

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT
JOURNEES LOUISIANAISES**

**CULTURE ET DROIT CIVIL
Rapport national luxembourgeois**

par un Collectif d'auteurs
du groupe luxembourgeois
de l'Association Henri Capitant *

**CULTURE ET DROIT PROCESSUEL
Rapport du Luxembourg**

Rapporteur :
Thierry Hoscheit
Président du Conseil de la concurrence, Magistrat

**Pasicrisie luxembourgeoise
2009**

Ont collaboré à la discussion et/ou la rédaction : MM. Bertrand Christmann, André Elvinger, Alex Engel, Patrick Kinsch, M^{me} Myriam Pierrat, MM. André Prüm et Georges Ravarani.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT JOURNEES LOUISIANAISES

CULTURE ET DROIT CIVIL Rapport national luxembourgeois

par un Collectif d'auteurs
du groupe luxembourgeois
de l'Association Henri Capitant *

■ I.- La question de l'"originalité" du droit civil luxembourgeois

1. Le droit civil luxembourgeois n'est assurément pas une création luxembourgeoise entièrement autonome ; il se définit au contraire par rapport à un modèle, qui est le modèle français – sans que pour autant la culture juridique luxembourgeoise soit identique à celle de la France. Historiquement l'emprunt au droit français a été si important qu'avec une pointe seulement d'exagération, on peut parler de tutelle française (ou parfois franco-belge – mais le droit belge est lui aussi, historiquement, dérivé du droit français) (A). Ce n'est que récemment que des velléités d'émancipation du droit luxembourgeois peuvent être constatées (B).

■ A.- L'histoire : un droit luxembourgeois sous tutelle

a) Les origines

2. A la recherche de "rapports privilégiés" entre la France – s'agissant du pays dont le Code a été "imité" – et le Luxembourg : – Il faut rappeler d'abord que le Luxembourg n'existait pas comme nation au moment de la codification. L'ancien duché de Luxembourg avait fait partie de l'Empire romain germanique dont il ne constituait qu'une des très nombreuses principautés mais auquel il avait donné quatre empereurs. En 1443, le Luxembourg fut conquis par les Bourguignons, qui allaient entrer par mariage dans le giron habsbourgeois, culminant sous Charles Quint. A la division de l'Empire sous Charles Quint, le Duché de Luxembourg, qui faisait partie des territoires habsbourgeois, s'est trouvé avec une étendue beaucoup plus grande qu'aujourd'hui sous la couronne d'Espagne, avec les Pays-Bas qui comprenaient encore la Belgique d'aujourd'hui, pour passer ensuite, jusqu'à la Révolution française, sous la couronne habsbourgeoise d'Autriche. Ephémèrement le Luxembourg, toujours après conquête, s'était trouvé rattaché à la France de Louis XIV, qui avait laissé à la ville de Luxembourg l'énorme extension de sa forteresse par Vauban. Annexé à la France sous la Révolution française et le premier Empire, placé sous l'état tampon des Pays-Bas en 1815, le Luxembourg ne devenait une nation qu'en 1839.

3. Les rapports existants sur le plan des institutions judiciaires : – Ce sont les Bourguignons qui avaient les premiers mis en place une véritable organisation judiciaire¹. Sous Charles Quint les tribunaux seigneuriaux, prévôtaux et ceux mis en place pour les villes par des chartes² étaient jugés en appel par le Conseil provincial qui siégeait à Luxembourg, la

¹ N. Majerus, Histoire du droit dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 350.

² P. Majerus, Luxembourg in Mittelalter und Neuzeit, 1974, p. 36, p.37 et p.105.

³ Ont collaboré à la discussion et/ou la rédaction : MM. Bertrand Christmann, André Elvinger, Alex Engel, Patrick Kinsch, M^{me} Myriam Pierrat, MM. André Prüm et Georges Ravarani.

juridiction suprême de cassation étant établie à Malines³ pour l'ensemble des provinces des Pays-Bas⁴. Toujours sous les Habsbourg, mais cette fois un empereur autrichien, Joseph II – à beaucoup d'égards un véritable précurseur de la Révolution française –, les anciennes juridictions seigneuriales et échevinales furent supprimées et remplacées par des tribunaux de première instance jugés en appel par un Conseil d'appel qui siégeait à Luxembourg pour la province de Luxembourg et à Bruxelles pour toutes les autres provinces des Pays-Bas, avec un Conseil souverain de révision à Bruxelles⁵.

Le régime institué par Joseph II, en partie supprimé sous son successeur conservateur Léopold⁶, était déjà allé loin, sur le plan processuel, vers ce qu'allait apporter la Révolution française sous le Directoire⁷, avec l'organisation judiciaire mise en place par la Constitution de l'An III. Celle-ci comportait des juges de paix par canton et, en appel des juges de paix et au-delà de leur seuil, un tribunal de département, le Luxembourg étant devenu le "Département des Forêts". Les tribunaux de département étaient soumis à l'appel par voie circulaire, les tribunaux de département jugeant les uns les appels des autres, le tout sous un tribunal de cassation pour toute la France⁸.

Il n'y a donc pas eu de véritable choc de culture juridique au sens où l'entend le rapporteur général.

4. Les rapports sur le plan linguistique : – On ne peut pas davantage parler de choc sur le plan linguistique.

Lorsque le latin fut peu à peu abandonné comme langue publique et administrative, c'est le français qui fut adopté, par exemple dans les plus anciennes chartes luxembourgeoises⁹. Les comtes de Luxembourg étaient, par éducation et mariage, proches de la France, même lorsqu'ils devenaient empereurs germaniques, sauf l'empereur Sigismond, qui semble s'être servi de préférence de l'allemand¹⁰. Les premiers documents allemands se retrouvent cependant déjà dans des chartes et privilèges au 14^e siècle. Les justices du pays¹¹ se servaient des deux langues, du français et de l'allemand. Avec la conquête bourguignonne, le français reprend le dessus comme langue officielle de l'administration, et depuis lors et dès avant la Révolution française, toutes les correspondances officielles et les procès-verbaux des Etats et du Conseil étaient rédigés en français, ce qui n'empêchait pas que des ordonnances adressées par les souverains au Conseil étaient rédigées en français et en allemand et que le conseil provincial permettait aux parties d'utiliser l'une ou l'autre des deux langues à leur gré. Encore sous les gouvernements espagnol et autrichien, la langue française était la seule langue officielle dans l'administration, à l'exception d'une courte période sous Charles V et Philippe II¹².

5. Les rapports sur le plan des "croyanances, valeurs et pratiques" : – Si le "choc" fut modéré quant aux institutions, Bruxelles étant au niveau suprême remplacée par Paris, et sur le plan linguistique, où le français avait été à tout le moins dominant, la vraie révolution juridique était celle des codes qui, au Luxembourg, comme en France, venaient remplacer les coutumes.

Les coutumes n'étaient pas propres à une nation, mais régnaient sur des territoires qui ne coïncidaient pas nécessairement avec des Etats ou autres institutions territoriales de droit public. Même lorsqu'elles s'exprimaient en des langues différentes, les coutumes étaient souvent proches les unes des autres. Aussi le choc de la codification n'était-il pas

³ D'où pour longtemps le terme "Mir gin op Mechelen" (On va à Malines), pour dire qu'on se pourvoit en cassation

⁴ G. Trausch, *Le Luxembourg sous l'ancien régime*, 1972, p. 182.

⁵ N. Majerus, p. 682.

⁶ G. Trausch, p.36 ; Majerus, p.682.

⁷ G. Trausch, p. 41.

⁸ N. Majerus, p. 702 ; G. Trausch p. 47.

⁹ N. Majerus, p. 309.

¹⁰ N. Majerus, page 310.

¹¹ N. Majerus, page 311.

¹² N. Majerus, page 610.

nécessairement plus grand au Luxembourg qu'en France. Il en était ainsi d'autant plus que le Code civil prenait pour une très grande partie appui sur les coutumes qui existaient et qui avaient été différentes selon les régions françaises comme elles le furent dans les territoires des anciens Pays-Bas, de l'Allemagne et de l'Autriche.

Le caractère paternaliste du Code civil, qui s'était bien gardé d'apporter une égalité des sexes et confirmait pour un siècle et demi l'incapacité de la femme mariée, contribuait à ce que sur ces plans la codification n'apportait pas de révolution. Il en était autrement pour ce qui était resté de la féodalité ou des institutions quasi-féodales. Dans le droit des successions et des donations, la Révolution, puis le Code civil abolirent le droit d'aînesse, les substitutions et l'exclusion des filles¹³.

