

**COMPTE RENDU DES PREMIÈRES ASSISES
DU CODE CIVIL DU 7 MAI 2021**

PAR

David HIEZ

Thierry HOSCHEIT

Patrick KINSCH

Sévérine MENÉTREY

Sommaire

Mme Katalin Ligeti, doyenne de la Faculté de droit, d'économie et des finances et Mme Sam Tanson, ministre de la Justice, prononcent des paroles d'accueil pour situer les Assises dans leur contexte.

Mme *Katalin Ligeti* souligne que les Assises ont lieu sous une forme qui traduit l'esprit de la faculté, puisque l'ouverture du débat public relève des missions de l'Université. « Toute réforme doit d'abord et avant tout se fonder sur les besoins bien compris du pays »¹. Mme la Doyenne se dit ravie que la Faculté soit appelée à co-organiser ces Assises avec le Ministère de la Justice. Elle relève que la Faculté a amorcé la réflexion sur la nécessité d'une réforme du droit des contrats deux ans plus tôt². Mme Ligeti indique qu'à la suite du colloque en question, de fructueux échanges ont eu lieu au sein du Groupe de réflexion en droit privé luxembourgeois qui réunit plusieurs collègues de la Faculté et des représentants des différentes professions juridiques du Luxembourg³. Elle remercie les Professeurs Séverine Menétrey et David Hiez d'avoir organisé ces Assises.

Mme *Sam Tanson*⁴ commence par citer Napoléon Bonaparte qui, exilé à Sainte-Hélène, aurait dit : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles (...). Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires (...); ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil ». Au Luxembourg, cette éternité risquerait de durer plus longtemps qu'ailleurs. La Ministre espère que l'adaptation du Code aux évolutions sociales et sa modernisation pourront se faire.

La question essentielle sera celle de la méthode : par quelles méthodes le petit Luxembourg peut-il réformer un grand droit ? À bien y regarder, la question de la méthode dépasse même celle de la réforme du Code civil.

La Ministre ne pense pas que le Luxembourg possède la masse critique pour concevoir son propre droit civil. Elle n'émet pas cette affirmation comme un jugement de valeur, mais comme un constat empirique. À son avis, le droit civil doit pouvoir puiser dans une

¹ A. PRÛM, « Réformer le droit luxembourgeois » in P. DEUMIER *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 209.

² Voir les actes du colloque dans P. ANCEL et A. PRÛM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2020.

³ Voir le site du Groupe : https://www.en.uni.lu/research/fdef/dl/research_areas/civil_law/groupe_de_reflexion_en_droit_privé_luxembourgeois

⁴ Voir le texte intégral de son discours sur le site du ministère de la Justice.

jurisprudence et une doctrine de grande ampleur. La qualité des jugements et arrêts, de même que celle des avis juridiques rendus par les praticiens, en dépendra.

Mme Tanson relève que certains des principes ayant guidé les rédacteurs du Code civil il y a plus de 200 ans sont restés d'actualité, tels que la liberté individuelle, l'égalité des citoyens, la nécessité d'un droit clair, cohérent et accessible ou encore l'équilibre contractuel. Mais elle souligne aussi que la clé de voûte de l'État de droit est aujourd'hui plus que jamais formée par les droits de l'Homme, ainsi que par les textes et institutions internationales qui les protègent. C'est pourquoi toute réforme législative doit toujours être abordée à travers le prisme des droits fondamentaux.

*

M. Jean-Claude Wiwinius, président de la Cour supérieure de justice, préside la séance, consacrée à la méthodologie à adopter pour entamer le chantier de la modernisation du Code civil luxembourgeois. Elle s'oriente autour de deux questions auxquelles les orateurs ont été invités à réfléchir et à contribuer : celle du pourquoi (I) et celle du comment (II) Sur cette base, les membres du collectif d'auteurs de la présente publication ont ajouté quelques réflexions sur d'éventuelles perspectives (III).

I. POURQUOI MODERNISER ?

MM. Georges Ravarani et Patrick Kinsch donnent leurs points de vue, divergents, sur le Pourquoi de la modernisation, question à laquelle sont également consacrés des développements de l'intervention de M. Rafaël Jafferali, Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, consacrée à la réforme du Code civil belge.

A. Question préalable : est-ce qu'il faut tout moderniser ?

Sous le titre « *Pourquoi est-il nécessaire de moderniser notre Code civil ? Selon quels critères ?* », M. Georges Ravarani indique qu'il lui paraît nécessaire d'élargir au préalable la question et de se demander s'il est effectivement nécessaire de moderniser davantage le Code civil

luxembourgeois, alors que dans sa globalité, le Code civil de 2021 ne ressemble plus guère à celui de 1804⁵.

D'après M. Ravarani, trois conceptions de la « modernisation du Code civil » sont à distinguer : le simple toilettage par élimination d'archaïsmes terminologiques, qui manquerait d'ambition ; la refonte complète, qui ne serait pas non plus une solution convaincante, puisque le fait qu'un texte soit ancien ne le rend pas nécessairement mauvais ; enfin la mise en œuvre de réformes d'adaptation ponctuelles, ciblées et limitées, qui correspondrait à la voie du juste milieu. Le Luxembourg a déjà emprunté cette dernière voie, par exemple lors de la réforme du bref délai de l'article 1648 ou du serment litisdécisoire. Dans ces cas, il s'agissait de casser la jurisprudence qui suivait celle des modèles étrangers. Ces réformes ponctuelles, d'inspiration proprement luxembourgeoise, se sont révélées efficaces et salutaires.

