-projets de lois en amont de leur adoption par le Gouvernement, une telle Commission pourrait également dresser de manière périodique un inventaire des lacunes et imperfections de nos lois afin qu'il puisse y être remédié de manière systématique. Par une telle mission prospective, elle se rapprocherait du rôle d'une Law Commission des pays de common law.

Signalons au passage qu'une codification de certaines matières permettrait aussi de révéler les incohérences qui s'y glissent inévitablement, tant qu'elle s'accroît par des lois dispersées, voire au sein des lois-cadres, telle la loi relative au secteur financier. Annoncée dans son programme de coalition, l'ambition du Gouvernement de codifier le droit bancaire et financier mériterait tout particulièrement d'être concrétisée rapidement, tellement ce domaine est aujourd'hui jalonné d'un enchevêtrement de règles et de définitions malaisées à concilier et dont nombre sont au surplus en contradiction avec les normes européennes<sup>40</sup>.

Il existe en vérité différents types de Law Commission à travers les pays de common law. Toutes présentent le trait commun d'être indépendantes du pouvoir exécutif<sup>41</sup>. Sans entrer ici dans une comparaison, la figure qui inspire nos réflexions est celle de la Law commission d'Angleterre et du Pays de Galles, laquelle sert de modèle dans de nombreux autres pays du système de common law<sup>42</sup>.

Constituée en 1965, elle a pour mission de proposer au parlement britannique des projets de réforme suivant l'objectif général selon lequel le droit reste « fair, modern, simple and cost effective »<sup>43</sup>, objectif qui ne devrait pas déplaire au Luxembourg. À cette fin, elle établit un programme pluriannuel qui doit être approuvé par le ministre de la Justice et le Parlement. Elle peut, par ailleurs, travailler sur demande d'un ministère<sup>44</sup>.

La Commission est composée de cinq commissaires exécutifs, c'est-à-dire à plein temps, en principe des professeurs de droit et des hauts magistrats, d'un directeur et jusqu'à trois commissaires qui ne dédient qu'une partie de leur temps à cette activité. Chaque commissaire exécutif a à sa disposition une petite équipe de juristes et de conseillers. Au sein de chacune d'elles, la Commission entreprend les recherches et consultations qui lui permettent de faire des recommandations systématiques au Parlement. Si la Commission doit se tenir à son programme de travail, elle prépare ses recommandations en toute indépendance. Afin que celles-ci ne demeurent pas lettre morte, le ministère

<sup>40</sup> Voir à ce sujet les observations dans le *Code de la place financière de Luxembourg* paru aux éditions Larcier en 2020 sous la direction de J. GUILL et A. PRÜM.

<sup>41</sup> Pour une présentation des différentes forms de Law Commission voir : D. WHELAN, *The Comparative Method and Law Reform*, art.cit.

<sup>42</sup> Leslie Scarman, „The English Law commission“, *ABA J.*, vol. 57, 1971, p. 867-870.

<sup>43</sup> UK Law Commissions Act 1965, consultable sous : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>, pour les détails sur le statut de la Law Commission, de son programme de travail et des travaux en cours : voir : [www.lawcom.gov.uk/about/how-we-work/](http://www.lawcom.gov.uk/about/how-we-work/).

<sup>44</sup> Protocol between the Lord Chancellor (on behalf of the Government) and the Law Commission du mois de mars 2010, consultable sous: [https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2015/06/lc321\\_Protocol\\_web.pdf](https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2015/06/lc321_Protocol_web.pdf).

concerné est tenu de répondre à ses propositions dans un délai de 6 mois<sup>45</sup>, et le parlement les examinera via une procédure spécifique destinée à faciliter l'adoption des projets élaborés par le Commission. Au cours des cinquante dernières années, 350 recommandations de réforme ont ainsi été élaborées par la Commission dont plus des deux tiers ont été adoptés en tout ou en partie. Par ailleurs, la Commission a pour mission de consolider les textes de lois existantes afin de les rendre plus claires et de les nettoyer des dispositions obsolètes en les réunissant éventuellement dans des codes.

La Law commission d'Angleterre et du Pays de Galles ensemble avec la Law Commission d'Écosse ont su s'imposer comme instrument clé de la modernisation des droits britanniques.

Ce succès mérite assurément d'être médité dans la perspective d'une amélioration du processus de réforme législative au Grand-Duché. Le modèle pourrait être acclimaté de différentes façons, pourvu que l'on soit prêt à accepter qu'une instance puisse suggérer des réformes en toute indépendance et de lui confier un minimum de moyens pour lui permettre d'accomplir son rôle. L'expérience du Laboratoire de droit économique pendant une quinzaine d'années laisse espérer qu'il ne s'agit pas d'un projet totalement irréaliste. La modernisation du droit luxembourgeois y gagnerait une approche plus systématique et méthodique et le débat politique autour des réformes ne s'en trouverait que rehaussé.

Quelle que soit la voie choisie, elle doit pouvoir s'appuyer sur un développement substantiel de la recherche sur le droit luxembourgeois.<sup>46</sup> L'Université du Luxembourg et la filiale du Max Planck Institut au Grand-Duché devraient en être les vecteurs naturels.<sup>47</sup> Des travaux importants ont effectivement été réalisés au cours des dernières années par quelques doctorants et professeurs de l'Université, au premier rang desquels figure Pascal Ancel.

<sup>45</sup> Protocol between the Lord Chancellor (on behalf of the Government) and the Law Commission, précité, art. 18.

<sup>46</sup> Outre les recherches sur le droit luxembourgeois en tant que tel, il conviendrait aussi de s'intéresser à la possibilité de concevoir, dans certains domaines, des textes dont l'application correcte pourrait être vérifiée par des robots. La Commission de surveillance du secteur financier collabore dans cette optique avec le centre de recherche interdisciplinaire Security and Trust de l'Université du Luxembourg pour automatiser le contrôle de la documentation des fonds d'investissement au regard des règles qui les gouvernent par le recours à des outils d'intelligence artificielle. Voir l'annonce sous : <https://www.cssf.lu/en/2019/10/partnership-cssf-snt/>.

Sur les tentatives jusqu'à présent plutôt infructueuses de « codification robotique », voir A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli, 2019, p. 518 et s. et du même auteur, « L'impact de l'intelligence artificielle sur l'écriture des lois : du code de lois à la loi encodée », in *LeGes*, 30, 2019, p. 3.

<sup>47</sup> Un cercle informel d'études sur le droit privé luxembourgeois, accueillant des praticiens, s'est également établi comme lieu d'échanges d'idées. Cependant, force est de reconnaître que la majorité des professeurs de l'Université et des chercheurs du Max Planck Institut luxembourgeois ne s'intéressent que trop peu au droit luxembourgeois. Leur désintérêt est encouragé par les critères d'évaluation de la recherche que croit devoir suivre l'Université dans une course (stérile) aux *rankings* internationaux et l'exclusion complète du droit luxembourgeois des domaines profitant des fonds de recherche. Sachant à quel point le bien-être du pays dépend de la qualité de son infrastructure juridique, il s'avère malaisé à comprendre que la politique nationale de la recherche, ~~mise en œuvre par le Fonds National de la Recherche et l'Université~~, ignore largement le vaste champ de recherche qu'elle mérite.