6. Quant à l'"imitation" ou à l'"admiration" du Code civil : – On peut difficilement parler, à propos du Luxembourg, d'"imitation" des codes puisque ceux-ci furent imposés sous un régime d'annexion. Il n'empêche que le Code civil était porté par ce que le rapporteur général appelle un "sentiment d'admiration", ou du moins par une adhésion indiscutée qui fit que ni la séparation de la France en 1815 ni l'indépendance du Grand-Duché de Luxembourg en 1839 ne remirent en question le maintien des codes.

Comme on le constatera, la fidélité du Luxembourg au Code civil fut telle que les modifications qui y furent apportées avec une grande prudence, le furent avec des retards parfois importants, et toujours sur le modèle français.

7. Il est toutefois intéressant de souligner, à l'instar de deux auteurs luxembourgeois quelque peu iconoclastes¹⁴, que l'application, constante depuis son introduction au Luxembourg, du Code civil, ne reposerait pas nécessairement sur des bases solides.

Ces auteurs expliquent qu'après la débâcle napoléonienne et le retrait des troupes françaises du pays, en mai 1814, le représentant des puissances alliées, qui ont administré le pays de 1814 à 1815, décidait que les lois françaises continueraient *provisoirement* à produire leurs effets au Grand-Duché tant qu'elles n'auraient pas été formellement abrogées ou modifiées.

Lorsque, en 1815, le Grand-Duché fut rattaché à la Hollande, et était supposé être régi par les mêmes lois que les autres provinces des Pays-Bas de l'époque, les lois civiles et pénales en vigueur au Luxembourg n'ont pas été touchées.

Mais alors que le nouveau Code civil hollandais, dont la publication avait été entreprise en 1822, avait vocation à s'appliquer également au Grand-Duché où il devait entrer en vigueur le 1^{er} février 1831, la révolution belge du 25 août 1830 à Bruxelles changeait la donne et le Roi Grand-Duc, par arrêté du 15 janvier 1831, décidait de surseoir à l'introduction du Code hollandais au Grand-Duché de Luxembourg.

Ce serait donc un Code civil en sursis qui a continué à régir le droit privé luxembourgeois.

M. Modert et Y. Maadi, pour justifier leurs doutes sur la valeur de ce code au Luxembourg, soulignent en outre qu'alors que son article 1^{er} fait de la publication d'une loi la condition nécessaire et préalable de son entrée en vigueur, c'est sur une initiative privée que le Code civil a été publié pour la première fois au Luxembourg, l'éditeur ayant par ailleurs jugé bon de procéder, d'autorité, à une modification de celles de ses dispositions qui ne pouvaient s'appliquer telles quelles, et a par exemple remplacé la référence à l'Empereur par une référence au Grand-Duc dans les articles qui le nécessitaient.

Quoiqu'il en soit, et comme le disent fort bien ces auteurs, "techniquement abrogé ou non par le Roi Grand-Duc, le code civil n'en demeure pas moins solidement ancré dans nos traditions et mœurs. Son autorité tient à la pérennisation coutumière de ses normes mais avant tout, elle résulte de l'universalité de certaines de ses dispositions".

¹³ N. Majerus, p. 707.

¹⁴ M. Modert et Y. Maadi, *Au diable le Code civil!*, in *Le bicentenaire du Code civil Une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis 2004, p. 67 et suivantes.

b) Un Code civil luxembourgeois toujours très "français":

8. Au niveau législatif, longtemps le droit luxembourgeois est resté fidèle au Code civil dans sa forme originale, léguée par le régime français, puis à l'inspiration française lors des lois modificatives. Un premier état des lieux a été publié par Paul Ruppert en 1904 dans le *Livre du centenaire du Code civil*¹⁵; il montre qu'à l'époque, les modifications apportées au texte original du Code civil étaient extrêmement rares et suivaient, là où elles étaient intervenues, des lois modificatives françaises.

Mais cette fidélité s'est également exprimée dans la jurisprudence.

L'avantage évident, pour les juristes luxembourgeois et en particulier pour les juges, de cette filiation, c'est la précieuse source d'inspiration qu'a constitué, de long temps, et que constitue aujourd'hui encore, la jurisprudence française, qui est fidèlement suivie dans de multiples domaines.

Elle l'a d'ailleurs été, en matière de responsabilité civile, dans un domaine plus vaste encore que celui dans lequel elle opère en France, puisqu'en application de l'article 84¹⁶ de la Constitution luxembourgeoise, héritée de la Belgique, la responsabilité des pouvoirs publics, tout comme celle des particuliers, est régie par le Code civil.

9. Toujours en matière de responsabilité civile, la jurisprudence française a été presque instantanément suivie, par exemple en ce qu'elle a consacré, sur base de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, qui ne faisait qu'annoncer certaines responsabilités du fait d'autrui envisagées par les alinéas suivants de l'article 1384, un principe général de responsabilité du fait des choses.

C'est, en France, l'arrêt Jand'heur¹⁷ qui, en 1930, a donné l'impulsion à la généralisation du principe de responsabilité du fait des choses en écartant toute distinction tirée de la nature ou des caractéristiques de la chose. Dès 1931, la Cour de cassation luxembourgeoise¹⁸ s'est engagée sur la même voie.

Depuis lors, la jurisprudence est constante en ce sens que l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil pose "une présomption de responsabilité du gardien d'une chose du seul fait de celle-ci en dehors de toute faute dans le chef du gardien"¹⁹, et de manière assez frappante, l'essor pris au Luxembourg par la responsabilité du fait des choses est très comparable à celui qu'il a pris en France. Cette responsabilité se trouve devenue la principale base légale des actions en responsabilité engagées devant les tribunaux.

10. La responsabilité des pères et des mères est encore un domaine où la jurisprudence luxembourgeoise est en phase avec la jurisprudence française. Alors que traditionnellement les parents responsables du fait de leur enfant pouvaient s'exonérer en démontrant l'absence de faute de surveillance et l'absence de faute dans l'éducation, les décisions les plus récentes semblent vouloir suivre la solution prônée par la Cour de cassation française dans son arrêt Bertrand du 19 février 1997²⁰.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que les parents étaient responsables de plein droit du fait de leurs enfants mineurs et qu'ils ne pouvaient s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure, ceci malgré les termes clairs et précis de l'article 1384 alinéa 7 du Code civil français (alinéa 5 du Code civil

luxembourgeois) qui dispose que les père et mère sont responsables "à moins qu'ils ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité".

Cette décision aboutissant, en fait, à frapper de *caducité*²¹ l'article 1384 alinéa 7 du Code civil français, on aurait pu penser que les juridictions luxembourgeoises répugneraient à la suivre. Ce n'est pas le cas puisque bon nombre d'entre elles affirment désormais une responsabilité de plein droit à charge des parents et optent très clairement pour la solution adoptée le 19 février 1997 par la Cour de cassation française en se référant expressément à l'arrêt en question²².

■ B.- Le présent : une émancipation timide

11. Les écarts du juge luxembourgeois: Mais le juge luxembourgeois peut aussi se montrer récalcitrant. Il arrive en effet que les juridictions luxembourgeoises se refusent à suivre l'impulsion donnée par la Cour de cassation française.

Elles n'ont par exemple jamais entériné la jurisprudence française en matière d'exonération du gardien en raison de la faute de la victime, en particulier celle née avec le célèbre arrêt Desmares du 21 juillet 1982²³. La Cour de cassation française avait dans cette décision remis en cause le principe selon lequel le responsable d'un dommage, en l'occurrence le gardien d'une chose, était exonéré en tout ou en partie lorsque la victime avait contribué elle-même à la réalisation de son préjudice et affirmé qu'il n'y avait lieu à exonération du gardien qu'en cas de faute de la victime présentant les caractères de la force majeure.

La décision était dictée par le souci de la Cour de cassation de forcer le législateur français à adopter une législation²⁴ plus protectrice des piétons en matière d'accidents de la circulation, ce qui fut fait avec l'adoption de la loi française du 5 juillet 1985.

Cette bataille gagnée, la jurisprudence française est revenue à une solution proche de la solution antérieure et est désormais en ce sens que seule *la faute* de la victime peut être partiellement exonératoire lorsqu'elle ne présente pas les caractères de la force majeure alors que le fait de la victime, *non fautif*, doit nécessairement présenter ces caractéristiques de force majeure pour, en France, être exonératoire en partie de la responsabilité du gardien de la chose.