Il y a d'autres éléments au-delà du besoin social et des difficultés techniques. Que faire si un pays dont le Luxembourg s'inspire traditionnellement modifie des pans entiers de son Code civil ? Il y a alors effectivement risque de décrochage par rapport à une source d'inspiration traditionnelle de la jurisprudence. Mais est-ce que les conséquences seront nécessairement négatives ? Les opinions exprimées à divers endroits en faveur du « suivisme » semblent relever de l'affirmation plutôt que de la démonstration. Il faut réformer le Code civil là où c'est socialement ou techniquement indispensable ou souhaitable. Mais on peut douter qu'il faille changer le Code civil parce que les législateurs français ou belge l'ont fait ou s'apprêtent à le faire. Il existe des exemples de réformes qui n'ont pas été suivies par le législateur luxembourgeois, telle que de la loi française du 5 juillet 1985 (« loi Badinter ») en matière d'accidents de la circulation : la jurisprudence luxembourgeoise en matière de circulation, tout en devenant autoréférentielle, est assez fournie pour pouvoir se nourrir d'elle-même. Un autre exemple est, en matière fiscale, le maintien au Luxembourg, de la *Reichssabgabenordnung* de 1930 (remplacée, en Allemagne, par une nouvelle *Abgabenordnung* en 1977). La jurisprudence allemande, même si elle date du temps du *Reichsfinanzhof*, reste accessible, et il

⁵ Depuis cette date selon le compte fait par le conférencier, environ 150 lois ont modifié le Code civil. Sur les 2280 articles qu'il comporte, plus d'un tiers ont été effectivement modifiés. « Ce qui veut dire que notre Code civil a été constamment adapté aux conceptions changeantes que requiert la vie en société ».

existe à l'heure actuelle en cette matière, tout comme en matière d'accidents de la circulation, une masse critique de jurisprudence nationale suffisante pour qu'on puisse parler de vraie jurisprudence.

Ces réflexions peuvent trouver à s'appliquer au domaine fondamental du droit des obligations, sans que le Luxembourg ne soit perdu ou du moins appauvri s'il ne suivait pas le législateur français ou belge dans l'entreprise de refonte complète de son droit des obligations. La jurisprudence française et belge ancienne reste accessible et il existe un nombre relativement important de décisions de justice luxembourgeoises en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles. Il faut cependant rendre cette jurisprudence plus accessible.

D'après M. Ravarani, le Luxembourg ne doit pas devenir un musée du droit. Le but n'est pas d'avoir Code civil qui ressemble le plus à celui de 1804. Le Luxembourg doit, et il le fait, moderniser son droit, mais seulement là où il existe un réel besoin social ou technique. Un tel besoin n'existe pas du seul fait que la France ou la Belgique opèrent une refonte. Une plus grande urgence est de rendre la jurisprudence nationale accessible et de développer à partir de celle-ci une réelle doctrine en droit civil pour parvenir à terme à un état de la jurisprudence et de la doctrine apte à faire évoluer et à améliorer le droit luxembourgeois.

Sur ce thème, d'autres interventions apporteront des points de vue qui, tantôt, concordent avec les sentiments exprimés par Georges Ravarani, ou tantôt – et plus particulièrement sur le point de l'utilité d'une modernisation en profondeur du Code civil – en divergent.

Lors de la discussion suivant les interventions, tous les intervenants concordent sur l'idée qu'il faut rendre la jurisprudence luxembourgeoise plus accessible, ou *encore* plus accessible. Mme Martine Solovieff, procureure générale, observe que la publication sur internet des jugements et arrêts s'est améliorée, que les arrêts de la Cour d'appel⁶ sont en train d'être systématiquement publiés, et qu'il est permis d'espérer qu'il en ira de même des décisions de première instance dans un proche avenir. M. André Prüm, intéressé par des recherches empiriques sur le droit, souhaite que soit assurée la publication de toutes les décisions des tribunaux, afin de pouvoir y appliquer les méthodes du *big data*. Mais M. Patrick Kinsch formule une

⁶ Les arrêts de la Cour de cassation sont tous disponibles sur internet (justice.public.lu) depuis les arrêts de l'année 2007.

réserve générale sur la prise en compte de la jurisprudence luxembourgeoise : s'il est certainement utile de la publier, il faut cependant se garder de considérer la jurisprudence du passé comme seul guide pour l'avenir. Le risque de sclérose est trop important. Il faut pouvoir continuer de s'inspirer, de manière critique, de la jurisprudence étrangère (en particulier, s'agissant du Code civil, de la jurisprudence française qui a été particulièrement dynamique depuis 1900).

Les avis divergent fortement sur la « troisième voie », consistant en des réformes ponctuelles et partielles plutôt que dans une modernisation plus radicale. La plupart des intervenants jugent trop conservatrice cette troisième voie.

M. *Patrick Kinsch*, lors de son intervention⁷, distingue trois types de conservatismes : à côté du respectable « conservatisme philosophique » qui craint qu'une modernisation de fond aboutisse à remplacer les maux existants par de nouveaux maux, il y a le conservatisme de confort⁸ et, surtout, le conservatisme idéologique. Ce dernier, cherchant à protéger des solutions de droit civil favorisant au maximum la libre entreprise, ne souhaite pas courir le risque de voir une réforme du Code civil importer de l'étranger des idées nouvelles « qui ne sont pas luxembourgeoises ». Si la décision de moderniser le Code civil est prise, les objections des conservateurs idéologiques devront être prises au sérieux – ce qui ne signifie pas qu'elles devront nécessairement l'emporter, mais que pour le moins une discussion démocratique devra s'engager autour d'elles⁹.

M. *Rafaël Jafferli*¹⁰ consacre des réflexions au thème du conservatisme des juristes et de leur tendance à résister à la réforme, tendance qui toutefois n'a pas pu l'emporter en Belgique. Ce penchant conservateur s'explique d'abord par le coût de formation : il faut se former à un nouveau droit. Mais le coût de la formation peut être mis en balance avec le coût d'accès à un droit jurisprudentiel en décalage avec les textes. Ensuite, on peut craindre le danger d'un

⁷ « Difficulté et facilité dans la modernisation du droit luxembourgeois. Les cas du droit (privé) commun, du droit dérogatoire et du droit pénal » : *infra*, section I.B.

⁸ Illustré par l'intervention d'un ancien bâtonnier au colloque *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, *op. cit.* : « Vous n'allez quand même pas nous renuméroter l'article 1382 du Code civil ! ».

⁹ Ce qui est notoirement délicat s'agissant d'une question comme celle de la réforme du Code civil, qui comporte également des aspects techniques redoutablement difficiles.