La jurisprudence luxembourgeoise en revanche est restée constante, tant durant la période 1982-1987 que dans celle qui a suivi l'adoption de la loi française sur les accidents de la circulation et continue à reconnaître un effet partiellement exonératoire à la fois à la faute et au fait de la victime ne présentant pas les caractères de la force majeure, approuvée en cela par la doctrine luxembourgeoise :

"Il n'y a pas que des victimes, il y a également des personnes auxquelles on impute des faits qui se sont produits, non par leur propre fait, mais par celui d'autres personnes, et cela indépendamment d'une question de comportement fautif ou non de ces dernières. Il paraît donc qu'on ne puisse pas souscrire à l'affirmation selon laquelle l'exonération du défendeur par le fait non fautif de la victime conduit à créer une véritable "responsabilité sans faute de la victime", mais bien au contraire, que l'exigence d'un comportement fautif de celle-ci conduit à une responsabilité sans causalité du défendeur!"²⁵.

12. Le "grand écart" des juges luxembourgeois: L'on rencontre encore parfois un sentiment partagé des juges luxembourgeois sur l'accueil à réserver à une nouvelle

¹⁵ "Modifications apportées au Code civil dans le Grand Duché de Luxembourg", *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, Paris, 1904, t. II, p. 793-803, à l'intérieur de la troisième partie intitulée "Le Code civil à l'étranger" ; il s'agit d'une brève chronique législative, sans observations critiques.

¹⁶ "Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux". Cet article est littéralement identique à l'article 144 de la Constitution belge.

¹⁷ Cass. fr. ch. réunies, 13 février 1930, D. 1930, I, 57.

¹⁸ Cass. lux., 26 février 1931, Pas. lux., XII, p. 193.

¹⁹ Cass. lux., 15 janvier 2004, n° 07/04.

²⁰ Cass. fr. 2^e civ., JCP 1997. II. 22848.

²¹ Cf P. Jourdain, obs. sous Cass. fr. 2^e civ. 18 mai 2000, D. 2000, sommaires commentés, 468.

²² Cf G. Ravarani, La responsabilité des personnes privées et publiques, *Pasicrisie* 2006, n° 777.

²³ Cass. fr. 2^e civ., D. 1982, p. 449.

²⁴ Alors qu'en France, le régime de la responsabilité du fait des choses se trouve aujourd'hui concurrencé par un certain nombre de régimes spéciaux, le législateur luxembourgeois ne ressent pas la nécessité de suivre cette voie ; d'une manière générale, il ne veut ni ne peut transposer chez lui l'inflation législative qui sévit en France.

²⁵ G. Ravarani, op. cit., n° 982.

jurisprudence de la Cour de cassation française, les juridictions inférieures se montrant souvent plus critiques que la Cour d'appel. C'est le cas, par exemple, de la responsabilité du fait d'autrui.

La Cour de cassation française, comme en matière de responsabilité du fait des choses, a, sur base de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, édicté un principe général de responsabilité du fait d'autrui²⁶, solution que l'avant-projet de réforme du droit des obligations préparé sous la direction de Pierre Catala entend consacrer législativement (article 1355).

A l'instar de la Cour de cassation belge, hostile à cette solution²⁷, la Cour d'appel luxembourgeoise s'est montrée réticente à l'idée d'une interprétation extensive de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil qui irait dans le sens d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui.

Dans un arrêt rendu le 9 février 2000, la Cour d'appel a en effet décidé que : *"On ne saurait lire dans l'article 1384, alinéa 1^{er} du code civil l'existence d'un principe général de responsabilité civile du fait d'autrui et d'étendre l'application des dispositions existantes à d'autres personnes que celles visées explicitement et limitativement par les textes. Répondre signifie "se porter garant, témoigner des qualités d'un tiers, lui apporter son propre crédit". Or, ce n'est pas parce qu'on se porte garant du comportement de quelqu'un qu'on est automatiquement responsable. Pareille situation apparaît très délicate dans la mesure où on se verrait contraint d'assumer les conséquences dommageables de l'exercice de la liberté d'autrui, alors qu'on ne peut pas, en principe, en toutes circonstances en contrôler la conduite"*²⁸.

La juridiction inférieure a toutefois, dans une décision beaucoup plus récente, considéré, sans aucune limitation que : *"En application de l'article 1384, alinéa 1^{er} du code civil, une association d'action éducative doit répondre du fait d'un mineur qui lui a été confié par une décision de placement ordonnée par le juge de la jeunesse, dès lors qu'elle a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie de ce mineur. Seules la faute de la victime et la force majeure sont susceptibles d'exonérer les services éducatifs de la responsabilité pesant sur eux"*²⁹. Cette décision, dont on ne peut évidemment exclure une réformation, n'a, à notre connaissance, pas été frappée d'appel.

13. Même hiatus en matière de responsabilité des commettants vis-à-vis de leurs préposés, où le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a refusé de voir les choses de la même façon que la Cour d'appel. La question est plus spécialement celle des droits de la victime à l'égard du préposé responsable d'un dommage.

En France, la jurisprudence traditionnelle était en ce sens que la responsabilité délictuelle du commettant n'excluait pas la responsabilité personnelle du préposé dont il était supposé répondre. Or, dans un arrêt Costedoat, la Cour de cassation³⁰ a décidé que dès lors que le préposé n'excédait pas les limites de sa mission, il n'engageait pas sa responsabilité à l'égard des tiers, seul son employeur devant être déclaré responsable du dommage causé, en sa qualité de commettant.

Dans un arrêt du 10 juillet 2003³¹, la Cour d'appel luxembourgeoise a adopté cette solution sans même prendre la peine de préciser que la décision sur laquelle elle se basait pour y arriver n'émanait pas d'une juridiction indigène. L'arrêt Costedoat a en quelque sorte acquis la double nationalité sans la moindre formalité. Le Tribunal d'arrondissement, en revanche, renvoyant aux critiques de la doctrine et rappelant que l'article 1382 du Code civil *"est un texte clair et précis qui ne prévoit aucune exception au principe de responsabilité personnelle pour faute"*, a, dans un jugement ultérieur; retenu que *"le fait du préposé qui a agi sans*

*excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant, engage sa responsabilité sur base de l'article 1382 du code civil"*³².

14. En dehors du domaine du droit de la responsabilité, on connaît l'évolution en "dents de scie" de la jurisprudence de la Cour de cassation française à propos de la mention manuscrite (le "bon pour" de l'article 1326 du Code civil) appliquée au cautionnement : s'agit-il d'une prescription à portée seulement probatoire, ou alors d'une condition de validité de l'engagement de la caution ? De 1984 à 1992, la première chambre de la Cour de cassation française avait adopté une solution, critiquée par une doctrine française quasi unanime, selon laquelle la violation des prescriptions légales relative à la mention manuscrite – qui ne constitueraient *"pas de simples règles de preuve mais [auraient] pour finalité la protection de la caution"* – entraînait la nullité du cautionnement ; la première chambre française devait par la suite revenir sur cette jurisprudence³³. Pendant la période au cours de laquelle la Cour de cassation française jugeait que l'omission du "bon pour" protecteur de la caution était sanctionnée par la nullité du cautionnement, un demandeur en cassation demanda à la Cour de cassation luxembourgeoise de se rallier à la solution française ; mais la Cour de cassation refusa de le suivre et maintint la jurisprudence traditionnelle (la mention manuscrite ne sert qu'à des fins de preuve)³⁴ – sans que l'on sache exactement pourquoi elle refusa de suivre l'exemple français : était-ce par conservatisme quant à la solution de fond adoptée, ou alors par prescience du sort qui serait réservé, devant la Cour de cassation française elle-même, à un revirement de jurisprudence trop récent et trop suspect pour être promis à la durée ?

15. ... et du législateur : Une intéressante illustration de l'avant-gardisme du législateur luxembourgeois nous est donnée par la comparaison de l'évolution du régime de la garantie légale des vices cachés due par le vendeur au Luxembourg et en France.

L'article 1648 du Code civil exigeait dans sa rédaction de 1804 que l'acheteur agisse en justice dans un bref délai à compter de la découverte du vice. La détermination de la durée était considérée comme une question de fait, soumise au pouvoir souverain d'appréciation des juges. Ce système, sévère et aléatoire, a engendré au fil du temps une importante insécurité juridique, attestée par un contentieux toujours croissant dans les deux pays.

Ce régime sera profondément réformé au Luxembourg par une loi du 15 mai 1987, introduisant un double délai de déchéance, un bref délai pour dénoncer le vice à compter de sa découverte et à son expiration, un nouveau délai d'une année pour agir en justice. Même si ce nouveau régime n'a pas supprimé la référence au bref délai, la pertinence de la démarche peut être aisément mesurée à la disparition quasi-totale du contentieux y relatif.

Les critiques formulées en France à l'encontre du système du bref délai n'étaient pas moins claires. La Cour de cassation française relevait dans plusieurs rapports successifs, notamment en 2001, qu'une intervention rapide du législateur était souhaitable.

Elles n'ont pourtant pas abouti à une réforme avant que la contrainte de la transposition de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, ne se fasse sentir. Celle-ci sera réalisée dans le cadre d'une ordonnance du 17 février 2005, de la manière la plus étroite possible.

Contre l'avis du groupe de travail dirigé par le Pr. Viney chargé de réfléchir sur les modalités de cette transposition, le choix sera fait de modifier au minimum le droit commun du Code civil. La transposition se limitera essentiellement au droit de la consommation, tel qu'il ressort du Code de la consommation.

Toutefois, l'article 3 de l'ordonnance a également modifié à la marge, l'article 1648 du Code civil. Le bref délai a ainsi été remplacé par un délai fixé à deux ans à compter de la

²⁶ Cass. fr., Blietck, 29 mars 1991, JCP 1991. II. 21673.

²⁷ Cass. be., 19 juin 1997, JT 1997, p. 582.

²⁸ CA lux, 9 février 2000, n° 22061 du rôle.

²⁹ Trib. arr., 22 nov. 2007, n° 448/2007, n° 76598 du rôle.

³⁰ Cass. fr. ass. plén., 25 fév. 2000, D. 2000, p. 673.

³¹ CA lux, 10 juillet 2003, n° 26936 du rôle.

³² Trib. arr., 8 juillet 2004, n° 217/2004 XI.

³³ Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e éd., Paris 2000, n° 395 et s.

³⁴ Cass. lux. 23 mars 1989, *Bull. Droit et Banque* 14 (1989), p. 74.

découverte du vice. Cette réforme reste postérieure de dix huit années à celle entreprise au Luxembourg.

II.- Les divers chapitres du droit civil

16. En préambule, un Code civil prescrivant un usage policé des droits qu'il reconnaît :

Avant d'examiner les quelques points saillants des chapitres du Code civil qui intéressent le rapporteur, il faut constater que le législateur luxembourgeois a jugé utile de ne plus permettre qu'un droit soit exercé de façon absolue et, peut-être pour éviter les résistances et/ou innovations de juges contestataires – d'où qu'ils soient ? –, d'intégrer dans le Code civil des solutions jurisprudentielles qui semblaient pourtant immuables.

Par une loi du 2 juillet 1987, il a consacré la jurisprudence qui s'était développée en matière d'abus de droit et de troubles de voisinage en insérant un article 6-1 au Code civil et en modifiant son article 544.

Si l'insertion dans le Code civil de ces notions consacrées en jurisprudence n'a pas été encouragée par tous, le législateur l'a estimée nécessaire et a expliqué que *"le fait que la jurisprudence est déjà parvenue partiellement à élaborer une théorie [de l'abus de droit] ne devrait pas s'opposer à une consécration législative de principes élaborés en marge de la loi, mais devrait au contraire y inviter dans l'intérêt de la sécurité du droit, cela d'autant plus que cette consécration devra entraîner une généralisation à laquelle ne pourrait que difficilement parvenir la jurisprudence"*³⁵.

17. S'agissant de l'abus de droit, le texte initialement proposé par le gouvernement était le suivant :

"Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations de bonne foi et dans le respect de leur finalité sociale. La loi ne protège pas l'abus de droit ou son exercice antisocial. Tout acte ou omission qui, par l'intention de son auteur, son objet ou les circonstances dans lesquelles il est réalisé, excède manifestement les limites normales de l'exercice d'un droit et cause préjudice à un tiers, donne lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus, sans préjudice de l'action en dommages et intérêts".

Le critère, on le voit, était la finalité sociale du droit, ce à quoi le Conseil d'Etat s'est montré hostile en raison du risque d'arbitraire auquel ce critère pouvait conduire.

L'article 6-1 finalement adopté est conçu comme suit :

"Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus".

Mais la jurisprudence continue à se référer à la finalité sociale des droits pour en sanctionner l'abus puisqu'elle est en ce sens que :

"L'article 6-1 du Code civil constitue un correctif exceptionnel apporté à la mise en œuvre des droits et un moyen de faire respecter positivement la fonction sociale des droits. Ce que le texte entend sanctionner, de façon directe et sans recours forcé et artificiel à la notion de faute quasi-délictuelle, c'est l'exercice malveillant, de mauvaise foi, des droits ou sans utilité réelle pour leur titulaire et sans égard au droit concurrent de tiers par un détournement de leur fonction sociale. Toute déviation par rapport à cette finalité, même si elle est non intentionnelle encourt la sanction. Celui qui use d'un droit est appelé à avoir égard à la situation de ceux qui sont susceptibles de subir les effets de l'exercice de ce droit. Entre différentes façons d'exercer son droit, le titulaire est invité à choisir la moins dommageable

³⁵ Doc. parl. n° 2878, exposé des motifs.

*pour autrui ou même à s'abstenir de l'exercice du droit s'il ne présente pour lui qu'un intérêt minime comparé au préjudice qu'il causerait"*³⁶.

18. Quant aux troubles de voisinage, on sait qu'en France, depuis un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1971, ils sont une source autonome de responsabilité qui permet la réparation du dommage subi, sur base d'un constat objectif : l'hypothèse de dépassement des inconvénients normaux de voisinage.

Il en était de même au Luxembourg où selon une jurisprudence constante, le propriétaire qui, par un fait non fautif, rompt l'équilibre entre des droits équivalents causant un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, devait une juste et adéquate compensation pour restaurer l'égalité rompue.

Le législateur, par cette même loi du 2 juillet 1987, n'en a pas moins choisi de modifier l'article 544 du Code civil, qui dispose désormais que :

"La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ou qu'on ne cause un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage rompant l'équilibre entre des droits équivalents".

Mais on le voit, si, en France, la victime peut agir non seulement contre le propriétaire mais également contre un entrepreneur ou un locataire qui occuperait la propriété à l'origine du dommage subi, elle ne peut, au Luxembourg et sur cette base, agir que contre le propriétaire. C'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation en rejetant le pourvoi contre un arrêt qui avait affirmé sans la moindre ambiguïté que *"la responsabilité pour troubles du voisinage incombe au seul propriétaire des lieux et ne saurait peser sur l'entrepreneur dont la responsabilité ne saurait être engagée que sur base des articles 1382 et 1383 du code civil"*³⁷.

Dans un arrêt ultérieur, la Cour d'appel a cependant jugé qu'était tenu à réparation sur base de l'article 544 du Code civil, *"celui qui est titulaire d'un droit réel sur l'immeuble ou exerce sur celui-ci un droit personnel, et dont le fait ou le comportement est la cause de la rupture de l'équilibre entre les propriétés voisines"*³⁸ pour condamner le promoteur-construteur d'une résidence. Le promoteur en question était également propriétaire des lieux au moment où le trouble a été causé ; la Cour aurait donc pu le condamner en cette "simple" qualité.

Le fait que la Cour d'appel ait, malgré les termes clairs de l'article 544 du Code civil et la décision tout aussi claire de la Cour de cassation rappelant le principe posé par cet article, opté pour cette formulation générale³⁹ et condamné le promoteur-construteur au lieu du propriétaire permet de penser qu'elle a entendu élargir le champ d'application personnel de l'article 544⁴⁰.

Mais dans la mesure où elle l'a fait sans s'en expliquer, on peut aussi se demander si la démarche ne résulte pas tout bêtement d'un vieux réflexe de copiste dont certains juges luxembourgeois, ce qui n'est d'ailleurs pas surprenant, semblent avoir encore parfois du mal à se débarrasser...

19. Le droit des obligations :

Le Luxembourg a, par ailleurs, commencé à s'écarter ostensiblement de son modèle en matière de *droit des obligations*.

³⁶ CA lux., 5 mai 1993, Pas. lux. XXIX, p. 241.

³⁷ CA lux., 7 juillet 1999, n° 21756 du rôle.

³⁸ CA lux., 23 janvier 2002, n° 25354 du rôle.

³⁹ Démarche qu'elle a d'ailleurs réitérée en jugeant dans un arrêt ultérieur que la responsabilité édictée par l'article 544 du Code civil est encourue *"par tous ceux qui à un titre quelconque contribuent (...)"* à rompre l'équilibre qui doit exister entre les droits respectifs des voisins (Cour d'appel 26 octobre 2005, nos. 29403 et 29417 du rôle).

⁴⁰ Dont la modification a finalement eu pour effet de réduire la protection offerte au voisin malheureux par la jurisprudence.