¹⁰ « L'expérience belge » : voir *infra*, section II.A.

bouleversement des équilibres. Mais toutes ces difficultés peuvent être limitées en codifiant à droit constant les solutions admises par la jurisprudence majoritaire et par la doctrine constante. L'argument de l'inutilité de la codification a été présenté en Belgique également. L'argument d'un risque d'obsolescence rapide des textes nouveaux a aussi été évoqué ; mais ce risque peut être compensé par l'introduction de principes souples, généraux, tels que la bonne foi, l'abus de droit, la proportionnalité ou encore le déséquilibre manifeste. Les détracteurs du mouvement de réforme ont enfin tiré argument de l'imprévisibilité des textes qui offrirait trop de pouvoir au juge ; mais il s'agit, en réalité, d'une évolution irrésistible. Les conservateurs opposent les bénéfices d'un droit ancien, rigide, prévisible aux inconvénients d'un droit moderne, flexible et incertain. Or, même un texte rigide, et certainement *plus encore* un texte rigide, suscite l'intervention de la jurisprudence. Plus la solution textuelle est rigide, plus la jurisprudence va trouver des solutions pour la corriger lorsqu'elle est contraire aux besoins de la pratique ou au sentiment d'équité en faisant appel à des principes généraux du droit ou aux droits fondamentaux pour corriger les excès de rigidité du texte. L'orateur estime que le rêve d'un droit clair doit être abandonné.

Selon l'intervenant belge, une réforme comporte de nombreux aspects positifs qui doivent emporter la décision en faveur de la réforme :

- l'accessibilité du droit civil pour le juriste généraliste, parce que le droit civil réel, tel qu'il a été façonné par la jurisprudence, n'est plus celui qui figure dans le Code de 1804,
- le renforcement de la sécurité juridique, car la loi présente à la fois une plus grande stabilité et légitimité (processus démocratique d'adoption après discussion au Parlement et prise en compte des intérêts d'une série de *stakeholders*) et une plus grande stabilité,
- la simplification des solutions jurisprudentielles,
- la modernisation : sur certains points précis on peut moderniser le droit civil en se reposant sur le droit comparé européen. Ainsi par exemple, la théorie de l'imprévision est reconnue largement. Pourquoi dès lors ne pas l'introduire dans le Code civil ?
- la cohérence entre les différentes parties du Code civil,

- la compétitivité et concurrence normative. Le droit est un marché, derrière lequel se place non seulement le marché économique des professions juridiques (lobby des avocats, des notaires), mais également les entreprises elles-mêmes dont l'activité s'internationalise. Tous les pays ont envie d'attirer les marchés et les opérations juridiques qui peuvent faire vivre une industrie. Un argument dans cette action de promotion est la modernité de son droit, qui se situe également dans une perspective future possible d'harmonisation européenne. Cet aspect de modernité n'est pas compatible avec le maintien d'un Code civil datant de 1804.

**B. Un contraste frappant : la difficulté de
moderniser le droit commun luxembourgeois,
face à la facilité de moderniser le droit dérogatoire
(et le droit pénal)**

M. Patrick Kinsch présente son intervention sous le titre « *Difficulté et facilité dans la modernisation du droit luxembourgeois. Les cas du droit (privé) commun, du droit dérogatoire et du droit pénal* ». Pour définir le droit commun, on peut partir de son principal texte, le Code civil. L'expression « droit commun » peut recevoir différents sens, dont un a déjà été indiqué par le passé¹¹ : c'est un ensemble de règles, formant un système orienté autour de principes cohérents, qui respecte l'égalité des sujets de droit et vise à réaliser un équilibre entre leurs droits et intérêts, et qui évite donc le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges. En plus, il se doit de rester à jour de l'évolution de la société. Le droit commun est précieux ; il s'agit même peut-être la partie la plus importante du droit tout entier.

La modernisation du droit privé commun, et notamment du Code civil, est actuellement en panne. Mais elle ne l'a pas toujours été. Au cours des années 1970 et 1980, il y a eu des réformes fondamentales y compris en droit des obligations ; mais ce mouvement de réforme s'est arrêté sauf en droit extrapatrimonial de la famille, où existe une forte demande sociétale.

¹¹ Cf. 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 (ou tiré à part, p. 3 et s.), également *Ann. dr. lux.*, vol. 27-28 (2017-2018), p. 9.

Deux éléments peuvent expliquer cette stagnation : le conservatisme (voir ci-dessus) et l'inertie qui se situe au ministère de la Justice et au Parlement. Les raisons en sont complexes, non imputables à des individus déterminés et pas particulièrement intéressantes à rechercher rétrospectivement. Mais leurs effets sont spectaculaires¹² : le Luxembourg ne réussit pas à réformer des pans importants de son droit, tel que son droit des procédures collectives ou son droit de la filiation, pourtant déclaré largement inconstitutionnel depuis plus de vingt ans.

Par contraste, la modernisation du droit dérogatoire est réelle et, en comparaison avec la modernisation du droit commun, étonnamment facile. Le droit dérogatoire est le droit-facteur de compétitivité du Luxembourg, fait de solutions qui n'ont pas le caractère équilibré du droit commun, mais qui sont intéressantes sur le marché international des normes. À cet égard, c'est l'énergie du Luxembourg pragmatique qui se manifeste et non pas son inertie. L'orateur indique quelques exemples de lois de ce type, dont il fait remarquer tout de suite que bien qu'elles touchent à des domaines fondamentaux du droit commun, elles n'ont pas été promues par le ministère de la Justice (dont se méfient visiblement les promoteurs réels de tels projets) :

- le ministère de l'Économie a promu la loi du 18 avril 2001 sur le droit d'auteur. Ce texte est remarquable parce qu'il s'inspire non pas de l'approche traditionnelle française ou belge du droit d'auteur, mais du système américain du *copyright*, en permettant aux auteurs de renoncer contractuellement à leur droit moral.
- en matière de droit des sûretés, le droit commun est presque resté le même depuis 1804¹³, mais à côté de celui-ci un nouveau droit des sûretés s'est imposé par voie de lois spéciales préparées tantôt par le ministère du Trésor et du Budget (la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière qui crée un gage dont le mode d'exécution est laissé à la discrétion des parties), tantôt par le ministère des Finances (la loi du 10 juillet 2020 relative aux garanties professionnelles de paiement créant une

¹² Pour plus de détails, voir la contribution citée *supra*, note précédente, nos 30 et 31.