Nous savons qu'il a hérité d'un Code civil individualiste et libéral, individualiste parce qu'il n'envisage les intérêts des personnes privées qu'en dehors de toute liaison sociale, libéral parce qu'une large liberté est laissée aux personnes privées dans la gestion de leurs affaires.

Cette vision est désormais en voie d'être dépassée. Une audacieuse loi du 15 mai 1987 est venue porter un coup au sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté que ce code posait et le modifier en y insérant des dispositions protectrices de la "partie faible" lors de la conclusion du contrat, que cette partie soit ou non consommateur, même si c'est bien l'intérêt de ce dernier qui était envisagé par le législateur :

"L'avènement de la société de consommation avec son emprise des grands producteurs de biens de série et de leurs supports publicitaires sur les comportements et les modes de penser des consommateurs a fait apparaître avec éclat les insuffisances des dispositions de nos Codes civils destinées à assurer un juste équilibre entre les intérêts des différentes parties à un contrat. Le principe de l'autonomie des volontés d'individus également libres s'est révélé un leurre dangereux. Déjà dénoncé par Josserand (De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris 1927, not. P. 136-137, 300-301), comme permettant par un détournement de la finalité des droits, à un partenaire d'imposer à l'autre un sacrifice injuste, il est condamné définitivement par Ripert (La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949, not. P. 74, 97), qui estime que l'égalité absolue dans les contrats ne se rencontre jamais et que ce principe permet à une partie en position privilégiée d'abuser de sa supériorité pour imposer sa volonté à l'autre et le désavantager. Aussi, ces auteurs appellent-ils à un abandon du principe révolutionnaire de l'autonomie absolue des volontés, qui peut dans certains cas aboutir à l'exploitation du plus faible par le plus fort (Ripert, p. 103, n° 59), en signalant, par ailleurs, que le Code civil a sur ce point rompu avec une tradition fort ancienne qui exigeait le respect de l'équité dans les contrats, tradition qui remonte à une constitution de Dioclétien et qui était rigoureusement défendue par l'Eglise catholique (cf. Duthoit : Liberté du contrat et tradition chrétienne, Paris 1914), not. par St. Thomas d'Aquin dans sa théorie du juste prix (cf. Parde : L'idée du juste prix, thèse, Paris 1906) pour trouver ses derniers défenseurs à la Révolution française avec Portalis et Pothier (Obligations n° 33). Les inconvénients d'un système laissant à chacun le soin de défendre seul ses intérêts sont devenus manifestes dans la société contemporaine imbue de justice sociale, et qui reconnaît à chaque droit une fonction et une finalité sociales respectueuses des droits des autres ; le pouvoir économique des uns ne doit pas être tel qu'il leur permet d'imposer leurs volontés aux autres, qu'ils soient des commerçants moins forts ou des consommateurs. Outre l'infériorité naturelle de sa position contractuelle, ce dernier n'est d'ailleurs souvent pas à même d'apprécier la portée des clauses qu'on lui propose et qui ont été élaborées par des spécialistes. En outre, il n'a guère le sentiment de conclure un contrat, ni à plus forte raison l'impression qu'il pourrait en négocier les clauses. Ce qui lui importe, c'est d'acquiescer le bien offert et vanté dans la publicité. En fait, il faut constater que la marge de discussion dans les contrats individuels portant sur des biens de consommation courante est des plus réduites, sinon inexistante, le commerçant détaillant n'acceptant pas – ou même ne pouvant accepter – de traiter à des conditions différentes de celles qui sont proposées par son propre fournisseur.

(...)

L'Etat ne pourra plus se borner à garantir l'égalité juridique théorique de ses citoyens, il devra essentiellement se préoccuper à ce que la justice sociale soit assurée et que les cas d'exploitation soient rendus impossibles.

(...)

Le présent projet, qui s'inspire de la résolution du comité des Ministres du Conseil de l'Europe et de la récente loi allemande (Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen du 9 décembre 1976 ainsi que d'un récent projet autrichien sur la protection des consommateurs de 1977) se borne à édicter de nouvelles règles civiles permettant d'assurer la protection du consommateur dans ses relations contractuelles avec les professionnels du commerce, de l'industrie et de l'artisanat. A cet effet, il a paru indispensable d'adapter un certain nombre de dispositions du Code civil afin d'y insérer

l'énoncé général des principes nouveaux permettant de faire exception à la règle générale que le contrat fait la loi des parties. Il aurait été illogique de maintenir dans le Code civil une règle générale dont l'application aurait été mise en échec dans la majeure partie des contrats conclus par l'effet d'une législation spéciale"⁴¹.

20. A ainsi été adoptée, malgré une ferme mise en garde du Conseil d'Etat, une disposition applicable en cas d'utilisation de conditions générales de vente, le but du législateur n'étant pas d'obliger les parties à une renégociation de ces conditions générales mais, dans les hypothèses où leur usage est constaté, d'assurer une information complète du consommateur sur leur contenu.

Le Conseil d'Etat avait déclaré qu'il "persist(ait) à croire qu'il n'incombe pas à une législation protectrice des intérêts spécifiques des consommateurs finals luxembourgeois de limiter l'autonomie des parties contractantes, lorsqu'il s'agit de professionnels, alors surtout que de telles limitations pourraient se révéler non seulement superflues entre gens avertis, mais encore fort gênantes sur le plan des contrats internationaux, où elles pourraient entraver la conclusion d'affaires intéressantes par l'appréhension de les voir contester au nom de l'ordre public dans le sens du droit international privé"⁴².

L'article 1135-1 n'en a pas moins été adopté. Il est désormais conçu comme suit :

"Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Il appartient à la partie qui prétend qu'une clause d'un contrat n'a pas été préétablie d'en rapporter la preuve.

Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement par l'une des parties et que l'autre partie n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.

Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion".

21. Même réticence du Conseil d'Etat relativement à l'article 1118 nouveau, inspiré du Code des obligations suisse⁴³ et faisant de la lésion un véritable vice du consentement. Selon cette disposition nouvelle formule,

"Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prétend lésée.

La partie lésée pourra, néanmoins, demander l'exécution du contrat, après réduction des obligations lésionnaires.

*L'action en rescision du contrat ou en réduction des obligations doit être exercée dans un délai d'un an à partir de la conclusion du contrat"*⁴⁴.

⁴¹ Doc. parl. n° 2217.

⁴² Doc. parl. n° 2217² p. 9.

⁴³ Notons que cette inspiration tous azimuts entraîne naturellement un alourdissement de la tâche des utilisateurs de la justice qui sont tenus de connaître la pratique judiciaire des pays de plus en plus nombreux dont le droit inspire le législateur luxembourgeois.

⁴⁴ Pour mémoire, l'ancien article 1118 était conçu comme suit : "La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il en sera expliqué en la même section", les cas visés étant ceux de la lésion à l'égard des mineurs et à l'égard de deux types de contrat, la vente d'immeuble et le partage.

Pour le Conseil d'Etat, la réforme, "très incisive au regard des principes généraux de notre droit civil", même si elle procédait d'un souci louable, suscitait des objections graves :

"Celle-ci (la réforme) n'a en effet pu s'imposer ni dans le droit français ni dans le droit belge, où le courant dominant de la doctrine lui est resté hostile et ce en dépit des mêmes motifs invoqués en sa faveur chez nous. Il en résulterait une insécurité juridique parce qu'il s'agit de principes nouveaux dont il faudrait assurer l'intégration dans notre système juridique. Une telle opération serait d'autant plus délicate que le texte proposé fait appel – tant pour la définition de l'élément objectif que constitue la lésion que pour ce qui est de l'élément subjectif requis dans le chef des cocontractants à l'effet de déclencher les sanctions prévues par la nouvelle disposition – à des notions très flexibles, voire extrêmement vagues, dont le contenu serait à préciser par étapes successives sur le vu de cas litigieux concrets"⁴⁵.

Le législateur luxembourgeois, qui a souvent fait preuve de pragmatisme en adoptant telles quelles, des modifications au Code civil décidées par le législateur français, ne s'est pas laissé intimider par le Conseil d'Etat et a adopté le nouvel article 1118.

L'élève prend son envol donc, et la terre continue de tourner...

22. A la croisée du droit des obligations et du droit des biens, l'institution de la fiducie a été consacrée en droit luxembourgeois dès 1983⁴⁶. Près d'un quart de siècle avant que le législateur français ne s'y résolve, le Grand-Duché a ainsi admis que les dispositions du Code civil auxquelles se rattache le principe de l'unicité du patrimoine et le caractère intemporel de la propriété ne s'opposent pas à l'existence de patrimoines fiduciaires autonomes créés dans un but et pour une durée déterminés. Une interprétation ouverte du Code civil a permis de reconnaître au fiduciaire la pleine qualité de propriétaire et d'éviter de s'engager sur les voies d'un démembrement de celle-ci ou d'une scission, à l'anglaise, entre la propriété juridique et la propriété économique. Le recours au contrat a été retenu pour la création de tels patrimoines ce qui assure aux parties, à la fois un maximum de flexibilité et la sécurité d'une technique éprouvée. Ces deux orientations – qualité de propriétaire et figure contractuelle – se retrouvent dans la loi française du 19 février 2007 instituant la fiducie.

23. Le législateur luxembourgeois, toujours en matière de droit des obligations, a encore pris ses distances par rapport à la France en décidant de mettre un terme à des solutions anachroniques en matière de preuve et d'épousseter le serment litisdécisoire.

Longtemps, toutes les dispositions relatives à ce mode de preuve – les articles 1357 à 1369 du Code civil – sont restées identiques en France et au Luxembourg.

Mais en 1984, un projet de loi a vu le jour au Grand-Duché avec l'objectif d'abroger purement et simplement l'ensemble de ces dispositions. Selon les auteurs du projet, le serment litisdécisoire, en ce qu'il appelait à la conscience des parties, ne répondait plus aux conceptions modernes sur la preuve judiciaire⁴⁷.

Si l'abrogation des articles ne fut pas votée, le projet a cependant abouti à la loi sur la preuve des actes juridiques du 22 décembre 1986 qui a précisé l'article 1358 du Code civil en ce sens que " la délation de serment n'est pas une transaction, mais un mode de preuve",

⁴⁵ Doc. parl. n° 2217² p. 7.

⁴⁶ Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit remplacé par la loi du 27 juillet 2003 relatif au trust et aux contrats fiduciaires.

⁴⁷ Doc. parl. n° 2866, exposé des motifs : "Le serment ne peut donc que constituer une exception au régime général du droit de la preuve par un appel à la conscience de celui auquel il est déféré, à son sentiment religieux ou moral, sa crainte même des foudres de la Divinité susceptible de l'annihiler s'il l'invoque à l'appui d'une mauvaise prétention. [...] Sa véritable nature n'est d'ailleurs pas de fournir une preuve. Prenant ses racines dans des périodes reculées où la justice faisait intervenir la ou les divinités et souvent reposait sur des pratiques magiques, il n'était destiné qu'à constituer un fait devant terminer un litige. Même s'il devait reposer sur des considérations d'équité permettant à un plaideur démuné de titre de poursuivre son droit en faisant appel publiquement à la conscience de son adversaire (De Page: Traité élémentaire de droit civil belge, 3e éd. t. III, No 1037), il faut constater que sa place n'est plus parmi les modes de preuve et qu'il importe enfin d'en finir avec cette institution anachronique, dont on nous dit que même le droit romain classique ignorait la véritable nature (loc. cit.). L'équité ne saurait en tout cas être invoquée actuellement pour faire accepter un tel mode de preuve qui ne répond plus à nos conceptions sur la preuve judiciaire."

avant d'en compléter l'article 1363 par un second alinéa, libellé comme suit : "Néanmoins, en cas de condamnation pénale à raison d'un serment litisdécisoire faussement prêté, la victime du faux serment peut demander réparation du préjudice qu'il lui a causé".

En effet, jusque-là, les juridictions luxembourgeoises décidaient, à l'instar des tribunaux français, que "lorsqu'en matière civile, le serment litis-décisoire est prêté, la contestation sur les intérêts privés est irrévocablement résolue et la partie qui se prétend lésée par la prestation du serment est irrecevable à se porter partie civile dans la poursuite intentée par le ministère public à raison du faux serment pour y obtenir la réparation d'un préjudice, même moral"⁴⁸.

Pour le Parlement, qui rendait le Code civil "responsable" d'une situation considérée comme aberrante, la modification législative s'imposait : "Ce qui est choquant, c'est le fait que, même dans ce cas, le parjure condamné pénalement ne peut être obligé à réparer les conséquences préjudiciables de son délit. La commission est d'avis qu'il faut faire disparaître cette iniquité. Certes, ce sera une entrave au principe de l'article 1341, qui limite la preuve par témoins ou présomptions. Mais quel mal y a-t-il à cela ? Cette limitation est de toute façon une singularité du Code Napoléon. La plupart des systèmes de droit civil l'ignorent. Ne devons-nous pas y déroger au moins dans le cas extrême où la fausseté du serment a été établie dans une procédure pénale"⁴⁹.

La France, pour sa part, n'a pas modifié sa législation ; les conséquences d'un faux serment litisdécisoire diffèrent donc selon le côté de la frontière franco-luxembourgeoise où on se trouve.

24. Le droit de la famille :

Dans un domaine où on l'attendait moins, celui du *droit de la famille*, le législateur luxembourgeois a purement et simplement adopté délibérément une solution l'éloignant de son "modèle". Mais ces changements de mentalités étaient dans l'air du temps. Le législateur luxembourgeois n'a donc pas réellement innové en les intégrant dans le Code civil plus rapidement que le législateur français, qui a fini par le rejoindre.

En matière de divorce, d'abord.

Introduit en droit français par la loi du 20 septembre 1792, puis repris sous d'autres formes dans le Code civil, le divorce a été aboli en France sous la Restauration en 1816, avant d'être réintroduit en 1884 seulement. Le droit luxembourgeois est resté, tout au long du XIX^e et de la première moitié du XX^e siècle, conforme à la solution adoptée par le Code Napoléon et, de ce fait, plus "progressiste" que le droit français.

La réglementation du divorce par le Code civil n'a été touchée – bien après la promulgation du Code – que pour être modernisée. Mieux encore, alors que la loi française du 27 juillet 1884 refusait de réintroduire le divorce par consentement mutuel et qu'il a fallu attendre 1975 pour voir son rétablissement, l'institution a été constamment maintenue au Luxembourg, "probablement plus par oubli que par conviction"⁵⁰.

Son usage, il faut le dire, n'était pas réellement encouragé mais l'institution existait et a été notablement dépoussiérée par différentes lois adoptées à partir des années 1970, en particulier la loi du 6 février 1975.

Jusque là, ce mode de rupture du lien conjugal était soumis à des conditions tellement contraignantes⁵¹ que son utilisation demeurait exceptionnelle. Il était devenu nécessaire de repenser cette institution, ce qu'a fait la loi du 6 février 1975 qui permet aujourd'hui aux

⁴⁸ CA lux., 21 février 1983, Pas. XXV, p. 426.

⁴⁹ Doc. parl. n° 2866, rapport de la commission juridique.

⁵⁰ G. Vogel, *Le divorce en droit luxembourgeois*, Bruxelles 1998, p. 23.

⁵¹ Not. L'autorisation des parents ou encore l'interdiction de divorcer par consentement mutuel après 20 années de mariage ou après que la femme avait atteint 45 ans.

époux de divorcer par consentement mutuel, à condition d'avoir chacun 23 ans minimum et d'être mariés depuis au moins deux ans⁵².

Quelles sont les raisons qui ont amené le législateur, au milieu des années 1970, à réformer la loi sur le divorce ?

La réforme, souhaitée depuis longue date, était devenue incontournable face au constat du nombre croissant de demandes de divorce pour faute : en effet, pendant la période située entre 1955 et 1970, le nombre de demandes de divorce pour faute avait sensiblement augmenté⁵³.

Pourtant, dans une bonne partie de ces affaires, les époux étaient d'accord pour divorcer, mais n'avaient pu opter pour la voie du consentement mutuel dont les conditions légales étaient beaucoup trop restrictives. En d'autres mots, les époux étaient obligés de faire état publiquement de torts, souvent imaginaires, afin d'obtenir la dissolution de leur union. C'est à ce genre de comédie que le législateur a voulu mettre un terme, afin de garantir une séparation dans la dignité.

La réforme du divorce aurait pu se faire plus tôt, mais "certains milieux conservateurs, sous l'influence de l'Eglise catholique, restaient attachés à l'idée que le divorce ne pouvait être qu'une dérogation exceptionnelle à la règle de l'indissolubilité du mariage, justifiable uniquement pour des considérations d'humanité et admissible seulement si toute continuation de la vie commune était rendue insupportable à l'un des conjoints du fait du comportement hautement répréhensible de l'autre"⁵⁴.