¹³ Avec, quand même, de discrètes réformes. En particulier, la loi du 21 décembre 1994 a simplifié la constitution des gages et la loi du 8 janvier 2013 a amélioré la protection des cautions non professionnelles.

sorte de cautionnement bis et reposant sur une autonomie de la volonté complète et l'abandon de toutes les garanties que le droit du cautionnement offrait aux cautions. Cette loi s'applique tout autant aux garanties entre particuliers, entre personnes physiques, qu'aux garanties entre entreprises¹⁴).

Les textes dérogatoires au droit commun sont préparés pour les ministères par des conseillers externes, contre rémunération ou non. La bonne foi subjective de ces personnes qui estiment travailler dans l'« intérêt de la Place » ne peut être mise en doute. Les lois en question reposent sur une idée-force très simple : il n'est pas utile de faire des lois qui imposent un régime de faveur pour les parties dominantes dans une relation juridique, mais il suffit de prévoir l'autonomie de la volonté la plus large, et de garantir que le contrat sera valable quoi qu'il stipule. « Comme par définition la partie dominante est celle qui détermine le contenu du contrat, cela revient au même, et c'est *beaucoup plus élégant* ».

Innocent de ces dernières lois, le ministère de la Justice est le promoteur des lois de réforme en matière de procédure pénale et de droit pénal. Contrairement au Code civil, le Code pénal est régulièrement modernisé, et des infractions pénales nouvelles sont créées en réponse à des besoins sociaux (exemple récent : l'infraction de voyeu-risme). Contrairement à la procédure civile, la procédure pénale se modernise à un rythme vertigineux.

L'intervenant, tout en soulignant qu'il n'est pas spécialiste de la matière, lance une hypothèse pour expliquer cette différence : ne serait-ce pas le *Parquet* qui est là pour proposer ces réformes et pour les accompagner ? Si tel est le cas, il ne faut pas s'en offusquer puisque le Parquet n'est pas une institution diabolique, et les réformes qu'il suggère le sont assurément dans l'intérêt général, mais l'inconvénient est qu'il n'existe pas de véritable contrepoids.

¹⁴ Ceci n'est pas dû à la volonté du ministère des Finances – le projet de loi prévoyait un article excluant du champ d'application de la loi les garanties accordées par les personnes physiques (*Doc. parl. 7567*) – mais à l'intervention du Conseil d'État. Celui-ci estimait que cette définition étroite du champ d'application de cette loi dérogatoire violait le principe d'égalité devant la loi (avis du 16 juin 2020, *Doc. parl. n° 7567*, p. 3). Selon l'intervenant, cette utilisation du principe d'égalité (« le droit dérogatoire pour tous ») est discutable.

On peut en conclure que :

- le contraste entre modernisation en panne du droit commun, et modernisation effective du droit dérogatoire, s'explique par les excès du pragmatisme des Luxembourgeois, qui devraient se souvenir de l'importance du droit commun.
- tant en ce qui concerne le droit dérogatoire qu'en ce qui concerne le droit pénal, avoir des partenaires, des *stakeholders*, efficaces (les juristes de la Place, le Parquet) s'est révélé précieux sinon dans tous les cas pour l'impartialité des lois de modernisation¹⁵, du moins pour le fait brut de leur existence.

Le droit commun manque de tels partenaires, *stakeholders*, lobbyistes, défenseurs, alors que tous les juristes devraient l'être.

La discussion de l'intervention s'est concentrée sur le contraste entre droit civil et droit pénal. Mme Sam Tanson justifie les efforts particuliers investis par le ministère de la Justice dans la modernisation du droit pénal par deux facteurs : le droit de l'Union européenne force le Luxembourg à transposer ses concepts en droit interne et la demande sociétale de réprimer certains comportements est réelle – le voyeurisme en est un exemple récent parmi d'autres. Mme Martine Solovieff ne nie pas que le Parquet propose parfois des adaptations ponctuelles au ministère, mais considère que les grandes réformes en matière pénale et de procédure pénale sont de l'initiative du ministère de la Justice.

II. COMMENT MODERNISER ?

Après la question du pourquoi d'une réforme se pose celle de savoir comment réformer. Dans son allocution d'ouverture, Mme la Ministre de la justice a insisté sur cet aspect important : « Par quelles méthodes le petit Luxembourg peut-il réformer un grand droit ? À bien y regarder, la question de la méthode dépasse même celle de la réforme du Code civil. La question pourrait tout aussi bien être formulée ainsi : par quelles méthodes le Luxembourg peut-il réformer son droit commun par opposition au droit dérogatoire ? ». Pour tenter de répondre à cette question essentielle, il est apparu opportun d'une

¹⁵ Cette observation ne vise pas l'intervention du Parquet qui pour le moins est une institution publique, mais celle des conseillers de l'ombre dans le domaine du droit dérogatoire.

part d'examiner les méthodes de travail empruntées par les voisins belge et français dans les travaux de réforme de leur Code civil et d'autre part d'illustrer, par des expériences de réformes législatives, différentes méthodes utilisées au Luxembourg.

A. Comment la France et la Belgique ont-elles réformé leur Code civil ?

Il ne s'agit pas, à ce stade, de définir le modèle à suivre pour la réforme du droit civil luxembourgeois, mais de comprendre le *modus operandi* des réformes française et belge grâce aux présentations de M. Rémy Cabrillac, Professeur à l'Université de Montpellier, et de M. Rafaël Jafferalli.

M. *Rémy Cabrillac* expose que la France a fait le choix d'une recodification progressive et a maintenu la structure du Code civil. Aux réformes du droit des personnes et de la famille ou encore du droit des sûretés, s'est ajoutée l'importante réforme du droit des contrats et du régime de l'obligation par l'ordonnance du 10 février 2016 ratifiée par une loi du 20 avril 2018. Les réformes françaises présentent quatre traits caractéristiques :

- l'interdisciplinarité par le recours aux enquêtes sociologiques en particulier.