Elle aurait également pu être beaucoup plus radicale, et être axée sur une procédure dédramatisée de dissolution du mariage (cf. divorce-remède). Or, "le temps et surtout l'esprit des responsables politiques n'étaient pas encore mûrs pour réaliser une telle réforme fondamentale de la procédure contentieuse de divorce, dans laquelle le juge n'aurait plus à intervenir que pour régler les conséquences civiles de la dissolution du mariage et non plus comme une sorte de juge pénal appelé à sanctionner des comportements fautifs et à désigner le coupable de l'échec de l'union matrimoniale"⁵⁵.

Trois ans après, ce fut au tour du divorce pour cause déterminée d'être réformé.

A l'instar de la nouvelle loi sur le divorce par consentement mutuel, la loi du 5 décembre 1978 est la traduction dans les textes d'une évolution des mœurs. Ainsi, l'adultère a cessé d'être considéré comme une cause péremptoire de divorce.

A propos de l'adultère, on signalera, à titre anecdotique, la disparition, déjà en 1974⁵⁶, de l'article 298 du Code civil qui avait interdit le remariage avec le complice d'adultère, lorsque le divorce était prononcé pour cette cause, aussi longtemps que le conjoint offensé par l'adultère était en vie !

Pour terminer, on mentionnera qu'à l'heure actuelle le divorce fait l'objet d'un vaste projet de réforme⁵⁷ dont le principal objectif est d'abroger ce qui est couramment appelé le divorce pour faute. Ce dernier serait alors remplacé par le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, axé sur une approche plus objective de la faute.

25. Le législateur luxembourgeois a également fait œuvre de précurseur dans le domaine de l'égalité des époux.

⁵² Article 275 du Code civil.

⁵³ Doc. parl. n° 1810, exposé des motifs : "A un moment où le nombre des divorces pour cause déterminée demandés et obtenus va en croissant d'année en année - 136 demandes en 1955, 278 en 1965 et 327 en 1970 contre 301 jugements en 1955, 341 en 1965 et 398 en 1970 au point de constituer un sérieux engorgement pour le tribunal, le législateur se doit de réexaminer la réglementation de cette institution".

⁵⁴ Préface de F. Schockweiler à l'ouvrage de G. Vogel, *Le divorce en droit luxembourgeois*, op. cit.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁶ Loi du 11 novembre 1974 portant abrogation de l'article 298 du Code civil.

⁵⁷ Projet de loi n° 5155 déposé le 20 mai 2003.

Alors que la femme mariée devait au Code civil aussi bien son incapacité que la prépondérance de son mari comme chef de famille, une loi du 12 décembre 1972 a supprimé la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée alors que ce n'est que par une loi du 23 décembre 1985 que l'égalité complète entre hommes et femmes a été réalisée en France.

Des droits égaux furent garantis à chacun des époux, et le législateur veilla à bannir du Code civil toutes les formules qui suggéraient la survivance d'une prééminence du mari.

L'avis que le Conseil d'Etat a été amené à exprimer dans le cadre de l'élaboration de cette loi démontre cependant que l'évolution vers une égalité des époux ne fut pas, du moins en tous points, réalisée à l'unanimité. Ainsi, les discussions autour de l'article 215 du Code civil reflètent qu'une partie des membres du Conseil d'Etat avait encore un peu de mal à se faire à l'idée d'une égalité totale entre époux :

*"Cet article reconnaît au mari le droit de choisir la résidence conjugale au cas où les deux époux ne peuvent pas se mettre d'accord sur ce choix. Malgré la suppression de la puissance maritale, le projet de loi maintient donc ici une prérogative du mari. [...] Une partie du Conseil est d'avis qu'il ne serait guère souhaitable de confier aux tribunaux la mission délicate d'arbitrer les conflits conjugaux sur le choix de la résidence commune mais que, pour des considérations d'ordre éminemment pratique, il faudrait, en cas de désaccord, laisser au mari un pouvoir de décision au sujet de ce choix, en réservant toutefois à la femme la faculté de se faire autoriser par justice, pour des motifs légitimes, à avoir une résidence séparée pour elle et ses enfants. D'autres membres du Conseil estiment qu'en vertu du principe de l'égalité des époux dans le mariage, le mari ne doit bénéficier d'aucune prépondérance quant au choix de la résidence conjugale et qu'en cas de désaccord, ce choix doit être fait par l'autorité judiciaire. [...] La majorité du Conseil d'Etat s'est prononcée en faveur de la deuxième de ces opinions"*⁵⁸.

Nonobstant l'absence d'unanimité au sein du Conseil d'Etat, le texte voté a logiquement – car il s'agit de la seule solution qui soit conforme au principe d'égalité entre époux – retenu qu'"à défaut d'accord entre époux sur la résidence commune, la décision appartiendra au juge qui la fixera après avoir entendu les motifs invoqués par chacun des époux".

26. Le droit des successions :

En matière successorale, le législateur luxembourgeois a encore devancé le législateur français en mettant fin, par une loi du 26 avril 1979, à la discrimination entre enfants légitimes et enfants naturels⁵⁹. Selon lui,

*"Une telle discrimination, explicable à une époque où le législateur était préoccupé d'assurer la conservation des biens dans les familles et d'encourager le mariage bourgeois résultant d'un accord entre deux familles en pénalisant en conséquence les situations résultant d'une atteinte à cette institution, ne se justifie plus à un moment où l'opinion publique, sous l'impulsion de considérations sociales et humanitaires, se préoccupe essentiellement du bien de l'enfant"*⁶⁰.

Il est vrai que le législateur français avait déjà, par une loi du 3 janvier 1972, modifié en ce sens l'article 757 de son Code civil. Mais alors que le Luxembourg a tout de suite entendu cette disposition dans un sens large, pour donner aux enfants adultérins la même protection qu'aux enfants naturels qui ne l'étaient pas :

"Articles 756 à 758. – Ces articles consacrent l'assimilation des enfants illégitimes aux enfants légitimes en ce qui concerne les droits successoraux. Le terme d'enfant naturel vise tous les enfants n'ayant pas la qualité d'enfant légitime d'un mariage et s'applique donc

⁵⁸ Doc. parl. n° 1395

⁵⁹ L'article 757 du Code civil se lit désormais comme suit : "L'enfant naturel a, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime"

⁶⁰ Doc. parl. n° 2109, Exposé des motifs

également aux enfants issus d'un adultère ou de relations entre personnes entre lesquelles le mariage est prohibé"⁶¹,

il a fallu, en France, attendre le troisième millénaire et l'arrêt Mazurek⁶² de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) pour que les enfants adultérins, suite à l'adoption d'une loi du 3 décembre 2001, soient traités comme les autres.

■ III.- Le juriste

27. Le questionnaire du rapporteur général, raisonnant par rapport au *plerumque fit*, décrit les "juristes", qui ensemble constituent la "doctrine", comme ceux "qui interprètent et systématisent les notions juridiques, et qui s'efforcent de mettre de l'ordre dans les règles de droit". Si cette description devait être prise au sens étroit, on aurait sans doute le plus grand mal à identifier une communauté de juristes au Grand-Duché de Luxembourg – pays de petite taille, longtemps sans tradition universitaire propre⁶³. Il convient de s'entendre dès lors, à titre préalable, sur le paradigme du "juriste" luxembourgeois. Incontestablement, il a existé et existe des auteurs qui ont publié des ouvrages 1° ayant une portée véritablement théorique et 2° consacrés au droit luxembourgeois, mais ces ouvrages sont en l'état trop rares pour être considérés comme vraiment caractéristiques de la pensée juridique luxembourgeoise. Contrairement à d'autres pays dans lesquels existe depuis longtemps une doctrine universitaire⁶⁴, le paradigme du juriste luxembourgeois est celui du praticien, et peut-être plus particulièrement celui du juge : si le juge, en rendant et en motivant ses décisions, n'est pas nécessairement porté à « systématiser les notions juridiques », du moins est-il censé prendre à leur égard une attitude d'impartialité. Ceci explique que la "conception relativement utilitariste du droit"⁶⁵ que l'on constate dans les écrits d'autres praticiens luxembourgeois (avocats, juristes d'entreprises) est peut-être moins présente dans les jugements et arrêts.

Compte tenu de la définition qui précède du paradigme du juriste luxembourgeois, on ne sera pas trop surpris de constater que ce juriste n'a pas tendance à prendre ses distances avec le système conceptuel du Code, ni plus généralement avec la volonté du législateur.

a) Il paraît assez clair que le principal souci du juriste luxembourgeois paradigmatique sera de se conformer à la volonté du législateur, ou du moins d'en donner l'apparence. La doctrine du "sens clair des lois", qui interdit aux interprètes de faire autre chose, à l'égard des dispositions légales "claires et précises", que de les appliquer suivant le sens premier et usuel qu'elles revêtent (principe du primat de l'interprétation grammaticale), est encore bien vivante au Luxembourg. Significative à cet égard est la jurisprudence des juridictions administratives, selon laquelle "avant toute interprétation le juge est amené à appliquer les dispositions légales suivant le sens premier qu'elles revêtent, dans la mesure où elles sont claires et précises. En présence d'un texte clair et précis, ni le recours à un texte antérieur que le texte invoqué remplace, ni les avis et opinions exprimés au niveau des travaux parlementaires préparatoires du texte, ni encore des réflexions de politique sociale ou législative n'entrent en ligne de compte"⁶⁶.