Le droit s'ouvre vers d'autres sciences pour mieux légiférer, en particulier vers la sociologie. Nombre des réformes entreprises ont été précédées d'enquêtes d'opinion soit globales soient limitées à une catégorie de praticiens et d'études statistiques. Les données sociologiques ainsi recueillies n'ont pas été pour autant érigées automatiquement en normes, elles ont simplement guidé les codificateurs dans certains choix fondamentaux.

Par exemple, l'enquête d'opinions qui a précédé la Réforme du droit des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 a fait apparaître un fort rattachement de la population française à l'idée communautaire, ce qui a conduit le législateur à renoncer à ériger la participation aux acquêts en régime légal au profit d'une communauté réduite aux acquêts.

- le comparatisme *lato sensu*.

La dimension du droit comparé est intégrée, par exemple, par la prise en considération des principes du droit européen des

contrats de la Commission Lando ou le projet de code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens.

- pluralisme.

La loi n'est plus seulement édictée pour imposer une règle unique mais pour proposer plusieurs modèles parmi lesquels chacun choisit celui qui lui convient.

- place à l'interprétation et au contrôle du juge.

La loi donne un rôle important au pouvoir d'interprétation du juge, en particulier en édictant des notions cadres, volontairement floues dont l'interprétation est abandonnée à la jurisprudence ce qui permet de faire évoluer la norme en fonction des mutations sociologiques sans qu'il soit nécessaire de la retoucher. Par exemple, de nombreux textes relatifs à l'autorité parentale ou au divorce se réfèrent à l'« intérêt de l'enfant » et le droit des régimes matrimoniaux recourt fréquemment à « l'intérêt de la famille ».

M. *Rafaël Jafferli* dessine des traits analogues dans le cas de la Belgique en ce qui concerne en particulier le droit comparé entendu largement et la flexibilité des notions conférant un large pouvoir d'interprétation au juge. La jurisprudence et la doctrine ont été les sources principales d'inspiration pour orienter les choix.

Pour le reste, la Belgique a opté pour une recodification qui se démarque radicalement du choix français en modifiant tant le contenu que la structure du Code civil. Il s'agit d'une recodification globale mais qui intervient progressivement livre par livre. Le Ministre de la justice a, en 2015, mis en place cinq commissions de réforme du Code civil :

- Commission de réforme du droit de la preuve.

La Commission de réforme du droit de la preuve, présidée par le Professeur Dominique Mougenot, était composée de trois académiques. Elle a proposé assez rapidement un texte qui a été soumis à consultation publique et voté et promulgué dans la foulée. La limitation quantitative du droit de la preuve est un des facteurs qui explique la rapidité avec laquelle cette Commission a travaillé.

- Commission de réforme du droit des biens.

La Commission de réforme du droit des biens a fait un travail remarquable, compte tenu de l'importance d'un point de vue

pratique du droit des biens mais aussi de l'ampleur des dispositions concernées et de leur complexité. Le texte a été adopté et promulgué rapidement également. Cette célérité est due à deux facteurs : d'abord le fait que la Commission était composée seulement de deux académiques, les Professeurs Pascale Lecocq et Vincent Sagaert (« moins on est nombreux plus on travaille vite »), et, ensuite, l'ampleur des enjeux. Quand on parle du droit des biens on parle d'enjeux économiques très importants notamment pour tout le secteur de la promotion immobilière et du notariat qui ont pu soutenir le processus politique d'adoption.

– Commission de réforme du droit des obligations.

La Commission de réforme du droit des obligations est présidée par les Professeurs Sophie Stinjs et Patrick Wéry. Une consultation publique a été lancée, et un texte a été déposé au Parlement. Mais le processus a été arrêté pour une série de facteurs académiques et politiques. Le nouveau ministre de la Justice et Gouvernement ont fait de la réforme du Code civil une des priorités officiellement reconnues dans l'accord de gouvernement, et le texte a été redéposé au Parlement et est actuellement à l'examen en Commission de la Justice. Les auditions des académiques auront lieu à la Chambre au mois de juin 2021. On peut espérer que le texte de droit des obligations soit examiné et peut-être voté d'ici la fin de l'année civile.

– Commission du droit patrimonial de la famille.

– La Commission du droit patrimonial de la famille travaille sous la présidence d'une seule académique, Madame le Professeur Hélène Casman, ce qui explique que les travaux ont pu se faire rapidement. Mais la discussion postérieure s'en trouvait ralentie, car certains académiques non impliqués ont estimé qu'ils auraient pu contribuer au projet.

– Commission de la responsabilité.

La Commission de la responsabilité, dernier projet en cours, est une commission plus largement étoffée, comprenant cinq académiques. Une consultation publique a été lancée. Ces travaux connaissent un frein académique, parce qu'on s'est rendu compte qu'il existait des divergences avec d'autres académiques en dehors de la Commission. Le droit de la responsabilité est un droit très jurisprudentiel, fondé sur l'interprétation

de l'article 1382. C'est un corpus où il y a moins de textes, si bien qu'il est plus difficile de codifier. À cela s'ajoute une difficulté politique, puisque les enjeux pour les compagnies d'assurances notamment et pour tous les praticiens du droit de la responsabilité sont très importants, surtout si l'on veut renforcer les droits de la victime. Ces intérêts divergents peuvent susciter une série de résistances. Comme les enjeux politiques sont plus importants que pour les projets techniques, l'adoption de ce texte devient plus compliquée, ce qui explique aussi le ralentissement.

Ces commissions sont placées sous la Présidence des Professeurs Eric Dirix et Patrick Wéry, chargés de co-présider l'ensemble du processus de réforme. Les livres sur le droit des biens et sur le droit de la preuve ont déjà été adoptés. Même si les Commissions n'ont pas élaboré leur proposition au même moment, force est néanmoins de constater l'efficacité de la méthode employée en termes de célérité, même si les travaux de certaines commissions sont plus difficiles à faire accepter que d'autres en particulier en raison de la composition de ces commissions. Cette question de la taille et du mode de fonctionnement des groupes de travail apparaît essentielle.

B. Comment des commissions de réforme ont-elles fonctionné au Grand-Duché de Luxembourg ?

M. *André Prüm* présente des expériences de réformes élaborées pour différents ministères par le Laboratoire de droit économique, d'abord au sein du Centre de recherches publiques Gabriel Lippmann puis au sein de l'Université du Luxembourg¹⁶. Les projets sont variés mais la méthode est comparable. Elle requiert un travail de recherche et de préparation en amont (« une bonne étude de droit comparé et du droit positif luxembourgeois »), mais se caractérise par une concentration du travail entre les mains d'un ou deux rédacteurs,

¹⁶ Pour le Ministère de la Justice, il a préparé sept avant-projets de loi dont cinq ont été transformés en lois, principalement dans le domaine du droit des sociétés, avec la loi de 2007 (restructuration d'entreprise), la loi de 2006 sur la société européenne, la réforme d'ensemble de la loi sur les sociétés commerciales qui a été adoptée en 2016. Pour le Ministère des finances, il a travaillé notamment sur la préparation de la loi sur la titrisation. Pour le Ministère du travail, il a élaboré la loi complémentaire à celle sur la société européenne concernant l'implication de travailleurs dans les sociétés européennes.

suivi d'une discussion avec les parties prenantes notamment au sein de la commission d'études législatives au ministère de la Justice et de ses sous-groupes, dont principalement le sous-groupe en droit des sociétés.

L'expérience du *Think Tank* pour l'arbitrage, présentée par Mme *Séverine Menétrey* est sensiblement différente. La méthode retenue pour élaborer une proposition de texte pour moderniser le droit de l'arbitrage repose sur un premier de temps de travail de recherche scientifique, puis sur une phase de rédaction. En revanche, tout le processus s'est opéré de manière collégiale et transparente. Toutes les présentations scientifiques, les procès-verbaux des réunions et tous les documents de travail et propositions de texte ont toujours circulé parmi la trentaine de juristes participant aux travaux du *Think Tank*. La rédaction du texte a été l'œuvre d'un groupe plus restreint de six personnes, mais une fois finalisés, les chapitres du projet de texte ont été présentés par leurs rédacteurs en assemblée plénière et discutés avec l'ensemble des membres.

Ces exemples montrent d'une part que la transparence et la discussion qui ont animé les travaux du *Think Tank* ont permis d'aboutir à une proposition de texte équilibré et légitimé par la discussion. Cette participation en assemblée plénière mérite intérêt dans le cas d'une réforme du droit civil dont tous les juristes sont parties prenantes. L'expérience du Laboratoire de droit économique tend à démontrer d'autre part qu'une étroite collaboration avec le ministère concerné est une condition d'efficacité du processus. Il ressort des deux expériences luxembourgeoises prises en exemple comme des expériences relatées par M. Rafael Jafferli qu'il est utile de conserver une trace interne du contenu des réunions, que tout texte doit être accompagné d'un exposé des motifs détaillé et que les relectures à plusieurs niveaux suivies de discussions sont gages de légitimité et d'efficacité du processus.

En synthèse, la France et la Belgique ont opéré la réforme de leur droit civil de manière différente, mais avec des résultats qui ont été jugés positivement dans les deux pays. Le système des commissions de travail en Belgique semble efficace et rejoint les deux expériences luxembourgeoises du Laboratoire de droit économique et du *Think Tank* pour l'arbitrage. Le cas français est un peu différent, mais M. Cabrillac a également conclu sur l'utilité de mettre en place

une commission chargée de déterminer l'ordre des matières devant être réformées en fonction des besoins et confiant à des spécialistes universitaires et praticiens la rédaction de projets.

Au cours des débats, M. Jafferali a insisté sur la nécessité « d'avoir une taille minimale pour refléter différentes sensibilités et anticiper les critiques du texte pour pouvoir les incorporer ». Mme Ligeti juge opportune la mise en place d'une commission de réforme composée de praticiens et d'universitaires. M. Prüm propose de remettre en place la commission d'études législatives. Et Mme la ministre de la Justice considère qu'il est préférable de fonctionner par spécialisation.

La mise en place d'une commission chargée d'assurer la coordination dans le temps et le contenu d'une réforme du droit civil doit incontestablement retenir l'attention. L'objectif des deuxièmes Assises du Code civil devrait permettre d'en jeter les bases en identifiant domaine par domaine les priorités.

III. PERSPECTIVES

Parmi toutes les raisons de réformer ou de ne pas réformer le Code civil, il y en a une qui est propre au Luxembourg et qui le place dans une situation à part : c'est celle de la masse critique. Ce n'est qu'une fois que cette spécificité aura été mise en évidence qu'il sera possible de revenir sur les méthodes de la réforme.

A. Le problème de la masse critique

La notion de masse critique n'a aucune portée juridique et on peut même dire qu'elle est à peu près absente des débats juridiques. On en trouve quelques occurrences dans la jurisprudence, à propos de questions purement factuelles, la masse critique renvoyant alors à un ensemble suffisamment large pour parvenir à un but déterminé¹⁷. C'est exactement cette question que pose la petite taille du Luxembourg dans l'élaboration d'une interprétation des textes en vigueur.

¹⁷ Pour un exemple à propos du refus d'autorisation de l'extension de l'activité de laboratoires d'analyse médicale à l'anatomie pathologique, laissant subsister le monopole d'une autre société, le ministre estimait notamment : « a contrario, il faut éviter une possible concurrence entre des laboratoires qui n'auraient plus la masse critique en analyses, en personnel ou en matériel performant pour assurer l'expérience des praticiens, la qualité et la sécurité des analyses et une viabilité financière correcte », cité dans Cour adm., 30 novembre 2017, n° 39702C du rôle.

Pour pouvoir garantir une application réfléchie des textes en vigueur, il faudrait pouvoir appuyer l'application de chacune de leurs dispositions sur un nombre suffisant de décisions. Faute d'un tel maillage, le juriste, et particulièrement le juge, serait contraint de construire un raisonnement sans référentiel, sans matériaux pour fonder son raisonnement. Chaque décision nouvelle apparaîtrait comme une première décision et il ne serait pas possible de construire une orientation cohérente. L'exemple de la cession de contrat illustre la difficulté : on ne repère que trois décisions rendues par la cour d'appel en la matière depuis quinze ans¹⁸, et celles-ci ont soulevé des problématiques si différentes qu'il est bien difficile d'en tirer des conclusions solides¹⁹.

Le recours du Luxembourg aux droits français et belge est bien connu. Il convient seulement de rappeler que cette référence est présente à tous les stades des écrits juridiques : le législateur y puise des modèles, mais ensuite les avocats et les juges s'y réfèrent également pour déterminer l'application des textes. Les productions doctrinales, quand elles existent, en font de même. Tous les acteurs s'accordent sur le constat que la référence aux modèles limitrophes s'explique par la faiblesse de la production juridique luxembourgeoise. Un argument de poids en faveur de l'exigence de la réforme-miroir du droit luxembourgeois par rapport aux droits français et belge paraît donc être que la jurisprudence luxembourgeoise est quantitativement insuffisante pour permettre une interprétation raisonnée des textes et qu'il est nécessaire que les textes luxembourgeois soient, en général et sauf exceptions spécialement voulues par le législateur, identiques aux textes français ou belge afin de pouvoir puiser dans leur jurisprudence considérablement plus nombreuse.

Il nous semble que plusieurs justifications de la nécessité de réforme viennent s'ajouter à celle de la masse critique. Tout d'abord, il convient de remarquer que, jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence luxembourgeoise était fondamentalement inaccessible. Certes,

¹⁸ Cour d'appel, 4 mars 2009, *Pas.* 34, p. 442 ; *J.T.L.* n° 8, 2/2010, p. 65, obs. D. HIEZ ; Cour d'appel, 10 février 2010, *Pas.* 35, p. 157 ; *J.T.L.* 2011, p. 48, obs. D. HIEZ ; *JurisNews Construction*, n° 1/2010, p. 97 ; Cour d'appel, 9^e ch., 21 décembre 2016, n° 41762 du rôle ; *JurisNews Obligations*, n° 3-4/2017, note A. WAISSE

¹⁹ Pour des analyses synthétiques : D. HIEZ, « Cession de créance, de dette et de contrats. Rapport luxembourgeois », in P. ANCEL et A. PRÛM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Larcier, 2020, p. 753 ; A. WAISSE, « La cession de contrat en droit luxembourgeois : le triomphe du consentement ? », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 623.

le système Judoc fournissait aux juges une base documentaire, mais celle-ci était limitée quantitativement et par sa méthodologie. De plus, les autres professionnels du droit n'y avaient pas accès. Un accès plus large à la jurisprudence était assuré via les résumés de jurisprudence du centre de documentation CREDOC géré par le Parquet général. Mais les informations ainsi rendues disponibles restaient limitées et souvent lacunaires. Depuis quelques années la situation s'est améliorée, à des degrés différents selon les juridictions. Il n'en reste pas moins qu'à l'heure actuelle, l'accès à la jurisprudence judiciaire reste toujours insuffisant, de même que le rythme de la mise à disposition de celle-ci via les moteurs de recherche.

Un autre point nous semble mériter l'attention : la faiblesse, voire l'absence de doctrine luxembourgeoise malgré la création de l'université en 2003. Sans chercher les responsabilités de cette situation, force est de constater que la doctrine est encore quantitativement et qualitativement insuffisante.

Les justifications alternatives proposées ne renversent pas l'analyse du besoin d'un droit de référence. Que ce soit parce que la jurisprudence est inaccessible, parce qu'il n'existe pas de doctrine, ou parce que la taille critique n'est pas atteinte, les conditions ne sont pas remplies pour que le droit civil luxembourgeois vive une vie totalement autonome et il nous semble que cette situation est appelée à perdurer. Pour cette raison, le « refus du suivisme » doit être pris avec prudence. Bien sûr, il n'est pas pertinent d'envisager un suivisme systématique et le Luxembourg a toujours, avec profit, pratiqué une inspiration réfléchie. Mais incontestablement l'insuffisance de la jurisprudence luxembourgeoise constitue un argument qui doit compter parmi les critères d'appréciation des besoins de réforme.

B. La méthode de la réforme

Il nous semble que la méthodologie d'une réforme soulève deux types de questions assez différentes : d'un côté, si on veut que le processus de réforme soit pérenne, ce qui s'impose si l'ambition dépasse une réforme ponctuelle, il faut mettre en place une structure appropriée. Ceci est toutefois insuffisant et il faut encore fournir quelques repères sur la façon dont la réforme sera préparée. La question du cadre institutionnel a déjà été discutée par les orateurs et il

suffit d'en tirer les conclusions. La méthodologie de la réforme n'a été qu'effleurée et il convient de systématiser les propositions à cet égard.

1. Le cadre institutionnel

L'ampleur potentielle des réformes soulève de nombreuses questions au regard de leur préparation. En effet, il convient de trouver des équilibres entre préoccupations partiellement contradictoires : émergence d'un consensus relatif et efficacité de la rédaction d'une part et cohérence de l'ensemble et spécialisation des matières traitées d'autre part. Quoique ces deux paires de considérations s'opposent, elles nous semblent toutes importantes. Certes, il n'est pas nécessaire d'atteindre un consensus et un choix politique s'achève par un vote. L'implication du plus grand nombre de personnes, représentant des intérêts contradictoires, ne doit toutefois pas être vue comme un danger mais comme un enrichissement, qui au demeurant accroît les chances de succès du projet et facilite sa future mise en œuvre. D'un autre côté, les réalités de l'écriture font obstacle à une implication d'un grand nombre de personnes. De la même manière, même si le Code civil n'est pas réformé dans son ensemble, l'absence totale de réformes depuis des décennies dans de nombreux domaines risque de requérir des réformes d'ampleur, qui pourraient toucher des concepts fondateurs du droit civil. Dans ces conditions, il est important d'avoir un regard global sur le ou les projets afin de garantir la cohérence de l'ensemble. Et pourtant, dans le même temps, on sait que le droit est soumis à une spécialisation croissante et que seule une poignée de spécialistes est capable de rédiger un projet déterminé.

Les deux expériences luxembourgeoises récentes qui ont été développées sont extrêmement intéressantes, d'une part parce qu'elles diffèrent assez fondamentalement, et d'autre part parce qu'elles ont connu toutes deux des succès. Pour simplifier, ce qui distingue les deux approches, c'est que le Laboratoire de Droit Économique s'est concentré sur la rédaction technique de textes, en collaboration avec l'un ou l'autre Ministère, laissant à ces derniers le soin d'opérer les consultations des parties prenantes. Le *Think Tank* pour le développement de l'arbitrage a, par contraste, intégré la discussion élargie dans son processus et, avec une implication plus diffuse du ministère, a abouti à l'élaboration d'un projet dont le ministère s'est très largement inspiré.

Pour trouver la pierre philosophale, il est proposé de repartir d'une structure ministérielle existante, qui a fait ses preuves dans le passé : la commission d'études législatives. Par le passé, celle-ci s'est déclinée dans les diverses branches du droit, et force est de constater qu'elle ne fonctionne plus réellement que dans le domaine du droit des sociétés. Il convient donc de la réactiver pour le droit civil, selon une forme sans doute différente pour répondre aux besoins spécifiques de la matière. Les lignes qui suivent sont donc la proposition de formalisation qui semble émerger.

La commission d'études législatives, section civile, aurait vocation à encadrer la globalité des réformes envisagées dans le Code civil. Si elle est mise en place, il faut veiller à ce que sa composition soit assez large et que ses réunions soient régulières. À ses côtés, ou en son sein, plusieurs groupes spécialisés devront être établis, correspondant à des domaines plus précis et conséquemment à des projets de réforme ciblée. L'idée est que la section civile siègera en assemblée plénière pour débattre des orientations générales, entendre les rapports des groupes spécialisés, veiller à la cohérence d'ensemble des travaux et approuver les textes finalement proposés par ces groupes. L'étendue du spectre des membres de la section civile sera le gage de l'implication la plus large : ministère évidemment, universitaires de même, les différentes professions du droit, mais pourquoi pas aussi des représentants de groupes de défense d'intérêts particuliers, voire des personnes à titre individuel. Il semble envisageable de faire un appel très général, car le risque d'une composition trop grande pour un bon fonctionnement paraît réduit. Un éventuel enthousiasme de départ serait rapidement freiné par la réalité des débats, leur irréductible technicité et la charge de travail.

La composition des groupes spécialisés serait beaucoup plus restreinte. Tous les membres devant être capables de contribuer aux études ou au travail de rédaction, leur fonctionnement sera nécessairement aussi plus intense. En d'autres termes ces groupes spécialisés répondraient à la double exigence de la spécialisation et de l'efficacité.

Une fois ce cadre posé, encore faut-il donner quelques pistes quant aux modalités concrètes du processus de réforme.

2. La méthodologie préparatoire

Cette question relève de la légistique et il est possible de s'appuyer sur des travaux déjà publiés²⁰. Pourtant, la petite taille du pays retrouve ici son empire et les modèles étrangers ne peuvent être transposés à l'identique. Cela transparaîtra à travers tant les étapes du processus que la place du droit étranger. Une remarque générale s'impose préalablement : l'importance de garder une trace écrite des travaux et des débats.

a. Les étapes du processus

Une fois arrêté le choix politique des domaines à réformer avec leur ordre de priorité, un programme à moyen terme pourra être établi et sur cette base pourront être constitués les groupes spécialisés. Il appartiendra alors à chaque groupe spécialisé de fixer son propre programme dans le cadre des objectifs qui lui auront été donnés. On peut *grosso modo* distinguer trois phases : l'étude préalable, la discussion collective, l'écriture. Ces trois étapes se chevaucheront souvent, mais elles sont méthodologiquement distinctes.

Selon les matières, l'étude sera plus ou moins complexe et longue, mais elle portera peu ou prou sur les éléments suivants : mise en lumière des contextes social et économique et des intérêts en présence, état approfondi du droit positif luxembourgeois avec mise en lumière des difficultés politiques et techniques qu'il soulève, comparaison avec les droits français et belge et, autant que nécessaire, avec d'autres droits qui présentent des mécanismes intéressants. Ces études seront écrites, en se basant ou en renvoyant à des écrits préalables. L'existence d'une doctrine plus ou moins fournie et approfondie aura nécessairement un impact sur le temps y consacré, autant que la complexité de la matière.

b. La place des droits étrangers

C'est à cet égard que la particularité de la situation luxembourgeoise se manifeste le plus, et ce à deux titres : un regard renforcé sur le droit étranger, et un recours inhabituel à des universitaires étrangers.

²⁰ C. TOUBOUL, *Concevoir un texte normatif*, Dalloz, 2020 ; C. BERGÉAL, *Manuel de légistique*, Berger-Levrault, 2018.

L'attention portée au droit étranger est traditionnelle au Grand-Duché, voire consubstantielle au droit luxembourgeois. Elle s'est toujours manifestée dans le passé, on en trouve ainsi la trace jusque dans les travaux parlementaires, et elle figure encore aujourd'hui en bonne place dans les réformes récentes. Elle va de soi et il n'est pas besoin d'y insister.

L'appel à des universitaires étrangers peut surprendre davantage, quoiqu'il y ait été recouru autrefois. La création de l'Université du Luxembourg pouvait faire penser que cette pratique avait vocation à s'éteindre. C'est une erreur. Tout d'abord, tous les professeurs de droit à l'Université du Luxembourg ne sont pas des spécialistes de droit luxembourgeois, et la politique de niche a conduit au recrutement de nombreux spécialistes ciblés assez éloignés du droit civil, voire de la culture juridique francophone. Dans ces conditions, les professeurs civilistes sont en nombre limité, et on sait que les praticiens qui contribuent à la recherche en droit civil luxembourgeois ne sont pas plus nombreux. Selon les études préparatoires qui seront nécessaires, selon les thèmes de réforme qui seront décidés, il est probable que les seules mains luxembourgeoises ne permettront pas une avancée raisonnable des travaux. Il ne faut pas dans ce cas s'interdire de faire appel à des compétences étrangères, pourquoi pas en les intégrant dans les groupes spécialisés afin de ne pas rompre la méthode participative arrêtée.