A l'égard de lois qui sont moins "claires et précises", le mode préféré d'interprétation est le recours aux travaux préparatoires, qui seront recherchés avec soin et dont on essayera de déduire la volonté historique du législateur. Un raisonnement qui accorderait au juge une plus

⁶¹ Doc. parl. n° 2109, *ibid*.

⁶² C. E. D.H., arrêt Mazurek c. France du 1^{er} février 2000 (Section III), *Recueil des arrêts et décisions* 2000II, pp. 123.

⁶³ Une université proprement dite n'a été créée au Luxembourg que par la loi du 12 août 2003. Mais actuellement encore, la majeure partie des juristes luxembourgeois font leurs études en France et en Belgique.

⁶⁴ Mais de manière peut-être comparable à l'un de ces pays, à savoir la Grande-Bretagne.

⁶⁵ Avant-propos (par A. Prüm) à la *Bibliographie juridique luxembourgeoise (1989-1996)*, Bruxelles, 1997, p. 5.

⁶⁶ Sommaire de plusieurs décisions rendues de 1999 à 2006, in *Pasicrisie luxembourgeoise, Bulletin de jurisprudence administrative*, 2006, v° *Lois et règlements*, n° 50.

grande liberté à l'égard des textes, et officialiserait son pouvoir de les adapter à l'évolution sociale ou économique, rencontre visiblement des réticences de la part des juristes luxembourgeois. Les enseignements de l'Ecole de l'exégèse ne sont pas nécessairement dépassés au Luxembourg⁶⁷.

Cette tendance peut le cas échéant même être observée dans l'interprétation de la Constitution luxembourgeoise. La Cour constitutionnelle luxembourgeoise, instituée en 1997, est, il est vrai, une création trop récente pour qu'il soit possible d'apprécier, définitivement, son influence sur l'ordre juridique luxembourgeois. Fréquemment, en droit comparé, les méthodes d'interprétation des constitutions sont plus libres que les méthodes d'interprétation des lois (la constitution donnant corps juridique à des principes politiques ou moraux et étant, par ailleurs, plus difficile à modifier formellement que les lois, ce qui peut contribuer à conférer des responsabilités particulières au juge constitutionnel). Au Luxembourg, le bilan – provisoire – est mitigé : si la Cour constitutionnelle a incontestablement donné un sens moderne, allant bien au-delà du sens premier du texte et en ligne avec son sens politique et moral contemporain, à la disposition constitutionnelle consacrée à la légalité des délits et des peines⁶⁸, et si elle accomplit un remarquable travail à partir de la définition qu'elle a donnée au principe d'égalité, d'autres dispositions constitutionnelles restent interprétées de manière très littérale⁶⁹.

b) Une réticence notable se remarque à l'égard de la définition de nouveaux principes généraux du droit. La Cour de cassation luxembourgeoise continue en effet – à moins de voir un début de revirement dans ce qui sera dit ci-après – à se démarquer des solutions tant de la Cour de cassation de France que de la Cour de cassation de Belgique, en refusant de sanctionner la violation d'un principe général du droit, sauf "s'il a reçu consécration légale dans une disposition du droit positif ou a été reconnu comme tel par une juridiction supranationale"⁷⁰. Evidemment, si le principe général du droit est reconnu par la jurisprudence d'une juridiction supranationale (concrètement, la Cour de justice des Communautés européennes), la responsabilité de le consacrer n'appartient plus aux juridictions luxembourgeoises.

Dans une récente affaire, dans laquelle étaient en cause l'existence et les contours d'un éventuel principe général du droit de traitement égal des différents actionnaires d'une société anonyme dans leurs rapports mutuels, la Cour d'appel a ainsi défini son approche des principes généraux du droit :

"Les principes généraux ont valeur de droit positif; leur autorité et leur force ne se rattachent pas à une source écrite; ils existent en dehors de la forme que leur donne le texte lorsqu'il s'y réfère.

Les principes généraux ne sont pas créés par le juge, celui-ci se borne à les déclarer ou à en constater l'existence.

⁶⁷ Ceci ne signifiant pas qu'il n'existe pas de points de vue divergents ; ainsi la théorie de l'interprétation législative préconisée par P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, avec mise à jour 1978, est essentiellement fondée sur la méthode téléologique (p. 572 et s.), et l'auteur prend ses distances par rapport à une approche exégétique (p. 331 et s.).

⁶⁸ Cf. D. Spielmann, "Aspects constitutionnels du droit pénal luxembourgeois", *Mélanges Francis Delpérée*, Bruxelles, 2007, p. 1453 et s.

⁶⁹ Cf. M. Thewes, "Dix ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg. Un premier bilan", *Mélanges Francis Delpérée*, Bruxelles, 2007, p. 1491, 1505 : "On constate que la Cour recherche avant tout le sens littéral de la Constitution [...]. Elle ne s'aventure guère sur le terrain de l'interprétation et n'a, à ce jour, jamais invoqué la volonté – exprimée ou présumée – du constituant ou la cohérence d'ensemble de l'œuvre constitutionnelle à l'appui de ses décisions".

⁷⁰ Cass. lux., 22 mai 2003, *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 498. Conception restrictive des pouvoirs de la juridiction de cassation qui se retrouve au demeurant aussi dans d'autres domaines : la jurisprudence selon laquelle la Cour de cassation n'a pas le pouvoir de censurer une dénaturation des contrats ou des pièces par les juges du fond (Cass. lux., 21 janvier 1982, *Pas. lux.*, 25, 211) et, de manière surprenante, la jurisprudence récente par laquelle elle auto-limite son pouvoir traditionnel de vérifier, en matière de responsabilité civile, l'existence d'un fait pouvant être légalement qualifié de fait fautif lorsqu'une responsabilité pour faute est en cause, ainsi que l'existence d'un lien de causalité (G. Ravarani, *op. cit.*, n° 51 et 899). Cette jurisprudence n'est d'ailleurs conforme, sur aucun de ces points, au modèle français.

Cette reconnaissance par le juge d'un principe général de droit se réalise de manière inductive. Le juge induit l'existence d'un principe général de droit à partir des applications particulières qu'en fait la loi dans des cas déterminés plus ou moins disparates. [...]

Cette méthode dite de "l'induction amplifiante" laisse en définitive au juge un pouvoir d'appréciation relativement limité : le principe général de droit se forme en dehors du juge par le biais des applications particulières qui en sont faites par la loi et, une fois formé, s'impose au juge qui est dès lors tenu de le reconnaître et d'en assurer le respect. Le juge, dans notre système de droit écrit, évitera donc de donner à la notion de principe général de droit une interprétation extensive. Il ne se laissera égarer ni par la philosophie du droit, ni par la morale. Il demeurera sur le terrain strict du droit"⁷¹.

Les auteurs de cet arrêt ont en tout cas une vision très restrictive des pouvoirs des tribunaux face à la loi. Il est vrai que tous les juristes luxembourgeois ne pensent pas nécessairement comme eux, ni même, semble-t-il, toutes les juridictions.

Il reste que, comme l'attitude qui s'exprimait dans l'arrêt de la Cour d'appel n'est, pour le dire prudemment, pas atypique, il est singulièrement difficile d'identifier à ce propos l'incidence que pourraient avoir des changements de mentalité, ou des changements culturels, sur les "croyances, valeurs et pratiques" des juristes luxembourgeois.

⁷¹ CA lux., 12 juillet 2006, *Bull. Droit et Banque* 38 (2006) 46, 49-50. Il n'est pas sans intérêt de constater que dans la même affaire, sur pourvoi, la Cour de cassation, par son arrêt du 21 février 2008 (non encore publié, no 03/08, no 2456 du registre) a utilisé, en termes positifs et qui ne sont donc pas nécessairement exclusifs, la formule suivante : "Attendu que la méconnaissance d'un principe général reconnu par une juridiction supranationale peut donner lieu à cassation "; ce faisant, la Cour de cassation a sursis à statuer sur le premier moyen de cassation et a renvoyé la question de l'existence et de la portée d'un principe général de droit communautaire à titre préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes.