

L'Institut Grand-Ducal, calqué – mutatis mutandis – sur le modèle de l'Institut de France, a été créé en 1868, dans le « but de cultiver les sciences, les lettres et les arts ». Il groupe six sections : Histoire – Sciences naturelles – Médecine – Linguistique – Arts et Lettres – Sciences morales et politiques. Cette dernière section, la plus jeune, ne remonte qu'à 1966 et couvre « notamment la philosophie, les sciences sociales, politiques et économiques ainsi que les sciences juridiques ». Conformément à son règlement organique : « La section groupe des personnes qui, par la valeur de leurs travaux scientifiques, méritent d'être réunies en un collège représentatif de ces branches du savoir ».

ISBN 978-99959-926-4-4
© 2018 Institut Grand-Ducal
Section des Sciences Morales et Politiques

Adresse pour la correspondance:
smp-secret@igd.lu

LB

85719

+1

ACTES

de la
Section
des
Sciences
Morales
et
Politiques

Vol. XXI

2018

Institut Grand-Ducal

ACTES

de la Section
des Sciences Morales et Politiques

Volume XXI



Luxembourg
2018

Institut Grand-Ducal

A C T E S

**de la Section
des Sciences Morales et Politiques**

Volume XXI

Site internet : www.igd-smp.lu

2018



Illustration de la couverture :

Rome, Basilique de Santa-Maria in Cosmedin : Bocca della Verità
(Wikimedia Commons, licence n° CC-BY-SA 3.0,
photographie par Dnalor_01)

© Institut Grand-Ducal 2018, Section des Sciences morales et politiques
Imprimeur : Hengen Print & More, Luxembourg
ISBN : 978-99959-926-4-4

Actes XXI Table des matières

Préface du président	5
I. Communications (par ordre chronologique)	9
Herwig HOFMANN :	
Les données personnelles des Européens dans le monde digital. (texte anglais) (14.3.2017)	11
Discussion	37
Table Ronde sur la liberté d'expression (17.6.2017)	53
– Norbert CAMPAGNA :	
Condamnation morale et pénale pour un acte de condamnation morale ?	53
– Jörg GERKRATH :	
Peut-on se moquer de tout ? L'étendue de la liberté d'expression face au sentiment religieux.	71
– Jean-Lou SIWECK :	
Peut-on tout révéler ?	87
Discussion	99
Patrick KINSCH :	
Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois. (26.10.2017)	119
Discussion	182
Yves NOSBUSCH :	
La soutenabilité à long terme des finances publiques au Luxembourg. (6.12.2017)	189
Discussion	191
Henri ENTRINGER :	
Extension des études universitaires de médecine au Luxembourg. Approche sociologique de la décision gouvernementale du 22 mars 2017	199
II. In memoriam : Jean-Paul Harpes	251
par André ELVINGER	252
par Norbert CAMPAGNA	255
III. Administration de la Section	261

IV. Tableau des membres.....	265
a) Membres effectifs.....	266
b) Membres correspondants	272
c) Membres d'honneur.....	274
V. Publications de la Section 1967-2017	277
A. Actes de la Section.....	280
B. Cahiers	288
C. Ouvrages spéciaux	295
D. Communications des membres et invités.....	296
E. Conférences publiques par des personnalités étrangères organisées par la Section.....	313
F. Eloges funèbres.....	313
VI. Organisation de l'Institut grand-ducal et de ses Sections	315
Historique	317
Un nouveau départ.....	317
Sites Internet.....	319
Adresses et administration des Sections	319
VII. Législation concernant l'Institut et la Section des sciences morales et politiques	321
1. Législation en vigueur sous l'arrêté royal grand-ducal du 24 octobre 1868.....	323
2. Loi du 21 décembre 2017 concernant l'Institut grand-ducal et Règlement grand-ducal du 21 décembre 2017.....	329
3. Règlement interne de la Section des sciences morales et politiques	336

Préface du Président

Ce XXI^e volume des Actes de la section des sciences politiques et morales de l'Institut grand-ducal rassemble les textes et comptes rendus de trois conférences, les contributions d'une table ronde sur la Liberté d'expression ainsi qu'une étude sur l'opportunité d'une extension des études universitaires en médecine.



Dans une société de plus en plus digitale, la masse des données collectées sur les personnes s'accroît de façon exponentielle en même temps que ce « big data » est analysé de plus en plus finement et à des fins de plus en plus variées. Ces nouveaux traitements de données créent le spectre de briser toute sphère privée en transperçant le voile sur la manière de vivre, les habitudes de consommation, l'état de santé, les opinions, les préférences et les choix de vie, les activités professionnelles de chacun d'entre nous. Imaginons simplement un instant quelles informations seront disponibles lorsque des véhicules autonomes bourrés de caméras captant tout mouvement autour d'eux sillonneront nos villes et que ces images pourront être examinées à travers le filtre de logiciels puissants de reconnaissance faciale et l'on perçoit rapidement les risques que l'existence même de ces données représente pour la liberté individuelle. Une société démocratique se doit de protéger ses citoyens contre ce danger. Dans sa conférence intitulée *"A Critical Assessment of the Relation of Information Freedom and the Protection of Personal Data in today's EU law"* le professeur **Herwig Hofmann** a évalué de façon critique les règles dont s'est dotée l'Union européenne en matière d'accès aux informations publiques et de protection des données personnelles. Il a confronté le dispositif réglementaire avec l'analyse qu'en a fait la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans la série des affaires dite Schrems, pour signaler les pistes pour renforcer la protection que l'Union européenne doit à ses citoyens en ce domaine si elle entend montrer la voie d'une société profondément démocratique.

Liberté d'expression et liberté de la presse furent les deux thèmes liés auxquels notre section a consacré une table ronde, organisée par notre confrère M. **Norbert Campagna** et à laquelle ont contribué à ses côtés nos confrères, M. **Jean Lou Siweck**, et le professeur **Jörg Gerkrath**, suivi d'un débat animé dont témoignent également les présents Actes. Le sujet

fut abordé à travers les limites de ces libertés en soulevant l'interrogation si elles partageaient des frontières communes ou, au contraire, avaient chacune leur propre champ. Dans son intervention *sur l'étendue de la liberté d'expression face au sentiment religieux* Jörg Gerkrath se demande ainsi si on peut se moquer de tout ? A travers une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il montre à quel point il est difficile de concilier concrètement la liberté d'expression et le sentiment religieux et les points de vue divergents adoptés à cet égard des deux côtés de l'Atlantique. Toute vérité est-elle bonne à dire ? s'interroge à son tour Jean Lou Siweck en adoptant le point de vue du journaliste confronté au quotidien au dilemme s'il peut révéler toute information qu'il a pu se procurer. La jurisprudence de la CEDH lui sert également de guide pour poser les termes de ce débat, tout en montrant que celle-ci juge plus au cas par cas, que d'offrir des lignes de conduite générales. Norbert Campagna s'interroge, non sans une certaine provocation, sur la question de savoir s'il existe une totale liberté d'exprimer ses convictions à propos de pratiques, en particulier sexuelles, qu'une partie de la population jugerait moralement condamnables, nonobstant le caractère offensif d'une telle opinion à l'égard d'une autre partie de la population. Sa défense d'une liberté d'opinion exprimant un jugement moral sur des pratiques sexuelles minoritaires a alimenté un débat animé.

Notre deuxième conférence était consacrée au Droit commun et à l'avenir du droit luxembourgeois. Fort d'une présentation du développement du droit luxembourgeois au cours des dernières décennies, **Patrick Kinsch** s'est inquiété d'un certain effritement des règles communes, au profit de régimes spécifiques aménageant des solutions particulières pour certains types d'acteurs ou d'opérations, dérogeant ainsi au principe de l'égalité des justiciables devant la loi. De telles spécificités ne sont certes guère évitables, mais encore doivent-elles être justifiées par un intérêt général et non seulement le fruit d'un lobbying en faveur d'intérêts particuliers.

La dernière conférence fut consacrée à un thème cher à notre section, celui du sort des finances publiques luxembourgeoises. Dans le droit fil de la conférence donnée par notre regretté confrère et secrétaire général Georges Als, en 2013, sous le titre évocateur, *Sacrifier l'avenir pour préserver le présent ?* **Yves Nosbusch** est venu partager avec nous les conclusions récentes du Conseil National des finances publiques, qu'il préside sur la soutenabilité à long terme des finances publiques luxembourgeoises. Les défis auxquels celles-ci sont exposées n'ont guère surpris l'audience.

En revanche, la sensibilité très réduite du ratio d'endettement public aux différents scénarii d'évolution de la population, de la productivité, des coûts linéaires et des taux d'intérêt et même des dépenses de santé et d'assurance dépendance échappait à l'intuition. C'est dire que le Luxembourg devra anticiper très tôt d'éventuelles évolutions négatives, s'il entend garder une certaine maîtrise de l'essor de ses finances publiques. Ce n'est évidemment pas une attitude ni intuitive, ni très payante pour nos femmes et hommes politiques.

Outre les textes des conférences et table ronde, le présent volume des Actes de la section des sciences morales et politiques comprend également une étude sur l'extension des études universitaires en médecine au Luxembourg de notre confrère **Henri Entringer**. On se souvient du rapport détaillé sous la plume du même auteur sur les Défis de l'Université du Luxembourg, publié dans la collection des travaux de notre section en 2010 et de son article critique sur la création d'une *Luxembourg Medical School*, paru en 2016. Afin d'ouvrir largement l'accès aux études de médecine à des étudiants locaux, l'Université du Luxembourg leur propose dès à présent un bachelor en médecine. Cette décision politique n'est certainement pas à l'abri de toute critique tant elle manquait de s'appuyer sur une analyse neutre des besoins et des possibilités offertes par les universités des pays voisins, à condition bien sûr de réussir les concours d'entrée. Étendre demain cette offre locale par un master nécessite une évaluation sérieuse et cette fois neutre des débouchés que les étudiants formés sur place peuvent trouver dans des universités étrangères de renom. Comme le note à juste titre Henri Entringer, la mise en place d'un master en médecine ne saurait être une réponse raisonnable au défaut de reconnaissance à l'étranger de la qualité des études de bachelor de l'Université du Luxembourg. Espérons que la politique ne prévale pas sur ce constat de bon sens.

La vie ne nous épargne pas la perte de membres engagés dans les activités de notre section. Nous nous devons ainsi de rendre hommage cette année à notre regretté confrère Jean-Paul Harpes, qui tenait depuis de longues années le flambeau des études en philosophie de notre section et a contribué jusqu'au dernier moment à son conseil d'administration. Il y a à peine deux ans il nous a encore entretenus de l'étonnant intellectuel parcours de Jürgen Habermas.

Pour finir sur une note plus enthousiaste, l'année 2017 aura été marquée par l'adoption de la loi du 27 décembre 2017 modernisant le statut

de l'Institut grand-ducal et reconnaissant à celui-ci comme à ses six sections la personnalité juridique d'une institution académique indépendante, à l'instar de l'Institut de France et des Académies royales belges, ses illustres sœurs. Fort de ce nouvel habit, l'Institut grand-ducal et ses sections pourront développer leurs activités avec plus d'aise et montrer le rôle utile qu'elles peuvent jouer comme lieux de débats instruits sur des sujets intéressant la société luxembourgeoise.

I. COMMUNICATIONS

Séance du 14 mars 2017

**A CRITICAL ASSESSMENT OF THE RELATION
OF INFORMATION FREEDOM
AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA
IN TODAY'S EU LAW**

par

Herwig Hofmann

Depuis 2004 le Professeur Hofmann est professeur de droit européen et transnational public à l'Université du Luxembourg où il était le premier professeur en droit de la nouvelle université. Ses intérêts de recherche sont le droit public européen et comparé, avec des publications en langues anglaise, allemande et française. Certains de ses travaux sont traduits en polonais, en espagnol, en italien et en roumain. Il donne régulièrement conseil aux institutions européennes et gouvernements nationaux, était professeur invité aux prestigieuses institutions en Europe, aux Etats-Unis et en Asie. Parmi ses activités en droit de l'information, en 2015, il a représenté Max Schrems devant la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire C-362/14 *Schrems v DPC*.



A Critical Assessment of the Relation of Information Freedom and the Protection of Personal Data in today's EU law

This contribution to the debate on the modern regulatory framework for collection and transfer of personal data in networks and data basis addresses questions of necessary changes in the European legal system and its driving forces arises from my presentation at the Institut Grand Ducale in Luxembourg on March 14, 2017. The development of a broad legal framework regarding information rights, requires orientation with some basic guiding principles. Importantly in that context, law of information is not only about privacy and secrecy but also about transparency, openness and democratic government. This paper discusses and evaluates some elements of the debate and the judicial responses to the challenges of public law and information in today's digital age.

In this paper I look at two basic elements of law of information in the EU. The individual protection of personal data and the right to access to documents are starting points to review in which direction EU law can be seen to be developing in view of basic concepts of law of information with respect to its own rules as well as with respect to its influence on Member State legal orders.

1. Background – Individual rights and information in the EU and its Member States

The creation of legislative rules on information is not a new invention. The enlightenment-age Swedish freedom of the press act¹ of 1766, for example, had already established the protection of the individual freedom of speech and freedom of censorship as well as the right of access to publicly held information. The value choices at the basis of the Swedish law of 1766 abolishing censorship and granting access to official documents were to encourage the free exchange of ideas in order to achieve what could today be called a society based on democracy and individual rights.²

¹ Konglige Majestäts Nådige Förordning, Angående Skrif- och Tryck-friheten of December 2, 1766.

² Importantly, this legislation was developed as the Swedish contribution to democratic societies under the rule of law in a historic period full of constitutional turmoil such as the French and the American revolution which altogether have changed our understanding of

Today, the questions related to information relevant to democracy in a digitalised information society³ additionally include issues such as the ownership of data and information wilfully or incidentally 'emitted' by individuals, possibilities of public and private handling of data, rules of public access and accessibility of information, questions of knowledge about existing data and data collection tools as well its distribution, possible deletion and correction. These issues have huge implications for such central orientations in society as the concept of a self-determined individual, the possibility of effective democratic participation, the concentration and possible separation of powers, the balance between public and private powers and many more. Implicitly, this was an underlying concern some 250 years ago in the debates leading to the Swedish legislation of 1766. The digitalisation of societies makes these issues all the more pressing today.

So therefore, the spectrum of regulatory possibilities in which the decisions about privacy or access, ownership or limitation of information is much as it was in the 18th century. Technically speaking, it might appear that full openness and accessibility of information – both emanating from public and private sources – should or at least could be the default option of the digital, internet-based world. By comparison in a pre-digital world, non-accessibility of information, irrespective of whether public or private, would have appeared as the norm not least for the difficulties involved of accessing such information.

Further considerations illustrate the spectrum: With relation to law of information, the 'ideal' of a totalitarian system would appear to consist of maintaining secrecy about information in the hands of public powers, whilst having unlimited access to all information in the private domain. On the other hand, the ideal of a democratic system under the rule of law, should be closer to a concept of transparency and accessibility of information held by public bodies whilst maintaining privacy of the private individuals.

On these two spectrums of possibilities, EU law places privacy and the protection of personal data prominently in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFR) (and Articles 16(1) TFEU and 39

the role of the individual in a constitutionalised society.

³ For a discussion of one possible conceptualisation of an information society see Manuel Castells, *The Rise of the Network Society, The Information Age: Economy, Society and Culture* (Oxford: Blackwell, 2006).

TEU). But it is often not recognised that access to information is equally protected as a Fundamental Right in Article 42 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFR) (and Article 15 TFEU). These are the principles which are then outlined and developed in legislation.

In order to look at where EU law on information currently fits within the spectrums of possibilities and how in EU law the balancing is being currently undertaken this paper, this paper will in the following first address questions of access to information (2), then those of data protection (3). The paper then assesses the balancing between these two concepts (4) before, finally taking a look at some of the future battles to be fought in the field of law and information (5).

2. Developments in EU information law – where are we heading with respect to access to information rights?

Freedom of information, or more narrowly, the right of access to documents, has not always been regarded as a fundamental right, or even a matter of priority in European administrative law. In line with the administrative traditions of many European countries, public non-accessibility and secrecy were generally the norm in regard to information held by European authorities.⁴ This approach changed gradually in the light of the increasing recognition of the individual's right to information as a basis of both a fair, accountable, and transparent administration and a functioning, participatory democracy in which citizens were permitted to engage in an informed debate and to exert influence on public decision-making.

Important impulses for the development of freedom of information in the EU came with the 'Nordic' enlargement of 1995 by which the Swedish and Finnish traditions in this area gained strong influence.⁵ In a process

⁴ See eg Case C-170/89 *BEUC v Commission* [1991] ECR I-5709 in which the consumer protection NGO, BEUC, was denied access to non-confidential elements of Commission files in an anti-dumping case.

⁵ See eg Section 12 of the Finnish constitution of 1999 which expressly links freedom of expression and the right of access to information: 'Everyone has the freedom of expression. . . . Documents and recordings in the possession of the authorities are public, unless their publication has for compelling reasons been specifically restricted by an Act. Everyone has the right of access to public documents and recordings.' See the unofficial translation of the Finnish constitution of 1999 on the finlex website (<<http://www.finlex.fi>>). This provision has been described as having a lineage dating back to 18th-century Swedish legislation at the time applicable in Finland. See for further references, Paivi

of mutual influencing, the idea of freedom of information as a means of fostering freedom of expression, transparency, and participation, as well as accountability and good administrative governance in general, has subsequently taken increasing hold even in Member States, which did not originally subscribe to this approach.⁶ Transparency rights are both to be found with respect to the right to access of one's own file in Art. 41 (2) b CFR (also a General Principle of EU law since the early days of the case law of the CJEU⁷). Transparency is also regarded in the more broad right of access to documents not only of institutions but also of EU bodies and agencies, in Art. 42 CFR and Article 15 TFEU. This right exists explicitly to 'promote good governance and ensure participation of the civil society'. It is also a guarantee of the rule of law and democracy by allowing real supervision of public action.⁸

Several generations of regulation in secondary law have set the framework for the right of access to documents.⁹ The main instrument for ensuring access to information in the EU remains to date Regulation 1049/2001,

Leino, 'Comment on Case C-353/99 P', *CMLRev.* 39 (2002) 621–32. See, for an historic analysis of the development of the right to access to information, eg Deirdre M. Curtin, 'Citizens' Fundamental Right to Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?', *CMLRev.* 37 (2000) 7–41 at 7–11; Peter Dyrberg, 'Accountability and Legitimacy: What is the Contribution of Transparency?' in Anthony Arnall and Daniel Wincott (eds), *Accountability and Legitimacy in the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 81–96 at 86–92; Inger Österdahl, 'Openness v Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union', *ELRev.* 37 (1998) 336–56; all with further references.

⁶ By the year 2000, nearly all of the then 15 Member States had introduced a Freedom of Information Act. (See for a comparative overview of the situation in 2001, the opinion of Léger AG of 10 July 2001, paras 55 and 80, 81 in Case C-353/99 P *Council v Hautala* [2001] ECR I-9565.) This was not least due to the influence of a Europeanization of national administrative rules in the context of an increasingly integrated administration in the EU. For a comparative overview of EU and Member State rules see, Herke Kranenborg and Wim Voermans, *Access to Information in the European Union* (Groningen: Europa Law Publishing, 2005) 10–27.

⁷ Cases 42 and 49/59 *S.N.U.P.A.T. v High Authority* [1961] ECR 103, 172 (summary point 1).

⁸ Article 15(3) TFEU (slightly expanding Article 255(1) EC), lays down that: '[a]ny citizen of the Union and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have a right of access to documents of the Union institutions, bodies, offices and agencies, whatever their medium, subject to the principles and the conditions to be defined in accordance with this paragraph.'

⁹ Initially, the institutions had adopted internal guidelines. Original decisions of the institutions (Council Decision 2001/840, OJ 2001 L 313/40; Commission Decision 2001/937, OJ 2001 L 345/94; EP Decision 2001/2135, OJ 2002 C 140E/120) were based on the right to self-organization.

issued on the basis of what is now Article 15 TFEU,¹⁰ with the purpose 'to promote good administrative practice on access to documents' by proclaiming the principle of 'the fullest possible exercise of the right of public access to documents'.¹¹ Under this Regulation, the Council, the Parliament, and the Commission and, by extension, European agencies will grant access to documents in their possession regarding EU and Euratom matters.¹² In a nutshell, the system works as follows: Documents are defined as 'any content whatever its medium . . . relating to the policies, activities and decisions falling within the institution's sphere of responsibility'.¹³ The GC has expanded this to documents arising from comitology committees, finding that for these documents, the Commission is obliged to grant access.¹⁴ Access will be granted by EU institutions not only to documents drawn up by themselves, but also documents received by them.¹⁵ Although Article 15 TFEU and Article 2 of Regulation 1049/2001 grant the right of access to 'any citizen of the Union' and any natural or legal person residing or registered in a Member State, the institutions' guidelines enlarge this scope by allowing applications for access to documents irrespective of nationality or place of residence.¹⁶ Limitations on the right of access to documents arise

10 Regulation (EC) 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, OJ 2001 L 145/43. See with further explanations Bart Driessen, 'The Council of the European Union and access to documents', *ELRev.* 30 (2005) 675–96; Magdalena Elisabeth de Leeuw, 'The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are the citizens better off?', *ELRev.* 28 (2003) 324–48.

11 Art 1(a)–(c) Regulation (EC) 1049/2001.

12 Arts 28(1) and 41(1) EU; Declaration 41 attached to the Final Act of the Treaty of Amsterdam; Regulation (EC) 1049/2001, considerations 5, 6, 8.

13 Art 3 of Regulation (EC) 1049/2001.

14 Case T-188/97 *Rothmans v Commission* [1999] ECR II-2463, para 62.

15 Article 4(5) of Regulation 1049/2001 grants Member States the right to veto disclosure. The European institutions are bound by the refusal of a Member State to grant access to documents, see Case T-168/02 *IFAW Internationaler Tierschutz Fonds v Commission* [2004] ECR II-4135, paras 55, 57, 58; Case T-187/03 *Scippacercola v Commission* [2005] ECR II-1029, para 56. However, this veto right is limited: the CJ held in a Grand Chamber decision that '[an] institution cannot accept a Member State's objection to disclosure of a document originating from that State if the objection gives no reasons at all or if the reasons are not put forward in terms of the exceptions listed in Article 4(1) to (3) of Regulation No 1049/2001. Where, despite an express request by the institution to the Member State to that effect, the State still fails to provide the institution with such reasons, the institution must, if for its part it considers that none of those exceptions applies, give access to the document that has been asked for.' Case C-64/05 P *Sweden v Commission* [2007] ECR I-11389, para 88.

16 EU, *Access to European Parliament, Council and Commission documents—a user's*

from primary law provisions such as Article 339 TFEU protecting professional secrets, as well as from Regulation 1049/2001, which contains two types of exceptions: Mandatory and conditional. Mandatory exceptions oblige the administration to 'refuse access where specified circumstances obtain'.¹⁷ Conditional exceptions are those where the institution shall refuse access 'unless there is an overriding public interest in disclosure',¹⁸ in other words, where there is an exception to the exception. A refusal under one of the exceptions must be based on a concrete analysis of the content of the document and the risk of a protected interest being undermined must be 'reasonably foreseeable and not purely hypothetical'.¹⁹ Documents can be withheld which are drawn up in the context of court proceedings or in relation to the provision of internal legal advice,²⁰ documents needed for the 'purpose of inspections, investigations and audits' so long as these inspections, investigations and audits are ongoing,²¹ and documents 'drawn up by an institution for internal use or received by an institution'.²²

So far the principle under the legislation in force. In reality, especially given the case law of the CJEU of the past few years, a quite different picture emerges one problem is the difficulty of obtaining knowledge about existing document since in many cases document registers are insufficiently maintained. Another problem is that although exceptions to the

guide (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002) 13.

17 Art 4(1) of Regulation (EC) 1049/2001.

18 Art 4(2) and (3) of Regulation (EC) 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, OJ 2001 L 145/43.

19 Joined Cases T-391/03 & T-70/04 *Franchet and Byk v Commission* [2006] ECR II-2023, para 115.

20 The Court has interpreted this exception as meaning 'documents drawn up solely for the purposes of specific court proceedings'. Joined Cases T-391/03 & T-70/04 *Franchet and Byk v Commission* [2006] ECR II-2023, paras 89–90 (emphasis added). See also Case T-92/98 *Interporc v Commission (Interporc II)* [1999] ECR II-3521, paras 40–41. According to the latter, Regulation (EC) 1049/2001 establishes the protection of institutions' legal advice. See also Case 53/85 *AKZO v Commission (AKZO II)* [1986] ECR 1965, para 26.

21 Case T-20/99 *Denkavit Nederland v Commission* [2000] ECR II-3011, para 48. See also Joined Cases T-391/03 & T-70/04 *Franchet and Byk v Commission* [2006] ECR II-2023, paras 109–112; Case T-123/99 *JT's Corporation v Commission* [2000] ECR II-3269, para 50.

22 Art 4(2) and (3) of Regulation (EC) 1049/2001. The latter relates to a matter where the final decision has not (yet) been taken by the institution, and where such disclosure 'would seriously undermine the institution's decision-making process'.

right of access must, in principle, be construed and applied restrictively so as not to defeat the general principle enshrined in primary and secondary law,²³ the CJEU has become prone to proclaim broad and sweeping exceptions in this field. Within the category of conditional exceptions to access to documents, access may only be limited unless there is an overriding public interest in disclosure.²⁴ Although the notion of an overriding public interest in legislative procedure was clarified in *Sweden and Turco*²⁵ in that the principles of 'democracy and citizen participation in the legislative process' in themselves constitute an overriding public interest. The Court of Justice found that Article 4 of Regulation 1049/2001 is an expression of the 'right of public access to documents of the institutions' 'related to the democratic nature of those institutions.'²⁶ Refusal of access must therefore in principle be assessed on a case by case basis and exceptions to the principle of access must be interpreted strictly.²⁷

However, the CJEU has applied this approach, rather sympathetic to the principles of openness and access to documents in a legislative procedure. Its case law appears in a completely different light when seen applied to administrative procedures. Under EU law, as the case *Client Earth* of 16 July 2015 makes this abundantly clear.²⁸ Although in order "to justi-

23 See eg Case T-211/00 *Kuijter v Council* [2002] ECR II-485, para 55; Case T-20/99 *Denkavit Nederland v Commission* [2000] ECR II-3011, para 45; Joined Cases C-174 & 189/98 P *Netherlands and van der Wal v Commission* [2000] ECR I-1, para 27.

24 Art 4(2) of Regulation (EC) 1049/2001 "The institutions shall refuse access to a document where disclosure would undermine protection of ... court proceedings and legal advice, unless there is an overriding public interest in disclosure" and Art 6(1) of Regulation (EC) 1049/2001, which explicitly states that 'the applicant is not obliged to state reasons for the application'. Joined Cases T-110, 150 & 405/03 *Sison v Council* [2005] ECR II-1429, paras 50–52; confirmed in Case C-266/05 P *Sison v Council* [2007] ECR I-1233, paras 62–64, 80–83; Joined Cases T-391/03 & T-70/04 *Franchet and Byk v Commission* [2006] ECR II-2023, para 82; Case T-124/96 *Interporc v Commission (Interporc I)* [1998] ECR II-231, para 48; Case T-92/98 *Interporc v Commission (Interporc II)* [1999] ECR II-3521, para 44.

25 Case C-39/05 P and 52/05 P *Sweden and Turco v Council* of 1 July 2008 (Grand Chamber).

26 Case C-39/05 P and 52/05 P *Sweden and Turco v Council* of 1 July 2008 (Grand Chamber), para 35.

27 Case C-39/05 P and 52/05 P *Sweden and Turco v Council* of 1 July 2008 (Grand Chamber), paras 36, 39: Any 'risk to the Council's decision making process must be "reasonably foreseeable and not purely hypothetical."

28 *Client Earth*, an environmental NGO, had filed an application for access for documents under Regulation 1049/2011 and under the so-called Aarhus Regulation (Regulation (EC) 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Informa-

fy refusal of access to a document" under Article 4(2), (3) of Regulation 1049/2001 the institution must "provide explanations as to how access to that document could *specifically and actually* undermine the interest protected by an exception laid down in that article",²⁹ the Court of Justice found that "disclosure, if it had been authorised, would have been detrimental to the climate of trust which has to exist between the Commission and each Member State concerned." What happened is the following: The CJEU develops a new doctrine of the protection of a 'climate of trust' between the Commission and the Member States. It does not define the scope or possible limitations of this doctrine. Instead it bases its considerations on its assumption that the Council should be enabled to find "a consensual solution free from external pressure".³⁰ The CJEU in *Client Earth* then, and this is the most remarkable element of the case, employs this newly created doctrine of the 'climate of trust' to introduce far reaching limitations of the principle of democracy which are not provided or even actually excluded in Regulation 1049/2001. This is most remarkable given the fact that the principle of democracy is not only one of the foundational principles of EU law (Articles 2, 10 TEU) but is also the guiding principle for interpretation of Article 4(2) of Regulation 1049/2001. The idea of deciding without outside pressure is essentially an attempt at shielding a European institution from democratic oversight. Employing considerations of this kind *Client Earth* summarises its case law and summarises the five categories of documents which it has granted a "general presumption of confidentiality" to:

- "documents in an administrative file relating to a procedure for reviewing State aid (see C 139/07 P *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau* EU:C:2010:376);
- pleadings lodged by an institution in court proceedings (see, C 514/07 P C 528/07 P and C 532/07 P *Sweden and Others v API and Commission*, EU:C:2010:541, para 94);

tion, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies, OJ 2006 L 264/13). *Client Earth* attacks the Commission's refusal to provide the documents. The Court finds that in certain cases of Art. 4(2) Reg 1049/2001 'an overriding public interest shall be deemed to exist' e.g. where information relates to 'emissions into the environment.' Art. 4(2) Reg 1049/2001 allows limiting access to protect ongoing investigations and for the purpose of protecting inspections, investigations and audits unless there is an overriding public interest.

29 Case C-612/13 P *Client Earth* of 16 July 2015 with reference *inter alia* to C 365/12 P *Commission v EnBW*, EU:C:2014:112, para 64. [emphasis in italic added]

30 Case C-612/13 P *Client Earth* of 16 July 2015, para 41.

- documents exchanged between the Commission and notifying parties or third parties in the course of merger control proceedings (see C 404/10 P *Commission v Éditions Odile Jacob* EU:C:2012:393 para 123);
- documents concerning an infringement procedure during its pre-litigation stage (see C 514/11 P and C 605/11 P *LPN and Finland v Commission* EU:C:2013:738, para 65);
- documents relating to a proceeding under Article 101 TFEU (see C 365/12 P *Commission v EnBW* EU:C:2014:112 para 93).³¹

After these five heavy blows to interpretation of Article 4(2) Reg 1049/2001 in the light of the principle of democracy, the question arises of 'what is left of access to documents in EU law after *Client Earth*?' The answer is probably, not much, especially when looking at paragraph 77 of the judgement which *de facto* establishes a judge-made general presumption of confidentiality of documents. This stands quite in contrast to Article 1 of Regulation 1049/2001 which requires 'the fullest possible' access to documents and which is the legislative specification of the fundamental right to access to documents contained in Article 42 CFR.

As a consolation prize, the CJEU states that "such a general presumption does not rule out the possibility of demonstrating that there exists, under the last clause of Article 4(2) of Regulation No 1049/2001, an overriding public interest justifying the disclosure of the document concerned."³² This does not however remedy the main problem: *Client Earth* had argued "that the principles of transparency and democracy entail that citizens have the right to be informed of the extent to which national law is compatible with European Union environmental law and to participate in the decision-making process." The CJEU deemed this claim as merely consisting of general considerations which "are not capable of demonstrating that the principles of transparency and democracy raised in this case issues of particularly pressing concern which could have prevailed over the reasons justifying the refusal to disclose in their entirety the contested studies placed in a file relating to the pre-litigation phase of infringement proceedings."³³

31 Case C-612/13 P *Client Earth* of 16 July 2015, para 77 [bulletpoint listing added].

32 Case C-612/13 P *Client Earth* of 16 July 2015, para 89.

33 Case C-612/13 P *Client Earth* of 16 July 2015, para 89 with reference to C 514/11 P and C 605/11 P *LPN and Finland v Commission* EU:C:2013:738 para 93, 95; C 127/13 P *Strack v Commission* EU:C:2014:2250 para 131.

These limitations weigh especially heavy since freedom of information is one of the central elements of a transparent governance structure and an open society.³⁴ The CJEU's extremely limiting case law also has a chilling effect on Member State legal systems many of which were only brought to accepting freedom of information on the basis of EU law impulses and in the wake of having to apply EU access to documents law in the context of acting in the scope of EU law and its implementation (Article 51 CFR).

3. Developments in EU information law – where are we heading with respect to Privacy and Protection of Personal Data?

EU law governing information contains not only rules on access but also on the protection of data. According to its understanding in the context of the Union, data protection constitutes an individual right against the potential misuse of information both by governments and non-governmental actors. It was developed in EU Member States since the rise of ever more sophisticated information technology has allowed for large-scale data collection, processing, and distribution, especially across information networks.³⁵ Constitutional provisions in many Member States reflect this.³⁶

34 Comparing the general rules on access to documents with those contained in Aarhus Regulation, which in the specific field of environmental law provides for a more open approach and more widely ranging rights of access. This measure brings to force within the Community obligations from the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention) by Council Decision 2005/370/EC, OJ 2005 L 124/1 and the Environmental Information Directive 2003/4/EC on public access to environmental information, OJ 2003 L 41/26 as well as Directive 2003/35/EC, OJ 2003 L 156/17. In the light of such a comparison, Regulation 1049/2001 appears unnecessarily restrictive, with respect both to the parties enjoying access rights and to the bodies from which the granting of access may be sought. The existing patchwork of access rules is as confusing as it is unnecessary. As the Commission has itself pointed out in its Green Paper on public access to documents held by EC institutions (Green Paper: Public Access to documents held by institutions of the European Community, 18 April 2007, COM(2007)185 final), it is not always easy to discern who has which right to information. Although the originally rather secretive approach of the European institutions has been shifted largely towards a more open system, more can be done.

35 The earliest data protection laws existed in the German State of Hessen (1970), Sweden (1973), Germany's federal level (1977), and France (1978). In 1980, the OECD published its Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD Doc C 58 of 1 October 1980.

36 Mentioned (as right to privacy or explicitly to data protection) in eg Art 22 of the Belgian Federal Constitution; Art 38 of the Bulgarian Constitution; Arts 3, 112(1) of the Czech Constitution; Art 10 of the Dutch Basic Law; Art 42 of the Estonian

Early reactions to the development of IT also existed on the level of public international law through the ECHR and Convention 108.³⁷ In EU law this approach was first taken up through the case law of the CJEU. In fact the Court's very first case recognising fundamental rights as general principles of EU law, *Stauder*³⁸ of 1969, was a privacy case. Primary law now expressly provides for the protection of privacy and personal data. Article 7 CFR protects 'the right to respect for his or her private and family life, home and communications'. The scope of this article *inter alia* protects with respect to the home and the communications protection essentially against physical or electronic searches. Article 8(1) CFR grants the 'right to the protection of personal data concerning him or her' and Article 8(2) specifies that 'data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the persons concerned or some other legitimate basis laid down by law.' The CJEU reads Articles 7 and 8 CFR together when reviewing the right of privacy and data protection.³⁹ The underlying concept is, simply described, that data about a person on emitted by a person (e.g. phone roaming information, internet browsing history etc.) is akin to the person's property. Any access can be in principle regarded an infringement of the right. The 'joint' right of Articles 7 and 8 has a personal scope covering both legal and natural persons, in line with ECtHR case law.⁴⁰ Protection is offered under these rights against processing of 'personal data by a third party' concerning 'any information relating to

Constitution; Art 9(1) of the Greek Constitution; para 10(1) of the Finnish Constitution; Art 59 of the Hungarian Constitution; Art 2(1) in combination with Art 1(1) of the German Federal Basic Law; Art 51 of the Polish Constitution; Art 26(2) of the Portuguese Constitution; Arts 19(3) and 22(1) of the Slovakian Constitution; Art 38 of the Slovenian Constitution; Chapter 2, para 3 of the Swedish Constitution.

37 See Art 8 ECHR, 'Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence'. In 1981, the Council of Europe adopted the Council of Europe Convention of 28 January 1981 for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, 1981, ETS No 108. This convention entered into force on 1 October 1985 and currently has 38 Members. An Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and trans border data flows, CETS No: 181, entered into force on 1 July 2004 so far has 15 signatory states.

38 Case 29/69 *Stauder v Stadt Ulm* [1969] ECR 419. Ironically, Erich Stauder, who went to court to enforce his right to privacy and won the case. Due to lack of anonymisation of names in the procedural rules of the CJEU at the time, the case has become the best known name in the history of fundamental rights protection of the EU.

39 Cases C 92/09 and C 93/09 *Völker und Markus Schecke and Eifert* EU:C:2010:662, para 85; Joined cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland* (Grand Chamber) ECLI:EU:C:2014:238 of 8 April 2014, para 29.

40 ECtHR *Amann v. Switzerland*, § 65; ECtHR *Rotaru v. Romania*, § 43.

an identified or identifiable individual.⁴¹ Additionally, the requirement in Article 8(3) CFR that data protection be ensured by an 'independent authority' can be said to have its origins in another particularity of Swedish law in the age of enlightenment, especially the creation of the independent Ombudsman in 1809 in charge also of enforcement of rights arising from the 1766 freedom of the press act. Today, there is some debate about the conceptual understanding of these rights.

Basic acts of EU secondary law establishing the basic rules on the extent and limits of the right to the protection of personal data are laid down in Directive 95/46 addressed to the Member States,⁴² replaced by Regulation 2016/679,⁴³ which will apply as of May 2018. Both the Directive and the Regulation apply 'to the processing of personal data'.⁴⁴ The approach taken is to understand data protection as a right of defence against state action as well as against private misuse of data. The processing of personal data by EU authorities is regulated in a separate regulation currently under review, Regulation 45/2001,⁴⁵ which applies to collection and processing of data by Union authorities. Under Regulation 45/2001, authorities are obliged to process personal data only for a specific and legitimate stated reason. The individual concerned has the right to obtain access to the data, to have it rectified, blocked, or erased under the conditions set out in the provisions,

41 Case C-291/12 *Schwarz* ECLI:EU:C:2013:670 of 17 October 2013, paras 24-26 - a case on biometric details in passports.

42 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ 1995 L 281/31 are designed to establish a harmonized level of data protection, avoiding potential impediments to the internal market by differing data protection rules. For details see Spiros Simitis (ed), *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar* (Baden-Baden: Nomos, 2006) introduction, 136-47, paras 203-32; Veith Mehde, 'Datenschutz' in Sebastian Heselhaus and Carsten Nowak (eds), *Handbuch der europäischen Grundrechte* (Munich/Vienna/Bern: Beck, 2006) 615-17, paras 16-18; Herbert Burkert and Ulf Brühmann, 'Europarechtliche Grundlagen' in Alexander Rosnagel (ed), *Handbuch Datenschutzrecht* (Munich: Beck, 2003) 102-11, paras 44-63 and 135-48, paras 15-55.

43 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ 2016 L 119/1

44 Art 1 of Regulation 2016/679 and Article 3(1) of Directive 95/46/EC.

45 Regulation (EC) 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, OJ 2001 L 8/1.

and finally has the right to object to its processing under certain circumstances.⁴⁶ Next to these general provisions on data protection, many policy-specific provisions also contain elements of data protection, especially in the EU in areas with intensive use of data. This applies, for example, to the field of asylum and immigration through rules on the EURODAC database within the implementational framework of the Dublin Convention,⁴⁷ to investigations carried out by the anti-fraud unit OLAF⁴⁸ concerning EU statistics,⁴⁹ to the supervision of EU agricultural aid schemes,⁵⁰ and to the framework of the 'Naples II' Convention on cooperation between customs administrations.⁵¹ Problems for data protection often arise from the architecture of large-scale IT systems which have emerged in recent years and which have been aimed mostly at enabling cooperation in the joint administrative space.⁵²

46 Arts 13–18 of Regulation (EC) 45/2001.

47 See Arts 4–7 and 15 of Council Regulation (EC) 2725/2000 of 11 December 2000 concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention, OJ 2000 L 316/1. The Dublin Convention has been replaced by Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national, OJ 2003 L 50/1.

48 See eg Art 8 of Regulation (EC) 1073/1999 of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF), OJ 1999 L 136/1.

49 Arts 13–18 of Council Regulation (EC) 322/97 of 17 February 1997 on Community Statistics, OJ 1997 L 52/1.

50 Art 13 of Council Regulation (EC) No 73/2009 of 19 January 2009 establishing common rules for direct support schemes for farmers under the common agricultural policy and establishing certain support schemes for farmers, amending Regulations (EC) No 1290/2005, (EC) No 247/2006, (EC) No 378/2007 and repealing Regulation (EC) No 1782/2003, OJ 2009 L 30/16.

51 Council Act 98/C 24/01 of 18 December 1997 drawing up, on the basis of Article K3 of the Treaty on European Union, the Convention on mutual assistance and cooperation between customs administrations, OJ 1998 C 24/1.

52 Although each database has a different purpose, these systems share common features. One is that they often contain large volumes of data about many individuals. They are also often similar in structure, consisting both of, on the one hand, national organizations and, on the other hand, a central European unit. This necessitates cooperation among data protection supervisors from both the EU and the Member States. The just mentioned EURODAC system exemplifies this, under which responsibilities for data protection supervision are shared between the EDPS and Member State supervisors. EURODAC is a large-scale IT system which contains digital fingerprints of asylum seekers. It consists of national units, subject to national law, and a central unit, regulated by EU law (Regulation (EC) 45/2001).

The case law of the CJEU has made a big contribution to the interpretation of the provisions on privacy and data protection placing great importance on data protection rights – both in absolute terms and in balancing data protection rights with privacy protection. The high level of data protection requirements is visible especially with respect to storage of data by private actors for possible law enforcement purposes and with regard to international transfers of data in cases such as *Digital Rights Ireland*⁵³ and *Schrems*.⁵⁴

Digital Rights Ireland concerned the processing of data through the obligation of retention of telecom connection data by telecom operators in the EU. This was regarded by the CJEU as a serious limitation of the right to privacy and the protection of personal data protection since to 'establish the existence of an interference with the fundamental right to privacy, it does not matter whether the information on the private lives concerned is sensitive or whether the persons concerned have been inconvenienced in any way'.⁵⁵ Additionally, the potential 'access of the competent national authorities to the data constitutes a further interference with that fundamental right'.⁵⁶ The interference was particularly serious since, despite not containing the content of the communication, the data retained under the law

'taken as a whole, may allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as the habits of everyday life, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them'.⁵⁷

In *Schrems v DPC* the CJEU held that where public authorities have 'access on a generalised basis to the content of electronic communications' this compromises 'the essence of the fundamental right to respect for private life, as guaranteed by Article 7 of the Charter' fall outside of EU law.⁵⁸ Only where the essence of a right is guaranteed can there be review of jus-

53 Joined Cases C-293/12 ad C-594/12 *Digital Rights Ireland* of 8 April 2014.

54 C-362/14 *Schrems v DPC* of 6 Oct 2015.

55 Joined Cases C-293/12 ad C-594/12 *Digital Rights Ireland* of 8 April 2014, para 33.

56 Joined Cases C-293/12 ad C-594/12 *Digital Rights Ireland* of 8 April 2014, para 35.

57 Joined Cases C-293/12 ad C-594/12 *Digital Rights Ireland* of 8 April 2014, para 27.

58 C-362/14 *Schrems v DPC* of 6 Oct 2015, para 94.

tification of limitations under the criteria of Art. 52(1) CFR under which limitations have to be proportionate.

The CJEU ruling in *Schrems v Data Protection Commissioner (DPC)*⁵⁹ will be subject to many discussions on constitutional matters for the time to come. It is a landmark case not only for clarifying and applying the basic conceptual understanding of fundamental rights in the EU. *Schrems v DPC* clarifies therein many further conditions for effective protection of a right, supervision by Member State authorities as well as the global reach of EU fundamental rights. As most essential developments in public law, this case originates from the very specific structural and substantive context of a specific policy area's administrative law details. But the consequences will radiate far into debates on pluralism of multi-level legal orders in an inter-connected world. Indeed, this can be illustrated on the CJEU Opinion 1/15 of the Grand Chamber of 26 July 2017 regarding the PNR data transfer agreement between the EU and Canada, where the influence of *Schrems* is clear, especially, as it formed an extensive part of the deliberation between the different intervening parties in the opinion of AG Mengozzi.

The background to *Schrems v DPC* is as follows: Supervision of compliance with EU data protection rules takes place by national authorities vested with "complete independence"⁶⁰ within the territory of each Member State. Transfer of data from the EU to a third country is possible only if that country has an "adequate level" of data protection, a fact the European Commission may certify by means of a decision.⁶¹ In 2000, the Commission had taken an adequacy decision with respect to the United States of America, a decision became known as the "Safe Harbour Decision".⁶² Upon request for preliminary reference by the High Court of Ireland in a judicial review procedure of a decision of the Irish Data Protection Commissioner (DPC) not to accept a complaint about Facebook Ireland transferring personal data to Facebook servers in the US, the Court of Justice of

59 CJEU C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:650.

60 Article 28 of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ 1995 L 281/31.

61 Article 25(1), (2) and (6) of Directive 95/46.

62 Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46 on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce, OJ 2000 L 215/7.

the European Union (CJEU) had the opportunity to review the compliance of the various elements of the data protection regime, especially the conditions of the Commission decisions declaring a third country to maintain an adequate level of protection..

This case - *Schrems v DPC* - has the potential to become one of the cornerstones of fundamental rights cases in Europe. The CJEU invalidated the Commission Safe Harbour Decision because it violated the essence both of the right to privacy and the protection of personal data as it arises from Articles 7 and 8 of the CFR as well as the essence of the right to an effective judicial remedy under Article 47 CFR.⁶³ Finding violation of the essence of a right, protected specifically under Article 52(1) CFR, means that there is no need to enter into a balancing of various limitations under the principle of proportionality. *Schrems v DPC* is the first case in which the CJEU invalidated an act of EU institutions on the basis of violation of the hard core of absolutely protected 'essential' elements of a fundamental right. Extending its findings also to the ancillary procedural rights of Article 47 CFR is important for possibilities of holding administrations to account. The Court found the essence of Article 47 CFR to be violated since the Safe Harbour Decision left individuals with no way of independent review of compliance with their substantive rights in the event of the transfer of data to the US and their processing by secret services.

Schrems v DPC would be famous for this alone. But, importantly for the EU's legal system, it also contains considerations each of which are of high relevance for EU public law more generally. A first screening of the case brings to light many points, which without doubt, will be discussed in a string of case reviews and throughout the legal debate in the years to come. Here is a small selection:

One is the international dimension of EU fundamental rights protection. Under the EU data protection directive 95/46, the right to data protection has to follow the data also when it is transferred to a third country. Third countries are authorised as recipients only where provisions are made to ensure some minimum protection. This places information rights in the age of an inter-connected world in a very special context. Although not per se extraterritorially applicable, they have to be protected on a global scale – a level of protection which has to include the right to an effective

63 CJEU C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:650, paras 94-95.

legal remedy to protect rights of access to personal data, and possibilities of rectification or erasure even in the case of transfer of such data outside of the Union.

In view of this, it remains important to find a definition under which conditions a foreign legal system can be regarded to offer adequate protection in view of EU law. *Schrems v DPC* illustrates that a non-EU country cannot earn the status of 'adequate protection' simply by guaranteeing the essential elements of the Fundamental Rights in question. In an echo of the 'Solange' case law of the Bundesverfassungsgericht and the 'Bosphorus' case of the ECtHR, the substantive and procedural protection offered by the third country must, according to the CJEU be "essentially equivalent" to the EU level⁶⁴ – a standard many EU countries fail to achieve in their national law.⁶⁵ On December 4th the European Court of Human Rights in Strasbourg (ECtHR) confirmed this reading by a judgement of its Grand Chamber in *Case Zakharov v Russia* (Application no. 47143/06).

Also, *Schrems v DPC* raises important issues regarding the degree of diligence which both national supervisory authorities and the Commission must show to comply with their obligations under the law in review of transfer of data to third countries. The case, therefore is an important reminder of the developing case law of the duty of care and the obligation to reason decisions accordingly.⁶⁶ And in asking the Commission to regularly revisit its own decision especially when there is reason to believe that conditions have changed, *Schrems v DPC* also contains important clarifications in EU administrative law and the exercise of discretionary powers as a whole.

Further, the case raises very important questions regarding the evolution of the relations between national Courts and the CJEU as well as between the CJEU and the ECtHR. Regarding the latter, since national laws empowering secret services of Member States in some cases are no less intrusive than the US Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) was, the ECtHR will take note of the ECJ judgment when it is presented with

64 CJEU C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:650, para 73.

65 See e.g. European Parliament resolution of 29 October 2015 on the follow-up to the European Parliament resolution of 12 March 2014 on the electronic mass surveillance of EU citizens (2015/2635(RSP)), P8_TA(2015)0388 with further references.

66 CJEU C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:650, paras 63, 75-76, 96-97.

requests to review the compatibility of such legislation with the ECHR. On the other hand, the CJEU was confronted with a clearly worded statement by the Irish High Court that the findings of the Commission if reviewed by Irish law would be plainly illegal, was also not willing to fall short of those national expectations. To a certain degree, the CJEU in *Schrems v DPC* plays the ball back into the national field, in stating that national authorities under the principle of effectiveness in the context of the principle of sincere cooperation (Article 4(3) TEU) must have the possibility, especially in the light of Article 8(3) CFR to "engage in legal proceedings" before a national court – but without explaining how.⁶⁷ This requirement thus sets out obligations on the national legal system and is indicative of the cooperative relation which the national supervisory authorities have with the European Commission in a quasi -composite set of enforcement procedures. Whether the developing relations might continue as a 'race to the top' with respect to the protection of fundamental rights in the Union remains to be seen.

EU law on data protection also raises questions of the distribution of powers between CJEU and ECtHR review is also an important aspect, especially since both Directive 95/46 and Regulation 2016/679 exclude from their scope data processing in matters of foreign and security policy as well as those relating to 'public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the processing operation relates to State security matters) and the activities of the State in areas of criminal law'.⁶⁸ However, the case law of the ECtHR is applicable to exactly that

67 CJEU C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:650, para 65.

68 Art 3(2) of Directive 95/46/EC. As far as the EU agencies of the Common Foreign and Security Policy (CFSP) (former EU Second Pillar) are concerned, there is no harmonized standard or general framework governing data processing. Alfonso Scirocco, 'The Lisbon Treaty and the Protection of Personal Data in the European Union' [2008] European Data Protection Review, No 5 <<http://www.dataprotectionreview.eu>>. Within the legal framework on Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters (PJCC) (former EU Third Pillar), a new 2016 Directive addresses Member State activity in the area of enforcement of criminal law: Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ 2016 L 119/89. Both Europol and Eurojust were instituted having an internal data protection officer and an independent 'joint supervisory body' (JSB), composed of representatives of national data protection authorities, charged with the duty of supervising compliance with data protection rules. See for the details on the JSB of Eurojust, Arts 17, 19, and 23 of

field of law and the recent interpretation of Article 8 ECHR with respect to public surveillance legislation is entirely in line with the case law of the CJEU, making the criteria for review by the CJEU highly compatible with that of the ECtHR. A detailed review of EU Member States surveillance systems has for example been undertaken in *Szabo and Vissy v Hungary*.⁶⁹ The Strasbourg Human Rights court held that the 'threat of unfettered executive power intruding into citizens' private spheres by virtue of uncontrolled yet far-reaching surveillance techniques and prerogatives' requires that the

"the potential of cutting-edge surveillance technologies to invade citizens' privacy, the Court considers that the requirement "necessary in a democratic society" must be interpreted in this context as requiring "strict necessity"... In the Court's view, any measure of secret surveillance which does not correspond to these criteria will be prone to abuse by the authorities with formidable technologies at their disposal."⁷⁰

4. Protection of Personal Data and Access to Information

The possibility of establishing quickly and surely which data on an individual are held, and having access to remedies such as rights of correction or amendment and of claims to damages to make good individual suffering are the legal core of the protection of individuals. This links transparency and data protection. Without access to data there can be no effective data protection. Currently, the transparency in the use of, and responsibility for, data in the European administrative system is seriously hampered by the fragmentation of competences between the Member State and European levels coupled with the existence of different standards and responsibilities within the continuing elements of the EU pillar structure. Also, there is no generally accepted standard of data protection. Across the diverse regulato-

Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime (Eurojust), OJ 2002 L 63/1 and the Act of the Joint Supervisory Body of Eurojust of 2 March 2004 laying down its rules of procedure, OJ 2004 C 86/1. For details of the Europol JSB, see the Council Decision of 6 April 2009 establishing the European Police Office, OJ 2009, L121/49. International data exchange is authorized under Council Decision of 27 March 2000 authorising the Director of Europol to enter into negotiations on agreements with third States and non-EU bodies, OJ 2000 C 106/1.

⁶⁹ ECtHR of 12 January 2016, *Szabó and Vissy v. Hungary* (Application no. 37138/14).

⁷⁰ ECtHR of 12 January 2016, *Szabó and Vissy v. Hungary* (Application no. 37138/14), para 73.

ry instruments formulations of the protection vary, sometimes substantially, making it difficult to identify a common thread in regard to the enforceable rights. Such variation is all the more problematic, given the sharing of data between authorities and its use for the achievement of diverse policy goals governed by differing legal rules.

But another specificity of EU law of information is striking: So far the analysis in this chapter has showed that openness appears to be the poor sibling of information rights in the EU. There is a great awareness to the needs of protection of privacy and data protection and a considerable body of law developing these rights. On the other hand, transparency is having a hard stand and the right is being limited and chipped away at on many fronts. In many respects, the case law of the CJEU excluding whole fields of law is a threat to access rights per se in these matters. This trend can also be seen when looking at cases in which transparency and data protection rights collide and need to be balanced.⁷¹ These cases are examples of the conflict of fundamental rights for which balancing procedures have been developed.⁷² Limitations on privacy rights are, for example, explicitly recognized in Article 8 ECHR, allowing these to the extent 'necessary in a democratic society'. As far as the right of individuals to gain access to the info gathered about them by intelligence and security services the ECtHR in *Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden* is a leading case.⁷³ The case concerned three aspects: (a) the authority of the services to gather information about individuals and the situations in which they may use

⁷¹ See Case T-194/04 *Bavarian Lager v Commission* [2007] ECR II-4523 (Appeal C-28/08 P) in which the Commission had rejected the applicant's request to access to information. In support of its refusal it invoked the need to protect personal data of the persons present at the meeting, as well as a potential risk to the Commission's ability to carry out investigations in such cases if the identity of persons giving information to the Commission were to be disclosed. Sharpston AG, in her opinion of 15 October 2009 on Case C-28/08 P *Commission v Bavarian Lager*, paras 156–166, gives an excellent overview of distinguishing criteria and skilfully demonstrates how data protection and transparency rules can be reconciled. The CJ upon review in Case 28/08 P *Commission v Bavarian Lager* did not do justice to the depth and the breadth of the opinion. Although setting aside the judgment of the General Court, the Court confirmed on a rather technical point that the contested Commission decision not to disclose the names sought neither infringed Regulation 1049/2001 nor 45/2001 (paras 69–73). See also now the Grand Chamber in Case C-92/09 *Schecke* of 9 November 2010.

⁷² See with further examples, Timothy Pitt-Payne, 'Privacy versus Freedom of Information: Is there a Conflict?', *EHRLRev.* (2003) Supplement 108–11.

⁷³ ECHR Application No 246412 *Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden* of 6 June 2006.

this authority (ie what types of information gathering do amount to an interference with private life?), (b) the quality of national law governing the gathering and storage of information by security services and (c) the procedures that have to be in place in case a government denies individual access to the information gathered by the services. In *Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden* the five applicants had knowledge of their data being retained but their request for access to that information was denied, either entirely or in part.

Freedom of information is a fundamental principle of an open and transparent society, the basic of a democratic system under the rule of law. Further, the inherent complexity of the European Union requires special efforts to anchor and extend transparency in order to achieve a democratically accountable political and administrative system. On the other hand, the complexity of data-sharing structures in the EU's integrated administrative system also requires extra vigilance as regards data protection. Therefore, where a conflict between data protection and freedom of information arises, these rights must be carefully balanced in order to maximize the potential of each in its correct role.

The European Ombudsman (EO)⁷⁴ has in the past highlighted the dangers of potential misuse of data protection provisions so as to limit public access to documents and to contradict the principle of openness.⁷⁵ He pointed out that the right of access to documents is a fundamental procedural right, generally not allowing for a discretionary decision by the administrative body concerned.⁷⁶ One should add, though, that despite it this

74 With further explanations to the role and the procedures of the EO, see below Chapter 29.

75 European Ombudsman Letter of 14 November 2001, at: <<http://ombudsman.europa.eu/letters/en/20011114-1.htm>>.

76 According to the Ombudsman, 'there is nothing in Article 286 EC or the data protection Directive to suggest that data protection rules should be applied as a general principle of confidentiality in public administration, so as to require a balancing exercise whenever a document contains a name' (European Ombudsman Letter of 14 November 2001, at <<http://ombudsman.europa.eu/letters/en/20011114-1.htm>>). The dangers, to which the EO points, are real. If the fact that individuals enter into the public domain to work for institutions, or to represent their interests, could lead to the automatic right of institutions and bodies of the EU to refuse access to documents, the data protection argument could then easily be distorted to maintain secretive policies. This would be especially dangerous in the European context where there are complex public procedures and institutional arrangements, involving an integrated administration relying on composite mechanisms with Member State and EU participation. Transparency is the

proposition being correct, it needs to be seen in the context of the possible conflict of fundamental rights.

As discussed above, the central norm for balancing the right of public access to documents, on one hand, with the right to privacy and protection of individual data, on the other, is currently Article 4(1)(b) of Regulation 1049/2001 which sets out the exceptions to the right of access. Even though under that provision the protection of personal data can make a refusal of access mandatory, like every public decision, such a decision to refuse must itself be proportionate. Under a proportionality review a balance between the right of individuals to openness and access to documents will need to be undertaken. The individual's right of data protection. This requires taking the following three basic aspects into account.⁷⁷ First, the 'privacy and integrity' of the data subject which may be at stake by publication of the document must be respected.⁷⁸ Secondly, the decision must consider whether public access would in fact 'undermine' the protection of such privacy rights, that is, substantially affect the data subject.⁷⁹ Finally, the potential harm to a person's integrity and privacy needs to be evaluated 'in accordance with Community legislation regarding the protection of personal data'. The latter will require attention to whether possible

best tool in the fight against the possibilities of nepotism and the dangers of corruption. The examples cited by the EO are informative. They include, eg, the EP's refusal to allow the publication of names of successful candidates in open competitions for its jobs and to change the institutional practice to promise confidentiality to them. They also include the publication of names of individuals working for the institution, and of the MEPs. Another matter which the EO criticizes is the Commission's practice of maintaining the secrecy of procedures under Art 258 TFEU (Art 226 EC), through which the Commission controls Member States' compliance with EC law. As the EO correctly points out, there is no fundamental right to anonymity when participating in public affairs. See with greater detail, European Ombudsman Letter of 25 September 2002, on the misuse of data protection rules in the European Union, at: <<http://ombudsman.europa.eu/letters/en/20020925-1.htm>>.

77 For a discussion of these criteria from the point of view of data protection, see European Data Protection Supervisor, Public access to documents and data protection, *Background Paper Series* [2005] No 1, 12-30 (<<http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/>>).

78 This will be the case especially with data related to a public function or particularly sensitive data, such as those relating to, e.g., personal health or family life.

79 The notion of undermining the protection of privacy indicates that the negative effect of the disclosure on the private individual would be substantial, in the sense of having not only a marginal effect, but seriously limiting the rights of individuals. This may be the case where access to the information is explicitly targeted at obtaining information about particular private persons, irrespective of whether or not they have public status, functions, and activities.

compromise solutions including partial access to documents or access subject to such deletion of the references as are necessary to protect private information will resolve the conflict. It is for an applicant seeking access to data to provide 'any express and legitimate justification or any convincing argument in order to demonstrate the necessity for those personal data to be transferred' so as to allow the authority to weigh up data protection and access to information rights under EU law and to assess 'whether there was any reason to assume that the data subjects' legitimate interests might be prejudiced, as required by the Data Protection Regulation'.⁸⁰

5. Conclusions and Outlook

The question asked at the beginning of this chapter was whether the law of information in the EU is developing in the direction of any sort of 'ideal' according to the necessities of a democratic system under the rule of law in the digital age defined in the introduction to this paper. I argue that the situation in the EU and with it in many Member States have developed in a way which is not entirely up to those standards.

Although under EU law the protection of personal data is generally ensured to a high degree, especially in the case law of the CJEU, difficulties exist especially with respect to protection of data in view of public collection by a diverse set of information systems and by a diversity of EU bodies and associated data protection responsibilities. This makes it particularly difficult for individuals to assess responsibilities and to seek remedies. Additional problems exist as to the limited EU competencies regarding national security and law enforcement: The problem is that data protection is linked to transparency (in the sense of transparency of responsibilities of data collection as well as rights of access to know what data has been stored and used) clearly defined responsibilities and unified responsibilities of control and supervision are a necessary component of a legal order.

All in all, there is a very unhealthy multiplication of legal rules on data protection, and of data protection authorities, each applying different rules to specific sub-sectors of the EU. Coordination appears to be difficult. This is worrisome, especially since cooperative activities in the administrations of customs, policing, and other aspects of law enforcement often touch areas where, due to the sensitivity of the information involved and the dangers

⁸⁰ Case C-28/08 P *Commission v Bavarian Lager* [2010] ECR I-06055, paras 78–80.

of violations of individual rights arising from its uncontrolled use, data protection is most seriously and urgently required. The dangers which arise here from data handling, exchange, and use, as outlined above, especially those resulting from the combination of eventually erroneous information with other data and the subsequent data exchanged can be very significant.⁸¹ Effective protection of individuals also requires the possibility of establishing quickly and surely which data on an individual are held, as well as the availability of remedies such as rights of correction or amendment and of claims to damages to make good individual suffering. Currently, the transparency in the use of, and responsibility for, data in the European administrative system is seriously hampered by the fragmentation of competences between the Member State and European levels coupled with the existence of different standards and responsibilities within the continuing elements of the EU pillar structure. However, remedies for these weaknesses need to address the fact that many of the problems associated with privacy and data protection are common to different policy areas.⁸² The first such problem is the difficulty individuals face in discovering what information about them has in fact been collected and stored, in which contexts, and in which registers or databases. Knowledge of this is essential and should be provided, within the limits of ongoing investigations.⁸³

This shows that rules on access to information are not only also pre-conditions for effective enforcement of individual rights on privacy and data protection, but, as was well understood in Sweden some 250 years ago, rights of access to publically held information are also more generally, a pre-condition to an open and democratic society under the rule of law. However, on the EU level, despite promising developments in the past 15 years ago with the adoption of Regulation 1049/2001 and the adoption of the Aarhus Regulation in the field of environmental information, much damage has been done by the rolling back of rights of access to documents. Such rolling back has been undertaken by a highly restrictive interpretation of the existing rights by the CJEU, especially with respect to documents held regarding administrative procedures dangerously restricts transparency rules.

⁸¹ For details see Spiros Simitis (ed.), *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar* (Baden-Baden: Nomos, 2006) introduction, 65–6, paras 9–12.

⁸² See for an excellent overview and critique, Steve Peers, 'Human Rights and the Third Pillar' in Philip Alston (ed.), *The EU and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1999) 167–87 at 180.

⁸³ This principle has been established as the basic level by the ECHR in *Leander v Sweden* ECHR (1987) Series A, No 116, 48.

One of the spectrums outlined at the beginning of this article had on one side the ideal of a democratic society under the rule of law. In this, public information and affairs are public whilst private matters are protected as private. The other side of the spectrum is the 'ideal' of a totalitarian system under which all public matters are secret whilst the public has full access to all matters private. When looking at where the EU stands on this spectrum, it would appear that there is great concern for maintaining privacy, although the approach is often flawed by a lack of a coherent overarching structure to do so. The concept of transparency and access to documents has become less and less protected with broad and sweeping exceptions being introduced in disrespect of the spirit of the EU law in place. Therefore, although the EU is not in danger of moving into the spectrum of the totalitarian ideal, much effort needs to be undertaken, to live up to the necessities of an open system under the rule of law. The second spectrum discussed at the beginning of this paper was whether the approach applied in the EU was based on a paper age of administration or on the digital realities of today's data collection and management. Regarding this second concept, some big efforts appear necessary for the EU reality to arrive in the mind-set and the legal framework of the digital age.

DISCUSSION APRÈS LA CONFÉRENCE DE MONSIEUR HERWIG HOFMANN DU 14 MARS 2017

André Prüm :

Un grand merci pour ce vaste tour d'horizon sur les données personnelles des citoyens européens dans le monde digital, sujet dont vous a su parfaitement mettre en évidence les multiples facettes. Pour lancer la discussion, je me permets de soulever une première question. Le règlement dont tu nous as exposé le contenu retient parmi les critères pour l'application de son dispositif le lieu d'établissement de l'entreprise qui entreprend le traitement en particulier, si j'ai bien compris, lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles des données personnelles peuvent être transférées en dehors de l'Union européenne à destination de pays tiers. Les banques qui collectent et traitent des données de clients sont soumis aux exigences du règlement. En même temps, elles se trouvent aujourd'hui obligées par les autorités américaines sous le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) de transmettre des données personnelles sur des clients susceptibles d'avoir un rattachement avec les Etats-Unis. Comment cette obligation s'articule-t-elle avec les devoirs de la banque sous le règlement relative à la protection des données personnelles. Les deux normes ne risquent-elles pas de se trouver en conflit l'une par rapport à l'autre ? Sous un angle légèrement différent, on discute à l'heure actuelle d'un projet de loi pour permettre à une filiale luxembourgeoise d'un groupe bancaire hors Union européenne de transmettre des données à sa maison mère ou à d'autres entités du groupe afin de sous-traiter certains de ses processus et ce nonobstant le secret bancaire. Est-ce que la levée du secret bancaire suffit vraiment pour permettre le transfert de données personnelles hors Union européenne ou faut-il au surplus se couler dans le cadre du règlement relatif à la protection de ces données ? En somme, je m'interroge si la protection prévue par le règlement pour les transferts de données personnelles hors Union européenne est toujours bien prise en considération lorsqu'il s'agit de données bancaires personnelles ?

Le conférencier :

L'un des faits les plus souvent relevés au cours de l'histoire de la protection des données - notamment au niveau européen - est qu'il existe de petites communautés d'experts.

Parmi ces communautés, les experts de la protection des données sont éloignés des autres communautés et par conséquent, il n'existe à l'heure actuel pas assez de pensées horizontales mais je constate que, de plus en plus, on voit que ces questions de protection de données font également l'objet de débats dans les autres matières, notamment en droit financier, et ces débats particuliers sont précisément importants pour permettre d'avoir une vision horizontale des enjeux.

On ressent d'ailleurs la même l'impression lorsque l'on regarde la jurisprudence de la Cour de justice : celle rendue il y a trois semaines concernant le transfert des données des passagers aériens vers le Canada - en est je pense une parfaite illustration : un des facteurs que la Cour de justice critique fortement est notamment que, à l'occasion d'une collecte de masse des données personnelles, certaines d'entre elles peuvent constituer des communications protégées, par exemple celles entre un avocat et son client ou celles entre un docteur et son patient ou d'autres types similaires de communications protégées.

Cela est bien évidemment valable pour les communications qui interviennent entre les banques ou entre les clients et leurs banquiers. FATCA est un exemple où, du fait de la puissance d'une place financière (celle de New York) et de la nécessité d'obtenir un *clearing* des transactions sur base de dollar américaine, il semble évident qu'un pays tel que le Luxembourg n'a pas de capacité de s'isoler des transferts étranger puisque l'on ne pourrait pas imaginer que les banques luxembourgeoises soient exclues du clearing des transactions en dollar américaine.

En revanche, l'Europe dans son ensemble dispose d'une taille et d'une puissance critiques permettant de disposer d'une autonomie politique en la matière : plus concrètement, rien n'empêche les Européens de déclarer « non, ce type de transfert de données va à l'encontre de notre approche, de l'ensemble de notre jurisprudence et de notre législation » et d'imposer le respect de ses propres principes. Et cela peut faire du sens économique parce que - sans aller jusqu'à verser dans le « conspirationnisme » - la demande de transfert de données vers l'étranger peut avoir aussi un élément de permettre une collection des données économiques sensibles sur des marchés étrangers. Il convient également de protéger l'Europe, en ce sens.

Tine Larsen :

Bonjour, je suis Tine Larsen. Je suis la présidente de la Commission nationale pour la protection des données et comme il a été mentionné ce soir lors de l'excellente présentation du professeur Hofmann, je voudrais bien juste y revenir, notamment pour le cas de FATCA pour dire que la Commission nationale n'a pas été consultée lors de la conclusion de conventions internationales. En tous cas, pas au moment de la conclusion. A la limite, nous recevons la loi de transposition ou d'entrée en vigueur pour le Luxembourg après coup et nous l'avisons et nous faisons nos remarques, mais c'est un peu « *moutarde après dîner* », ce qui fait que, maintenant, le texte est en place et les institutions bancaires et financières s'y conforment et cela se formalise par une notification pour un transfert dans ce cadre auprès de la CNPD. Ce qu'on peut faire c'est revoir les notifications pour la forme, mais malheureusement pas sur le fond, et pour vraiment voir ce qui se passe aux Etats-Unis, que ce soit sous FATCA ou l'ancien *Safe Harbor* ou maintenant le *Privacy Shield*, il faudrait que la CNPD dispose d'une succursale sur place aux Etats-Unis, ce qui est un peu à l'encontre de la souveraineté nationale des autorités de protection des données. Ce que nous faisons tout de même comme commission nationale, c'est d'aviser les projets de loi nationaux. Nous avons, par exemple, analysé le projet de loi sur les mesures anti-terroristes qui modifie la législation pénale luxembourgeoise en introduisant des nouveaux outils pour la recherche d'actes de terrorisme et nous l'avons analysé sous l'angle du nouveau règlement européen qui va entrer en vigueur en mai 2018 et nous sommes en train d'aviser également la loi qui va modifier l'article 41 sur le secret bancaire. On n'a pas été sollicité en notre avis. On a pris la décision qu'on va quand même donner un avis parce que le Conseil d'Etat a suggéré que la commission soit consultée, ce qu'elle n'a pas été, mais il y aura des amendements, donc on attend les amendements et on avise après, ou si on est quand même consulté. Je voulais aussi dire que, pour le nouveau *privacy shield*, il est moins sollicité. On avait, comme autorité de protection des données, une phase très difficile en octobre 2015 quand le *Safe Harbor* a été annulé et on a vraiment dû faire la balance : est-ce qu'on protège à fond les droits de l'homme ou est-ce qu'on essaye de maintenir les flux et de préserver l'économie européenne ? Et on a essayé de trouver un chemin au milieu en attendant l'adoption du *privacy shield*. Et le *privacy shield*, il va y avoir une *review* où les autorités de protection des données sont impliquées, où on va réviser si les mesures de protection et d'accès et de recours, mises en place aux Etats-Unis où il n'y a pas eu de modification de la loi, sont respectées, fonctionnent, sont accessibles et on va essayer de trouver une



solution, une définition de la *bulk collection*, de la collection en vrac par rapport à la définition européenne et américaine si on peut trouver une définition commune et voir si le *privacy shield* est conforme et peut être continué.

Le conférencier :

Je remercie Madame Larsen. C'est en effet fort intéressant d'entendre la voix et les considérations de la CNPD. Je voudrais également préciser, à titre d'information, que le gouvernement américain est pour le moment intervenant officiel devant la *High Court* en Irlande et ses représentants sont venus avec des explications concernant le droit américain et ils ont aussi donné des expertises rendues par des professeurs au sujet du régime américain de la protection des données. Ils sont très d'ailleurs très ouverts à un contrôle juridictionnel de la question.

Prochainement, dès que la *High Court* aura exercé le renvoi préjudiciel auprès de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), on disposera vraiment, à mon avis, des faits établis par la *High Court* et suite à l'intervention officielle du gouvernement des Etats-Unis - d'une analyse assez objective, je dirais, du droit américain applicable. Cela est aussi positif pour la CNPD - il ne sera pas nécessaire, pour répondre au craint de Madame la présidente, de disposer d'une succursale aux Etats-Unis pour analyser la situation aux Etats-Unis, puisqu'on disposera de cette analyse dans la jurisprudence et les faits établis par la Cour européenne.

Krystyna Kowalik :

Je m'appelle Krystyna Kowalik. J'ai une question dans ce sens. Alors j'ai une question à laquelle vous pourriez peut-être ne pas avoir la réponse. Comment concilier la politique européenne avec la politique américaine ? D'un côté, on a une politique législative et jurisprudentielle très ambitieuse, très poussée, pour vraiment protéger les données personnelles et d'un autre côté, on a la culture américaine, la culture de *waiver* qui retombe sur la notion que vous avez évoquée, cette autodétermination informationnelle, mais qui est en fait forcée parce que si on veut avoir accès à certains services, on renonce à nos droits tout simplement et en fait ma question revient à ce que vous venez de dire qu'il y a une intervention du gouvernement américain, qu'ils vont peut-être expliquer comment ils vont se positionner envers surtout le nouveau règlement, mais est-ce que c'est

possible, selon vous, de trouver un équilibre, de trouver une façon de protection commune pour les données à la fois européennes et américaines ?

Le conférencier :

Pour répondre à votre question : la Cour de justice a indiqué désormais, par exemple dans les affaires *Digital Rights Ireland* ou en *Schrems I* qu'il sera mieux de stocker les données, les conserver au sein de l'Union européenne. L'idée est l'introduction d'un effet territorial pour que ces données restent sous le contrôle d'autorités indépendantes et des juridictions européennes.

De mon point de vue, ce serait effectivement un moyen de résoudre le problème, mais ce n'est pas facile à mettre en œuvre. Prenez par exemple l'hypothèse que vous avez acquis une montre de sport, disons Finlandaise, permettant des analyses de toutes les fonctions du corps : même s'il est vrai qu'on reçoit ces services *via* l'Europe, les sous-traitants se trouvent dispersés dans le monde, en Israël, aux Etats-Unis, au Japon etc.

Par la suite : il devient très difficile de dire où était exactement le traitement de données dans chaque hypothèse. Est-ce que les différents éléments ont bien été protégés ? La réalité des faits qui accompagnent le développement technologique nous pose à nouveau des questions et cela de manière quotidienne.

Je pense souvent qu'il nous faut, en droit, nous reposer sur les grands concepts et principes pour décider et cela c'est que dis souvent aux étudiants. Il y a d'un côté, je dirais, l'idéal d'un système autoritaire, même totalitaire qui consiste à ce que toute information privée soit accessible à l'état et ses forces de l'ordre et que toute information maintenue par l'état soit secrète. D'un autre, l'idéal d'un système démocratique dans le cadre de l'Etat de droit, lequel postule que toute information dans les mains publique doit être accessible au public et que toute information privée doit rester privé, sauf exception justifiée.

Dans ce contexte, nous avons pensé en Europe que toutes ces questions d'autodétermination informationnelle étaient plus un luxe qu'une nécessité, mais on constate qu'il y a un rétablissement très rapide et violent de systèmes autoritaires autour de nous. Ne pas seulement mais aussi de ce fait, la protection des données personnelles redevient une question très

importante. A titre personnel, je dois dire qu'il y a ne serait-ce que cinq ans, je ne considérais pas cette question d'une importance aussi vive que je la vois aujourd'hui, du fait justement de cette résurgence de l'autoritarisme et du totalitarisme, un peu partout dans le monde.

Et je souhaiterais en conséquence affirmer qu'il faut effectivement trouver des moyens pour protéger l'individu et si cette nécessité ne peut être mise en œuvre qu'à l'échelle européenne, pourquoi pas ? D'autant que cela peut aussi être un avantage pour les entreprises en Europe car le respect de ce niveau réglementaire élevé leur donne un accès privilégié au citoyen-consommateur européen lequel dispose d'un fort pouvoir d'achat si on le compare à d'autres pays, et c'est donc là un marché particulièrement intéressant en termes de taille et de profit.

Il y a, de plus, un effet – appelé « *Brussel's effect* » – qui a été constaté dans beaucoup de domaines : il s'illustre par le fait qu'un niveau élevé de réglementation se traduit par la suite par un avantage économique du fait que d'autres systèmes dans le monde s'orientent ensuite vers ce niveau élevé de réglementation, car il devient une sorte de standard. Je ne suis pas économiste et ne peux donc pas le calculer précisément pour dire dans quel mesure c'est le cas, mais on l'a remarqué dans les années 70 en Californie avec l'élaboration d'une législation environnementale, et on le voit aussi aujourd'hui en Europe : il y aurait, je pense, beaucoup à dire au sujet de cet effet.

Jean-Jacques Rommes :

Jean-Jacques Rommes de l'Union des Entreprises. Je suis content d'entendre votre optimisme. J'espère que vous garderez raison. Mais pour le non-expert que je suis, il s'agit quand même d'un corps de législation d'une inefficacité absolument spectaculaire. C'est très, très formaliste pour les entreprises, c'est une contrainte administrative considérable et je n'en vois pas le résultat positif. Je ne parle même pas des services secrets qui se servent où ils veulent et quand ils veulent sans que personne ne les contrôle. Mais vous avez cité l'exemple de FATCA qui, avant d'être un accord international, est un Foreign Account Tax Compliance Act unilatéral par lequel les Américains sont venus chercher en Europe des données personnelles. Ils les ont obtenues sans que l'Europe ne leur oppose la moindre résistance ni du côté politique, ni du côté judiciaire, ni du côté administratif : les informations sont passées du côté américain, un point

c'est tout. On se demande alors pourquoi on a besoin d'une législation. En l'occurrence, il s'agit de personnes américaines qui, d'après les Etats-Unis, sont de leur ressort parce qu'ils seraient contribuables américains. Mais en Europe aussi, les Etats vont chercher les informations qu'ils veulent sans respecter aucun des principes que vous venez d'évoquer. Depuis la fin de la discussion sur la fiscalité de l'épargne, les Etats membres échangent des informations sur les comptes bancaires de leurs ressortissants, alors que les données personnelles concernées ont été collectées pour une finalité radicalement différente que celles pour lesquelles elles sont maintenant utilisées. Elles sont ainsi totalement soustraites au contrôle des gens normalement protégés par la législation que vous décrivez – et cela dans un contexte entièrement européen et sous directives européennes. Je constate que c'est une législation contraignante que les Etats n'observent pas. On a vu d'autres pans du droit – comme le droit international – qui ont besoin de temps pour se construire. L'environnement, que vous venez de décrire ne se construit que lentement. Jusqu'à présent, c'est beaucoup de papier pour rien.

Le conférencier :

Je partage ce sentiment de frustration, s'agissant d'une législation qui vise à protéger la société mais pour laquelle il semble que non seulement les développements techniques sont très en avance sur le droit, mais aussi qu'en l'absence d'harmonisation, on se trouve confronté à la coexistence d'ilots de réglementation sur les données, tel que notamment celui concernant le transfert des données pour lutter contre l'évasion fiscale, mais aussi d'autres, qui ne respectent pas cette même logique de protection.

Alors la question qui se pose est de savoir s'il faut, pour autant, abandonner la partie : s'il faut se dire que finalement, la protection des données ne marche malheureusement pas et qu'il faut l'abandonner car cela nous confronte à des difficultés ? Ou à l'inverse est-ce que c'est mieux de trouver un moyen d'intégrer dans un sens horizontal les différents intérêts qu'elle recouvre et d'essayer de suivre cette approche au regard précisément des nombreux risques qu'on observe autour de nous du fait de la réémergence de régimes autoritaires ?

Personnellement, tout en reconnaissant ces difficultés et en ressentant ces frustrations, je dirais que ce serait mieux d'intégrer la logique horizontale de protection des données dans les différentes législations - y inclus

le transfert des données fiscales – que de renoncer intégralement à un système de protection des données.

Je suis tout à fait conscient des difficultés et de la nécessité de ne pas créer un « monstre administratif » autour des autorisations de transfert des données, au sujet desquelles on pourrait alors se dire qu'elles ne servent pas leur cause qui est de protéger l'individu.

Mais d'un autre côté, il faudrait savoir si le fait de conserver une certaine protection territoriale en Europe et élever le niveau de protection européen vis-à-vis d'autres régions du monde, serait une option intéressante pour l'économie européenne et notamment pour les entreprises qui ont un fort rapport avec l'économie numérique ou si cela serait plus contraignant pour leur développement en tant qu'acteur global, cela je ne le sais pas en ma qualité de juriste et non d'économiste.

Et je dirais même que ce serait même pour des économistes une question difficile à répondre, voire sans réponse unanime, alors c'est probablement une question de « *trial and error* » avec la législation ou trouver le moyen idéal entre les différentes valeurs à protéger.

André Prüm :

Pour rebondir sur cette question, est-il réaliste de penser que l'Etat, au sens large, c'est à dire y compris les autorités administratives indépendantes, puisse être le garant du respect des règles régissant la protection des données personnelles. L'Etat lui-même n'est-il souvent le détenteur des données en cause et celui qui en effectue le traitement. Dans ce cas, ne risque-t-il pas d'être moins enclin d'initier des actions nécessaires à la protection des données. Ne faut-il alors promouvoir des formes de *private enforcement* pour suppléer à d'éventuelles limitations du *public enforcement* ? Ne faut-il, en d'autres mots, permettre et stimuler des *class actions* initiées notamment par des associations représentatives ?

Le conférencier :

Bien évidemment, les autorités publiques n'ont pas nécessairement les ressources suffisantes pour accomplir leur mission à cet égard, et il est difficile de pouvoir opérer un contrôle idéal, dans la mesure où si une ad-

ministration contrôlait chaque transfert de données, ce serait une contrainte administrative véritablement énorme.

On peut donc d'un autre côté penser à l'action collective : l'idée évoquée - sous-jacente à l'action exercée par Max Schrems (dans l'affaire C-496/16) - est fort similaire mais il ne s'agit pas là à proprement parler d'une organisation de consommateurs.

Max Schrems est un consommateur individuel lequel a, en quelques heures, été en mesure de rassembler vingt-cinq mille autres consommateurs du monde entier pour qu'ils se joignent à cette affaire, en demandant à l'entreprise Facebook qu'elle leur verse cinq cent euros en dédommagement de leur préjudice individuel lié entre autres au transfert illégal de leur données vers la (National Security Authority) NSA. Il existe cinquante mille autres consommateurs qui ont déjà enregistré leur manifeste intérêt à se joindre à cette affaire.

Lorsque l'on est en présence d'un groupe de soixante-quinze mille citoyens qui réclament des dommages et intérêts – ce qui tout compte fait une somme assez réduite vis-à-vis les dix milliards de profit annuel de Facebook mais qui représente tout de même soixante-quinze mille fois cinq cent euros - cela fait une somme assez importante permettant de couvrir des mesures d'exécution.

La technologie de l'ère d'internet permet ce type d'action, parce qu'on peut joindre les citoyens-consommateur très facilement et rapidement, et cela est bien entendu moins confortable pour les entreprises en cause. Ils préfèrent souvent le modèle de *divide et impera* en sachant que personne ira devant un tribunal contre un des géants de l'internet pour prendre des sérieux risques financiers et passer des années dans le contentieux pour gagner, en cas idéal au maximum 500€. Les entreprises préfèrent aussi se défendre dans le cadre du modèle traditionnel européen, lequel prévoit une simple autorité de contrôle indépendante de contrôle qui est logiquement assez faible à cause de manque de personnel et à cause des autres intérêts publics à prendre en considération.

Au regard de ce constat, si on commence à introduire la possibilité aux particuliers de pouvoir agir collectivement pour faire respecter leurs droits, on se rapproche alors du système américain et cela donne une tonalité

différente aux obligations de nature publique : je dirais c'est plus efficace, mais ce n'est pas certainement pas plus facile pour les entreprises.

Costas Popotas :

Je suis chef d'unité à la Cour de justice. Merci d'abord pour la présentation qui est toujours, de votre part, intéressante. Je me permets quand même de vous remettre un peu dans la logique de la jurisprudence Google en fonction de la saisine annoncée par le Conseil d'État français sur des questions similaires à celles qui étaient posées par l'arrêt dans l'affaire Google - et je parle en fonction des informations journalistiques parce que je n'ai pas eu le temps, en fonction d'une absence, d'approfondir la question. Il semble donc que cette saisine remettrait en question ou plus exactement poserait à nouveau une question posée par le tribunal espagnol dans l'affaire Google qui n'a pas été répondue par la Cour, si il fallait faire éliminer complètement les articles de presse qui concernaient un individu et pas seulement leur référencement. Il paraît donc que maintenant la Cour sera ressaisie du sujet du côté français comme une des questions qui sont posées concerne l'équilibre entre le droit à l'information et la protection des données personnelles. En particulier, il semble en plus que cette question est liée avec le sujet en vogue actuellement, les « fake news » et l'obligation d'éliminer des informations ou de couper les liens vers des informations qui sont prétendument erronées ou « fake ». Est-ce que je pourrais recueillir votre sentiment sur la question ? Donc surtout que la question posée à la Cour de justice, si je ne me trompe pas, cherche à répondre comment on pourrait arriver techniquement à couper ces liens ? Ce qui me semble un peu osé - sans vouloir évidemment préjuger de la réponse de la Cour...

Le conférencier :

En ce qui concerne cette affaire « *Google Spain* » et ses suites : je pense que cela va être extrêmement compliqué à trancher dans le futur parce que, en effet, il faut trancher selon la nature de l'information.

Est-ce que concernant l'information matière à discuter ? Y avait-il eu quelqu'un considéré suspect, mais finalement jugé non coupable ? L'internet peut générer des informations fausses et potentiellement nuisibles mais la nature de cette technologie est que l'information en ligne est beaucoup,

beaucoup plus durable que l'information dans les archives papiers à l'ancienne et peut se diffuser rapidement et massivement.

A l'inverse il fallait, auparavant, aller chercher dans les archives des journaux pour trouver des informations, et c'était beaucoup plus pénible que de se servir, comme nous le faisons aujourd'hui, d'un moteur de recherche et de rechercher n'importe quel type d'information.

Il reste qu'il y a bien sûr, d'un autre côté, un débat très légitime dans la société sur des choses pénibles pour les individus. Et le fait que l'on n'aime pas se relancer dans de vieux débats ne signifie pas qu'il n'y a pas un intérêt sociétal d'examiner ce débat dans tous ses éléments.

Pour ma part, je suis personnellement assez critique en ce qui concerne l'affaire « *Google Spain* » parce qu'il y a là un vrai potentiel d'atteinte à la liberté d'information et cela s'illustre par exemple au sein des débats parlementaires concernant la législation sur les archives au Luxembourg. Les questions de protection de données et les questions d'archivage des informations numériques sont relativement en conflit à l'heure actuelle.

Je dirais peut-être qu'il faut aussi accepter que, à l'ère du numérique, il faut s'habituer à vivre avec plus de conflits, plus d'informations contradictoires et il faut former les citoyens à vivre avec ces informations contradictoires plutôt que d'essayer de protéger chacun d'entre eux contre les effets potentiels négatifs, même si c'est dur pour l'individu d'information qui est là.

J'ai conscience que ce n'est probablement pas très acceptable pour les gens qui ont été, par exemple, victimes de fausses accusations, mais comment dire si quelque chose est faux ou non si on n'a pas le débat aussi en ligne de ce qui a suivi ?

Inga Jablonskaite :

Bonsoir, je suis Inga Jablonskaite. J'aurais une question plutôt d'ordre très général. En ce qui concerne le nouveau règlement, c'était intéressant de savoir si vous voyez des points faibles ou peut-être le point faible de ce nouveau règlement qui va remplacer la directive 95. Et l'autre question, un petit peu pour revenir sur la discussion en ce qui concerne ce mécanisme de protection ou de niveau de protection adéquat dont vous aviez parlé : est-ce

que, à longue perspective, parce que il semble que cela ne marche pas, vu la jurisprudence que nous avons jusqu'à maintenant et, apparemment, les questions dont vous avez parlé qui viendront à la Cour de justice, donc est-ce qu'à la longue perspective il ne faudrait pas penser à quelque chose d'alternatif ? Et quelles seraient les solutions possibles ?

Le conférencier :

Concernant votre première question au sujet des points faibles et forts du Règlement, il faut dire que nous parlons d'un document législatif trop long et complexe pour l'analyser ici en détail.

Mais je pourrais vous dire au regard de votre deuxième question, que je partage le sentiment critique de cette méthode de détermination par la Commission. En plus il y a que très peu de décisions de ce type. Des pays qui sont notoirement les plus importants dans l'échange d'informations sont souvent en dehors de certaines règles. La Chine ne fait pas parmi les états, c'est clair. Israël l'est, mais nous savons qu'elle s'est dotée des services secrets avec des pouvoirs de renseignement très avancés. Par contre, en vue de la législation en force au Royaume Unie, il semble peu probable que le Royaume-Uni soit un pays avec une protection adéquate selon les critères retenus ici.

En ce qui concerne votre question concernant le Règlement des pays tiers, en consultant la genèse des normes, on peut remarquer que ce chapitre de la législation a été négocié au moment même où l'affaire Schrems est sortie. Il y a même eu plusieurs tentatives de rouvrir certaines questions, notamment, et j'ai évoqué cela il y a quelques minutes, la question de savoir si « *adéquate* » signifie un niveau « *presque identique* », ou non.

Certains Etats membres voulaient régler cette question dans le Règlement, mais, après quelques semaines de débats, il existait un tel chaos que les uns voulaient cela dans les considérants, les autres dans l'article, et les positions étaient si tendues que finalement on l'a laissé comme cela alors même que ce système se rapporte à une logique quasiment « pré-internet », si je peux dire, datant de 1995, année au cours de laquelle la directive est sortie – pré-internet car je me rappelle j'ai écrit mon premier e-mail en 1995. C'est en effet à cette période où on a commencé à utiliser l'e-mail comme moyen de communication et il n'y avait alors pas de réseaux sociaux et des autres applications cloud tels qu'on les voit aujourd'hui. Je

pense l'origine du problème réside en cela : c'est un peu un voilage de cette conception.

Intervenante :

J'aimerais bien enchaîner sur la dernière question. Je partage votre appréciation de ce que les décisions d'adéquation sont, je dirais avec mes mots, un peu étranges parce qu'on ne peut pas vraiment apprécier, comme autorité de contrôle, si ces pays ont vraiment un niveau de protection adéquat. Mais on a constaté après l'annulation du *safe harbour* que beaucoup de responsables de traitement ont recouru à d'autres outils comme les clauses contractuelles et les clauses d'entreprises contraignantes, les *binding corporate rules*, qui imposent en fait aux entreprises de se donner des règles eux-mêmes qu'ils doivent respecter. Donc le contrôle est également de leur côté, en tous cas pour mettre en place un système de protection des données et avec le nouveau règlement, je pense que les clauses contractuelles et les *binding corporate rules* seront encore renforcées parce qu'il y a plus d'obligations du côté des responsables traitants dans le règlement. Maintenant, il y a cette deuxième affaire de Marc Schrems en route en Irlande où il met en cause ces outils. Est-ce que ce ne serait pas dommage de les mettre en cause s'il y avait une question préjudicielle et la Cour de justice européenne décidait qu'elles ne peuvent pas utiliser ? Qu'est-ce qu'on ferait alors ? Est-ce que cela vise à garder toutes les données en Europe et freiner les flux ou où est-ce qu'on va ?

Le conférencier :

Tout d'abord, le problème de ces règles privées - que ce soit les clauses contractuelles ou autres - est précisément qu'elles sont privées. Alors que les législations publiques, y inclut les américaines, sont bien sûr obligatoirement applicable sur territoire national, ici le territoire américain, quels que soit les accords passés entre entreprises ou avec la CNPD.

C'est pourquoi l'outil des clauses contractuelles n'ont pas été efficaces dans la protection des données contre les infractions publiques. Les simples accords privés n'offrent pas une protection contre la législation publique. Mais, c'était à l'époque un chemin qui a été apparemment ouvert parce que la Cour de justice a statué explicitement seulement sur le *safe harbour*.

En ce qui concerne la deuxième affaire Schrems c'est la « Data Protection Commission » (DPC) - la commission de protection des données république d'Irlande, qui s'est tournée vers la High Court avec l'argument suivant : « la Cour de justice dans l'affaire Schrems a dit que les autorités publiques devaient avoir un moyen de se tourner vers un tribunal national pour poser la question préjudicielle à la Cour de justice », alors nous le faisons. Mais les règles procédurales irlandaises contraignent à la présence d'un « défendeur » (défendeur). En conséquence, la DPC a nommé de Max Schrems, plaignant à l'origine, le défendeur à l'action : et cela signifie que la situation risque de devenir sérieuse pour Max Schrems parce qu'il se retrouvait dans une situation où pesait sur lui les coûts faramineux des procédures en Irlande où parmi les intervenants se trouvaient le gouvernement américain, des entreprises informatiques en Irlande, et cela a entraîné cinq semaines de discussions orales devant la Cour.

Max Schrems a alors contesté la compétence de la DPC au visa de l'article 4 de la décision de la Commission sur les clauses standards qui précise que « Si l'autorité publique est d'avis que le système tiers, ici le système américain, n'est pas adéquat selon les critères de la Cour de justice, c'est à l'autorité publique qu'il incombe la charge d'interrompre le flux de données : il faut dès lors que l'autorité remplisse sa mission selon la loi : ceci a eu alors pour effet de retourner l'action dans le bon sens.

Alors les complications de l'affaire bien sûr sont peut-être plus intéressantes pour les amis de ces contournements, mais pour faire court : l'affaire va être attraitée devant la Cour de justice et j'ai entendu dire que la High Court ne va pas seulement regarder les clauses contractuelles standards mais va aussi poser cette fois le concept global de l'Union Européenne.

De ce fait, si on cumule le *privacy shield* plus les *standard contract clauses* plus les autres moyens, alors il n'y aura plus de possibilités d'échappatoire, dans l'hypothèse où la Cour de justice juge ces analyses erronées. Par la suite, c'est vrai, on sera dans une situation encore plus délicate parce que, entre octobre 2015 et juin 2016, on a travaillé avec les *standard contract clauses*, et après cela, ce ne sera probablement plus possible.

André Prüm :

Merci à tout le monde d'avoir participé à cette discussion. Un grand merci également à mon collègue Herwig Hofmann de s'y être prêté après sa remarquable conférence. Le rôle déterminant que tu as joué pour défendre haut et fort le respect de la protection des données personnelles à l'occasion des transferts transatlantiques devant la Cour de justice de l'Union européenne montre l'exemple comment les professeurs d'université peuvent mettre leur savoir et leur talent au profit de causes concrètes. Un très grand merci pour ta contribution aux travaux de la section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal.

[Applaudissements]

Table Ronde sur la liberté d'expression du 17 juin 2017

LA QUESTION DE LA CONDAMNATION DES CONDAMNATIONS MORALES

par

Norbert Campagna

Norbert Campagna (1963) est détenteur d'un doctorat en philosophie et d'une habilitation à diriger des recherches. Il est professeur-associé de philosophie à l'Université du Luxembourg ainsi que professeur en Classes préparatoires au Lycée Classique Echternach et professeur de philosophie au Lycée de Garçons Esch. Il est par ailleurs président du Comité d'Éthique Hospitalier des Hôpitaux Robert Schumann. Auteur de 26 livres, d'une quarantaine d'articles dans des revues scientifiques internationales et d'une centaine de contributions dans des recueils, il a obtenu un Trophée de l'Éthique pour ses travaux de recherche en éthique de la sexualité. Il fait également partie du Comité scientifique de la collection Staatsverständnisse (Nomos Verlag) ainsi que du Comité scientifique de la revue Ethical Perspectives.



La question de la condamnation des condamnations morales

Résumé : Cette contribution s'interroge sur limites de la condamnation morale de certaines pratiques. Si quelqu'un est fermement convaincu qu'une certaine pratique est moralement condamnable, doit-on lui accorder le droit d'exprimer cette conviction ? Et dans l'affirmative, peut-elle le faire comme elle veut ou est-elle limitée dans son mode d'expression ? Ce type de question se pose souvent au sujet de critiques de certaines pratiques sexuelles. Je tenterai de montrer que si une société libérale doit certes tenir compte des sentiments des personnes qui pratiquent une sexualité qui n'est pas celle de la majorité, ces personnes ne doivent toutefois pas s'arroger le pouvoir d'interdire de manière absolue que d'autres personnes ne puissent pas exprimer leurs convictions morales réfléchies concernant ces pratiques sexuelles minoritaires.

Introduction

Alors qu'il y a à peine un siècle, on risquait de se faire remarquer de façon négative en disant des choses positives sur l'homosexualité¹, ou même déjà si, en en parlant, on s'abstenait de la condamner de manière claire et nette, c'est aujourd'hui celui ou celle qui dit des choses négatives sur l'homosexualité qui risque de se faire remarquer négativement et même, comme cela a été le cas pour l'ancienne ministre Christine Boutin, de se faire condamner à une amende par un tribunal pour propos homophobes. Christine Boutin avait en effet affirmé dans le contexte du débat autour du mariage pour tous et en s'appuyant sur un passage de l'Ancien Testament que l'homosexualité était une « abomination ».

Le *Petit Larousse* nous dit qu'une abomination est une chose « qui inspire le dégoût, l'horreur ». En qualifiant l'homosexualité d'abomination,

¹ Lors de la discussion il m'a été reproché d'avoir utilisé le terme « homosexuel », un terme qui ne serait pas neutre. Je sais que les personnes en question préfèrent souvent utiliser le terme « gay » pour se désigner. En ce qui me concerne, je tiens à signaler que j'utilise le terme « homosexuel » dans un sens purement descriptif. Un homosexuel – ou une personne homosexuelle – est une personne qui ne veut avoir comme partenaires sexuel(le)s que des personnes appartenant au même sexe qu'elle. Une telle personne n'est, à mes yeux, pas malade ou je ne sais quoi, mais elle a tout simplement une autre manière de vivre sa sexualité. Et de mon point de vue, l'homosexualité est moralement parlant tout aussi légitime que l'hétérosexualité. Si le terme « homosexualité » déplaît à une lectrice ou à un lecteur de cette contribution, je laisse la liberté à tout un chacun de le remplacer par un terme qui lui semble plus approprié.

Madame Boutin nous apprend donc que lorsqu'elle voit des actes homosexuels, lorsqu'elle pense à des actes homosexuels ou lorsqu'elle s' imagine de tels actes, voire lorsqu'elle entend des gens réclamer que des personnes pratiquant de tels actes devraient se voir reconnaître le droit au mariage, cela provoque en elle un sentiment de dégoût et d'horreur. Notons que ces actes homosexuels ne doivent pas nécessairement être des actes sexuels au sens étroit ou courant du terme, mais qu'il peut éventuellement aussi s'agir de baisers que des personnes homosexuelles échangent en public. Pour Madame Boutin et d'autres, un baiser sur la bouche qu'échangent des personnes homosexuelles est perçu comme « dégoûtant » au mieux, « horrible » au pire.

Il va sans dire que rien ni personne ne peut interdire à Madame Boutin d'éprouver certains sentiments de dégoût ou d'horreur en pensant à des actes homosexuels ou en étant directement témoin de tels actes. Nos sentiments sont des données qu'il nous est très difficile, voire impossible de contrôler et de changer. Et le fait que de nombreuses personnes n'éprouvent pas de sentiments de dégoût ou d'horreur à l'égard d'actes homosexuels ne saurait valoir comme preuve que si on veut contrôler ses sentiments, on le peut. On peut certes admettre que certains sentiments sont culturellement induits : si j'avais vécu et grandi dans un pays où on mange couramment des mygales, je n'éprouverai probablement pas de sentiment de dégoût en voyant devant moi une assiette contenant deux ou trois grosses mygales rôties. Mais peut-on dire que tous les sentiments le sont ? Et même si tous l'étaient effectivement, la « programmation » ne pourrait-elle pas être telle, qu'il nous est devenu quasi-impossible de réagir différemment ?

Le problème qui nous intéressera dans ce qui suit n'est pas tant celui de savoir si on peut empêcher quelqu'un d'éprouver les sentiments de dégoût et d'horreur qu'il ou elle éprouve vis-à-vis de certaines pratiques – peut-être y réussirait-on par un conditionnement pavlovien –, mais il s'agit de savoir si et dans quelle mesure on doit permettre ou interdire à une personne d'exprimer, et surtout d'exprimer publiquement, ce genre de sentiment. Car Madame Boutin n'a pas été condamnée pour avoir éprouvé du dégoût, mais pour avoir exprimé ce dégoût par la parole. Le droit pénal ne sanctionne pas des sentiments, mais des paroles. Qui plus est, Christine Boutin n'aurait peut-être pas été condamnée si elle s'était contentée de dire « J'éprouve un sentiment de dégoût lorsque je vois deux hommes/deux femmes s'embrasser tendrement ou amoureuxment sur la bouche ou lorsque je m' imagine une telle scène ». Même si une description des états d'âme de Madame Boutin n'intéresse pas nécessairement grand monde

– quoique –, une telle description n'est pas en soi un acte immoral ou répréhensible. On peut s'imaginer que quelqu'un affirme : « Je ne peux pas m'empêcher d'éprouver un sentiment de dégoût en voyant deux personnes de même sexe s'embrasser, même si je sais pertinemment que ce sentiment n'a pas lieu d'être ».

En ce qui concerne Madame Boutin, elle ne voulait pas seulement nous apprendre ce qu'elle ressentait personnellement. Son assertion avait vocation à être une assertion morale et par là même universalisable. Affirmer que l'homosexualité est une abomination revient, dans une telle optique, à dire que l'homosexualité devrait provoquer chez tout un chacun un sentiment de dégoût et d'horreur, car l'homosexualité est, pour la personne qui la qualifie d'abomination, en soi porteuse d'une qualité qui en fait quelque chose de moralement abominable, c'est-à-dire quelque chose que tout un chacun devrait abominer. Madame Boutin a érigé ses propres sentiments et ceux des personnes qui les partagent en critère permettant de distinguer ce qui est moralement abominable de ce qui ne l'est pas. Elle n'a donc pas parlé d'elle-même, mais de l'homosexualité. Elle a prononcé une condamnation morale de l'homosexualité et elle l'a fait en utilisant un terme très fort. Mais il n'est pas sûr qu'elle aurait échappé à la condamnation si elle avait seulement dit que l'homosexualité est immorale ou contre nature. Dans le climat actuel, la moindre affirmation tant soit peu critique vis-à-vis de l'homosexualité est susceptible d'être interprétée comme un propos homophobe.

Mon but n'est pas de savoir si Madame Boutin a tort ou raison en qualifiant l'homosexualité d'abomination et en y voyant une pratique sexuelle que toute personne moralement saine devrait abominer. Je ne m'intéresse pas ici à l'homosexualité, mais au discours sur l'homosexualité, et plus précisément au discours qui remet en question certains jugements moraux que l'on voudrait faire communément admettre. Doit-on permettre à des personnes comme Madame Boutin d'affirmer que l'homosexualité est une abomination, ou bien doit-on condamner moralement, voire pénalement un tel discours ? D'une manière plus générale : certaines prétendues vérités morales doivent-elles être mises à l'abri de toute critique ?

Je tiens néanmoins à préciser que je ne partage pas les vues de Madame Boutin en matière d'homosexualité et je ne veux pas que les propos qui suivent soient compris comme une adhésion à ces vues. Défendre le droit de X d'exprimer ses vues n'est pas synonyme de défendre les vues de X

ou d'y adhérer. Qu'on ne me fasse donc pas un procès d'intention qui n'a pas lieu d'être.

1. D'un régime prohibitif à un autre

Comme je l'ai déjà brièvement noté au début, il y a une centaine d'années, on considérait encore comme vrai que l'homosexualité était une abomination et on condamnait, moralement et parfois aussi pénalement, des personnes qui osaient faire son apologie – voire qui se livraient à des actes homosexuels. Aujourd'hui, nous sommes dans la situation inverse – du moins dans les démocraties libérales : on considère comme vrai que l'homosexualité est une pratique sexuelle moralement légitime et on condamne, moralement et parfois aussi pénalement, des personnes qui osent en faire la critique morale et qui, comme Madame Boutin, la qualifient d'abomination. Nous ne sommes donc pas passés d'un régime répressif à un régime de liberté, mais seulement d'un régime répressif à un autre. Les personnes homosexuelles bénéficient certes de libertés qu'elles n'avaient pas il y a une centaine d'années, mais le discours moral sur les personnes homosexuelles n'est pas passé d'un espace répressif à un espace de liberté absolue. On pourrait dire, en exagérant peut-être un peu, que plus on reconnaît le droit des personnes homosexuelles à vivre leur sexualité – et on a parfaitement raison de leur reconnaître ce droit –, moins on tolère un discours pouvant éventuellement conduire à une remise en question de ces droits. Nous semblons donc être dans une situation de vases communicants : on remplit le vase des droits des personnes homosexuelles et on vide le vase des droits des personnes qui expriment des jugements moraux critiques sur l'homosexualité. Au fur et à mesure que les personnes homosexuelles peuvent apparaître dans l'espace public, le discours moral critique à l'égard de leur comportement doit disparaître de cet espace public. Nous n'en sommes plus à un « Cachez ces pratiques que je ne saurais voir », mais nous sommes passés à un : « Faites taire ce discours que je ne saurais entendre ».

Cela ne vaut d'ailleurs pas que pour l'homosexualité. Prenons comme autre exemple l'avortement. Récemment, l'Assemblée nationale française a voté une loi interdisant que l'on parle d'une certaine manière de l'avortement. Là aussi, on a une sorte de retour du pendule. Il y a une centaine d'années, on était condamné si on présentait l'avortement sous une lumière positive et si on incitait les femmes qui ne voulaient pas poursuivre leur grossesse à y recourir. Aujourd'hui, on est condamné si on présente

l'avortement sous une lumière négative. Celui qui, en France, affirme que beaucoup de femmes qui ont recours à l'avortement souffrent de troubles psychologiques, de remords, etc., et qui le fait dans le but de dissuader des femmes d'avorter, estimant que l'avortement est un acte moralement répréhensible, risque de se retrouver devant un juge. Et si, comme le proposait notamment Jean-Luc Mélenchon lors de la dernière campagne pour les présidentielles, le droit à l'avortement avait été inscrit dans la Constitution, on peut s'imaginer que toute critique morale de l'avortement aurait été interdite. Car une telle critique aurait équivalu à la remise en question d'un droit constitutionnel. Or les droits constitutionnellement garantis sont des droits qu'il faut protéger à tout prix. Ici aussi, nous sommes confrontés à une situation de vases communicants : on remplit le vase des droits des femmes qui veulent avoir recours à un avortement et on vide le vase des droits des personnes qui expriment des jugements moraux critiques sur l'avortement. Il se peut que dans quelques années, on décide de condamner les personnes qui disent à une femme qu'elle a aussi d'autres options que l'avortement. Au nom du droit de la femme d'avorter – un droit soit dit en passant absurde, qu'on ferait mieux de remplacer par un droit de la femme à ne pas se voir imposer de grossesse non voulue par un homme –, on viole le droit des personnes voulant exprimer leur opposition à l'avortement.

C'est cette intolérance grandissante vis-à-vis de certains discours moralement critiques, c'est-à-dire de discours qui expriment une critique morale de certaines pratiques de plus en plus communément admises qui m'interpelle et m'effraie. Il ne s'agit pas pour moi de défendre à tout prix ces discours parce que j'estime qu'ils sont vrais et qu'en permettant leur expression on réussira à battre en brèche certaines pratiques qui sont devenues courantes. Ces discours ne m'intéressent pas tant par leur contenu, parfois aberrant, que par leur forme : la critique morale. Ce sont des discours dans lesquels certaines personnes expriment des vues morales qui ne sont pas celles qui sont « à la mode ». Voilà pourquoi on les qualifie de réactionnaires, etc., comme si cela suffisait déjà à les disqualifier. Celles et ceux qui pensent qu'il suffit de qualifier un discours de réactionnaire pour le disqualifier sont, d'une certaine manière, réactionnaires, car ils reviennent au discours naïvement optimiste des Lumières et font comme si le 20^e siècle et sa barbarie n'avait pas existé. Mais fermons cette parenthèse.

La thèse que je voudrais défendre est qu'une société libérale doit permettre l'expression de critiques morales, même si ces critiques s'adressent à des pratiques qui ne causent apparemment pas de tort à autrui et même si ces critiques sont « réactionnaires ». Une société qui interdit la critique

morale s'engage sur la voie du totalitarisme. Je préfère vivre dans une société où quelqu'un comme Madame Boutin a le droit de proférer des abominations en parlant de choses qu'elle juge être des abominations, plutôt que dans une société où règne un discours moral unique et où règne le moralement ou le politiquement correct. La force d'une société ne réside pas tant dans l'occultation de certains discours que dans la confrontation de ces discours avec des contre-discours. Vaincre l'adversaire intellectuel par le droit pénal, c'est s'attirer le soupçon de ne pas être en mesure de le vaincre sur le terrain intellectuel.

Encore faut-il que tous les participants à ces discours se reconnaissent comme exprimant un point de vue digne d'être pris en compte. Car aucun de ces participants n'est en possession de la vérité absolue. Et un discours n'a pas vocation à se faire passer pour une valeur absolue uniquement parce qu'il est le discours de la majorité ou parce qu'il est le discours le plus récent. Les illusions du majoritarisme et du progressisme constituent souvent la voie royale vers le totalitarisme.

2. Vers un nouveau totalitarisme ?

Dans ce contexte, je voudrais citer un passage d'Alexis de Tocqueville, un auteur qui a diagnostiqué les maux de la démocratie, mais qui, contrairement à Nietzsche, a voulu chercher à l'intérieur de la démocratie des moyens pour y pallier. Tocqueville ne défend pas la démocratie par passion, mais par raison, et c'est parce qu'il la défend par raison qu'il n'est pas aveugle aux risques qui lui sont inhérents et qui pourraient bien inaugurer une nouvelle forme de despotisme.

Au début des années 30 du 19^e siècle, Tocqueville part en Amérique, officiellement pour étudier le système pénitentiaire, inofficiellement pour se faire une image de la société américaine. Les lecteurs de *De la démocratie en Amérique*, l'ouvrage dans lequel Tocqueville consigne ses observations et ses réflexions – ouvrage paru en deux tomes, l'un en 1835, l'autre en 1840 – retiennent généralement l'image d'une société qui a su préserver la liberté, et ce malgré l'extrême égalité qu'y règne. Et la nouvelle science politique que Tocqueville veut développer a précisément pour but de trouver les moyens adéquats pour préserver les idées de liberté, de dignité et de droits dans des sociétés qui privilégient le bien-être matériel, qui tendent à réduire l'être humain à sa dimension matérielle et qui ne jurent souvent que

par la notion d'intérêt. L'Amérique préfigure l'avenir de toutes les sociétés, et c'est cela qui en fait un objet d'étude de la plus haute importance.

Mais cette société américaine est-elle vraiment aussi libre qu'elle en a l'air ? Écoutons à ce sujet Tocqueville : « Je ne connais pas de pays où il règne, en général, moins d'indépendance d'esprit et de véritable liberté de discussion qu'en Amérique ».² Et un peu plus loin il poursuit : « [I]l n'existe pas de génie littéraire sans liberté d'esprit, et il n'y a pas de liberté d'esprit en Amérique ».³ Et, fait remarquer Tocqueville, les Américains sont plus efficaces que les inquisiteurs espagnols et obtiennent, si l'on peut dire, à moindre frais ce que les menaces d'incarcération et de torture ainsi que les *autodafés* n'ont jamais vraiment pu obtenir : « L'inquisition n'a jamais pu empêcher qu'il ne circulât en Espagne des livres contraires à la religion du plus grand nombre. L'empire de la majorité fait mieux aux États-Unis : elle a ôté jusqu'à la pensée d'en publier ».⁴ La plus grande menace pour la liberté de l'esprit ne sont donc pas les bûchers et la répression étatique, mais le règne diffus d'une pensée unique, règne qui peut être préparé ou soutenu par les bûchers et la répression.

Du temps où l'homosexualité, l'avortement et la contraception étaient interdits et plus ou moins lourdement sanctionnés, il circulait des livres qui en parlaient positivement, et ce malgré les efforts faits par les autorités pour empêcher cette circulation. Même s'il serait faux d'affirmer que l'empire de certains lobbies dans les pays occidentaux fait mieux aujourd'hui, en ôtant jusqu'à la pensée de publier des livres qui remettent en question la légitimité morale de l'homosexualité, de l'avortement, de la contraception, etc., il n'est certainement pas faux d'affirmer que ces lobbies seraient heureux de voir émerger une société où cela serait le cas. Et lorsque certains groupes religieux s'insurgent contre l'éducation à la sexualité dans les écoles, ils condamnent souvent ce qu'ils estiment être un formatage des esprits : on veut faire en sorte que les enfants considèrent l'homosexualité comme une pratique sexuelle moralement légitime et qu'ils cessent de se poser des questions morales à son sujet.

2 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique. Volume I. Id., Œuvres complètes. Tome I, Volume I*, Paris 1961, p. 353.

3 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique. Volume I. Id., Œuvres complètes. Tome I, Volume I*, Paris 1961, p. 355.

4 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique. Volume I. Id., Œuvres complètes. Tome I, Volume I*, Paris 1961, p. 355.

Des auteurs dont je ne partage pas les vues concernant la légitimité morale de certaines pratiques sexuelles ou liées à la sexualité ne se privent pas de pointer du doigt un nouveau totalitarisme de la pensée qui est en train de se mettre en place. Je ne citerai ici qu'un passage du livre *Die globale sexuelle Revolution* de Gabriele Kuby : « Wer heute im politischen, akademischen, medialen und sogar im kirchlichen Raum Gründe dafür vorbringt, dass der sexuelle Akt ausschließlich in die eheliche Beziehung von Mann und Frau gehört und für die Empfängnis von Kindern offen sein sollte, wer die Frage der Entstehung, der Risiken und der Folgen nicht-heterosexuellen Verhaltens wissenschaftlich diskutiert oder sich gar den Strategien sexueller Deregulierung widersetzt, läuft Gefahr, aus dem öffentlichen Diskurs ausgegrenzt zu werden, mit Schimpfworten stigmatisiert zu werden, seine berufliche Stellung zu verlieren, von Interessengruppen in vielfältiger Weise gemobbt und diskriminiert zu werden ».⁵

Celui qui aujourd'hui émet des doutes quant à l'acceptabilité d'une loi permettant l'adoption par des couples homosexuels peut très rapidement se voir qualifié d'homophobe, même s'il affirme haut et fort que les pratiques homosexuelles sont moralement légitimes et qu'il ne saurait être question de les interdire. Ne pas acquiescer servilement à toute revendication émanant des personnes homosexuelles est souvent interprété comme une expression d'hostilité radicale envers ces personnes. On parlera alors de discrimination – en oubliant de dire qu'on peut discriminer pour de bonnes ou pour de mauvaises raisons, et que ce n'est que dans ce dernier cas que la discrimination est critiquable. De même, et pour choisir un domaine tout autre que la sexualité, celui qui aujourd'hui manifeste ses doutes quant à l'opportunité et à la légitimité morale d'accorder le droit de vote aux étrangers pour les élections nationales est très rapidement qualifié de xénophobe, même s'il plaide en faveur de procédures de nationalisation simplifiées, s'il admet le principe de la double nationalité et s'engage dans sa vie quotidienne bien plus pour améliorer le sort des étrangers que certaines bonnes âmes qui croient qu'il suffit de brailler « Non à la xénophobie » à tout coin de rue pour s'autoqualifier de xénophile. Et celui qui exprime des doutes quant à la légitimité morale de l'avortement peut être presque sûr d'être qualifié de sexiste ou de mysophobe – si ce néologisme m'est ici permis –, même s'il affirme qu'il faut tout faire pour accompagner les femmes enceintes et aussi pour réduire au minimum les risques de grossesse – notamment en culpabilisant les hommes qui refusent leur

5 Kuby, Gabriele, *Die globale sexuelle Revolution. Zerstörung der Freiheit im Namen der Freiheit*, Kießlegg 2012, p. 29.

part dans l'utilisation de moyens contraceptifs. Or comme l'homophobie, la xénophobie et le sexisme sont moralement et pénalement condamnables, il s'ensuit que celui qui voudrait émettre ou exprimer les doutes auxquels je viens de faire allusion y réfléchira à deux fois et préférera peut-être se taire plutôt que de risquer l'exclusion sociale ou un procès et d'être traité de réactionnaire, d'arriéré, etc.

3. De possibles arguments pour la limitation du discours critique

Mais, me dira-t-on, l'homophobie, la xénophobie et le sexisme ou ce que j'ai appelé la mysophobie ne sont-elles pas moralement condamnables et ne risquent-elles pas de conduire à une remise en question radicale des droits les plus élémentaires des personnes homosexuelles, des étrangers et des femmes ? Imaginons que nous ayons le choix : vivre dans une société qui condamne le génocide, mais où des livres prônant le génocide circulent, ou vivre dans une société où cela ne viendrait à l'idée de personne de publier un livre prônant le génocide de tel ou tel peuple. La deuxième société ne serait-elle pas préférable à la première ? Ne vaut-il pas mieux vivre dans une société qui a des dogmes incontestables et incontestés – comme celui que tout peuple a le droit d'exister – que dans une société où de tels dogmes n'existent pas et où on se permet à tout moment de tout remettre en question ?

Imaginons un instant comment nous réagirions si nous apprenions qu'un professeur d'histoire avait donné comme sujet de dissertation à ses élèves : « Faites un bilan comparatif des arguments parlant pour et contre le génocide des Juifs par le régime nazi et tirez en les conclusions qui s'imposent » ? Le problème n'est pas, ou pas seulement, que ce bilan comparatif pourrait déboucher sur la conclusion qu'il y avait aussi de « bons » arguments parlant en faveur du génocide des Juifs. Le problème se situe à un niveau plus profond, à savoir dans le fait de procéder à un bilan comparatif. Un génocide est un mal absolu, et il ne pourra apparaître comme tel qu'aussi longtemps qu'on ne se met pas à analyser à tête reposée s'il n'y a pas quand même peut-être certains arguments qui pourraient parler en sa faveur. Il y a, pourrait-on dire, des questions qui ne doivent tout simplement pas faire l'objet d'une discussion, ou du moins d'un certain type de discussion. La vérité de la théorie de la relativité peut être remise en question publiquement, mais non pas l'illégitimité morale d'un génocide, même pas hypothétiquement. L'illégitimité morale d'un génocide, quel qu'il soit, est en quelque sorte un dogme ou il fonctionne pour le moins comme un

dogme. Grotius, dans l'introduction de son *De iure belli et pacis* affirme dans un passage célèbre que les lois morales seraient obligatoires *même si Dieu n'existait pas*, pour faire remarquer tout de suite que cette supposition de la non-existence d'un être suprême est déjà en soi criminelle.

Dans *De la Démocratie en Amérique*, Tocqueville parle à plusieurs reprises du dogme de la souveraineté du peuple. À ses yeux, la croyance en la souveraineté du peuple n'est pas strictement fondée en raison, mais doit être considérée comme une croyance constitutive de la démocratie. Il s'agit d'une croyance que les hommes et les femmes vivant dans les siècles démocratiques acceptent comme naturelle. Ils et elles l'ont « dans le dos », comme aurait dit notre regretté collègue Jean-Paul Harpes.⁶ Elle limite en quelque sorte l'horizon de pensée, mais aussi et en même temps l'horizon de la conscience de soi. La souveraineté du peuple est devenue pour nous une idée tellement évidente que nous en oublions presque qu'elle n'est pas si vieille que cela, et que pour l'obtenir, il a d'abord fallu « inventer » le peuple.

La société dans laquelle nous vivons actuellement est une société où la grande majorité – à laquelle j'appartiens – estime que les personnes homosexuelles ont le droit de vivre leur sexualité comme elles l'entendent – dans le cadre du droit commun, cela va sans dire –, et on ne rencontre pratiquement plus personne qui estime que ces personnes doivent faire l'objet de poursuites pénales. Mais nous savons qu'à quelques heures d'avion de chez nous, il y a des pays où l'homosexualité est encore considérée comme un crime et où les personnes homosexuelles sont passibles de peines d'emprisonnement, voire de la peine de mort. Et ce qui se passe à quelques heures d'avion de chez nous pourrait peut-être un jour aussi à nouveau se passer chez nous. Il semble dès lors compréhensible que certaines personnes se montrent inquiètes en entendant des critiques morales de l'homosexualité.

⁶ Lorsque j'ai rédigé ce texte en vue du colloque, je ne pouvais pas savoir que lors de sa révision pour la publication dans les *Actes*, j'allais malheureusement devoir ajouter le petit mot « regretté » et changer de temps, passant du conditionnel simple au conditionnel passé. Jean-Paul Harpes nous a en effet quittés le 27 juillet 2017, soit une quarantaine de jours après le colloque. Ce colloque aura été pour moi la dernière occasion de le voir et de lui parler. Il n'est pas intervenu lors de la discussion – fait rare le concernant, comme peuvent en témoigner tous ceux qui l'ont connu. Ayant des problèmes d'audition, il n'était pas sûr d'avoir tout bien entendu. Mais après le colloque, il m'a confié – et je pense qu'il m'aurait permis de rapporter ses propos : « Ech hunn net alles héieren, mä vun dem waat ech héieren hunn, sinn ech ganz mat Der averstaanen ». Qu'il me soit permis de dédier cette contribution à la mémoire de Jean-Paul.

On commence avec les critiques morales et on finit avec les lapidations. C'est l'argument de la pente glissante.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que des personnes comme Christine Boutin ou Gabriele Kuby, lorsqu'elles condamnent l'homosexualité, insistent tout de suite sur le fait que la condamnation morale de l'acte ou de la pratique ne doit en aucun cas être perçue comme une condamnation morale de la personne – depuis quelques décennies, le Vatican fait aussi cette distinction entre l'acte et la personne. Ce n'est pas parce que l'acte est abominable que la personne l'est également. Il y a donc là un souci important et nécessaire de dissociation de la personne et de l'acte, mais un souci qui se heurte au fait que beaucoup de personnes homosexuelles refusent, au moins implicitement, une telle dissociation et font de leur homosexualité un élément central de leur identité.

Et c'est là, me semble-t-il, que le bât blesse. Tant que les pratiques homosexuelles sont considérées comme extérieures à l'identité de la personne, une condamnation morale de ces pratiques ne sera pas perçue comme une condamnation morale d'une identité constitutive, alors qu'elle le sera lorsque l'homosexualité est considérée comme inhérente à l'identité de la personne. Lorsqu'on se prétend « fier » d'être « gay », on fait de son homosexualité plus qu'un simple fait de nature.⁷

C'est d'ailleurs là, je pense, une des raisons pour lesquelles l'affirmation « L'homosexualité est une abomination » provoque des réactions que l'affirmation « Le sadomasochisme est une abomination » ne provoque pas – ou pas encore. Le sadomasochisme reste une pratique sexuelle, alors que l'homosexualité est devenue une identité sexuelle. Certains sont fiers d'être homosexuels, comme d'autres sont fiers d'être bretons, luxembourgeois ou schlindermanderscheidois. Le jour où le sadomasochisme sera perçu comme constitutif de l'identité personnelle, sa condamnation morale suscitera probablement les mêmes réactions que suscite aujourd'hui la condamnation morale de l'homosexualité.

⁷ La notion de « *gay pride* » me semble plus que problématique. Je veux bien qu'on soit fier d'avoir le courage d'assumer son homosexualité dans une société qui la réprime, mais je pense qu'on a tout aussi peu de raisons d'être fier d'être homosexuel que d'être hétérosexuel, bisexuel, asexuel ou je ne sais quoi d'autre. Apprenons à considérer l'homosexualité comme un simple fait.

Mais qu'en est-il de l'hétérosexualité ? Dans la mesure où celle-ci est encore largement majoritaire, des affirmations qui la présenteraient comme une abomination ne feraient pas l'objet de poursuites pénales. On peut donc dire tout le mal du monde des hétérosexuels sans encourir un risque de sanction. La loi protège surtout les minorités sexuelles contre la majorité. Je ne sais pas si on condamnerait un propriétaire homosexuel d'un *Bed & Breakfast* qui refuserait une chambre à un couple hétérosexuel, alors qu'on a condamné un propriétaire hétérosexuel qui a refusé une chambre à un couple homosexuel. On tolère que des bars soient réservés pour des homosexuels, mais on condamnerait un propriétaire de bar qui apposerait une pancarte « Réservé aux hétérosexuels ».

La question qui se pose à nous est celle de savoir si, et dans quelle mesure, des identités ou des éléments constitutifs d'identité doivent être mis à l'abri de la critique morale ou de la condamnation morale. En football, il est permis de « jouer la balle », c'est-à-dire de frapper avec le pied dans la balle, même si l'autre joueur « conduit » la balle du pied et si l'action sur la balle fait tomber ce joueur, mais il est strictement interdit de donner un coup dans le pied du joueur adverse pour le déposséder de la balle. Qu'en est-il en matière de condamnation morale ? Si l'homosexualité est perçue comme un élément constitutif de l'identité personnelle, il sera impossible de « jouer la balle » sans en même temps faire tomber ou déséquilibrer le joueur.

On attirera ainsi l'attention sur le traumatisme que pourraient provoquer des propos comme ceux de Madame Boutin chez de jeunes adolescents qui sont en train de découvrir qu'ils ou elles ne sont pas attirés physiquement par des personnes du sexe opposé, mais par des personnes de même sexe. Imaginons un jeune adolescent de quinze ans qui s'aperçoit qu'il est sexuellement attiré par des garçons et non par des filles et qui entend dire qu'il ressent des sentiments qui ne méritent que le dégoût et l'horreur. Ne risque-t-il pas de devenir pour lui-même un objet de dégoût et d'horreur et cela ne risque-t-il pas de le conduire à se haïr lui-même ? Or comment quelqu'un qui se haït lui-même peut-il aimer et respecter les autres ?

Par ailleurs, dira-t-on, il y a le regard de la société qui sera influencé par des propos comme ceux de Madame Boutin, et au traumatisme provoqué directement par ces propos, s'ajoutera un sentiment de mal-être général produit par le fait que les jeunes adolescents dont il a été fait mention

n'oseront pas faire leur *coming out* et ne pourront pas vivre leur sexualité comme ils le voudraient. Les personnes homosexuelles vivront dans le peur du regard qui pourrait être porté sur elles si elles osaient affirmer et afficher ouvertement leur homosexualité.

En permettant des condamnations morales de l'homosexualité, on semble donc permettre que soit porté atteinte à l'intégrité psychique des personnes qui se sentent directement visées par ce genre de condamnations. Mais il est du devoir de l'État de protéger, à côté de l'intégrité physique, aussi l'intégrité psychique des citoyens et des citoyennes. Ainsi, l'État ne devra pas seulement veiller à ce que les personnes homosexuelles ne soient pas victimes d'agressions physiques, mais il devra aussi veiller à ce que ces personnes ne soient pas victimes d'agressions verbales et de condamnations morales en raison de leur homosexualité.

4. L'expression de la conscience : un droit et devoir à protéger

S'il faut certes tenir compte de l'intégrité psychique des victimes, il faut aussi, me semble-t-il, tenir compte de l'intégrité psychique des personnes voulant accomplir leur devoir de dire ce qu'elles estiment – à tort ou à raison – être la vérité. Si une personne X estime en son âme et conscience que des actes homosexuels sont contraires à ce qu'elle croit être l'ordre naturel des choses, elle doit avoir le droit de le dire sans risquer de sanctions pour avoir proféré des propos soi-disant homophobes. Nous n'avons pas toutes et tous la même vision du monde moral et si dans certaines de ces visions l'homosexualité ne pose pas problème, elle en pose dans le cadre d'autres visions du monde moral. Et les personnes ayant une telle vision du monde doivent avoir le droit de dire pourquoi, selon elles, l'homosexualité pose problème. Elles doivent donc avoir le droit de tenir un discours critique sur l'homosexualité.

La liberté de conscience et la liberté d'expression de la conscience, sans laquelle la première liberté n'est qu'un vain mot, sont deux libertés fondamentales. Elles ne doivent pas seulement être reconnues pour celui qui affirmerait que l'homosexualité est la plus haute forme de sexualité ainsi que la seule à posséder une valeur intrinsèque, et que dès lors l'hétérosexualité n'a aucune valeur intrinsèque et ne sert qu'à la reproduction, mais aussi pour celui qui affirme que l'homosexualité est une pratique moralement condamnable. Notre conscience est un des biens les plus précieux

que nous possédions et il est tout à fait normal que nous voulions exprimer ce que nous pensons ou ressentons en matière morale.

Dans la mesure où notre conscience est impliquée, c'est-à-dire dans la mesure où nous n'exprimons pas seulement nos préférences personnelles et irréfléchies, mais des convictions qui élèvent une prétention à la reconnaissance universelle, il n'y a pas seulement un simple droit qui est impliqué, mais un droit à accomplir un devoir. Si j'ai une conviction morale ferme et assurée, la voix intérieure de ma conscience m'oblige en quelque sorte à l'exprimer. En tant qu'être humain, j'ai un devoir consubstantiel à mon humanité d'être, comme dirait Kant, un colégislateur du royaume des fins ou de faire entendre ma voix dans la discussion. Vouloir interdire à quelqu'un d'exprimer ses convictions morales profondes, c'est vouloir lui interdire de remplir ce devoir de colégislateur. Et c'est là, me semble-t-il, aussi une atteinte à l'intégrité psychique de l'individu.

C'est en outre porter atteinte à son intégrité morale. Dans *On Liberty*, John Stuart Mill développe l'argument suivant. La société ne doit prendre aucune mesure incitant les individus à tomber dans un vice. L'hypocrisie consiste à ne pas dire ce qu'on pense. L'hypocrisie est un vice. La suppression de la liberté d'expression fera que certains ne diront pas ou plus ce qu'ils pensent. Donc la société ne doit pas supprimer la liberté d'expression. Obliger Madame Boutin et d'autres à se taire ou à dire le contraire de ce qu'ils pensent, c'est condamner ces personnes à l'hypocrisie.

Mais celui qui réclame cette liberté d'expression de la conscience doit savoir que la liberté d'expression de la conscience n'est absolument pas la même chose que la liberté d'expression du ressentiment, du dégoût ou de la haine. Il faut faire ici la part des choses. Affirmer simplement que les pratiques homosexuelles sont dégoûtantes ne contribue absolument pas à faire progresser le débat public autour de ces pratiques. Je veux bien admettre qu'elles paraissent telles à certaines personnes, mais ce dégoût n'est d'abord qu'un sentiment subjectif qui, s'il veut élever une quelconque prétention à l'universalité, doit s'articuler dans un discours accessible à la raison. Le « C'est dégoûtant » ne devient un jugement moral ou ne devient le point de départ d'un jugement moral que par la justification que l'on peut lui trouver – une justification qui n'a rien à voir avec une explication purement causale. Cette justification doit s'exprimer dans un langage qui ne se limite pas aux simples sentiments et donc au ressenti individuel. Elle doit se baser sur des raisons accessibles à tous. Cela signifie que la seule

référence aux paroles de l'Ancien Testament ne suffit pas. On en saurait donc se contenter de dire que l'homosexualité est moralement condamnable parce que Dieu l'a condamnée. Si Dieu a condamné l'homosexualité, c'est qu'il devait avoir une bonne raison pour le faire, et si nous adoptons sa condamnation, nous ne devons le faire que parce que nous acceptons cette raison. Et cette raison a sa valeur indépendamment de la volonté divine.

Mill, après avoir défendu bec et ongles le principe de la liberté d'expression, établit certaines règles auxquelles devrait se soumettre celui qui s'engage dans un débat public. Ce ne sont pas des règles que l'État doit se charger de faire respecter, mais il s'agit de règles que les participants au débat public devraient librement s'imposer afin que ce débat les mène là où tout débat digne de ce nom devrait mener : vers une meilleure compréhension de la question, des enjeux et des arguments et, le cas échéant, plus près de la vérité. Ces règles préfigurent, d'une certaine manière, ces pré-supposés du discours mis en avant par Jürgen Habermas et la *Diskursethik*.

Pour terminer, je voudrais encore mentionner une conséquence possible d'une condamnation morale et surtout pénale de toute condamnation morale de l'homosexualité, et je voudrais le faire en établissant un parallèle avec le discours négationniste. Celui qui aujourd'hui publie un livre dans lequel est niée l'existence des camps d'extermination est passible d'une peine pénale. Mais qu'en est-il de celui qui publie l'Ancien Testament, un livre dans lequel il est dit que l'homosexualité est une abomination ? Pourquoi Madame Boutin est-elle condamnée et non pas ceux qui publient l'Ancien Testament ? Et que dire de tous les autres livres classiques dans lesquels l'homosexualité et les homosexuels sont condamnés en des termes parfois encore plus insultants que ceux employés par Madame Boutin ? Ainsi Kant, qui dit que lors de la « *Gemeinschaft des sexus homogenii* » (entendons : lorsque deux personnes du même sexe s'unissent charnellement) – une union qui appartient à la classe des crimes de la chair contre la nature⁸, la chose suivante se passe : « [D]a werfe ich meine Person weg, also versetze ich mich hierdurch unter das Tier und entehre die Menschheit ».⁹ Aux yeux de Kant, les homosexuels ne se situent donc pas seulement en-dessous de l'humanité, mais aussi en-dessous de l'animalité. Et Kant d'évoquer également le dégoût (Ekel) que ces pratiques provoquent.

8 Kant utilise ici, sans la remettre en question, une nomenclature développée dans le cadre de la théologie médiévale et qui fait de la nature – d'une nature orientée vers une fin – une référence normative.

9 Immanuel Kant, *Eine Vorlesung über Ethik*, Frankfurt am Main 1990, p. 183.

La condamnation pénale de la condamnation morale de l'homosexualité ne risque-t-elle pas un jour de frapper également les auteurs classiques, ou du moins leurs éditeurs modernes et les libraires qui vendent leurs livres ainsi que les personnes qui diffusent ou présentent leurs idées au grand public ? Tout en admettant que beaucoup de ces auteurs classiques se sont trompés et ont utilisé des arguments qui nous semblent aujourd'hui aberrants, j'estime néanmoins que nous devons au moins conserver leurs discours et permettre l'accès à ces discours. Ces discours expriment des soucis, et ces soucis doivent être pris au sérieux afin de pouvoir être dissipés. Déclarer d'emblée qu'on ignorera un souci en interdisant son expression, c'est fermer la porte à un dialogue qui permettra éventuellement de le dissiper. Qui plus est, c'est permettre à la partie adverse de dire que le droit pénal est le dernier recours pour celui qui manque d'arguments. L'homophobie ne doit pas être remplacée par une nomophobie, c'est-à-dire la peur vis-à-vis des homosexuels ne doit pas être amenée à ne plus s'exprimer uniquement parce que celui ou celle qui continue à la ressentir a maintenant peur des sanctions légales dont on le ou la menace s'il ou elle exprime cette peur.

Conclusion

Toute personne devrait avoir le droit de formuler publiquement une condamnation morale de l'homosexualité et donc de dire que, selon ses convictions morales, l'homosexualité est une pratique moralement illégitime. Cette condamnation devra toutefois être exprimée dans un langage accessible à une critique raisonnée, c'est-à-dire qu'il devra faire intervenir des raisons et non pas seulement des sentiments. Il faut que la personne énonce clairement les pré-supposés à partir desquels elle raisonne pour parvenir à son jugement et que ces pré-supposés puissent faire l'objet d'une discussion. Un simple appel à des sentiments, aussi forts soient-ils, ne suffit pas. Un discours qui ne fait intervenir que des sentiments ne mérite pas d'être écouté. Cela ne signifie pas que le droit pénal interdise qu'un tel discours soit tenu. Il faut avant tout que l'éducation apprenne à chacun à faire le tri entre des discours qui méritent d'être écoutés et des discours qui ne le méritent pas. Et ce tri ne se fera pas en fonction des thèses énoncées, mais en fonction de la manière de défendre ces thèses. Je préfère un discours argumenté très critique de l'homosexualité à un discours purement sentimental en faveur de l'homosexualité. Je préfère m'entretenir avec une personne dont je ne partage pas les vues, mais qui argumente, qu'avec une personne dont je partage les vues, mais qui ne sait pas vraiment pourquoi elle accepte les vues qu'elle a.

Certains diront que je ne tiendrais pas ces propos si j'étais homosexuel et si je me sentais donc directement visés par les critiques morales. Ils ont peut-être raison. Mais cela ne signifie pas que j'aurais alors raison de ne pas tenir ces propos. Il ne s'agit pas de savoir ce que quelqu'un ferait ou ne ferait pas, mais de savoir ce qu'il devrait faire ou ne pas faire. J'ai ici abordé la question du point de vue du philosophe, pas de celui du psychologue. Je me suis intéressé aux raisons, pas aux causes.

Table Ronde sur la liberté d'expression du 17 juin 2017

**PEUT-ON SE MOQUER DE TOUT ?
L'ÉTENDUE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
FACE AU SENTIMENT RELIGIEUX.**

par

Jörg Gerkrath

Jörg Gerkrath est professeur agrégé de droit public. Il est en poste à l'Université du Luxembourg depuis 2006 en tant que professeur en droit européen et y dirige depuis 2014 l'école doctorale en droit. Titulaire d'un doctorat de l'Université Robert Schuman de Strasbourg il a exercé comme Maître de conférences avant de devenir Professeur de droit public à l'Université d'Avignon. Ses principaux domaines de recherche sont le droit communautaire et européen, le droit constitutionnel, le droit comparé et les droits fondamentaux. Il est l'auteur de l'ouvrage « L'Emergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe », (Editions de l'ULB, Bruxelles 1997) et de nombreux articles et contributions sur divers aspects du droit communautaire et constitutionnel.



**Peut-on se moquer de tout ?
L'étendue de la liberté d'expression face au sentiment religieux.**

La question des relations entre, d'un côté, la liberté d'expression et, de l'autre, le sentiment religieux ou les croyances religieuses a cruellement marqué l'actualité de ces dernières années. Elle relève naturellement d'abord d'un débat d'idées philosophiques. Elle constitue aussi, par ailleurs, un sujet juridique relativement bien balisé par les textes applicables et par la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). Ce n'est d'ailleurs pas, en règle générale, une question de la conciliation entre deux libertés potentiellement antagonistes mais plutôt une question des limites de la liberté d'expression lorsqu'elle est exercée en direction d'une religion, de ses adhérents, de ses signes extérieurs ou encore du sentiment des croyants.

De par sa nature, la liberté d'expression, lorsqu'elle est exercée par de simples particuliers ou des médias ne porte pas en soi atteinte à l'exercice de la liberté de religion ou celle des cultes. Il en irait différemment bien entendu lorsqu'il s'agissait de prises de positions par des pouvoirs publics ou des appels incitant à faire obstacle à l'exercice paisible de la liberté religieuse. Les affaires jugées par la Cour européenne en la matière résultent dans leur immense majorité de restrictions apportées par les pouvoirs publics à la liberté d'expression des uns pour protéger les sentiments ou les croyances religieux des autres.

Pour en mesurer la portée il conviendra ci-après de présenter le cadre normatif de la liberté d'expression en Europe (1.), la faculté des Etats d'y apporter des limites pour protéger le sentiment religieux (2.), les critères développés par la Cour EDH pour préciser les devoirs et responsabilités en la matière (3.), l'absence d'obligation positive de sanctionner le blasphème (4.) et les conséquences d'abus de la liberté d'expression (5.).

**1. La liberté d'expression, telle que garantie en Europe,
n'est pas absolue**

Garantie tant par les constitutions nationales que par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la liberté d'expression bénéficie en Europe d'une protection forte toute en admettant des exceptions bien justifiées. Sa reconnaissance par l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fut particulièrement solennelle : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». La recherche d'un juste équilibre entre la liberté et ses abus y est déjà présent.

L'article 24 de la Constitution luxembourgeoise de 1868, reprenant les termes de la constitution de 1848 n'est pas en reste garantissant : « La liberté de manifester ses opinions par la parole en toutes matières, et la liberté de la presse (...), sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'exercice de ces libertés. La censure ne pourra jamais être établie ». Au Luxembourg la protection conventionnelle par la CEDH a cependant entièrement supplanté la protection constitutionnelle. Aucune saisine de la Cour Constitutionnelle portant sur l'article 24 n'a ainsi eu lieu à ce jour. La CEDH adoptée en 1950 définit cette liberté dans son article 10, paragraphe 1er, en précisant que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Dans son champ d'application spécifique, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre quant à elle la liberté d'expression avec la même portée que celle que lui reconnaît la CEDH.

Les mêmes textes constitutionnels et conventionnels protègent par ailleurs la liberté des cultes (art. 19, constitution luxembourgeoise) et de religion (art. 9 CEDH). Dans la mesure où l'exercice de la liberté d'expression n'est en règle générale pas susceptible d'engendrer une ingérence dans ces libertés, il n'est pas nécessaire d'approfondir leur portée.

La liberté d'expression occupe une place éminente dans toute société démocratique. La Cour EDH la qualifie de « fondement de toute société démocratique ». Définie largement par la jurisprudence elle inclut

des formes d'expression humoristique, caricaturale ou satirique. La Cour considère en effet que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de [toute] société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (...), elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' ». ¹

De même, dans le cadre d'une analyse portant sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, garantie par l'article 9 de la Convention, la Cour a-t-elle pu estimer que celle-ci « représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société ». ² La liberté de conscience implique en effet tant la liberté de croire, que de ne pas croire ou de croire autrement et, donc, d'exprimer conséquemment ses croyances et opinions par opposition à celles des autres.

En effet, comme le rappelle la Cour dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, « ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi ». ³

Si ces passages de la jurisprudence semblent de prime abord renforcer la liberté d'expression face au sentiment religieux ou du moins exiger une mise en balance des deux libertés, la Convention et la Cour EDH admettent

1 Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, série A n° 24, § 49.

2 Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, série A n° 260-A, § 31.

3 Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, série A n° 295-A, § 46.

la possibilité pour les États de limiter la liberté d'expression afin de protéger la liberté de religion et le sentiment religieux des croyants.

Le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH indique en effet que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». La liste des justifications à de dérogations à la liberté d'expression est donc longue et la Cour EDH y a apporté des précisions importantes.

2. La liberté d'expression peut être limitée pour assurer le respect des convictions religieuses

S'il est bien établi par la jurisprudence européenne que la liberté d'expression n'est pas absolue mais connaît au contraire de nombreuses limites, il est moins évident de tracer les limites face au sentiment religieux d'autrui. Il ne faut pas perdre de vue en outre qu'en vertu d'un concept bien connu de la doctrine germanophone, ces limites doivent être elles-mêmes circonscrites. C'est ce que l'on désigne en allemand par le terme de « *Schranken-Schranken* ».

L'article 10, paragraphe 2, de la Convention dispose que, pour des raisons tenant notamment « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui » la liberté d'expression peut se voir encadrer dans le respect d'un strict critère de nécessité. Sur la base de cette disposition la Cour a développé une jurisprudence incluant dans les droits d'autrui une prise en considération et une protection du sentiment religieux. La conciliation entre les deux libertés passe donc très concrètement par le recours aux limites autorisées par le paragraphe 2 de l'article 10 au lieu de se fonder sur une éventuelle ingérence dans les libertés protégées par l'article 9 de la CEDH.

Ainsi, dans sa décision *Kokkinakis* portant sur la conciliation de religions coexistant au sein d'un même État, la Cour a jugé que celui-ci disposait d'une marge de manœuvre pour estimer si les situations et comportements nécessitent d'être réprimés afin d'assurer la protection de la

liberté de conscience face à une liberté d'expression trop débridée. Dans ce cadre, elle a considéré que constituaient ce type de comportements la communication d'informations et d'idées jugées excessives et, de ce fait, incompatibles avec le respect de la liberté de la pensée, de la conscience et de la religion d'autrui.

Les instances de la CEDH ont également été amenées à se prononcer sur des cas d'atteintes portées à la religion par des comportements qui furent considérés comme « blasphématoires ». La Commission Européenne des Droits de l'Homme a été la première, en 1982, à admettre la possibilité d'une répression du blasphème sans porter nécessairement atteinte à la liberté d'expression. Elle considérait à cet égard que « le fait d'ériger le blasphème en infraction pénale ne suscite en soi aucun doute quant à sa nécessité : si l'on admet que les sentiments religieux du citoyen méritent protection contre les attaques jugées indécentes sur des questions que l'intéressé estime sacrées, on peut alors également juger nécessaire, dans une société démocratique, de stipuler que ces attaques, lorsqu'elles atteignent une certaine gravité, constituent une infraction pénale dont la personne offensée peut saisir le juge ».⁴

Partant de cette reconnaissance du blasphème comme pouvant constituer une véritable infraction, la Cour a développé une jurisprudence casuistique venant préciser les conditions dans lesquelles une telle limite à la liberté d'expression est acceptable au regard de l'importance reconnue à la liberté de conscience et au sentiment religieux en découlant. Trois affaires méritent d'être évoqués à titre d'illustration.

Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, la Cour a admis la possibilité pour un Etat de censurer une œuvre audiovisuelle jugée offensante.⁵ Il s'agissait, en l'espèce, du film *Le Concile d'amour* caricaturant les représentations figuratives de la foi chrétienne en les mettant en scène dans des situations jugées blasphématoires par le diocèse local. Ce film avait été interdit par les autorités autrichiennes pour « dénigrement d'une doctrine religieuse », infraction prévue dans le code pénal autrichien, ce que la Cour a jugé comme relevant de la libre appréciation de l'Etat dès lors que les limitations apportées à la liberté d'expression étaient prévues

⁴ Cour EDH, 7 mai 1982, *Gay News et Lemon c. Royaume-Uni*, (déc.), n° 8710/79, § 12.

⁵ Cour EDH, 23 juin 1993, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, n° 13470/87, série A n° 295-A.

par la loi, inscrites dans la poursuite d'un but légitime et strictement nécessaires et proportionnées au regard du but recherché,

L'argumentaire a ensuite été confirmé dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*.⁶ La Cour y laisse une grande marge d'appréciation à l'Etat dans la mesure où la liberté d'expression porte sur des questions susceptibles d'offenser des convictions religieuses intimes.

Dans l'affaire *I.A. c. Turquie* la Cour n'ignore pas que l'existence d'une disposition interdisant le blasphème constitue une ingérence dans le droit à la liberté d'expression garanti à l'article 10 de la CEDH. Cependant, elle va évaluer la légitimité ou la nécessité des mesures restrictives, en vérifiant l'existence d'un besoin social impérieux, proportionnel et prévu par la loi.⁷

La Cour justifie la grande liberté laissée aux Etats, par les variations existant dans le temps et l'espace eu égard à l'appréciation dont différentes personnes d'obédiences distinctes peuvent se sentir ou non offensées par l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion à l'égard de leurs croyances. C'est sur la base de ce postulat que se comprennent les divergences entre les Etats européens sur la façon d'appréhender juridiquement et, le cas échéant, de sanctionner pénalement, les propos critiques voire provocateurs pouvant affecter le sentiment religieux. Ainsi, les délits de blasphème et de diffamation blasphématoire se retrouvent dans les législations en vigueur dans des Etats où la religion et l'Eglise occupent une place prépondérante. A l'inverse, le caractère éminemment laïc de la France explique que de telles infractions n'aient pas été consacrées en droit positif.

En tout état de cause, il est à noter que ce courant jurisprudentiel européen tend à se tarir voire à s'inverser à mesure que des voix s'élèvent en faveur d'une liberté d'expression, selon eux incompatible par nature avec l'existence d'incriminations portant sur des propos blasphématoires. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a énoncé dans une recommandation de 2007 qu'en ce qui concerne « le blasphème, les insultes à caractère religieux et les discours de haine contre des personnes au motif de leur religion, il incombe à l'Etat de déterminer ce qui est à considérer comme infraction pénale dans les limites imposées par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. A cet égard, l'Assemblée

⁶ Cour EDH, 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, n° 17419/90, Rec. 1996-V.

⁷ Cour EDH, 13 septembre 2005, *I.A. c. Turquie*, n° 42571/98, § 22.

considère que le blasphème, en tant qu'insulte à une religion, ne devrait pas être érigé en infraction pénale. Il convient, en effet, de distinguer les questions relevant de la conscience morale et celles relevant de la légalité, celles relevant de la sphère publique de celles relevant de la sphère privée. Même si, de nos jours, les poursuites à ce titre sont rares dans les Etats membres, elles sont encore légion dans d'autres pays du monde ».⁸

Tout en respectant la marge d'appréciation des Etats parties à la CEDH, la Cour EDH a été amené à développer des critères plus précis permettant notamment aux législateurs et aux juridictions nationales de s'orienter.

3. La Cour européenne des droits de l'homme a développé des critères opérationnels pour préciser les devoirs et responsabilités en la matière

Face aux divergences existant quant à l'institution du délit de blasphème comme limite à la liberté d'expression, la jurisprudence européenne a recours à des critères au potentiel consensuel en ce qu'ils reposent sur une appréciation plus objective de la nature des propos et écrits faisant griefs.

Déjà en 1993, la Cour EDH évoquait ces critères dans son arrêt *Otto-Preminger-Institut* en indiquant que « dans le contexte des opinions et croyances religieuses peut légitimement être comprise une obligation d'éviter autant que faire se peut, des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain ».⁹ Ainsi, la Cour relevait comme critères d'analyse de propos ou écrits qui lui étaient déférés : leur contribution au débat public, leur intérêt pour le progrès dans les affaires du genre humain et leur défaut de toute gratuité.

Ces critères sont d'autant plus intéressants qu'ils peuvent tout à la fois s'appliquer pour évaluer l'exercice de la liberté d'expression « à l'encontre » d'une obédience religieuse que l'usage de celle-ci par des croyants dont la teneur du discours pourrait prêter à discussion. C'est ce qui a été jugé le 4 décembre 2003 dans l'affaire *Gündüz c. Turquie* faisant suite à la

⁸ Recommandation 1805 (2007) adoptée par l'Assemblée le 29 juin 2007.

⁹ Cour EDH, 23 juin 1993, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc.

condamnation d'un chef de « secte » pour incitation du peuple à la haine et à l'hostilité pour des propos formulés lors d'une émission de télévision. Paradoxalement dans cette affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention en faveur d'un requérant dont les propos avaient été qualifiés de discours de haine par les juridictions turques.¹⁰ La Cour y analyse l'intervention du requérant dans un débat télévisuel en direct comme s'intégrant dans le cadre de la participation à une discussion d'intérêt général et estime que le simple fait de défendre la Charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un « discours de haine ».

Parmi les critères permettant de concilier *in concreto* le volet humoristique de la liberté d'expression avec les croyances religieuses deux critères semblent donc se dégager : un critère négatif, l'absence d'offense gratuite, et un critère positif, la contribution à un débat d'intérêt général. Il faut en outre faire la distinction selon que les propos ou caricatures portent sur des idées ou visent explicitement une personne ou un groupe de personnes en particulier. Lorsque l'expression contribue à l'enrichissement des débats, la restriction qui en résulte est *a priori* légitime. C'est en ce sens qu'a statué la Cour européenne dans l'affaire *Giniewski*.¹¹

La Cour a en outre récemment confirmé que l'application de ces critères doit s'effectuer en ménageant un juste équilibre entre les intérêts en présence. Une mise en balance des intérêts doit donc être effectuée.¹² Cette recherche d'équilibre peut bien entendu varier selon les domaines et les manières de l'expression d'une opinion potentiellement offensante pour le sentiment religieux. Ainsi en matière de publicité commerciale la Cour a été amené de considérer qu'une amende infligée à un fabricant de vêtements pour sa campagne de publicité évoquant « Jésus » et « Marie » a violé la liberté d'expression. Dans son arrêt de chambre, rendu le dans l'affaire *Sekmadienis* la Cour européenne des droits de l'homme dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.¹³ L'affaire concerne une amende infligée à *Sekmadienis Ltd.*, une société fabricant des vêtements et ayant fait afficher à Vilnius et sur son site Internet une

¹⁰ Cour EDH, 4 décembre 2003, *Gündüz c. Turquie*, n° 35071/97.

¹¹ Cour EDH, 31 janvier 2006, *Giniewski c. France*, n° 64016/00, Rec. 2006-I, § 14.

¹² Sur l'exercice de la mise en balance des intérêts en présence, cf. Dijoux, Ruth, *La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne*, Les Cahiers de droit, 53 (4), 2012, p. 872 ss.

¹³ Cour EDH, *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*, 30 janvier 2018, n° 69317/14.

série de publicités jugées contraires à la morale publique par les tribunaux lituaniens. Sur ces publicités figuraient des mannequins et des phrases en légende évoquant « Jésus » et « Marie ». La Cour juge que, même si elles ont suscité plusieurs plaintes (exprimées notamment par l'intermédiaire de l'organisme représentant l'Église catholique romaine en Lituanie), les publicités en question n'étaient pas gratuitement offensantes et n'incitaient pas à la haine. Les autorités nationales n'ont pas non plus fourni de motifs suffisants démontrant que l'utilisation des symboles religieux en question était contraire à la morale publique. Par conséquent, les autorités nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, la protection de la morale publique et des droits des personnes religieuses, et, d'autre part, le droit de la société requérante à la liberté d'expression.

De même que de telles amendes ont été jugées disproportionnées pour protéger les sentiments avérés ou supposés des croyants, la constitution du blasphème en infraction pénale a suscité une jurisprudence prudente et équilibrée à travers laquelle la Cour EDH n'a jamais conclu à une obligation positive des Etats parties de protéger la liberté des croyants par la sanction pénale du blasphème.

4. L'absence d'obligation positive de sanctionner le blasphème

Si la Cour EDH a pu reconnaître sous certaines conditions le droit des Etats parties d'ériger le blasphème en délit pour protéger la liberté religieuse, elle n'a en revanche jamais consacré une obligation positive des Etats en ce sens.

Dans les Etats parties qui, telle la France, consacrent le principe de laïcité au niveau constitutionnel, certains vont jusqu'à revendiquer un « droit au blasphème ».¹⁴ Dans l'affaire *Charlie Hebdo* la Cour d'appel de Paris, sans aller jusque-là affirme tout de même que « dans une société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions ».¹⁵

En France, c'est d'ailleurs en suivant un raisonnement assez proche de celui de la Cour EDH que les juges cherchent à concilier liberté d'expres-

14 Voir en ce sens la contribution de Jean-Luc Mélenchon sur le « Droit au blasphème » in Cerf / Horwitz (dir.), *Dictionnaire de la Laïcité*, Armand Colin, Paris 2ème éd. 2016.

15 C.A. Paris, 11e chambre, 12 mars 2008, Union des organisations islamiques de France c. Philippe Val, RG n°07/02873.

sion et sentiment religieux, dans le respect de la tradition laïque française. La justice française s'est prononcée à l'occasion de l'affaire des caricatures de Mahomet publiées par *Charlie Hebdo* le 8 février 2006 en réaction aux poursuites intentées contre des caricaturistes danois pour les mêmes faits. Pour apprécier ces faits, les juges du tribunal de grande instance de Paris puis ceux de la Cour d'appel de Paris se sont fondés sur la loi du 29 juillet 1881 définissant l'injure et sur la conception européenne de la liberté d'expression et de religion en rappelant les dispositions de l'article 10 de la Convention. Ils ont précisé également les spécificités de la France, société laïque et pluraliste, dans lequel « le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions quelles qu'elles soient et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse ; que le blasphème qui outrage la divinité ou la religion, n'y est pas réprimé à la différence de l'injure, dès lors qu'elle constitue une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse ; qu'il résulte de ces considérations que des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression si celle-ci se manifeste de façon gratuitement offensante pour autrui, sans contribuer à une quelconque forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain ».¹⁶

Cette décision - confirmée par la Cour d'appel - consacre donc la jurisprudence européenne en reprenant à son compte l'équilibre souhaitée par cette dernière au regard des libertés de religion et d'expression. Au final, tant les juges de première instance que ceux de la Cour d'appel ont considéré qu'aucune des caricatures n'était offensante pour « la communauté musulmane dans son ensemble ».

Jugeant *in concreto*, les magistrats ont estimé que « en dépit du caractère choquant, voire blessant, de cette caricature pour la sensibilité des musulmans, le contexte et les circonstances de cette publication dans le journal "CHARLIE HEBDO" apparaissent exclusifs de toute volonté d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des musulmans ». La Cour d'appel a, en particulier, souligné que l'ensemble du contenu du journal portait un regard critique sur certains membres qui, au nom de l'Islam, pratiquent des actes terroristes à répétition et que cela participait au débat d'intérêt général suscité par la diffusion de ces caricatures dans le journal danois qui était à leur origine. On retiendra donc que le contexte de la

16 TGI Paris, 17e ch. corr., 22 mars 2007.

publication est important, et que l'appréciation de propos supposés outrageants ne doit pas être effectuée de manière isolée mais en tenant compte des éléments extérieurs pertinents ainsi que du contenu global du journal litigieux.

Face au sentiment religieux la liberté d'expression connaît donc des limites limitées. Elle comprend le droit de critiquer la religion pour autant que cette critique, qui peut être virulente, ne vise pas à offenser les croyants eux-mêmes. Si l'expression d'une opinion se montre hostile à une religion où offensante aux croyants au point de porter atteinte à la liberté de religion elle-même, elle risque par contre d'être qualifiée d'abusives.

5. Celui qui abuse de la liberté d'expression risque de perdre sa protection

Nous l'avons vu, la liberté d'expression, aussi limitée qu'elle peut paraître en Europe - comparé avec la situation qui prévaut aux Etats-Unis d'Amérique -, protège celui qui en use. Mais, comme le rappelle l'adage latin « *abusus non est usus, sed corrupteia* » cette protection ne vise que l'usage de cette liberté pas le fait d'en abuser.

La maxime classiquement attribuée au révolutionnaire Saint-Just selon laquelle il n'y a « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » trouve en effet un reflet au sein de la Convention européenne. Selon son article 17 (Interdiction de l'abus de droit) : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

L'affaire Dieudonné permet d'illustrer le raisonnement de la Cour en présence d'un abus de la liberté d'expression. Elle y souligne que si l'article 17 CEDH a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte. Elle ne mérite donc pas la protection de l'article 10 de la Convention. Partant, dès lors que les faits litigieux ont un caractère négationniste et antisémite marqué, la Cour considère que

Dieudonné M'Bala M'Bala tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention, Dieudonné M'Bala M'Bala ne peut bénéficier de la protection de l'article 10.¹⁷

*

En guise de conclusion on peut légitimement se demander si une société ne deviendrait pas plus libre si elle permettait tous les discours, même gratuitement offensants ou liberticides. Ce n'est pas l'opinion défendu ici. En quoi des discours qualifiant l'homosexualité d'abomination ou niant l'holocauste apporteraient-ils une contribution au débat d'idées dans une société démocratique ? Dans les deux cas les protagonistes n'expriment pas une opinion mais se positionnent en contestant des droits et en récusant la reconnaissance à des êtres dont la dignité humaine est ainsi piétinée.

Certes, le droit pénal doit être le dernier recours pour encadrer le débat d'idées dans une société démocratique. L'incitation à la haine, les propos racistes ou homophobes ou encore les messages haineux ou violents qui se propagent aujourd'hui si facilement via ce que l'on appelle les « réseaux sociaux » ne constituent cependant pas en règle générale de contributions à un débat d'intérêt général. Au contraire de tels manifestations d'opinions, si elles ne sont pas vigoureusement combattues, entraînent souvent d'autres dans un engrenage où les mots sont suivis d'actes. Le passé récent et l'actualité nous le montrent tous les jours.

Il faut donc saluer le fait que les législateurs européens ont décidé dans leur immense majorité de sanctionner pénalement les propos racistes, antisémites ou négationnistes ou tout autre « discours de haine ».¹⁸ Cette attitude a explicitement été validée par la Cour EDH dans l'affaire Erbakan c. Turquie. La Cour y rappelle que « la tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir,

¹⁷ Cour EDH, 20 octobre 2015, M'Bala M'Bala c. France, n°25239/13.

¹⁸ En ce qui concerne le Luxembourg, cf. Me Michel Karp, Commentaire des jurisprudences pénales en matière de racisme et d'antisémitisme, Le Journal, 16 février 2018, p. 21.

toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (...), si l'on veille à ce que les "formalités", "conditions", "restrictions" ou "sanctions" imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi ».¹⁹

Pour faire en sorte que la législation est également respecté dans les réseaux sociaux le Bundestag allemand a par ailleurs montré le chemin en adoptant, le 30 juin 2017, une loi relative à l'amélioration de la mise en application du droit dans les réseaux sociaux (Netzwerkdurchsetzungsgesetz).

La situation est malheureusement toute différente dans certains pays de l'Europe de l'Est et notamment en Pologne. Un regrettable projet de loi pénalisant l'usage de l'expression « camp d'extermination polonais » y a en effet récemment été adopté. Certes, il est historiquement exact qu'il n'y a pas eu de camps de la mort polonais pendant la deuxième guerre mondiale. Ce qu'il y a eu, ce sont des camps d'extermination allemands en Pologne. Le projet de loi adopté le 1er février 2018 par le Parlement polonais, punit d'une peine allant jusqu'à trois ans de prison toute personne qui « attribue à la République de Pologne et à la nation polonaise, publiquement et contrairement à la réalité des faits, la responsabilité ou la coresponsabilité de crimes nazis perpétrés par le IIIe Reich allemand ».²⁰ Cette loi est condamnable en qu'elle limite de manière disproportionnée la liberté d'expression et entrave le travail des historiens et des journalistes, ainsi dissuadés de s'intéresser à ce qui pourrait les emmener sur le terrain d'une participation de Polonais aux crimes de l'Occupation.

A la grande différence des lois qui pénalisent le négationnisme de l'holocauste ou l'apologie des crimes perpétrés par le régime nazi et qui tendent donc en dernière analyse à protéger la mémoire des victimes, la récente loi polonaise poursuit un objectif diamétralement opposé. Elle vise à dédouaner la nation polonaise de toute responsabilité collective dans les crimes qui ont été perpétrés sur son territoire. La limite qu'elle apporte à la liberté de l'expression paraît de ce fait trop générale, injustifiée et disproportionnée. Elle ne pourra pas être couverte par une des limites autorisées par le paragraphe 2 de l'article 10 CEDH. On doit donc s'attendre à ce que de futures applications de la loi soient censurées par la Cour EDH à défaut de l'être par les juridictions polonaises.

¹⁹ Cour EDH, 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, n° 59405/00, § 56.

²⁰ Le Monde, éditorial du 5 février 2018.

Références bibliographiques

Caruso Adeline, *La recherche d'un équilibre entre la liberté d'expression et la liberté de religion : les modèles de mise en balance français et italien et le modèle de la CEDH dans la décision I.A c/Turquie du 13 septembre 2005*, <https://blogs.parisnanterre.fr>

Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'homme, *La liberté d'expression en Europe. La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme, no 18, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002.

Dijoux, Ruth, *La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne*, Les Cahiers de droit, 53 (4), 2012, pp. 861-876.

Docquir, Pierre-François, *La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ?*, (Note sous l'arrêt *Giniewski c. France*), Rev. trim. dr. h. n°68 2006, pp. 839-849

Gonzalez, Gérard, *Les excès de la liberté d'expression et le respect des convictions religieuses selon la Cour européenne des droits de l'homme*, RDLF 2015, chron. n°10, <http://www.revuedlf.com/cedh/les-exces-de-la-liberte-d-expression-et-le-respect-des-convictions-religieuses-selon-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>

Hervieu, Nicolas, *Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, janvier 2014, consulté le 18 janvier 2018, <http://revdh.revues.org/503>.

Jacquot, François, *Blasphème, liberté d'expression et atteinte au sentiment religieux*, 2015, <https://www.eifrf-articles.org/Blaspheme-liberte-d-expression-et-atteinte-au-sentiment-religieux157.html>

Riassetto, Isabelle, *Droit et blasphème : état des lieux*, forum 349, mars 2015, pp. 8-9.

Table Ronde sur la liberté d'expression du 17 juin 2017

TOUTE VÉRITÉ EST-ELLE BONNE À DIRE ?

par

Jean-Lou Siweck

Jean-Lou Siweck, né en 1970, est licencié en journalisme et communication de l'Université libre de Bruxelles et détenteur d'un master of arts du Collège d'Europe de Bruges. M. Siweck est depuis mai 2018 directeur général du groupe de médias Editpress s.a. ainsi que le directeur et rédacteur en chef du quotidien *Tageblatt*. De 2013 à 2017, il assumait la rédaction en chef du quotidien *Luxemburger Wort*.



Toute vérité est-elle bonne à dire ?

Le journaliste face à la question s'il peut tout révéler

Jean-Lou Siweck, né en 1970, est licencié en journalisme et communication de l'Université libre de Bruxelles et détenteur d'un master of arts du Collège d'Europe de Bruges. M. Siweck est depuis fin 2013 rédacteur en chef du quotidien Luxemburger Wort.

Le métier de journaliste consiste en principe en la recherche d'informations et leur publication. Or, un média peut être confronté à la question s'il doit révéler toutes les informations dont il peut disposer, ou s'il existe des limites qui le lui interdisent – que ce soit d'un point de vue du droit, des règles déontologiques ou de la ligne éditoriale. En d'autres termes, la question qui nous intéresse est : « Toute vérité est-elle bonne à dire ? »

La notion de « révéler » définit les limites de cet article : Elle implique que les informations visées soient vraies et vérifiables. Il ne s'agit donc pas du commentaire virant à l'injure ni de la rumeur qui traîne, mais dont on ne s'est donné la peine de la vérifier.

La réponse simple à la question, « peut-on tout révéler » est évidemment « non ». Il y a nombre d'informations présentes dans une rédaction qui ne trouvent pas leur chemin dans le quotidien, magazine ou journal parlé. Les raisons sont en général à chercher dans leur importance, les contraintes techniques d'un espace limité ou encore leur pertinence dans un contexte donné. Mais oui, il y a aussi des informations qui sous certains angles représenteraient un intérêt, trouveraient indéniablement des lecteurs, mais qui néanmoins ne trouvent pas, de manière très consciente, leur chemin dans le journal. C'est à ce type de questions que s'intéresse cette contribution.

Comme indiqué, il s'agit d'abord d'une question de droit et du risque de s'exposer à des poursuites pénales ou des procès civils.

Il s'agit au-delà d'une question déontologique, avec, d'une part, des règles arrêtées au niveau de la profession et, d'autre part, les lignes de conduite arrêtées formellement ou informellement dans un média donné, ce qu'on appelle dans son ensemble la ligne éditoriale. Il n'y a cependant que le premier aspect, celui de la légalité, qui s'impose à tous les médias.

Ce n'est déjà plus le cas du Code de déontologie arrêté par le Conseil de Presse, alors que le principe constitutionnel de la liberté de la presse s'oppose à toute exigence de conditionner l'activité d'éditeur et d'auteur à un tel organisme. Seul le titre de « journaliste professionnel » n'est ainsi protégé au Luxembourg, pas celui de « journaliste ».

En ce qui concerne les lignes éditoriales, tout consommateur avisé de médias aura constaté qu'il peut y avoir de très grandes différences entre médias. Il s'agit de choix s'expliquant par les traditions des médias, des publics visés et du segment de marché occupé. Vu la diversité des situations dans ce domaine, ce sera l'aspect auquel cette contribution s'arrêtera le moins.

Restrictions à la publication d'informations confirmées

Toute information, dont la véracité a été vérifiée, peut-elle dès lors être publiée ? Il y a certains domaines où les restrictions sont très nettes, à l'exemple de la protection des mineurs. Un autre domaine particulier vise les questions relatives à la sécurité nationale. Dans la pratique, il n'y a cependant au Luxembourg pas de cas connu où une restriction de publication aurait été formulée dans un tel contexte. Vu l'article 24 de la Constitution, disposant que « la censure ne pourra jamais être établie », la marge de manœuvre des autorités gouvernementales semble très limitée dans ce domaine.

Il y a néanmoins aussi des dispositions de portée générale, qui imposent des limites à celui qui voudrait « tout révéler ». Les plus importantes sont sans doute celles relatives à la calomnie et à la diffamation, définies dans l'article 443 du Code pénal.

La calomnie désigne l'acte d'avoir « méchamment imputé à une personne un fait précis qui est de nature à porter atteinte à l'honneur de cette personne ou à l'exposer au mépris public » sans que la preuve ne soit rapportée. La diffamation désigne le même acte, mais dans les cas où « la loi n'admet pas cette preuve ». La loi prévoit donc des domaines où la révélation d'un fait constitue d'office un délit, sans s'intéresser au fait si ce fait est avéré ou non. Les cas ainsi visés sont ceux qui relèvent de la vie privée.¹ Ici, seuls les faits susceptibles d'être prouvés par la production

¹ Code pénal, article 447 : « Le prévenu d'un délit de calomnie pour imputations dirigées à

d'actes authentiques peuvent légitimement être rendus publics. Le journaliste est donc tenu au respect de la vie privée.

Il reste que dans la pratique journalistique, le caractère absolu de l'article 443 quand à la répression de la publication d'éléments de la vie privée est régulièrement remis en cause. L'interrogation si un fait ne relève pas de la vie privée et bénéficie donc d'une protection particulière est certes un élément important dans la décision de publier ou non. Ce n'est cependant pas le seul élément pris en compte. Ce qui compte au-delà est le contexte plus large : Qui est la personne concernée ? Pourquoi l'information visée a-t-elle retenu l'attention du journaliste. Et, surtout, existe-il un intérêt prépondérant du public à prendre connaissance de l'information concernée, soit-elle d'ordre privée.

Cette idée du motif d'intérêt public dans la révélation d'une information ne se trouve pas explicitement dans l'article 443. Elle est par contre présente dans une autre disposition du Code pénal, qui est aussi d'intérêt dans ce contexte. La diffamation n'est ainsi pas la seule situation, dans laquelle la publication d'une information peut être sanctionnée. Il en est de même de la « divulgation méchante », prévue à l'article 449 du Code pénal. La divulgation méchante vise les situations dans lesquelles « il existe au moment du délit une preuve légale des faits imputés » mais qu'il est établi que l'imputation du fait a été faite « sans aucun motif d'intérêt public ou privé et dans l'unique but de nuire ».

Contributions majeures de la CEDH

L'appréciation du cadre légal en matière de liberté d'expression ne saurait se limiter à la seule législation nationale. Ce serait nier la place primordiale occupée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) en la matière. Le grand apport de la Cour de Strasbourg est de situer le travail du journaliste dans le contexte d'une société démocratique et, plus particu-

raison des faits relatifs à leurs fonctions, soit contre les dépositaires ou agents de l'autorité ou contre toute personne ayant un caractère public, soit contre tout corps constitué, sera admis à faire, par toutes les voies ordinaires, la preuve des faits imputés, sauf la preuve contraire par les mêmes voies. S'il s'agit d'un fait qui rentre dans la vie privée, l'auteur de l'imputation ne pourra faire valoir, pour sa défense, aucune autre preuve que celle qui résulte d'un jugement ou de tout autre acte authentique. Si le fait imputé est l'objet d'une poursuite répressive ou d'une dénonciation sur laquelle il n'a pas été statué, l'action en calomnie sera suspendue jusqu'au jugement définitif, ou jusqu'à la décision définitive de l'autorité compétente.

lièrement, à ne pas seulement s'intéresser au droit du journaliste d'exprimer ses opinions, mais au-delà aussi au droit des citoyens à être informés, le tout en application du critère de l'intérêt général.

Rappelant que l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales consacre le droit à la liberté d'expression, et prévoit que d'éventuelles ingérences doivent non seulement être compatibles avec, mais nécessaires dans une société démocratique.

L'arrêt établissant les grands principes qui régissent jusqu'à ce jour les questions de liberté d'expression est ironiquement un arrêt, dans lequel la Cour a débouté le requérant. Il ne s'agissait pas non plus d'un problème de révélation d'une information, mais d'une affaire autour de la publication d'un livre au contenu jugé obscène. L'arrêt *Handyside* de 1976² énoncera une première fois un principe de base primordial au sujet de la liberté d'expression, en disant que celle-ci ne vaut pas seulement « les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi [...] celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population ». La Cour précisera par ailleurs sa compréhension de son « rôle de surveillance », qui lui commande « de prêter une extrême attention aux principes propres à une société démocratique ». Elle poursuit en expliquant que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ».

Dans l'arrêt *Sunday Times* de 1979³, la Cour reconnaît l'importance du rôle jouée par la presse dans une société démocratique et consacre en complément le principe du droit à l'information, en précisant au sujet des médias, qu'« à leur fonction consistant à communiquer [des informations] s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir ».

Dans l'arrêt *Barthold* de 1986⁴, la Cour a reconnu à la presse une « tâche d'information et de contrôle », une mission que la Cour a décrit cinq ans plus tard dans l'arrêt *Guardian et Observer*⁵ en reconnaissant à la

2 CEDH : *Handyside* c/ Royaume-Uni, 1976

3 CEDH : *Sunday Times* c/ Royaume-Uni, 1979

4 CEDH : Arrêt *Barthold* c/ Allemagne, 1986

5 CEDH : *Guardian et Observer* c/ Royaume-Uni, 1991

presse un « rôle indispensable de „chien de garde“ », prouvant par là un sens de la formule presque journalistique.

Cette prise en compte du contexte trouve aussi son expression dans l'arrêt *Lingens*⁶, dans lequel la Cour accepte qu'il peut y avoir une appréciation différente des mêmes faits en fonction de la personne concernée. Selon la Cour, « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance ». A noter que la Cour ne voulait pas instituer un régime à part pour le monde politique. S'il revient à celui-ci indéniablement un rôle particulier dans une société démocratique, le critère de l'intérêt général ne se limite aucunement à la sphère politique. Dans l'arrêt *Thorgeirson*⁷ six ans plus tard, qui concernait une critique des forces de l'ordre, la Cour constate ainsi que « rien dans sa jurisprudence ne permet de distinguer [...] entre le débat politique et la discussion d'autres problèmes d'intérêt général ».

Loi de presse de 2004

Jusqu'en 2004, la liberté d'expression dans les médias au Luxembourg était régie par la loi modifiée du 20 juillet 1869 sur la presse. Parmi les objectifs du nouveau texte, la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, se trouvait donc inévitablement la mise en conformité de la législation luxembourgeoise avec la jurisprudence de la CEDH.

En matière pénale, la loi de 2004 introduit des dispositions spécifiques dans l'article 443 du Code pénal en ce qui concerne les délits commis par voie d'un média. Les nouveaux paragraphes ne précisent pas les matières dans lesquelles la preuve légale d'un fait est admise ou non, mais intègre les enseignements de la jurisprudence quant aux moyens dont dispose le journaliste pour démontrer, d'une part, la véracité d'un fait et, d'autre part, sa bonne foi. Ainsi, la responsabilité du journaliste ne sera pas engagée lorsque « cette preuve n'est pas rapportée, mais que [le collaborateur du média], sous réserve d'avoir accompli les diligences nécessaires, prouve

⁶ CEDH : *Lingens* c/ Autriche, 1986

⁷ CEDH : *Thorgeirson* c/ Islande, 1992

par toutes voies de droit qu'elle avait des raisons suffisantes pour conclure à la véracité des faits rapportés ainsi que l'existence d'un intérêt prépondérant du public à connaître l'information litigieuse »⁸. A noter l'insertion du critère de l'intérêt général. La réforme touche par ailleurs à la question de la responsabilité d'un diffuseur en cas de communications au public en direct ainsi que celle de la citation fidèle d'un tiers. Ce dernier aspect se réfère directement à l'affaire *Thoma*, ayant aboutie dans une condamnation du Luxembourg par la CEDH.⁹

Dans le domaine de la responsabilité civile, la loi de 2004 reprend les mêmes principes pour exclure sous certaines conditions l'engagement de la responsabilité des collaborateurs des médias. En ce qui concerne la protection de la vie privée¹⁰, il y a lieu de relever, que le journaliste n'engage pas sa responsabilité, lorsque les faits relatifs à la vie privée qu'il a révélés sont « en rapport direct avec la vie publique de la personne concernée ».

En ce qui concerne la protection de la réputation et de l'honneur¹¹, la loi de 2004 exonère le journaliste lorsque, dans les cas où la loi admet la preuve légale de faits, « cette preuve est rapportée » ou, en l'absence de cette preuve, le collaborateur du média, « sous réserve que toutes les diligences aient été faites afin d'éviter une atteinte à la réputation ou à l'honneur de la personne, prouve par toutes voies de droit qu'elle avait des raisons suffisantes pour conclure à la véracité des faits rapportés ainsi que l'existence d'un intérêt prépondérant du public à connaître l'information litigieuse ».

Code de déontologie du Conseil de presse

Le Code de déontologie adopté par le Conseil de presse en 2006¹², à la suite de la nouvelle loi sur la liberté d'expression dans les médias, adresse lui aussi la question de la protection de la vie privée. L'article 5 du Code dispose ainsi que « la presse s'engage à respecter et à défendre la dignité humaine de chaque individu. Elle s'engage à respecter le droit à la vie privée de chaque individu. » Cette énonciation du principe est toutefois complétée par une troisième phrase qui le relativise : « Toutefois, dans certains

⁸ Code pénal, Art. 443 modifié, paragraphe 1)

⁹ CEDH : *Thoma* c/ Luxembourg, 2001

¹⁰ Loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, article 15

¹¹ Loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, article 17

¹² Conseil de presse : Code de déontologie, arrêté le 28 mars 2006

cas exceptionnels l'intérêt public et la liberté de la presse peuvent primer le droit à la vie privée. »

Le Conseil de presse renvoie dès lors à son tour vers les textes légaux et, surtout, à la jurisprudence notamment de la CEDH pour gérer les conflits potentiels entre protection de la vie privée, d'une part, et le droit à l'information du public, de l'autre.

Les limites posées par la CEDH

La Cour de Strasbourg a indéniablement accordé une large marge de manœuvre à la presse. Les arrêts de la Cour qui ont obtenu le plus de publicité sont d'ailleurs ceux dans lesquels la liberté d'expression a été renforcée malgré les possibles conflits qui peuvent en naître avec d'autres libertés fondamentales. On aurait cependant tort de réduire la CEDH à un tribunal incapable d'imposer des limites aux médias.

Notamment par rapport aux personnes publiques et à la question de l'intérêt général, la Cour a eu l'occasion d'appliquer ses critères en quelque sorte à contre-épreuve. Dans l'arrêt von Hannover de 2004¹³, relatif à des photos de Caroline de Monaco publiées dans le magazine allemand *Bunte*, la Cour s'est ainsi montrée plus protectrice de la sphère privée de la princesse que ne l'avait été la Cour constitutionnelle allemande. Cette dernière avait ainsi retenu que la concernée devait se faire au fait qu'elle était une « personnalité absolue de l'histoire contemporaine ». Les juges de Strasbourg par contre ont considéré, en application du critère de l'intérêt général, « qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, se rapportant à des personnalités politiques, dans l'exercice de leurs fonctions officielles par exemple, et un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne qui, de surcroît, comme en l'espèce, ne remplit pas de telles fonctions. » La Cour rappelle qu'« il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques ». En même temps, « la Cour considère que l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider

¹³ CEDH : von Hannover c/ Allemagne, 2004

dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général. » Les photos en question ayant certes été prises dans un lieu public, relevant cependant par ailleurs d'une situation privée, la Cour a reconnu à la requérante son droit à la protection de sa vie privée.

A noter qu'en 2012, lors d'un deuxième procès à l'initiative de Caroline de Monaco¹⁴, la Cour a de nouveau eu à trancher la question de la protection de la vie privée au sujet de photos prises pendant des vacances, cette fois-ci cependant en ce qui concerne le prince Rainier. Dans cette affaire, la Cour a débouté la requérante, estimant que l'état de santé du monarque, qui était adressé à travers les photos en question, est à considérer comme un sujet d'intérêt général. Que la publication se soit faite dans un magazine « people » n'a d'ailleurs pas eu d'impact sur la décision de la Cour.

Les critères Axel Springer

L'année 2012 était aussi l'occasion pour la Cour de faciliter la tâche aux juridictions nationales lorsqu'elles sont confrontées à la tâche complexe de ménager un juste équilibre entre la protection du droit au respect de la vie privée (article 8) et la protection de la liberté d'expression (article 10). Dans une véritable démarche de pédagogie juridictionnelle, la Cour a établi une série de critères à prendre en compte, liste désignée depuis de critères Axel Springer, du nom du requérant de l'affaire concernée.¹⁵

Les critères pertinents pour la mise en balance des deux droits fondamentaux protégés par les articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme sont ainsi au nombre de six.

- 1) Le premier est celui, déjà évoqué, de la contribution à un débat d'intérêt général.
- 2) Le deuxième concerne la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, tel qu'adressé dans les arrêts von Hannover.
- 3) Le troisième vise le comportement antérieur de la personne concernée. Le fait pour une personne d'avoir coopéré avec la presse antérieurement

¹⁴ CEDH : von Hannover c/ Allemagne (N°2), 2012

¹⁵ CEDH : Axel Springer c/ Allemagne, 2012

n'est certes pas de nature à priver l'intéressé de toute protection contre une publication d'un reportage ou d'une photo relevant de la sphère privée. Mais si l'intéressé a au préalable relevé lui-même des détails de sa vie privée dans des interviews, par exemple, cet élément est à prendre en compte dans l'appréciation du contexte et son « espérance légitime » de voir sa vie privée effectivement protégée peut en être impactée.

- 4) Le quatrième concerne le mode d'obtention des informations et leur véracité. La garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est ainsi subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de la déontologie journalistique.
- 5) Le cinquième critère vise le contenu, la forme et les répercussions de la publication. La façon dont un reportage ou une photo sont publiés et la manière dont la personne visée y est représentée est à prendre en compte.
- 6) Le sixième critère finalement concerne la gravité de la sanction imposée. La Cour ne s'intéresse ainsi pas seulement au principe d'une possible sanction mais apprécie aussi sa proportionnalité afin d'apprécier l'admissibilité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression. Ce critère peut notamment jouer dans le cas d'affaires de responsabilité civile.

En pratique

La Cour de Strasbourg n'a certes pas fourni aux journalistes et aux tribunaux une réponse absolue à la question, si on peut révéler une information donnée ou non. Elle a cependant établi une grille de lecture, axée principalement autour de la question de l'intérêt général, qui permet de guider les décisions pratiques qui se posent dans le travail quotidien des rédactions.

Il n'y a certes pas tous les jours des discussions profondes à ce sujet dans les rédactions luxembourgeoises. Il n'y a pas moins à un rythme quotidien des décisions de fait se référant aux coutumes bien établies dans un média donné, sans nécessairement reposer sur des règles écrites.

Il reste que le Conseil de presse a été appelé à se pencher sur deux questions très concrètes en la matière. La première concerne la révélation de certaines caractéristiques personnelles, notamment en traitant d'affaires criminelles et des faits divers. Dans le cadre du Code de déontologie, la plénière du Conseil de presse a ainsi arrêté en date du 28 mars 2006 une directive relative à l'article 5 du Code traitant du respect d'autrui : « La presse n'indique les origines raciales, religieuses, nationales ou ethniques d'une personne que lorsque cette information est indispensable pour comprendre les faits ou lorsqu'il y a un lien direct avec l'information. »

Plus récemment, la Commission des plaintes du Conseil de presse avait à trancher la question, s'il est légitime de révéler l'identité de prévenus dans la couverture d'un procès. A noter que la presse se voit communiquer par le Parquet les feuilles d'audience des tribunaux pénaux reprenant l'identité des prévenus. En l'occurrence, il s'agissait d'une affaire ayant eu beaucoup d'écho dans les médias, dite l'affaire « Schoolleaks ». La Commission a néanmoins approuvé la plainte des concernés contre la publication de leur identité par un média en ligne.¹⁶

La Commission des plaintes a profité de ce dossier pour définir un certain nombre de critères à apprécier dans de telles situations : « L'existence d'un intérêt général à communiquer l'identité de prévenus est à analyser selon plusieurs critères, dont leur qualité de personnalités publiques, la gravité des faits reprochés, l'existence d'un possible danger émanant des concernés, l'envergure des débats suscités par l'affaire ainsi que la possible plus-value que l'identification peut apporter dans l'information rapportée. » C'est notamment sur l'absence de plus-value que la Commission a tranché le dossier « Schoolleaks ».

Conclusions

En conclusion, il n'est pas nécessairement évident d'identifier les informations qui peuvent être révélées et celles qui ne peuvent pas l'être. Mais il existe des grilles de lecture suffisamment précises qui devraient permettre à toute rédaction consciencieuse d'éviter les faux pas.

Il est en même temps à noter qu'un journal avec un minimum d'exigences de qualité, restera sans doute plus souvent que non loin des limites

¹⁶ Commission des plaintes, dossier « Schoolleaks », décision n° 38, 2017

exigeant qu'il s'interroge quant à un possible risque de violation de la vie privée.

La contrepartie est cependant aussi, que les journaux dits de qualité n'ont pas le monopole de la définition de ce qui est approprié. Nombre de publications d'informations relatives à la vie privée peuvent apparaître comme étant de mauvais goût. Alors qu'il y a une industrie entière de publications spécialisées sur ces matières, qui ne sont pas pour autant poursuivies du matin au soir, les intérêts des parties concernées, d'une part, et la légalité de ces publications, de l'autre, sont deux questions distinctes.

Bibliographie

RAVARANI, Georges : *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 3e édition, Pasirisie luxembourgeoise, Luxembourg, 2014

VOGEL, Gaston : *Droit de la presse*, Editions Promoculture, Luxembourg, 2000

VOGEL, Gaston : *Le Droit de la presse*, Promoculture Larcier, Windhof, 2012

DISCUSSION TABLE RONDE DU 17 JUIN 2017

André Prüm :

Pour lancer la discussion, permettez-moi une brève observation. Les trois interventions que nous venons d'entendre soulevaient chacune l'interrogation de l'articulation de la liberté d'expression en général ou de celle dont jouissent spécialement les journalistes et de leurs frontières respectives. Norbert Campagna a soulevé à ce sujet la question du contenu exact de l'une et de l'autre de ces libertés en insistant, que selon lui, la liberté générale d'expression devait s'étendre au ressenti subjectif d'une personne, à ce qu'elle perçoit en sa conscience comme étant son opinion, même si celle-ci ne pouvait être fondée objectivement. Jean Lou Siwek nous a indiqué que la liberté de la presse devait au contraire être conçue comme un droit-fonction, lié au rôle d'information du journaliste et que par conséquent, elle ne pouvait couvrir que des éléments dont le caractère exact paraît suffisamment vraisemblable, le journaliste étant tenu d'un devoir de vérification de ses informations.

A cette première délimitation en termes de contenu, s'est ajoutée une seconde distinction entre la liberté d'expression générale et celle du journaliste tenant à leurs limites respectives. Ni l'une, ni l'autre n'est évidemment absolue mais atteint sa limite lorsqu'elle heurte des droits individuels fondamentaux, tel le droit au respect de la vie privée, le droit à libre exercice d'une religion ... ou encore les règles de la démocratie. Les frontières entre elles aussi bien que celles à l'égard d'autres droits me semblent ainsi avoir été au cœur des exposés que nous venons d'entendre sur la liberté d'expression et la liberté de la presse.

Robert Urbé :

Si vous le permettez, je voudrais commencer par une petite boutade. En rebondissant sur ce que Norbert Campagna a dit entre le traitement différent d'homosexuels et d'hétérosexuels, à savoir que Jean-Lou Siwek nous a parlé de deux mariages pendant cette législature. Mais il y a eu un troisième, entre hétérosexuels cette fois-ci, à savoir celui de Mme Dieschbourg...

Mais maintenant, je n'ai pas pris la parole pour la boutade. Ce que j'ai compris c'est que la liberté d'expression a des limites et que ces limites

ne sont pas les mêmes dans tous les temps et à tous les lieux. Et je me demande : est-ce que cela n'est pas une entrave à ce qu'on appelle quand même l'universalité des droits ? Voilà ma question.

Jörg Gerkrath :

Oui, peut-être une première réaction à Robert Urbé dont je comprends l'interrogation. Si on admet que les limites à la liberté d'expression peuvent varier dans le temps et dans l'espace, cela paraît évidemment contraire à l'idée que les droits de l'homme doivent être universels. Ceci dit, ce que fait la Cour européenne des droits de l'homme - et cela vaut à l'intérieur de l'espace relativement homogène formé par les Etats membres de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe - c'est de laisser une certaine marge d'appréciation aux Etats sur des sujets sur lesquels ces Etats n'ont pas encore pu adopter une position commune ou concluante. Cela est conforme à son rôle et au caractère subsidiaire de la convention. De cette marge d'appréciation il en résulte nécessairement une certaine différenciation.

Ceci dit, il y a quand même un fond commun très important, à savoir que la liberté d'expression doit rester le principe et que les limites ne peuvent être admises que selon des règles communes très strictes énumérées par la convention elle-même et précisées par la Cour. Il en résulte que les limites doivent être prévues par la loi, nécessaires dans une société démocratique, correspondre à un but autorisé par la CEDH et proportionnées. Cela fait qu'il y a quand même une forte homogénéité et que les différences, que l'on tolère sont, à mon avis, supportables.

Mais, il est vrai que cela soulève au fond le débat de l'universalité et qu'on sait que dans les sociétés où, par exemple, la Charia est considérée comme la loi, la liberté d'expression est beaucoup plus limitée que cela, ce qui dépasse, à mon avis, ce qui est tolérable et porte atteinte à l'universalité des droits de l'homme.

Voilà ma réaction. Peut-être les autres intervenant voudraient également répondre ?

Norbert Campagna :

Peut-être brièvement aussi. Si on prend aussi d'autres droits comme, par exemple, le droit de vote, certains pays autorisent la participation à

dix-huit ans, d'autres pensent déjà à l'autoriser à seize ans. On aurait donc au fond un droit, mais qui serait appliqué de manière différente selon les pays. Ensuite, pour la liberté d'expression, là à la limite, si on a vraiment des restrictions quant à la condamnation de personnes homosexuelles, les pays musulmans vont tout d'un coup dire : « Nous, on est plus libéral que vous parce que, nous, on autorise cette critique de l'homosexualité ». Bon, ça aussi c'est un peu une boutade, mais tout simplement pour dire qu'il faut toujours voir de quel côté on se place pour discuter des limitations, etc.. Mais il est clair que ce serait bien d'arriver à un consensus universel concernant ces limites. Mais c'est un idéal au fond et nous en sommes encore assez loin. Et heureusement, il y a la liberté d'expression pour voir comment on peut s'en rapprocher.

Jean-Lou Siweck :

En ce qui concerne la presse, on peut dire que la liberté de presse, dans son principe, est partagée entre tous les pays du monde occidental. Mais, dans le détail, rien que par la législation pénale, il peut y avoir de grandes différences. Même dans un pays comme la Suisse, que nous considérons tous comme une démocratie exemplaire, le code pénal punit la publication d'éléments issus d'une instruction judiciaire. Même après sa récente modification, cet article provoquerait toujours au Luxembourg une forte opposition des médias. Et on trouve cela aussi quand on relit la jurisprudence de Strasbourg. On tombe sur des dispositions légales nationales où on s'étonne que ces dispositions puissent exister dans des pays membres du Conseil de l'Europe. Donc une fois qu'on rentre dans le détail, nous sommes très loin d'une universalité de l'interprétation du principe de la liberté d'expression. La Cour de Strasbourg assure cependant des exigences minimales dans l'application des différences qui peuvent exister entre législations nationales.

Jean-Jacques Rommes :

Je voulais soulever la question d'une notion qui a fait défaut dans toutes les contributions jusqu'à présent - et qui peut-être n'a pas lieu d'être, mais c'est justement là ma question : C'est celle du trouble à l'ordre public qui peut arriver à cause d'une publication. Je prends ainsi l'exemple des caricatures danoises mettant en scène Mahomet. On peut poser la question, lorsque de telles caricatures sont blessantes pour un grand nombre de gens dans la population, s'il faut faire attention à ce que différentes tranches de

la population ne s'entretient pas. Cette question est indépendante de celle de savoir si les caricatures sont légitimes en tant que tel ou si elles sont un appel à la haine. Il y a un autre exemple, celui de la caricature faite par l'animateur de télévision, M. Böhmermann, en Allemagne où il a semblé qualifier le président turc ou peut-être même tous les Turcs de « *Ziegenficker* ». La question s'est posée évidemment si cela n'était pas un appel à la haine, mais la question se pose aussi si on peut dire de telles choses dans un Etat où les Turcs représentent une très grande tranche de la population. Ce n'est pas la même chose que si on dit cela à Luxembourg où on peut se sentir en droit de rigoler à ce sujet parce qu'il n'y a pas de population d'origine turc. Donc je pense que l'idée de trouble à l'ordre public n'est pas totalement en dehors de ce débat ?

Jean-Lou Siweck :

Concernant ma contribution, dans la définition que j'avais donnée dès le début en ce qui concerne la révélation, je l'avais limitée aux questions de fait. Et là, je dois dire que, à part la question de protection de la vie privée, en ce qui concerne des faits avérés qui relèvent de l'intérêt général et qui éventuellement soulèveront un problème d'ordre public, j'aurais beaucoup de mal à accepter cet argument et j'appliquerai des critères très, très élevés avant de décider de ne pas publier cette information. J'estime, en fin de compte, c'est bien le fait, donc ce qui s'est passé, qui pose problème, plutôt que la publication du fait. Et ne pas rendre public à cause des conséquences, je ne dirais pas que cela n'arrive jamais, mais d'un point de vue journalistique, il faudra mettre le risque de trouble en relation avec l'intérêt général du débat auquel l'information en question contribue.

Jean-Jacques Rommes :

Je peux donner un exemple très concret sur une question de fait puisqu'en effet mes deux exemples précédents citaient des cas de caricatures. C'est l'exemple de la provenance ethnique des personnes qui ont attaqué des femmes devant la gare de Cologne à la St Sylvestre 2015. Ce sont là des faits objectifs à propos desquels la presse allemande semblait avoir des réticences à dire quelle était la provenance de ces personnes. Il a été reproché ensuite à la presse d'avoir retenu cette information.

Jean-Lou Siweck :

En ce qui concerne cette nuit de Saint-Sylvestre, on a par après dit que l'information sur ces incidents avait été retenue à cause de l'origine des suspects. Ceci dans un contexte général de discussion sur les réfugiés. Mais je ne suis pas sûr si, effectivement, c'était là le problème. Il me semble que, en fait, la presse avait dans l'immédiat pas mal de problèmes à rassembler toutes les informations factuelles. Il y avait, si je me rappelle bien, un journal régional de la région qui, très tôt, disposait de l'information, aussi quant à l'envergure de ce qui s'était passé. Les autres médias n'étaient pas sur le terrain, ils dépendaient d'informations fournies par d'autres. Donc la question de publier ou non ne se posait pas pour les médias, mais par contre éventuellement par rapport aux autorités publiques sur place. C'est la police qui n'a pas communiqué. Au plus tard le deuxième jour, les journalistes étaient sur le terrain et ont essayé de savoir ce qui s'était passé et puis on a vu ce que le débat a évolué : l'inverse en fait du reproche, qu'on ne nommait pas les suspects à cause de leur origine. On a indiqué une origine mais assez vague, ceci en plein dans le débat en cours sur les réfugiés dans un contexte très précis, qui est la vague de réfugiés venus via la Grèce, l'Autriche, etc. vers l'Allemagne, donc surtout originaires de Syrie, voire d'Afghanistan. Et en fait, plusieurs semaines après, on savait que l'origine exacte de la plupart des personnes interpellées c'était l'Afrique du Nord, donc ce n'étaient pas des personnes issues de cette vague-là, qui faisait débat à ce moment-là. Je reviendrais donc plutôt vers mon réflexe journalistique : oui, il faut être précis. Dans ce cadre-ci, quand il y a une homogénéité de cette foule, je pense qu'il faut la décrire et il faut la décrire dans le détail.

Norbert Campagna :

Je comprends très bien l'argument du trouble à l'ordre public, mais je pense quand même que cet argument est plus que problématique, parce qu'il instaure au fond à nouveau le droit du plus fort. Admettons que vous ayez deux groupes sociaux, un groupe social pacifique et un autre groupe social qui est prêt à utiliser la violence. Dans ce cas-là, vous pourrez critiquer autant que vous voudrez le premier, vu que ses membres pacifiques ne causeront pas de trouble à l'ordre public, mais, vu que le deuxième peut causer des troubles à l'ordre public, vous ne direz absolument rien contre le second. Et en ce sens-là, je pense que d'un point de vue de principe, que ce serait introduire à nouveau le droit du plus fort. Et cela nous place aussi

devant un autre problème : le problème du rôle et du pouvoir qu'a encore l'Etat. Parce qu'aujourd'hui, l'Etat n'ose plus intervenir dans certaines situations, parce qu'il sait très bien que s'il intervient là, il y aura un trouble à l'ordre public, et cela déclenchera, je ne sais pas moi, une révolte générale dans cette cité, etc. et donc là on va s'abstenir. Pour ne pas risquer que les banlieues s'enflamment, on va laisser faire le trafic de drogues dans la banlieue. L'Etat est garant de l'ordre public, mais l'Etat doit éviter que ne se produisent des situations où il ne contrôle plus le respect de cet ordre public. L'argument avancé, je le comprends, mais il est plus que problématique.

Henri Etienne :

Je partage cette position, mais pour une raison légèrement différente, c'est que ce qui trouble l'ordre public, à mon sens, ce n'est pas le dessein ou le propos du journaliste, mais c'est le comportement de ceux qui réagissent violemment contre cette publication. Donc, c'est vrai que la convention européenne admet, comme aussi le droit des Etats membres, que la défense de l'ordre peut être un but légitime pour justifier une limitation à la liberté d'expression, mais, à mon sens, c'est infiniment dangereux parce que, finalement, on donnerait trop d'importance à la réaction de ceux qui ne veulent pas cette liberté d'expression.

Luc Weitzel :

Je voudrais juste faire deux observations. D'une part, je me permets de revenir brièvement sur la doctrine de la marge d'appréciation développée par la Cour de Strasbourg, dont le professeur Gerkrath a parlé tout à l'heure. Cette doctrine a pris une importance telle qu'elle est en voie d'être consacrée expressément dans le préambule même de la convention européenne des droits de l'homme, à travers le protocole n° 15, déjà ratifié par plus de 30 Etats membres et qui entrera en vigueur dès lors que les 47 Etats membres l'auront reconnu. Les Etats sont en effet censés les mieux placés pour « évaluer les besoins et les conditions d'application » de la convention au « niveau local » et cette consécration me paraît être un exemple significatif d'une certaine relativisation nécessaire de l'universalité des droits de l'homme, du moins au niveau de leur mise en œuvre si ce n'est sur le plan de leur formulation, et cela même sur le continent européen.

D'autre part, nous avons évoqué la protection des droits fondamentaux dans les médias à la lumière des règles édictées au niveau du Conseil de l'Europe, de la Constitution et de certaines lois nationales. Des règles importantes ont été adoptées également par l'Union européenne. Il y a bien sûr, comme vous le savez, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais il existe aussi des normes de droit dérivé qui présentent un intérêt certain. Dans le contexte particulier des médias audiovisuels, je voudrais mentionner plus particulièrement les directives successives qui ont été adoptées dans ce domaine¹ et dont la dernière mouture a été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 17 décembre 2010 sur les médias électroniques. La loi du même nom, du 27 août 2013, a, par la suite, prévu la mise en place d'une autorité indépendante (ALIA) chargée d'assurer le respect de cette loi qui contient certaines obligations précises de respect des droits fondamentaux, telles le respect de la personne humaine et de sa dignité, ou l'interdiction de différentes formes de discriminations et d'incitation à la haine. Il est particulièrement intéressant de relever que l'ALIA, en s'appuyant sur sa mission de contrôle des « concessions/permissions et cahier des charges » des fournisseurs de services de médias audiovisuels, exerce également un contrôle, de plus en plus concret et efficace, sur le respect des obligations précises et nombreuses énoncées dans lesdits concessions/permissions et cahiers des charges ainsi que de celles auxquels ceux-ci renvoient, parmi lesquelles, notamment, les droits fondamentaux, des règles de la déontologie journalistique et les conventions internationales. Ainsi, il existe à Luxembourg, à côté, notamment, du Conseil de presse et de la Commission nationale pour la protection des données, d'autres organes qui sont susceptibles d'intervenir de manière simple et efficace aux fins d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le contexte des médias.

Intervenant : (intervention non vérifiée)

Je voudrais juste revenir sur la théorie de la marge d'appréciation quand le professeur Gerkrath en a parlé tout à l'heure qui est devenue tellement importante, qui, comme vous le savez, est inscrite dans le protocole n° 15 qui va prochainement entrer en vigueur et donc qui réalise encore cette universalité _____. On a parlé de _____ au niveau du Conseil

¹ Voy. directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels » SMA) (version codifiée) (JO L 95, p. 1).

de l'Europe, au niveau du Luxembourg, la Constitution, ses différentes lois. Il n'y a qu'un _____ dans le cadre de l'Union Européenne bien sûr, comme vous le savez, des règles et la Charte des droits fondamentaux qui a aussi des règles de droit dérivées de la directive sur des risques de _____, ce qui veut dire _____ et qui a été transposée à Luxembourg à travers la loi sur les _____ électroniques et qui a mis en place une autorité qui est chargée d'assurer le contrôle, le respect de cette loi et cette loi déjà, bon, enfin certaines obligations au respect de la dignité humaine, mais on voit aussi aux règles qui sont dans le cahier des charges des permissions de _____ différentes chaînes et stations de radio et qui, elles-mêmes, renvoient aux règles déontologiques, donc il y a un certain nombre de règles, il y a un certain nombre d'organes. On a parlé du Conseil de presse, mais il y a également d'autres organes à Luxembourg qui, pour les médias audiovisuels en particulier, interviennent sur le terrain de liberté fondamentale et trouvent un équilibre entre les divers _____.

Intervenant : (intervention non vérifiée)

_____ expression plus élargie, je voudrais, si j'ai bien compris, est-ce qu'elle bénéficierait également de cette liberté pour faire des propos racistes et sinon dans quelle mesure il y aurait une distinction entre le propos raciste et _____ ?

Norbert Campagna :

Un propos raciste, ce serait quelque chose du genre : les membres de la race X ont moins de valeur que les membres de la race Y. Cette affirmation disqualifie l'autre comme partenaire à la discussion, alors que l'affirmation que l'homosexualité est une abomination ne disqualifie pas celui à qui cela s'adresse. Donc l'homosexualité peut être une abomination, mais cela ne signifie pas que l'homosexuel est intellectuellement inférieur à celui qui affirme la chose. Donc là ce serait pour moi déjà une première distinction. Vous pouvez très bien attaquer quelqu'un en raison de son comportement sexuel, sans le disqualifier intellectuellement, alors que le racisme, à mes yeux du moins, implique toujours une disqualification également au niveau intellectuel, car le racisme ne veut pas simplement dire que le membre de la race Y court moins vite que ceux d'une autre race, etc., etc., mais c'est, à mes yeux, une disqualification intellectuelle qui touche à la dignité même de la personne. En ce sens-là, je pense que des propos racistes vont plus loin que des propos homophobes. Maintenant, est-ce qu'il faut interdire

les propos racistes en eux-mêmes ? Là, je pense que les racistes peuvent très facilement se prévaloir alors de l'argument : « Vous n'arrivez pas à argumenter contre nous donc vous nous obligez à nous taire ». Je pense que là aussi il faut essayer de produire un discours qui s'en prend aux propos racistes et essayer de montrer à l'opinion publique que le racisme est faux, qu'on sait qu'il est basé sur des pseudo faits, ce qui revient à le disqualifier intellectuellement d'une certaine manière, à faire en sorte que l'on ne prenne plus au sérieux ces discours qui se basent sur des pseudo faits. Ce serait là mon opinion. Je suis quelqu'un qui accorde une très grande importance à la liberté d'expression, et ma peur est que, si vous ouvrez un peu la porte, eh bien elle sera grande ouverte. Bien entendu, si ces propos racistes prennent la forme de « il faut éliminer tous les membres d'une race X ou Y », dans ce cas-là, oui, là ce n'est plus simplement une affirmation, mais c'est une incitation au meurtre. Là c'est tout à fait autre chose, on est dans un tout autre registre. Mais fondamentalement, si je trouve que le racisme est pire que l'homophobie, c'est parce que je pense que, dans le cas du racisme, on disqualifie l'autre en tant que potentiel partenaire à un discours.

Jörg Gerkrath :

J'avais déjà, tout à l'heure, très envie de répliquer à votre intervention et je dois dire que je trouve ce discours un peu dangereux. Je comprends votre motivation et je crois que nous sommes tous partisans d'une liberté d'expression aussi large que possible. Mais dire que cela devrait donc permettre, si je vous ai bien compris, le droit de nier l'holocauste, le droit de parler d'une différence des races même si on ne disqualifie pas l'autre, le droit de critiquer de manière virulente des personnes homosexuelles, à condition là aussi de ne pas appeler à la haine directement... Je crois que c'est un discours dangereux parce que, à mon avis, ce qui est derrière les droits de l'homme, il y a quand même une conception commune de la dignité humaine.

Tout d'abord – et là je crois que nous sommes tous d'accord – l'idée de la dignité humaine signifie qu'il n'y a pas des races mais qu'il n'y a qu'une race humaine et donc cela ne fait pas de sens de faire des distinctions, ni de couleur, ni d'origine ethnique et ni, je crois, d'orientation sexuelle. L'égalité, qui découle du concept de dignité égale, est effectivement un concept qui évolue – vous l'avez rappelé. Il est vrai également que, il n'y a pas si longtemps, l'opinion prévalant n'accordait pas l'égalité aux femmes par

rapport aux hommes ou des noirs par rapport aux blancs ou des homosexuels par rapport aux hétérosexuels.

Nous avançons dans l'admission de l'égalité et nous reconnaissons aujourd'hui des droits égaux aux couples homosexuels, en tout cas dans un certain nombre d'Etats. Nous admettons le mariage homosexuel et même l'adoption par des couples du même sexe. C'est, à mon avis, une avancée vers une dignité humaine plus complète et tout discours, et notamment le discours négationniste, qui nie cette égalité des hommes, porte atteinte à la dignité humaine et doit être, à mon sens, interdit.

Elisabeth Omes :

Ma question va un peu dans le prolongement des discussions qu'on a maintenant. La liberté d'expression existe et c'est très bien, les limites sont discutées, mais est-ce que les limites dont on discute ne sont pas un peu plus lointaines si la personne qui les fixe n'est pas la cible des propos racistes, sexistes ou autres discriminations ?

Patrick Kinsch :

Il me semble qu'il y a en fait trois modèles des limites à la liberté d'expression, deux grands modèles et un petit modèle – je vise les limites à la liberté d'expression dans les Etats non autoritaires et non totalitaires. Il y a d'une part le modèle américain (auquel j'ai tendance à adhérer moi-même), la liberté d'expression quasiment absolue. Certes, il n'y est pas permis d'inciter des citoyens à la violence immédiate ou de diffamer des personnes purement privées, mais tout le reste est permis – sans que cette permission vaille approbation du contenu des opinions communiquées. Je pense que c'est un premier modèle qu'il faut connaître et qu'il faut apprécier à sa juste valeur (il n'est plus vrai aujourd'hui que les Etats-Unis soient un Etat sans aucun esprit comme celui que Tocqueville pouvait avoir vu en 1830, ainsi que M. Campagna nous l'a rappelé, et ce changement est intervenu grâce à, entre autres, la grande liberté d'expression qui caractérise la société américaine). Les juristes américains estiment que face à un discours désagréable, le remède n'est pas moins de discours, le remède est plus de discours pour qu'on puisse répondre aux discours que l'on rejette. Cela conduit à un exemple jurisprudentiel que je vais vous citer à propos de l'un des partis nazis américains – puisqu'il y a non pas un, mais *plusieurs* partis nazis aux Etats-Unis dont aucun n'est interdit : la American Nazi

Party, la National Socialist Party of America, etc. Alors, ce parti-là avait l'intention d'organiser dans les années 1970 une parade en uniforme nazi à travers une banlieue d'une ville américaine qui était habitée par de nombreux survivants de l'Holocauste. La commune interdit ce genre de parade, le parti va devant les juridictions et il obtient gain de cause parce qu'il faut avoir le droit, même pour défendre des idées qui ne sont défendues par pratiquement personne aux Etats-Unis, même en offensant des victimes de ces mêmes idées qui avaient été mises en œuvre en Allemagne, il faut avoir le droit de manifester ses opinions, quelle que soit la valeur ou l'absence de valeur de celles-ci².

Jörg Gerkrath :

Pourquoi ?

Patrick Kinsch :

Parce que, si on ne le fait pas, on risque de tomber dans un autre modèle. Alors l'autre modèle, c'est le modèle européen.

Marc Elvinger :

Je pense que Me Kinsch n'a dû relater que la jurisprudence...

Patrick Kinsch :

Ah oui, je dois dire que c'est justement ce qui me plaît.

[rires dans la salle]

Comme je l'ai dit, c'est le contraire du modèle européen dans lequel l'expression d'idées proches des « idées » du parti nazi n'est évidemment pas permise. Et la liberté d'expression est vraiment une liberté très peu offensive, il y a des libertés beaucoup plus offensives et plus dangereuses !

² (Référence ajoutée au moment de la relecture du compte rendu des discussions) : Collins v. Smith, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978) : les idées du parti sont « repugnant to the values held generally by residents of this country » mais « ideological tyranny, no matter how worthy its motivation, is forbidden as much to appointed judges as to elected legislators » : p. 1200. Voir aussi Village of Skokie v. National Socialist Party of America, 373 N.E.2d 21 (Ill. 1978).

Venons-en au deuxième modèle, le modèle européen. Il est, lui aussi, un modèle respectable, je ne dirai pas le contraire. Qu'en Allemagne contemporaine, on laisse parader des nazis allemands n'est pas concevable, je suis d'accord. Le modèle européen a quand même l'inconvénient qu'il ne considère comme exprimables que les opinions qui sont *acceptables*. D'après ce que Jörg Gerkrath nous a expliqué, on peut tout dire... à condition que ce soit conforme à l'égalité des hommes et des femmes, des races ou des orientations sexuelles, etc. Je suis pour toutes ces formes d'égalité, mais je ne vois pas pourquoi il faudrait restreindre le droit (des imbéciles, peut-être) à une opinion contraire.

Maintenant, il y a quand même un troisième point, et ce sera le point sur lequel je voudrais poser une question. Il existe un troisième modèle. C'est le modèle luxembourgeois. Au Luxembourg, il existe une tendance – simple tendance certes, et qu'il n'est pas une tendance universelle – de restreindre la liberté d'expression beaucoup plus que ce que permet le modèle européen représenté par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Et cette tendance, on peut la remarquer dans la pratique du Parquet (non dans la pratique des tribunaux parce que les tribunaux disent, actuellement, toujours « non » à ce genre de poursuites). Quelques exemples. D'abord il y a eu les poursuites dans l'affaire Luxleaks contre un journaliste et des lanceurs d'alerte. Ils ont été poursuivis en première instance, poursuivis en deuxième instance, les tribunaux ont dit non en définitive, refusé de condamner³, mais le Parquet a quand même poursuivi... Un autre très bel exemple est l'affaire *Biermann*, du nom d'une personne qui n'a peut-être pas l'habitude de s'exprimer toujours avec grande modération, sagesse et diplomatie et qui avait offensé la communauté juive du Luxembourg en lui reprochant son attitude dans le conflit israélo-palestinien. Le Parquet poursuit Mme Biermann en première instance, il est débouté, le Parquet général poursuit Mme Biermann en deuxième instance, Mme Biermann est encore une fois acquittée. Les tribunaux suivent la ligne européenne⁴, mais le Parquet a visiblement une autre politique.

3 Cour d'appel 15 mars 2017, *JTL* 2017, 82 (acquiescement total du journaliste en application du « fait justificatif du journalisme responsable » et prise en compte du « fait justificatif du lanceur d'alerte » dans l'appréciation de la responsabilité pénale des deux autres prévenus, dont l'un a même été acquitté purement et simplement de la prévention de violation du secret professionnel pourtant a priori constituée; la Cour de cassation, saisie par ce prévenu, devait même estimer que le fait justificatif s'étendait à l'appropriation initiale des documents dont l'intérêt public ne s'était révélé que par la suite : Cass. 11 janvier 2018, n° 3912 du registre).

4 Cour d'appel 9 mars 2011, *JTL* 2011, 79, confirmant le jugement (non publié) du 17 juin

Troisième et dernier exemple, le Parquet général a également la police de la conservation du domaine public relatif à la Cité judiciaire, notamment en ce qui concerne le parvis du Palais de justice. A un certain moment, une manifestation-fleuve prenait deux, trois mois, chaque jour deux personnes y venaient et manifestaient leur mécontentement à l'égard de la justice luxembourgeoise. Le Parquet général a décidé : « *trois mois, c'est assez !* ». Donc il fait usage de son pouvoir de police en interdisant à la poursuite de cette manifestation : trois mois, c'est assez, vous avez suffisamment dit ce que vous aviez à dire. Les manifestants ont saisi la justice administrative qui leur a donné raison⁵.

C'est quand même toute une série de précédents qui me semble montrer que, pour le Parquet, le Luxembourg paraît être dans une situation particulière, autre que le modèle d'Etat et de société que propose la Cour européenne. Il voit la société luxembourgeoise comme une communauté quasi familiale, où tout le monde est censé s'aimer, où tout le monde dit du bien des autres, et en tout cas ne dit pas le mal qu'il pense à tort des autres membres de la communauté, où personne ne pense à manifester déraisonnablement, etc. Qu'est-ce que vous pensez de ce troisième modèle ?

Jörg Gerkrath :

Si je t'ai bien compris, le troisième modèle serait une sorte de modèle de consensus encore que ne suis pas certain qu'il y a vraiment un tel modèle. Tu dis toi-même que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas suivi les tentatives évoquées. Il n'y a que le Parquet qui a voulu pousser dans ce sens, mais cela n'a jamais eu le succès voulu. Donc finalement, pour moi, le Luxembourg reste dans le modèle européen avec toute la différenciation qui est permise par la Cour européenne des droits de l'homme et ne pratique pas une restriction exagérée de la liberté d'expression. Ce n'est pas l'impression, en tous cas, que j'ai.

2010.

⁵ Cour administrative 11 décembre 2012, *JTL* 2013, 107.

Norbert Campagna :

Est-ce qu'on peut revenir à la question : qu'en est-il si la personne qui fixe des limites n'est pas directement visée ? C'est sûr, si on est directement visé ou concerné par la chose, on pourra la voir différemment et on donnera plutôt une réponse personnelle qu'une réponse de principe. Imaginons qu'un Dieu omniscient nous dise : « Ecoute, s'il y a état d'urgence, tu échappes à un attentat. S'il n'y a pas état d'urgence, tu n'échappes pas à l'attentat. Qu'est-ce que tu choisis ? Etat d'urgence ou non ? ». Je suppose que tout le monde qui, actuellement, est contre l'état d'urgence sera pour l'état d'urgence lorsqu'il échappera à un attentat grâce à l'instauration de l'état d'urgence. Au niveau de la discussion de principe, il faut essayer de faire abstraction justement de la question : « Est-ce que je suis visé ou non ? ». Je pense aussi que si quelqu'un disait « Tous les professeurs de philosophie sont des feignants », je ne voudrais pas utiliser une réponse pénale, mais au contraire, j'essaierais de le réfuter, et avec mes arguments, je lui montrerais premièrement que j'ai des arguments et deuxièmement que je ne suis pas fainéant au point de ne pas lui répondre avec des arguments. Et je pense que je suis tout à fait d'accord aussi avec ce qu'a dit Patrick Kirsch. Il faut essayer de produire autant que possible un contre-discours, parce que si vous interdisez un discours, le discours ne sera plus là, mais les idées seront encore là. Et si vous empêchez aux idées de se manifester, vous ne pourrez jamais vraiment les combattre. Vous ne pouvez combattre les idées que si elles s'expriment, si elles s'exposent à la critique et si elles s'exposent au combat. Au fond, il faut laisser les idées s'exprimer et ensuite les combattre avec des arguments. Je pense que ce n'est pas seulement le rôle de l'Etat, c'est le rôle de tous les citoyens. Je ne dis pas tout simplement qu'il faut laisser s'exprimer toutes les opinions. Si je me trouve face à des opinions que j'estime devoir être combattues, eh bien moi-même, je vais les combattre également, c'est-à-dire j'accorde à d'autres personnes le droit de dire ce qu'elles veulent, mais en même temps je m'impose le devoir de produire un contre-discours.

Jean-Lou Siweck :

Revenons effectivement une fois à la question si les limites de la liberté d'expression sont impactées si ceux qui sont concernés par un débat ne font pas partie de la discussion. C'est une discussion qui, dans le milieu de la presse, reste présente dans le sens où on constate que, dans les réactions, la diversité de la population n'est pas nécessairement reflétée. En Allemagne,

il y a une grande discussion sur tout ce qui concerne la représentation dans les rédactions des minorités qu'il peut y avoir dans la société. Il y a à la base une différenciation sociale, c'est-à-dire nous n'avons pas d'ouvriers journalistes. Aujourd'hui, sans au minimum le bac, laissez tomber. En fait, la plupart des journalistes ont un profil très similaire. C'est une critique qui revient régulièrement, que finalement nous nous ressemblons trop en tant que journalistes. Ce n'est pas un constat luxembourgeois, c'est quelque chose que nous retrouvons un peu partout. Par exemple dans le *Wort*, du fait que nous publions largement en allemand, nous n'avons aujourd'hui, me semble-t-il, pas un seul rédacteur d'origine portugaise. Est-ce normal ? Nous avons des questions hommes-femmes, où dans la hiérarchie de la rédaction les femmes sont sous-représentées. Je ne parle même pas des autres critères qui peuvent entrer en jeu. En ce qui concerne la question de Patrick Kirsch, sur le modèle luxembourgeois, c'est très intéressant, et puis il y a bien sûr les exemples entretiens nombreux, des poursuites du Parquet en matière de commentaires sur Facebook. Il y en a beaucoup. Nous trouvons parfois des phrases très courtes, pas très malines souvent, mais on peut s'interroger sur l'énergie qui est mise dans ces poursuites pour des phrases dont on sait parfaitement bien que ce n'est pas la première fois qu'elles sont formulées. Elles sont maintenant formulées par écrit, auparavant elles étaient formulées dans des cercles plus restreints. Faut-il y voir un modèle luxembourgeois ? Il y aura *in fine* la garantie de la Cour de Strasbourg, qui mettra des limites et on retombera sur un modèle européen. Mais cela peut prendre très longtemps et c'est très cher finalement. Par exemple dans l'affaire Thomas, il a fallu constituer un fond de soutien au sein d'une association des journalistes pour financer le recours à Strasbourg. Ce n'est pas donné à tout le monde. Je ne suis pas sûr si les personnes maintenant visées par les procédures en cours pour des commentaires Facebook, par ce qu'on apprend sur ces personnes quand on lit les comptes-rendus de ces procès dans la presse, je ne suis pas sûr s'ils ont tous les moyens pour se permettre cela. Mais on constate en général effectivement une certaine criminalisation de certains débats. Au-delà, il y a aussi la réprimande sociale. Il y a des opinions qui ne sont certes pas poursuivies par le Parquet, mais qui sont néanmoins minoritaires. On a mentionné la question du droit de vote des habitants étrangers. Là, on a vu qu'effectivement il y avait un ressenti dans une partie de la population, qu'on n'avait plus le droit d'être opposé à la proposition de donner le droit de vote aux étrangers et cette interdiction d'opinion était très mal ressentie. D'où venait ce sentiment ? Du fait que les « *opinion leaders* » définissant le discours dominant qui, si on voulait les situer politiquement, sont largement de centre gauche, ils dominent tellement qu'on a l'impression qu'on ne retrouve plus les opinions

qu'on ressent soi-même dans le discours public. C'est le reproche formulé aux médias, en tout cas dans ce débat-là, qu'il ne s'est pas trouvé un des grands médias luxembourgeois à s'opposer à cette idée de droit de vote des étrangers. C'est un reproche notamment formulé par rapport au *Luxemburger Wort* qui, dans un édito, s'était prononcé en faveur. Et on a vu en réaction, le moment où le résultat tombe avec 80% contre, le sentiment de « *maintenant on peut* », « *je ne suis pas dans la minorité* ». Et on a vu des excès de l'autre côté. On a vu des gens dire des choses qu'ils n'auraient sûrement pas osé dire au préalable et qui sont assez surpris quand ils découvrent qu'il y a néanmoins toujours des limites qu'on ne peut pas dépasser. Il y a un réel problème, pas seulement du côté du Parquet, et d'ailleurs je ne sais pas si avant c'était vraiment meilleur, mais nous avons aujourd'hui un problème de débattre ouvertement de certaines questions. Nous avons vu en Allemagne une sorte d'exigence de participer à cette joie de voir ces réfugiés arriver, de se féliciter qu'on les aidait, etc. En même temps il semblait qu'une autre opinion, celle de la crainte par rapport aux réfugiés, celle où dominait l'inquiétude, n'était en fait plus admise, alors qu'elle est ressentie par un nombre très large de personnes. Mais surtout des personnes qui finalement ne sont pas à même à formuler leurs craintes, leurs déceptions dans les termes les plus nuancés, les plus sophistiqués. Ce n'est pas donné à tout le monde. Est-ce que nous ne sommes pas en train de fixer aussi une limite sociale ? Si vous n'avez pas fait au moins quatre ans d'études dans un domaine concerné, vous ne participez pas au débat parce que vous risquez de déraiser. Et là, effectivement, on constate qu'aujourd'hui, certaines opinions sont fortement critiquées, alors qu'il y a trente ans elles étaient courantes. Aujourd'hui, quand on formule certaines de ces idées, le rejet est très fort dans les milieux dans lesquels on évolue. Vous connaissez l'adage, la liberté de presse ne s'use que si on n'en use pas. Donc nous sommes aussi devant la question du courage qui est nécessaire pour, effectivement, faire usage de la liberté d'expression, qui nous est donnée en droit. Et le droit ne répond pas à ces questions-là.

Luc Heuschling :

Ma remarque concerne l'intervention de M. Campagna. Je ne suis point convaincu par votre distinction entre l'homophobie et le racisme. J'ai l'impression que vous avez une vision des citoyens où tout le monde se lève le matin et se dit : « Tiens, qu'est-ce que je peux faire aujourd'hui pour la cité ? Après je vais m'occuper de mes affaires privées, de mes problèmes quotidiens ». Nous savons pertinemment que ce n'est pas la réalité. Donc, poser un système juridique qui serait basé sur l'engagement

quotidien de tous les citoyens, où les citoyens défendraient la démocratie, les droits de l'homme, le bien-être, c'est un modèle utopique construit sur du sable. Qu'est-ce qui vous permet de différencier à tel point le racisme de l'homophobie ? Peut-être certains spécialistes comprendront les subtilités et nuances de votre propos ; pour ma part, j'ai bien peur que, sur internet, votre propos sera compris comme une porte ouverte au gay bashing. Votre propos est loin d'être anodin. Il est bien plus facile de tenir ce genre de propos lorsqu'on n'est pas soi-même concerné. Devoir l'écouter, et devoir en admettre la présence dans l'espace public, lorsqu'on en est la potentielle victime – je me sens un peu visé – est tout autre chose.

Norbert Campagna :

Bon, pour le dernier point, je tiens d'abord à signaler que j'ai publié dans Forum un article en faveur du mariage homosexuel, donc je ne suis pas quelqu'un maintenant qui est lui-même homophobe, bien au contraire. Pour moi, l'homosexualité est une forme de sexualité parfaitement légitime. J'estime également que ces personnes devraient avoir le droit de se marier. Bon, j'ai utilisé le mot homosexuel, j'aurais peut-être dû utiliser un autre mot. Dans ce cas-là, il faudrait me dire lequel. Dans mon livre « La sexualité des handicapés », les handicapés m'ont dit : « Qu'est-ce que cela fait dans le titre ? On n'est pas handicapé, on est des personnes autrement capables » etc., etc. Là on est dans une question de terminologie. Si j'ai offensé quelqu'un en utilisant ici le terme d'homosexuel, je tiens à lui présenter mes excuses. Donnez-moi un autre mot pour la version définitive, je remplacerai chaque occurrence du mot « homosexuel » ou « homosexualité » par cet équivalent. Et je ne veux en aucun cas maintenant donner l'impression que je suis en faveur des discours homophobes. Je suis en faveur du fait que ces discours puissent être tenus et que, en étant tenus, justement, on voit qu'il y a très peu d'arguments qui plaident en leur faveur. Et je ne pense pas non plus qu'une personne qui s'oppose maintenant à l'adoption d'enfants par des couples homosexuels soit nécessairement homophobe ou considère les personnes homosexuelles comme appartenant à une sous-humanité. Il faut voir comment ces personnes présentent leurs arguments et, dans ce cas-là, on pourra faire la distinction : est-ce que ce sont des arguments sur lesquels on peut discuter ? Un argument est celui de la natalité ou de la démographie : si on autorise le mariage de personnes homosexuelles et l'adoption, il y aura une baisse telle de la natalité, que l'humanité disparaîtra. On sait très bien que cela ne tient pas la route et si l'autre dit cela, on doit lui montrer que son argument ne tient pas la route. Par là on lui enlève en quelque sorte l'herbe sous les pieds. Donc,

je pense qu'il faut combattre les arguments par des arguments en montrant que les arguments en question ne valent pas grand-chose. Ensuite, oui, il y a trois reproches qu'on peut me faire : je suis philosophe, je suis républicain, je suis utopique. Locke, à son époque, était aussi un peu utopique en imaginant une société libérale. Nous vivons aujourd'hui dans une société libérale. C'est clair, le philosophe se déconnecte parfois de la réalité, mais est-ce que ce n'est pas parfois nécessaire de se déconnecter de la réalité afin d'aborder les questions aussi à partir d'un point de vue plus principal. Après, bien entendu, il faudra voir comment on va appliquer cela à la réalité ? Je ne dis pas maintenant que le régime juridique que l'on doit appliquer ici au Luxembourg doit correspondre à cent pour cent à ce que je dis. J'essaie de formuler et de défendre des principes et après il s'agit de voir comment on peut appliquer ces principes à la réalité. Ensuite, oui, je suis républicain au sens où j'estime que nous avons des devoirs vis-à-vis de la communauté politique dans laquelle nous vivons et que, si nous nous désintéressons entièrement de la chose publique, eh bien dans ce cas-là, nous n'aurons plus les libertés dont nous profitons actuellement de nous désintéresser de la chose publique. Je suis un lecteur de Benjamin Constant, mais j'ai lu son discours sur la liberté des Anciens et des Modernes jusqu'à la fin. Et, à la fin, il dit très clairement que la liberté des Modernes de se désintéresser de la chose publique, c'est une très bonne chose, mais si on se désintéresse entièrement, on perdra à la fois la liberté des Anciens et la liberté des Modernes. Donc en ce sens-là, j'estime que le fait d'en appeler à produire des contre-discours est un rappel qu'il ne faut pas se désintéresser entièrement de la chose publique. Distinction homophobie – racisme, bon, c'est sûr, on peut discuter, est-ce que finalement ce n'est pas quand même la chose. Mais je ne pense pas que quelqu'un qui est homophobe, dise automatiquement que les personnes homosexuelles appartiennent à une sous-humanité. Il faudrait ici définir l'homophobie. Phobie signifie tout simplement « avoir peur de », cela ne signifie pas encore « éprouver des sentiments de haine envers ». Il faudra voir pourquoi est-ce que certaines personnes ont peur de l'homosexualité. Moi, je n'en ai pas peur et je n'ai aucun problème à vivre dans une société où des personnes homosexuelles vivent leur sexualité comme elles l'entendent. Mais je dis que si vous ne permettez pas au discours homophobe de s'exprimer, vous ne saurez absolument pas où se situe exactement le problème. Et si vous ne savez pas où se situe exactement le problème, vous ne saurez pas comment résoudre le problème. En ce sens-là, ce n'est que si le discours peut s'exprimer que vous pourrez faire cesser le discours définitivement. Parce que si vous appliquez le droit pénal, vous traitez le symptôme, vous ne traitez

pas la maladie. La maladie ne peut se traiter que si vous accédez à la source même du problème et cela, vous ne pouvez le faire que si le patient parle.

Luc Heuschling :

Et vous appliquez la même solution pour le racisme ?

Norbert Campagna :

Pour le racisme également, dans la mesure toutefois où ce n'est pas un appel ouvert à la haine. Le racisme est au fond une sorte de xénophobie poussée à l'extrême. Le simple xénophobe, c'est celui qui a peur de l'étranger, mais qui ne doit pas nécessairement dire que l'étranger appartient à une sous-humanité, donc le xénophobe, c'est celui qui a peur. Pourquoi est-ce qu'il a peur de l'étranger ? Là, il faudrait voir, analyser qu'elles sont les images qu'il a de l'étranger. Le raciste au sens fort du terme énonce une thèse qu'il prétend être scientifique, mais qui ne l'est absolument pas, parce qu'elle repose sur des pseudo-faits. La xénophobie peut se traiter si on arrive à voir quelles sont les causes qui poussent à avoir peur de l'étranger et cela ne peut se faire que si on laisse parler l'autre. Le raciste, lui, on sait très bien ce qu'il dit, on sait très bien ce que sont ses arguments, mais on sait très bien que ses arguments ne valent rien, et cela il faut le dire ouvertement alors. Mais si on lui interdit de parler, le raciste dira : « Vous n'avez pas d'arguments à m'opposer, vous avez la massue du droit pénal à m'opposer ». Et je pense qu'il faut aussi essayer de l'empêcher justement de venir avec ce type d'arguments-là.

André Prüm :

Nos échanges sur la liberté d'expression ont été particulièrement riches et animés. Ils montrent que notre section reste une plateforme idéale pour des discussions stimulantes et constructives.

Un très grand merci à Norbert Campagna d'avoir organisé cette table ronde, à nos trois rapporteurs et à tous les membres qui ont participé activement à nos débats.

[Applaudissements]

Séance du 26 octobre 2017

LE DROIT COMMUN ET L'AVENIR DU DROIT LUXEMBOURGEOIS

par

Patrick Kinsch

Patrick Kinsch est membre de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal depuis 1991. Né en 1962, il est avocat au barreau de Luxembourg. Il est également professeur à l'Université du Luxembourg.



Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois

Le droit commun est un ensemble de règles ordinaires, censées être équilibrées, qui évite le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges. En droit privé, c'est (pour faire bref et un peu inexact) le droit du Code civil ; au-delà du droit civil, il existe du droit commun dans toutes les branches du droit, même en droit fiscal. Ne sous-estimons pas le droit commun ; il est précieux.

Mais a-t-il un véritable avenir au Luxembourg ? Il a quelques alliés, il est vrai : le contrôle de la constitutionnalité des lois, et le contrôle des clauses abusives dans les contrats. Deux puissants facteurs jouent cependant contre lui : 1° le manque, paradoxal mais réel, de ressources qui permettraient de faire évoluer le droit commun, en particulier sur le plan législatif ; 2° le souhait de le remplacer par du droit dérogatoire (et compétitif dans le marché international des normes), qui n'a aucune des caractéristiques, rappelées ci-dessus, du droit commun.

1. **Thèmes de la conférence.** Cette conférence sera divisée en trois parties.

La première partie est une partie introductive et s'interroge sur le *sens* de la notion de droit commun et sur son histoire. Cette partie est développée, il faut l'avouer, essentiellement pour faire plaisir à l'auteur de la conférence. La deuxième partie est la partie à proprement parler juridique, destinée aux juristes, qui montrera que la volonté de défendre le droit commun n'est pas une passion personnelle au conférencier, mais correspond à des principes juridiquement obligatoires, des principes que l'on peut certes vouloir méconnaître mais dont la méconnaissance est contraire au droit. La troisième partie, consacrée aux faiblesses du droit commun spécifiques au Luxembourg, devait être incluse, étant donné que ceci est une conférence devant la Section des sciences morales et politiques. Ce sera donc la partie morale et politique.

I. — Que signifie la notion de « droit commun » ?

2. **Polysémie de la notion de droit commun.** Le « droit commun » n'est pas une notion univoque. Il faudra choisir entre ses différentes significations, en fonction de ce qui semblera particulièrement important. Pour vous donner une impression de la polysémie de la notion de droit commun, voici le

début d'une thèse récemment parue, la thèse de Nicolas Balat, *Essai sur le droit commun* :

« Chacun se fait intuitivement une certaine idée de ce qu'est le droit commun. La confrontation des intuitions révèle toutefois des approches variables : est-ce le droit civil ? Le droit privé ? Le droit des obligations ? Le droit romain ? Le droit naturel ? Le droit international ? Le droit européen ? Les principes ? Les règles générales ? Le droit résiduel ? La liste est incomplète et pourtant déjà longue »¹.

Voici quelques-uns des sens de la notion de droit commun. Le droit commun s'oppose ainsi au droit particulier ou au droit local – non pas au Luxembourg, mais par exemple en France, et cette opposition entre droit commun national et droit local est un thème important de la thèse de Nicolas Balat. Ou alors : le droit commun peut être pris au sens de *ius commune*, de caractère supranational, s'opposant au droit particulier qui peut être soit un droit local, soit le droit national.

Ce dernier thème est lui aussi intéressant, d'abord sous l'angle de l'histoire du droit : la réception du droit romain (le *jus commune* historique) dans les pays européens à partir du Moyen Âge a été un moyen de perfectionnement technique du droit, qui devenait ou redevenait objet de science. Elle a également été un moyen pour les juristes d'acquérir une position de puissance² – leur concours, fondé sur le capital symbolique inhérent à la maîtrise d'un droit scientifique, devenait désormais indispensable à l'administration de la communauté –, position de puissance qu'ils n'ont depuis lors plus jamais lâchée. Ou alors on préférera citer les efforts doctrinaux actuels de création d'un nouveau *ius commune europeanum*, composé par exemple des « Principes européens du droit des contrats »³, initiative intellectuelle importante dont les promoteurs espèrent que les Principes seront un jour transformés en un chapitre d'un futur code civil européen unifié ; il reste à voir si la création d'un code civil européen a des chances de se réaliser

1 N. Balat, *Essai sur le droit commun*, Paris, LGDJ, 2016, n° 1.

2 Voir U. Wesel, *Geschichte des Rechts*, 4^e éd., Munich, C.H. Beck, 2014, p. 336-337.

3 *Principles of European Contract Law*, parts I and II (O. Lando et H. Beale, dir.), La Haye, Kluwer, 2000 ; part III (O. Lando, E. Clive, A. Prüm et R. Zimmermann, dir.), La Haye, Kluwer, 2003 ; *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, Paris, SLC, 2003. D'autres initiatives en matière de (re-)création d'un *jus commune* européen existent. — Sur les liens entre les formes historiques et contemporaines du *jus commune*, voir F. Zenati-Castaing, « La nature savante du droit commun », *Rev. int. dr. comp.* 2016, p. 577.

(pour l'instant, ces chances sont objectivement nulles, mais après tout la situation peut changer à l'avenir). Ce ne sera pas le thème de la conférence.

Ou alors, autre sens très technique de notion de droit commun, l'opposition entre les règles du droit commun et les règles de droit spécial dans les différentes matières du droit⁴ : au droit commun des contrats s'oppose le droit des contrats spéciaux, au droit commun des sûretés s'oppose le droit spécial des sûretés, etc. Cet autre sens ne nous arrêtera pas non plus ici, ce qui ne signifie pas que l'étude du droit commun ainsi compris soit dépourvue d'intérêt ; mais cet intérêt est de nature purement technique.

Enfin, le droit commun s'oppose au droit dérogatoire⁵, et c'est cette opposition que je me propose d'approfondir quelque peu ici, par rapport à la situation particulière du droit luxembourgeois.

3. Droit commun et droit dérogatoire. Nous poserons que le droit commun (au sens de cette conférence) se caractérise comme suit : il est (1) un ensemble de règles, (2) formant un système orienté autour de principes cohérents, (3) qui respecte l'égalité des sujets de droit et vise à réaliser un équilibre entre leurs droits et intérêts, (4) 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. Ce dernier élément est assez subjectif, mais (du moins faut-il l'espérer) non excentrique : il reflète la préférence pour un droit commun moderne, par opposition à un droit commun traditionaliste.

Il faut souligner l'importance du droit commun, et ce sous deux rapports : d'une part, le droit commun est comme l'âme juridique de la Nation, une âme dans un sens plus proche de la lutherie que de la métaphysique ; une nation qui ne fait rien pour son droit commun est une nation qui se désintéresse du sort d'une partie importante de son identité culturelle. Ce qui n'est pas souhaitable, alors même que par ailleurs cette même nation investirait beaucoup dans des aspects particuliers de son ordre juridique, y compris des aspects utiles pour son développement économique.

⁴ C'est l'autre grand thème de la thèse de N. Balat, précitée.

⁵ Cf. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960, n° 155, sous la rubrique « Le droit commun comme notion systématique » : « Le droit commun, c'est le fonds traditionnel et général de notre ordre juridique. ... L'application du droit commun reste toujours le principe. Le droit commun s'étend, alors que le droit d'exception, le droit exorbitant, se trouve limité ».

Et d'autre part, le droit commun correspond (comme on aura pu le voir à partir de la définition qui précède) à un idéal de justice. On ne peut pas se passer – et surtout pas si on est juriste – de la recherche de la justice. Voilà donc d'excellentes raisons d'aimer le droit commun.

4. Une brève histoire du droit commun. Le droit civil. On commercera par le droit civil, qui représente non pas l'intégralité du droit commun – cette vision est celle de nostalgiques de l'éminence scientifique du droit civil⁶, et méconnaît l'importance et l'originalité qu'ont prises au vingtième siècle les autres branches du droit –, mais néanmoins une matière fondamentale dans le cadre de la définition du droit commun sur laquelle nous nous appuyons. Commençons par cette citation extraite de l'*Essai sur les privilèges* de Sièyes, publié en 1788 :

« Ce qui constitue le privilège est d'être hors du droit commun »⁷.

Cette phrase est une condamnation, du point de vue juridique, de la société, reconnue comme étant une société inégalitaire, de l'Ancien Régime. L'Ancien Régime considérait comme naturelle la division de la société en plusieurs ordres, et l'inégalité des droits et devoirs de leurs membres. C'était vrai non seulement en droit fiscal, au détriment des membres du tiers état, mais aussi en droit privé, notamment des successions : la *Jurisprudence générale Dalloz*, encyclopédie du droit français de la première moitié du dix-neuvième siècle, nous apprend ainsi que sous l'Ancien Régime

« Les biens *nobles* étaient dévolus en général à l'ainé des mâles, pour la majeure partie, et quelquefois même en totalité. Les immeubles *roturiers* se partageaient ordinairement par portions égales ; certaines coutumes cependant autorisaient sur ces biens l'exercice du droit d'aînesse »⁸.

C'est la Révolution française qui a apporté sur ce point (et sur d'autres) des idées nouvelles en Europe :

« Au nom de l'égalité, on abolit, dans le *partage* des successions, toutes ces distinctions d'âge et de sexe, si contraires au vœu de la nature, si

⁶ Pour l'exposé et la critique de ces vues, voir N. Balat, *op. cit.*, n°s 104-112.

⁷ P. 2 de l'édition originale : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k416867/f5.image>.

⁸ V° *Succession* (tome 41, 1856), n° 18.

propres à relâcher les liens de famille. – Dès le 15 mars 1790, la loi portant suppression des droits féodaux, supprimait en même temps (art. 11) “les droits d’aînesse et de masculinité, à l’égard des fiefs, domaines et alleux nobles,” et ordonnait le partage de toutes successions “sans égard à l’ancienne qualité noble des biens et des personnes.” – Une autre loi, des 8-15 avril 1791, abolit aussi “toute inégalité résultant des qualités d’aîné ou de puîné, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières” »⁹.

Notons que le même volume de la *Jurisprudence générale*, publié en 1856, montre une frilosité certaine à l’égard d’une autre réforme de 1793, sur laquelle le législateur français était entre-temps revenu, mais qui nous paraît aujourd’hui parfaitement normale :

« La convention porta plus loin encore le principe d’égalité entre les enfants. Par une fâcheuse assimilation, contraire aux mœurs et à la dignité du mariage, elle appelait par égale portion les enfants naturels et les enfants légitimes, à la succession de leurs père et mère, et même, rétroactivement, aux successions ouvertes depuis le 14 juill. 1789 (décrets des 4 juin 1793, et 12 brum. an 2) »¹⁰.

Les Luxembourgeois furent bénéficiaires de ces idées neuves comme les autres habitants des départements réunis à la France, à partir de 1795, au moment de l’introduction du droit français sous le Directoire.

5. Le Code civil. La révolution engendra, en réaction, une dictature militaire, celle du premier consul Bonaparte, qui deviendrait l’empereur Napoléon. Le Code civil fut promulgué en 1804. Napoléon était particulièrement fier de l’introduction du Code ; en exil à Sainte-Hélène, il aurait dit :

9 *Ibid.*, n° 20.

10 *Ibid.* L’égalité de statut entre enfants naturels et enfants légitimes a dû être affirmée au vingtième siècle par la Cour européenne des droits de l’homme contre les réticences des ordres juridiques belges et français : arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31, et (s’agissant de la discrimination existant à l’époque en vertu du Code civil français au détriment des enfants adultérins) l’arrêt du 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000 II. Au Luxembourg, la jurisprudence *Marckx* a été suivie par Cass. 17 janvier 1985, reproduit in A. Spielmann, A. Weitzel et D. Spielmann, *La Convention européenne des droits de l’homme et le droit luxembourgeois*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 320 et s.

« Ma vraie gloire, ce 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 »¹¹.

Il existe toute une iconographie de l’époque, qui reprend naïvement les mêmes thèmes : une image d’Epinal montre Napoléon, en habit militaire, qui « dicte lui-même ce code immortel », pendant qu’un conseiller (Portalis ?) note diligemment le texte du code sous sa dictée ; ou ce tableau allégorique de Jean-Baptiste Mauzaisse datant de 1833, qui montre *Napoléon I^{er}, couronné par le Temps, écrit le Code Civil*. Ou encore cette image-ci, plus domestique – Napoléon Bonaparte présentant le code civil à l’impératrice Joséphine – qui montre tout le talent pédagogique de l’Empereur expliquant à l’Impératrice la valeur de ce monument du droit commun :



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

« Code Napoléon. Sa Majesté l’Empereur et Roi montre à l’Impératrice-Reine les articles du Code civil, qu’il vient de terminer ».
Estampe de François-Anne David, 1807

11 *Récits de la captivité de l’Empereur Napoléon à Sainte-Hélène* (Paris, 1847), cités par J.-L. Halpérin, « L’histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs*, n° 107 (2003), *Le code civil*, p. 11.

6. *Le contenu du Code civil* mérite qu'on s'y arrête un instant. Voici le plan du Code civil luxembourgeois actuel, presque identique à celui du Code civil de 1804 :

*Titre préliminaire – De la publication, des effets et de l'application des lois en général (Art. 1 à 6-1)*¹²

Livre I^{er} – Des personnes (Art. 7 à 515)

Livre II – Des biens et des différentes modifications de la propriété (Art. 516 à 710)

Livre III – Des différentes manières dont on acquiert la propriété (Art. 711 à 2281)

On pourrait consacrer de longs développements à chacune de ces parties, mais bornons-nous à ceci. Le titre « Des personnes » est celui dont l'évolution a été la plus profonde depuis 1804. En 1804, le Code civil était en réalité (les contestations étaient rares à l'époque, et inexistantes dans la littérature juridique) un droit profondément inégalitaire, affirmant l'autorité paternelle, réduisant à l'obéissance les épouses et les enfants, restreignant le divorce et privilégiant la filiation légitime pour contrarier le « relâchement actuel des mœurs »¹³. Sur ce point, notre conception d'un droit commun fondé sur l'égalité des sujets de droit est une autre conception.

Parmi les « différentes manières dont on acquiert la propriété », deux sont particulièrement importantes : l'héritage – d'où l'importance du titre *Des successions* – et le contrat, institution fondamentale d'une économie désormais fondée sur la liberté d'entreprendre. En principe, tant les successions que les contrats sont réglementés par le Code civil de manière égalitaire, assurant l'égalité formelle des sujets de droit.

En confirmant le principe du partage égal des successions, prioritairement entre les enfants du défunt, le Code civil a (malgré la discrimination napoléonienne au détriment des enfants naturels) apporté une contribution

12 L'article 6-1 (prohibition de l'abus de droit) est un ajout, datant de la loi du 2 juillet 1987, au plan originaire du Code, dans lequel le titre préliminaire s'arrêtait à l'article 6 (ordre public et bonnes mœurs).

13 J.-L. Halpérin, « Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution) », in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials, dir.), Paris, PUF, 2003, spéc. p. 203.

décisive à l'évolution des idées et des pratiques ; en prévoyant le caractère légalement obligatoire de la réserve héréditaire (dans le titre *Des donations entre vifs et des testaments*, article 913), le Code civil a veillé en même temps à ce que le nouvel ordre des successions soit effectivement respecté, et à ce que le droit inégalitaire des successions caractéristique de l'Ancien régime ne puisse pas survivre, du fait de l'autonomie de la volonté des testateurs ou des auteurs de donations, à son abolition lors de la Révolution française. Pour ce qui était du droit des contrats, ou plus largement du droit des obligations, le Code civil a créé un système cohérent et en principe respectueux de l'égalité formelle des sujets de droit, qui pouvait en même temps être véritablement l'armature juridique d'une économie désormais capitaliste.

7. *Un échec du Code civil.* Sur un point – un seul peut-être¹⁴ – les auteurs du Code civil ont échoué à réaliser, dans le droit des obligations, un ordre égalitaire sur le plan formel. Il s'agit du droit du travail qui a été réglé par le Code civil, en deux articles seulement, faisant partie de la section *Du louage des domestiques et ouvriers*.

L'article 1780 formule une règle qui reste essentielle, puisqu'elle permet de distinguer entre un contrat de travail et un arrangement de servage : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». En revanche le second article, l'article 1781, a fini par être abrogé, en 1868 en France et en 1885 au Luxembourg :

« Le maître est cru sur son affirmation,

pour la quotité des gages,

pour le paiement du salaire de l'année échue,

et pour les à-comptes donnés pour l'année courante ».

14 Avec un point d'interrogation en ce qui concerne un aspect, peu important, de la réglementation du contrat de bail, l'article 1716 (« Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré »).

Mais dès avant son abrogation, il était reconnu que l'article 1781 était un texte « exorbitant du droit commun »¹⁵. Et la section *Du louage des domestiques et ouvriers* avec son renvoi pur et simple au régime contractuel constituait, de toute manière, une réglementation inadéquate des relations de travail¹⁶.

Ceci montre que l'équilibre trouvé, à un moment déterminé, entre les droits et intérêts des différentes catégories de sujets de droit n'est pas nécessairement destiné à se maintenir indéfiniment. Un autre droit commun peut venir remplacer ou compléter le droit commun d'abord existant, et c'est ce qui s'est passé en droit des obligations, où le développement de l'Etat social (au sens large) a entraîné une modification des missions de l'Etat à l'égard des relations contractuelles de droit privé.

Selon la conception qui avait cours au dix-neuvième siècle, le législateur et la jurisprudence devaient se soucier de l'égalité *formelle* des parties au contrat, et d'une idée *abstraite* de justice contractuelle. Ils étaient ainsi amenés à négliger l'inégalité de fait qui existait, dès cette époque, entre salariés et employeurs, et qui commençait à exister, avec le développement des techniques commerciales modernes, entre assurés et assureurs, ou entre consommateurs et professionnels¹⁷.

La transformation eut lieu sous différentes influences. L'introduction de la protection des travailleurs à partir de la fin du dix-neuvième siècle est due à l'importance des mouvements sociaux et à l'appréhension qu'elle pouvait engendrer auprès des gouvernants, puis à la démocratisation des Etats occidentaux par la généralisation du suffrage universel. La protection

15 *Jurispr. gén. Dalloz*, v° *Louage d'ouvrage et d'industrie* (tome 30, 1853), n° 36. Ou alors une disposition « contraire au principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi », comme l'écrit P. Ruppert, « Modifications apportées au Code civil dans le Grand-Duché de Luxembourg (1804-1904) », in *Le Code civil 1804-1904 – Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, t. II, 1904, p. 801.

16 J.-L. Putz, *Aux origines du droit du travail*, tome I : *La loi, les libertés et les acteurs*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2014, n° 22.

17 Voir le récit classique de P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979 (pour une survivance de l'attitude judiciaire ancienne au cours de l'entre-deux-guerres, on pourra se référer au cas de lord justice Scrutton mentionné dans cet ouvrage à la p. 664 : ayant fait toute sa carrière au barreau commercial, « he was certainly not the kind of man who would have signed a document without reading it, and he had no sympathy with the consumer who did so »). – Voir aussi J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, pp. 438 ss. (le contrat comme « lieu d'inscription du pouvoir »).

systematique des consommateurs sur le plan législatif est plus récente; c'est à la fin des années 1960 que les premières législations « consuméristes » modernes ont été promulguées ; et entre-temps, comme on le sait, la protection des consommateurs a donné lieu à une intense activité législative au niveau national et aussi, en Europe, au niveau de l'Union européenne.

La protection des locataires dans le droit des baux d'habitation et dans le droit des baux commerciaux constitue un autre trait permanent du droit civil à partir du vingtième siècle. S'y est ajouté, en fonction des époques (plus ou moins dirigistes), un encadrement administratif des activités professionnelles.

8. Le droit commun, un droit réactionnaire ? Georges Ripert et les autres nostalgiques de l'« égalité civile ». Cette évolution a appelé, au cours des années 1930 et 1940, une véritable réaction des tenants du « droit commun ». Cet épisode mérite qu'on s'y arrête un instant. Certains, parmi les civilistes les plus illustres des années 1930, ont consacré leurs talents à la défense nostalgique de l'équilibre ancien du droit des obligations, qui était à leurs yeux le garant indispensable de la véritable égalité (abstraite) entre les sujets de droit, à l'opposé des tendances sociales modernes. Prenons cette citation, due à Georges Ripert, qui écrit en 1936 :

« la législation moderne contient des règles qui ne sont applicables qu'à quelques-uns, sans qu'on les juge contraires au principe d'égalité. ... Toutes ces lois semblent contraires au principe de l'égalité civile. Elles sont pourtant imposées au nom de l'égalité sociale. La législation de classe reparaît, mais comme la classe n'est pas déterminée par la naissance, comme le privilège est accordé à beaucoup, comme le législateur se propose de niveler et non d'élever, la mystique démocratique baptise égalitaires ces lois qui ont cessé de l'être »¹⁸.

18 G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936 (2^e éd., 1948), n° 58, p. 102, plus en détail au dernier chapitre du livre, « La législation de classe », n°s 198 et s., p. 365 et s. Dans la dernière section de ce chapitre, « L'abandon du droit commun », il exprime une certaine sympathie pour des lois de réforme sociale (n° 224, p. 414 : « sur plus d'un point notre législation actuelle a vraiment amélioré notre régime civil »), mais il regrette que le régime démocratique aboutisse « en fait à la tyrannie politique de ceux qui représentent la force du nombre », et que la dictature ne soit pas une solution non plus, car « elle aggrave le mal de la toute-puissance politique pour régler les relations entre les hommes, et souvent est obligée pour se maintenir de satisfaire autant d'intérêts qu'un Parlement » (p. 415). C'est vraiment déplorable :

Qui était Georges Ripert ? Un personnage familier à tous les juristes, qui reste investi d'un prestige important : coordonnateur du Planiol et Ripert (*Traité pratique de droit civil français*, en 14 volumes, première édition parue dans les années 1920-1930 et seconde édition parue dans les années 1950), auteur d'un *Traité de droit maritime* en plusieurs volumes, et d'un *Traité élémentaire de droit commercial* qui reste toujours réédité dans des éditions mises à jour (« Ripert et Roblot », actuellement *Traité de droit des affaires* publié par Louis Vogel et autres). Une phrase de la préface à la première édition du *Traité élémentaire de droit commercial* de 1947, longtemps réimprimée dans les éditions ultérieures de l'ouvrage, m'a personnellement semblée mystérieuse au moment où je l'ai lue la première fois :

« Bien que ce traité ait été préparé par un enseignement de plusieurs années à la Faculté de Paris, il m'a coûté des mois de travail. Je ne saurais me plaindre que les événements les plus inattendus m'aient donné le temps nécessaire pour l'achever, puisque ces mois ont ainsi passé rapidement dans l'espérance que cette œuvre pourrait être utile au bon renom de la science française »¹⁹.

Quels étaient donc ces événements inattendus ? Tout simplement le fait que Ripert se trouvait, de 1944 à 1947, soumis à une procédure d'épuration : il avait participé (avec d'autres) à l'édification juridique de l'Etat français à partir de 1940 et avait même accepté, pendant une brève période, la fonction de secrétaire d'Etat à l'Instruction publique et à la Jeunesse²⁰.

C'est donc Ripert qui a lancé, à la fin des années 1930, la mode de la dénonciation des tendances sociales en droit civil : l'un de ses articles s'intitule « Le droit de ne pas payer ses dettes »²¹, des livres, consacrés en substance à un même thème, portent les titres *Le régime démocratique et le droit civil*

« Le droit civil ne saurait être dans la dépendance du pouvoir politique d'un jour, voilà l'idée qui devrait s'imposer à la démocratie comme elle s'était imposée à l'ancienne Royauté. Qui touche à ce droit touche à l'ordre dans la vie privée des hommes, c'est-à-dire à la civilisation même » (*ibid.*).

19 « Préface de la première édition », ici citée d'après la 11^e éd., par R. Roblot, Paris, LGDJ, 1983, p. ix.

20 J.-L. Halpérin, « Ripert (Georges) », in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)* (P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, dir.), Paris, PUF, 2007, p. 669 ; voir surtout, sur le rôle de Ripert sous le régime de Vichy, F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, Paris, CNRS Editions, 2013, p. 202-215.

21 D.H. 1936, p. 57.

*moderne*²² et *Le déclin du droit : Etudes sur la législation contemporaine*²³. Toutes ces contributions répètent, toujours dans le même style à la fois dur et stylistiquement brillant, les mêmes idées. Sous l'impression de Ripert, Louis Josserand, aux idées pourtant souvent opposées à celles de Ripert, lui donne raison en l'occurrence dans un article à l'intitulé dépourvu d'ambiguïté, publié en 1937 : « Sur la reconstitution d'un droit de classe »²⁴. Jean Dabin, représentant d'un conservatisme catholique parmi les juristes belges, fait paraître un an après, en 1938, « Le droit de classe et le droit commun. Quelques réflexions critiques »²⁵, qui reprend lui aussi les idées de Ripert. Enfin, au Luxembourg, les mêmes idées se trouvent reprises à l'identique dans les *Mélanges de droit luxembourgeois* de Léon Metzler, un ouvrage publié en 1949 mais dont le passage pertinent date de 1939²⁶.

La présence de Léon Metzler parmi ces *laudatores temporis acti* étonne un peu à première vue, puisque Metzler bénéficie jusqu'à nos jours d'une très bonne réputation, du moins parmi les spécialistes luxembourgeois du droit des sociétés : selon Alain Steichen, il aurait été un « grand juriste luxembourgeois »²⁷ ; il aurait même été, comme l'a récemment écrit Franz Fayot, un « libéral social »²⁸. Comment un libéral social peut-il se retrouver dans cette galerie d'auteurs réactionnaires ? En fait, Léon Metzler semble avoir été un excellent praticien luxembourgeois qui aimait écrire et publier des articles et des livres, mais qui n'était pas l'égal sur le plan de la réflexion théorique de Georges Ripert (ni de Louis Josserand ou de Jean Dabin) et qui, ébloui par le style et par le panache du maître parisien, en a reproduit les idées qui étaient à la mode en 1939, mais qui ne méritaient pas de l'être.

9. La protection des parties faibles aux contrats, élément du droit commun contemporain. Les solutions, protectrices des catégories de parties faibles structurellement faibles aux contrats, qui caractérisent le droit contemporain sont devenues entre-temps une partie intégrante du droit commun, à côté des règles qui s'appliquent de manière formellement égalitaire entre les parties au contrat, et qui seront seules à s'appliquer aux contrats entre

22 *Op. cit. supra*, note 18.

23 Paris, LGDJ, 1949.

24 D.H. 1937, p. 1.

25 *Mélanges Edouard Lambert*, Paris, Sirey et LGDJ, vol. III, 1938, p. 66.

26 Bruxelles, Bruylant et Luxembourg, Belfort, 1949, p. 245-247.

27 A. Steichen, *Précis de droit des sociétés*, 5^e éd., Luxembourg, Saint-Paul, 2017, n° 14.

28 F. Fayot, « Une réforme marquée par son époque », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés* (A. Prüm., dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 163.

véritables égaux²⁹. Il s'agira, dans le cas des salariés comme dans le cas des consommateurs, de compenser une inégalité structurelle qui est typique de certaines catégories de contrats et de réagir, comme l'affirme la jurisprudence européenne en matière de protection des consommateurs, à la « situation d'infériorité » d'une catégorie de contractants, « en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information »³⁰.

Du moins en ce qui concerne la protection, en droit privé, des deux principales catégories de parties faibles que sont les salariés et les consommateurs, cette présentation des raisons de leur protection est suffisamment générale pour pouvoir être acceptée tant par les tenants d'une approche sociale du droit des contrats que par les tenants d'une approche néolibérale (ce dernier terme étant ici employé dans un sens scientifique et non dans un sens polémique). Simplement, la pondération sera différente : le néolibéralisme mettra l'accent moins sur l'*inégalité en termes de pouvoir* que sur l'*asymétrie en termes d'information* (d'où une différence dans les nuances de l'approche protectrice, spécialement pour les consommateurs).

10. Le droit commun en dehors du Code civil. Droit privé et droit public. Les particularités du droit fiscal. Même en droit privé, il existe du droit commun non intégré dans le Code civil, par exemple la réglementation du droit d'auteur (droit de la propriété littéraire et artistique) actuellement contenue dans une loi du 18 avril 2001³¹, ou le vaste domaine du droit commercial ou du droit du travail. Par ailleurs, la réglementation de la procédure civile est elle aussi une partie indispensable d'un droit commun efficace. Le droit pénal, et le droit administratif général, sont deux matières qui relèvent du droit public, mais aussi du droit commun.

29 Voir, à propos de la protection des salariés, l'opinion d'A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen* (A. Wijffels, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 et s., spéc. p. 47-48 : « le droit social (entendu au sens français du droit du travail et de la sécurité sociale) ne peut plus être conçu comme un droit spécial, dérogeant au droit commun des contrats. Il est devenu le droit commun des rapports de dépendance et influence à ce titre le droit civil dont il est issu ».

30 Jurisprudence constante, à partir des arrêts du 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, C-240/98 à C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, point 25, et du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, point 25. Les arrêts ajoutent que cette situation d'infériorité du consommateur « le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci ».

31 Nous retrouverons cette loi à propos des dérogations au droit commun, *infra*, n° 36, 2°.

Et jusqu'en droit fiscal, l'idée de droit commun est importante et indispensable. Un droit fiscal digne de ce nom n'est pas cet assemblage de solutions disparates, plus ou moins favorables à telle ou telle catégorie sociale, truffée de règles dérogatoires et dépourvue d'esprit de système que le droit fiscal réellement existant est parfois³², mais qu'il ne devrait pas être. Les défauts de ce type de système fiscal sont des déviations par rapport à un droit fiscal systématique³³. Cela dit, pas plus (mais pas moins non plus) qu'une autre branche du droit, le système de droit fiscal n'est un domaine réservé à la recherche scientifique ; il s'accommode d'une marge d'appréciation – et même d'une ample marge d'appréciation – au profit du législateur et au profit du débat démocratique. Il peut ainsi exister une discussion sur la question de savoir si l'impôt sur le revenu doit être progressif ou non³⁴. Pour situer l'ordre juridique luxembourgeois par rapport aux systèmes de droit fiscal français et allemand, on peut avoir égard d'abord à la solution française, telle qu'elle résulte d'une décision du Conseil constitutionnel du 21 juin 1993 :

« Considérant qu'en vertu de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la contribution commune aux charges de la Nation "doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés" ; que, conformément à l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives des contribuables ;

...

qu'en l'espèce, la déduction opérée par la loi, qui est au demeurant partielle et limitée dans son montant par un mécanisme de plafonnement, ne remet pas en cause le caractère progressif du montant de l'imposition globale du revenu des personnes physiques ; qu'elle ne saurait, par

32 Voir A. Steichen, *Manuel de droit fiscal*, 5^e éd., Luxembourg, Saint-Paul, 2015, n° 260.

33 Voir surtout K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, 2^e éd., Cologne, Otto Schmidt, t. I, 2000, t. II, 2003 et t. III, 2012.

34 Voir A. Steichen, *Manuel de droit fiscal*, *op. cit.*, n° 79, où l'auteur présente des arguments de type hayekien contre la progressivité de l'impôt ; n° 290 *in fine*, où son argumentation se fait alarmiste (l'impôt fortement progressif est identifié à « la poursuite de l'égalité à tout prix [qui] devient ainsi destructrice de toutes les valeurs culturelles, de la liberté individuelle et de l'efficacité sociale »).

suite, être regardée comme contraire à l'article 13 de la Déclaration de 1789 »³⁵.

En droit français par conséquent, l'idée de droit commun en droit fiscal est celui de la progressivité, constitutionnellement obligatoire, du taux de l'impôt sur le revenu. En droit allemand par contre, une décision du *Bundesverfassungsgericht* du 18 janvier 2006 voit l'équilibre différemment ; selon elle, c'est une question que le parlement en tant que législateur investi de la légitimité démocratique immédiate peut résoudre, soit en adoptant la solution de l'imposition proportionnelle (ou « linéaire » – *flat tax*), soit en adoptant le principe de la progressivité de l'impôt :

« Weder das Gebot vertikaler Steuergerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG) noch das Verbot übermäßiger Steuerbelastung (Art. 14 GG) geben jedoch einen konkreten Tarifverlauf vor; vielmehr setzen beide den unmittelbar demokratisch legitimierten Entscheidungen des Parlaments einen äußeren Rahmen, der nicht überschritten werden darf. Bei der Einkommensteuer liegt es im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, ob der Tarif linear oder progressiv ausgestaltet wird »³⁶.

A contrario, même en droit allemand une imposition *dégressive* des revenus personnels serait en général inconstitutionnelle et violerait le principe d'égalité devant la loi³⁷.

Où se situe, par rapport à cette discussion, le droit fiscal luxembourgeois ? Investi d'un don d'ubiquité, il se situe à deux endroits différents, selon l'aspect du système fiscal sur lequel on se concentre. Il y a d'une part au Luxembourg le droit fiscal véritablement normatif, celui des lois qui prévoient l'association du principe de la capacité contributive avec un barème progressif de l'impôt sur le revenu personnel³⁸ et l'imposition proportionnelle,

35 Décision n° 93-320 DC, *Rec.* p. 146, considérants 30 et 32.

36 2 BvR 2194/99, *BVerfGE* 115, 97, point 48.

37 BVerfG 15 janvier 2014, 1 BvR 1656/09, *BVerfGE* 135, 126, point 56 :

« Es widerspricht dem Gebot der Steuergleichheit etwa, wenn bei Ertragsteuern wirtschaftlich Leistungsfähigere einen geringeren Prozentsatz ihres Einkommens als Steuer zu zahlen haben als wirtschaftlich Schwächere ..., es sei denn, dies ist durch einen besonderen Sachgrund gerechtfertigt ».

38 Encore qu'A. Steichen, *Manuel de droit fiscal*, *op. cit.*, n° 79, ait sans doute raison de faire allusion, comme suit, à l'impact indirect de la révolution fiscale thatchérienne et reaganienne au Luxembourg :

« Voilà pourquoi la tendance actuelle en la matière est d'aller vers la propor-

à un taux assez élevé, des revenus des collectivités. Mais il y a également le droit fiscal des pratiques ou des circulaires. Les circulaires sont (en droit) des textes non normatifs, censés se borner à interpréter fidèlement les lois fiscales existantes³⁹, mais qui sont parfois, en fait, de très puissants, et relativement discrets, instruments de création de dérogations par rapport aux normes fiscales théoriquement existantes⁴⁰. L'ordre juridique luxembourgeois est un ordre juridique qui comporte des anomalies comme le régime d'imposition des plans d'option sur acquisition d'action ou « stock option plans », qui n'a jamais été soumis au parlement, mais qui permet à des personnes appartenant à un cercle déterminé de la population (sociologiquement, une partie des cercles entrepreneuriaux, financiers, juridiques ou comptables) de bénéficier en fait d'un régime d'imposition dégressive⁴¹, et ce en-dehors des cas limitativement prévus par la loi⁴². Et ce même ordre juridique luxembourgeois contient la pratique des décisions fiscales anticipatives (*rulings*), par exemple de celles qui ont fait l'objet des désormais célèbres « accords fiscaux passés entre la société PricewaterhouseCoopers et l'Administration des contributions directes luxembourgeoise pour compte de clients de la société PwC »⁴³, et qui ont permis de réduire à très peu de choses l'imposition de certaines entreprises, de manière elle aussi difficilement intégrable dans le droit commun luxembourgeois⁴⁴.

tionnalité de l'impôt, l'obligation fiscale ne s'appliquant toutefois qu'au-delà des revenus de subsistance du contribuable. C'est ce courant d'idées qui a inspiré les réformes de l'impôt sur le revenu au Royaume-Uni en 1984 et aux États-Unis en 1986. La réforme engagée en 2000 par le gouvernement luxembourgeois s'inscrit dans la même optique ».

39 Jurisprudence constante en matière de circulaires administratives : C.E. 20 juin 1992, *Pas. lux.* 28, p. 286, et dans la jurisprudence des nouvelles juridictions administratives, *Pas. ad.* 2017, v° *Lois et règlements*, nos 113 et 114.

40 A. Steichen, *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, Centre universitaire, 1994, p. 247 et s.

41 « Arme de défiscalisation massive », selon la formule du journaliste Bernard Thomas : « Prolifération », d'*Lëtzeburger Land*, 12 février 2016 ; « Phantom Shares », d'*Lëtzeburger Land*, 10 mars 2017.

42 Les art. 131 et 132 de la loi concernant l'impôt sur le revenu énumèrent les cas dans lesquels la loi prévoit des dérogations au barème fiscal ordinaire.

43 Cass. 11 janvier 2018, n° 1/2018 pénal, affaire *Luxleaks*.

44 Il n'y a pas lieu d'écrire : certainement non intégrable. Cette question a en effet été soumise à la justice européenne par les entreprises concernées et par le gouvernement luxembourgeois, et il convient d'attendre que la justice se soit prononcée sur la légalité des décisions de la Commission européenne condamnant, comme introduisant des dérogations sélectives injustifiées au droit commun luxembourgeois de la fiscalité des sociétés, les aides d'Etat qui auraient été octroyées par un régime fiscal dérogatoire en faveur de Fiat Chrysler Finance Europe (affaires T-755/15 et T-759/15) et d'Amazon (affaire T-816/17). Voir aussi *infra*, n° 28 et note 104.

11. Transition. Mais il ne convient pas d'anticiper. Avant de parler des *faiblesses* du droit commun, caractéristiques de l'ordre juridique luxembourgeois (III), nous aurons à examiner les *forces* du droit commun, qui a des alliés sous la forme de certains mécanismes juridiques – il s'agit de mécanismes non pas spécifiques au Luxembourg, mais existant également au Luxembourg (II).

II. – Les alliés du droit commun

12. Le contrôle juridictionnel de la légitimité des dérogations au droit commun. On examinera dans cette deuxième partie certains aspects techniques de la défense du droit commun (vu par opposition au droit dérogatoire) par des normes de droit. De ce point de vue, le droit commun est exposé à un double risque : le risque de dérogations législatives illégitimes (et dès lors discriminatoires, entraînant une violation du principe constitutionnel d'égalité) d'une part, et le risque de dérogations privées, contractuelles, illégitimes ou abusives (et dès lors contraires à la loi) d'autre part. Les dérogations, tant législatives que contractuelles, sont encadrées par l'ordre juridique, et les dérogations illégitimes sont potentiellement privées d'efficacité par des mécanismes de contrôle juridictionnel qui acquièrent une importance croissante.

Cette partie du texte de la conférence, plus longue que la version orale, est une partie strictement juridique, que les lecteurs moins intéressés par la technique juridique que l'auteur (et c'est, évidemment, leur droit le plus strict) pourront choisir de simplement survoler.

A. – Le contrôle de la constitutionnalité des lois dérogatoires au droit commun, par rapport au principe d'égalité

13. Importance du principe constitutionnel d'égalité. Le principe d'égalité est un principe structurant de notre ordre juridique et revêt à ce titre un rôle particulier parmi les libertés publiques ou droits fondamentaux. Depuis toujours, le principe d'égalité a des liens intimes avec la protection du droit commun, ainsi que l'établit, au besoin, la citation de l'*Essai sur les privilèges* de Sièyes, publié en 1788, que nous avons vue ci-dessus : « *Ce qui constitue le privilège est d'être hors du droit commun* »⁴⁵, et les privilèges sont par nature (depuis la Révolution française) contraires au

⁴⁵ *Supra*, n° 4.

principe constitutionnel d'égalité. Ce principe fondamental est formulé dans la Constitution luxembourgeoise, actuellement à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »⁴⁶.

L'article 101 de la Constitution, consacré à l'égalité devant l'impôt, rappelle expressément le lien avec l'abolition des privilèges, ainsi que l'intervention nécessaire du législateur s'il s'agit d'introduire une différenciation dans les charges fiscales :

« Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts.

Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi ».

Toutes les différenciations en ce qui concerne le régime juridique ne sont pas nécessairement illégitimes et ne constituent pas nécessairement des discriminations. Mais elles peuvent l'être, et c'est la raison pour laquelle l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois a représenté un progrès important dans l'ordre juridique luxembourgeois : désormais, les dérogations introduites par des lois ne relèvent plus du seul autocontrôle par le parlement (et d'un hypothétique contrôle politique par l'électorat), mais sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel, à la requête des parties désavantagées par la règle législative dérogatoire.

Le contrôle des lois par rapport au principe d'égalité représente la majeure partie de l'activité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ; elle assure ce contrôle selon des critères exigeants, définis comme suit dans sa jurisprudence :

⁴⁶ Le principe d'égalité bénéficie également aux étrangers, en vertu de l'article 111 de la Constitution (« Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ») : voir Cour constitutionnelle 13 novembre 1998, n° 2 (avec, à ce moment, une référence aux « droits de la personnalité », abandonnée depuis lors) ; Cour d'appel 5 novembre 2014, *Pas. lux.* 37, p. 200 (spéc. p. 204) ; ainsi que Cour constitutionnelle 12 juillet 2013, n° 100, qui confirme implicitement qu'une discrimination législative en raison de la nationalité est elle-même inconstitutionnelle. – Depuis une révision constitutionnelle du 13 juillet 2006, l'égalité entre les femmes et les hommes fait l'objet d'une disposition constitutionnelle particulière : article 11, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, qui n'a, jusqu'à présent, pas joué de rôle particulier dans le contentieux constitutionnel.

« Considérant que le législateur peut, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »⁴⁷.

L'identification du but poursuivi par le législateur est un élément absolument central dans toute discussion du respect du principe d'égalité⁴⁸. Un constat d'inconstitutionnalité peut ainsi intervenir dans chacun des cas suivants :

1° en cas d'impossibilité d'identifier, ou même de reconstituer, le but poursuivi par le législateur, dont l'action apparaît comme incohérente⁴⁹ ;

2° en cas d'illégitimité du but poursuivi par le législateur – cette illégitimité peut être soit une illégitimité *ab initio* (mais aucun arrêt de la Cour constitutionnelle ne l'a encore constatée), soit correspondre à une situation dans laquelle c'est l'appréciation qui a changé et la poursuite du but législatif, qui au moment de l'édiction de la loi était considérée (par le consensus des juristes ou même par la société en général) comme légitime, en est venue à apparaître comme illégitime suite à l'évolution des idées. Dans ce dernier cas, la Cour constitutionnelle manquerait à sa mission si elle refusait de tenir compte de l'évolution des idées, et permettait dès lors à des différenciations devenues illégitimes de se maintenir. Un exemple en a été l'inégalité successorale entre enfants légitimes et enfants naturels, supprimée par une loi de 1979 mais maintenue à titre transitoire pour les successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi. Un arrêt de la Cour constitutionnelle de 2014 en constate l'inconstitutionnalité :

« Considérant que les rédacteurs du Code civil, en réservant une situation moins favorable aux enfants nés hors mariage, ont voulu imposer

47 Cette formule est adoptée systématiquement dans les arrêts depuis le deuxième arrêt consacré par la Cour constitutionnelle au principe d'égalité, l'arrêt n° 7 du 26 mars 1999. Le premier arrêt de la Cour consacré à la question (l'arrêt n° 2 du 13 novembre 1998) avait adopté une formulation différente, un peu moins abstraite dans la mesure où elle faisait référence à l'« intérêt public » poursuivi par le législateur.

48 Sur la recherche du but poursuivi par le législateur, voir Cour constitutionnelle 5 mai 2000, n° 9.

49 Compte tenu de la motivation de ces arrêts, les lois ayant fait l'objet des arrêts n°s 21 et 22 du 18 juin 2004, n° 26 du 8 juillet 2005, n°s 29 à 33 du 7 avril 2006 en sont peut-être des exemples.

le respect des institutions et des règles sur lesquelles ils entendaient que la société soit organisée ;

Considérant toutefois que le respect des institutions ne peut se faire au détriment des droits de la personne, tels qu'ils sont ancrés dans la Constitution ;

Considérant dès lors que la discrimination de l'enfant naturel, en raison de sa naissance, instituée par les articles 756 et 757 du Code civil, est *actuellement* dépourvue de justification et que ces dispositions légales ne sont pas conformes à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution »⁵⁰ ;

3° lorsque la différenciation, tout en poursuivant un but intrinsèquement légitime, le fait en restreignant excessivement, en méconnaissance du principe de proportionnalité, les droits d'une catégorie de personnes par rapport aux droits d'une autre catégorie⁵¹ ou, ce qui revient ultimement au même, en *priviliéant* de manière objectivement excessive cette dernière catégorie.

14. Principe d'égalité et défense du droit commun. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par rapport au principe d'égalité est, en même temps, un mécanisme de défense juridictionnelle du droit commun. Car la Cour constitutionnelle cherche expressément, dans ce contexte, à limiter les dérogations au droit commun, et elle le fait en procédant à « la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun »⁵². Et, dès lors qu'elle constate une violation du principe

50 Cour constitutionnelle, 11 juillet 2014, n° 110 (mise en évidence ajoutée). L'arrêt indique encore que, comme les dispositions anciennes se trouvaient maintenues en vigueur par la loi, « leur conformité à la Constitution doit dès lors s'apprécier à la lumière des conceptions actuelles des valeurs sociales et humaines ».

51 Pour un exemple en droit civil, voir l'arrêt du 8 janvier 2010, n° 51, qui invalide l'article 1595 du Code civil, texte datant de 1804, en tant qu'il interdit absolument, sauf dans trois cas d'exception, les ventes entre époux, alors que les ventes entre « partenaires non mariés » ne sont pas interdites : l'arrêt constate notamment que « les règles générales du droit civil, permettant de remettre en cause les actes simulés ou frauduleux, sont de nature à sanctionner toute fausse vente entre époux », ce dont il se déduit que l'interdiction pure et simple de la vente est disproportionnée – une disproportion qui correspondait bien, au demeurant, aux idées du législateur napoléonien (voir la note sous l'arrêt, *JTL* 2011, p. 29).

52 Arrêt du 19 mars 2010, n° 54, à propos de la différenciation opérée par le Code pénal entre les responsables d'un accident ferroviaire et les responsables d'autres accidents

d'égalité, la Cour constitutionnelle veillera au rétablissement de l'égalité qui consistera plus précisément dans la survie du seul régime de droit commun :

« Considérant qu'en cas d'institution d'une mesure dérogatoire au droit commun qui viole l'égalité devant la loi, c'est le droit commun qui doit prévaloir »⁵³.

La détermination de ce qu'est la règle du droit commun peut se faire en termes statistiques. La règle de droit commun est alors la règle la plus fréquemment appliquée, par rapport à laquelle la règle dérogatoire apparaît comme une exception – une exception illégitime en cas de violation des exigences de justification rationnelle et de respect du principe de proportionnalité ; ceci vaut que la dérogation soit favorable ou alors défavorable à la catégorie de sujets de droit visés par la règle d'exception⁵⁴.

en matière de transports en commun :

« Considérant que la Cour constitutionnelle, appelée à juger du respect de la règle d'égalité devant la loi, énoncée par l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ne saurait procéder qu'à la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun et à l'appréciation de l'adéquation de la différenciation ainsi opérée par le législateur ;

que le principe d'égalité n'implique pas que des situations comparables suivant d'autres critères que ceux envisagés par le législateur pour créer une exception au droit commun, doivent être traitées de la même manière ».

On peut discuter du bienfondé de la décision de ne pas contrôler la légitimité de l'aggravation des peines prévue pour les seuls auteurs d'accidents ferroviaires (au lieu d'être également prévue pour les auteurs de certaines autres imprudences notamment en matière d'accidents dans les transports en commun), mais c'est une question étrangère au sujet de la présente conférence. Ce qu'on retiendra, c'est l'idée que la Cour constitutionnelle, mettant en œuvre le principe d'égalité, est amenée *pour le moins* à la comparaison d'une situation exorbitante du droit commun par rapport au droit commun.

⁵³ Cour constitutionnelle 12 décembre 2014, n° 116.

⁵⁴ L'arrêt précité du 12 décembre 2014 raisonne comme suit à propos de l'instauration d'une commission spéciale au profit des seuls fonctionnaires de l'Etat victimes d'harcèlement moral, à l'exclusion des fonctionnaires communaux : l'instauration de ce droit de recours

« constitue une mesure dérogatoire au droit commun applicable en la matière, si bien que le recours à la commission spéciale, plus protectrice des intérêts des fonctionnaires que le droit commun, est censé violer l'égalité devant la loi ».

Voir aussi Cour constitutionnelle 22 mai 2009, n° 49, qui a trait aux conséquences de l'inégalité constatée entre la réglementation des recours ouverts aux fonctionnaires de l'Etat d'une part, aux fonctionnaires communaux d'autre part.

Parfois, à la primauté d'un droit commun compris en termes *quantitatifs* (par rapport à un droit exceptionnel), se substitue la primauté de celui des deux régimes qui est *qualitativement* préférable, et qui devrait selon l'appréciation de la Cour constitutionnelle être le droit commun applicable aux deux situations entre lesquelles la loi a à tort distingué ; c'est ce critère que la Cour a notamment appliqué en matière de filiation, dès lors qu'elle a constaté l'existence de différences discriminatoires entre la filiation légitime et la filiation naturelle⁵⁵.

B. – Le contrôle des dérogations au droit commun dans les relations contractuelles

15. L'autonomie de la volonté et sa dénaturation. Dans les relations contractuelles, le risque de dérogations excessives au droit commun existe également, mais il s'agit d'un risque d'un autre ordre que celui découlant de dérogations législatives. Le principe fondamental en matière de contrats est le principe libéral de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, encadrée toutefois par les dispositions impératives de la loi. L'article 1134 (alinéa 1^{er}) du Code civil prévoit que

« [L]es conventions *légalement formées* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La plupart des dispositions légales relatives aux contrats (mais pas toutes) sont des dispositions dites supplétives, auxquelles les parties sont libres de déroger. Les dispositions impératives en revanche sont des dispositions indérogeables.

Le risque que court en permanence l'autonomie de la volonté ainsi comprise est de se voir dénaturer, soit par les deux parties au contrat (qui se mettent d'accord sur leur volonté d'éluder les limitations légalement prescrites), soit, dans les relations contractuelles asymétriques, par la partie forte qui dicte le contenu du contrat à son cocontractant, lequel se borne

⁵⁵ Arrêt du 15 mai 2009, n° 50 ; voir encore l'arrêt, analogue, du 25 mars 2011, n° 61, qui se réfère à un l'« objectif du législateur consistant dans la recherche de la vérité biologique » ; ainsi que l'arrêt du 28 novembre 2014, n° 113, qui rétablit l'égalité entre les deux types de filiation en s'inspirant de « la mise en balance de la recherche de la vérité biologique, d'un côté, et de l'intérêt supérieur de l'enfant disposant d'une filiation résultant d'un titre de naissance corroboré par une possession d'état conforme, de l'autre ».

à adhérer à un contrat déséquilibré par rapport à l'image d'une relation contractuelle équilibrée que se fait le droit commun des contrats. Le droit réagit de deux façons à ces risques.

16. La violation du droit contractuel impératif. L'article 1134 du Code civil ne déclare obligatoires les conventions qu'en tant qu'elles ont été « légalement formées ». Par conséquent, le droit contractuel impératif s'impose en vertu de l'autorité de la loi, quelle que soit la volonté le cas échéant contraire des parties. La formulation de règles impératives peut concerner l'ordre public classique (dont le respect s'impose même dans les relations contractuelles entre des parties d'égale puissance de négociation) ou concerner, dans les relations asymétriques, l'ordre public de protection des parties faibles aux contrats. Ainsi, la technique des dispositions impératives est la technique choisie par le droit luxembourgeois de l'assurance, dont une disposition fondamentale prévoit que « sauf lorsque la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même, les dispositions de la présente loi sont impératives »⁵⁶, ainsi que par le droit du travail luxembourgeois qui bloque ainsi toute dérogation en défaveur des salariés⁵⁷.

Le respect effectif du droit contractuel impératif est imposé par les tribunaux. On en veut pour preuve un récent arrêt de la Cour de cassation qui avait à répondre à un moyen de cassation qui formulait une argumentation de principe : selon le moyen, l'article 1134 du Code civil aurait été violé par l'arrêt de la Cour d'appel qui avait déclaré inopérant un avenant au contrat

56 Art. 3, par. 2 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance. L'art. 3, par. 3 permet des dérogations à toute une série de dispositions de la loi, mais uniquement en matière d'assurance des grands risques, là où les preneurs d'assurance sont eux-mêmes des professionnels en principe compétents pour apprécier la portée des dérogations, et en mesure de les négocier.

57 Article L.121-3 du Code du travail : « Les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié. – Est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations ». Voir J.-L. Putz, *Le contrat de travail*, tome I : *Formation du contrat*, Luxembourg, auprès de l'auteur, 2018, n° 90 (ordre public) et 91 (principe de faveur). Le premier article du Code du travail, l'article L.010-1, contenu dans un titre préliminaire intitulé « Dispositions d'ordre public », est parfois compris à tort comme visant le droit contractuel impératif, mais a en réalité un autre objet, spécifique au droit international privé : il vise les dispositions d'« ordre public » (lois de police), internationalement impératives et « applicables à tous les salariés exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg ».

de travail prévoyant « la neutralisation de l'indexation ». L'argument invoqué à l'appui de ce moyen était l'argument libertarien que « conformément au principe de l'autonomie de la volonté, les parties à un contrat peuvent convenir contractuellement d'une réduction temporaire ou définitive de salaire », par une « clause de neutralisation de l'indexation des salaires ». A ce moyen, la Cour de cassation oppose une réponse de principe :

« Attendu que les fonctions de l'ordre public étant de fixer des limites à la liberté contractuelle, [le salarié] et [son employeur] n'ont pas pu contractuellement déroger à la règle de l'adaptation des salaires aux variations du coût de la vie ; qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé »⁵⁸.

17. Les dérogations au droit contractuel supplétif par l'utilisation de conditions générales contractuelles. Un deuxième risque tient aux dérogations au droit commun supplétif des contrats. Ces dérogations ne sont pas illicites en elles-mêmes, puisqu'elles concernent par hypothèse des dispositions légales qui ne sont pas impératives. Mais, tout en étant non impérative, la réglementation légale des contrats n'en cherche pas moins, si elle est bien faite, à réaliser une réglementation équilibrée des relations contractuelles et à garantir l'égalité (formelle) des sujets de droit. Rien n'empêche les parties de négocier entre elles une dérogation à cette réglementation légale ; si les deux parties ont une force de négociation comparable, et si la négociation est une négociation réelle, rien n'empêche l'équilibre, différent, qui résulte du contrat de s'imposer. Mais qu'est-ce qui se passe si la dérogation est, en réalité, imposée unilatéralement par une partie dominante à son cocontractant, par voie de conditions générales d'affaires (conditions contractuelles générales, conditions générales de banque, et ainsi de suite), qui ne sont en réalité pas négociées ?

Le problème des contrats d'adhésion est bien connu, et ce depuis longtemps⁵⁹ ; nous adhérons tous régulièrement à ce type de contrats, généralement sans les avoir lus en détail, tout simplement parce que l'adhésion est une condition de l'accès à tel bien ou à tel service. Le contrat d'adhésion

58 Cass. 6 juillet 2017, n° 59/2017, *JTL* 2018, p. 40.

59 En droit français, la notion de contrat d'adhésion a été introduite par Raymond Saleilles dans un ouvrage de droit comparé publié en 1901, *De la déclaration de volonté* ; *Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, p. 299-230. Voir récemment F. Chénédé, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012, 1^{re} partie, p. 241 et s., 2^e partie, p. 1017 et s.

devient, dans ces circonstances, un instrument d'élimination du droit commun : le professionnel qui rédige le contrat peut écarter des droits du co-contractant, ou ajouter des obligations *a priori* exorbitantes du droit commun ; il peut même donner un caractère dynamique aux dérogations qu'il prévoit, en insérant dans ses conditions générales une clause lui permettant de modifier, à l'avenir, unilatéralement les conditions générales d'exécution d'une relation contractuelle destinée à durer⁶⁰. Toutes ces dérogations sont susceptibles de prendre effet à condition que l'autre partie ait été en mesure de connaître les conditions générales lors de la signature du contrat et qu'elle doive, « selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées » (article 1135-1 du Code civil). Cette exigence légale, issue d'une loi de réforme du Code civil⁶¹, n'est pas un obstacle difficile à surmonter pour ceux des professionnels utilisant des conditions générales qui sont en même temps habitués à des processus bureaucratiques – il arrive rarement que des conditions générales d'assurance ou des conditions générales de banque échouent à s'imposer, conformément à l'article 1135-1, à l'autre partie au contrat.

Le résultat ultime peut être que la relation contractuelle tout entière ne se trouve plus réglementée par les règles du droit commun des contrats, mais par un droit taillé sur mesure par et pour la partie utilisatrice des conditions générales. Voici une illustration de ce phénomène. Le dessin montre deux avocats américains, dont l'un exhibe avec fierté un contrat qu'il vient de faire rédiger pour l'un des clients du cabinet, et qui est « composé à 100% de conditions générales d'affaires et de clauses de non-responsabilité » :

60 Possibilité expressément reconnue en jurisprudence luxembourgeoise, qui a validé cette clause de conditions générales de banque, au motif qu'il « n'existe pas d'éléments en droit luxembourgeois prévoyant la nullité de principe de [ce genre de] clauses » : Cour d'appel 22 avril 2015, *Pas. lux.* 37, p. 675 et s., spéc. p. 678.

61 Voir les explications détaillées de P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 166 et s. Pascal Ancel en vient à la conclusion que la protection assurée par l'article 1135-1 n'est qu'une protection relative, qui ne remet pas en cause « la fiction d'un consentement à des clauses qu'on n'a, en fait, même pas regardées » (n° 168).



"I tell you, Galworthy, it's the height of the art ... a document composed one hundred percent of fine print and disclaimers."

18. Les réactions de l'ordre juridique aux conditions contractuelles abusives. Ce type de phénomène ne relève plus réellement de la liberté contractuelle telle qu'elle était imaginée par les auteurs du Code civil. L'ordre juridique se doit dès lors de réagir. Une première réaction, mais une réaction insuffisante, consiste à imposer une règle d'interprétation qui veut que les clauses exorbitantes du droit commun soient interprétées « strictement » ou « restrictivement » ; même si cette règle peut s'appliquer également aux contrats négociés, elle s'appliquera typiquement aux contrats d'adhésion⁶².

Mais supposons que la dérogation au droit commun ait été faite conformément aux « règles de l'art » et soit absolument claire et dépourvue d'ambiguïté. Dans ce cas, le droit européen, et par conséquent aussi luxembourgeois, de la *consommation* imposera une limite à la licéité des dérogations au droit commun contenues dans les contrats entre professionnels et consommateurs ; l'article L.211-2 du Code de la consommation, transposition en droit luxembourgeois des articles 3, 5 et 6 de la directive

62 Pour un exemple, voir Cour d'appel 15 juillet 2015, *Pas. lux.* 37, p. 579 ; voir aussi P. Ancel, *op. cit.*, n° 500 ; O. Poelmans, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 183. Des préceptes d'interprétation similaires existent en droit belge et en droit français (mais voir leur critique, du point de vue de la « liberté contractuelle », par Y.-M. Laithier, note sous Com. 6 septembre 2016, *RDC* 2017, p. 17).

93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁶³, dispose :

« (1) Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur est abusive et, comme telle, réputée nulle et non écrite.

...

(2) En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable pour le consommateur prévaut. ... ».

L'intervention du législateur européen a consisté, comme l'ont répété plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, à imposer

« une disposition impérative qui, tenant compte de l'infériorité de l'une des parties au contrat, tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers »⁶⁴.

En droit luxembourgeois, ce mécanisme de contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation constitue le principal mécanisme de lutte contre les dérogations illégitimes au droit commun opérées par les conditions générales d'affaires⁶⁵.

63 Sous une réserve, qui a son importance dans une approche technique du droit de la consommation : la directive est une directive d'harmonisation minimale, qui admet que le droit national aille au-delà du minimum de la protection assurée par la directive. Tel est le cas du droit luxembourgeois, et ce depuis la première loi sur la protection des consommateurs, adoptée antérieurement à la directive, la loi du 25 août 1983 : la directive ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion, « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle », alors que la législation luxembourgeoise s'applique à tous les contrats entre professionnels et consommateurs. La différence n'est pas d'une grande importance, étant la rareté des contrats de consommation individuellement négociés.

64 C.J.C.E. 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, point 36 ; voir aussi, notamment, l'arrêt du 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, points 46 et 47 ; *addé* N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 47.

65 P. Ancel, *op. cit.*, n° 394 et s. – Le droit français de la protection des consommateurs est similaire, voir N. Sauphanor-Brouillaud, avec le concours d'E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, Paris, LGDJ (série *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin), 2013, n° 573-670. Le droit français contient toutefois des mécanismes de lutte contre les clauses abusives

19. *Les origines du contrôle des dérogations contractuelles abusives au droit commun. Le droit allemand du contrôle des conditions générales d'affaires.* C'est le droit allemand qui a développé en premier ce mécanisme de défense du droit commun qu'est le contrôle judiciaire des conditions générales d'affaires, et ce dès la fin du dix-neuvième siècle⁶⁶. En 1936, un auteur allemand, Ludwig Raiser, publie une synthèse de la jurisprudence alors existante avec son analyse personnelle des relations entre la lutte contre les clauses abusives et la défense du droit commun⁶⁷. Raiser voit deux moyens dont dispose la loi pour imposer ses valeurs face à des conditions générales d'affaires. Soit elle donne un caractère impératif à telle ou telle règle de droit, et alors ce caractère impératif s'impose naturellement⁶⁸. Soit elle n'exprime ses valeurs qu'à travers des normes supplétives (*dispositives Recht*), mais ces normes, quoique supplétives, forment un système qui doit être pris en considération par les auteurs des conditions générales, qui ne peuvent pas arbitrairement y déroger :

« Für unsere Frage erlangt also nur das dispositive Recht Bedeutung, das Raum für abweichende Gestaltung lässt. Dieses dispositive Gesetzesrecht spricht sich zwar selbst nur subsidiäre Geltung hinter den Vertragsordnungen zu, aber es ist doch keine beliebige Ordnung, sondern "Recht" in dem besonderen Sinn einer Objektivierung der Rechtsidee durch die Gesamtrechtsgemeinschaft, das heißt: es darf im allgemeinen – abgesehen von den Fällen eines Wandels der Rechtsüberzeugung – als der angemessene, natürliche Ausgleich der widerstrebenden Partei- und der übergeordneten Gemeinschaftsinteressen angesehen werden, als die "normale" Ordnung des betreffenden Lebensverhältnisses.

dans d'autres contrats que les contrats de consommation : N. Sauphanor-Brouillaud, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Clauses abusives* (2014), n° 98 et s. Surtout, lors de la réforme du droit des obligations, un article 1171, à portée générale, a été inséré dans le Code civil français ; aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article, « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

66 H.-J. Pflug, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich, C.H. Beck, 1986, p. 83 et s. On rappellera que Saleilles, auteur de l'expression « contrat d'adhésion » en droit français, introduisit cette notion dans le cadre d'une recherche de droit comparé sur le droit allemand des contrats, publiée en 1901.

67 L. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1936, republié, après la seconde guerre mondiale, en 1961 (Bad Homburg, Hermann Gentner Verlag).

68 Cf. *supra*, n° 16.

Dieser Rechtscharakter verleiht den Dispositivnormen die Tendenz, sich auch gegenüber den Vertragsordnungen immer wieder durchzusetzen; erinnert sei an die ... Auslegungspraxis, Abweichungen der AGB vom dispositiven Recht streng zu behandeln, und an die Rückkehr zur Legalordnung in Fällen, in denen die Verweisung auf AGB oder der Sinn einer Klausel zweifelhaft blieb. Diese Qualität des dispositiven Rechts hebt es nun auch zum Maßstab für die Grenze der Abweichungen, auch wenn sie vom Gesetz selbst nicht ausgesprochen wird »⁶⁹.

Les idées de Raiser ont eu une influence certaine sur la jurisprudence de l'après-guerre. Selon un arrêt de principe de la Cour fédérale, les contrats d'adhésion à des conditions générales sont fondamentalement différents des contrats librement négociés :

« Anderes gilt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zu einer Rechtsanwendung ähnlich der bei Gesetzen führen sollen. ... Allgemeine Geschäftsbedingungen [können] ihre Rechtswirksamkeit nicht von einer (nicht bestehenden) Privatautonomie, sondern nur von der Unterwerfung des anderen Vertragsteils ableiten »⁷⁰.

L'idée, clairement exprimée par cet arrêt, du lien entre l'absence de véritable liberté contractuelle, entre l'hétéronomie caractéristique de l'adhésion aux conditions générales (« Rechtsanwendung ähnlich der bei Gesetzen »), et la nécessité du contrôle juridictionnel est remarquable⁷¹. Vient ensuite une motivation directement inspirée des réflexions de Ludwig Raiser sur la possibilité d'un contrôle juridictionnel, fondé sur le principe de bonne foi, des dérogations au droit commun :

« Soweit Vorschriften des dispositiven Rechtes ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

⁶⁹ P. 293.

⁷⁰ BGH 17 février 1964, BGHZ 41, p. 151.

⁷¹ Une idée similaire avait été exprimée par le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*, le prédécesseur de la Cour fédérale en tant que juridiction civile suprême), dans un arrêt du 31 janvier 1941, DR 1941, p. 1210 et s., spéc. p. 1212-1213, mais les conséquences avaient été à l'époque d'esprit nettement plus autoritaire : il s'agissait de retenir que des conditions générales d'assurance, élaborées sous l'égide d'une « Obere Reichsbehörde », peuvent être opposées aux assurés sans qu'ils y aient nécessairement consenti individuellement.

Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen. Der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositivnormen kann verschieden groß sein. Je stärker er ist, ein desto strengerer Maßstab muss an die Vereinbarkeit von Abweichungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angelegt werden »⁷².

Comme l'exprime un arrêt postérieur de la Cour fédérale, le contrôle judiciaire des conditions contractuelles (*richterliche Inhaltskontrolle*) n'est pas une « punition », mais constitue le rétablissement de la justice contractuelle (« Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit »)⁷³. Entre-temps, ces principes jurisprudentiels ont été codifiés, d'abord dans la loi sur les conditions générales (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*) du 9 décembre 1976, puis, lors de la réforme du droit allemand des obligations, par l'introduction de cette loi dans le Code civil allemand, dont elle représente les paragraphes 305 à 310. Par rapport à la réglementation européenne (et luxembourgeoise) qui a été présentée ci-dessus, la réglementation allemande des conditions générales a pour particularité de s'appliquer également aux conditions générales utilisées dans les relations entre professionnels (relations *business to business*), ce qui est parfois critiqué en doctrine⁷⁴ mais est en général accepté comme faisant partie de l'expression allemande du principe de bonne foi.

La jurisprudence allemande est exemplaire par son caractère systématique. Elle applique les principes ainsi codifiés de manière générale, y compris d'ailleurs aux clauses de contrats notariés, dès lors que ces clauses se présentent, à l'instar de conditions générales d'affaires, comme des clauses et conditions standardisées. Cette idée a été mise en application par plusieurs arrêts de la Cour fédérale à propos d'une clause standard, courante (non seulement en Allemagne d'ailleurs, mais aussi au Luxembourg) dans les contrats notariés d'acquisition d'immeubles, par laquelle l'acheteur est

⁷² BGH 17 février 1964, préc. ; voir déjà, citant expressément l'ouvrage de Raiser, BGH 29 octobre 1956, BGHZ 22, p. 90 ; également BGH 4 juin 1970, BGHZ 54, p. 106 ; pour l'application de ces principes aux statuts de sociétés faisant appel public à l'épargne, BGH 14 avril 1975, BGHZ 64, p. 239 ; 9 novembre 1987, BGHZ 102, p. 172.

⁷³ BGH 14 avril 1975, préc., p. 242.

⁷⁴ K.P. Berger, « Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr », NJW 2010, p. 466 ; L. Leuschner, « Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr », ZIP 2015, p. 1045.

censé renoncer à la garantie légale des vices cachés⁷⁵. La jurisprudence fait preuve d'un incontestable réalisme : ce type de clause dans un contrat notarié ne donne typiquement pas lieu à négociation ; si de surcroît la clause n'a donné lieu à aucune explication circonstanciée de la part du notaire quant à son effet dérogoratoire au droit commun de la vente, il n'existe pas de raison de traiter ce contrat différemment d'un autre contrat d'adhésion⁷⁶.

20. La reprise de ces idées par la jurisprudence européenne. Abstraction faite de la question du champ d'application de la réglementation des clauses abusives, les idées directrices de la jurisprudence allemande inspirent également la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation de la directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Dans l'important arrêt *Aziz* de la Cour de justice, ayant trait à un différend entre une banque catalane et un emprunteur dont le bien immobilier risquait d'être saisi dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire simplifiée prévue par le droit espagnol, la Cour explique ceci :

« afin de savoir si une clause crée, au détriment du consommateur, un "déséquilibre significatif" entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. ... »

75 Jurisprudence constante, par exemple BGH 17 septembre 1987, BGHZ 101, p. 350 ; 29 juin 1989, BGHZ 108, p. 168.

76 BGH 17 septembre 1987, préc. — La jurisprudence allemande, soumettant les actes notariés au contrôle des clauses abusives, se compare favorablement à la jurisprudence luxembourgeoise, selon laquelle un contrat (d'ouverture de crédit) notarié « ne constitue pas un contrat d'adhésion au sens des normes [de la législation protectrice des consommateurs] et ... ne rentre partant pas dans leur champ d'application » (Cass. 5 décembre 2013, n° 71/13, JTL 2014, p. 107, note P. Goerens). Cette dernière jurisprudence est problématique à plus d'un titre : 1°, le champ d'application des normes luxembourgeoises n'est pas limité aux contrats d'adhésion (P. Goerens, note préc. ; voir aussi *supra*, note 63) ; 2°, la solution semble en tout état de cause contraire à la jurisprudence européenne qui impose le contrôle judiciaire de ce type de contrat notarié par référence à la directive 93/13/CEE : voir CJUE 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, points 59 et suivants.

S'agissant du fait de savoir dans quelles circonstances un tel déséquilibre est créé "en dépit de l'exigence de bonne foi", il importe de constater que ... le juge national doit vérifier à ces fins si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle »⁷⁷.

Comme l'article L.211-2 du Code de la consommation luxembourgeois s'interprète par référence à la directive qu'il a transposée et par référence à la jurisprudence de la Cour de justice, ces principes sont directement applicables en droit luxembourgeois. Le juge luxembourgeois doit lui aussi procéder à une comparaison des clauses des contrats de consommation avec la réglementation de droit commun (les « règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties », comme le dit l'arrêt *Aziz*) et apprécier si les dérogations introduites auraient raisonnablement pu être retenues dans un contrat négocié individuellement entre le professionnel et le consommateur, en l'absence de la situation d'inégalité structurelle entre les deux parties. Il n'est pas exclu que certaines dérogations soient si raisonnables, compte tenu des spécificités des relations contractuelles, qu'elles satisfassent aux critères de la jurisprudence *Aziz*. Mais toutes les dérogations contractuelles au droit commun n'y répondront pas, et seront dans ce cas invalidées. C'est en cela que le contrôle des dérogations au droit commun dans les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs est, comme l'est le contrôle de la constitutionnalité des dérogations législatives, un autre allié du droit commun dans l'ordre juridique (entre autres, mais pas spécifiquement) luxembourgeois.

Pour autant, et malgré ce contexte juridique général *a priori* favorable, il serait exagéré de présenter le droit commun comme l'un des points forts de l'ordre juridique luxembourgeois. Il en est en réalité un point relativement faible, pour des raisons qui, quant à elles, sont spécifiques au Luxembourg.

III. — Les faiblesses du droit commun au Luxembourg

21. Plan. Nous spéculerons d'abord sur les raisons des faiblesses du droit commun luxembourgeois (A), avant de présenter successivement le risque d'obsolescence (B) et la préférence politique pour le droit dérogoratoire (C).

77 C.J.U.E. 14 mars 2013, *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, points 68 et 69.

A. – Le pourquoi : mentalité collective et modèle économique

22. Explication culturelle et explication économique. Il y a deux explications à l'existence des risques (d'obsolescence progressive, et de remplacement insidieux par un droit dérogoire) que court le droit commun luxembourgeois : une explication culturelle et une explication économique. On peut certes estimer – soit par principe, soit spécifiquement à propos de ce phénomène-ci – que l'explication économique est de nature à absorber totalement l'explication culturelle. Mais pour que tel soit vraiment le cas pour un phénomène à première vue culturel comme l'est l'ordre juridique d'un Etat, il faut adhérer sans réserve à une vision économico-centrique, qui fait de l'économie la discipline reine des sciences sociales. Cette vision existe, dans la théorie marxiste du droit ou dans la théorie, pas tellement différente malgré l'apparence, du « *rational choice* ». Personnellement je préfère rester prudent et partir de l'idée que les deux explications, partiellement différentes, se conjuguent à propos du phénomène ici étudié.

23. Première explication. La mentalité collective. S'il est ici question de mentalité collective des Luxembourgeois, ce n'est évidemment pas dans le sens d'une mentalité héréditaire déterminée biologiquement. Cette variété de la Volksseelenkunde relève du délire⁷⁸. Néanmoins, qu'il existe des traces d'une mentalité collective, d'un *habitus* national, est difficilement contestable. La mentalité collective ne sera pas celle de tous les nationaux luxembourgeois, ni de tous les résidents du Luxembourg⁷⁹, mais elle se rencontrera, typiquement, comme *plerumque fit* parmi eux.

78 La *Volksseelenkunde* était une « science » qui se rattachait au romantisme politique allemand, et qui a fini par devenir *Rassenseelenkunde* (voir C. Schmitz-Berning, *Vokabular des Nationalsozialismus*, 2^e éd., Berlin, Walter de Gruyter, 2007, v° *Rassenseele*, p. 522 et s.). Dans un ouvrage curieux, non dépourvu d'intérêt (ni d'aspects étranges, marqués du style et des idées de son époque), *Le peuple luxembourgeois. Essai de psychologie* (2^e éd., Diekirch, Schroell, 1920), Nicolas Ries est, pour le moins, « d'accord à déclarer que le fatalisme ethnique et racial n'est pas le seul facteur qui concourt à la formation de l'âme des peuples », et invite à reconnaître le rôle de l'« évolution historique, basée sur l'ensemble héréditaire [*sic*] de ses conditions politiques et sociales, économiques et morales » (p. 11). Comp. une étude classique de Norbert Elias, *Studien über die Deutschen. Machtkämpfe und Habitusentwicklung im 19. und 20. Jahrhundert*, Francfort, Suhrkamp, 1990, p. 8.

79 Il n'est pas impossible que parmi certains résidents à long terme du Luxembourg qui sont de nationalité étrangère, l'adhésion à l'*habitus* luxembourgeois soit même particulièrement forte : après tout, ces personnes auront choisi de vivre au Luxembourg, peut-être en raison de son modèle économique, mais souvent aussi parce que la mentalité collective leur convenait.

Une citation d'Antoine Pescatore, dans un rapport administratif datant de 1831, découverte aux archives par Gilbert Trausch⁸⁰ et citée par Alain Steichen dans sa thèse⁸¹, peut servir d'introduction à cette partie de la discussion :

« Nous manquons un peu d'esprit public, c'est un grand malheur, mais nous sommes bien excusables, les soins dus à l'existence absorbent toutes les pensées ».

La citation reflète d'abord la situation du Luxembourg de la première moitié du dix-neuvième siècle, une époque au cours de laquelle le Luxembourg était parmi les pays les plus pauvres de l'Europe et partageait, selon un auteur, avec l'Irlande la caractéristique d'être une « colonie capitaliste en Europe », au « stade d'une économie exploitée » (par le régime néerlandais en place depuis 1815)⁸². Cela dit, Antoine Pescatore n'était, personnellement, pas un Luxembourgeois exploité, mais un privilégié. C'était un « orangiste », bénéficiaire et partisan du régime néerlandais, qui faisait partie de l'*establishment* de l'époque, celui qui voyait d'un mauvais œil le ralliement de la plupart des Luxembourgeois à la révolution belge⁸³.

24. Le pragmatisme des Luxembourgeois. Les simples habitants, dont Antoine Pescatore écrivait qu'ils étaient « bien excusables », partageaient avec les orangistes un trait idéologique commun, et il me semble que cette idéologie ou mentalité se maintient actuellement au Luxembourg, tant par-

80 G. Trausch, « Le Luxembourg entre la Belgique et la Hollande 1830-1839. Aux origines du sentiment national luxembourgeois », dans id., *Du particularisme à la nation*, Luxembourg, Saint-Paul, 1989, p. 177 et s., spéc. p. 188-189.

81 A. Steichen, *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, Centre universitaire, 1994, p. 2.

82 A. Bauler, *Les fruits de la souveraineté nationale. Essai sur le développement de l'économie luxembourgeoise de 1815 à 1999 : une vue institutionnelle*, Luxembourg, Caisse Centrale Raiffeisen, 2001, p. 29.

83 Voir A. Calmes, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la révolution belge (1830-1839)*, Bruxelles, L'édition universelle, 1939, dont le chapitre XIII : « L'orangisme en Luxembourg » fait un portrait, très parlant, du milieu orangiste. Certains des orangistes étaient des « convaincus et des idéalistes », soit profondément fidèles à la dynastie néerlandaise, soit hésitant « à lancer le pays dans une aventure en se ralliant à la révolution belge » (p. 268), mais les autres étaient des « opportunistes et des profiteurs » (*ibid.*). D'un point de vue socio-économique, ils étaient parfois propriétaires terriens, mais en général juristes : juges au tribunal, notaires, avocats, juges de paix. Ils avaient une organisation politique à la dénomination exquise, le « comité des amis de l'Ordre légal » (voir p. 297-299, avec en note de bas de page le texte de l'« Appel aux Luxembourgeois » publié par ce comité).

mi les simples habitants que parmi les néo-orangistes : c'est le pragmatisme. Le pragmatisme des Luxembourgeois est un élément essentiel de notre *habitus* national, en général revendiqué par les Luxembourgeois eux-mêmes (il fait partie de notre *nation branding*, ensemble avec les « chemins administratifs courts »). Par rapport au pragmatisme au sens philosophique – le pragmatisme est, on s'en doute, une philosophie d'origine américaine⁸⁴ – il faut considérer le « pragmatisme » des Luxembourgeois dans un sens plutôt populaire, et peut-être plus pessimiste qu'aux Etats-Unis : un ingrédient en est la peur de manquer dans le futur, de retourner à l'état de l'économie luxembourgeoise en 1831.

Le pragmatisme a des avantages incontestables : un peuple de pragmatiques sera moins glorieux, mais aussi moins agressif que d'autres ; il sera accommodant, ce qui est une vertu morale, et aura tendance à fonctionner selon le principe « vivre et laisser vivre ». Par rapport à l'histoire de l'Europe, ces avantages du pragmatisme (qui peuvent, il est vrai, être simplement dus à la petite taille du Luxembourg) méritent d'être soulignés.

Mais le pragmatisme n'a pas que de bons côtés. Le pragmatisme – même le pragmatisme philosophique et, *a fortiori*, le pragmatisme populaire – est à l'opposé d'une orientation autour de principes cohérents⁸⁵. La cohérence des principes lui importe infiniment moins que l'opportunité concrète et peut-être passagère du résultat d'une mesure, fût-elle dérogoire à ces principes. Dès lors, le pragmatisme court un risque perpétuel de devenir opportuniste et aussi d'entrer de ce fait en conflit avec l'idée de droit commun : après tout, des mesures dérogoires au droit commun peuvent paraître opportunes – ce qui peut être perçu comme leur principale (et peut-être seule) vertu, particulièrement valorisée par le pragmatisme national.

25. Pragmatisme et adhésion à l'idée d'Etat de droit. En fait, c'est l'ordre juridique lui-même qui court des risques lorsque la mentalité collective d'un pays devient trop pragmatique. Au risque de choquer, j'avancerai ceci, sur le thème « Le Luxembourg et l'idée d'Etat de droit »⁸⁶ :

84 Parmi ses principaux représentants contemporains figure le célèbre pragmatiste de gauche Richard Rorty : voir son ouvrage *Philosophy and Social Hope*, Londres, Penguin, 1999.

85 Le pragmatisme philosophique le revendiquera : cf. R. Rorty, « Ethics Without Principles » in *Philosophy and Social Hope*, op. cit., p. 72 et s. Le modèle pragmatiste est à l'opposé, notamment, du modèle éthique de Kant.

86 Voir également L. Heuschling, « Une cour constitutionnelle pas comme les autres. Etendue, raisons et avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembour-

A mon avis, l'Etat de droit fonctionne (à présent) très bien au Luxembourg aussi longtemps qu'il s'agit de la défense des citoyens contre des mesures étatiques qui porteraient à leurs intérêts une atteinte illégale. Les citoyens y veillent, et les tribunaux les défendent. Ceci est évidemment loin d'être insignifiant ; la plupart des Etats du monde ne sont pas des Etats de droit, et le Luxembourg en est un. Il peut en être fier, mais il vaudrait mieux que la fierté ne vienne pas à l'auto-satisfaction. Car le Luxembourg ne fonctionne pas *entièrement* comme un Etat de droit.

Il cesse de l'être entièrement dès lors qu'il ne s'agit plus, pour l'administration, de porter directement atteinte aux droits de ses citoyens, mais de leur octroyer des *avantages*, ou d'en octroyer à certaines catégories de citoyens. A cet égard, c'est parfois un Etat laxiste⁸⁷. C'est ce qui a permis que se développent des phénomènes assez anodins, mais néanmoins illégaux comme la création de régimes généraux d'aide sociale sans base légale adéquate⁸⁸ ; mais aussi des phénomènes qui ne sont pas anodins. On pensera à la création, par circulaires administratives, du régime d'imposition propre aux « stock option plans »⁸⁹, qui est certainement illégal et même inconstitutionnel (articles 99 et 101 de la Constitution)⁹⁰ ; on peut y ajouter

geoise », à paraître dans les Actes du Colloque sur les 20 ans de la Cour constitutionnelle, section II.B.2.b, « Les réticences à l'égard de l'emprise du droit ». Dans cette contribution, Luc Heuschling se montre particulièrement pessimiste.

87 Il arrive aux pouvoirs publics luxembourgeois de fonctionner conformément à la maxime (humoristique ou cynique, cela dépend de l'appréciation de chacun) de Henry Kissinger : « *The illegal we do immediately ; the unconstitutional takes a little longer* » – maxime souvent répétée semble-t-il ; elle est dûment documentée sur *wikileaks* : https://wikileaks.org/plusd/cables/P860114-1573_MC_b.html#efmCS6CWs

88 Voir *infra* (note 92) le cas du chèque-service, selon le tribunal administratif.

89 Cf. *supra*, n° 10.

90 L'illégalité du système devient de plus en plus évidente, au fur et à mesure que de nouvelles circulaires sont publiées, en particulier pour réagir aux critiques dont il a été l'objet. La circulaire du directeur des contributions L.I.R. n° 104/2 du 29 novembre 2017, remplaçant les circulaires antérieures, introduit ainsi à titre de « condition raisonnable » la condition suivante (p. 6) : « Le plan d'option ne peut s'appliquer qu'aux personnes définies à l'article L.211-27 (5) du Code du travail », c'est-à-dire aux cadres supérieurs. Pourquoi cette restriction constituerait-elle une « condition raisonnable », en l'absence de toute décision en ce sens du législateur ? Par ailleurs, la circulaire tend à mettre en œuvre la décision du gouvernement (et non du parlement) d'imposer désormais au demi-taux global l'avantage résultant de la mise en place d'un plan d'option, c'est-à-dire de doubler la charge fiscale y afférente, tout en la laissant se maintenir à un niveau bien inférieur à la charge fiscale de droit commun. Comme il s'agit d'un régime mis en place par une circulaire, il doit faire semblant de reposer sur une évaluation réaliste, conforme à la *wirtschaftliche Betrachtungsweise* du droit fiscal, pouvant s'insérer dans la législation fiscale existante. Mais est-ce vraiment crédible ? Voyons la

le cas échéant, sous réserve de l'appréciation de la justice européenne, l'imposition de certaines entreprises par voie de *rulings*.

Ces pratiques ne relèvent pas de l'idée d'Etat de droit telle qu'elle est habituellement entendue. Une raison pour laquelle elles ont pu se développer et se maintenir consiste dans le fait que normalement personne n'aura l'intérêt et la qualité nécessaires pour agir en justice contre l'octroi, même injustifié au fond ou irrégulier en la forme, d'un avantage réservé à un autre individu⁹¹.

Et si les tribunaux en sont saisis (par des personnes qui croient remplir elles aussi les conditions d'attribution prévues par une pratique administrative ou par un texte réglementaire, illégaux), ils risquent de ne plus sanctionner

circulaire (p. 3) :

« Dans la pratique, la valeur estimée de réalisation des options librement négociables, mais non cotées en bourse, peut être fixée par recours à la méthode des économistes américains Myron Scholes et Fisher Black ou à une autre méthode financière comparable. A défaut d'application d'une telle méthode, la valeur d'une option librement cessible est présumée s'établir à 17,5% de la valeur sous-jacente du titre de participation (action) au moment de l'octroi de l'option jusqu'au 31 décembre 2017, et à 30,0% à partir du 1er janvier 2018 » (mise en évidence ajoutée, correspondant à un ajout de la circulaire de 2017 par rapport à la circulaire précédente du 20 décembre 2012).

Il est évidemment impossible qu'une évaluation à 17,5% puisse être valable jusqu'au 31 décembre 2017, pour passer à 30% à partir du 1^{er} janvier 2018, s'il doit s'agir dans les deux cas (ou même dans un seul de ces cas) d'une évaluation réaliste et conforme à des critères économiques...

- 91 Voir ainsi le point de vue très pessimiste d'Alain Steichen dans *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, Centre universitaire, 1994, p. 252-253 (« il n'existe aucune possibilité pour lutter contre des circulaires fiscales illégales »). A l'époque de sa publication, la thèse de l'auteur correspondait certainement à l'état, qui apparaît en rétrospective comme étonnamment archaïque, de l'Etat de droit luxembourgeois au début des années 1990 : contentieux fiscal attribué au directeur des contributions et en appel au comité du contentieux du Conseil d'Etat ; absence de contrôle de la constitutionnalité des lois et donc aussi de jurisprudence constitutionnelle sur le principe d'égalité. Nous n'en sommes plus là. Peut-on désormais imaginer l'adoption, par les juridictions administratives (et au besoin par la Cour constitutionnelle, si la règle dérogatoire est une règle de nature législative), d'une jurisprudence inspirée de la jurisprudence allemande selon laquelle le droit constitutionnel à l'égalité devant la loi implique la possibilité pour un citoyen ayant déposé une déclaration fiscale sincère de s'opposer à l'application de la loi fiscale qui n'est pas réellement appliquée à l'égard de ses concitoyens fraudeurs fiscaux, protégés à l'époque par le secret bancaire allemand, BVerfG 27 juin 1991, BVerfGE 84, p. 239 ? (voir aussi, à propos de l'évaluation trop favorable aux propriétaires fonciers de la propriété immobilière par les règles d'évaluation dans le cadre de l'impôt sur la fortune, BVerfG 22 juin 1995, BVerfGE 93, p. 121).

d'office cette illégalité : c'est là le reproche que l'on peut faire à un arrêt de la Cour administrative, l'arrêt du « chèque-service » du 27 octobre 2016⁹². C'est un arrêt excellemment rédigé, qui est lui-même inspiré d'une véritable philosophie pragmatique, et qui mérite à cet égard l'intérêt de tous les juristes, par exemple lorsqu'il énonce que

« Le service public de la justice comporte, dans la mesure du possible, non seulement que le juge dise le droit mais encore, d'un point de vue de paix sociale, qu'il résolve autant que possible le point litigieux entre parties ».

Mais il estime aussi devoir faire prévaloir des principes « de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique » sur l'exception d'illégalité du règlement en cause, exception d'illégalité que le tribunal administratif avait en première instance soulevée parce que le règlement avait été édicté, de l'avis du tribunal, sans base légale. Selon la Cour administrative en revanche, c'est

« sous le point de vue du caractère opérant du moyen soulevé d'office par le tribunal que la Cour, eu égard précisément aux principes généraux, à la fois de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique, est amenée à conclure au caractère précisément non opérant de la double exception d'illégalité soulevée d'office par le tribunal ».

Cette solution n'est pas opportune. Si les juridictions s'abstiennent de soulever, au besoin d'office, une illégalité d'ordre public, qui le fera à leur place ?

26. Et la transparence ? Une dernière caractéristique qu'a parfois l'ordre juridique luxembourgeois et qui n'est pas favorable à une défense vigoureuse du droit commun doit être signalée : la tendance à la non-transparence dans le droit dérogatoire. Pendant longtemps il est vrai, la non-transparence a fait très littéralement partie du modèle d'affaires luxembourgeois (il suffit de penser à l'utilisation qui était faite du secret bancaire), et elle est peut-être plus généralement caractéristique des petites sociétés homogènes⁹³.

92 Cour administrative 27 octobre 2016, n°s 37299C et 37321C, publié au JTL 2016, p. 186, avec une note.

93 Et peut-être plus caractéristique des pays de tradition catholique que des pays de tradition protestante.

Une illustration récente : la lettre du président de l'Union des entreprises luxembourgeoise au Ministre des finances, dans laquelle il l'invite à revenir sur son annonce selon laquelle le régime des stock options ferait l'objet d'une loi (c'est-à-dire d'un débat au parlement) :

« Un débat législatif exige du temps et provoque maintes remises en question, alors que les acteurs économiques demandent à être rassurés ».

Cette lettre a fait l'objet d'une fuite dans la presse⁹⁴ (ce qui est une bonne chose pour la transparence), mais pour l'instant, son but est atteint, et le régime des stock options reste « réglementé » par circulaire.

27. Seconde explication. L'évolution du modèle économique luxembourgeois. Après cette référence à des particularités culturelles du Luxembourg, plus ou moins influencées par le modèle économique national, venons-en à l'influence directe du modèle économique. Il y eut trois modèles économiques successifs au Luxembourg, très bien décrits dans l'*Histoire économique du Grand-Duché de Luxembourg 1815-2015* que Gérard Trausch vient de faire paraître⁹⁵ :

- le premier modèle a été, en substance, le modèle de la misère : c'est celui du Luxembourg préindustriel, « société à évolution lente » selon Gérard Trausch⁹⁶ ;
- le deuxième modèle, caractéristique des années 1880-1980, est celui du Luxembourg industriel, fondé sur la sidérurgie⁹⁷ ;
- le troisième modèle, le modèle actuel, est celui de la « financiarisation de la société »⁹⁸.

La financiarisation comporte un élément important d'élaboration de normes juridiques, sans lesquelles un avantage compétitif dans une économie

94 Voir la brève (signée bt) au *Lëtzebuurger Land* du 20 octobre 2017, sous le titre « Cher Pierre », reprise le jour même par *paperjam*, édition électronique (F. Aulner, « Nouvelle circulaire stock-options pour 2018 », 20 octobre 2017).

95 Luxembourg, Statec, 2017.

96 P. 88 et s.

97 P. 115 et s.

98 P. 299 et s.

financiarisée est, certainement pour un petit pays, inatteignable⁹⁹. La compétitivité du Luxembourg et le moteur de sa croissance ne viennent actuellement pas de la vente de produits industriels, mais de la vente de *produits normatifs* particulièrement adaptés à la demande internationale¹⁰⁰.

Ce phénomène s'observe dans des domaines divers : le droit fiscal ; le droit bancaire ; le droit des organismes de placements collectifs ; le droit des sociétés, des médias et communications ; et très récemment, le droit de l'exploitation des ressources de l'espace¹⁰¹. Toutes ces activités dépendent d'une normativité particulière, d'un équilibre plus ou moins savant entre le libéralisme des normes et la présence rassurante d'un régulateur. Et ce sont les domaines dans lesquels la législation luxembourgeoise a été dynamique et innovante depuis les années 1980.

28. « Juridisme », ordolibéralisme et droit commun : contrastes et tensions. Dans l'ouvrage de Gérard Trausch il est question du « juridisme », comme de l'un des sept pivots de l'avenir économique du Luxembourg¹⁰². Selon lui, le juridisme serait lié à l'ordolibéralisme de type allemand, qui aurait une influence notable au Luxembourg. Ce diagnostic n'est pas faux, dans la mesure où on retrouve au Luxembourg un certain nombre des *institutions* qui accompagnent l'ordolibéralisme¹⁰³. Mais il me sera permis d'être plus sceptique dès lors qu'il s'agit des rapports du Luxembourg avec la *pensée* ordolibérale. Le véritable ordolibéralisme est une école de pensée rigoureuse, qui tient à une orientation stricte sur les principes –

99 Voir de manière générale E. O'Hara et L. Ribstein, *The Law Market*, New York, Oxford University Press, 2009, et de manière spécifique au Luxembourg B. Thomas, « Les renards. Histoire du facteur de production souveraineté (1882-2014) », *d'Lëtzebuurger Land*, 2 janvier 2015, une contribution importante à l'histoire intellectuelle du pays.

100 Ainsi que des prestations de *back office* correspondantes, comme j'ai pu l'exprimer de manière un peu polémique, dans une autre conférence : « L'impérialisme juridique ? », *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexions sur l'évolution des sources techniques et normatives* (Actes du premier *Juristendag*), Windhof, Larcière-Promoculture, 2013, p. 176 et s., spéc. p. 181 et note 8.

101 Les Luxembourgeois ayant des affinités avec l'humour britannique pourront lire l'article, bien recherché, d'A.A. Abrahamian, « How a tax haven is leading the race to privatise space », *The Guardian*, 15 septembre 2017 (extrait : « The grand duchy – which has all the square footage of an asteroid and, with a population of half a million, not all that many more inhabitants – ... ») ; les autres diront que c'est l'article déplorable d'une Anglo-saxonne jalouse des succès du Luxembourg.

102 P. 374.

103 À la p. 341, G. Trausch énumère : « institutions stables et stabilité politique, Mitbestimmung, juridisme, poids accordé à la stabilité des prix et du plein emploi ».

principe de rigueur budgétaire et de stabilité monétaire certes, mais aussi principe de la concurrence non faussée et rôle ordonnateur de la puissance publique. Cette orientation stricte et même rigide sur des principes entrera toujours en conflit avec l'attitude opportuniste qui accompagne, sectoriellement, le pragmatisme des Luxembourgeois. Ainsi, on n'oubliera pas que c'est l'orientation ordolibérale du droit européen de la concurrence qui est derrière l'interdiction des aides d'Etat par le droit européen ; or la poursuite des aides d'Etat par la Commission européenne est en définitive, et spécialement en matière fiscale, un mécanisme de détection des avantages « sélectifs », dérogeant de manière injustifiée au droit commun¹⁰⁴. Est-on sûr que l'orientation de la politique fiscale du Luxembourg est, sur ce point, sur la même ligne que celle de la Commission européenne ?

En réalité, plutôt que par une adhésion du Luxembourg aux idées de l'ordolibéralisme, le « juridisme » luxembourgeois s'explique par ce facteur mis en avant par un banquier libanais, actif au Luxembourg, selon lequel le Luxembourg est comme une Silicon Valley de l'innovation juridique *productrice de richesses* :

„Luxemburg ist das Silicon Valley für rechtliche Innovation“

Die Privatbank Bemo Europe setzt auf das Großherzogtum und will bis 2020 zwei Milliarden Euro an Vermögen verwalten

Luxemburg. Die libanesische Obel-Gruppe ist seit rund 40 Jahren im Großherzogtum aktiv. Mittels luxemburgischer Holdings ist die Familie ihre verschiedenen Geschäftstätigkeiten – darunter dazu gehören Bankdienstleistungen und Produkte aus den Bereichen Chemie, Landwirtschaft und Konsumgüter, 1992 wurde die Holding für Bankaktivitäten in Luxemburg gegründet, 1984 folgte eine Banklizenzierung in Luxemburg. 2015 verlegte die Privatbank Bemo Europe ihren Sitz von Paris nach Luxemburg.

Dafür waren mehrere Gründe ausschlaggebend, so Verwaltungspräsident Rial Obel. In Luxemburg gebe es finanzielle und rechtliche Stabilität in Bezug auf zu verwaltende Vermögen, zudem ein Cluster an Experten und Innovation im finanziellen wie rechtlichen Bereich und das auf kleinstem Raum. Auch das Gesetz über die Fondation patrimoniale spiele eine wichtige Rolle.

Mit im Verwaltungsrat der Bemo Europe Privatbank sitzt Frédéric Grulins, früherer CEO der Agentur Luxembourg für Finance (LFF), die zur Aufgabe hat, neue Finanzplätze für das Finanzsystem zu erschließen.

Rial Obel sieht in Luxemburg das „Silicon Valley der rechtlichen Innovation“. Er habe sich kürzlich darüber mit Frédéric Grulins gesprochen: „Ich denke, die rechtliche Innovation kann ebensoviel Reichtum erzeugen wie technische Innovation“.

Die Kunden der Bank stammen aus dem Mittleren Osten, seien zum Teil in der Diaspora und suchen einen sicheren Hafen für ihr Vermögen. Auch die Golfregion ist für die Bank von Interesse. Es gebe einen Wettbewerb und Paris auch eine Präsenz in Dubai. Laut Generaldirektor Hans Hrechdakian geht es in der Regel um High-Net-Worth-Individuals, die unternehmerrisch tätig sind und Private-Banking-Lösungen suchen. „Ich

bis 2010, als ich nach Luxemburg kam, flossen Grulins begleitet und habe ihn gefragt, welche Regionen für LFF Priorität haben. Der Mittlere Osten war eine davon“, so Hrechdakian. Bemo komme heute eine Brückenfunktion zwischen Europa und dem Mittleren Osten zu.

Aktuell hat die Bemo Europe Bank Hrechdakian zirka 500 Millionen Euro Assets under Management. Das will man in den kommenden drei Jahren auf eine Milliarde steigern. 2020 sollen es bis zu zwei Milliarden Euro sein. Insgesamt möchte man dauerhaft

rund 1000 Kunden betreuen. Dieser Wert ist noch nicht ganz erreicht.

Gestern hat die Bemo Bank aus dem Bereich von Finanzminister Pierre Griesgorn einen neuen Firmensitz eingeweiht – am Boulevard Royal, Hausnummer 20, im südlichen Stock. Eine gute Adresse, in unmittelbarer Nähe zu Altstadt mit ihren Geschäftsvierteln. Für Umstand, den die Bank nicht zu schätzen weiß. Zudem wird der Lauf der Bemo auch als Investition betrachtet.

Die Bemo Europe hat 26 Mitarbeiter. In absehbarer Zeit sollen es in Luxemburg 25 werden.

Auch wenn die angestrebte Zahl der Kunden die 1.000 nicht wesentlich übersteigen soll und die meisten aus dem Mittleren Osten stammen, betonen die Verantwortlichen der Bank den Nutzen für das Großherzogtum. Man trage einen Teil dazu bei, die Wirtschaft zu diversifizieren.



Der neue Firmensitz wurde gestern im Beisein von Hans Hrechdakian, Pierre Griesgorn und Rial Obel (links) eingeweiht. (Foto: AFP/UT) (A)

« Ich denke, die rechtliche Innovation kann ebensoviel Reichtum erzeugen wie technische Innovation ». Luxemburger Wort, 9 juin 2015

¹⁰⁴ Voir par exemple CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Commission européenne c. World Duty Free Group SA e.a.*, C-20/15P et C-21/15P, ECLI:EU:C:2016:981, points 57 et 67. Sur le thème des *rulings* luxembourgeois et de leur compatibilité avec les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, voir les références des affaires introduites devant le Tribunal de l'Union, *supra*, note 44.

Le Luxembourg n'est évidemment pas le seul Etat à être un participant actif au marché international des normes. Certains grands Etats le sont aussi ; mais la vente de produits normatifs tend à être plutôt une spécialisation du modèle économique des *petits Etats politiquement stables*. Ces Etats ne sont pas nécessairement des démocraties – Singapour est, après tout, un participant actif sur ce marché – mais ils le sont fréquemment : l'Irlande, et dans une certaine mesure la Suisse, la Belgique et les Pays-Bas sont des concurrents du Luxembourg dans ce marché (le modèle économique luxembourgeois est en fait la radicalisation d'un modèle Benelux). Les avantages que cela comporte en termes économiques, comme les inconvénients que cela comporte en termes de respect du droit commun, peuvent être exacerbés au Luxembourg par sa petite taille. Comme le pragmatisme d'un pays, sa petite taille a des inconvénients.

Le modèle économique du Luxembourg étant ce qu'il est, il faut que ses produits normatifs soient compétitifs sur le marché international des normes, qu'ils se démarquent de la concurrence, ce qui ne facilite pas la recherche de l'équilibre caractéristique du droit commun. D'où une série de questions, qui sont fondamentales compte tenu de l'économie du droit luxembourgeois : 1°, est-ce que le maintien, par un ordre juridique, d'un droit commun de bon niveau est indispensable à sa compétitivité ? (Réponse : peut-être non, mais cela n'enlève rien à l'utilité du maintien à niveau du droit commun ; il y a d'autres buts dans la vie d'un Etat et de ses citoyens que le souci de sa compétitivité économique) ; 2°, est-ce que, à l'inverse, la sauvegarde du droit commun, au sens où l'entend la présente conférence, est un *obstacle* à la compétitivité du Luxembourg¹⁰⁵ ? (Réponse : il serait profondément affligeant si tel était le cas, ou si les juristes luxembourgeois en étaient convaincus).

B. – Un apparent paradoxe : la difficulté de la modernisation du droit commun

29. Un regard clinique. Le droit commun se doit de rester à jour ; un droit commun qui n'évolue pas sera inévitablement, à un moment ou à un autre, un droit commun obsolète. Or, il me semble qu'en regardant le droit luxembourgeois avec le regard froid d'un clinicien, on reconnaîtra qu'il a actuellement du mal à se moderniser, et ceci spécifiquement dans les matières centrales du droit privé (et aussi dans la matière, annexe mais

¹⁰⁵ Voir la Section C ci-dessous, « La préférence politique pour le droit dérogoire ».

non dépourvue d'importance, de la procédure civile). Un regard de clinicien n'est jamais un regard de moralisateur ou de polémiste : si je constate ici que la modernisation du droit privé luxembourgeois est en panne, ce n'est pas pour formuler une accusation facile contre tel ou tel ministre de la justice, ses fonctionnaires ou contre les membres de la Chambre des députés. Chacune de ces personnes travaille consciencieusement, à n'en pas douter. Le problème est un problème structurel, et non un problème de responsabilité individuelle ; mais les problèmes structurels sont par définition les plus difficiles.

Un regard clinique suppose que l'on constate les symptômes, que l'on détermine les causes (ou spéculer sur elles, s'agissant d'une question qui ne relève pas d'une science exacte) et que l'on cherche des remèdes.

30. Symptômes. Nous nous concentrerons sur le droit privé ; le droit pénal luxembourgeois, quant à lui, semble être en mesure de se moderniser : de nouvelles infractions pénales sont ajoutées régulièrement au Code pénal, et le Code d'instruction criminelle a même changé de nom pour devenir, du fait de la loi du 8 mars 2017, le Code de procédure pénale. Cette modernisation existe par conséquent ; il appartiendra aux spécialistes du droit pénal de juger de sa qualité.

Les dernières réformes techniquement ambitieuses du Code civil datent de 1987, lorsque le législateur luxembourgeois – suivi partiellement, et non réellement suivi sur d'autres points, par la jurisprudence subséquente – introduisit des dispositions modificatrices, inspirées en partie du droit français mais en partie d'autres sources, en matière de droit des obligations¹⁰⁶ et en matière de droit de propriété¹⁰⁷. Depuis lors, certaines réformes ont

106 Loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique des consommateurs. Comme le relève Pascal Ancel (*Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 12 ; n°s 253 et s.), il s'agit d'un îlot d'inspiration essentiellement germanique (Allemagne et Suisse) au milieu du Code civil, cherchant à contrer les situations contractuelles déséquilibrées.

107 Loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du Code civil. À l'époque, Alphonse Spielmann (« D'un certain conformisme à un libre examen certain. De quelques aspects de la vie juridique », *Mémorial 1989 : La société luxembourgeoise de 1839 à 1989* (M. Gerges, dir.), Luxembourg, Publications mosellanes, 1989, p. 93 et s., spéc. p. 103), a pu exprimer l'opinion que « cette réforme, du reste passée presque inaperçue, doit être considérée comme une révolution en matière du droit à la propriété ». Mais la révolution ne s'est pas concrétisée en jurisprudence.

été menées à bien, dont l'introduction du mariage entre personnes du même sexe, réforme importante sur le plan sociétal et qui a entraîné mécaniquement un certain nombre de modifications du texte du Code civil. Mais en droit de la famille, d'autres réformes nécessaires progressent avec une lenteur excessive. La réforme du droit du divorce n'est toujours pas adoptée. Il en va de même de la réforme du droit de la filiation, droit dont de larges pans ont pourtant été déclarés contraires à la Constitution par une série d'arrêtés de la Cour constitutionnelle dont le premier date de 1999¹⁰⁸. Depuis cet arrêt rendu il y a plus de 18 ans, des travaux préparatoires sont certes en cours, mais ils n'ont pas abouti – ce qui est manifestement anormal et injustifiable. Le fait qu'en 2013 la Cour constitutionnelle ait elle-même relevé dans un autre arrêt – d'une manière hautement inhabituelle de la part d'une juridiction luxembourgeoise – que l'article invalidé en 1999 « n'a pas été mis en conformité à la Constitution par le législateur »¹⁰⁹ n'a pas ému celui-ci et donne l'apparence, que l'on espère trompeuse, de ne même pas l'intéresser.

Aucune réforme du droit des obligations ne semble être envisagée de la part des autorités ; pourtant, la France vient de moderniser complètement cette partie du Code civil, et la Belgique est elle-même en train d'y travailler. À la fin de ce processus, s'il maintient réellement cette partie du Code civil dans sa pureté originelle de 1804, le Luxembourg aura fait preuve d'une remarquable stabilité de ses institutions juridiques¹¹⁰, mais il sera bien seul, du moins en Europe, à maintenir ce code qui apparaîtra à ce moment comme obsolète.

La même observation peut être faite à propos du « Nouveau » Code de procédure civile : la modernisation de la procédure civile qui a été opérée en 1996 a consisté à veiller, dans un esprit rigoureusement pragmatique, à modifier uniquement les articles les plus fréquemment applicables, en introduisant la procédure de la mise en état au Luxembourg. Mais aucune initiative pour moderniser les autres dispositions du Code n'a été entreprise, et ce Code contient toujours des horreurs comme la requête civile, la procédure de l'inscription de faux, ou des procédures de saisie datant de 1806. Les procédures commerciales sont-elles plus modernes ? Même pas : la procédure de la faillite reste telle que l'a réglementée le législateur de 1870 (livre « Des faillites, banqueroutes et sursis » du Code de commerce), et

108 Arrêt du 26 mars 1999, n° 7.

109 Arrêt du 7 juin 2013, n° 99.

110 Autre élément de notre *nation branding* ?

on ne s'étonnera pas que la Commission européenne ait, dans une étude de 2016, mis le Luxembourg au 27^e rang des 28 Etats membres de l'Union « when it comes to the effectiveness of its insolvency proceedings »¹¹¹.

Mais tout ceci ne signifie pas que le Luxembourg n'aurait pas de parlement, ou que son parlement resterait inactif. Au contraire, le parlement luxembourgeois s'active dans de nombreux domaines. Il produit des lois innovantes et intellectuellement intéressantes – mais il les produit essentiellement pour positionner le Luxembourg, en tant que « Silicon Valley für rechtliche Innovation », sur le marché international des normes¹¹². Ces lois ne correspondent pas à notre définition de droit commun – ce qui n'est pas, en soi, une condamnation, mais ce qui peut en devenir une si le législateur ne fait rien pour moderniser également le véritable droit commun.

A propos d'une loi récente, une discussion est possible : il s'agit de la nouvelle loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Le droit des sociétés fait partie, en principe, du droit commun, et l'énergie législative qui a été mise dans cette réforme est remarquable¹¹³. La nouvelle loi est incontestablement un succès – elle a été saluée comme telle par les parlementaires, et a fait l'objet d'un nombre, inhabituel au Luxembourg, de conférences et même de livres¹¹⁴ –, mais l'est-elle vraiment dans le domaine du droit commun ? « Tout en reconnaissant l'ampleur du travail accompli », la Chambre des notaires a estimé que non :

« le nouveau droit qui sera issu de la refonte de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales sera particulièrement adapté aux sociétés financières au détriment des sociétés commerciales de type classique. Les commentaires des articles semblent confirmer

111 Communiqué de presse de la Commission du 22 novembre 2016, IP/16/3802 (citation extraite des *country-specific fact sheets* annexés). Le 28^e Etat dans cette classification est la République de Malte.

112 *Supra*, n° 28.

113 Numéro de dossier parlementaire 5730. Ainsi, les seuls amendements parlementaires élaborés en 2015 et munis de commentaires substantiels comportent 77 pages.

114 *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés* (A. Prüm., dir.), Bruxelles, Larcier, 2017 ; voir aussi des volumes qui font amplement état des travaux préparatoires de la loi : *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales* (Y. Staechele-Stefanova et J.-M. Schmit, dir.), Waterloo, Wolters Kluwer, 2015 ; *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés* (A. Prüm., dir.), Bruxelles, Larcier, 2016.

cette analyse en ce sens qu'il est fréquemment fait référence aux hedge funds, private equity, ... et non aux sociétés ayant une activité commerciale ou industrielle. Toutefois les articles de la loi sont de portée générale et non limités à ces types de sociétés. La Chambre des Notaires a le sentiment que les modifications introduites de manière générale ne seront pas adaptées aux sociétés commerciales de type classique qui existent encore en grand nombre au Grand-Duché de Luxembourg »¹¹⁵.

Cette critique a elle-même été critiquée¹¹⁶, mais elle est justifiée quant au fond. La loi du 10 août 2016 n'introduit pas une réglementation qui nuirait carrément au bon fonctionnement des « sociétés commerciales de type classique » ; simplement, en se concentrant sur l'introduction de *tracking shares* et d'autres innovations inspirées, pour les unes, du droit anglo-américain, pour les autres du souhait des juristes d'affaires de pouvoir certifier, sans le moindre doute, la conformité au droit des structures de sociétés utilisées en pratique, le législateur a inséré dans la loi générale relative aux sociétés commerciales des dispositions qui auraient également, et mieux, pu figurer dans des dispositions spéciales aux sociétés à objet financier ou aux structures de private equity¹¹⁷. Ce qu'il n'a pas fait en revanche, c'est moderniser à fond le régime de droit commun qui s'applique non seulement à ces sociétés-là, mais encore aux autres, dont les « sociétés commerciales de type classique » auxquelles a pensé la Chambre des notaires. L'énergie législative a été canalisée autrement.

Voici une statistique de l'activité législative au Luxembourg du 1^{er} janvier 2016 au 30 septembre 2017¹¹⁸ :

115 Avis de la Chambre des notaires, *Doc. parl.* 5730*, p. 1-2.

116 A. Elvinger, « Le carrousel des nullités dans la loi du 10 août 2016 sur les sociétés commerciales : modernisation ou régression, protection ou insécurité ? », *JTL* 2016, p. 129, note 1.

117 Voir I. Corbisier, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *RPS-TRV* 2017, p. 416 et s., qui souligne notamment que le régime des sociétés à responsabilité limitée, tel qu'il résulte de la nouvelle loi, est désormais très orienté sur leur utilisation comme véhicules de *private equity* (p. 456). De manière générale, selon Isabelle Corbisier, la loi se caractérise par sa « sollicitude exprimée à l'endroit des actionnaires/associés majoritaires et contrôleurs » (pp. 444, 461).

118 Statistique établie par M^e Alix Kayser.

Du 1^{er} janvier 2016 au 30 septembre 2017, 201 lois ont été publiées, dont

44 lois de transposition de directives européennes,

29 lois de ratification de traités internationaux

35 lois d'organisation administrative.

Une dizaine de lois dans chacun des domaines suivants:

- droit de l'environnement,
- enseignement public,
- fonction publique,
- droit du travail.

5 lois en matière de droit des sociétés, 5 lois en matière de droit pénal et 6 lois en matière civile ou en matière de nationalité.

Le législateur luxembourgeois n'est pas paresseux, loin de là. Mais il est visiblement débordé du fait des obligations internationales du Luxembourg¹¹⁹, du fait des besoins inévitable d'organiser l'Etat sur le plan bureaucratique et d'introduire des réglementations dans des domaines qui intéressent particulièrement les électeurs et des secteurs de l'économie. Il reste un peu de temps gouvernemental et parlementaire pour la législation civile et pénale ordinaire, mais un peu de temps seulement.

31. Causes. La modernisation, et la modernisation constante, du droit luxembourgeois est une nécessité. En ce qui concerne les domaines économiquement porteurs de ce droit, la modernisation est menée avec énergie par l'Etat, souvent avec l'aide du secteur privé, et elle est même parfois accompagnée d'une profusion de travaux doctrinaux. En revanche, en ce qui concerne le droit commun – non pas tout le droit commun peut-être, mais les domaines du droit privé dont la modernisation s'apparente à autant de vastes chantiers – l'on ne peut que constater les difficultés regrettables de

¹¹⁹ Sur ce phénomène, voir infra, n° 31.

sa modernisation. Ces difficultés sont *a priori* paradoxales : jamais dans son histoire le Luxembourg n'a compté autant de juristes (juges et avocats ; fonctionnaires auprès des ministères ; assistants parlementaires) qu'aujourd'hui. S'il a réussi au cours des dynamiques années 1970 et 1980 à moderniser son droit commun, pourquoi en serait-il incapable en 2017¹²⁰ ?

On peut avancer deux explications à ce paradoxe.

Une première explication est que rien ne garantit qu'un doublement, ou un décuplement, du nombre des juristes (en ce qui concerne les avocats, leur nombre était de 216 en 1977¹²¹, alors qu'il est de plus de 2500 en 2017) équivaut à un accroissement proportionnel de l'intérêt pour le sort du droit commun. Les juristes luxembourgeois sont en général pragmatiques, comme le sont leurs concitoyens, et préfèrent concentrer leur énergie sur des domaines du droit plus porteurs dans une économie financiarisée. C'est le cas en particulier de la plupart des juristes les plus brillants, notamment (mais pas exclusivement) du barreau luxembourgeois, qui sont nettement plus nombreux aujourd'hui qu'autrefois. On peut le regretter, mais les regrets n'y changeront rien. Et leurs priorités seront en général également les priorités politiques du moment.

Une deuxième explication est que même pour le Ministère de la justice, qu'il n'y a pas lieu de soupçonner de ne pas aimer le droit commun, il se peut que les priorités tout banalement (mais inévitablement) administratives soient ailleurs. Un phénomène a en effet changé la donne, pour un petit Etat comme le Luxembourg, depuis 1980 : l'activité législative au niveau européen s'est accrue, et si son accroissement ne représente aucun problème pour un Etat de la taille de la France ou de l'Allemagne, il en représente un pour le Luxembourg. La participation aux travaux préparatoires de directives et règlements européens absorbe désormais des

¹²⁰ La situation n'est *pas encore* aussi grave qu'au cours des années 1950 et 1960, époque d'obsolescence avérée du droit commun luxembourgeois : voir les classiques cris du cœur de M^e Alex Bonn, « Considérations sur la réforme judiciaire », *Bull. Laurent*, vol. I, p. 163 (spéc. la section II) et « Le droit luxembourgeois – science secrète », *Bull. Laurent*, vol. II, p. 105 ; également la note anonyme à la *Pas. lux.* 19, p. 349, 2^e colonne, à propos d'une réforme envisagée de la procédure pénale :

« Si le législateur envisageait une réforme législative "luxembourgeoise", parce que ni le Code belge de 1891, ni le Nouveau Code de procédure pénale français ne lui donnent satisfaction, on peut, dès à présent, s'attendre au pire ».

¹²¹ Cf. l'exposé, assez malthusien, de M^e J. Biever, « La pléthore des avocats », *FSY* n° 39 (1977), p. 4.

ressources qui sont proportionnellement beaucoup plus importantes pour un petit pays que pour une grande nation.

32. Remèdes. Dans l'hypothèse la plus pessimiste, celle où l'inaction du gouvernement et du parlement se prolongerait indéfiniment, de deux choses l'une. Soit il n'y a pas de remède du tout à l'obsolescence progressive du droit commun luxembourgeois (ce qui serait déplorable, quoique confortable pour les plus pragmatiques des praticiens, qui pourraient continuer indéfiniment à se servir de leur savoir acquis). Soit il y a un remède, mais ce remède devrait dans cette hypothèse venir des tribunaux : le droit luxembourgeois deviendrait progressivement un **droit jurisprudentiel**. Cette solution n'est pas totalement irréaliste : après tout, dans les interstices des codifications se trouvent dès à présent des îlots de droit jurisprudentiel (par exemple le droit de la responsabilité civile, ou le droit international privé avant sa codification européenne). Dans les domaines où le droit luxembourgeois s'inspire du droit français, nos tribunaux n'ont eu aucune difficulté à suivre l'évolution de la jurisprudence française, y compris là où elle a adopté une interprétation évolutive des textes et a adapté le droit civil à l'évolution de la société, au-delà des textes de la loi¹²². Par conséquent, même si les textes, mettons, du droit luxembourgeois des obligations restaient inchangés, rien n'empêcherait les tribunaux luxembourgeois de continuer à s'inspirer de l'évolution de la jurisprudence française, à condition de bien comprendre ce qui est la réalité — à savoir que la récente réforme française du droit des obligations est à 95% une codification de la jurisprudence des deux cents dernières années et qui a dès à présent été reprise au Luxembourg, et à 5% une adaptation des règles de droit à l'idée de bonne foi telle qu'elle est actuellement comprise.

Il y a néanmoins des difficultés avec cette solution. D'abord, il n'est pas certain que les tribunaux luxembourgeois comprendront la réforme française du droit des obligations de cette manière, et, même s'ils partagent cette compréhension, il n'est pas certain qu'ils accepteront de moderniser, sans modification des textes, les solutions du droit luxembourgeois là où cela correspondrait aux 5% de solutions législatives innovatrices en droit français. Et en ce qui concerne les textes luxembourgeois qui ne se

122 Voir P. Ancel, « Le droit luxembourgeois des contrats, un droit sous influence(s) », *RDC* 2014, p. 295, une contribution perspicace et sensible, qui souligne que l'attitude d'allégeance apparente des tribunaux luxembourgeois à l'égard des solutions françaises est « commandée par des considérations pragmatiques d'économie de moyens » (p. 301).

rattachent pas à un modèle étranger (c'est-à-dire, en droit privé, à un modèle français ou belge), on ne peut que constater que les tribunaux restent le plus souvent fidèles au modèle d'interprétation exégétique¹²³ : les tribunaux y sont textualistes en présence de ce qu'ils estiment être des textes clairs, et à défaut, ils ont tendance à consulter les travaux préparatoires des lois et à suivre la volonté du législateur historique. Ils refusent en général le rôle de co-législateurs (qu'ils acceptent en revanche dès lors qu'ils suivent la jurisprudence française dans son évolution) ou de combler les lacunes des textes législatifs¹²⁴. Il faudrait par conséquent que les tribunaux changent d'approche, décident de s'émanciper de la volonté du législateur historique et assument le caractère évolutif d'un droit qui ne peut pas rester figé indéfiniment dans l'attente d'une réforme législative.

Mais, que les tribunaux se résolvent ou non à cette révolution juridique, il faudra également des **réformes législatives**. Ainsi, aucune modification purement jurisprudentielle ne pourra permettre de remplacer les dispositions surannées du Nouveau Code de procédure civile sur les saisies par un droit des saisies résolument moderne.

Et il serait évidemment préférable que le Code civil luxembourgeois fût lui aussi modernisé, y compris dans ses parties les plus techniques et les plus fondamentales, par le législateur, indépendamment de sa modernisation éventuelle par la jurisprudence des tribunaux. On pourrait imaginer qu'il fût renoué avec les groupes de travail qui, au cours des années 1970 et 1980, se réunissaient régulièrement sous la présidence de fonctionnaires du Ministère de la justice et qui élaboraient, généralement en s'inspirant des réformes législatives françaises ou belges, des textes qui permettaient au droit luxembourgeois de rester à jour. Le droit commun en bénéficierait assurément.

Reste à parler d'un autre risque que le risque d'obsolescence du droit commun :

123 Cf., de la part d'un collectif d'auteurs du groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant, « Culture et droit civil », *Pas. lux.* 34, p. 353 et s., spéc. p. 368-369.

124 Cette observation vaut en ce qui concerne les tribunaux judiciaires, ceux qui sont en charge du droit privé. La Cour administrative, quant à elle, a pour l'instant une tout autre approche : voir le compte-rendu, par B. Olinger, d'une conférence du Président de la Cour administrative de novembre 2016, *JTL* 2016, p. 190.

C. – La préférence politique pour le droit dérogatoire

33. La demande et l'offre. Dans notre définition du droit commun, par opposition au droit dérogatoire¹²⁵, nous avons défini le droit commun comme un ensemble de règles formant un système orienté autour de principes cohérents, et un ensemble de règles qui évitent « le spectaculaire, l'exorbitant, les privilèges ». C'est en cela que le droit commun risque d'être insidieusement évincé par des innovations juridiques, en provenance de la « Silicon Valley für rechtliche Innovation », qui répondent à une demande (internationale ou même interne au pays) de dérogations, parfois de spectaculaire, ou même de privilèges. Si le législateur, qui est responsable de l'offre de produits législatifs, cède trop facilement à cette tentation, s'il introduit des régimes dérogatoires sans égard aux risques qu'il crée pour le droit commun, le droit commun est lui-même en danger.

34. Un risque particulier : la regulatory capture. Ce risque peut s'ajouter, le cas échéant, au développement progressif d'un droit dérogatoire foisonnant. Il ne s'agit pas du simple lobbying, phénomène qui a existé de tous temps, mais d'un risque plus particulièrement inhérent à la procédure d'élaboration de textes dans un environnement juridique de plus en plus complexe.

La théorie de la *regulatory capture* a été élaborée originellement dans le cadre de l'école de Chicago¹²⁶, qui propose par principe des solutions très libérales à des problèmes d'intérêt général. Intrinsèquement, cette théorie se rattache à l'école dite du « public choice », application au droit public de l'idée de *rational choice* qui, émanant d'économistes ou de juristes, aboutira toujours à faire prévaloir un raisonnement strictement économique sur un raisonnement d'ordre moral ou politique. L'école du « public choice » est même particulièrement pessimiste en ce qui concerne la réalisabilité

¹²⁵ *Supra*, n° 3.

¹²⁶ L'article pionnier, très bref, sur la *regulatory capture* est celui de George J. Stigler, de l'Université de Chicago, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management*, vol. 2 (1971), p. 3 et s. (le terme de *regulatory capture* ne figure pas encore dans cet article). Voir M. Levine et J. Forrence, « Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda : Towards a Synthesis », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6 (1990), p. 167 et s. ; J.-J. Laffont et J. Tirole, « The Politics of Government Decision Making : A Theory of Regulatory Capture », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106 (1991), p. 1089 et s. ; C. Carrigan et C. Coglianese, « Capturing Regulatory Reality : Stigler's Theory of Economic Regulation », University of Pennsylvania Faculty Scholarship Paper 1650 (2016).

des idées de bonne gouvernance ou de démocratie. Mais il n'est pas nécessaire d'adhérer à cette école pour reconnaître qu'il lui arrive de décrire exactement certains phénomènes.

La *regulatory capture* consiste en ce que les entreprises réglementées, bien informées sur les besoins de leur secteur et consultées à ce titre par les pouvoirs publics qui les considèrent comme leurs partenaires, réussissent (et risquent de *toujours réussir*, selon les théoriciens du « public choice ») à « capturer » les régulateurs et les gouvernants, simplement en étant plus efficaces et mieux informés qu'eux : ce sont les phénomènes d'« information capture » ou d'« expertise capture »¹²⁷. Cette forme très particulière de partenariat public-privé existe évidemment aussi au Luxembourg, et elle a fait récemment l'objet d'une discrète critique de la part de M. Jean Guill, ancien directeur général de la CSSF¹²⁸.

Ce n'est qu'exceptionnellement que le risque de *regulatory capture* se matérialise non plus en droit dérogatoire, mais en droit commun : on se souviendra de l'incident de la reprise par l'ancien Ministère des classes moyennes d'un avant-projet de loi proposé par un avocat à la Cour, président de l'Union des propriétaires du Grand-Duché de Luxembourg et qui concernait le bail commercial. Le Ministre de l'économie, M. Etienne Schneider, a à cette occasion pris ses distances par rapport à cette manière de procéder¹²⁹.

¹²⁷ A. Berman, « Industry, Regulatory Capture and Transnational Standard Setting », *AJIL Unbound*, vol. 111 (2017), p. 112 et s.

¹²⁸ Dans une interview au *Lëtzeburger Land*, 28 juillet 2017, « La rupture du "cercle de confiance" ». Ses critiques ont-elles-mêmes donné lieu à des réactions : voir A. Elvinger, « "Tenir la plume", réaction à l'interview avec l'ancien directeur général de la CSSF, Jean Guill, parue le 28 juillet 2017 », *d'Lëtzeburger Land*, 11 août 2017, qui critique essentiellement le journaliste ayant recueilli les propos de M. Guill ; et, de la part du Ministre des finances, sa réponse à la question parlementaire 3197, *Compte-rendu des séances publiques de la Chambre des Députés*, 2016-2017, n° 16, p. Q275, ainsi que, sur un ton moins diplomatique, l'entretien donné par le Ministre à paperjam, édition électronique, 11 septembre 2017, où se trouve critiqué « le fonctionnaire retraité » lui-même.

¹²⁹ Réponse à la question parlementaire n° 1358, *Compte-rendu des séances publiques de la Chambre des Députés*, 2014-2015, n° 17, p. Q264 :

« En général, j'estime qu'il va à l'encontre d'une bonne gouvernance voire qu'il est inadmissible qu'un ministère ou une administration se fait assister ou consulter par un expert externe lors de la préparation d'un projet de loi ou d'un projet de règlement grand-ducal, alors que celui-ci représente simultanément les intérêts de milieux ou de groupes directement concernés d'un point de vue matériel voire financier par les dispositions y prévues.

35. Les dérogations au droit commun en droit fiscal. Le droit fiscal luxembourgeois est peut-être particulièrement fragile dès lors qu'il s'agit de défendre l'idée de droit commun contre des dérogations même objectivement injustifiables. Sans vouloir (re-)parler du cas des *rulings*, qui est actuellement soumis à la justice européenne, ni du cas des « stock options », des mesures dérogatoires ont figuré et continueront vraisemblablement à être introduites dans le droit fiscal normatif luxembourgeois¹³⁰.

Dans un article de 2013, Alain Steichen donne des conseils au législateur fiscal luxembourgeois¹³¹ : privilégier l'acte créateur de richesse sur sa distribution, privilégier la proportionnalité sur la progressivité de l'impôt, privilégier l'imposition de la consommation sur celle du revenu, ne pas se soucier de l'opinion des nombreux envieux de l'étranger, hostiles à « la culture du pays »¹³². Mais aussi ceci, qui mérite assurément d'être pris au sérieux : se souvenir de ce qu'un certain degré de respect du droit commun n'est pas une option, mais une obligation au regard de l'interdiction européenne des aides d'Etat¹³³. La proposition de l'auteur consiste dès lors à changer d'approche :

Quant à la question si l'externalisation de la rédaction de textes de loi constitue une pratique courante, je tiens à informer l'honorable député que pour certains projets de loi ou de règlements grand-ducaux, en particulier ceux relevant d'une matière juridiquement ou techniquement complexe, les services du ministère de l'Économie recourent parfois aux services de conseils externes. Dans ces cas, il est scrupuleusement veillé à ce qu'aucun conflit d'intérêts ne puisse naître d'une situation dans laquelle un tel conseiller externe possède et défend, à titre personnel ou professionnel, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont il s'acquitte d'une telle mission. En outre, il n'est absolument pas d'usage que de tels prestataires fournissent des services sans être rémunérés et sans qu'un contrat de prestation de services n'existe qui définit les objectifs et le périmètre de la mission ».

130 Un exemple : le régime fiscal de la propriété intellectuelle dit « patent box » (article 50bis L.I.R.), abrogé par la loi du 18 décembre 2015 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2016, et qui avait été critiqué par l'OCDE comme étant une « harmful tax practice » (cf. la réponse du Ministre des finances à la question parlementaire 1673, *Compte-rendu des séances publiques de la Chambre des Députés* 2015-2016, n° 6, p. Q86) et qui avait été critiqué dans le cadre de l'Union européenne.

131 A. Steichen, « A la croisée des chemins. La politique fiscale luxembourgeoise : ses fonctions, ses contraintes et ses contradictions », *forum*, avril 2013, p. 55 et s.

132 P. 59, dans le contexte de la défense d'un système de *rulings*.

133 Cf. *supra*, texte accompagnant la note 104.

« Il ... faut éviter d'accorder des aides d'État, ce qui sera le cas si le traitement fiscal est dérogatoire au droit commun La technique à utiliser doit dès lors être celle de la politique fiscale par la norme : au lieu de déroger au droit commun en prévoyant des mesures de faveur à caractère d'exception, il faut s'engager à définir un régime fiscal de droit commun présentant de manière générale des caractéristiques susceptibles de favoriser l'objectif économique recherché. Si, du coup, une entreprise locale, qui n'était pas visée par le régime, profitera également de la mesure, il faudra l'accepter comme "dommage collatéral" tant que les bénéfices escomptés par la mesure excèdent leurs coûts »¹³⁴.

Cette proposition consiste à faire du droit commun, en droit fiscal, un facteur de compétitivité et un produit sur le marché international des normes. Selon le sens exact qu'a cette proposition¹³⁵, on peut envisager de procéder ainsi, sous réserve d'un véritable débat démocratique, mené au parlement et dans la presse, qui portera sur la balance coût-avantages envisagée et qui prendra en considération, bien entendu, le coût en termes de cohésion sociale.

36. Les dérogations au droit commun en droit privé. On en présentera trois, tout en sachant qu'il y en a d'autres¹³⁶.

134 P. 59.

135 S'agit-il de proposer une solution « à l'irlandaise », qui consiste à abaisser fortement le taux général d'imposition des collectivités ? Il semble que non, puisqu'en égard à son contexte, le passage cité au texte paraît destiné spécifiquement à « préserver » ou « promouvoir » deux secteurs d'activités, le secteur d'« organisation spatiale de groupes internationaux (localisation de la holding, de la société de financement, etc.) » et le secteur bancaire. Les recommandations de l'auteur restent donc allusives.

136 Dans chaque cas, le fait que la disposition soit dérogatoire ne signifie pas automatiquement qu'elle est *illégitimement* dérogatoire, mais que la question de la légitimité des dérogations doit être examinée au regard du principe d'égalité (*supra*, n°s 13 et s.). Voici quelques exemples autres que ceux discutés au texte : (1) L'article 61-2 (5) de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, introduit par une loi du 12 janvier 2001 qui crée un régime de dérogation au droit des saisies et mises sous séquestre en empêchant leur application aux comptes de règlement entretenus auprès des opérateurs de systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres agréés au Luxembourg (c'est-à-dire, en substance, auprès de la société Clearstream) ; cette mesure, saluée par la Banque Centrale Européenne (*Doc. parl.* 4611¹, p. 11), était destinée à neutraliser l'avantage concurrentiel que le droit belge, qui contient des mesures similaires, réservait à Euroclear. Le texte en question se trouve actuellement transféré à l'article 111 (5) de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement. – (2) Dans la loi du 16 décembre 2011 concernant l'exercice de la profession d'avocat sous

1^o Premier exemple : le projet de loi n° 6595 relatif à la fondation patrimoniale. Il s'agit d'un projet de loi qui, tout en ayant été préparé par le Ministère des finances, touche étroitement au droit patrimonial de la famille. Il a en effet la potentialité de flexibiliser considérablement, par rapport au droit civil commun, les règles de droit relatives à la gestion des biens confiés à une fondation patrimoniale, qui normalement feraient partie de la succession de leur propriétaire. Le projet de loi tend à créer un équivalent fonctionnel au trust tel qu'il est utilisé dans le cadre de l'*estate planning* dans le monde anglo-américain. Sans doute destinée prioritairement à des non-résidents, la fondation patrimoniale est pourtant également susceptible d'être utilisée par des résidents dont la succession est soumise au droit luxembourgeois. Le projet de loi initial contenait même une ambiguïté, voulue ou non, sur la possibilité de disposer de ses biens, à travers la création d'une fondation patrimoniale, sans avoir à respecter la réserve héréditaire¹³⁷. Le Conseil d'Etat a visiblement estimé que c'était là créer une flexibilité excessive ; dans son avis sur le projet de loi, il a été très critique sur cet aspect du projet :

« Si les auteurs du projet exposent les différents buts que la fondation patrimoniale peut poursuivre, une question fondamentale reste ouverte : il n'est dit nulle part de quelle manière sera assuré que les dispositions d'ordre public en matière de réserve héréditaire sont respectées, sachant que ces dernières dépendent largement du statut personnel du ou

forme d'une personne morale, il est dérogé – mais uniquement pour cette profession libérale, alors que l'exercice d'autres professions libérales sous forme de sociétés reste soumis au droit commun – à la commercialité des sociétés commerciales lorsqu'elles exercent la profession d'avocat, et même spécifiquement à leur obligation de payer une cotisation à la Chambre de commerce, et la loi modifie l'article 2276 du Code civil pour abréger par rapport au droit commun la prescription des actions en responsabilité civile contre les avocats. – Incidemment, on peut remarquer qu'on trouve également des dispositions dérogatoires au droit commun, hors droit fiscal, en matière de droit administratif (ainsi la situation privilégiée réservée, par les articles 44bis et 53bis de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 8 mars 2017, à certains salariés d'entités préalablement inscrites au « registre des entités agréées » qui doivent pouvoir réagir à la situation de « survenance d'un incident majeur empêchant l'exercice normal de l'activité dans le pays tiers », ainsi qu'à des « investisseurs », ressortissants de pays tiers, qui sont d'accord à investir 500.000 euros dans des entreprises luxembourgeoises, ou 3.000.000 euros dans une structure d'investissement et de gestion luxembourgeoise, ou 20.000.000 euros sous forme d'un dépôt auprès d'un institut financier établi au Luxembourg).

¹³⁷ On rappellera ici l'importance de la réserve héréditaire dans le système du Code civil : voir *supra*, n° 6.

des fondateurs, autrement dit de sa loi nationale. Il est d'autant moins précisé quelles seraient les conséquences d'un tel non-respect. Certes, l'article 7 du projet sous revue déclare qu'une fondation patrimoniale peut être « prononcée nulle » entre autres si l'objet de la fondation patrimoniale est illicite ou contraire à l'ordre public, mais aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition ne vise pas les règles en matière de réserve et de quotité disponible »¹³⁸.

Et le même avis critique encore l'absence de dispositions protectrices des droits du conjoint en cas de divorce et des enfants mineurs, ainsi que des droits des créanciers¹³⁹. Le projet de loi relatif à la fondation patrimoniale donnait l'impression, sur ces derniers points, de pouvoir également servir à créer, si telle était l'intention des fondateurs, d'équivalent des « asset protection trusts » qui sont pourtant *a priori* complètement incompatibles avec la culture juridique luxembourgeoise¹⁴⁰. Au vu des critiques du Conseil d'Etat, la Commission des finances et du budget de la Chambre des députés a amendé le projet et a rappelé l'obligation de respecter l'ordre public sur ces différents points¹⁴¹. Comme on le sait, le devenir du projet de loi 6595 est actuellement suspendu, indéfiniment ou non, à l'introduction en droit luxembourgeois des dispositions de transposition de la quatrième directive en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux.

Ce qu'on peut en définitive trouver remarquable, c'est qu'un projet de ce type, dont l'objet principal relève du droit civil, ait été élaboré par le Ministère des finances¹⁴² et non par le Ministère de la justice.

2^o Autre projet qui aurait normalement dû être élaboré par le Ministère de la justice, mais qui a été élaboré, en l'occurrence, par le Ministère de l'économie : la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données. La législation sur les droits d'auteur représente, comme nous l'avons vu, une partie intégrante du droit commun en matière de droit privé¹⁴³. L'exemple de la loi du 18 avril 2001 montre dès lors très

¹³⁸ Avis du 29 avril 2014, *Doc. parl.* 6595¹, p. 2.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Cf. Cour d'appel 16 octobre 2014, *Pas. lux.* 37, p. 183 et s., spéc. p. 188-189. Sur les *asset protection trusts*, voir S. Sterk, « Asset Protection Trusts : Trust Law's Race to the Bottom », *Cornell L. Rev.*, vol. 85 (2000), p. 1035 et s.

¹⁴¹ Voir le *satisfecit* délivré par le Conseil d'Etat, *Doc. parl.* 6595¹.

¹⁴² Avec l'aide du barreau spécialisé dans le *Trust and Estates Law* (comme le rappelle le curriculum vitae de M^e Simone Retter, publié sous www.retter.lu).

¹⁴³ *Supra*, n° 10.

bien la mise en œuvre de la stratégie du droit dérogatoire qui devient le nouveau droit commun¹⁴⁴.

La loi luxembourgeoise ne ressemble, sur de nombreux points, plus à l'approche traditionnelle du droit d'auteur telle qu'elle reste en vigueur en France et en Belgique, pour se rapprocher du système américain du *copyright*. C'est ainsi que la loi comporte cette innovation spectaculaire de permettre aux auteurs de renoncer contractuellement à l'inaliénabilité du droit moral. Le droit moral, existant à côté des droits patrimoniaux (qui ont toujours été cessibles pour permettre l'exploitation des œuvres), accorde à l'auteur le droit de revendiquer la paternité de son œuvre et réserve à son titulaire la prérogative d'autoriser, par exemple, la publication d'un texte, l'adaptation cinématographique d'un livre, la modification de l'orchestration d'une œuvre musicale, et ainsi de suite. Que les prérogatives relevant du droit moral puissent toujours être exercées par l'auteur seul (ou, après son décès, par ses ayants droit) était considéré, et reste considéré en Belgique et en France, comme découlant directement du caractère d'ordre public reconnu au droit moral¹⁴⁵ – contrairement à la solution du droit américain, où la cession totale du *copyright*, mettons au producteur d'une œuvre cinématographique, est licite et courante¹⁴⁶. Or depuis 2001, l'article 11, alinéa 2, de la loi luxembourgeoise prévoit que

« L'auteur peut céder et transmettre tout ou partie de ses droits moraux, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à son honneur ou à sa réputation ».

André Elvinger a eu l'occasion de relever, lors d'une communication à l'Institut grand-ducal, le caractère « entrepreneurial »¹⁴⁷ de la loi

144 Cette idée de la dérogation par le droit commun est à certains égards similaire aux propositions d'Alain Steichen dans son article de 2013, mentionné *supra*, n° 35.

145 Ce caractère d'ordre public est expliqué, par le spécialiste français du droit d'auteur qu'était Henri Desbois (*Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 382), par l'idée que « l'auteur ne peut renoncer à la défense de sa personnalité, sous peine de commettre un "suicide moral" ».

146 Voir l'arrêt de la Cour de cassation française qui refuse de donner effet à cette solution du droit américain, à propos de la cession du *copyright* par John Huston sur son film en noir et blanc *The Asphalt Jungle*, qui devait être diffusé en France dans une version colorée préparée par la société titulaire du *copyright* après le décès du réalisateur : Civ. 1^{re} 28 mai 1991, n° 89-19522, *Bull. civ.* 1, n° 172.

147 A. Elvinger, « Le droit d'auteur : historique et évolution au Luxembourg », communication du 23 octobre 2012, *Actes de la section des sciences morales et politiques de l'Institut Grand-Ducal*, vol. XVI, p. 83 et s., spéc. p. 95. La rupture de la législation

luxembourgeoise sur le droit d'auteur, qui ne ressemble désormais plus vraiment au modèle d'un droit des créateurs littéraires ou artistiques, pour devenir un droit de l'entreprise. Lors de l'élaboration de la loi, le Ministère de l'économie paraît avoir été préoccupé par les besoins des industriels, notamment des industriels du secteur des logiciels¹⁴⁸ plutôt que par la protection des auteurs. Il semble être parti de l'idée qu'il n'existe et n'existera pas au Luxembourg de production d'œuvres d'art ou œuvres littéraires qui méritent la protection traditionnelle du droit moral¹⁴⁹, ou que si elle existe, les œuvres concernées sont si peu importantes que le sacrifice potentiel des droits moraux de leurs auteurs peut être accepté comme un inévitable « dommage collatéral », étant entendu que les bénéfices escomptés excèdent ce coût.

3^e La loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, portant transposition de la directive 2002/47/CE, est l'exemple de législation dérogatoire au droit commun dont le sens a été et reste le plus controversé en justice. Bien qu'il ait trait essentiellement à la réglementation du droit de gage et de l'insolvabilité des entreprises, le projet de loi n'a pas été élaboré par le Ministère de la justice, mais par le Ministère du trésor et du budget.

luxembourgeoise avec la législation française et belge est également soulignée par J.-L. Putz, *Le droit d'auteur*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2013, n°s 199 et s.

148 Le contenu des logiciels ne peut être protégé par un brevet, droit de propriété industrielle qui ne peut s'appliquer qu'à la protection de véritables inventions techniques. Pour le protéger néanmoins, le lobby de l'industrie informatique américaine d'abord, puis le législateur américain et d'autres législateurs, enfin, dans le cadre de l'OMC, l'article 10 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ont songé à faire entrer les logiciels dans la protection du droit d'auteur, qui complémente dès lors la protection par les brevets de l'aspect d'invention technique inhérente à certaines inventions informatiques : voir W.R. Cornish, « The International Relations of Intellectual Property », *Cambridge Law Journal*, vol. 52 (1993), p. 46 et s. ; S. Sell, *Private Power, Public Law. The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 63.

149 « [L]a solution n'est pas sans mérites » estime Jean-Luc Putz (*Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 207), qui cite l'avis d'un auteur selon lequel elle « s'inscrit dans une logique juridique économique pragmatique » ; J.-L. Putz explique :

« en matière de produits culturels et d'arts appliqués, où l'empreinte de la personnalité des auteurs est plus fictive que réelle, pouvoir limiter conventionnellement les droits moraux augmente la libre commercialisation et circulation de ces produits. La sécurité juridique pour l'investisseur se voit accrue du fait que l'auteur ne peut pas poser d'imprédictibles obstacles. De nombreuses pratiques existantes se voient légitimées ».

L'origine de cette loi se situe dans la transposition au Luxembourg de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, qui résout dans un sens favorable aux intérêts du secteur financier (ou dans un sens favorable aux intérêts de la stabilité du secteur financier) le conflit d'intérêts entre les créanciers titulaires de sûretés et la masse des créanciers ordinaires dans une *situation d'insolvabilité*, à condition que soient impliquées dans l'opération de garantie deux parties relevant du secteur financier (au sens large), ou du moins une partie qui en relève et une autre partie qui ne soit pas un simple particulier. La loi luxembourgeoise de transposition est allée beaucoup plus loin, en faisant du régime, très orienté sur la protection des créanciers garantis, de la directive le nouveau régime « de droit commun » du droit luxembourgeois, applicable aux contrats de garantie financière (et aux contrats de compensation) conclus « soit par un commerçant, soit par un non-commerçant » et réputés automatiquement actes de commerce (art. 2 de la loi). La loi s'applique notamment à tous les contrats de gage, à la seule condition qu'ils portent sur « des avoirs » (art. 3), qui sont définis comme « les instruments financiers et les créances » (art. 1^{er}) – un champ d'application très général par conséquent, allant au-delà du champ d'application de la directive, mais dont s'est félicitée la Banque centrale européenne dans un avis sur le projet de loi¹⁵⁰. La loi exclut, conformément à la directive cette fois-ci, toute nécessité d'autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre d'un gage sur « avoirs », elle garantit que les clauses relatives au transfert des avoirs gagés seront efficaces et empêche l'application de règles du droit de l'insolvabilité qui pourraient perturber la sécurité des opérations sur les mêmes avoirs (du type : inopposabilité générale, ou sous certaines conditions, des droits des créanciers gagistes aux tiers, curateurs, liquidateurs et autres organes des procédures d'insolvabilité).

Bien. Mais la loi – ou plutôt, puisque la loi elle-même est en réalité muette sur ces points, des passages des travaux préparatoires de la loi¹⁵¹ – va peut-être là encore beaucoup plus loin que la directive, laquelle ne se préoccupe que de situations relevant du droit de l'insolvabilité. Selon l'interprétation que l'on en adopte, la loi peut être lue comme créant un principe général d'impossibilité de contester en justice la mise en œuvre de gages sur « avoirs » jusqu'au moment où ces gages auront été entièrement réalisés,

150 *Doc. parl.* 5251^a, p. 5-6.

151 Il y aurait beaucoup de choses à dire, sous l'angle de la transparence de l'ordre juridique (*supra*, n° 26), sur certaines utilisations des travaux préparatoires des lois. Mais ce sera pour une autre fois.

et comme réservant comme seul recours une possibilité de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice définitivement causé. Ce principe général serait également applicable, selon ces interprétations, en-dehors du contexte de l'insolvabilité qui est le seul objet de la directive, et il serait notamment applicable à des cas de fraudes ou d'abus de droit commis, en-dehors de toute insolvabilité, par les créanciers gagistes. Peut-être même, à suivre les interprétations les plus radicales des travaux préparatoires de la loi, ce recours en dommages-intérêts n'existe-t-il qu'entre les parties au contrat de gage, et qu'aucun recours n'existe à l'égard d'un tiers à ce contrat, complice de la fraude ou de l'abus, ou au profit d'une victime de la fraude ou de l'abus, s'ils n'ont pas été parties à ce contrat¹⁵².

Certains tribunaux luxembourgeois ont été très à l'aise avec ces interprétations de la loi du 5 août 2005, qui est considérée comme un facteur de compétitivité du secteur financier luxembourgeois ; leurs décisions citent volontiers les travaux préparatoires de la loi et se rallient à leur lecture excluant le recours préventif à la justice, même dans des hypothèses d'abus allégués qui sont étrangers à l'insolvabilité et ont trait à des cas de fraude ou d'abus de droit entre les parties¹⁵³. Cette même interprétation est

152 Cette dernière interprétation, très divinatoire et contraire au droit commun, se fonde sur les deux phrases suivantes des travaux préparatoires, dans le commentaire de l'article 20 de la loi, qui n'a lui-même *a priori* trait qu'aux effets de l'insolvabilité, et non de la fraude ou de l'abus de droit en général (*Doc. parl.* 5251, p. 21) :

« Le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus [une exception spécifiquement prévue par le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité]. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile » (mise en évidence ajoutée).

On ajoutera, pour être complet, qu'une très brève allusion au risque pour le créancier « d'engager sa responsabilité » figure dans le commentaire de l'article 11, à portée plus générale : *ibid.*, p. 19.

153 Cour d'appel 3 novembre 2010, *Pas. lux.* 35, p. 528, *JTL* 2011, p. 33 ; Cour d'appel 16 mars 2011, *JTL* 2011, p. 158 ; Trib. arr. Luxembourg 16 novembre 2012, *Droit et banque* 52 (2013), p. 94 ; Cour d'appel 27 janvier 2016, n°s 42760 et 42971 du rôle. – Voir aussi, pour des interprétations particulièrement radicales de la loi, Trib. arr. Luxembourg 29 janvier 2014, *JTL* 2014, p. 28, *Droit et banque* 53 (2014), p. 55, critiqué par G. Cuniberti, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 193-194 (jugement qui estime également que la loi « ne constitue qu'une application spéciale des principes généraux édictés par les articles [...] du Code civil à la matière des contrats de garantie financière, [qu'elle] n'a pas entendu déroger à ces dispositions mais au contraire renforcer les droits des créanciers en élargissant les hypothèses d'exécution des gages ») ; Trib. arr. Luxembourg 23 décembre 2016, *Pas. lux.* 38, p. 343 (selon lequel l'immunité du gage au regard des règles de la faillite s'étend même au contrat de prêt dont le gage est un

partagée par une partie de la doctrine luxembourgeoise, qui estime sans doute qu'elle est conforme aux intérêts de la place financière¹⁵⁴ ; mais l'interprétation en question est accueillie avec prudence¹⁵⁵ ou même, exceptionnellement, combattue¹⁵⁶ par une autre partie de la doctrine. D'autres décisions de justice luxembourgeoises (ainsi qu'une décision anglaise, qui avait à déterminer le contenu réel du droit luxembourgeois au regard de toutes les décisions rendues au Luxembourg¹⁵⁷) ne partagent pas l'approche radicalement dérogatoire au droit commun que propage cette interprétation de la loi ou de ses travaux préparatoires, et insistent sur la possibilité pour la justice d'intervenir pour prévenir ou au moins réparer pleinement les conséquences des abus constatés¹⁵⁸.

On assiste ainsi, à la lecture de ces dernières décisions judiciaires, à une espèce de révolte du droit commun contre un droit dérogatoire qui voudrait aller trop loin. Et il vaut peut-être mieux, dans l'intérêt même d'une législation qui est en elle-même très dérogatoire, limiter son interprétation à ce

accessoire).

154 A. Duarte, *Droit et banque* 46 (2010), p. 11 et s. ; F.G. De Liedekerke, in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, vol. III, p. 1259-1261 ; A. Schmitt et A. Waisse, notes au *JTL* 2014, p. 22-23 et p. 32 ; A. Elvinger, *Droit et banque* 58 (2016), p. 13 et s. Voir aussi l'ouvrage de R. Ledain Santiago, *Le gage sur actions*, 2^e éd., Windhof, Promoculture-Larcier, 2017.

155 P. Schleimer, *JTL* 2010, p. 14-16 ; P. Geortay, *Droit et banque* 57 (2015), p. 63 et s.

156 R. Tafotie, *Droit et banque* 59 (2016), p. 34 et s. ; réponse d'A. Elvinger dans le numéro suivant du même *Bulletin*, n° 60 (2017), p. 67 et s.

157 *LIC Telecommunications Sarl & Anor v. VTB Capital PLC & Ors* [2018] EWHC 169 (Comm), spéc. par. 92 :

« as far as principle is concerned, even allowing for the fact that Article 20 might apply to non-insolvency challenges, it does not follow that the [Financial Collateral Law] has gone so far beyond the Directive as to outlaw any form of claim to set aside after the event ».

Et quant à la thèse selon laquelle le droit de demander la mise à néant pour fraude d'une opération de mise en œuvre d'un gage pourrait n'appartenir, en vertu des travaux préparatoires de la loi, qu'à une partie et non à un tiers, la conclusion du juge anglais est brève et catégorique : « I do not think there is anything in this » (par. 93).

158 Réf. Luxembourg 4 décembre 2009, *JTL* 2010, p. 41 (réformé par Cour d'appel 3 novembre 2010, précit.), et surtout Trib. arr. Luxembourg 10 juillet 2013, *JTL* 2014, p. 21, confirmé par Cour d'appel 12 juillet 2017, nos 38650 et autres du rôle. Voir encore Trib. arr. Luxembourg 12 juillet 2017, n° 897/2017 (XV), ainsi que l'ouvrage de H. Westendorf, *Les sûretés et garanties conventionnelles du crédit en droit luxembourgeois*, t.1, Bruxelles, Larcier, 2018, nos 562 et s. (mais cf. le n° 560, contre le recours préventif au juge des référés).

qui reste raisonnable – plutôt que de provoquer des questions quant à sa constitutionnalité, au regard du principe de l'égalité devant la loi¹⁵⁹.

*

37. Conclusion : L'avenir du droit luxembourgeois. Je ne sais pas de quoi aura l'air le droit luxembourgeois dans vingt ou trente ans. Trop de choses, actuellement imprévues, peuvent affecter le modèle économique du Luxembourg, et même le degré d'orientation des Luxembourgeois sur le pragmatisme – sans parler de l'influence de développements internationaux intrinsèquement imprévisibles. Selon l'évolution à venir de son contexte culturel, économique et international, le droit luxembourgeois pourra ressembler à l'une ou l'autre de deux images qui ont été reproduites dans les pages précédentes – ou, ce qui est sans doute le plus vraisemblable, à un compromis entre les deux visions.

La première image est celle, naïve, de Napoléon montrant « à l'Impératrice-Reine les articles du Code civil, qu'il vient de terminer »¹⁶⁰ : ce serait la vision d'un Luxembourg où l'idée de droit commun aurait connu, sous une forme ou sous une autre, une renaissance. L'autre image, c'est celle des avocats américains, un peu cyniques, qui discutent d'un document « composé à 100% de conditions générales d'affaires et de clauses de non-responsabilité »¹⁶¹. Ce serait la vision, dystopique, d'un ordre juridique luxembourgeois du futur, composé lui-même à cent pour cent de conditions générales d'affaires et de clauses de non-responsabilité. Le droit luxembourgeois de l'avenir se situera vraisemblablement quelque part entre ces deux visions, la vision naïvement idéaliste et la vision cyniquement dystopique.

159 *Supra*, n° 13 et s. – Des juridictions étrangères ont eu l'occasion de connaître de moyens d'inconstitutionnalité des lois nationales de transposition de la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière : un arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique du 27 octobre 2008, n° 167/2008, a ainsi invalidé pour violation du principe d'égalité une disposition de la loi nationale qui avait étendu le champ d'application de la directive aux procédures de surendettement ; et un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation et la validité de la directive montre l'existence d'hésitations du juge de renvoi (la Cour suprême de Lettonie) sur la constitutionnalité d'une loi lettone étendant le champ d'application du régime de la directive (arrêt du 10 novembre 2016, *Private Equity Insurance Group*, C-156/15, ECLI:EU:C:2016:851).

160 *Supra*, n° 5.

161 *Supra*, n° 17.

DISCUSSION APRÈS LA CONFÉRENCE DE MAÎTRE PATRICK KINSCH DU 26 OCTOBRE 2017

André Prüm :

Cher Patrick, un très grand merci pour cette intervention passionnante et toutes les interrogations qu'elle soulève.

Je comprends et partage, pour l'essentiel ta position que les lois adoptées sous l'impulsion de lobbies et qui assurent à leurs promoteurs des avantages particuliers ne doivent pas prendre le dessus du droit commun. En même temps je m'interroge, si les régimes spécifiques auxquels le législateur luxembourgeois a porté au cours des dernières décennies tant d'attention sont tous vraiment des lois qui dérogent au droit commun. Ne s'agit-il pas en bonne partie de lois sectorielles qui régissent des situations spécifiques que le droit commun n'a pas vocation à gouverner ? Je pense notamment à une série de lois organisant le fonctionnement du secteur financier. La frontière entre de telles lois spéciales qui se situent en marge du droit commun et des lois qui y dérogent n'est pas aisée à tracer. Il y a bien dans les régimes spéciaux également des avantages particuliers dérogatoires au droit commun. Prenons par exemple le régime des contrats de garantie financière dont le champ d'application étendu ne se justifie pas par des considérations propres à la stabilité du secteur, mais est bien le résultat d'un privilège accordé aux banques. Dans de nombreux domaines, notre droit spécial s'est développé de manière innovante et le fait d'y avoir consacré nos ressources n'était donc pas un mauvais choix politique.

Les lobbies s'intéressent évidemment peu au droit commun ce qui constitue certainement l'une des explications pour lesquelles le législateur a porté si peu d'attention à sa modernisation. Mais il y a une autre explication à mon sens : c'est que nous avons hérité l'essentiel sinon la totalité de notre droit commun de la France, et dans une moindre mesure, en fiscalité directe, de l'Allemagne. Pour en rester au droit civil, je prendrai l'exemple du droit des obligations. Non seulement les textes de notre code civil sont restés, à de très rares exceptions, identiques à ceux du code Napoléon mais notre jurisprudence se calque très étroitement sur la jurisprudence française. Abandonner ce modèle n'est une chose aisée. Aujourd'hui, nous nous trouvons dans la situation particulière que la France vient de réformer son droit des contrats et le Luxembourg perd ainsi, en quelque sorte, malgré lui son modèle de référence. Comment réagir face à une telle situation inédite

pour le Luxembourg ? Avons-nous le choix de développer notre droit commun des contrats de manière autonome ? En avons-nous les ressources et pourrions-nous le faire vivre de manière suffisante par un contentieux assez vaste et une doctrine assez riche ? Ou devons-nous suivre la réforme française pour garder ce modèle ? L'harmonisation spontanée et graduelle du droit des contrats à travers l'Europe, nous offrirait-elle aujourd'hui une alternative pour nous affranchir du moins partiellement du modèle français ? Nous savons que l'idée d'un code civil européen est passée plus ou moins aux oubliettes. Pour autant, un authentique droit commun semble émerger des rapprochements spontanés des droits nationaux. Voilà donc ma question : penses-tu que nous puissions nous payer le luxe de développer un droit commun des contrats sans nous adosser au droit français ou la sagesse commande elle de continuer à nous caler sur la réforme française. Y aurait-il éventuellement une troisième voie consistant à se caler sur les principes européens du droit des contrats, tels qu'ils ont été forgés par la doctrine.

Le conférencier :

Je suis d'accord avec la deuxième proposition. Malheureusement, je constate que la troisième proposition ne sera sans doute pas réalisable.

La troisième proposition, c'est le droit commun paneuropéen – je rappelle ici que les deux derniers présidents de notre Section étaient très impliqués dans les travaux de la Commission pour le droit européen du contrat. Je crois que si ce projet pouvait être réalisé, ce serait une bonne chose évidemment. Mais dans la conjoncture politique européenne actuelle, si la Commission européenne se mettait à proposer un Code européen des obligations, la réaction des eurosceptiques serait évidente : « On nous a privés de tout, on veut même nous priver de notre droit des obligations ». Le droit hongrois des obligations représente, à n'en pas douter, une telle valeur culturelle que la Hongrie ne renoncera jamais à son propre droit au profit d'une unification européenne. Je pense que ce serait là vraiment la réponse non seulement du gouvernement hongrois, mais d'un grand nombre d'autres gouvernements et je m'interroge même sur ce qui serait la réponse du gouvernement français ou même du gouvernement allemand. Pour les Luxembourgeois, ce serait une très bonne chose, pour les autres, ils opposeraient très vraisemblablement leur veto.

Reste alors la deuxième proposition, celle qui consisterait à nous référer à la réforme française. Je ne suis pas pour un droit des obligations luxembourgeois qui serait créé « *from scratch* », ce qui est en réalité impossible, et ce qui serait renoncer complètement à notre héritage. Nous sommes un pays de droit français, il n'y a aucune raison de ne pas le rester et donc nous devrions certainement nous inspirer de la réforme française du droit des obligations ainsi que de la réforme belge, non pas comme un esclave qui suit son maître, mais de manière intelligente. C'était là traditionnellement la manière du législateur luxembourgeois de moderniser son droit commun, et nous devrions maintenir cette méthode. Quant à la troisième méthode, comme je l'ai dit je n'y crois pas pour l'instant, mais peut-être que l'avenir de l'Europe est un avenir très brillant et que le code civil européen viendra un jour, mais pas pour l'instant.

Dean Spielmann :

Je voudrais tout d'abord remercier notre orateur de ce soir pour ce brillant exposé enrichissant. J'ai une question que je voudrais lui poser. J'ai été assez frappé tout à l'heure quand j'ai vu la table des matières du code civil que nous connaissons tous. Une disposition, qui figurait dans cette table des matières, est l'article 6-1. Or, l'article 6-1, c'est la théorie de l'abus de droit qui a été introduite dans notre droit commun en 1987, si je me rappelle bien.

Je pense me rappeler aussi que l'article 544 du code civil a été modifié ou complété par la même loi. D'où ma question : est-ce vraiment tellement difficile, à l'heure actuelle, de moderniser le droit commun ou d'apporter des changements ? Certains changements ont eu lieu, vous l'avez dit, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Je pense notamment à la jurisprudence concernant l'inégalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes à la suite de l'arrêt *Marckx*. Mais je pense aussi à la difficulté que vous avez soulevée dans la dernière partie de votre exposé. Faut-il vraiment être tellement pessimiste pour apporter l'une ou l'autre modification au code civil pour, disons, réformer certaines dispositions à la lumière des conditions de vie actuelles ? Je pense notamment à une théorie jurisprudentielle qui n'a pas vraiment eu un grand succès au Luxembourg, et qui est la théorie de l'imprévision, et qui, sauf erreur de ma part, a maintenant été intégrée dans des droits voisins. Voilà donc mon interrogation. Merci.

Le conférencier :

C'est une très bonne série de questions. Première observation, 1987. J'ai parlé de cette époque, celle des années 1970 et 1980 pendant lesquelles on modernisait effectivement le droit commun luxembourgeois. C'est donc la dernière loi de cette époque-là. Parce qu'il y a, d'une part, la grande loi de réforme du droit des obligations, il y a ensuite la loi sur l'abus de droit. Cette loi est une loi remarquable parce qu'elle avait essayé de modifier et de moderniser aussi un peu le sens de notre droit commun et de lui donner un aspect moins traditionnellement français et peut-être plus inspiré par la pensée juridique allemande ou suisse. Soit un droit ponctuellement plus social, qu'on avait essayé d'adopter. C'était là le sens de cette modification de l'article 544 sur le droit de propriété et de l'introduction de l'article 6-1. Malheureusement, la jurisprudence n'a pas réellement suivi. C'est-à-dire, elle a compris cette réforme législative comme étant simplement une ennuyeuse redite de principes sur l'abus de droit qu'on avait lus dans *Colin et Capitant*. En réalité, même si le législateur avait voulu changer vraiment quelque chose, ce n'était pas vraiment un grand succès. C'est un succès sur le plan moral ou symbolique, mais pas en termes de modification de l'ordre juridique.

Alors, est-ce qu'il est tellement difficile de renouer avec cette époque de modernisation de notre droit civil ? Je ne le crois pas. Je crois qu'il est effectivement possible de renouer avec cette époque-là, il faut seulement le vouloir. Il faut que des personnes motivées se retrouvent et qu'on les écoute. Donc c'est absolument une possibilité.

Denis Philippe :

Félicitations pour cette très belle conférence. Donc c'est Denis Philippe. J'ai une question qui, à mon avis, a deux branches et qui mettra peut-être un brin d'optimisme et de conciliation par rapport aux interrogations qui peuvent se poser. Vous avez évoqué la divergence entre le droit dérogatoire et le droit commun. Je prends un exemple que je connais bien qui est l'exemple de la Belgique où l'ensemble des lois ont été codifiées, ce qui veut dire que toutes les lois portant sur l'économie (lois sur l'insolvabilité, la distribution...) ont été rassemblées dans un grand code de droit économique et comme il s'agit d'un code unique, les divergences apparaissent moins que lorsqu'il s'agit de lois qui sont éparpillées. De même, la Belgique a d'autres codes notamment le code de droit des sociétés depuis

très longtemps ; il englobera désormais toutes les associations sans but lucratif ; cela permettra d'éviter des tiraillements entre différentes lois. On a parlé aussi du droit européen des contrats. Effectivement, le projet de code civil européen, tel qu'il a été publié en 2009, n'a pas eu le succès qu'il aurait pu obtenir à la suite de l'évolution politique, mais il n'empêche que la réforme française, la réforme belge ou toutes les réformes dans les codes d'Europe centrale sont très inspirées des solutions proposées par ce code et par les solutions retenues dans les instruments modernes. Je prends, par exemple, la résolution non judiciaire ; celle-ci est reconnue partout, elle a été reconnue sur le plan international par la convention de Vienne sur la vente commerciale internationale et est reconnue maintenant en droit français et bientôt en droit belge. Il y a malgré tout une sorte de percolation des solutions modernes qui se retrouvent dans le projet de code européen. Donc l'on constate, avec le temps, une sorte de droit commun qui se crée petit à petit, mais peut-être pas de manière aussi révolutionnaire qu'on le voulait.

Jean-Jacques Rommes :

S'il n'y a pas d'autres questions, alors j'en poserais bien une. Merci pour cette conférence qui a plaidé pour le principe et contre la finalité du moment. C'est une idée qui me plaît très bien. Mais il y a un élément qui m'a un peu attristé et j'aimerais prendre position à propos d'une lettre que je connais bien : accuser cette lettre pour son intransparence et dire en même temps qu'il fallait s'attendre à ce qu'elle soit publiée est un sophisme inadmissible.

La lettre n'avait rien de honteux et je voudrais donc ajouter à la transparence. Nous sommes en présence d'une disposition issue par circulaire, procédé que l'on peut trouver bon ou mauvais, même s'il s'agit d'une disposition dérogatoire. Elle a un but. Est-ce que ce but est atteint ? Cela se discute. Est-ce que les moyens sont proportionnels ? Cela se discute. Est-ce qu'il y a eu des abus ? Cela aussi se discute. Mais lorsque le ministre compétent demande à une association professionnelle de lui dire s'il y a bien un but à ladite mesure dérogatoire et si cette association lui répond alors, sur de longues pages, je trouve que cela est parfaitement normal et classique. Je voudrais donc demander à ce que l'on respecte ce droit de dire ce que l'on pense. Il n'y a rien d'intransparent non plus à dire qu'une circulaire ne doit pas forcément être remplacée par une loi : si la circulaire pouvait tenir avant, elle peut tenir après. Je ne voudrais pas prendre position ici ni sur le but, ni sur le contenu de la circulaire.

Le conférencier :

Je répondrai ceci : tu revendiques le droit de dire ce qu'on a envie de dire. Je revendique le même droit.

André Elvinger :

Quand notre président a parlé de la possibilité de développement d'un droit commun européen, cela m'a rappelé une expérience que nous avons vécue ensemble, dans une commission qui s'appelait à l'époque la Commission Lando qui avait pour objet de créer une sorte de « *uniform commercial code* ». J'ai eu l'honneur d'y participer assez longtemps et j'ai eu la grande chance d'avoir un successeur aussi brillant que notre président qui y a assumé la tâche pendant plusieurs années. Les difficultés de faire un droit commun européen sont énormes. L'Europe réussit à faire des lois sur des sujets qui sont en dehors du droit commun. J'aurais pu ajouter une expérience antérieure que j'ai faite au sein de la Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit. Benelux, on dirait, voilà trois pays qui sont proches territorialement, philosophiquement et politiquement. Or cela n'a jamais rien donné de général. On a par contre réussi à faire quelque chose d'utile, si je me rappelle bien, sur un sujet aussi pointu que l'assurance responsabilité obligatoire. C'était le seul succès. Ces expériences montrent que l'Europe se fait constamment en se rapprochant, mais non pas, on peut le regretter ou non, hélas, dans le droit commun.

Le conférencier :

Pour voir les choses d'une manière optimiste : en fait, si l'Europe se rapprochait sur tout le reste, le fait de ne pas avoir de droit commun aux différents Etats européens ne serait pas un problème. Les Américains vivent depuis plus de deux cents ans très bien sans avoir le même droit privé commun à tous leurs Etats fédérés. Mais tu as tout à fait raison, les problèmes sont réels et l'autre André, je crois, a peut-être une vue trop optimiste, mais enfin l'avenir nous dira lequel de vous deux André [rires] a eu la vue la plus exacte.

André Prüm :

En notre nom à tous, à nouveau tous nos remerciements à toi Patrick pour cette belle conférence et les réponses aux questions.

Séance du 6 décembre 2017

**LA SOUTENABILITÉ À LONG TERME
DES FINANCES PUBLIQUES**

**Présentation du rapport d'octobre 2017
du Conseil national des finances publiques**

par

Yves Nosbusch

Yves Nosbusch est président du Conseil national des finances publiques. Dans sa fonction journalière, il est chef économiste de BGL BNP Paribas. Avant d'entrer au sein de BGL BNP Paribas en 2012, il était membre à temps plein de la faculté de finance de la London School of Economics. Il continue à enseigner un cours de master sur l'analyse du risque financier à la LSE. Ses recherches académiques, publiées notamment dans la *Review of Financial Studies* et le *Journal of Monetary Economics*, portent sur la dette publique et les systèmes de pension. Il est titulaire d'un Ph.D. en économie de l'Université de Harvard, ainsi que d'un M.Sc. et d'un B.Sc. en économétrie et économie mathématique de la London School of Economics.



Séance du 6 décembre 2017

**LA SOUTENABILITÉ À LONG TERME
DES FINANCES PUBLIQUES**
**Présentation du rapport d'octobre 2017
du Conseil national des finances publiques**

par

Yves Nosbusch

Yves Nosbusch est président du Conseil national des finances publiques. Dans sa fonction journalière, il est chef économiste de BGL BNP Paribas. Avant d'entrer au sein de BGL BNP Paribas en 2012, il était membre à temps plein de la faculté de finance de la London School of Economics. Il continue à enseigner un cours de master sur l'analyse du risque financier à la LSE. Ses recherches académiques, publiées notamment dans la *Review of Financial Studies* et le *Journal of Monetary Economics*, portent sur la dette publique et les systèmes de pension. Il est titulaire d'un Ph.D. en économie de l'Université de Harvard, ainsi que d'un M.Sc. et d'un B.Sc. en économétrie et économie mathématique de la London School of Economics.



La soutenabilité à long terme des finances publiques

La présentation de M. Yves Nosbusch reprenait la « Synthèse de l'évaluation à long terme des finances publiques par le Conseil national des finances publiques ». Ce texte appartient donc à l'institution dont M. Nosbusch est le président en exercice. Comme cette « synthèse » a été publiée sur internet (www.cnfp.lu), il n'y a pas lieu de la reproduire aux présents Actes. Par contre les Actes reproduisent la discussion très intéressante qui a suivi cette présentation.

DISCUSSION APRÈS LA CONFÉRENCE DE MONSIEUR YVES NOSBUSCH DU 6 DÉCEMBRE 2017

André Prüm :

Votre conférence a été particulièrement éclairante et complète très utilement celle donnée par notre regretté confrère Georges Als, en 2013, sous le titre évocateur, *Sacrifier l'avenir pour préserver le présent ? Les impasses de nos finances publiques*. La sensibilité très réduite de l'évolution du ratio d'endettement public aux scénarios alternatifs que vous avez présenté est sans doute la leçon la plus novatrice que nous retiendrons de votre intervention.

Je vois dans la salle des consœurs et confrères qui ont déjà participé aux débats qui ont suivi la conférence de M. Als et dont je suppose qu'ils doivent brûler d'impatience pour intervenir ce soir. A eux donc la parole.

Luc Frieden :

Je voulais d'abord remercier l'orateur et lui dire que je partage ses conclusions. Je voulais juste apporter, si vous le permettez, une ou deux précisions factuelles. Les gouvernements précédents n'ont pas fixé un objectif de dette à 30%. J'y étais toujours opposé et d'ailleurs la dette au Luxembourg, jusqu'à la crise financière, n'a été au maximum, au moins dans les années pendant lesquelles j'ai eu la charge du budget de l'Etat, que d'environ 7-8% du PIB. Durant la crise financière, elle a évidemment augmenté. D'abord par le sauvetage de l'opération Fortis, qui n'est pas une vraie dette parce qu'il y a un investissement en contrepartie, 2,4 milliards à l'époque. Et puis en 2011-12, lorsqu'il y avait une croissance négative, nous avons augmenté quelque peu la dette et donc nous avons atteint un seuil d'environ 22% du PIB. J'ai toujours considéré que 20% serait un seuil maximum à observer. Le gouvernement actuel avait décidé de ne pas excéder le seuil de 30%, ce qui était malin de sa part puisqu'il est très difficile de venir de 20 à 30 pendant une législature, donc on était sûr de rester en-dessous. Toutefois, j'estime que c'était bien de se fixer un seuil. Mais je continue à croire que 30% est beaucoup pour une économie de la taille du Luxembourg. Il reste, dans l'administration centrale, c'est-à-dire l'Etat central, un déficit d'environ un milliard; évidemment il y a un risque que, à moyen terme, le seuil de 30% soit atteint, ce qui, je crois encore une fois pour une économie comme celle du Luxembourg, serait mauvais.

Deuxième précision, à l'époque où je fus en charge des finances publiques, nous nous étions fixés un objectif à moyen terme de +0,5% et cela a évidemment un lien aussi avec le seuil de dette dont vous parliez tout à l'heure. Il est vrai que cela ne change rien à la conclusion à long terme que vous avez indiquée: je crois que certains essais ont été faits durant les dernières années pour modifier certains paramètres en matière de financement des pensions, d'abord les pensions publiques financées par le budget directement en 1999, puis en 2012, mais je partage la conclusion de l'orateur qu'il faut encore faire des réformes structurelles supplémentaires qui, néanmoins, comme nous le savons, sont difficiles à faire en démocratie.

Pierre Seck :

Voilà, je ne suis pas spécialiste en la matière, je suis chimiste, mais les chimistes ont beaucoup travaillé déjà au Moyen-Age notamment pour trouver la pierre philosophale pour transformer tout en or et ainsi donc aider les dépenses des seigneurs à l'époque. Alors, si j'ai bien compris, notre problème est que nous aurons, dans un avenir assez proche ou lointain, trop de pensionnaires avec des pensions trop élevées. Et cela implique des dépenses démesurées, c'est bien cela ?

Yves Nosbusch :

Je tiens d'abord à préciser que dans cette discussion je vais m'exprimer à titre personnel et que les points de vue avancés ne reflètent pas nécessairement ceux du Conseil national des finances publiques.

En réponse à votre question, je pense que le rapport ne dit pas cela spécifiquement. Le rapport implique que globalement il y a un problème de soutenabilité à long terme. En principe, il y a différentes manières d'adresser ce problème. Vous pouvez travailler du côté des dépenses ou du côté des recettes. Cela étant dit, il faut garder en tête quelques comparaisons internationales. En particulier vous avez au Luxembourg un taux de remplacement au niveau des pensions qui est nettement supérieur à celui de tous nos voisins européens. Pourquoi a-t-on au Luxembourg un taux de remplacement tellement plus élevé que dans d'autres pays ? Cette situation a été rendue possible au cours des dernières décennies parce que le pays a connu une très forte croissance démographique. À long terme, il faut se demander quelle croissance démographique cela impliquerait et si une telle croissance est réaliste.

Pierre Seck :

Dans ce contexte, pour améliorer ou diminuer l'endettement public, il faudrait donc réduire les pensions. Est-ce que cela n'implique pas qu'il y a une diminution de la consommation interne dans le pays avec un ralentissement économique éventuellement avec cette baisse des dépenses internes ? Et en deuxième lieu, est-ce qu'il ne faudrait pas augmenter l'âge de la retraite, parce que, avec les progrès en médecine, nous vivons plus longtemps, etc. et en bonne santé ? Il est en effet souvent aberrant de prendre une retraite en-dessous de soixante années voire à soixante-cinq années.

Yves Nosbusch :

Sur ce point, je pense qu'il s'agit de choix politiques. D'un point de vue mathématique, il est évident que pour rendre le système de pensions plus soutenable, il y a trois possibilités : diminuer les prestations, augmenter les contributions, augmenter l'âge de départ à la retraite ou une combinaison de ces trois éléments. Je pense qu'il faut un débat politique sur ces sujets. Certainement le CNFP ne souhaite pas s'exprimer sur quelle devrait être la priorité parmi ces trois dimensions. Pour revenir sur le premier point de votre question, est-ce que cela aurait un impact négatif sur la consommation ? Ce n'est pas évident. La question est si la propension marginale à consommer est plus élevée parmi les jeunes ou parmi les personnes plus âgées. Il faudrait vérifier les études sur le sujet, mais j'ai plutôt l'intuition qu'elle serait plus élevée parmi les jeunes.

Jean-Jacques Rommes :

Je voudrais faire deux ou trois observations ou clarifications que vous confirmerez ou infirmerez. Je crois que nous avons des problèmes supplémentaires puisque vos projections sont en vase clos en ce sens qu'elles ne tiennent pas compte de certains paramètres économiques concomitants au scénario que vous dessinez. Je m'explique. Si la population double sous l'horizon sur lequel on travaille, alors l'Etat devra faire des dépenses infrastructurelles absolument colossales qui vont très fortement alourdir la charge de l'Etat. Et du côté des recettes - et là je reviens à l'observation qui vient d'être faite par M. Seck - nous avons le problème de devoir payer de nombreuses retraites à nos collègues frontaliers qui vont les consommer à l'étranger et qui ne vont donc pas provoquer de recettes chez nous. Et puis une dernière observation - là encore pour répondre à la question de

M. Seck. La valeur actuarielle des pensions qui sont actuellement payées à Luxembourg est du double des cotisations qui sont faites par l'Etat, les employeurs et les salariés ensemble. Donc, pour que nos pensions soient soutenables dans un état d'équilibre, dans un « *steady state* », il faudrait qu'elles soient de moitié aussi importantes qu'elles sont aujourd'hui.

Yves Nosbusch :

Sur le deuxième point, effectivement la question du lieu où les prestations de pension futures seront consommées semble importante. L'effet est potentiellement significatif et des études plus approfondies de cette question seraient utiles.

André Prüm :

Vos projections sur la soutenabilité des finances publiques à long terme tiennent-elles compte d'un possible impact positif des solutions de pensions des deuxième et troisième piliers ? Certes, ces solutions puisent, par hypothèse, dans d'autres ressources puisqu'elles sont fondées sur l'assurance privée, mais ne sont-elles pas susceptibles de soulager quelque peu le poids pesant sur le système de retraite public ?

Yves Nosbusch :

C'est une question que le CNFP n'a pas discutée. Néanmoins, il me semble qu'il faut être clair avec les gens sur ce qu'ils peuvent attendre du système public. Si les gens ont une bonne compréhension de ce que le système public peut ou ne peut pas livrer à terme, je pense que cela va naturellement créer un besoin plus ou moins important pour des solutions complémentaires. Cela étant dit, je pense que le système par répartition traditionnel est un système puissant d'un point de vue économique. Il permet notamment de partager les risques entre les générations. L'exemple classique est celui d'une guerre qui peut avoir un impact économique important sur une génération en particulier. Un système par répartition, tel qu'on le connaît aujourd'hui, permet de lisser l'impact économique d'une guerre sur plusieurs générations. C'est quelque chose que vous ne pourrez pas faire si vous avez un système purement privé. C'est pour cette raison que je pense qu'il faut garder un système par répartition comme base.

André Prüm :

La question que je me suis posée était plus celle de savoir si un système privé assis sur une capitalisation de l'épargne à l'initiative de chacun, mais encouragé par une fiscalité attractive, n'aménageait pas à l'Etat une plus grande marge de manœuvre pour imposer les coupes nécessaires dans le système des retraites publiques fondées sur la répartition.

Romain Bausch :

Je voudrais simplement faire deux commentaires. Bien sûr, je ne suis pas d'un avis différent de ce que Yves a présenté parce que c'est la version du CNFP dont je suis membre, mais il y a peut-être, au vu de la discussion, deux ou trois remarques qu'il faut quand même faire. D'abord, il ne faut pas oublier ce qu'on a fait, c'est regarder la soutenabilité à long terme des finances publiques, notamment vu le coût croissant des dépenses liées au vieillissement de la population. Mais ce qu'on n'a pas fait, c'est discuter du système de sécurité sociale ou du système de pension. Donc, nous avons analysé cela dans la globalité des finances publiques et donc, et comme Yves l'a d'ailleurs dit, on n'a pas dit quels sont les remèdes qu'on peut mettre en place. Il faut également bien voir qu'il y a plus que simplement la question sur le système du financement de l'assurance pension, il y a aussi, on l'a vu, un élément assez important, c'est le coût de l'assurance-dépendance. Donc, il y a quand même déjà plusieurs facteurs du côté des moteurs derrière la croissance du coût dû au vieillissement de la population et, en fait, ce qu'on peut faire, c'est bien sûr réduire les coûts de la sécurité sociale, on peut augmenter les recettes de la sécurité sociale, mais on peut bien sûr aussi augmenter d'autres recettes ou réduire d'autres dépenses publiques. Donc, on peut avoir un financement reposant davantage sur les impôts, par exemple, ou on peut réduire des dépenses, comme les dépenses administratives. Il serait donc faux de dire que le CNFP aurait recommandé de trouver tel ou tel remède au sein du système de la sécurité sociale.

Et la deuxième remarque est un peu liée à la première, Yves l'a mentionné en guise d'introduction : tout notre raisonnement par la force des choses a été à politique constante. Donc, on a supposé que rien ne serait changé comme, par exemple, M. Rommes a dit, ceci est purement théorique parce que si on double la population, il est évident que les dépenses de l'investissement public, qui représentent quelque 4% du PIB aujourd'hui et aussi dans les années passées et aussi dans le gouvernement où Luc Frieden était

Ministre des Finances, ne seront plus suffisants. Sans parler des problèmes environnementaux et d'autres. Mais bien sûr, ça c'est inhérent à l'approche qu'on a dû adopter, c'est-à-dire qu'on a supposé que tout reste à politique constante, donc on ne peut pas prendre l'avis du CNFP et dire voilà le menu pour résoudre les problèmes. Ce n'est pas ce qu'on a fait.

Ma troisième remarque, c'est de dire qu'on a préparé ce rapport et, comme Yves a dit, à un moment qui n'est pas le fruit du hasard. En fait, on a voulu sortir notre avis bien avant que les partis politiques ne commencent à rédiger leurs programmes électoraux et donc simplement on a voulu remettre la question de la soutenabilité à long terme des finances publiques luxembourgeoises sur la table à un moment où les décideurs politiques, bien sûr, doivent se positionner par rapport à ces problèmes essentiels qui se posent à moyen et à long terme.

Hugues Delcourt :

Juste une petite question. Les hypothèses sont-elles constantes également en termes de vieillissement de la population ou d'âge, « *life expectancy* »? Et, une question un peu corolaire, la corrélation négative dont vous parliez entre la croissance démographique et la taille du problème ne s'inverse-t-elle pas à un certain moment si, justement, on prend ou on considère que la population va avoir une « *life expectancy* » plus importante? Et donc plus on a de gens, à un moment ou à un autre, plus le problème est important contrairement à ce que vous disiez dans une certaine mesure.

Yves Nosbusch :

Sur le premier point, la réponse est oui. Dans les hypothèses, les coûts liés au vieillissement reposent sur les calculs de l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale (IGSS) qui incorporent des changements de longévité. Nous n'avons pas de raison de remettre en question les hypothèses que l'IGSS utilise dans ce contexte.

Sur la deuxième question, je pense que si vous avez une croissance démographique suffisamment importante dans la durée, le ratio des actifs par rapport aux retraités peut rester favorable en théorie.

Intervenant :

Comme on est en Europe, il y a des dépenses que fait l'Etat et qu'il devrait quand même comparer à ce que dépensent les autres pays parce qu'il faut converger et ne pas diverger. Alors, j'ai une fois lu, dans un journal français, une statistique sur ce que coûte un enfant dans les pays européens à l'école primaire. J'ai lu que, dans chaque pays, on n'excède pas cinq mille euros, alors qu'au Luxembourg, on dépasse quinze mille euros par enfant. Et puis, j'ai constaté que, pendant les dernières années, on augmente, on augmente, on augmente. Avec l'étude PISA, on voit ce que cela vaut : pas grand-chose. Là, je me demande si l'Etat ne dépense pas beaucoup trop, s'il ne gère pas un personnel beaucoup trop important avec des paies beaucoup plus élevées parce qu'il est évident que, dans les années qui viennent, on va vers un enseignant unique. Un instituteur va gagner ce que gagne un professeur.

Yves Nosbusch :

Ce sont des questions évidemment légitimes, mais je pense que ce n'est pas le rôle du CNFP de s'exprimer sur ce genre de question. Le rôle du CNFP est d'évaluer la soutenabilité globale de la politique budgétaire et non pas de s'exprimer sur des choix politiques faits au niveau de catégories spécifiques de dépenses.

Pierre Seck :

Je peux peut-être répondre à Monsieur, connaissant un peu le terrain via mon épouse qui était vingt années responsable pour l'intégration d'enfants à problèmes dans le système d'école primaire. Nous avons, à Luxembourg, une situation scolaire très particulière avec un trilinguisme que vous devez chercher ailleurs une fois. C'est un gros problème, notamment pour les enfants d'immigrés, de s'intégrer dans un tel système où il y a trois langues en parallèle. Et notamment les problèmes d'intégration qu'on rencontre dans le primaire sont souvent dus à des enfants qui sont complètement dépassés par ce trilinguisme en question. Et je crois que le gouvernement actuel a fait des efforts un peu dans cette approche d'intégration des enfants. Donc, le problème que nous avons au Luxembourg, ce sont des classes très mélangées avec un grand nombre de nationalités, notamment portugaise et autre. Actuellement, il y a beaucoup d'autres, encore, immigrés dans ces classes et les instituteurs sont souvent devant des classes avec, disons, un

mélange énorme de nationalités avec des connaissances très différentes de base de ces jeunes. Ça c'est un gros problème dans l'enseignement que nous avons au Luxembourg notamment au fondamental, voire au primaire. Donc, ça c'est une réponse, je crois, qu'il faudra aussi ne pas oublier. Autre chose aussi, le problème du coût de l'enseignement, ça c'est aussi un problème que je connais un peu bien via ma recherche sur la maladie d'Alzheimer. Nous avons là, dans l'avenir aussi, de gros challenges dans le cas de la santé publique et là aussi nous avons, au Luxembourg, un problème. Nous mangeons en moyenne trop et nous mangeons souvent mal. Et là, il y a un problème aussi, notamment dans la maladie d'Alzheimer, il y a un lien direct entre la consommation du sucre et la maladie d'Alzheimer. Et là, il y a aussi un problème industriel, l'industrie intègre dans pratiquement tous les aliments un maximum de sucre et nous sommes souvent, disons, nous consommons ces aliments donc sucrés et cela donne à la longue cette maladie d'Alzheimer qui est due à un dysfonctionnement des neurones via un dysfonctionnement de ce qu'on appelle les mitochondries et qui sont détruites par ce qu'on appelle les radicaux libres. Il y a tout un problème de santé, de vieillissement et nous devons donc penser à changer aussi le mode de vie que nous avons pour, disons, diminuer les coûts de santé à l'avenir.

André Prüm :

Il est temps de conclure sur cette note de bon sens. Avant de vous inviter à poursuivre nos discussions avec notre conférencier autour d'un verre d'amitié, je voudrais lui exprimer en nos noms à tous nos remerciements d'avoir partagé ses réflexions sur l'évaluation de la soutenabilité à long terme des finances publiques luxembourgeoises.

[Applaudissements]

Communication écrite
(mise à jour le 31 mars 2018)

EXTENSION DES ETUDES UNIVERSITAIRES DE MEDECINE AU LUXEMBOURG

par

Henri Entringer

Henri Entringer est membre de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut Grand-Ducal depuis 1989.



Au cours de sa carrière à la Commission européenne, cet économiste de formation a été responsable de la division Formation du personnel, a rempli des fonctions concernant les relations avec les autres institutions communautaires et a été chargé de questions de politique sociale du personnel de la Commission. Il a exercé la mission de conseiller et celle de chef de cabinet auprès de deux membres de la Commission européenne et a été nommé Directeur honoraire de cette institution.

Henri Entringer a publié, entre autres :

- *La Présence européenne à Luxembourg*, comportant un prologue de Gaston Thorn, ancien Président de la Commission européenne et des propos liminaires de l'historien Gilbert Trausch. Éditions les Cahiers luxembourgeois en association avec d'Lëtzebuurger Land, 1997.
- *Les Défis de l'Université du Luxembourg*, avec une préface de Rolf Tarach, alors Recteur de l'Université du Luxembourg. Publication de l'Institut Grand-Ducal, Section des sciences morales et politiques, 2010.
- *Faut-il créer une Medical School au Luxembourg ?* Fondation IDEA, <http://www.fondation-idea.lu/>, plateforme <https://joom.ag/ubMQ>, septembre 2016.

EXTENSION DES ETUDES UNIVERSITAIRES DE MEDECINE AU LUXEMBOURG

Approche sociologique des décisions
du Conseil de gouvernement du 22 mars 2017

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	201
2.	Effectif des médecins praticiens et formations médicales	207
2.1	Médecins généralistes et spécialistes, luxembourgeois et étrangers	207
2.2	Genres de formations médicales dispensées	209
3.	Elaboration et abandon du projet de créer à court terme une <i>Luxembourg Medical School</i>	212
3.1	Contrat d'établissement pluriannuel 2010 à 2013 et 3e Plan quadriennal 2014 à 2017	213
3.2	Prises de position critiques	216
4.	Mise en place au Luxembourg d'un premier cycle d'études médicales	217
4.1	Programme des enseignements – Personnel chargé de la formation et de la recherche – Sélection des étudiants	218
4.2	Initiation aux progrès récents dans le domaine de la santé : télémédecine, robotique chirurgicale, nouveaux médicaments	222
4.3	Accès aux études de <i>Master</i> dans des universités partenaires	224
4.4	Dépenses à supporter par l'État et effort demandé à l'UL	226
4.5	Faible effet pour remédier à une pénurie en médecins	228
5.	Études spécialisées en médecine	236
5.1	Formation spécifique en médecine générale	236
5.2	Spécialisation en oncologie	236
5.3	Spécialisation en neurologie	240
6.	Conclusions	242
	NOTES	247

1. INTRODUCTION

En septembre 2016, l'auteur des pages suivantes a publié un article critique sur le projet de créer au Luxembourg une *Medical School*¹. Ce texte avait pour origine des observations et compléments initialement destinés à la mise à jour de l'ouvrage sur les défis de l'Université du Luxembourg (UL) paru en 2010². Mais compte tenu de l'ampleur qu'a prise au Luxembourg, à partir de 2013, l'opinion favorable à la création d'une *Luxembourg Medical School* (LMS), il nous a alors semblé utile de rédiger en 2016 un texte exclusivement consacré à ce sujet.

Le 22 mars 2017, le gouvernement luxembourgeois a adopté des mesures assurant une extension des études universitaires de médecine au Luxembourg sans toutefois retenir la création d'une *Medical School*. Le présent document analyse et commente ces décisions. Au préalable, des caractéristiques concernant la situation au Luxembourg des médecins et des formations médicales sont évoquées. Le présent essai fournit par ailleurs un aperçu succinct de la conception d'une *Luxembourg Medical School*, élaborée de 2013 à 2016 sous la tutelle de quelques professeurs de l'UL formant le comité exécutif de ce projet.

Selon l'Association luxembourgeoise des étudiants en médecine (ALEM), faire des études de médecine est devenu de plus en plus difficile pour des résidents du Luxembourg. L'ALEM a estimé en 2011 que, s'il n'est pas remédié à cette situation, le Luxembourg sera confronté à une pénurie de médecins à partir des années 2020. Cette appréciation était partagée par l'Association des médecins et médecins-dentistes (AMMD), tandis que la menace d'un manque de médecins était mise en doute par le ministère de la Santé. En effet, une telle probabilité dépend de nombreux facteurs imprévisibles, comme par exemple l'installation de praticiens étrangers au Luxembourg. Il n'en reste pas moins que l'objectif principal des orientations arrêtées en mars 2017 consiste à garantir l'approvisionnement suffisant et durable en médecins au Luxembourg.

A la suite de deux exposés faits en 2013 par le professeur Ludwig Neyses, alors vice-recteur Recherche de l'Université du Luxembourg, devant le Conseil de gouvernance de cette institution au sujet de la formation médicale³, beaucoup de médecins, d'étudiants en médecine et d'autres intervenants du secteur de la santé ont été convaincus qu'il serait souhaitable, non seulement d'offrir au Luxembourg une 1ère année de médecine, mais

d'y dispenser une formation médicale de base de six ans par la création d'une *Medical School*, dépendant de l'Université du Luxembourg mais ne constituant pas une Faculté de médecine. Cette requête, essentiellement fondée sur la prévision d'une pénurie de médecins, a amené le gouvernement en 2014 à demander à l'UL ainsi qu'au cabinet d'audit Deloitte d'évaluer la faisabilité d'une *Luxembourg Medical School*. Les rapports sur ces investigations ont été remis en 2015 au gouvernement et à la Commission de la Chambre des députés qui a dans ses attributions l'Enseignement supérieur et la Recherche.

Ni l'association des médecins, ni celle des étudiants en médecine, ni l'Université du Luxembourg, ni le gouvernement n'avaient proposé la création d'une *Luxembourg Medical School* avant la prise de position de 2013 en faveur de cette idée par le professeur Neyses. Toutefois, au début de 2010, Rudi Balling, le directeur du *Luxembourg Centre for Systems Biomedicine* (LCSB) déclarait que dans environ dix ans la création au Luxembourg d'une Faculté universitaire de médecine sera indispensable (voir *Luxemburger Wort* du 9 janvier 2010). Ce propos n'a alors pas retenu l'attention des milieux concernés.

Le groupe d'experts, chargé par l'UL de se prononcer sur la faisabilité d'une *Medical School*, a estimé en 2015 qu'au Luxembourg les besoins annuels correspondent à 100 nouveaux médecins. Selon le Centre de documentation et d'information sur l'enseignement supérieur (CEDIES), le nombre des étudiants en médecine et en médecine dentaire résidents du Luxembourg s'élevait au cours de l'année académique 2014/2015 à 1 100 et au cours de l'année académique 2016/2017 à 1 069, inscrits principalement dans les Facultés de médecine en Allemagne, en Belgique et en France (données basées sur l'attribution d'aides financières aux étudiants).

Initialement il avait été envisagé que les autorités politiques se donnent jusqu'à fin 2015 pour décider soit de créer une LMS, soit de retenir une autre solution facilitant aux étudiants luxembourgeois de suivre une formation médicale à l'étranger. En septembre 2015, lors d'une conférence de presse, Marc Hansen, alors Secrétaire d'État à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, déclarait que la décision ne sera prise qu'au cours du 1er semestre 2016, étant donné que la coopération avec des universités de la Grande Région soulève des discussions complexes qui exigent davantage de temps. (Marc Hansen a été nommé ministre délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche le 18 décembre 2015.)

Il va de soi qu'au lieu d'une formation médicale de base de six ans, dispensée à une *Luxembourg Medical School*, telle que proposée par le *Self-Assessment Report* de l'UL du 19 octobre 2014, d'autres solutions peuvent être imaginées. Ainsi, deux nouveaux groupes de travail avaient en 2016 été chargés d'élaborer sur des aspects particuliers des rapports permettant au gouvernement de prendre une décision en matière de formation médicale au Luxembourg (cf. la réponse du 16.12.2016 de la ministre de la Santé à la question parlementaire 2598). La mission d'un de ces groupes, placé sous la tutelle du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, était d'examiner « comment un premier cycle d'études médicales pourrait être mis en place au sein de l'Université du Luxembourg ». Un autre groupe, sous la tutelle du ministère de la Santé, devait se prononcer sur « la question de savoir comment la 'formation spécifique en médecine générale' pourrait être professionnalisée avec son intégration définitive dans l'Université du Luxembourg et de vérifier si d'autres formations de spécialisation pourraient présenter un intérêt pour le Luxembourg ». L'objectif du groupe portant sur le premier cycle des études médicales consistait à trouver des solutions pour assurer l'approvisionnement en médecins au Luxembourg. Celui relatif à la spécialisation de médecins diplômés visait plus particulièrement à promouvoir la recherche médicale⁴.

Les mesures préconisées par ces deux unités de travail ont été transmises en janvier 2017 aux ministres plus directement concernés, à savoir Marc Hansen et Lydia Mutsch. C'est sur cette base que le Conseil de gouvernement a décidé le 22 mars 2017 l'extension des études universitaires de médecine au Luxembourg. Cette décision, présentée le 23 mars 2017, d'abord à la Commission compétente de la Chambre des députés et ensuite lors d'une conférence de presse, concerne pour l'essentiel, d'une part, le développement par l'Université du Luxembourg d'un premier cycle d'études médicales de trois ans et, d'autre part, la mise en place de formations de spécialisation médicale de cinq ans en oncologie et en neurologie.

Au stade actuel, la responsabilité conceptuelle et organisationnelle de la réalisation de ces projets est confiée à l'UL en ce qui concerne le *Bachelor in medicine* et la formation spécifique en médecine générale. Cette responsabilité est assumée dans le domaine de la spécialisation en oncologie et en neurologie par la Direction générale de la Santé pour le volet « base légale » et par la Direction générale de l'Enseignement supérieur et de la Recherche pour le volet « formation ». L'UL assure la coordination générale des études spécialisées en médecine.

En ce qui concerne les études de trois ans, conférant le grade de *Bachelor in medicine*, il est frappant que ni le professeur Neyses, le véritable initiateur de l'idée de créer une LMS, ni aucun médecin luxembourgeois n'aient fait partie du groupe qui a élaboré cette proposition. C'est très étonnant que cette résolution n'ait pas fait l'objet d'observations critiques – à l'exception de l'Association des étudiants en médecine – par les membres du groupe d'experts composé d'acteurs et de partenaires du système de santé luxembourgeois, tous favorables à la création à court terme d'une LMS offrant une formation de base de six ans. Le compte rendu de l'Assemblée générale de l'Association luxembourgeoise des étudiants en médecine du 29 décembre 2016 indique, entre autres : « Die ALEM unterstützt nach wie vor das Projekt der LMS mit Hauptstudium in Luxemburg und Kooperationen mit Universitäten in der Großregion. Die vorgestellten Alternativmodelle, wie etwa ein Bachelorstudium in Luxemburg, oder die Erhaltung des Status quo, stellen für die ALEM keine befriedigende Lösung dar, da die bestehenden Probleme entweder überhaupt nicht gelöst, oder nur um ein paar Jahre aufgeschoben werden. Ebenfalls will die ALEM sich mit den zuständigen Ministerien an einen Tisch setzen, damit ein Konsens gefunden werden kann⁵. » Lors de l'Assemblée générale du 29 décembre 2017, l'ALEM a adopté à cet égard une attitude plutôt positive.

Une brève remarque au sujet des orientations arrêtées a été faite par Martine Goergen, la directrice médicale du CHL depuis juillet 2017, à l'occasion d'une interview à la revue *Semper Luxembourg* de juillet 2017 : « Nous voulons conserver notre place actuelle dans le paysage luxembourgeois, mais nous voulons aussi être un partenaire préférentiel de l'Université et de la *Medical School* lorsqu'elle verra le jour. » Une telle prise de position peut être interprétée comme approuvante de la décision du 22 mars 2017. En revanche, Catherine Boisanté, la directrice médicale précédente du CHL avait émis sur le projet d'une LMS un avis plutôt critique. Dans une intervention à la Radio 100,7, le 19 septembre 2017, le Dr Nico Haas, coordinateur de la formation spécifique en médecine générale, s'est clairement prononcé en faveur du choix du gouvernement de mars 2017. Le défaut de commentaires critiques s'explique sans doute parce que des professionnels de la santé influents voient finalement dans la conclusion du 22 mars 2017 un premier pas vers la création d'une LMS. L'absence d'éclaircissements sur le contenu et la mise en œuvre des dispositions prises par le gouvernement explique aussi pourquoi la pertinence et la validité des textes en question n'ont guère été examinées. Cependant, dans une interview, publiée au *Luxemburger Wort* du 31 août 2017, le Dr Raymond Lies, ancien directeur général de l'Hôpital Kirchberg, déclarait à propos

d'une *Medical School* : « Da Luxemburg trotz der offenen Grenzen auch ein zu kleines Anzugsgebiet für die Planung einer medizinischen Fakultät aufweist und in Zukunft auch aufweisen wird, ist die Entscheidung der Regierung realitätsbezogen. Das sollte eigentlich ein Ansporn sein die Luxemburger Krankenhäuser, die mit ausländischen Fakultäten Verträge über Weiterbildung und Ausbildung abschließen, zu unterstützen. Dies könnte den Luxemburger Medizinstudenten zudem indirekt erlauben, ihre Spezialisierung an den Medizinischen Fakultäten auszuüben. » Rappelons que selon des critères internationaux une Faculté de médecine se justifie en général à partir d'une agglomération urbaine comportant 1,5 à 2 millions d'habitants (voir *How do we Define a Medical School ?* Office of the World Federation of Medical Education, 2010). Fin 2012, Rolf Tarrach, alors recteur de l'UL, avait déjà attiré l'attention sur ce problème (voir *Le Quotidien* du 19.11.2012).

L'argument particulièrement convaincant concernant la réalisation à terme d'une *Medical School* constitue sans doute le rapport *Medical Education in Luxembourg*, approuvé par le Conseil de gouvernance de l'UL en sa séance du 10 décembre 2016. En effet, il y est dit qu'après la mise en place du programme *Bachelor in medicine* : « A clinical education phase (Master in Medicine) should be added later, in order to give sufficient time for building up the necessary expertise, quality assurance and infrastructure. » Ce rapport, signé par Rainer Klump, recteur de l'UL à cette date, reconnaît toutefois, qu'avant de commencer l'éducation médicale, un certain nombre de prérequis doivent être remplis.

L'Université du Luxembourg mettra en place un *Bachelor académique en médecine* au plus tôt à partir de l'année académique 2020/21. Cela signifie que même si les études préparatoires nécessaires étaient toutes réalisées et au cas où les dispositions juridiques indispensables auraient été prises, la décision définitive n'interviendrait qu'après les élections législatives d'octobre 2018, c'est-à-dire après la constitution d'un nouveau gouvernement et même peut-être seulement lors de la législature qui suit celle commençant en 2018.

Le communiqué du gouvernement précise par ailleurs : « Lorsque le premier cycle des études médicales est bien établi, le développement du deuxième cycle des études médicales (type *Master*) sera étudié et fera l'objet d'une décision ultérieure. » En d'autres termes, la décision du gouvernement n'exclut nullement la création d'une LM, ce qui explique sans

doute que lors de l'assemblée générale de l'ALEM fin décembre 2017, il a été dit : « L'arrivée du bachelor est une bonne initiative, mais à nos yeux il ne s'agit que d'un premier pas qui va dans la bonne direction. »

Beaucoup de questions restent en suspens en ce qui concerne la création d'un *Bachelor académique en médecine* mais aussi au sujet de la formation des médecins spécialistes en oncologie et en neurologie. En réalité, le gouvernement n'a en mars 2017 fixé que les grandes orientations, un canevas pour les travaux à entreprendre. Nul ne sait à l'heure actuelle quelles solutions détaillées seront retenues. Aussi ne peut-on pas exclure que certaines idées se révéleront irréalistes ou qu'elles ne seront à l'avenir plus jugées souhaitables.

Le système de santé d'un pays est l'affaire de tout le monde. La formation médicale a une influence déterminante sur la compétence des médecins et donc sur la qualité des soins prodigués aux patients. Son organisation entraîne des répercussions économiques et budgétaires. Elle pose des interrogations politiques, éthiques et sociétales. Au Luxembourg cet enseignement a un impact sur la réputation de l'UL et la répartition des ressources qui sont allouées aux différents départements. On ne devrait en conséquence pas traiter un sujet de pareille envergure de manière imprécise et partielle, ni comme un savoir de professionnel réservé aux seuls professionnels.

L'objectif de ce texte est d'exposer de façon impartiale, avec discernement et dans le respect des faits le contenu de la décision prise en mars 2017, d'analyser ses conséquences plausibles et de mettre en question certains avantages présumés de ce projet. Il s'agit, dans la mesure du possible, de décrire et d'interpréter des phénomènes sociaux relatifs au système de santé selon les concepts et les méthodes appliqués en sociologie⁶. Cette approche neutre présuppose de poser les bonnes questions, de se méfier des fausses évidences et de promouvoir une réflexion montrant que la certitude d'une médecine plus accessible et plus efficace est en l'occurrence une illusion.

En février 2018, un avant-projet de loi sur l'extension des études médicales au Luxembourg était en cours d'élaboration.

Je tiens à remercier vivement tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, ont contribué à la réalisation de cet essai. Bien entendu, les opinions exprimées ici sont de la seule responsabilité de leur auteur.

2. EFFECTIF DES MEDECINS PRATICIENS ET FORMATIONS MEDICALES

La composition de l'effectif des médecins ainsi que la formation médicale actuellement organisée au Luxembourg sont des données indispensables pour se prononcer sur la mise en place de nouvelles études de médecine.

2.1 Médecins généralistes et spécialistes, luxembourgeois et étrangers

Le Statec publie annuellement des données sur le nombre des médecins en activité au Luxembourg, en mentionnant à part les généralistes, les spécialistes et les dentistes. Ces publications renseignent sur le nombre de médecins praticiens pour 1 000 habitants (sans les dentistes : 2,9 en 2015 et en 2016). D'autres informations dans le domaine de la santé sont régulièrement communiquées par ce Service (infirmiers et aides-soignants praticiens (10 367 en 2016), pharmaciens, établissements hospitaliers, lits d'hôpitaux).

Dans les études sur la *Démographie médicale*, publiées par l'Association luxembourgeoise des étudiants en médecine (ALEM), un grand nombre d'indications détaillées est fourni sur la situation en matière de santé. L'édition de cette publication parue en 2011 expose le nombre des médecins luxembourgeois et étrangers en 2005 et en 2010.

Médecins luxembourgeois et étrangers en 2005 et en 2010				
Année	Méd. lux.	Méd. étr.	Total	% Méd. étr.
2005	1 016	676	1 692	39,95%
2010	1 109	889	1 998	44,49%
Source : <i>Démographie médicale</i> , édition 2011.				

Sur une période de 5 ans, la progression des médecins étrangers est considérable. Parmi les non-Luxembourgeois, les Allemands étaient en 2010 les plus nombreux, suivis de près des Belges. Les médecins femmes se trouvaient en 2010 très sous-représentées (32%). Le Rapport général de

2017 sur la Sécurité sociale au Grand-Duché de Luxembourg⁷ indique au 31.12.2016 un nombre total de médecins praticiens (y compris les dentistes, mais sans les médecins administratifs) de 2 234, dont 64,6% d'hommes et 35,4% de femmes (p.35).

Le ministère de la Santé publie des statistiques des médecins praticiens par nationalité et par spécialité. Le tableau ci-après montre que le nombre des médecins étrangers exerçant au Luxembourg fin 2014 correspondait pratiquement à celui des médecins luxembourgeois. Les médecins spécialistes non luxembourgeois et les médecins dentistes non luxembourgeois dépassaient en 2014 le nombre des médecins luxembourgeois dans ces catégories. Parmi les généralistes étrangers, les Français étaient en 2014 les plus nombreux (71), alors que les Allemands (244) occupaient une place prépondérante par rapport aux médecins spécialistes non luxembourgeois.

Médecins praticiens* au Luxembourg au 31.12.2014						
Spécialités	Luxembourgeois		Autres nationalités		Total	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Médecins généralistes	312	63,80	177	36,20	100	489
Médecins spécialistes	552	49,00	564	51,00	100	1 116
<i>Généralistes et spécialistes</i>	<i>864</i>	<i>53,83</i>	<i>741</i>	<i>46,17</i>	<i>100</i>	<i>1 605</i>
Dentistes	193	42,32	263	57,68	100	456
Orthodontie	5	27,77	13	72,23	100	18
Chirurgie buccale	1	50,00	1	50,00	100	2
Nombre total des médecins	1 063	51,08	1 018	48,92	100	2 081
*Médecins prodiguant des soins et des services directement aux patients. Source : Direction de la Santé – Service des Statistiques.						

Selon le ministère de la Santé, au Luxembourg le nombre des médecins praticiens, sans les dentistes, s'élevait au 31.12.2016 à 1 683, dont 505 généralistes et 1 178 spécialistes. A la même date, on comptait 526 dentistes et 24 dentistes spécialistes.

Quant à la nationalité des médecins généralistes, spécialistes, dentistes et dentistes spécialistes installés au Luxembourg (au 31.12 de l'année correspondante), d'après la même source le pourcentage des médecins luxembourgeois a évolué comme suit depuis 2014, dernière année où avec 51,08% ils étaient en très légère majorité, devenue une très légère minorité avec 49,53% en 2015 et 48,99% en 2016. Au 31 décembre 2016, les médecins de nationalité luxembourgeoise étaient majoritaires par rapport au total des généralistes (319 sur 505), mais minoritaires comparés à l'ensemble des spécialistes (565 sur 1 178) et aussi minoritaires au nombre complet des médecins dentistes et dentistes spécialisés (210 sur 550).

En décembre 2017, l'UL a publié un travail sur les médecins généralistes au Luxembourg, comportant des données complémentaires à celles dont nous avons jusqu'alors disposé⁸.

En plus, au mois de décembre 2017, l'Association des médecins et médecins-dentistes a communiqué les résultats d'un sondage relatif au système de santé publique⁹. Quelques renseignements de cette enquête sont reproduits dans ce texte.

2.2 Genres de formations médicales dispensées

A l'heure actuelle, des formations médicales sont organisées au Luxembourg par l'Université et par les hôpitaux.

Formations organisées par l'UL

Depuis la rentrée 2005-2006, l'UL dispense une formation d'une année en Sciences de la vie, qui permet aux étudiants ayant obtenu le Certificat d'études supérieures en sciences médicales, de passer en 2^e année de médecine dans les universités avec lesquelles un accord de coopération a été conclu en Allemagne, en Belgique et en France. Pour être admissibles à ces études à l'UL, les candidats doivent répondre à certaines conditions et notamment prouver un bilinguisme français et allemand (sauf s'ils ont passé 10 ans dans l'enseignement luxembourgeois). Une connaissance de l'anglais n'est pas demandée. Pourtant, les recherches en médecine sont très majoritairement publiées dans cette langue, qui est au Luxembourg celle utilisée par le Fonds national de la recherche et dans laquelle est rédigé le Rapport annuel de l'Université. L'UL reçoit actuellement quelque 400 demandes, alors que le nombre d'admis est limité à 100, sélection-

nés sur dossier, dont en moyenne la moitié réussit tous les examens. Cette formation prolonge en quelque sorte les études de l'ancien département des sciences du Centre universitaire de Luxembourg, créé par la loi du 17 février 1974, qui offrait un enseignement de première année universitaire pour la médecine, la pharmacie et les sciences exactes et naturelles.

En ce qui concerne les étudiants ayant accompli avec succès la 1^{ère} année de médecine à l'UL, 59 places leur avaient été attribuées en 2013 en vue de passer en 2^e année dans les universités partenaires : 34 en France ; 15 en Belgique ; 10 en Allemagne.

Voici l'évolution qui a eu lieu dans ce domaine jusqu'à fin mars 2018.

France : les accords interuniversitaires de 2013 restent en vigueur : Paris VI (10 places) ; Université de Lorraine (12 places) ; Université de Strasbourg (12 places).

Belgique : la dérogation conclue avec les cinq universités francophones belges avait déjà été abrogée en novembre 2013. Grâce à la persévérance des autorités luxembourgeoises, cette décision a été annulée le 7 juillet 2017 par un accord entre le gouvernement du Grand-Duché et le gouvernement de la Communauté française de Belgique qui garantit de nouveau l'accès annuel de 15 étudiants en deuxième année de médecine en Belgique, après ratification par le Parlement de la Communauté française de Belgique qui est intervenue le 20 décembre 2017.

Allemagne : le ministre Marc Hansen a fourni, le 21 septembre 2017, les informations suivantes à la question parlementaire n° 3210 concernant l'accès d'étudiants en médecine de l'UL aux Universités du Land de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie. Dans les années 1980, des accords permettant l'admission d'un étudiant par an avaient été conclus avec sept universités de ce Land. Or, les sept universités en question ont résilié unilatéralement l'accord de coopération avec l'UL. Suite à des contacts avec le ministère de la Culture et de la Science du Land concerné, cinq universités de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie ont de nouveau accepté chaque année l'admission d'un étudiant en médecine de l'UL. En revanche, l'Université Heinrich Heine de Düsseldorf et l'Université technique d'Aix-la-Chapelle ont maintenu la résiliation de l'accord avec l'UL aux dates du 27 juillet 2016 et du 17 février 2017.

En outre, l'Université de Sarre a résilié dès 2011 l'accord de coopération avec l'UL. Par contre, l'accord avec trois universités de Bavière concernant l'admission au total de trois étudiants en médecine de l'UL est toujours en vigueur.

Ces modifications montrent que l'intérêt de tels accords pour les étudiants en médecine diplômés du Certificat d'études supérieures en sciences médicales de l'UL est peu fiable.

L'UL met par ailleurs en œuvre une formation spécifique en médecine générale d'une durée de trois ans, à laquelle pour l'année académique 2015-2016 un groupe de 20 étudiants au plus, porteurs du grade de *Master en médecine* et sélectionnés sur dossier, a pu participer. De 2004 à 2015, près de 80 médecins généralistes ont suivi les trois années de cette formation spécifique.

Formation organisée par des hôpitaux

Le Centre Hospitalier de Luxembourg (CHL) et les Hôpitaux Robert Schuman (nés de la fusion de l'Hôpital Kirchberg, de la Clinique Zitha, de la Clinique Sainte-Marie et de la Clinique Dr Bohler) sont engagés dans la formation d'étudiants en médecine ainsi que de médecins en voie de spécialisation.

Selon le rapport annuel 2014 : « Le CHL a développé des relations avec des universités belges, allemandes et françaises, recevant des étudiants en médecine de ces trois pays, à partir de leur 1^{ère} année d'études. Le CHL est reconnu hôpital de formation (Akademisches Lehrkrankenhaus) par l'Université de la Sarre, ce qui permet aux étudiants en médecine de 6^e année de cette université de faire leur année de formation pratique et théorique au CHL » (p. 54). Le Rapport annuel 2015 précise que le CHL participe activement à l'enseignement prodigué aux médecins en formation spécifique, en médecine générale et aux étudiants en médecine à l'Université du Luxembourg » (p.126).

Les Hôpitaux Robert Schuman offrent une formation médicale analogue à celle du CHL. « Un partenariat académique et clinique étroit existe avec la Faculté de Médecine de Mannheim qui dépend de l'Université de Heidelberg, dont l'Hôpital Kirchberg est un des hôpitaux académiques accrédités (Akademisches Lehrkrankenhaus) ». Selon le rapport d'activité

2014 : « Une vingtaine de médecins de l'Hôpital Kirchberg sont accrédités comme maître de stage par différentes universités (Université du Luxembourg, Université de Heidelberg, Université de Düsseldorf, Université de la Sarre, Université de Nancy). Cet engagement est soutenu par des conventions de stage signées avec différentes universités, comme Strasbourg ou Paris VI » (p. 16 du rapport général 2014).

Le Centre Hospitalier Emile Mayrisch (CHEM) à Esch-sur-Alzette, qui a fusionné avec l'Hôpital de la Ville de Dudelange et l'Hôpital Princesse Marie-Astrid de Nieder Korn, a passé en 2016 un accord de coopération avec l'Hôpital universitaire de la Sarre et est devenu ainsi un hôpital académique (Akademisches Lehrkrankenhaus). Outre la formation pratique d'étudiants en médecine, l'accord conclu porte aussi sur la recherche et l'enseignement. Il est prévu qu'un nouveau Centre hospitalier du Sud (Südspidol) remplace fin 2023 les trois sites du CHEM. Dans cet hôpital des salles de formation sont prévues pour les étudiants, bien qu'il ne soit pas envisagé que le Südspidol soit, le cas échéant, un hôpital universitaire.

Le Centre Hospitalier du Nord (CHdN), ayant un site à Ettelbrück (ancien Hôpital Saint-Louis) et un site à Wiltz (ancienne Clinique Saint-Joseph) pourrait sans doute contribuer à la formation des étudiants en médecine, sans être un hôpital académique.

L'activité d'enseignement médical constitue une reconnaissance de la qualification et de l'expérience des hôpitaux luxembourgeois concernés, ce qui ne signifie pas qu'ils répondent aux caractéristiques d'un hôpital universitaire. Est-ce que par l'extension des études de médecine, les Centres hospitaliers qui exercent actuellement la mission d'hôpital de formation vont devenir des Centres hospitaliers universitaires, donc être liés à l'Université du Luxembourg par une convention ? Un Centre hospitalier universitaire est un hôpital attaché à une université, dont le fonctionnement est assuré par des professionnels de santé hautement qualifiés et caractérisé par des relations de travail très hiérarchisées.

3. ELABORATION ET ABANDON DU PROJET DE CREER À COURT TERME UNE LUXEMBOURG MEDICAL SCHOOL

Le projet d'une *Luxembourg Medical School* (LMS), évoqué à partir de 2013, a été exposé et analysé par l'article publié en septembre 2016 et cité dans l'Introduction de ce document. Le terme de *Medical School*

(MS) désigne – sauf exception – des établissements d'enseignement supérieur formant de futurs médecins. On peut classer les MS en trois principales catégories. Les *Medical Schools* qui sont des Facultés de médecine d'une université. Les *Medical Schools* qui dispensent des études médicales sans constituer une Faculté de médecine d'une université (par exemple : la *Kassel School of Medicine* (KSM), en partenariat avec l'*University of Southampton* ou l'*Asklepios Medical School* à Hambourg (*Asklepios Campus Hamburg* – ACH), en coopération avec l'Université *Semmelweis* de Budapest). Enfin, les *Medical Schools* qui ne forment pas de médecins mais d'autres professionnels de la santé (par exemple : la *Medical School Hamburg*, qui entre autres, forme des *Master* en klinische Psychologie, *Medizinpädagogik*, *Rechtspsychologie*).

3.1 Contrat d'établissement pluriannuel 2010 à 2013 et 3e Plan quadriennal 2014 à 2017

Le Contrat d'établissement pluriannuel entre l'État et l'Université pour 2010 à 2013, signé le 28 janvier 2010, précise qu'à la demande du gouvernement l'Université étudiera l'éventuelle mise en place d'un dispositif de formations pour la médecine et certaines professions de santé (p. 4/7). D'après des informations fiables mais non consignées par écrit, une première réunion sur cette question s'est tenue le 24 mars 2011 et avait pour objet le développement d'un *Bachelor en médecine* auprès de l'UL.

Le 3e Plan quadriennal de l'UL (2014-2017), approuvé le 16 novembre 2013, indique au point 2.4 : « the University will set up a Bachelor program in medicine. A subsequent Master program for clinical training will be organised and implemented in the 4th 4-year plan, in part with partner universities¹⁰. » Or les études et analyses détaillées permettant une prise de décision au gouvernement ont seulement été entamées en 2014 (voir la réponse de Marc Hansen du 19.10.2016 à la question au gouvernement 2408 du 22.09.2016).

Le Contrat d'établissement pluriannuel entre l'État et l'Université pour la période 2014 à 2017, approuvé le 8 avril 2014, annonce que « la mise en place d'une formation en médecine est explorée davantage jusqu'à l'échéance à l'automne 2015. Le cas échéant, sur avenant au présent contrat contenant les moyens à prévoir, l'Université met en œuvre une « *medical school* » à partir de la rentrée académique 2017/2018 » (page 4/8). C'est la première fois que le terme de *Medical School* est employé

dans un document officiel du gouvernement. En date du 21 mars 2016, ce contrat a été révisé pour la période 2014-2017.

Le contrat d'établissement 2018 à 2021 entre l'État et l'Université du Luxembourg ne mentionne pas les études universitaires de médecine, annoncées en mars 2017.

Il convient de relever que le Programme 2013-2018 du gouvernement Xavier Bettel-Etienne Schneider, rendu public le 10 décembre 2013, fournit les indications suivantes sur la formation médicale, sans mentionner la création d'une *Medical School* :

« Le Gouvernement étudiera l'opportunité d'une extension de la formation universitaire médicale à l'Université du Luxembourg ou alternativement la mise en place d'une collaboration plus intensive avec une ou des universités de la région jouissant d'une excellente réputation dans ce secteur. Le Gouvernement développera la formation postuniversitaire des médecins généralistes et l'intégrera dans le cursus de l'Université du Luxembourg. »

En mars 2014, le gouvernement chargea l'UL et le cabinet d'audit Deloitte d'évaluer la faisabilité d'une *Luxembourg Medical School*. Les deux études furent présentées en mars 2015 à la Commission de la Chambre des députés compétente en cette matière.

Le rapport, *Feasibility Study of a Medical School* réalisé par l'agence suisse AAQ (*Agentur für Akkreditierung und Qualitätssicherung*)¹¹, sur demande et en collaboration avec l'Université du Luxembourg, estime que le Luxembourg est en mesure d'organiser une formation de qualité en médecine. Suivant l'AAQ, en 2026, quand la LMS prévue aura atteint son rythme de croisière, le coût d'une formation de six ans s'élèverait à 300 000 euros par étudiant et occasionnerait une dépense annuelle totale de 30 à 35 millions d'euros pour 300 étudiants.

L'étude, effectuée par le cabinet d'audit Deloitte, en collaboration avec le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, le ministère de la Santé et le ministère de l'Economie¹², évalue l'impact potentiel d'une LMS sur le secteur de la santé, le domaine de la biotechnologie et de la technologie médicale ainsi que concernant le développement économique. L'estimation du cabinet d'audit Deloitte arrive à un coût annuel de 65 mil-

lions d'euros, donc le double de ce que l'AAQ prévoit. Cette étude conclut, d'un côté que la LMS représenterait une opportunité pour le Luxembourg et de l'autre que le projet comporte des risques et que son potentiel de bénéfice socioéconomique n'est pas établi. Les experts de Deloitte recommandent d'examiner des modèles alternatifs à la LMS, par exemple, une coopération avec d'autres universités.

Lors de la réunion du 16 mars 2015 de la Commission de la Chambre qui a cette matière dans ses attributions, le Secrétaire d'Etat à l'Enseignement supérieur et à la Recherche a précisé que le modèle de la LMS analysé par les deux études « offrait une formation de base en médecine d'une durée de six ans, comprenant un programme de bachelor de trois ans et un programme de master de trois ans. Il s'agirait d'une formation centrée sur la pratique, qui serait organisée en collaboration étroite avec des partenaires hospitaliers. Elle accueillerait quelque 50 étudiants par année... »

Les années 2014 et 2015 peuvent être considérées comme la période faste de ce projet. En effet, la création d'une *Medical School* est alors approuvée sinon à l'unanimité, au moins sans opposition, par les deux comités créés dans ce domaine : d'une part, le Comité exécutif, dont les membres sont nommés par l'UL et qui prend les décisions les plus importantes relatives à la mise en place de la LMS ; d'autre part, le Comité de pilotage, comprenant les acteurs et partenaires du système de santé luxembourgeois (à titre d'exemple : le Collège médical, la *Patientevertriebung*, des représentants des principaux ministères concernés...), dont la mission est de conseiller le Comité exécutif et d'émettre des avis sur toutes les affaires ayant trait à la LMS.

Les articles publiés dans les journaux étaient en règle générale très favorables à la réalisation de cette idée. Mentionnons, à titre d'exemple, le *Luxemburger Wort* du 16 avril 2014, qui publie sur trois pages un texte intitulé « Richtiges Rezept – Studie und Stimmen für eine *Medical School* » ; le *Tageblatt* du 13 mars 2015 consacre deux pages à la « *Medical School* – Ärzteschule in Luxemburg ist umsetzbar, aber relativ teuer ». On peut également signaler que la publication *Idée du mois* n°11 de mars 2016 de la Fondation IDEA était plutôt positive à une MS, tout en mentionnant que la question mérite un examen approfondi et qu'il importe de développer les coopérations internationales en la matière. Presque tous les intéressés pensaient que la formation médicale en question débutera à l'année académique 2017/18. Les arguments en faveur d'une LMS ont été bien résumés

dans le texte de Ludwig Neyses et de cinq autres professeurs de l'UL : *Luxembourg Medical School – A Novel Concept for Old and Future Problems* (uni.lu, mars 2015).

La véritable caractéristique de la *Medical School* projetée consistait à confier la formation médicale principalement à du personnel ne faisant pas partie du corps professoral d'une université, mais choisi parmi les médecins du milieu hospitalier luxembourgeois.

3.2 Prises de position critiques

Parmi les organismes ayant adopté en 2016 une attitude prudente, sinon sceptique, à l'égard de la création d'une LMS, il y a lieu de mentionner le cabinet d'audit Deloitte, la Commission de la Chambre des députés compétente en cette matière et surtout l'OCDE qui dans sa publication *Review of Innovation Policy : Luxembourg 2016* fait la recommandation suivante, après avoir évoqué les problèmes de l'établissement d'une *Medical School* à l'UL : « *Consider carefully the options for setting up a medical school at the University. The many potential benefits of establishing such a school should be weighed against the very substantial costs involved* ». Comme interventions sceptiques de personnalités, on peut citer plusieurs interviews de l'ancien recteur de l'UL Rolf Tarrach et la remarque du recteur Rainer Klump, lors de la réunion du 30 mars 2015 de la Commission compétente de la Chambre des députés, où il déclarait qu'il faudrait en tout état de cause éviter, si l'on optait finalement pour la création d'une LMS, « que celle-ci change radicalement le caractère de l'Université et la transforme quasiment en Ecole supérieure de médecine (medizinische Hochschule) ». Catherine Boisanté, alors directrice médicale du CHL a déclaré le 23 août 2016 dans une intervention à la *Radio 100,7* que la création d'une LMS constituerait « une grande et très coûteuse aventure ».

Vers la mi-2016, le professeur Ludwig Neyses avait posé sa candidature au poste de nouveau président de la *Saar-Universität*. Cette décision n'était sans doute pas de bon augure pour les adeptes du projet d'une LMS.

Le texte de l'auteur de ces lignes, paru en septembre 2016 sous le titre « Faut-il créer une *Medical School* au Luxembourg ? », analyse les avantages attendus et les inconvénients encourus par cette proposition. Les considérations du présent document poursuivent le même objectif en ce

qui concerne l'extension des études universitaires de médecine au Luxembourg, décidée le 22 mars 2017.

4. MISE EN PLACE AU LUXEMBOURG D'UN PREMIER CYCLE D'ETUDES MEDICALES

La crainte d'une pénurie de médecins au Luxembourg, due aux difficultés que rencontrent les étudiants de l'UL et les lycéens luxembourgeois d'être admis dans une Faculté de médecine à l'étranger, constituait l'argument principal pour justifier la création d'une *Luxembourg Medical School*. Le même raisonnement a été avancé en 2017 afin de légitimer l'extension des études médicales à l'Université du Luxembourg.

Pour éviter une telle perspective, la décision du 22 mars 2017 du gouvernement prévoit notamment le développement par l'Université du Luxembourg d'un premier cycle d'études médicales de trois ans (type pré-clinique), appelé *Bachelor in medicine*¹³, à réaliser en partenariat avec des universités des pays voisins. De l'avis du gouvernement, ce cycle pourrait démarrer avec la 2^e année d'études médicales à l'UL à partir de l'année académique 2020/21. Il comportera au stade initial un nombre de 25 étudiants. Le diplôme de *Bachelor in medicine* devrait donner accès aux programmes de *Master* des universités partenaires.

L'UL continuera en même temps à faciliter aux étudiants ayant réussi la première année d'études en médecine au Luxembourg, attesté par le Certificat d'études supérieures en sciences médicales, la poursuite de leur formation en deuxième année dans des universités où un partenariat existe.

Par ailleurs : « Lorsque le premier cycle des études médicales est bien établi, le développement du deuxième cycle des études médicales (type *Master*) sera étudié et fera l'objet d'une décision ultérieure » (communiqué des ministères concernés).

Par l'entrée en vigueur de l'arrêt du 22 mars 2017, il y aura trois catégories d'étudiants luxembourgeois en médecine :

- * les lycéens qui après leurs études secondaires sont admis sur épreuves ou sur dossier comme étudiants dans une Faculté de médecine à l'étranger ;

- les étudiants ayant obtenu le Certificat d'études supérieures en sciences médicales, après un an d'études à l'UL, et qui sont acceptés en 2e année de médecine dans une université avec laquelle un accord a été conclu¹⁴ ;
- les étudiants qui après trois ans d'études à l'UL ont réussi le *Bachelor in medicine* et qui ont pu s'inscrire dans une université partenaire pour poursuivre leurs études en vue d'obtenir un *Master en médecine*.

L'organisation par l'UL d'un premier cycle d'études médicales de trois ans soulève un certain nombre de questions dont les plus importantes concernent : le *curriculum* (programme des études) ; le personnel chargé de la formation ; la sélection des étudiants ; l'initiation aux progrès récents dans le domaine de la santé ; la garantie pour les diplômés de *Bachelor in medicine* de l'UL d'avoir accès aux études de *Master* dans une université partenaire ; le coût pour l'Etat et l'effort intellectuel et organisationnel demandé à l'UL ; enfin l'effet probable pour remédier à une pénurie éventuelle en médecins.

4.1 Programme des enseignements – Personnel chargé de la formation et de la recherche – Sélection des étudiants

En ce qui concerne les contenus enseignés du premier cycle d'études médicales, deux options se présentent : soit retenir le programme d'une université ou un programme établi à partir d'enseignements de plusieurs universités, soit élaborer un programme répondant sur certains aspects aux besoins de l'UL, correspondant à des particularités du système de santé et placé sous le contrôle du Grand-Duché.

La première proposition de l'alternative présente l'avantage de se rapporter à des enseignements conçus par des spécialistes de haut niveau et garantit le mieux l'accès aux études de *Master* dans une université partenaire. La difficulté consiste à se mettre d'accord sur un *curriculum* convenant à différentes universités partenaires. L'autre possibilité aurait peut-être pu se justifier en cas de création d'une LMS, mais ne semble guère offrir d'avantages quand il s'agit d'un *Bachelor in medicine*. D'autant plus que ce programme doit être d'un niveau comparable à celui des universités partenaires, de sorte qu'il ne peut s'agir d'études allégées.

Le premier cycle d'études médicales porte surtout sur des sciences fondamentales. Voici, à titre d'exemple, quelques matières qui figurent dans le curriculum de la 2e et de la 3e année en médecine de l'Université de Strasbourg. Cette énumération montre la spécificité des matières qui seront probablement enseignées à l'UL en 2e et 3e année du premier cycle d'études médicales. La référence à l'Université de Strasbourg se justifie d'autant plus que les premiers contacts pour les études de *Master* à entreprendre par les *Bachelors in medicine* ont eu lieu avec cette université. En ce qui concerne la 2e année 2016-2017 : le système cardio-vasculaire et respiratoire ; le système digestif ; l'appareil locomoteur ; le revêtement cutané ; l'hormonologie, la reproduction et la nutrition ; le rein et les voies urinaires ; la dermatologie ; l'introduction à l'examen clinique... Dans chaque matière, il y a de l'anatomie, de l'histologie, de la biochimie, de la physiologie, de l'embryologie, de la sémiologie et de la physiopathologie. Il s'y ajoute, entre autres, des travaux dirigés dans différentes matières à la Faculté, des stages pratiques à l'hôpital (en médecine et en chirurgie). Quant à la 3e année du premier cycle d'études médicales à l'Université de Strasbourg, mentionnons, parmi d'autres, les matières suivantes : l'enseignement linéaire de sciences biocliniques ; l'athérosclérose-hypertension-thrombose ; la neurologie et la neuro-chirurgie ; la pathologie de la motricité ; la pathologie pulmonaire et thoracique... ; les modules suivants : anatomie sur le vivant ; stages cliniques d'initiation aux fonctions hospitalières...

Bien entendu, dans certains cas les traditionnels cours magistraux peuvent être remplacés par des « cours numériques » (surtout connus sous l'appellation anglaise *MOOC* = *massive open online course*), créés par des professeurs dont les vidéos ont fait leur preuve au sein de la formation médicale.

La Faculté de médecine de l'Université de Strasbourg exige que ses étudiants possèdent des connaissances en langue anglaise et en informatique qui doivent être validées. Ne faut-il pas en tenir compte au Luxembourg, lorsque les études médicales du premier cycle sont organisées en partenariat avec cette université ?

Dans un article intitulé *Les études de médecine vont devoir évoluer*, paru dans le Hors-série *La Santé et la Médecine* des publications *Le Monde et La Vie* en août 2017, Marina Cavazzana, professeure des universités, praticienne hospitalière, prix de l'Académie de médecine en 2016 pour

l'ensemble de ses recherches, conclut ainsi ses considérations : « *In fine*, pour réaliser l'ensemble de ces défis, les études de médecine doivent évoluer pour permettre l'émergence d'une nouvelle génération de médecins capables de jongler entre diagnostic génétique, prévention, nouvelles technologies et nouveaux médicaments, éthique et financement de la santé publique dans un nouveau parcours interdisciplinaire. »

Il va de soi que le niveau du premier cycle d'études médicales dispensé à l'UL dépend de la possibilité de recruter des enseignants-chercheurs de premier plan, répondant aux standards internationaux de qualité. En ce qui concerne la politique de recrutement du personnel enseignant, le Conseil exécutif du *World Federation for Medical Education* (WFME), dans sa préface sur les *Global Standards in Medical Education* de juin 2001, dit à propos du « basic standard » : « The medical school must have a staff recruitment policy which outlines the type, responsibilities and balance of academic staff required to deliver the curriculum adequately, including the balance between medical and non-medical academic staff, and between full-time and part-time staff, the responsibilities of which must be explicitly specified and monitored¹⁵. »

Les cours magistraux sur les sciences fondamentales devraient en principe être donnés à l'UL par des professeurs d'université ou, dans certains cas, par leurs assistants. A cet effet, il faudrait, entre autres, déterminer les domaines retenus, la durée des cours, le nombre et les compétences des professeurs et chercheurs engagés, leur rémunération, les langues utilisées. A cause d'un milieu scientifique assez modeste, comparé aux critères internationaux (absence de Faculté de médecine, spécialisation insuffisante, recherche médicale limitée, etc.), on peut s'attendre qu'il sera sûrement très difficile de faire venir au Luxembourg des enseignants-chercheurs d'une grande compétence. Voici, à ce sujet, l'avis du Dr Nico Haas, médecin coordinateur de la formation spécifique en médecine générale : « Allerdings ist Luxemburg zurzeit nicht ausreichend attraktiv, um wirklich grosse medizinische Experten anzulocken » (*Tageblatt* du 22.11.2016). En décembre 2017, le conseil de gouvernance de l'UL a approuvé le texte d'une offre d'emploi pour recruter un professeur en biomédecine qui sera au début de ses activités surtout responsable du développement des études de *Bachelor in medicine*. Il est sans doute prévu que des médecins d'hôpitaux luxembourgeois soient chargés à temps partiel de travaux pratiques, d'études dirigées et de stages cliniques d'initiation. Pourtant, la médecine hospitalière libérale, telle qu'elle est pratiquée au Luxembourg dans trois des quatre hôpitaux, n'est guère compatible avec cette nouvelle mission

(seul environ un quart des médecins luxembourgeois sont des salariés). « Le CHL est le seul centre hospitalier dans lequel des médecins travaillent comme salariés à plein temps à l'hôpital » (p. 124 du Rapport annuel du CHL de 2015).

Compte tenu des qualifications professionnelles des médecins du milieu hospitalier luxembourgeois, on peut se demander s'il n'aurait pas mieux valu de les associer au deuxième cycle d'études médicales, au lieu de leur confier des cours du premier cycle. Toutefois, une telle solution n'était pas compatible avec la création d'un *Bachelor in medicine* à l'UL. (En Allemagne, les étudiants de la *Kassel School of Medicine* (KSM) étudient pendant 2 ans à Southampton (université et hôpitaux) et à partir de la 3^e année à la KSM. Les étudiants de la *Asklepios Medical School* à Hambourg acquièrent pendant 2 ans les connaissances de base nécessaires à la pratique médicale à l'Université *Semmelweis* de Budapest et suivent les « semestres cliniques » à Hambourg.)

Tout laisse à croire que les meilleurs médecins des hôpitaux luxembourgeois seront choisis comme formateurs. Il en résultera que ces médecins seront moins disponibles pour les patients ; leur nouvelle activité nécessitera un réagencement des hôpitaux concernés ; il faut recruter des médecins pour les remplacer ; ceux-ci doivent avoir un réel talent pédagogique.

Le succès des études de *Bachelor in medicine* est lié pour une part importante à la liberté de sélectionner des lycéens intellectuellement doués et hautement motivés. Pour être admissibles en 2^e année du premier cycle d'études médicales de l'UL, les étudiants doivent remplir les mêmes conditions que celles demandées en vue d'accéder en 1^{ère} année de sciences de la vie à l'UL. La sélection se fait sur dossier compte tenu de critères concernant la note moyenne, les notes dans les matières scientifiques et un bilinguisme français et allemand (soit niveau C1 certifié, soit 10 ans passés dans l'enseignement luxembourgeois). Il ne faudrait cependant pas ignorer l'importance qui revient à l'anglais.

Il est probable que le diplôme de *Bachelor in medicine* de l'UL exerce sur des candidats en médecine d'autres pays une forte attractivité. D'un côté, à cause des critères de sélection, sans doute moins sévères au Luxembourg, et aussi en raison de frais d'inscription assez faibles. Enfin, la proximité du Luxembourg attirera sûrement pas mal de lycéens des régions

frontalières. Par ailleurs, beaucoup d'étudiants français en médecine qui se sont inscrits en Roumanie à une Université de médecine auraient intérêt à choisir l'UL¹⁶. La menace de trop d'étudiants étrangers était prise au sérieux par le groupe d'experts de l'AAQ qui allait jusqu'à suggérer, afin que 70% des places soient effectivement réservées à des résidents luxembourgeois, d'exiger que les candidats aient des connaissances en luxembourgeois. Il est en effet dit à cet égard : « Such requirements are permitted under EU law » (voir p. 27 du rapport cité). Comment justifier une sélection intervenant en partie à partir d'une langue qui n'est pas employée dans l'enseignement de la médecine à l'UL ?

4.2 Initiation aux progrès récents dans le domaine de la santé : télémédecine, robotique chirurgicale, nouveaux médicaments

La pratique de la médecine est en train de changer considérablement en raison des progrès techniques dans le secteur de la santé (diagnostic à distance, conseils aux patients par la télémédecine, apprentissage par simulation numérique, utilisation de robots opérant avec une très grande précision...). L'initiation aux techniques médicales les plus avancées dans l'enseignement donné à l'UL exigerait le recrutement et la formation de spécialistes et entraînerait des dépenses élevées d'achat et de maintenance des appareils. Se tenir au courant des dernières technologies novatrices et être capable de les utiliser demanderait aux médecins hospitaliers chargés de ces formations des efforts contraignants constants.

Notamment depuis 2013, il existe de très nombreuses publications scientifiques sur les promesses médicales de l'intelligence artificielle (IA).

Le nouveau scénario médical, qui fait partie de la révolution transhumaniste¹⁷, est appelé par Guy Vallancien de l'Académie nationale de médecine et professeur d'urologie, la média-médecine¹⁸. Selon Guy Vallancien, il s'agit d'une « Mutation colossale que n'entrevoient pas encore l'immense majorité des professionnels de la santé, des décideurs politiques ou même des malades » (p. 13 du livre de Guy Vallancien *La médecine sans médecin ?*). Les importants changements qui vont se produire en médecine auront également une influence sur la répartition entre professionnels de la santé. On peut ainsi s'attendre à une réduction du nombre des médecins et une augmentation des assistants médicaux au niveau de *Master* (p. 204 du livre *La médecine sans médecin ?*). Dans un article paru dans la revue *Le Débat*, Guy Vallancien écrit : « ...qu'il s'agisse du médecin généra-

liste ou du spécialiste, l'ordinateur fera de plus en plus le bon diagnostic et proposera la bonne thérapie, appuyé par les innombrables données qui l'alimentent. Les robots chirurgiens opèrent, les robots anesthésistes endorment et les robots infirmiers piquent la veine. Le brancardier, l'ambulancier seront aussi menacés¹⁹. »

Selon Jean Tirole, lauréat 2014 du Prix Nobel d'économie, la numérisation devrait créer beaucoup de richesses, mais fera disparaître ou muter de nombreux emplois et pas seulement les emplois peu qualifiés. « Les médecins, avocats, professeurs sont sur la liste » (voir l'entretien de l'économiste français, publié par la revue *Le Point* du 15-22 décembre 2016). Cet éminent économiste se demande : « Que deviendra le médecin généraliste dans dix ans ? Il n'existera plus dans sa forme actuelle, remplacé par des algorithmes, la génétique, etc. » (*Le Monde* du 15.09.2017).

Dans le rapport *Technology at Work v2.0* de janvier 2016, élaboré par Citi et l'Oxford Martin School at the University of Oxford, on lit à la page 11 : « In healthcare, IBM's Watson computer now provides automated chronic care and cancer treatment diagnostics, drawing upon piles of data that a doctor would not be able to process, including information from more than 1.5 million patient records and clinical trials, as well as 2 million pages of text from medical journals. »

Bien entendu, les enseignants-chercheurs dispensant des cours aux étudiants préparant le *Bachelor in medicine* doivent aussi pouvoir exposer les innovations thérapeutiques les plus récentes concernant les médicaments les plus efficaces, dont certains ont été découverts par l'intelligence artificielle.

Au Luxembourg, en septembre 2017, seul l'Hôpital Kirchberg pratique la chirurgie robotique. Cet hôpital était alors équipé de robots médicaux dans les domaines de l'urologie, de l'orthopédie et de la chirurgie des prothèses. Le Centre Hospitalier Emile Mayrisch (CHEM) d'Esch-sur-Alzette et le Laboratoire national de la santé possèdent un équipement de télédiagnostic microscopique. « La télépathologie constitue un progrès technologique important dans la prise en charge chirurgicale des patients atteints d'une tumeur. En effet, les technologies modernes de télécommunication permettent d'acheminer des images en temps réel vers un lieu distant où celles-ci peuvent être interprétées » (p. 4 du Rapport annuel 2016 CHEM).

En 2016, un robot a été construit à l'UL, appelé *QT*, utilisé par des thérapeutes d'enfants autistes (voir d'*Lëtzeburger Land* du 15.12.2017).

4.3 Accès aux études de *Master* dans des universités partenaires

Après avoir obtenu leur diplôme de *Bachelor in medicine* à l'UL, les étudiants doivent pouvoir poursuivre leurs études de deuxième cycle, qui porte surtout sur la pratique clinique, dans une université partenaire à l'étranger. Or, il ne sera pas facile de trouver un nombre suffisant d'universités qui acceptent ces étudiants en 4^e année d'études médicales, alors que cette condition constitue la clé de voûte de tout le dispositif envisagé d'extension de la formation des médecins.

En effet, les Facultés de médecine sont surchargées et les capacités de formation dans les hôpitaux sont limitées, de sorte qu'admettre ces étudiants aux études de *Master* posera des problèmes difficiles à résoudre. Les obstacles qui se dressent dans ce domaine seront probablement encore plus ardues que ceux des étudiants ayant obtenu le Certificat d'études supérieures en science médicale à l'UL d'être acceptés sans épreuve en 2^e année du premier cycle dans une université. Il faut donc que les autorités luxembourgeoises réussissent à conclure des conventions avec des universités partenaires de différents pays permettant à ces étudiants de s'inscrire aux études de *Master*. Dans cette optique, le niveau du diplôme de *Bachelor in medicine* obtenu à l'UL doit être reconnu comparable au niveau de connaissances que possèdent les étudiants de l'université partenaire à la fin du premier cycle. En outre, il faudra obtenir un accord sur le nombre d'étudiants de l'UL accepté annuellement et pérenniser les mesures prises.

Au cas où le diplôme de *Bachelor in medicine* de l'UL accorderait la possibilité à un nombre trop limité d'étudiants de poursuivre les études de deuxième cycle dans une université de l'étranger, l'extension des études universitaires de médecine au Luxembourg aura été une aventure coûteuse et inefficace pour garantir un approvisionnement suffisant en médecins. Ne pas trouver une place dans une université à l'étranger constitue pour ces étudiants le « risque des risques ». En conséquence, les différents aspects de ce problème doivent être clarifiés avant le démarrage du premier cycle d'études médicales à l'UL.

En 2017, des négociations à ce sujet étaient en cours avec l'Université de Strasbourg et l'Université de Lorraine, des contacts sont envisagés en

Allemagne et en Belgique. Ce problème pourrait-il être résolu par la prise en charge du coût occasionné aux universités partenaires et surtout aux hôpitaux qui organisent les stages cliniques ? Une telle solution reviendrait très chère et serait discriminatoire envers des étudiants luxembourgeois suivant des études dans d'autres disciplines. En tout cas, le nombre sûrement assez réduit des Facultés de médecine disposées à accepter des étudiants diplômés d'un *Bachelor in medicine* de l'UL en 4^e année de médecine limitera pour ceux-ci le choix des universités pour poursuivre leur formation.

Lors de la visite d'Etat du Luxembourg en France, du 19 au 21 mars 2018, « Marc Hansen, ministre délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, et Jean-Baptiste Lemoyne, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Europe et des Affaires étrangères de la République française, ont signé la 20 mars 2018 à Paris, un protocole relatif à la coopération scientifique et universitaire entre le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le gouvernement de la République française ». (Communiqué le 20.03.2018 par le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.)

En ce qui concerne l'accès au deuxième cycle médical, ce protocole prévoit que chaque année à partir de 2022, un maximum de 25 étudiants de l'Université du Luxembourg, peuvent, après avoir réussi la troisième année en médecine à l'Université du Luxembourg, être admis à s'inscrire en première année de formation approfondie en sciences médicales auprès d'une des universités de Lorraine, Strasbourg, Paris V et Paris VI.

Cet accord n'apporte pas de changements aux dispositions du protocole concernant le maximum de 34 étudiants en médecine ayant réussi à l'UL la 1^{ère} année, d'être admis chaque année à s'inscrire en 2^e année d'études aux mêmes universités françaises.

Ces conventions constituent une forte incitation pour les étudiants luxembourgeois de faire leurs études médicales en France, sauf si les épreuves qu'ils doivent réussir après l'admission sont considérées d'une trop grande difficulté.

4.4 Dépenses à supporter par l'Etat et effort demandé à l'UL

Le coût des études en médecine est particulièrement élevé. A titre d'exemple, selon *Der Spiegel* 6/2017, le coût annuel par étudiant s'élève en Allemagne, en cas d'études de *Germanistik* à environ 3 700 euros et en cas d'études en médecine à environ 20 000 euros. Le budget n'est évidemment pas le seul problème que pose la décision gouvernementale du 22 mars 2017. Cependant, on ne peut ignorer qu'il s'agit en l'occurrence d'un projet entraînant des dépenses permanentes et croissantes et que le prix de pareilles réalisations est généralement sous-estimé, alors que les avantages attendus sont d'habitude surestimés par ses protagonistes. C'est pourquoi, mieux vaut se méfier de telles évaluations. Rappelons qu'en ce qui concerne la LMS projetée, selon l'agence suisse AAQ le coût de formation s'élèverait en 2026, pour 300 étudiants à un montant de 30 à 35 millions d'euros par an. L'étude entreprise par le cabinet d'audit Deloitte a retenu une dépense budgétaire annuelle à la même date et pour le même nombre d'étudiants de 65 millions d'euros.

Par rapport à l'ancien schéma d'une LMS, la décision de mettre en place un premier cycle d'études médicales exigera évidemment des dépenses moins élevées. En effet, les années d'études sont réduites de 6 à 3 ans et le nombre d'étudiants passe de 300 à 150 (100 retenus pour la 1ère année, 25 sélectionnés sur dossier pour la 2e année de *Bachelor in medicine* et plus ou moins 25 en 3e année). A l'avenir, les promotions de 25 étudiants seront éventuellement accrues, ce qui augmentera le coût. Celui-ci ne pourra pas être diminué par un programme allégé, car les enseignements devront être alignés sur le *curriculum* des universités partenaires.

Le gouvernement avait prévu en mars 2017 des moyens budgétaires supplémentaires en vue du développement du premier cycle d'études médicales qui seront accordés à l'UL, à savoir :

- d'une part, une dépense unique pour préparer la mise en œuvre d'un premier cycle d'études médicales, de 5,6 millions d'euros, répartis sur deux ans, 1,6 million en 2018 et 4,0 millions en 2019 ;
- d'autre part, pour la mise en œuvre du premier cycle d'études médicales, avec la 2e année d'études, à démarrer au plus tôt à partir de l'année académique 2020/21, un budget annuel de 7 à 8 millions d'euros (sans tenir compte des frais de la première année).

Le montant prévu en vue du fonctionnement du premier cycle d'études médicales semble assez faible. Il faudrait savoir quels facteurs ont été pris en considération :

- La rémunération des enseignants (professeurs d'université, médecins hospitaliers, maîtres de conférences de médecine générale, consultants) et la rétribution des chercheurs.
- Une partie des investissements en capital (technologies médicales ; équipements informatiques...).
- Les frais d'abonnement aux revues scientifiques.
- La charge financière des relations avec les universités partenaires.
- Les frais de gestion et d'administration (personnel non enseignant, transport...).

La contribution financière de l'Etat pour la mise en place des formations spécialisées en oncologie et en neurologie était en 2017 estimée à 1,7 million d'euros.

Le coût annuel pour les trois formations spécialisées était alors évalué à 4,6 millions d'euros ; frais auxquels s'ajoutent un investissement initial au sein des hôpitaux (équipement et ameublement) et diverses autres dépenses.

La Section 03.2 -Université du Luxembourg du Budget de l'Etat pour 2018 prévoit à l'article 41.011 sous le libellé *Contribution financière de l'Etat dans l'intérêt de la formation médicale au sein de l'Université du Luxembourg* un montant de 2,79 millions d'euros.

Pour ce qui est du Budget pluriannuel 2018-2021, la contribution financière de l'Etat dans l'intérêt de la formation médicale au sein de l'Université du Luxembourg est égale à 26,40 millions d'euros se composant comme suit en millions d'euros : 2018 : 2,791 ; 2019 : 5,331 ; 2020 : 8,571 ; 2021 : 9,711.

Les difficultés à surmonter par l'UL en matière de conception et d'organisation de la formation médicale sont particulièrement astreignantes.

Elles concernent, pour l'essentiel, le choix des professeurs chargés des cours en sciences fondamentales, les médecins enseignant la pratique médicale, la conversion éventuelle des centres hospitaliers en hôpitaux universitaires, la programmation et le suivi des formations...). Le succès du projet de *Bachelor in medicine* accroîtrait le prestige de l'Université, l'échec risquerait de ruiner sa réputation.

4.5 Faible effet pour remédier à une pénurie en médecins

L'élément décisif pour apprécier le bien-fondé d'une extension des études de médecine au Luxembourg au niveau *Bachelor* devrait consister dans sa contribution indirecte à éviter une pénurie de médecins et de cette façon faciliter l'accès aux soins et assurer la qualité des services de santé délivrés²⁰.

L'accès aux services et produits médicaux est, entre autres, défini par la couverture des soins de santé ; les dépenses de santé à la charge des patients, les délais d'attente pour une chirurgie... Nous avons vu qu'en ce qui concerne le Luxembourg, c'est la crainte d'une pénurie future de médecins généralistes et de médecins spécialistes qui est considérée par les étudiants en médecine et par beaucoup de professionnels du secteur de la santé comme l'obstacle à l'accès aux soins à l'avenir.

En 2011 l'Association luxembourgeoise des étudiants en médecine avait situé la pénurie de médecins à partir des années 2020. Dans une interview, publiée au *Tageblatt* du 22 novembre 2016, le Dr Nico Haas pense qu'au cas où les médecins consacraient davantage de temps à leurs patients, il y aura bientôt un manque de médecins généralistes (MG) au Luxembourg. Selon une enquête auprès de ses lecteurs, publiée dans le *Tageblatt* du 23 novembre 2016, 66% sont d'avis qu'il y a trop peu de médecins au Luxembourg. Dans l'étude citée de Marc Trierweiler sur les médecins généralistes, on parle de besoins en augmentation au cours des 10 à 15 ans à venir et il est dit en conclusion : « Une pénurie de MG au Luxembourg dans un futur proche est très probable, et certains cantons sont plus touchés que d'autres. » Dans le document *State of Health in the EU-Companion Report 2017*, publié par la Commission européenne, il est constaté à ce sujet : "In terms of human resources, although Luxembourg does not face worrying shortages today, it does depend on graduates from other countries, leading to some uncertainty. This is also true for the pro-

vision of specialised care services, where Luxembourg relies on neighbouring countries for treatment. »

La thèse du manque de médecins, parfois défendue avec un « zèle d'apostolat », se réfère surtout aux difficultés grandissantes que rencontreraient des candidats luxembourgeois d'être admis dans une Faculté de médecine à l'étranger. Outre le nombre des médecins nouvellement diplômés qui s'installeraient au Luxembourg, d'autres facteurs détermineraient la rareté ou le surplus de médecins. On peut citer à cet égard l'augmentation de la population ; le grand nombre de médecins qui partent à la retraite (en date du 31.12.2015, 41,2% de l'effectif des MG avaient plus de 55 ans) ; le vieillissement de la population entraînant des besoins médicaux croissants ; le fait que la nouvelle génération de médecins est moins disposée à renoncer à la qualité de vie au bénéfice de l'activité professionnelle (certains estiment qu'un médecin retraité doit actuellement être remplacé par au moins deux nouveaux) ; l'effectif grandissant de femmes dans le corps médical, dont les obligations familiales peuvent réduire le nombre d'heures consacrées aux patients.

Le document mentionné par la Caisse nationale de santé indique, en ce qui concerne les MG à la date du 31.12.2015, que dans la tranche d'âge de 30-39 il y avait 60 femmes et 73 hommes, alors que la tranche de 20-29 comptait 40 femmes et 14 hommes, ce qui correspond à une très forte féminisation chez les étudiants en médecine les plus jeunes (voir p. 20 du document sur les MG). Rappelons que beaucoup de femmes choisissent le métier de médecin administratif où elles sont majoritaires (51,8% au 31.12.2016). A la même date, les femmes représentaient 35,4% du total des médecins praticiens, mais 36,7% de l'ensemble des 2 427 médecins professionnellement actifs, donc y compris les médecins administratifs (voir p. 35 du Rapport général 2017 sur la Sécurité sociale). Les femmes médecins prodiguant des soins et des services aux patients embrassent de préférence certaines spécialités et en évitent d'autres (à titre d'exemple, en neuro-chirurgie il y avait en 2016, suivant le ministère de la Santé, sur 15 médecins 1 femme ; en chirurgie générale, sur 56 médecins, on comptait 9 femmes).

La pénurie de médecins praticiens est aussi provoquée par ceux qui exercent leur profession à temps restreint ou occasionnellement. C'est pourquoi il faudrait exprimer les personnes concernées « en médecins équivalents plein temps » pour 1 000 habitants²¹. En effet, il ne sert pas

à grand-chose d'augmenter le nombre de diplômés en médecine si ceux-ci n'exercent pas ou peu leur profession au Luxembourg. La demande en médecins est sans doute accrue par le très grand nombre de frontaliers dont certains se font soigner au Luxembourg. En outre, un effectif insuffisant de médecins est susceptible de résulter du nombre et de la nature des consultations et des actes médicaux qui ont lieu dans le pays. Selon la publication de l'OCDE *Panorama de la santé* de 2017, le nombre des médecins en exercice par 1 000 habitants s'est élevé en 2015 au Luxembourg à 2,9 contre, par exemple, 4,1 en Allemagne, 3,5 aux Pays-Bas, 2,8 au Royaume-Uni et 2,6 aux États-Unis. En ce qui concerne les examens d'IRM, en 2015 pour 1 000 habitants, le Luxembourg se place en 7^e position. Pour les examens de CT scanners il se classe en 3^e position (voir p. 177 de la publication citée qui se rapporte à 2015 ou à l'année la plus récente).

La demande d'interventions médicales et chirurgicales est diminuée du fait qu'un nombre non négligeable de résidents au Grand-Duché se font soigner à l'étranger, surtout sur recommandation de leur médecin. D'aucuns estiment que ceux-ci présentent environ 13% des malades. Quant aux montants des prestations de soins de santé à l'étranger, ceux-ci se sont élevés en 2016 à 398,7 millions EUR. En 2016, le total des prestations au Luxembourg s'est élevé à 1 726,9 millions EUR (voir p. 44 du Rapport général 2017 sur la Sécurité sociale). Le recours à des prestations médicales dans les pays limitrophes a été reconnu par 35% des participants au sondage cité de 2017 (voir note 9).

Dans certains cas, les progrès intervenus dans le domaine de la santé (intelligence artificielle, robotique) se substituent aux prestations des médecins dont l'effectif pourrait dans quelques spécialités devenir surabondant. Mais en définitive, l'installation au Luxembourg de nombreux médecins étrangers constitue l'élément décisif dans la lutte contre la pénurie.

Quant à la densité en médecins par 1 000 habitants, il va de soi que celle-ci est la plus élevée dans la ville de Luxembourg et la plus faible dans les régions rurales. Pourtant, on ne peut pas parler de « déserts médicaux ».

D'après le ministère de la Santé, il n'y aura pas de pénurie de médecins au Luxembourg au cours des prochains 10 à 20 ans. Le nombre de généralistes a augmenté au Luxembourg entre 2008 et 2015 de 25%, alors que pendant la même période la population a crû de 19%. L'ensemble des médecins praticiens (sans les dentistes) pour 1 000 habitants a évolué comme

suit selon le Statec : 2,1 en 2000 et 2,9 en 2016. Par ailleurs, il paraît que de nombreux médecins assistants étrangers ne figurent pas dans les statistiques.

Il est extrêmement difficile de prévoir la pénurie éventuelle de médecins à moyen et à long terme. Dans cette optique, il faudrait disposer d'un inventaire de la situation actuelle par région et par grande ville. En ce qui concerne les spécialistes, il serait nécessaire de les recenser en fonction de leurs disciplines et même de leurs sous-spécialités. Comment savoir combien d'étudiants en médecine ne termineront pas leurs études ? Quel est le pourcentage des diplômés qui ne s'installeront pas au pays ? (Selon d'aucuns, il s'agirait, au cours des dernières années, d'environ 30%).

A l'heure actuelle, les délais d'attente pour obtenir un rendez-vous chez certains généralistes et beaucoup de spécialistes sont anormalement longs. Tel est surtout le cas des médecins des hôpitaux luxembourgeois. Obtenir une communication téléphonique avec certains services des hôpitaux est la « croix et la bannière ».

Selon le sondage évoqué (voir note 9), l'accès aux examens complémentaires (IRM, scanners, etc.) dans les hôpitaux dure trop longtemps pour 71% des sondés. Quant à l'organisation des services d'urgences par les hôpitaux, 56% des sondés expriment leur mécontentement. La facilité d'avoir un rendez-vous auprès d'un médecin est jugée très mauvaise (11,5%) et mauvaise (38%). Pour ce qui est des patients de nationalité luxembourgeoise, plus de la moitié (56,5%) ont manifesté à ce sujet leur mécontentement. Est-ce que ces critiques permettent de conclure à un manque de médecins, à un problème d'organisation ou à des demandes des patients non justifiées ? Par ailleurs, tous les actes médicaux et notamment certaines opérations ne sont sûrement pas utiles et nécessaires. La publication mentionnée de l'OCDE sur le *Panorama de la santé* 2017 considère qu'en 2015 (ou l'année la plus récente) le nombre des consultations par personne s'élevait au Luxembourg à 5,8 (à titre de comparaison : 12,7 en Hongrie et 2,9 en Suède) et le nombre des consultations par médecin est estimé au Luxembourg pour la même année à 1 995 (ce qui est inférieur à la moyenne des 32 pays concernés, mais supérieur au chiffre concernant les États-Unis, l'Italie ou la Suède).

En réponse à la question au gouvernement 3150, Marc Hansen, ministre délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, a fourni le 4

août 2017 les données suivantes : « En ce qui concerne l'année académique 2016-2017, le CEDIES compte presque 30 000 étudiants ayant sollicité une aide financière sur base de la loi modifiée du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures. » D'après l'expérience des dernières années : « Environ 15% des étudiants s'orientent vers des études en médecine et dans les professions de santé. » Signalons que ces chiffres ne se rapportent pas seulement à des étudiants de nationalité luxembourgeoise.

Les conditions d'admission d'étudiants en 1ère année de médecine font actuellement l'objet de discussions en France et en Allemagne. En France, le projet de loi « relatif à l'orientation et à la réussite des étudiants » prévoit que les universités pourront examiner les dossiers des candidats et l'adéquation de leur profil avec la licence souhaitée. L'université aura la possibilité soit d'accepter le bachelier, soit demander un suivi ou un parcours de formation, soit, lorsque le nombre de candidatures excédera les capacités d'accueil, refuser le bachelier et lui proposer une autre formation. En Allemagne, le Bundesverfassungsgericht a déclaré, dans un arrêt d'octobre 2017, que la répartition des places rares en études de médecine doit en principe s'orienter selon des critères d'aptitude (Eignung) et non pas être principalement décidée d'après la note obtenue au baccalauréat (Abiturnote). Bien entendu, il n'est pas facile de choisir selon de tels critères. Quoi qu'il en soit, il faut tenir compte de ces nouvelles orientations pour préparer les lycéens luxembourgeois aux sélections sur examen, dossier ou selon l'aptitude.

Le groupe d'experts, chargé par l'UL de se prononcer sur la faisabilité d'une *Medical School*, avait estimé en 2015 qu'au Luxembourg les besoins annuels correspondaient à 100 nouveaux médecins, alors que certains représentants du milieu médical parlaient d'un effectif nécessaire de 100 à 150 médecins par an. Comme le montre le tableau suivant, au cours des dernières années, l'effectif de 100 nouveaux médecins praticiens a toujours été dépassé, même en ne comptant pas les dentistes.

Nombre d'autorisations délivrées par année de 2013 à 2016				
Année	Généralistes	Spécialistes	Dentistes et Dentistes spéc.	Total
2013	49	100	52	201
2014	50	146	53	249
2015	32	101	66	199
2016	41	126	64	231

Source : Direction de la Santé – Service des Statistiques.

Si l'on part d'un besoin en médecins luxembourgeois nouvellement diplômés de 100 par an, on pourrait répartir comme suit le parcours des études des 50 étudiants réussissant généralement la 1ère année de médecine à l'UL, au cas où le premier cycle d'études médicales serait en vigueur :

- 25 qui sont admis, après la 1ère année à l'UL, au cycle d'études de *Bachelor in medicine* ;
- 25 qui vont s'efforcer de s'inscrire en 2e année dans une université partenaire à l'étranger.

A cet effectif s'ajoutent les étudiants luxembourgeois acceptés en 1ère année d'une Faculté de médecine sur la base d'une épreuve ou d'un dossier.

Cet ensemble d'étudiants forme le potentiel de médecins luxembourgeois qui pourrait s'installer au Luxembourg.

Évidemment il est souhaitable qu'un nombre significatif de lycéens luxembourgeois réussisse les épreuves ou remplisse les conditions d'admission en 1ère année d'études médicales à l'étranger. A cet effet, il faudrait adapter des cours de l'enseignement secondaire et l'UL devrait organiser des cours de préparation intensifs. Quant aux étudiants qui suivent la formation d'une année en Sciences de la vie, depuis peu la société privée « Académie de soutien aux études médicales et supérieures » (ASEMES) offre un encadrement pédagogique et psychologique concernant la révision des études (voir *Tageblatt* du 14.02.2018). Il est remarquable « que 45 étudiants luxembourgeois aient été admis aux études médicales en 1ère année dans les universités allemandes pour l'année académique 2016/17 » (voir la réponse du ministre Marc Hansen du 21.09.2017 à la question

parlementaire 3210). En effet, ce chiffre dépasse de loin les 10 places qui avaient été attribuées en 2013 en Allemagne pour passer en 2^e année dans une des universités partenaires (il faut tenir compte du fait qu'en Allemagne il y a annuellement environ 62 000 candidats pour 11 000 places dans les Facultés de médecine).

Toute réflexion sérieuse sur les médecins indispensables au Luxembourg doit tenir compte du nombre de médecins étrangers qui exerceront leur profession chez nous. En ce qui concerne les autorisations délivrées en 2016 par nationalité, la Direction de la Santé - Service des Statistiques communique les résultats suivants : généralistes : 16 Luxembourgeois et 25 non-Luxembourgeois ; spécialistes : 20 Luxembourgeois et 106 non-Luxembourgeois ; dentistes et dentistes spécialistes : 9 Luxembourgeois et 55 non-Luxembourgeois. Ces données montrent que le système de santé luxembourgeois s'écroulerait sans l'apport de médecins étrangers, qui en 2016 formaient déjà plus de la moitié du corps médical. La création d'une Ecole de médecine ne changera pas grand-chose à cette situation. (« Au 1^{er} janvier 2017, la France comptait 26 805 médecins titulaires d'un diplôme obtenu à l'étranger, parmi lesquels 22 619 exerçaient de façon régulière, soit 11,8% du total des médecins en activité régulière, en hausse de 7,8 points par rapport à 2007 » (*Le Monde* du 13 octobre 2017).

En tout cas, le recours aux médecins étrangers restera aujourd'hui comme à l'avenir le principal moyen pour garantir l'approvisionnement de médecins au Luxembourg. (Le même problème se pose en ce qui concerne les infirmiers, dont seuls 37% sont des résidents luxembourgeois.) On peut raisonnablement admettre que l'immigration de médecins étrangers continuera à combler le déficit en médecins luxembourgeois à court et à moyen terme. Toutefois, en l'absence de vérification de leur niveau de formation, il n'est pas exclu que des médecins étrangers, mais aussi luxembourgeois, dont les compétences ne sont pas à la hauteur s'installeront au Luxembourg. La législation européenne rend un tel examen très difficile, sinon impossible. Suite à l'introduction de la directive européenne de 2013 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles dans le domaine de la santé, il serait opportun de rendre obligatoire la formation continue.

Du point de vue des patients, une proportion raisonnable de médecins luxembourgeois installés au pays est souhaitable pour plusieurs raisons. Cette présence constitue un élément substantiel de la communauté nationale, car elle facilite les relations interpersonnelles avec les malades indi-

gènes, notamment sur le plan linguistique. A ce sujet, il faut cependant tenir compte du fait que déjà actuellement la moitié des résidents du Luxembourg sont des étrangers et la moitié des médecins le sont également. Un autre argument à ce sujet concerne la bonne connaissance du système de santé du pays que possède normalement le corps médical luxembourgeois et dont bénéficierait sa patientèle. Mais surtout, un pourcentage assez élevé de médecins luxembourgeois offre une certaine sûreté en cas d'une diminution ou d'une moindre attirance de médecins d'autres pays, étant donné qu'on pourra continuer à compter sur eux. Toutefois, ni l'établissement d'un premier cycle d'études médicales, ni la création d'une *Medical School* ne seraient en mesure de garantir la réalisation de ces objectifs.

Le revenu de différentes catégories de médecins exerce sans doute une influence sur l'attractivité du Luxembourg. Selon le *Panorama de la santé*, publié par l'OCDE en 2017, la rémunération des médecins était au Luxembourg en 2015 nettement plus élevée que le salaire moyen tous secteurs confondus. D'après le Rapport général de 2016 sur la Sécurité sociale, le revenu annuel moyen brut des médecins spécialistes s'élevait en 2015 à 341 739 euros, celui des médecins généralistes à 168 302 euros, et celui des dentistes à 195 835 euros (p. 40 du Rapport mentionné). Cependant, outre la rémunération, d'autres facteurs interviennent pour qu'un médecin se décide de venir au Luxembourg : l'intérêt du travail, la responsabilité confiée, les relations humaines, la qualité de vie, la richesse du pays.

On peut relever dans ce contexte que selon le *Panorama de la santé* 2017, édité par l'OCDE, en ce qui concerne les dépenses de santé par habitant en 2016 (ou année la plus proche), le Luxembourg se trouve en 3^e position avec un montant de 7 463 USD PPA (après les États-Unis et la Suède), mais loin devant, par exemple, la Belgique (4 840), la France (4 600) ou le Royaume-Uni (4 192).

D'après le Dr Guy Vallancien, « l'intelligence artificielle (IA) et la robotique vont assurer une majorité d'actes médicaux et infirmiers. Voilà pourquoi il est inutile d'augmenter le nombre de médecins ; mais il faudra renforcer le nombre de généralistes, au détriment de spécialistes dont l'activité sera de plus en plus numérisée. C'est au MG, le médecin global, que reviendra le rôle de conseiller intime du malade, celui qui l'aidera à prendre la bonne décision et le suivra tout au long de son parcours » (voir p. 173 du Hors-série cité sur *La Santé et la Médecine*).

5. ETUDES SPECIALISEES EN MEDECINE

Un des deux groupes de travail chargés en 2016 par le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ainsi que par le ministère de la Santé de réfléchir sur l'extension de la formation médicale au Luxembourg avait pour mission d'examiner, d'une part, comment améliorer la formation spécifique en médecine générale et, d'autre part, de vérifier quelles autres spécialisations pourraient présenter un intérêt pour le Luxembourg. Rappelons qu'au Luxembourg 54 disciplines médicales sont reconnues.

La décision prise par le Conseil de gouvernement, le 22 mars 2017, prévoit, outre la mise en place d'un premier cycle d'études médicales de trois ans, des amendements à apporter à la formation spécifique de trois ans en médecine générale et le développement d'études spécialisées de cinq ans en oncologie et en neurologie. Au dire du gouvernement, les formations dans ces deux disciplines pourraient débiter au plus tôt à partir de l'année académique 2018/2019. Leur *curriculum* sera aligné sur le *curriculum* européen et leur but prioritaire sera la recherche médicale, sans oublier, bien entendu, les soins aux personnes malades.

5.1 Formation spécifique en médecine générale

La spécialisation en médecine générale, d'une durée de trois ans, existe déjà au Luxembourg depuis 2004. Elle s'adresse à des médecins qui ont terminé leurs études de base en médecine. Le groupe de travail sur la spécialisation médicale a proposé de professionnaliser davantage cette formation et de l'intégrer définitivement à l'UL, qui délivrera dorénavant aux étudiants leur diplôme. Le nombre maximum de médecins-stagiaires inscrits à la formation de médecine générale serait de 45 (15 places pour chacune des 3 ans).

5.2 Spécialisation en oncologie

Deux arguments peuvent être avancés en faveur d'une spécialisation en oncologie. D'abord, le grand nombre de cas de cancer parmi la population luxembourgeoise (environ 3 000 nouveaux cas par an) et ensuite, l'importance de la recherche développée dans ce secteur qui bénéficiera aux patients et aux médecins en voie de spécialisation. Cette recherche est entreprise par le *Luxembourg Institute of Health* (LIH), dont le Département Oncologie emploie 61 chercheurs en 2016 et à l'Université du Luxem-

bourg par l'Unité *Life Sciences Research Unit*²³. En plus, la majorité des études cliniques se fait au Luxembourg dans le domaine de l'oncologie, le Plan cancer prévoit un axe de recherche et le Centre François Baclesse d'Esch-sur-Alzette procède, entre autres, à la radiothérapie en oncologie.

La nouvelle loi hospitalière, entrée en vigueur le 1er mars 2018, prévoit la mise en place de réseaux de compétences, requérant une organisation multidisciplinaire, concernant, entre autres, le domaine des cancers. Ces réseaux peuvent exercer, outre leur mission de diagnostic et de soins, une mission de recherche et d'enseignement. Enfin, le CHL a créé un *Kribszentrum* dont les nouvelles caractéristiques ont été présentées le 13 mars 2018. La brochure publiée à ce sujet explique l'organisation et la prise en charge de 11 types de cancer.

En revanche, en 2016 seuls deux médecins portaient le titre professionnel d'oncologue médical. Au Luxembourg, l'exercice des activités de médecin spécialiste est subordonné, entre autres, à un titre « conférant à l'intéressé le droit d'exercer la médecine en qualité de médecin spécialiste en médecine légale dans le pays d'obtention du diplôme » (loi du 28 octobre 2016). Cependant, une vingtaine de médecins, avec une formation pratique à l'hôpital, traitent le cancer, en y consacrant généralement l'ensemble de leur activité. La spécialisation prévue ne changera rien à cette possibilité.

La formation dans cette discipline médicale doit tenir compte d'un grand nombre de types de cancer. En France, on retient 19 cancers « solides » et 14 cancers lymphatiques (voir *Le Monde* du 28 octobre 2016). Le *Palmarès des meilleurs Hôpitaux et Cliniques français et de pays arabes*, publié chaque année par la revue *Le Point* retient dans ce contexte en 2017 treize cancers (poumons, reins, vessie, prostate...). La liste des hôpitaux et cliniques concernés est établie en fonction de huit critères.

La lutte contre le cancer englobe trois domaines : l'activité des hôpitaux et cliniques qui apportent à leurs patients un service médical et chirurgical pour remédier à leur maladie ; la recherche fondamentale et appliquée (clinique) ; la prévention (prévention primaire : genre de vie, expositions environnementales ; prévention secondaire : diagnostic précoce), car un très grand nombre de cancers sont potentiellement évitables. Actuellement, 200 substances actives anticancéreuses sont autorisées et 1 800 nouveaux médicaments pour lutter contre le cancer sont en 2017 en développement à travers le monde.

De nombreux instituts et sociétés entreprennent à travers le monde des recherches très importantes et extrêmement coûteuses dans cette discipline. Mentionnons à titre d'exemple qu'en 2016 l'ancien président américain, Barack Obama, a alloué 215 millions de dollars (200 millions d'euros) à la médecine personnalisée, dont ont bénéficié les centres de recherche sur le cancer. Les sociétés les plus importantes du numérique, souvent désignées par l'acronyme GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon), auxquelles il convient d'ajouter Microsoft, investissent des montants considérables dans la recherche médicale et plus particulièrement dans la lutte contre le cancer. IBM a développé un outil pour aider les médecins à mieux diagnostiquer les cancers, grâce à l'intelligence artificielle qui analyse les données médicales. IBM a également élaboré des solutions pour accélérer la recherche de nouveaux médicaments par des grands groupes pharmaceutiques.

Selon *IMS/Health*, 586 traitements contre le cancer sont actuellement en développement. On peut à cet égard signaler que l'entreprise *Explorys*, acquise par *IBM Watson Health*, possède des données anonymisées de 58 millions de patients. Google a noué un partenariat avec 2 500 hôpitaux américains pour constituer des banques de données de cellules cancéreuses.

Le prix très élevé des médicaments contre le cancer expose certains médecins et pharmaciens aux risques de fraudes et de corruption. Selon Oliver Schröm et Niklas Schenk, les auteurs du livre *Die Krebs Mafia*, publié en 2017, des agissements frauduleux constatés en Allemagne sont résumés comme suit :

« Ärzte gefährden Krebspatienten, indem sie ihnen unnötige, aber lukrative Chemotherapien verordnen.

Apotheker verabreichen Medikamente, die gepanscht sind oder keinen Wirkstoff mehr enthalten.

Und durch Abrechnungsbetrug entsteht jährlich ein dreistelliger Millionenschaden zulasten der Krankenkassen und Versicherten. »

Un des grands espoirs de la recherche actuelle en cancérologie constituent les combinaisons autour de l'immunothérapie, au moins pour certains types de cancers. Selon les meilleurs spécialistes, l'immunothérapie constituera à l'avenir un des piliers du traitement de la majorité des cancers. Compte tenu du lent progrès réalisé jusqu'à présent, le rôle de la

recherche de très haut niveau reste déterminant pour trouver des thérapies contre le cancer. Grâce à l'intelligence artificielle, la médecine et notamment la lutte contre le cancer se trouve probablement à la veille d'une véritable révolution. Vaincre le cancer grâce à des algorithmes décisionnels et d'immenses bases de données exploitées par des bio-informaticiens, des bio-statisticiens et des médecins deviendra probablement la stratégie la plus efficace de la lutte contre le cancer.

En 2015, les dépenses mondiales de traitements oncologiques se sont élevées à 107 milliards de dollars (lutte contre le cancer et soutien contre les effets secondaires).

Le coût du traitement des cancers par des thérapies innovantes est particulièrement élevé. Ainsi, en ce qui concerne le matériel médical, le robot *Cyberknife*, matériel dont le Centre national de radiothérapie François Baclesse d'Esch-sur-Alzette dispose, qui permet dans le domaine de la radiothérapie d'irradier au plus près la tumeur sans endommager les tissus sains, revient à 6 millions d'euros pièce. Quant aux médicaments, la généthérapie *Strimvelis* de *GlaxoSmithKline* coûte pour un seul traitement 665 000 dollars, en garantissant cependant la guérison²³.

Le champ d'activité des oncologues est donc très vaste et demande de multiples compétences. Dans de nombreux cas, le choix médical intervient entre plusieurs thérapies possibles et les chances de réussite de traitements varient. Enfin, des cancers qui ne sont aujourd'hui pas guérissables le seront sans doute dans un avenir pas trop éloigné. Selon le professeur Fabien Calvo, directeur scientifique du consortium *Cancer Core* (Institut Gustave-Roussy, Villejuif) : « L'objectif clair, à l'horizon 2030, c'est 70% à 80% de guérison des cancers. » (*Le Monde*, 7 février 2018).

Il ne sera évidemment pas possible aux chercheurs luxembourgeois d'être compétitifs face, par exemple, au *Centre d'Immunothérapie des cancers de l'Institut Curie*, au *Centrum für Tumorerkrankungen* à Heidelberg ou à la *Harvard Medical School*. Est-ce que les échantillons biologiques et le personnel de la *Integrated Biobank of Luxembourg* (IBBL) sont suffisants pour une recherche efficace, capable de concourir sur le plan international ? Par ailleurs, des résultats utiles dépendent d'opérateurs numériques sachant exploiter les *big data*. La collaboration avec des spécialistes étrangers, surtout américains, est-elle assez intensive ?

Abstraction faite des problèmes de compétition entre universités, instituts, laboratoires de recherche et hôpitaux, il faudra en matière de spécialisation en oncologie prendre au Luxembourg des dispositions en ce qui concerne la méthode de sélection des candidats ; le programme et la durée des études ; les compétences du personnel enseignant et des maîtres de stage ; les matières sur lesquelles portent les examens. En plus, il sera indispensable de modifier des textes législatifs et réglementaires relatifs à la formation médicale. Notamment en oncologie, il faudrait engager au Luxembourg des médecins internationalement reconnus dans cette spécialité. Or, le recrutement d'enseignants-chercheurs de prestige par l'UL sera particulièrement difficile en oncologie où la demande d'éminents spécialistes est grande, alors que l'offre y répondant est assez rare, d'où une concurrence impitoyable conduisant à des rémunérations de plus en plus considérables. Rappelons que le prestige scientifique dans le domaine médical est fondé, d'une part, sur la connaissance d'un niveau exceptionnellement élevé dans la discipline concernée et, d'autre part, la reconnaissance témoignée par la communauté de pairs de réputation internationale.

Le nombre maximum de médecins-stagiaires pouvant suivre au Luxembourg une spécialisation en oncologie sur une durée de 5 ans est évalué à 15, c'est-à-dire 3 nouveaux oncologues médicaux professionnels par an.

5.3 Spécialisation en neurologie

La neurologie concerne les affectations du système nerveux, à l'exclusion des maladies mentales. Elle porte sur une grande diversité de pathologies : l'accident vasculaire cérébral, le traumatisme crânien, l'épilepsie, la sclérose en plaques, la sclérose latérale amyotrophique, l'amnésie, la maladie de Huntington, les maladies à prions et surtout les différentes formes de démence. Les maladies neurologiques les plus connues sont la maladie d'Alzheimer et la maladie de Parkinson, qui sont des démences dégénératives, qu'aucun traitement n'est jusqu'à présent en mesure de guérir, seule l'évolution peut être ralentie.

En ce qui concerne la neurologie et la neurochirurgie, le Palmarès 2017, publié par le *Point* du 24 août 2017, classe les hôpitaux et cliniques dans les domaines suivants : accidents vasculaires cérébraux, anévrismes cérébraux, neurinome, chirurgie des artères, traumatisme crânien, urgences traumatologiques, traumatologie de la face.

La neurologie fait partie du champ des neurosciences dont elle est la branche médicale. La démarcation entre les diverses disciplines des neurosciences est relativement floue. Ainsi, selon le professeur Laurent Cohen, neurologue à l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière à Paris : « La frontière entre la neurologie et la psychiatrie varie selon les époques, mais les deux spécialités ont le même objet : les pannes du cerveau ». Ce neurologue déclare par ailleurs : « Aujourd'hui, du point de vue scientifique, il n'y a plus guère de limite entre les deux. Et des symptômes peuvent être communs, l'apathie par exemple. Psychiatres et neurologues n'ont cependant pas les mêmes compétences cliniques, d'où l'utilité d'une double expertise dans certaines situations » (voir *Le Monde* du 25.10.2017).

Selon la nouvelle loi hospitalière un réseau de compétences pourra être créé afin d'assurer la prise en charge interdisciplinaire de patients atteints de maladies neuro-dégénératives.

On estime qu'au Luxembourg début 2018 quelque 6 500 personnes souffrent d'une maladie de démence, dont probablement plus de 4 000 sont atteintes de la maladie d'Alzheimer et environ 1 200 vivent avec la maladie de Parkinson. Au Luxembourg, un important financement est consacré à la recherche concernant la maladie de Parkinson qui est la deuxième maladie neurodégénérative du cerveau par la fréquence, après Alzheimer.

En 2016, au Luxembourg 38 médecins avaient le titre professionnel de neurologue, conformément aux dispositions mentionnées de la loi du 28 octobre 2016 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles.

Le *National Centre of Excellence in Research on Parkinson's Disease* (NCER-PD) « vise à développer des méthodes de diagnostic précoce et de nouveaux traitements contre la maladie de Parkinson » (p. 62 du Rapport d'activité 2016 du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche). Quatre institutions collaborent dans ce cadre avec des partenaires nationaux et internationaux : le *Luxembourg Centre for Systems Biomedicine* (LCSB) de l'UL, le *Luxembourg Institute of Health* (LIH), la *Integrated Bio-Bank of Luxembourg* (IBBL) et le *Centre Hospitalier de Luxembourg* (CHL).

Le NCER-PD a entrepris en 2015 une étude à laquelle participent 800 malades et 800 sujets de contrôle sains. Des résultats sont attendus en

2023. Le budget de ce programme se monte à 20 millions d'euros pour une durée de 8 ans.

Des chercheurs du *Centre for Systems Biomedicine* (LCSB) de l'UL travaillent aussi sur la maladie d'Alzheimer.

La neurologie figure au Luxembourg parmi les dix spécialisations les mieux dotées en médecins.

On suppose aujourd'hui à 36 millions le nombre de personnes dans le monde atteintes de démence, dont 60 à 70% de cas de la maladie d'Alzheimer. L'industrie pharmaceutique a investi des milliards d'euros dans la recherche sur cette maladie, jusqu'à présent sans résultat tangible.

Le nombre de médecins-stagiaires admis au Luxembourg à suivre une spécialisation en neurologie d'une durée de 5 ans est évalué à 12, c'est-à-dire un peu plus de 2 nouveaux neurologues professionnels par an.

6. CONCLUSIONS

Le succès ou l'échec du déroulement organisationnel de la décision prise par le gouvernement luxembourgeois en mars 2017 en matière de formation médicale dépendra surtout de l'accès des diplômés de *Bachelor* de l'UL aux études de *Master* dans une université à l'étranger. Il faudrait à cet égard au minimum évaluer le bilan des deux premières promotions de *Bachelors in medicine* de l'UL en vue de tirer des conclusions éloquentes d'un tel exercice. Le gouvernement a prévu de procéder en 2023 à une première évaluation de cette formation.

En ce qui concerne le premier et le deuxième cycle d'études médicales, nous avons énuméré au chapitre 4 les incertitudes et les risques que comporte ce modèle envisagé ainsi que sa faible influence sur la démographie médicale.

Si le miracle devait se produire, c'est-à-dire que l'accès des diplômés de *Bachelor* de l'UL aux études de *Master* ne pose pas de problèmes excessifs, cette conclusion positive incitera probablement les autorités responsables à poursuivre à l'UL la formation médicale de *Bachelor in medicine* et même à augmenter le nombre d'étudiants admissibles à ce premier cycle.

Si, au contraire, l'expérience se révélera négative, cet échec ne conduira sans doute pas à la suppression des études médicales du premier cycle. Car dès leur démarrage, les études de *Bachelor in medicine* seront devenues quasi irrévocables comme partie intégrante du système de santé luxembourgeois. Par ailleurs, l'UL est condamnée à être regardée par les dirigeants politiques comme une « success story » du Luxembourg. Pour cette raison, le scénario défavorable amènera plutôt le gouvernement à mettre en place une formation de *Master* de 3 ans et de créer ainsi au Luxembourg une Ecole de Médecine. La « réussite » par l'échec est ainsi une hypothèse qui ne peut pas être écartée. Car on arrivera de cette façon au résultat recherché en 2015 par les deux comités qui ont examiné la faisabilité d'une LMS, avec les inconvénients signalés dans notre article de 2016 sur la création d'une *Luxembourg Medical School*.

C'est pourquoi, avant que ne soit mise en œuvre l'extension prévue des études médicales au Luxembourg, les responsables du projet de *Bachelor in medicine* devraient fournir des réponses précises aux questions suivantes :

- combien d'étudiants, ayant suivi avec succès à l'UL la formation d'une année en sciences médicales, ont été admis, sans épreuves, en 2e année d'études médicales dans différentes universités partenaires ? ;
- quel est le nombre de lycéens qui ont réussi l'admission sur base d'épreuves, de dossier ou d'autres critères en première année dans une Faculté de médecine ? ;
- quelles universités ont accepté le *curriculum* des études de *Bachelor in medicine* ? ;
- quel nombre de professeurs et de chercheurs d'universités étrangères ont donné leur accord à coopérer aux conditions proposées par l'UL ? ;
- combien de personnel supplémentaire scientifique et administratif sera nécessaire à l'UL ? ;
- quelles sont les dispositions légales ou administratives réglant la coopération entre l'UL et les hôpitaux luxembourgeois ? ;

- de quels éléments se composent par année les crédits budgétaires de 26,4 millions d'euros alloués à l'UL pour la période 2018-2022 dans l'intérêt de la formation médicale ? ;
- combien de médecins généralistes autorisés à exercer au Luxembourg :
 - facturent par an plus de 1 600 consultations et visites, nombre considéré par l'étude signalée sur les médecins généralistes comme un minimum d'actes nécessaires pour garantir des soins primaires efficaces ;
 - facturent par an moins de 1 600 consultations et visites, ce qui correspond à une petite partie du volume de travail en médecine générale ?

Il faudrait que les réponses à ces questions soient examinées par des experts indépendants et sans parti pris (ni recrutés ni rémunérés par des protagonistes d'une Ecole de médecine). Obtenir un avis impartial comme aide à la décision n'est pas aisé. En effet, dans bien des cas, celui qui sollicite l'évaluation d'un tiers s'efforcera, dans la mesure du possible, qu'elle corresponde plus ou moins à sa propre conception. Il arrive aussi que des spécialistes, chargés d'exprimer un avis fondé, défendent leur intérêt personnel ou des préférences idéologiques, plutôt que de faire connaître des réalités constatées.

Quant aux formations spécialisées prévues en oncologie et en neurologie, il s'agit de tenir compte des problèmes suivants qui caractérisent ces disciplines : leur grande complexité ; une formation nécessairement pluridisciplinaire ; l'existence de nombreuses recherches réalisées par des scientifiques. Dans les deux disciplines, et notamment en oncologie, de nouvelles thérapies seront sans doute prochainement disponibles, dont l'application nécessitera des équipes hautement spécialisées.

Il convient par ailleurs prendre en considération qu'il existe en France un examen classant national (ECN), obligatoire pour tous les étudiants en médecine (plus de 8 000 chaque année) en vue d'accéder au troisième cycle de leurs études, consacré à la spécialisation. Selon le rang obtenu à cet examen, les candidats sont répartis par spécialité et par région.

Plusieurs aspects du contexte luxembourgeois ne sont pas favorables à la transmission aux médecins en voie de formation spécialisée de connaissances et de savoir-faire concernant les deux spécialités retenues. Tel est le cas des équipements hospitaliers, du nombre de patients, de l'effectif de médecins ayant la compétence de prendre en charge la formation, l'absence de véritable hiérarchie parmi les médecins des hôpitaux.

La sélection des candidats soulève des problèmes délicats. D'une part, tous les diplômés en médecine au niveau de *Master* de l'Union européenne pourront poser leur candidature, ce qui crée un contexte très concurrentiel. D'autre part, afin que la sélection soit efficace, il faut qu'elle soit appliquée d'après des critères précis et il est indispensable que ses procédures soient transparentes.

Pour ce qui est des recherches entreprises dans ces deux spécialisations, il est possible d'entrevoir une analogie avec un autre domaine auquel le ministre de l'Economie s'est référé à l'occasion d'une interview publiée par la revue *forum* de décembre 2017. En comparant les activités du Luxembourg dans le domaine *Bio-Health* avec le projet *Space Resources* du gouvernement luxembourgeois, Etienne Schneider affirmait que chaque pays de l'Union européenne et au-delà essaie « auf die Karte Biomedizin zu setzen und im Bereich der personalisierten Medizin Fortschritte zu machen. Es ist ein Feld, das von den Großen dieser Welt schon besetzt ist. Und eben das ist der große Unterschied zum Thema *Space Resources*. Dieses Thema ist nicht besetzt »²⁴. Cependant, on ne peut pas exclure que ces deux initiatives aboutissent à l'île Utopia, au moins en ce qui concerne le *return-on-investment*.

N'aurait-il pas mieux valu choisir comme spécialisation la gériatrie ou la médecine du travail ? Au lieu de mettre en place des spécialisations, ne serait-il pas plus profitable pour les médecins et les patients de promouvoir au Luxembourg la formation continue, en ayant recours à l'expertise des enseignants de Facultés de médecine de l'étranger ?

Même dans l'hypothèse que les 25 étudiants admis à l'UL au premier cycle d'études médicales obtiennent tous le diplôme de *Bachelor in medicine*, qu'en plus ils trouvent une place au deuxième cycle médical dans une université à l'étranger et qu'ils réussissent à devenir *Master in medicine*, on peut néanmoins se demander si les investissements considérables sur le plan conceptuel, organisationnel et budgétaire valent la peine par rapport

à de tels résultats. Comparés aux 45 étudiants luxembourgeois admis sur dossier en 1^{ère} année d'études médicales et d'autres formations de santé aux seules universités allemandes pour l'année académique 2016/17, il faut en douter. Voilà pourquoi il importe de faciliter aux étudiants luxembourgeois l'admission en première année dans une Faculté de médecine.

Quant aux 27 spécialistes (15+12) qui tous les cinq ans augmenteront l'effectif des oncologues et des neurologues, constituent-ils une masse critique garantissant la rentabilité par rapport aux efforts déployés ?

Enfin, il convient de prendre en considération qu'une partie des médecins généralistes et des médecins spécialistes qui ont bénéficié d'interventions et de formations grâce aux autorités politiques et administratives luxembourgeoises n'a pas forcément l'intention de s'installer au Luxembourg. Compte tenu de l'effet déjà assez faible à attendre des mesures préférentielles en question sur l'effectif des médecins, ne devrait-on pas demander à ces médecins un engagement d'exercer leur profession pendant un certain nombre d'années au Luxembourg ?

Les réserves et interrogations ici exprimées ne signifient nullement qu'il faut renoncer à la recherche médicale au Luxembourg. Il importe, bien entendu, de suivre les progrès réalisés à travers le monde et d'être conscient quelle thérapie peut être appliquée avec succès.

Il serait souhaitable que l'extension prévue des études universitaires de médecine au Luxembourg fasse l'objet d'une analyse approfondie par des experts fiables avant sa mise en œuvre.

Tout au long de cet examen nous avons tenté, en nous inspirant de thèmes et de principes de la sociologie de la médecine, de contribuer à combattre les opinions trompeuses et les affirmations douteuses afin que les autorités compétentes décident en pleine connaissance de cause. Malheureusement, dans l'ère de la « post-vérité », qui envahit peu à peu l'esprit d'un nombre croissant de nos contemporains, la réflexion critique, les raisonnements rigoureux et les faits étayés sur des preuves ont moins d'influence que les illusions les plus insensées qu'elles soient très ambitieuses ou purement fantaisistes. En dépit de tant d'incertitudes et de risques, espérons que le vrai triomphera en l'occurrence du faux²⁵.

NOTES

- 1 Henri Entringer, *Faut-il créer une Medical School au Luxembourg ?*, Texte publié en septembre 2016 par la Fondation IDEA sur la plateforme <https://joom.ag/ubMQ>.
- 2 Henri Entringer, *Les défis de l'Université du Luxembourg*, Publication de l'Institut grand-ducal, Section des sciences morales et politiques, 2010.
- 3 Voir le *Rapport d'activités de 2013 de l'Université du Luxembourg*, p. 9. Il semble, malgré l'absence de pièce écrite le prouvant, que lors de la réunion, qui s'est tenue le 24 mars 2011, sur la formation médicale au Luxembourg, le développement d'un *Bachelor in medicine* ait été évoqué (voir la réponse de Marc Hansen du 19.10.2016 à la question parlementaire 2408).
- 4 Le groupe de travail « Bachelor in medicine » comprenait des représentants de l'UL, du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ainsi que du ministère de la Santé. Son rapport final est de novembre 2016. Le rapport du groupe de travail « Formation de médecins spécialistes » se composait principalement de nombreux médecins. Il porte la date du 25 janvier 2017.
- 5 *Le Corps Médical*, 2017/01, p. 38. *Le Corps Médical* est le périodique d'information et l'organe officiel de l'Association des médecins et médecins dentistes du Grand-Duché de Luxembourg.
- 6 La sociologie a été définie au XIX^e siècle par Auguste Comte (1798-1857) – l'inventeur du mot – comme l'« étude scientifique de l'organisation des sociétés humaines ». Elle porte sur de multiples facteurs des phénomènes sociaux, dont la médecine et la santé. On parle ainsi de la sociologie de la médecine ou de la santé qui a pour champ d'investigation, entre autres, la place des médecins dans la société, l'institution hospitalière, l'organisation des systèmes de santé, la formation des médecins, les nouvelles techniques médicales et les nouveaux médicaments, le coût de la santé... Cette discipline s'est peu à peu imposée, entre autres, grâce à Émile Durkheim (1858-1917), Max Weber (1864-1920) et plus récemment Pierre Bourdieu (1930-2002) et Robert King Merton (1910-2003).
- 7 *Rapport général sur la sécurité sociale au Grand-Duché de Luxembourg*, 2017. Ministère de la Sécurité sociale, Inspection générale de la sécurité sociale.
- 8 Cette étude, publiée en décembre 2017 par l'Université du Luxembourg sous le titre *Les Médecins généralistes au Luxembourg – Démographie 2015*, a été réalisée par Marc Trierweiler. On y trouve un grand nombre de statistiques à la date du 31.12.2015 sur les médecins généralistes (MG), fournies par le ministère de la Santé et la Caisse nationale de santé. Elles concernent, entre autres, la pyramide d'âge et la féminisation de la médecine générale, le volume de travail presté, la densité des médecins généralistes par 1000 habitants, différentes situations par canton. Il convient de signaler qu'au 31.12.2015, le nombre des médecins généralistes s'élève selon le ministère de la Santé à 498 et selon la Caisse nationale de santé à 596. Cette divergence de 98 généralistes est due à des définitions différentes de cette catégorie de médecins. Selon l'auteur : « L'objectif principal de ce travail est d'estimer le nombre de MG effectuant réellement une partie non négligeable du volume de travail en médecine générale, et de démontrer, le cas échéant, une pénurie nationale ou régionale. » L'auteur prévoit une demande croissante de généralistes au cours de 10 à 15 ans et estime que dans un proche futur une pénurie de médecins généralistes est très probable. Cependant, les solutions pour y remédier ne sont pas analysées. Ni l'établissement d'un premier cycle d'études médicales au Luxembourg, ni la création d'une *Medical School* ne sont évoqués. L'auteur a bénéficié du conseil de plusieurs médecins et de quelques fonctionnaires.

- 9 Le sondage relatif au système de santé publique, réalisé par l'Institut Quest entre le 26 octobre et le 10 novembre 2017, auprès d'un échantillon de 600 résidents luxembourgeois et d'autres nationalités, fournit des réponses détaillées par sexe, âge, nationalité, professionnellement actif ou inactif, relatives au médecin de famille, l'ancienneté au Luxembourg.
Des données très détaillées de cette enquête ont été publiées dans le n° 01 de 2018 du périodique *Le Corps Médical*.
Les résultats de ce sondage sont très positifs pour les médecins.
- 10 La proposition que l'UL a présentée fin 2013 de dispenser un programme au niveau Bachelor dans le domaine de la médecine a été complètement abandonnée en mars 2015, quand le rapport élaboré par l'agence suisse AAQ, sur demande et avec la collaboration de l'UL, s'est prononcé pour une *Medical School* de 6 ans. Or, dans son rapport, remis fin 2016 au ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, le groupe de travail « Bachelor in Medicine » reprend la proposition fin 2013, qui avait été exposée par l'UL dans le Plan quadriennal 2014-2017.
- 11 Swiss agency of accreditation and quality assurance, *Feasibility Study of a Medical School, University of Luxembourg*, Expert Group's report, 12.02.2015.
- 12 Cabinet d'audit Deloitte, *Opportunities and Risks Analysis of a Creation of a Luxembourg Medical School*, Report, 2015.
- 13 Selon le processus de Bologne, lancé par la déclaration de Bologne signée le 19 juin 1999, le premier grade universitaire est celui de Bachelor (bac + 6 semestres). En formation médicale, on distingue d'habitude entre deux cycles d'études : un premier cycle de trois ans, dont la réussite est sanctionnée par un *Bachelor en médecine* ; un deuxième cycle de trois ans, qui aboutit au *Master en médecine*. En Allemagne, une différenciation est établie entre, 1. Abschnitt (Vorklinik) : 2 ans ; 2. Abschnitt (Klinik) : 4 ans.
ETH Zurich offrira, à partir de l'automne 2017, un *Bachelor's degree course in medicine* qui permet de s'inscrire dans trois universités suisses partenaires pour obtenir le grade de *Master*.
La spécialisation en médecine ou formation médicale de 3^e cycle (en France, l'« internat ») dure en général de 3 à 5 ans après avoir obtenu le degré de *Master*.
- 14 Les accords de coopération conclus en 2013 avec l'Allemagne, la Belgique et la France, qui permettent aux étudiants ayant accompli avec succès des études médicales d'une année au Luxembourg de poursuivre leurs études en 2^e année dans une Faculté de médecine partenaire, constituent un privilège pour les étudiants ayant réussi le Certificat d'études supérieures en sciences médicales. En effet, cet arrangement empêche de subir les épreuves d'admission aux Facultés de médecine et évite de passer avec succès le concours – très sélectif – d'accès en 2^e année. Toutefois, l'avenir de ces régimes préférentiels est très aléatoire. En outre, il est à prévoir qu'avec la création d'une LMS, de tels accords seraient dénoncés par les universités partenaires.
- 15 *Position Paper on International Standards in Medical Education. The Executive Council. The World Federation for Medical Education*. The final document was adopted June 2001.
- 16 En 2017, il y avait plus de 2 000 étudiants français en médecine inscrits dans des universités de Roumanie où les cours sont dispensés en français. Les deux universités qui attirent le plus d'étudiants sont celles de Cluj-Napca et celle d'Iassy (l'Université roumaine d'Iassy a établi en 2015 une collaboration avec le CHL). La plupart de ces étudiants cherchent à échapper au *numerus clausus* en France ou ont été recalés en France au concours en fin de première année en médecine. Les frais d'inscription élevés de 5 000 euros par an ne semblent pas décourager les candidats. Près de 90%

des étudiants obtiennent leur diplôme de deuxième cycle, mais leur niveau est dans certains cas jugé insuffisant.

En ce qui concerne les étudiants en médecine belges, on estime qu'environ 3 000 fréquentent en 2017 des universités étrangères, notamment roumaines.

Le système d'équivalence des diplômes est fondé sur des dispositions du droit européen. Ajoutons que contrairement aux étudiants étrangers, les étudiants roumains doivent passer un concours d'entrée très sélectif.

- 17 Selon le philosophe Luc Ferry, le transhumanisme constitue un vaste projet « d'amélioration de l'humanité actuelle sur tous les plans, physique, intellectuel, émotionnel et moral grâce aux progrès des sciences et en particulier les biotechnologies » (p. 41 de l'ouvrage *La révolution transhumaniste*, Plon, 2016). La convergence des « nouvelles technologies qu'on désigne sous l'acronyme 'NBIC' : nanotechnologies, biotechnologies, informatique (big data, Internet des objets) et cognitivisme (intelligence artificielle et robotique)... » destinées à augmenter les performances humaines (p. 11).
En ce qui concerne la médecine, Luc Ferry écrit : « L'une des caractéristiques les plus essentielles du mouvement transhumaniste tient donc, comme nous l'avons aussi suggéré, à ce qu'il entend passer d'un paradigme médical traditionnel, celui de la thérapeutique, qui a pour principale finalité de « réparer », de soigner maladies et pathologies, à un modèle « supérieur », celui de l'amélioration, voir de « l'augmentation » de l'être humain (p. 41 et 42).
- 18 Guy Vallancien, *La médecine sans médecin ? Le numérique au service du malade*, Gallimard, 2015.
- 19 Guy Vallancien, *Ecce Homo...artificialis*, le Débat, n° 193, janvier-février 2017, Gallimard.
- 20 Dans les publications de 2015 et de 2016 de l'OCDE intitulées *Panorama de la santé*, un chapitre est consacré aux accès aux soins et un autre aux qualités des soins dans les pays de l'OCDE.
- 21 L'étude mentionnée sur les médecins généralistes au Luxembourg (voir note 9) considère qu'un minimum de 1 600 consultations et visites par an (en moyenne 8 patients par jour pour un médecin généraliste (MG) qui travaille annuellement 200 jours) est nécessaire afin de garantir des soins efficaces au Luxembourg. Or, pendant l'année 2015, sur la base des données de la Caisse nationale de Santé (CNS), un grand nombre de praticiens n'effectueraient pas ce volume de travail. Ainsi, sur un total de 596 MG, listés par la CNS, 337 (56,5%) ont facturé plus de 1 600 actes au cours de l'année 2015 et 259 (43,5%) ont facturé moins de 1 600 actes (consultations et visites), garantissant ainsi que 9,12% du volume de travail (voir p. 37 à 39 de l'étude sur les médecins généralistes). Les raisons de ce très important pourcentage ne sont pas expliquées dans l'étude en question. Il s'agit sans doute en grande partie de l'activité réduite des femmes-médecins. Y contribuent aussi des médecins autorisés à exercer au Luxembourg mais n'y habitant pas et travaillant occasionnellement au Luxembourg. Il y a probablement aussi des médecins qui travaillent moins pour vivre mieux ou pour payer moins d'impôts. Au cas où la grande majorité des médecins généralistes presteraient un volume de travail normal, le nombre de cette catégorie de médecins serait vraisemblablement suffisant.
Les médecins praticiens dont il est question dans cette étude ne comprennent ni les médecins occupant des postes administratifs, ni les médecins sans emploi ou retraités, ni les médecins autorisés à exercer au Luxembourg, mais travaillant exclusivement à l'étranger.
Selon le Rapport général sur la Sécurité sociale de 2017, en 2016 le nombre de médecins autorisés à exercer – qu'ils exercent ou qu'ils n'exercent pas – s'est établi à

- 3 166, dont 76,7% étaient professionnellement actifs (médecins praticiens et médecins administratifs).
- 22 Dans le rapport annuel 2016 de l'UL il est affirmé au sujet de l'unité *Life Sciences Research* : « We mostly focus on cancer and are particularly interested in the translation of our research findings into the clinical setting for the needs of cancer patients. »
- 23 Selon l'avis de *Ian Tannock*, professeur émérite à l'université de Toronto, spécialiste de la méthodologie des essais cliniques en cancérologie, les bénéfices réels de la médecine personnalisée en cancérologie sont très exagérés. Cet expert pense que seuls environ 5% des patients traités avec des médicaments ciblés en ont tiré un bénéfice (*Le Monde* du 10 mai 2017). La revue *New England Journal of Medicine* a publié le 29 septembre 2016 un article de Tannock et Hickman sur la médecine personnalisée qui a suscité plusieurs observations dans le numéro du 5 janvier 2017 de cette publication sous la rubrique *Correspondence* et sous le titre *Limits of Precision Cancer Medicine*.
- 24 Selon l'ancien ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, Jeannot Krecké, 2007 aurait dû être l'année de la technologie de la santé, grâce à la société *AxoGlia Therapeutics SA*. Le but de cette société était de développer des molécules à usage thérapeutique, trouvant leur application dans le traitement des maladies neurodégénératives et inflammatoires du système nerveux telles que la maladie d'Alzheimer. Dans une première phase, le financement de ce projet s'est élevé à 1,2 million d'euros, dont une aide de 795 000 euros de la part des pouvoirs publics. L'équipe de recherche de cette « spin-off », qui se composait en 2008 de quatre personnes et du directeur scientifique, attendait pour 2011 la zone de profit.
- Le 5 juin 2008, le gouvernement luxembourgeois a annoncé la mise en œuvre d'un accord de partenariat avec trois instituts de recherche américains dont l'objet était de développer au Luxembourg un pôle de compétence en médecine moléculaire. Le gouvernement a investi quelque 140 millions d'euros dans cette initiative.
- Le 26 novembre 2008, le gouvernement luxembourgeois et l'UL ont signé un contrat complémentaire au plan pluriannuel de l'UL (2006-2009), accordant à l'UL 16,9 millions d'euros pour la création du *Luxembourg Centre for Systems Biomedicine* (LCSB).
- Dans le Document de travail des services de la Commission – Rapport 2016 pour le Luxembourg (Bruxelles, le 26.2.2016 – SWD (2016) 84 final), on lit sous le titre « Diversification par l'innovation » (p. 33) : En revanche, le développement du secteur des biotechnologies, une autre priorité, reste très limité. Celui-ci représente moins de 0,1% de la valeur brute. La mise en place de solides capacités de recherche publique dans ce secteur n'a pas suffi à en stimuler le développement. Une stratégie plus globale pourrait se révéler nécessaire pour que les investissements publics significatifs dans ce domaine puissent encore contribuer à l'objectif de diversification économique. »
- 25 L'élaboration de cette communication a été achevée le 31 mars 2018.

II. IN MEMORIAM : JEAN-PAUL HARPES

Eloge à Jean-Paul Harpes

Le 27 juillet 2017, l'Institut Grand-Ducal a perdu en Jean-Paul Harpes un de ses pionniers. Jean-Paul Harpes fut membre de l'Institut Grand-Ducal, Section des sciences morales et politiques, dès la création de cette Section en 1967. Dans la branche « Philosophie », il a présenté à la tribune de notre Section de nombreuses et remarquables conférences. Membre hautement estimé de notre conseil d'administration pendant de longues années, fidèle à nos réunions, il y a encore assisté une dernière fois le 12 juin 2017. Et il fut encore présent à la Table Ronde organisée par la Section sur « La liberté d'expression » le 17 juin, à peine plus d'un mois avant sa mort.

Né le 27 avril 1934, Jean-Paul Harpes avait d'abord, après son doctorat en philosophie et lettres, été professeur à l'Athénée, enseignant la philosophie à la section de philosophie et lettres des Cours Supérieurs où il succédait à l'enseignement de MM. Oscar Stumper et Pierre Elcherath puis de M. Jules Prussen. Ensuite, au Centre universitaire de Luxembourg, il assumait le cours sur les « Fondements de la métaphysique des mœurs » de Kant. Il fut vice-président du Centre universitaire à partir de 1987 et directeur du département des sciences humaines pendant dix ans.

Il avait été un adepte engagé de la création d'une université au Luxembourg, ce dont témoignait déjà la position courageuse qu'il prit lors d'une conférence présentée à notre Section sous le titre significatif : « Il faudra, tout de même, une université au Luxembourg » que l'on peut relire avec un réel plaisir au volume III C de nos Actes. L'opinion exprimée à ce moment, où l'utilité, ou même la possibilité d'exister, d'une université dans notre pays, était encore un sujet de discussion entièrement ouvert.

Notre confrère Norbert Campagna dresse, dans les autres pages de ce volume de nos Actes, un tableau émouvant du pédagogue que fut, pour lui et pour d'autres, Jean-Paul Harpes.

Jean-Paul admirait son aîné Jules Prussen et avait initié un groupe de recherche qui se consacrait à l'étude des écrits de cet éminent professeur et philosophe. Et c'est sous sa direction qu'eut lieu l'édition des œuvres complètes de Jules Prussen par l'Institut Grand-Ducal en trois volumes de près de mille pages parus en 1985, 1986 et 1992.

Les conférences de Jean-Paul Harpes à la tribune de l'Institut Grand-Ducal ont porté entre autres sur Adam Smith, philosophe, « Sympathie et éthique », sur Wittgenstein : « Philosophie et langage », sur « La méthode dialectique de Marx à l'époque de la genèse du capital », sur Descartes : « ... et pourtant ... », sur « L'anthropologie structurale de Claude Lévi-Strauss » et, dernière intervention, sur « L'étonnant parcours intellectuel de Jürgen Habermas. De la proximité au marxisme à une vigoureuse défense philosophique et sociologique aux multiples facettes de la démocratie ».

Jean-Paul Harpes, tout savant qu'il était, était loin d'être un théoricien de la philosophie.

Il était passionné par tout ce qui relève de l'éthique et, à ce titre, il fut, à partir de 1995, coordinateur, puis jusqu'en 2007, président de la Commission nationale consultative d'éthique, de 2002 à 2006 président de la « Cellule de recherches en résolution de conflits » et, à partir de 2005, membre du Comité directeur de bioéthique du Conseil de l'Europe, enfin, à partir de 2009, membre du Comité national d'éthique de la recherche.

Jean-Paul Harpes était convaincu que la philosophie ne devait pas se faire en vase clos, d'où ses nombreuses interventions sur Radio 100,7. Au sein de notre Section, il était activement intervenu pour l'instauration de débats sur l'euthanasie, ce qui conduisait, entre autres, à un Colloque qu'il dirigea en 2009 sur « Euthanasie et soins palliatifs » dont on trouve le résultat au volume XII de nos Actes. Notre colloque fut suivi l'année suivante par un débat ouvert au grand public, promu par notre Section, la Section médicale de l'Institut Grand-Ducal et le Comité national d'éthique, qui se déroulait à l'Abbaye de Neumünster, et pour lequel Jean-Paul Harpes avait recruté d'éminents philosophes et juristes internationaux. La participation à la chose publique était, pour lui, essentielle et, à ce titre, il prit sa part dans une Table ronde de notre Section sur la Révision de la Constitution où on retrouvera ses prises de position sur le sujet de « Dignité humaine et droits fondamentaux » au volume XIV de nos Actes.

Il défendait au sein de notre conseil d'administration le point de vue que l'Institut Grand-Ducal souffrait d'une visibilité insuffisante, ce qui l'amenait à préconiser, en opposition toujours courtoise avec moi, l'ouverture de nos conférences au grand public.

Dans le même esprit, il prit une part active dans les efforts de notre Section pour la réanimation de l'Institut Grand-Ducal en tant qu'ensemble. En préparation de ces efforts qui conduisirent en 2017 au projet de loi sur la réorganisation de l'Institut Grand-Ducal, Jean-Paul Harpes avait rédigé un questionnaire aux présidents et secrétaires des six sections devant permettre, en présence de la disparité tant de l'organisation que des activités des sections, de mieux connaître la manière dont elles conçoivent d'une part l'objectif de l'Institut Grand-Ducal, d'autre part leur propre mission et leur rôle dans l'Institut. Le résultat a fait l'objet d'une synthèse magistralement rédigée par Jean-Paul Harpes qui fit près de trente pages publiées au volume XV de nos Actes.

Au-delà du français qu'il pratiquait en une langue châtiée, de l'allemand de Kant et de l'anglais de Hume, Jean-Paul était grand ami de la langue espagnole et au centre universitaire il avait préconisé un *Cursillo europeo para profesores de español*.

Cet intellectuel universel était en même temps un grand sportif, passionné de ski et d'alpinisme. Il fut un membre actif et engagé du club alpin luxembourgeois dont il fut le président de 1978 à 1987. Son palmarès dans les sommets de plus de 4.000 m du Valais est impressionnant, à quoi il faut ajouter, hors d'Europe, le Chimborazo, 6.268m en Ecuador, et au Pamir, le Pic Lénine à 7.134m. Cette passion, il la partageait avec Georges Als, grand escaladeur, et on trouvera le récit de leurs expéditions communes dans le magnifique éloge qu'il a consacré à Georges Als au volume XVIII de nos Actes. Au sein de notre conseil d'administration qui était composé, en m'y incluant modestement, pour moitié d'anciens alpinistes, une minute à la fin de chaque réunion était, du vivant de Georges Als, consacrée à fixer une date à laquelle ces deux vétérans de la varappe allaient encore s'exercer ensemble au mur d'escalade à Arlon.

Nous avons perdu en Jean-Paul Harpes un grand savant, pédagogue, philosophe, penseur, qui représentait de façon complète l'ensemble de nos sciences morales et politiques, mais aussi un homme attachant et un ami fidèle. La branche la plus noble de notre Section, celle de la philosophie, cherche encore son chef de file.

André Elvinger

Adieu Jean-Paul !

Sans vouloir le moins du monde me comparer à Kant, je me permets néanmoins une référence au grand philosophe allemand : ce que Hume fut pour Kant, Jean-Paul Harpes le fut pour moi. C'est en effet lui qui me réveilla du sommeil dogmatique dans lequel j'étais plongé à l'âge de 19 ans. L'épisode se déroula au cours de l'année universitaire 1982-1983. À l'époque, je commençais mes études de philosophie au Centre Universitaire de Luxembourg. Jean-Paul y donnait un cours sur la philosophie moderne et il nous avait donné à faire, comme devoir à domicile, un commentaire du célèbre texte de Hume sur l'origine de notre idée de causalité. J'étais alors un incondtionnel d'Herbert Marcuse, dont j'avais lu à peu près tout – en essayant de comprendre au moins un peu –, de sorte que, à peine revenu chez moi, je me suis précipité sur *Vernunft und Revolution* de Marcuse. Dans ce livre consacré surtout à la philosophie hégélienne, j'ai trouvé ce que je cherchais, à savoir un jugement sur Hume : Hume était le précurseur des positivistes et les positivistes acceptaient le donné. Or pour le néo-marxiste que j'étais, l'acceptation du donné était inacceptable. Et donc plutôt que de faire un commentaire suivi du texte de Hume, comme Jean-Paul l'avait demandé, j'en ai fait une analyse néo-marxisto-marcusienne, sans vraiment trop m'intéresser à ce que Hume écrivait dans son texte et en montrant que j'avais bien assimilé le langage néo-marxiste de l'École de Francfort. Nul besoin de dire que j'étais assez fier du résultat et que je m'attendais à avoir une bonne note. Mais lorsque Jean-Paul nous a rendu nos devoirs, il m'a fait comprendre, gentiment, mais clairement, que même si personne ne me contestait le droit d'exprimer mon opinion sur un sujet donné, je devais toutefois, avant de le faire, chercher à comprendre le texte à analyser. Lire d'abord, comprendre ensuite, commenter enfin. J'espère avoir retenu cette leçon plus que salutaire. Et si Jean-Paul ne m'a pas, à l'époque, fait abandonner Marcuse et les autres, il m'a au moins appris à garder le sens critique.

Jean-Paul était un professeur exigeant : avec ses étudiants, bien entendu, mais aussi et d'abord peut-être avec lui-même – et c'est ce qui lui donnait le droit d'être exigeant avec ses étudiants. Ses cours – le cours sur les *Fondements de la métaphysique des mœurs* de Kant avait lieu, je m'en rappelle, le samedi matin à 8 h – étaient toujours parfaitement préparés, tout à fait clairs, et surtout très bien structurés. Ceux qui ont lu certains de ses textes se souviendront des numérations genre 1.2.1.3.4.2. (première partie, deuxième sous-partie, première sous-sous-partie, troisième sous-sous-sous-partie, etc.), dont je ne sais si l'inspiration lui venait du *Tractatus* de

Wittgenstein – un livre qu'il avait étudié à fond – ou s'il y avait une autre source. Et ceux qui l'ont eu comme étudiant se souviennent des montagnes – Jean-Paul aimait les montagnes – de pages manuscrites qu'il nous distribuait et qui contenaient son cours entièrement rédigé. Et je n'oublierai pas de mentionner ici son écriture à la fois fascinante, mais aussi assez difficile à déchiffrer pour celui qui n'y était pas habitué. En tout cas, je suis heureux d'avoir été l'étudiant de Jean-Paul pendant cette année que j'ai passée au Centre Universitaire. Il a été l'un de ces rares professeurs qui m'ont servi d'exemple pour ma propre pratique professionnelle.

Après mon année au Centre Universitaire, je suis parti pour Heidelberg, et je ne me rappelle pas avoir gardé le contact avec Jean-Paul pendant mes deux premières années en Allemagne. Ce n'est que pendant la dernière année de maîtrise (Staatsexamen) à Heidelberg – l'année 85-86 – que j'ai repris contact avec lui, car il me fallait des lettres de recommandation pour pouvoir aller à Cambridge. À partir de là allait commencer une collaboration philosophique dont je ne garde que d'excellents souvenirs et qui m'ont permis de découvrir, derrière celui que je ne connaissais que comme professeur, l'homme aux multiples intérêts et talents.

À la fin de mon année passée à Cambridge, Jean-Paul m'a demandé si je voulais faire partie du Cercle Prussen, un petit groupe de recherche qui consacrait une soirée par mois à l'étude des écrits de Jules Prussen – que Jean-Paul avait eu comme professeur. Le Cercle Prussen allait, toujours sous l'impulsion de Jean-Paul Harpes, qui entretemps était devenu vice-président du Centre Universitaire et directeur du département des Sciences Humaines, se transformer en Séminaire de Philosophie. Nos réunions mensuelles se déroulaient dans le bureau de Jean-Paul au Centre Universitaire. Lors de nos discussions, parfois très animées, Jean-Paul cherchait toujours, sinon à mettre tout le monde d'accord, du moins à faire disparaître autant que possible les éventuels points de frictions entre des positions apparemment contradictoires. C'est sous l'impulsion de Jean-Paul qu'ont aussi été publiés les textes que nous présentions lors de ces réunions.

Sans vouloir le moins du monde réduire les mérites de l'un ou de l'autre de mes collègues philosophes, force est néanmoins de constater que Jean-Paul aura été l'âme de la recherche philosophique au Luxembourg et qu'il a aussi cherché à inscrire la recherche philosophique au Luxembourg dans un contexte européen – ses fonctions au Centre Universitaire lui étaient

d'une grande utilité dans ce contexte. C'est aussi grâce à lui que j'ai eu la chance de faire ma première conférence philosophique à l'étranger, à Innsbruck, pour être précis, où il m'avait invité à l'accompagner dans le cadre d'un colloque sur la démocratie en Europe. J'ai ensuite eu la chance d'organiser plusieurs colloques avec lui, notamment celui célébrant, avec un peu de retard, certes, les 25 ans de la *Diskursethik* apeliennienne – ironie de l'histoire : Jean-Paul Harpes et Karl-Otto Apel sont morts la même année.

Jean-Paul avait d'abord, mais assez brièvement, été un apelienn orthodoxe, pour ensuite, notamment après la lecture de Kambartel et Habermas, pencher vers une interprétation moins radicale ou absolutiste, et, disons-le, plutôt contextualiste, de l'éthique du discours. Ce n'est sûrement pas un hasard si la dernière conférence faite par Jean-Paul Harpes à l'Institut Grand Ducal portait sur Habermas. On peut se demander si le titre de cette conférence ne reflète pas aussi le chemin de pensée d'un certain Jean-Paul Harpes : « L'étonnant parcours intellectuel de Jürgen Habermas. De la proximité au marxisme à une vigoureuse défense philosophique et sociologique aux multiples facettes de la démocratie ».

Ceux qui ont assisté aux réunions du Séminaire de Philosophie – et je pense là au noyau dur que formaient Hubert Hausemer, Paul Kremer, Carlo Sunnen, Gaston Thoma et moi-même – se rappellent sans nul doute Jean-Paul évoquant ces normes et ces valeurs « *dei mer emmer schon am Réck hunn* » (expression si souvent récurrente) et qui constituent l'horizon indépassable – pour nous, comme l'ajouterait Jean-Paul – de notre pensée et de nos jugements moraux. Et beaucoup se souviendront aussi de l'exemple paradigmatique que Jean-Paul donnait toujours : le nazi écrasant la tête d'un enfant. La condamnation d'un tel acte n'a pas besoin de justification et ne saurait en recevoir. Ou plutôt : demander une justification pour l'immoralité d'un tel acte, c'est déjà se placer hors du jeu de langage moral constitutif de notre culture morale.

J'ai eu, en Jean-Paul Harpes, un directeur de mémoire scientifique et, plus tard, un co-directeur de thèse doctorale, sur lequel je pouvais compter et auquel je pouvais toujours m'adresser si j'avais des questions ou des problèmes. Nos discussions avaient moins l'aspect de discussions entre le maître qui sait tout et l'étudiant qui doit encore tout apprendre, que celles de deux personnes intéressées par un même sujet. Je me suis plus d'une fois rendu à son domicile d'alors – 1, rue Khant – et j'étais toujours impressionné par la bibliothèque qui tapissait les murs de son bureau. Je

ressortais de nos discussions avec plein d'idées nouvelles et de pistes de réflexion à poursuivre.

Mais Jean-Paul ne m'a pas seulement entraîné sur des pistes de réflexion. Je me rappelle qu'un jour où j'étais chez lui, je lui ai fait part que j'aimais faire de la randonnée pédestre. Quelques minutes plus tard, j'avais ma carte de membre du Groupe Alpin Luxembourgeois. Nous avons alors souvent eu l'occasion de nous rencontrer lors des grandes randonnées GALoises et de nous entretenir sur des sujets divers et variés pour que les 40 à 45 kms de marche passent un peu plus vite. C'est lors d'une telle randonnée que j'ai appris par Jean-Paul – qui n'avait pas encore le droit de me le dire – que j'avais réussi le concours pour l'admission au stage pédagogique.

Si les grandes randonnées m'ont entraîné avec Jean-Paul sur l'axe de l'horizontalité, notre après-midi passé à Berdorf – alors qu'à Moscou le peuple de la capitale russe, emmené par un certain Boris Jelzyn, s'opposait aux derniers soubresauts des nostalgiques de l'ère ancienne – se situait, lui, sur l'axe de la verticalité. Après maintes demandes de sa part (à chaque randonnée du GAL j'avais droit au « Mier musse éng Kéier zesumme klootere goen »), j'avais finalement accepté d'aller faire de l'escalade avec Jean-Paul. Ce qui pour lui était une voie on ne peut plus facile, était pour le néophyte qui l'accompagnait – il faut toutefois dire que j'avais fait un stage d'escalade de deux après-midi – une suite de problèmes quasi-insolubles. Je me vois encore à une dizaine de mètres du sol et à la même distance du « sommet » en train de paniquer, en me demandant qui allait me descendre ou me monter de là. Et Jean-Paul, qui avait escaladé la falaise comme d'autres montent les quelques marches les menant au deuxième étage de leur immeuble, était impassiblement assis tout en haut et me disait de regarder autour de moi pour y trouver plus de prises que je n'en avais besoin pour poursuivre l'ascension. Cet après-midi à Berdorf m'a permis d'avoir un point commun avec notre Grand Duc actuel, qui lui aussi, alors qu'il n'était qu'héritier, avait fait de l'escalade avec Jean-Paul – qui m'a montré la photo de lui et du Grand Duc héritier devant une paroi de Berdorf.

Philosophe, marcheur, alpiniste et spécialiste de l'escalade : Jean-Paul excellait dans tous ces domaines. Mais ses connaissances dans le domaine culturel étaient tout aussi impressionnantes, et je me demande encore aujourd'hui comment on pouvait exceller dans tant de domaines somme toute assez différents les uns des autres. Cela me rappelle un célèbre passage de

Marx – à l'époque où il enseignait encore à l'Institut Supérieur d'Enseignement et de Recherche Pédagogique, Jean-Paul lisait d'ailleurs le *Capital* de Marx avec les futurs instituteurs –, où le natif de Trêves nous décrit, de manière certes ironique, l'homme pluridimensionnel du futur, Jean-Paul était un homme pluridimensionnel et curieux de tout.

Il y a deux ans, j'avais demandé à Jean-Paul s'il voulait bien contribuer un article sur la volonté générale chez Rousseau à un livre sur les conceptions de l'État en France que j'ai coédité avec ma collègue Franziska Martinsen. Jean-Paul a tout de suite accepté. Mais exigeant comme il l'était, il n'allait pas rédiger un article sur Rousseau sans se replonger entièrement dans l'univers de pensée rousseauien. L'article se fit attendre et j'ai plusieurs fois prorogé le délai de remise du texte, afin de permettre à Jean-Paul de rédiger son article. Puis un jour, alors que je le pressais de m'envoyer le texte, il m'a dit qu'il avait terminé l'article, mais qu'il n'en était pas satisfait et qu'il était impubliable. Nous en avons encore reparlé le 17 juin 2017, en marge de la séance de l'Institut Grand Ducal sur la liberté d'expression. À peine six semaines plus tard, à mon retour de vacances – au pied du Grossglockner, dont Jean-Paul doit avoir fait l'ascension (en guise d'échauffement ou de préparation pour des sommets bien plus élevés) – j'apprenais sa mort. Le Luxembourg venait de perdre un de ses plus éminents penseurs engagés. La philosophie luxembourgeoise venait de perdre un de ses plus ardents promoteurs. Sa famille venait de perdre un mari, père et grand-père attentionné. Et je venais de perdre celui dont le soutien indéfectible m'a permis de me trouver une place dans le monde de la philosophie. Merci Jean-Paul d'avoir cru en moi et de m'avoir soutenu pendant toutes ces années où je cherchais ma voie d'escalade philosophique.

Norbert Campagna

III. ADMINISTRATION DE LA SECTION

Administration de la Section

Présidents de la Section

Alphonse Huss	1967 – 1978
Carlo Hemmer	1978 – 1983
Edmond Wagner	1983 – 2004
André Elvinger	2004 – 2014
André Prüm	2014 –

Secrétaires Généraux

Georges Als	1998 – 2014
André Elvinger	2014 –

Conseil d'administration de la Section

Prüm André	Président
Elvinger André	Secrétaire général
Kinsch Patrick	Trésorier
Ahlborn Henri	Membre
Harpes Jean-Paul	Membre
Rommes Jean-Jacques	Membre
Urbé Robert	Membre

IV. TABLEAU DES MEMBRES

Tableau des Membres (2018)
(entre parenthèses : année de l'élection)

Membres effectifs

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHILO
AHLBORN Henri (1978) Maréchal de la Cour hon. Tél. : 33 02 85 Courriel : henri.ahlborn@pt.lu	58, rue Belle-Vue L-7214 Bereldange	E
BAUSCH Julie-Suzanne Directrice adjointe du LCD GSM : 621 17 34 28 Courriel : julie-suzanne.bausch@education.lu	56, rue des Aubépines L-1145 Luxembourg	P
CAMPAGNA Norbert (1995) Professeur Tél. : 0033/3/82 216 139 Courriel : norbertcampagna@hotmail.com	3, allée des Marronniers F-54560 Serrouville	P
EHRET Jean (2014) Directeur Luxembourg School of Religion & Society GSM : 621 273 531 Bureau : 43 60 51 327 Courriel : jean.ehret@cathol.lu	25, rue Sigismond L-2537 Luxembourg	P
ELVINGER André (1978) Avocat Tél. : 24 13 90 ou bur. 44 66 440 Fax : 47 15 06 ou bur. 44 40 02 Courriel : andreelvinger@ehp.lu	174, av. de la Faïencerie L-1511 Luxembourg	D
ELVINGER Marc (1991) Avocat Tél. : 45 24 17 – Fax : 44 22 55 Courriel : marcelvinger@ehp.lu	16, rue Adames L-1114 Luxembourg	D
ENTRINGER Henri (1989) Directeur hon. de la C.E. Tél. : 44 51 19	31, rue Albert 1 ^{er} L-1117 Luxembourg	E
ETIENNE Henri (1985) Directeur hon. de la C.E. Tél. et Fax : 40 57 15 Courriel : hetienne@pt.lu	4, rue P. de Coubertin L-1358 Luxembourg	D

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHILO
FRIEDEN Luc (1993) Ancien Ministre Tél. : 47 10 55-1 – Fax : 22 59 22 Courriel : lfrieden@ehd.lu	23, In der Grof L-5322 Contern	D
GÉRARD Edmond (1988) Président de chambre honoraire à la Cour d'Appel Tél. : 44 28 39 Courriel : m.e.gerard@pt.lu	24, rue Alphonse Munchen L-2172 Luxembourg	D
GERKRATH Jörg (2015) Professeur en droit européen Université du Luxembourg Tél. : 46 66 44 63 47 Courriel : jorg.gerkrath@uni.lu	Flurweg 8 D-54441 Temmels	D
GOEDERT Georges (1985) Professeur hon. à l'Athénée et au C.U. Tél. : 44 48 72 – Fax : 44 43 98 Courriel : geogoe@pt.lu	40, rue Schrobilgen L-2526 Luxembourg	P
GOEDERT Henri (1979) Docteur en droit Tél. : 44 83 86 Courriel : goedejeh@pt.lu	62, rue Charlemagne L-1328 Luxembourg	D
GRULMS Fernand (2014) Professeur associé Luxembourg School of Finance Tél. : 691 919 710 Courriel : fernandgrulms@gmail.com	2, rue Nic Flener L-8228 Mamer	E
GUILL Jean (2016) Directeur général honoraire de la CSSF Tél. : 40 53 85 Courriel : guilljean1@gmail.com	93, rue Kohlenberg L-1870 Luxembourg	D
HAUSEMER Hubert Professeur hon. Tél. et Fax : 51 09 39 Courriel : hubert.hausemer@education.lu	31, rue de Peppange L-3270 Bettembourg	P
HENZIG Luc (2014) Economiste Tél. : 621 30 63 66 Courriel : henzig@pt.lu	11, rue du village L-3311 Abweiler	E
HEUSCHLING Luc (2014) Professeur de droit constitutionnel, Université du Luxembourg Tél. : 277 665 49 Courriel : luc.heuschling@uni.lu	45, rue Théodore Eberhard L-1451 Luxembourg	D

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHILO
HOSS Jean (1979) Avocat Tél. : 45 43 30 Bureau : 44 66 440 – Fax : 44 22 55 Courriel : jeanhoss@ehp.lu	4, rue Pierre d'Aspelt L-1142 Luxembourg	D
KINSCH Patrick (1991) Avocat Tél. : 26 26 73 Fax : 26 26 73 73 Courriel : patrick.kinsch@wka.lu	14, rue Nicolas Adames L-1114 Luxembourg	D
KREMER Paul (1985) Professeur au C.U. Tél. + Fax : 22 90 65 Courriel : p.a.kremer@web.de	14, rue Valentin Simon L-2559 Luxembourg-Eich	P
LOESCH Jacques (1979) Avocat Tél. : 44 52 18 ou prof. 26 08-1 Fax : 26 08-88 88 Courriel : jacques.loesch@linklaters.com	9, rue des Foyers L-1537 Luxembourg	D
MERSCH Yves (2010) Membre du Directoire de la Banque Centrale européenne Tél. : +49 69 1344 7191 Fax : +49 69 1344 7183 Courriel : office.mersch@ecb.europa.eu	Kaiserstr. 29 D-60311 Frankfurt/Main	D (E)
MOLITOR Roger (2014) Conseiller d'Etat honoraire Tél. : 44 31 20 Courriel : roger.molitor@pt.lu	31, rue Schafsstrachen L-2510 Strassen	E
NEUEN Jacques (1979) Juriste Tél. : 44 52 50 GSM : 691 46 73 05 Fax : 25 41 79 Courriel : jacques@neuen.lu	35, allée Pierre de Mansfeld L-2118 Clausen	
OMES Elisabeth (2014) Avocat à la Cour Tél. : 44 66 44 0 Courriel : elisabethomes@elvingerhoss.lu	2, Place Winston Churchill L-1340 Luxembourg	D
PRUM André (2002) Professeur de droit Tél. : 44 72 72 Courriel : andre.prum@uni.lu	41, allée Saint-Hubert L-8138 Bridel	D

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHILO
PUTZ Jean-Luc (2014) Magistrat GSM : 621 30 45 46 Courriel : putz@jeanluc.lu	34, rue N.S. Pierret L-2335 Luxembourg	D
RAVARANI Georges (2002) Juge à la Cour européenne des droits de l'homme Tél. : 691 308789, +33 7 8414 6007 Courriel : georges.ravarani@echr.coe.int	Adresse privée 33, rue Emile Mayrisch L-2141 Luxembourg	D
ROMMES Jean-Jacques Administrateur délégué UEL – Union des Entreprises Luxembourgeoises Tél. : 26009-1 Fax : 26009-799 Courriel : jean-jacques.rommes@uel.lu	3, rue « Canech » L-5410 Beyren	D
SCHMIT Roger (1988) Professeur Tél. : 72 98 84 Courriel : roger.schmit@education.lu	4, rue des Bénédictins L-6414 Echternach	P
SIWECK Jean-Lou (2006) Lic. en journalisme Tél. : 27 40 93 21 Bureau : 478-8116 Courriel : jean-lou@siweck.com	61, rue de l'Eglise L-7224 Walferdange	E
SPELLER Jules Professeur hon. Tél. : 46 11 74	71, av. Pasteur L-2311 Luxembourg	P
SPIELMANN Dean (2002) Juge au Tribunal de l'Union européenne Tél. : 4303 4948 Fax : 4303 8669 Courriel : dean.spielmann@curia.europa.eu	113, rue J. François Boch, L-1244 Luxembourg	D
STEICHEN Alain (2000) Avocat – Prof. à l'Uni Lux Tél. : 26025-1 – Fax : 26025-999 Courriel : asteichen@bsp.lu	2, rue Peternelchen Immeuble C2 L-2370 Howald	D
THELEN Carlo (2009) Directeur général Chambre de Commerce Tél. bureau : 42 39 39 – 300 Courriel : carlo.thelen@cc.lu	16, rue Friedrich Wilhelm Engelhardt, L-1464 Luxembourg	E

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHIL
THEWES Marc (2014) Avocat Tél. : 22 66 22-1 – Fax : 22 55 66 Courriel : marc.thewes@thewes-reuter.lu	B.P. 55 L-2010 Luxembourg	D
TRAUSCH Gérard (2000) Professeur hon. Tél. : 22 33 13 Courriel : getra@pt.lu	15, rue Fr. Clément L-1345 Luxembourg	E
URBÉ Robert (2009) Rédacteur Sozialalmanach Tél. : 40 21 31-230 – Fax : 40 21 31-209 Courriel : robert.urbe@caritas.lu	p.a. Caritas 29, rue Michel Welter L-2730 Luxembourg	E
WAGENER Marco (2006) Conseiller à la Chambre des Salariés Tél. : 621 249 802 Bureau : 27494-207 – Fax : 27494-220 Courriel : marwag@aol.com	Benediktinerstr. 10 D-54292 Trier	E
WEBER Raymond (2007) Ancien fonctionnaire national (Ministère de la Culture) et international (UNESCO, Conseil de l'Europe et OCDE) Tél. : 23 69 75 20 GSM : 691 79 75 20 Courriel : raym.weber@yahoo.fr	20, rue Jos Sunnen L-5403 Bech-Kleinmacher	
WEITZEL Luc (1993) Référéndaire Cour Justice C.E. Tél. : 22 30 35 ou prof. 43 03 22 53 Fax : 46 30 41 ou prof. 43 03 31 82 Courriel : weitzell@pt.lu	36, rue J.B. Fresez L-1542 Luxembourg	D
WIRTGEN Georges (1979) Dir. hon. de l'ISERP Tél. : 22 85 36 Courriel : georges.wirtgen@ci.rech.lu	14, rue Soupert L-2541 Luxembourg	P
WIWENES Georges (2002) Procureur général d'Etat adjoint honoraire Tél. : 47 59 81-331 Courriel : gwivenes@pt.lu	62, avenue du Bois L-1250 Luxembourg	D
WURTH Michel (1985) Dirigeant d'entreprise Tél. : 47 11 41 ou bur. 4792-2166 Fax : 4792-2695 Courriel : wurth@pt.lu michel.wurth@arcelormittal.com	43, rue d'Itzig L-5231 Sandweiler	E

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHIL
ZAHLEN Paul (2014) Conseiller économique au STATEC Tél. : 42 20 87 Bureau : 2478 4384 Courriel : paul.zahlen@gmail.com ou paul.zahlen@statec.etat.lu		

*Membres correspondants***GEORGES Alain (2013)**

Juriste

72A, rue des Eglantiers
L-1457 Luxembourg
Tél. : 26 44 10 01
Courriel : ageorges@pt.lu

GREISCH Jean, Abbé (1988)

Prof. émérite à la Faculté de Philosophie
Institut Catholique de Paris
Chaire Guardini de philosophie de la religion
Université Humboldt Berlin

Unter den Linden 6
D-10099 Berlin
Tél. : 0049 030 2093 2946
Fax : 0049 030 2093 2107
Courriel : Greisch@wanadoo.fr

HAMILIUS Jean (2013)

Ancien Ministre

10, Eicherfeld
L-1462 Luxembourg
Tél. : 43 21 19
Courriel : jeha@pt.lu

HELLMANN Rainer (1968)

Dr rer. pol.-journaliste et économiste

61, avenue Baron d'Huart
B-1150 Bruxelles
Tél. : 00322-7790922
Fax : 00322-7632924
Courriel : Rainer.Hellmann@bruiele.be

SCHEID John (2016)

Professeur émérite au Collège de France (Paris)
Membre de l'Académie des inscriptions
et Belles-lettres (Paris)
Tél. : 0033-1 45 84 91 55
Courriel : john.scheid@college-de-france.fr

230, rue de Tolbiac
F-75013 Paris

SITTER-LIVER Beat (1998)

Prof. Dr Dr h.c. (Lausanne)
Université de Fribourg
Dép. de philosophie

Altenbergstraße, 98
CH-3013 Bern
Tél. : 0041-31-3313243
Fax : 0041-31-3313241
Courriel : beat@sitter-liver.ch

TOMUSCHAT Christian (1985)

Prof. Dr., Humboldt-Universität,
Berlin Juristische Fakultät
Dr h.c. (Univ. Zurich 2004)

Odilostrasse 25A
D-13467 Berlin
Tél. : 0049-30-405 414 86
Fax : 00 49-30-405 414 88
Courriel : Chris.Tomuschat@gmx.de

VAX Louis (1985)

Professeur émérite à
l'Université de Nancy

1, rue du Pressoir
F-54850 Méréville
Tél. : 0033-3-83 47 28 31

WALINE Jean (1985)

Professeur émérite à la Faculté de Droit
Université R. Schuman, Strasbourg
Président de l'Institut Int. des Droits de
l'Homme – René Cassin

4, avenue de l'Europe
F-67000 Strasbourg Cedex
Tél. : 0033-3-88 35 39 79
Fax : 0033-3-88 25 18 33
Courriel : jean.waline@laposte.net

WELCH Cyril (2012)

Prof. hon. à la Mount Alison Univ. Canada

Tél. : 36 05 82

Courriel : c.welch@mta.ca

ZIGRAND Jean-Pierre (2014)

Professeur

Tél. bureau : 0044 20-78523543

GSM : 0044 7960589815

Courriel : j.p.zigrand@lse.ac.uk

Membres d'honneur

NOM ET PROFESSION	ADRESSE PRIVÉE	DROIT ECO PHILQ
FLESCH Colette (1979) Bourgmestre honoraire de la Ville de Luxembourg Anc. Vice-Prés. du Gouvernement	11 A, bd Prince Henri L-1724 Luxembourg Tél. : 47 39 10 – Fax : 46 39 15 Courriel : coflesch@pt.lu	E
JUNCKER Jean-Claude Président de la Commission européenne Commission européenne	Rue de la Loi / Wetstraat 200 B-1049 Bruxelles Courriel : President.Juncker@ec.europa.eu	
LESOURNE Jacques (1988) Professeur hon. au Conservatoire National des Arts & Métiers Dépt. Économie et Gestion	52, rue de Vaugirard F-75006 Paris Tél. : 0033-1-43 25 66 05 Fax : 0033-1-56 24 47 98	E
MART Marcel (2009) Ancien Ministre Ancien président de la Cour des Comptes Européennes Maréchal de la Cour hon.	9, rue des Champs L-1323 Luxembourg Tél. : 49 51 21 GSM : 621 15 61 21 Fax : 40 92 11 Courriel : limart@pt.lu	
SANTER Jacques (2009) Ministre d'Etat hon. Ancien président de la Commission Européenne	33, boulevard Roosevelt L-2450 Luxembourg Tél. : 2478-8155 Fax : 2643-0999 Courriel : jacques.santer@me.etat.lu	

*Membres décédés (année du décès)**Membres effectifs*

ALS Georges (2014)	PRUSSEN Jules (1975)
ARENDT Ernest (2003)	RASQUIN Gérard (2012)
DELVAUX Bernard (1972)	RAU Fernand (1994)
FABER Georges (1993)	RIES Adrien (1991)
HARPES Jean-Paul (2017)	SCHAAK Robert (2010)
HEIDERSCHIED Robert (1996)	SCHABER Gaston (2010)
HEMMER Carlo (1988)	SCHILTZ Louis (2006)
HIPPERT Paul (2010)	SCHROEDER Paul (1999)
HUSS Alphonse (1993)	SCHULLER Guy (2014)
KAUFFMAN Joseph (1988)	SCHWALL-LACROIX Annette (2013)
KAYSER Armand	SIMON Armand (1996)
KONZ Fred (1980)	STOFFELS Jules (2012)
LIESCH Léon (1985)	THIRY Roger (2000)
MAUL Roger (1987)	WAGNER Edmond (2004)
MISCHO Jean (2016)	WEBER Paul (Abbé) (1988)
MORES Edouard (2008)	WEITZEL Albert (2010)
MUHLEN Ernest (2014)	WURTH Marcel (1972)
OLINGER Jean (1999)	ZAHLEN Jean-Pierre (1986)
PESCATORE Pierre (2010)	

Membres correspondants

CALOT Gérard, Directeur hon. de l'INED (2001)
 JAANS Pierre, Economiste, ancien Directeur Général
 de l'Institut Monétaire Luxembourgeois (2015)
 LALIVE d'EPINAY Pierre, Prof. hon. à la Faculté de droit de Genève (2014)
 MERGEN Armand, Prof. hon. de criminologie (1999)
 THOLL Gérard, Dozent, Bonn

Membres d'honneur

ANDERS Jérôme (1983)	MAJERUS Pierre (1998)
BECH Joseph (1975)	MULLER Jean-Pierre (Rév.-P.)
BIERMANN Pierre (1981)	RECKINGER Marcel
BLIEVER Tony (1990)	REDING Marcel (1993)
BONN Alex (2008)	RODENBOURG Eugène (1975)

CALMES Albert (1967)	SAUVEPLANNE Jean Georges
FOOG Joseph (1998)	SCHAUS Lambert (1975)
FREDERICQ Louis (Baron) (1981)	SOLUS Henri (1981)
GANSHOF von der MEERSCH Walter (1993)	VERLOREN VAN THEMAAT Pieter (2004)
GOERENS François (1992)	WAGNER Camille
HAMMES Ch.-Léon (1967)	WEBER Paul (1975)
KRIEPS Robert (1991)	WEHRER Albert (1967)
JESCHEK Hans-Heirich (2009)	WELTER Félix (1991)
LEGROS Robert (mai 2004)	WERNER Pierre (2002)
LEVASSEUR Georges (2003)	WILWERTZ Paul (1979)
LOESCH Alfred (1982)	

V. PUBLICATIONS DE LA SECTION

1967 – 2018

- A. Actes de la Section
- B. Cahiers
- C. Ouvrages spéciaux
- D. Communications des membres et invités
- E. Conférences publiques par des personnalités étrangères
organisées par la Section
- F. Eloges funèbres

Les publications peuvent être commandées par courriel envoyé à
smp-secret@igd.lu

Le système des publications

Présentation

La Section publie essentiellement le résultat de ses travaux, c'est-à-dire les conférences ou « communications » présentées et discutées lors de ses réunions internes, exceptionnellement des conférences publiques, ou encore des ouvrages spéciaux préparés par ses membres.

Les communications font l'objet de volumes, annuels depuis 2000, appelés « **Actes** ». Entre 1979 et 1999 on avait jugé plus expédient de publier les communications individuelles, système auquel on a par la suite renoncé, en raison de l'accumulation d'un grand nombre de fascicules peu maniables et de leur publication souvent tardive ! Pour combler le « trou » de vingt ans il a été décidé en 2005 de réunir les communications de cette période en trois volumes s'intercalant entre les volumes III et IV des Actes et pour cela appelés IIIA, IIIB et IIIC ; ces volumes n'ont pu être édités qu'à un faible tirage, pour des raisons de coût. Dans ces trois volumes (comme d'ailleurs dans les autres volumes ainsi que dans les « Cahiers »), les communications ont été présentées selon l'ordre alphabétique des auteurs, la date de la communication étant toutefois indiquée entre parenthèses.

Le conseil d'administration de la Section a décidé, il y a quelques années, de proposer à nos membres la remise de communications individuelles sur des sujets qui intéressent notre Section dans l'une ou l'autre de ses trois branches, ceci en dehors de la tenue d'une conférence. Deux de ces communications individuelles ont depuis lors été reprises dans les Actes.

Les Actes ne réunissent toutefois pas l'intégralité des travaux. La série des « **Cahiers** » groupe des communications de plusieurs auteurs sur un même thème, comme p.ex. le suicide, la réforme de la constitution, la liberté de la presse, l'union monétaire, l'euthanasie, etc. Depuis 2009, ces communications groupées sur un thème ont à nouveau, comme cela avait été fait dans les volumes I, II, III, été reprises, dans un souci de meilleure visibilité, dans les volumes des Actes.

Une troisième série comprend les « **Ouvrages spéciaux** », l'un contenant les œuvres complètes de Jules Prussen, l'autre l'ensemble des communications faites par Edmond Wagner et par Georges Als à notre tribune. Ces ouvrages comportent également deux ouvrages de Henri Entringer édités par la Section.

Enfin, pour faciliter les recherches, il a paru utile de reproduire la liste des **quelque 250 communications** selon l'ordre alphabétique des auteurs.

A. Actes de la section

Les Actes, qui paraissent chaque année en avril, reproduisent les textes des communications présentées.

Actes : Vol. I 1968-69 128 p.

Séance académique du 24 octobre 1967

- Als G. : Fondements juridiques de la statistique (12.3.1968)
 Bonn A. : Considérations sur la fonction législative du Conseil d'Etat (10.12.1968)
 Muhlen E. : Possibilités et limites d'une politique des revenus (29.3.1968)
 Muhlen E. : L'Union douanière dans la théorie économique (16.7.1968)
 Pescatore P. : La protection des droits de l'homme dans l'intégration européenne (29.10.1968)
 publié dans « Cahiers de droit européen »
 Prussen J. : Fatalisme et logique (25.11.1968)

Actes : Vol. II 1971-73 186 p.

Avortement : v. Cahier N°1

Journées du 12.4 et 3.5.1972

- Arendt E. : Origine et portée de l'art. 23 al. 4 de la Constitution (réforme des études supérieures) (15.3.1973)
 Calmes C. : Fondement historique de l'art. 23 al. 4 (*id.*)
 Elvinger A. : Obligation convertible et emprunt subordonné (27.2.1973)
 Kauffman J. : Les données actuelles de la politique fiscale (23.3.1971)
 Schaack R. : Réflexions sur la politique sociale (15.11.1971)
 Stoffels J. : Régulation de la population et démographie (10.7.1972)

Actes : Vol. III 1974-77 paru en 1979 274 p.

Le suicide : v. Cahier N°2

Journées du 2.6 - 20.11 et 2.12.1975

- Als G. : Evolution économique et chômage intellectuel (24.4.1974)
 Als G. : L.-A. Quételet, savant universel et père de la statistique moderne (27.12.1974)
 Als G. : Adam Smith, père de l'économie politique (4.6.1976)
 Hemmer C. : Economie et écologie (27.1.1976)
 Goedert G. : Nietzsche – son aspiration à un idéal surhumain (16.5.1977)
 Harpes J.P. : A l'occasion du 250^e anniversaire de la naissance de Kant (6.11.1974)

- Harpes J.P. : Adam Smith philosophe : Sympathie et éthique (4.6.1976)
 Kunitzky N. : Indexation des revenus : système généralisé ou mesure d'urgence ? (3.12.1976)
 Peccei A. : Quels horizons pour l'humanité ? Les alternatives du futur selon le Club de Rome (4.2.1977)
 Stoffels J. : Economie énergétique et intégration européenne (24.2.1976)

Actes : Vol. IIIA 1978-1984 (1^{er} sem.) (édité en 2005)

Table alphabétique des auteurs (*date de la communication*)

- Batiffol H. : La jurisprudence, source de droit (16.5.1979)
 Biermann P. : Nagakal : Schlangentab und Schlangenzauber (22.5.1980)
 Elvinger A. : Tendances actuelles du droit de la concurrence (15.10.1979)
 Harpes J.-P. : Wittgenstein : Philosophie et langage (8.12.1978)
 Heiderscheid A. : Particularités de la presse luxembourgeoise (7.7.1978)
 Huss A. : Louis Marchand, écrivain luxembourgeois polyvalent (1983)
 Kremer P. : La conception du langage d'après Foucauld (8.4.1981)
 Kremer P. : Hegels Kritik der moralischen Weltanschauung (25.10.1983)
 Ries A. : Le Zollverein à rebours ? (12.5.1979)
 Stoffels J. : La mutation nécessaire des PME luxembourgeoises (20.3.1984)
 Wagner N. : L'évolution du droit de la responsabilité civile (1.12.1980)

Actes : Vol. IIIB 1985 (2^e sem.) - 1990 (1^{er} sem.) (2005)

Table alphabétique des auteurs (*date de la communication*)

- Ahlborn H. : Luxembourg – Ses défis en l'an 2000 (25.1.1988)
 Arendt E. : Aspects nouveaux de la responsabilité de la puissance publique (6.11.1989)
 Goedert G. : Schopenhauers Willensmetaphysik und Mitleidsethik (24.10.1988)
 Harpes J.-P. : La méthode dialectique de Marx à l'époque de la genèse du « Capital » (4.12.1984)
 Hausemer H. : La philosophie personnaliste de Karol Wojtyla (3.6.1985)
 Hausemer H. : Qu'est-ce qu'une personne ? La contribution du personnalisme d'Emmanuel Mounier (1905-1950) (14.5.1990)

- Kremer P. : Das gute Gewissen und das Böse (22.10.1984)
 Lesourne J. : L'économie européenne dans un monde d'incertitudes (9.3.1988)
 Ries A. : L'agriculture lux. à l'ore du XXI^e siècle (30.6.1986)
 Ries A. : J'ai prié pour vous à Compostelle (1988)
 Stoffels J. : Approvisionnement énergétique de l'Europe et coopération est-ouest (7.7.1986)
 Thill A. : La lutte contre la pauvreté (21.11.1988)

Actes : Vol. IIIC 1990 (2^e sem.) - 1997 (2005)

- Berlinger R. : Der Traum des Sokrates (28.6.1990)
 Campagna N. : Darf ein liberaler Staat die Pornographie verbieten ? (23.10.1995)
 Campagna N. : Démocratie, libéralisme et république (16.1.1997)
 Elvinger A. : Le secret professionnel dans l'actualité (24.10.1990)
 Entringer H. : Présence de ressortissants luxembourgeois à la Commission européenne (1994)
 Harpes J.-P. : Il faudra, tout de même, une université à Luxembourg (20.1.1992)
 Kremer P. : Seelenwanderung und Ich-Analyse (10.5.1996)
 Neuen J. : Mediapolis ou Themis au pays des merveilles (16.1.1991)
 Olinger J. : Réflexions à propos des dépenses fiscales (11.6.1991)
 Ries A. : Mobilität – Staatsbeamtestaat – Eis Spruch(en) (14.11.1990)

Actes : Vol. IV 1998-99 264 p.

- Als G. : Dans l'intimité de Brigitte Bardot (17.3.1998)
 Campagna N. : Montesquieu, le libéralisme et la religion (5.5.1998)
 Campagna N. : Justice et parité (3.3.1999)
 Kremer P. : Hello Dolly (à propos du clonage) (30.11.1998)
 Sitter-Liver B. : « Würde der Kreatur » – Ein Grenzbegriff (15.6.1998)
 Stoffels J. : Le social, entrave au progrès économique ? (24.3.1999)
 Wagner E. : Science et responsabilité (1.10.1998)
 Wagner E. : Problèmes éthiques du clonage (30.11.1998)

Actes : Vol.V 2000 296 p.

- Campagna N. : Les limites morales de la souveraineté nationale
 Goedert G. : Nietzsche, philosophe « inactuel »
 Pescatore P. : Lecture critique de l'encyclique « Fides et Ratio »
 Schuller G. : L'économie de très petit espace face à la globalisation
 Vax L. : Les daimons de Ronsard et les diables de Bodin

Actes : Vol. VI 2002 264 p.

- Als G. : Le duel Churchill-Hitler en été 1940
 Bauler A. : Souveraineté nationale et développement économique : le cas du Luxembourg
 Campagna N. : Defensor iuris : Der Jurist Carl Schmitt und der Krieg
 Campagna N. : La société libérale et Léviathan
 Tausch G. : Développement socio-économique du Luxembourg et structures scolaires
 Tausch G. : La triple ouverture économique, démographique et socioculturelle du Luxembourg
 Tausch G. : L'immigration au Luxembourg : quelques réflexions

Actes : Vol. VII 2003 308 p.

- Garapon A. : La justice pénale internationale
 Pescatore P. : La philosophie du droit au tournant du millénaire
 Schuller G. : Economie et bonheur
 Tausch G. : Les 400 ans de l'Athénée de Luxembourg

Actes : Vol. VIII 2004 340 p.

- Campagna N. : La confiance comme problème de la philosophie politique
 Elvinger A. : Droit fiscal et confiance
 Entringer H. : Confiance et management
 Goedert H. : La chute du gouvernement de la Fontaine en novembre 1848
 Hausemer H. : Confiance et religion
 Schuller G. : Economie et confiance
 Tausch G. : Démographie, famille, société et confiance au Luxembourg
 Wagner E. : Science et confiance

Actes : Vol. IX 2005 360 p.

- Campagna N. : Immanuel Kant et la morale sexuelle (26.10.2004)
 Elvinger A. : Le Juge à l'école ou : Der Richter und sein D(H)enker (28.9.2004)
 Annexes : Le débat dans la presse
 Interventions des membres
 Greisch J. : « Horror religiosus » : l'âpre goût de l'absolu et le problème de la tolérance (14.12.2004)
 Mischio J. : Le projet d'une Constitution pour l'Europe (1.2.2005)

- Pescatore P. : La séparation des pouvoirs et l'office du juge, de Montesquieu à Portalis (23.11.2004)
 Speller J. : Pour comprendre le procès de Galilée (1633) (17.2.2004)
 Trausch G. : Création d'une fonction publique moderne au Luxembourg (15.3.2005)

Actes : Vol. X 2007 314 p.

- Als G. : La révolution sexuelle et ses problèmes
 Où va la Sibérie ?
 Harpes J.-P. : Les comités d'éthique : Fonctionnement et objet
 Hausemer H. : Teilhard de Chardin : Foi et Science
 Kremer P. : La fin de l'homme
 Mischo J. : Les paramètres d'une solution du conflit israélo-palestinien
 Schuller G. : La réémergence de la Chine
 Tarrach R. : En attendant Belval
 Entringer H. : L'Université du Luxembourg : Analyse critique

Actes : Vol. XI 2008 354 p.

- Campagna N. : D'un prétendu droit du coupable à la sanction pénale
 Hausemer H. : Athéisme et problème du mal
 Ravarani G. : Quel(s) juge(s) voulons-nous ?
 Sitter Liver B. : Albert Schweitzer : Bioethik im Rahmen einer umfassenden Seinsethik
 Steichen A. : La légitimité des droits de succession
 Steiwer J. : La démocratie en question
 Wagener M. : La fin du travail
 Weber R. : La coopération au développement : enjeux, perspectives et politiques

Actes : Vol. XII 2009 296 p.

- Eeckhout C. : La Bible et l'archéologie
 Elvinger M. : De la difficulté à amener ceux qui font les lois à les respecter
 Frieden L. : Le rôle de l'Etat luxembourgeois au XXI^e siècle
 Kinsch P. : Probabilité et certitude dans la preuve en justice
 Theis R. : Religion im Denken der deutschen Aufklärung
Colloque : Soins Palliatifs & euthanasie cf. infra Cahier N°13a

Actes : Vol. XIII 2010 460 p.

- Eeckhout C. : Les textes de Qumrân au bord de la Mer Morte
 Loesch J. : Quels avocats avons-nous ?
 Mischo J. : La candidature de la Turquie et la question des limites de l'Union Européenne
 Prum A. et Ergec R. : La liberté académique et ses problèmes
 Rommes J.-J. : Finance et éthique
 Siweck J.-L. : Le défi énergétique vu du Luxembourg
 Spielmann D. : La Cour européenne des droits de l'Homme et la marge d'appréciation nationale
Table ronde : Population luxembourgeoise, nationalité, intégration, langue cf. infra Cahier N°14

Actes : Vol. XIV 2011 384 p.

- Campagna N. : L'éthique de la sexualité à la recherche de son principe
 Feyder N. : L'intervention des N.U. au Congo
 Cloos J. : Y a-t-il une gouvernance européenne ?
 Goedert G. : Schopenhauer : Vorstufen der Willensverneinung
 Hausemer H. : Lessings Ringparabel aus Nathan der Weise : ein praktikables Modell für den Religionsfrieden ?
Table ronde : Révision de la constitution : où en sommes-nous ? cf. infra Cahier N°15

Actes : Vol. XV 2012 336 p.

- Bausch J.-S. : Zeitgemässe/unzeitgemässe Betrachtungen – reflexions sur Nietzsche et notre époque
 Campagna N. : L'Islam, les Lumières et la démocratie
 Elvinger A. : Le triomphe du droit et des droits fondamentaux : l'affaire KB
 Harpes J.-P. : L'anthropologie structurale de Claude Lévi-Strauss
 Juncker J.-C. : La gouvernance économique dans la zone Euro
 Thielen C. : Recherche et innovation – un état des lieux

Actes : Vol. XVI 2013 328 p.

- Als G. : Sacrifier l'avenir pour préserver le présent ?
 Les impasses des finances publiques
 Elsen Ch. : Les accords de Schengen : Bilan et perspectives
 Elvinger A. : Historique et évolution du droit d'auteur au Luxembourg, avec application aux travaux de l'Institut

Hollerich J.-C.

Mgr : Le Japon : une expérience vécue

Jaans P. : L'association monétaire entre le Luxembourg et la Belgique (Contribution libre)

Prum A. : Les ambitions et défis de la faculté de droit, d'économie et de finance

Tarrach R. : Une université haut de gamme au Luxembourg : écueils, défis, stratégies

Actes : Vol. XVII 2014 368 p.

Neuen J. : Le Rire et le Droit / Le Droit et le Rire

Welch C. : What counts as evidence ?

Ehret J. : Comment et à quel prix est-il possible de « dire vrai » pour un chrétien ?, « Je suis le chemin, la vérité et la vie » (Jn 14,6)

Table Ronde : La place financière de Luxembourg – défis et perspectives

Actes : Vol. XVIII 2015 250 p.

Mersch Y. : Architecture institutionnelle de la zone euro : lacunes, réformes et défis

Molitor R. : Quelques réflexions sur la politique fiscale du Luxembourg. Les possibilités et les limites de cette politique dans le contexte économique, financier et social actuel

Zigrand J.-P. : Cinquante Nuances de Risque Systémique

Actes : Vol. XIX 2016 344 p.

Harpes J.-P. : L'étonnant parcours intellectuel de Jürgen Habermas. De la proximité au marxisme à une vigoureuse défense philosophique et sociologique aux multiples facettes de la démocratie.

Heuschling L. : De la démocratie au Luxembourg, étudiée à travers le prisme de la nature juridique du référendum de l'art. 51 ° 7 Const.

Conférence-débat sur le référendum du 7 juin 2015 :

- Wieclawski J. : L'abaissement de la majorité électorale à 16 ans.

- Heuschling L. : Le droit de vote des étrangers.

- Dormal M. : La limitation de la durée continue des mandats ministériels.

Henzig L. : Le mythe de la croissance. La croissance est-elle nécessaire et peut-elle être illimitée ?

Putz J.-L. : Relations d'emploi atypiques. Les réponses du droit du travail luxembourgeois aux formes d'emploi flexibles et précaires.

Actes : Vol. XX 2017 344 p.

Scheid J. : La gouvernance dans la Rome antique, une leçon pour la construction européenne.

Omes E. : Art et finance : Liaisons dangereuses ?

Zahlen P. : Nombres et pénombres. Les défis de la statistique au Luxembourg.

Goedert H. : 1815 – La Confédération Germanique (Der Deutsche Bund). Un nouveau port d'attache pour le Luxembourg.

Actes : Vol. XXI 2018 344 p.

Hofmann H. : Les données personnelles des Européens dans le monde digital.

Table Ronde sur la liberté d'expression :

- Campagna N. : Condamnation morale et pénale pour un acte de condamnation morale ?

- Gerkrath J. : Peut-on se moquer de tout ? L'étendue de la liberté d'expression face au sentiment religieux.

- Siweck J.-L. : Peut-on tout révéler ?

Kinsch P. : Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois.

Nosbusch Y. : L'avenir des finances publiques au Luxembourg.

Entringer H. : Extension des études universitaires de médecine au Luxembourg. Approche sociologique de la décision gouvernementale du 22 mars 2017.

B. Cahiers (ordre chronologique)

Les « Cahiers » rassemblent les communications de plusieurs membres sur un même sujet. Dans chaque Cahier les communications ont été présentées dans l'ordre alphabétique des auteurs, pour la facilité des recherches.

N° 1 La libéralisation de l'avortement

1973

Tiré à part du vol. II (pp. 45-108)

- Heiderscheid A. : Doctrine de l'Eglise et réflexions sociologiques
 Liesch L. : Législation comparée
 Prussen J. : L'avortement est-il immoral ?
 Dr Pundel P. : L'aspect médical
 Pescatore P. : Notes de réflexion sur le problème de la « libéralisation »
 Débat : Abbé P. Weber – E. Arendt – A. Heiderscheid –
 E. Muhlen – L. Liesch

N° 2 Le suicide

1979

Tiré à part du vol. III (pp. 55-135)

- Huss A. (président) : Paroles introductives
 Als G. : Le suicide au Luxembourg. Analyse statistique
 Konz F. : Le suicide dans le droit et la pratique des assurances
 Dr Muller G. : Suicides et tentatives de suicide
 Wagner E. : Recherche d'une définition.
 Aspects philosophiques et moraux

N° 3 Les étrangers et leur insertion à la collectivité luxbg. (116 p.)

1980

- Als G. : Les étrangers au Luxembourg : aspects économiques et démographiques
 Kunitzki N. : Les étrangers et leur intégration au corps social
 Olinger J. : Le statut fiscal des étrangers
 Ries A. : Les étrangers dans l'agriculture luxembourgeoise
 Ruppert Ch. : Sécurité sociale des travailleurs migrants
 Wirtgen G. : Performances scolaires des élèves étrangers et luxembourgeois
 Hemmer C. : Conclusions
 (président)

N° 4 Presse écrite et télécommunications (134 p.)

1983

- Hemmer C. (président) : Introduction
 Heiderscheid A. : L'imprimerie, la presse et l'électronique
 Neuen J. : L'évolution de la radiodiffusion au Luxembourg
 Ries A. : L'économie de la presse écrite au Luxembourg

N° 5 La liberté de la presse dans la loi luxembourgeoise (180 p.)

1985

- Bonn A. : L'abus de la liberté de la presse
 Heiderscheid A. : Considérations historiques sur la loi actuelle
 Hemmer C. : La notion de la liberté de la presse
 Huss A. : Observations particulières sur la chronique judiciaire
 Kunitzki N. : Problèmes, insuffisances, perspectives d'avenir
 Liesch L. : Liberté d'expression et droits de l'homme
 Mergen A. : Les aspects criminologiques du problème
 Ries A. : Un journaliste a-t-il le droit d'inventer des nouvelles ?
 Thiry R. : Problèmes de la responsabilité et des prescriptions

N° 6 Enseignement public et éducation morale (92 p.)

1987

- Wagner E. (président) : Introduction
 Flesch C. : L'article 48 de la loi du 10 mai 1968
 Hausemer H. : Pour une éducation morale à l'école publique
 Kremer P. et
 Schneider J.-Cl. : Pour une éducation morale autonome à l'école
 Stoffels J. : L'enseignement économique et la morale du bien
 Thiry R. : L'enseignement moral et les objections qu'il peut rencontrer
 Vax L. : Pour la neutralité de l'enseignement à l'égard des problèmes de morale
 Wagner E. : L'éducation de l'homme, personne morale
 Weber P. (abbé) : Le droit des parents et l'obligation de l'Etat concernant une formation morale dans les écoles publiques

N° 7 Commémoration Descartes (40 p.)

1988

- Kremer P. : Adieu René !
 Harpes J.-P. : ...et pourtant
 Wagner E. : Connaissance et évidence

N° 8 Réflexions sur la réforme de la constitution (132 p.)

1988

- Arendt E. : Le clair-obscur de l'art. 50 de la constitution
 Arendt E. : Origine et portée de l'art. 23 al.4 de la constitution
 Bonn A. : Faut-il procéder à une réforme globale de la constitution ?
 Elvinger A. : La constitution et le droit au juge impartial
 Hemmer C. : Intervention sur la communication de M. HUSS
 Huss A. : L'accentuation des dispositions visant le referendum
 Kauffmann J. : Observations sur les communications de MM. Elvinger, Pescatore et Thiry
 Ries A. : Enseignements à tirer de certaines constitutions étrangères
 Thiry R. : Droit de grève et liberté de travailler
 Waline J. : Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois
 Weitzel A. : La constitution et les droits fondamentaux

N° 9 Le marché unique de 1993 et ses répercussions sur le Luxembourg

Volume I (100 p.) 1989

- Wagner E. (président) : Introduction
 Braun F. : Le grand marché de 1992 au service du dév. écon. de l'Europe
 Cloos J. : Den eur. Eenheidsmaartwi de Ministerrot e gesäit
 Etienne H. : Propriété industrielle et intellectuelle dans le marché unique
 Goergen R. : L'action de la Communauté en matière fiscale
 Schaack R. : Considérations sur la dimension sociale de l'Acte unique
 Stoffels J. : L'approv. énergétique au sein du marché unique européen

Volume II (66 p.)

1990

- Etienne H. : Le marché unique et la fiscalité
 Mousel P. et Harles G. : La physionomie du droit lux. dans un marché unique
 Ries A. : 1992 oder 1991 ?
 Stoffels J. : Harmonisation de la fiscalité indirecte

N° 10 Mobilité et flexibilité dans l'économie lux. (40 p.)

1992

- Wagner E. (président) : Introduction
 Heiderscheid A. : Un cas précis : L'Imprimerie Saint-Paul
 Neuen J. : Le secteur audiovisuel (case study)
 Stoffels J. : Observations théoriques et pratiques concernant la mobilité et la flexibilité des systèmes économiques

N° 11 Le traité de Maastricht et la constitution (57 p.)

1993

- Wagner E. (président) : Introduction
 Document de travail de M^e E. Arendt
 Observations de MM. A. Bonn, L. Frieden et de M^{me} C. Flesch
 Etienne H. : Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg
 Schaack R. : *id.*

N° 12 La problématique de l'Union monétaire européenne (136 p.)

1997

- Wagner E. (président) : Introduction
 Als G. : L'union économique et monétaire
 Etienne H. : Monnaie commune et souveraineté nationale
 Flesch C. : La monnaie unique dans l'opinion publique
 Hippert P. : L'entreprise face à l'union monétaire
 Mersch Y. : Le point de vue gouvernemental sur l'union monétaire
 Schoder J.-P. : Le Lux. peut-il adhérer à l'U.M. en l'absence de la Belgique ?
 Stoffels J. : Monnaie neutre ou monnaie active ?
 VerLoren
 van Themaat P. : L'union monétaire dans la perspective d'une structure institutionnelle néoclassique
 Werner P. : Les perplexités institutionnelles de l'union européenne
 Weyland J. : Le débat sur l'UEM

N° 13 Faut-il dépénaliser l'euthanasie ? (82 p.)

2007

Rapports d'experts sur la situation légale en Allemagne, Belgique, France et aux Pays-Bas et textes législatifs

N° 13a Colloque : Euthanasie et soins palliatifs (91 p.)

2009

in : Actes Volume XII

- Harpes J-P. : Euthanasie et soins palliatifs
Une tentative de synthèse critique des communications et des débats
- Campagna N. : Alice au pays des confusions
Quelques clarifications concernant l'euthanasie
- Thill B. (Dr) : Les soins palliatifs et la malade en fin de vie
- Hausemer H. : Soins palliatifs et fin de vie
Cinq thèses philosophiques
- Etienne H. : Euthanasie et sédation terminale
- Kremer P. : L'autonomie de l'homme et l'euthanasie
- Kinsch P. : Soins palliatifs et euthanasie :
Approche juridique

Discussion

- Als G. : Euthanasie et soins palliatifs : quelques interrogations à propos du débat moral en cours

N° 14 Table ronde : Population luxembourgeoise : nationalité, intégration, langue (126 p.) 2010

in : Actes Volume XIII

- Thelen C. : Aspects économiques : une société en mouvement, une plus value pour notre économie
- Wagener M. : L'immigration et le monde du travail
- Urbé R. : Intégration et cohésion sociale
- Elvinger A. : La nationalité luxembourgeoise après la loi du 23 octobre 2008
- Als N. : Langue luxembourgeoise et cohésion du pays : les défis de l'enseignement
- Mischo J. : La langue, facteur de cohésion ou d'exclusion

Discussion**N° 15 Table ronde : Révision de la constitution : où en sommes-nous ? (112 p.)**

2011

in : Actes Volume XIV

Introduction par le président de la Section

Introduction par la présidente de la table ronde (Colette Flesch)

- Meyers P-H. : La proposition de révision : cheminement historique, objectifs et portée générale
- Gerkrath J. : La révision dans le contexte international
- Harpes J-P. : Le chapitre 2 de la révision dans une optique philosophique
- Schmit P. : Les aspects institutionnels de la révision : revalorisation du gouvernement et du parlement
- Elvinger M. : Le rôle du chef de l'Etat dans la révision

Discussion

Conclusion de la présidente

N° 16 Table ronde : La place financière de Luxembourg – défis et perspectives (152 p.)

2014

in : Actes Volume XVII

Accueil par le président de la Section et présentation des intervenants

- Georges A. : Introduction – Des places financières en général : De la « Grosse aventure » aux plates-formes électroniques
- Guill J. : Erosion de l'« avantage souverain » : dernier exemple : centralisation européenne de la surveillance des banques
- Grulms F. : L'importance du Rating du Luxembourg
- Bock G. : Le défi fiscal et budgétaire
- Elvinger A. : L'augmentation en quantité et qualité de l'infrastructure professionnelle de la place financière
- Urbé R. : Regards sur la formation
- Georges A. : « Outsourcing » : L'externalisation (ou sous-traitance) comme catalyseur du développement
- Prüm A. : Influence de l'environnement juridique sur les activités de la place financière
- Urbé R. : Le rôle des banques, privé, public, social ? Corporate governance, pour qui et par qui ?
- Elvinger M. : L'éthique de la place (philanthropie, microfinance, impact financing, crowdfunding)

- Frieden L. : Allocution présentant ses vues sur les défis et les perspectives de la place financière, à la lumière de son expérience en tant que Ministre des Finances au cours de la législature écoulée
- Grulms F. : Les banques devant l'échange automatique de renseignement
- Elvinger A. : Les fonds d'investissement : explosion des avoirs en gestion, défis et opportunité de nouveaux marchés

Discussion

Essai de conclusion par le président

C. Ouvrages spéciaux

1. Georges ALS : Essais sur quelques économistes 100 p. 1987
2. Œuvres complètes de Jules Prussen (réunies par Jean-Paul Harpes)
 - Vol. I Essais et conférences (Introduction par Hubert Hausemer, Claudine Schabo, R. Koch) 240 p. 1985
 - Vol. II Apologie du solipsisme 406 p. 1986
 - Vol. III Cours de théorie de la connaissance et de métaphysique 366 p. 1992
3. Henri ENTRINGER : Art contemporain et société postmoderne 190 p. 2004
4. Edmond WAGNER : In memoriam. Communications présentées à la Section 350 p. 2005
Préfaces de G. Als et N. Campagna
5. Henri ENTRINGER : Les défis de l'Université de Luxembourg 280 p. 2010
Préface de Rolf Tarrach, Recteur de l'U. du Luxembourg
6. Georges ALS : Hommage à Georges Als ; Communications de Georges Als à l'Institut Grand-Ducal de 1968 à 2013 2015
7. Henri ENTRINGER : Extension des études universitaires de médecine au Luxembourg ; approche sociologique de la décision gouvernementale du 22 mars 2017 2018

D. Communications des membres et invités¹ (287)

(ordre alphabétique et chronologique)
(entre parenthèses : nombre de communications)

- AHLBORN Henri (2)
 Luxembourg, ses défis en l'an 2000 in : Vol. IIIB
In memoriam : Edmond Wagner in : Vol. IX 2005
In memoriam : Paul Hippert in : Vol. XIV 2011
In memoriam : Ernest Mühlen in : Vol. XVIII 2015
- ALS Georges † (14)
 Fondements juridiques de la statistique in : Vol. I 1970
 Le chômage intellectuel in : Vol. III 1979
 Quételet, savant universel et père de la statistique moderne in : Vol. III "
 et : Essais
 Le suicide au Luxembourg in : Vol. III "
 Adam Smith, père de l'économie politique in : Essais 1976
 Les étrangers au Luxembourg in : Cahier No 3 1981
 Karl Marx et le socialisme scientifique in : Essais 1983
 Optimisme et pessimisme dans l'histoire de la pensée économique in : Essais 1986
 L'union économique et monétaire in : Cahier No 12 1997
 Dans l'intimité de Brigitte Bardot in : Vol. IV 1994
 Le duel Churchill-Hitler de 1940 in : Vol. VI 2002
 Edmond Wagner (1931-2004) in : Ouvrage 2005
 Spécial n°5
 La révolution sexuelle en Amérique (2003) in : Vol. X 2007
 Où va la Sibérie ? in : Vol. X 2007
 Euthanasie et soins palliatifs : quelques interrogations in : Vol. XII 2009
 Observations sur : La sexualité à la recherche de son principe in : Vol. XIV 2011
 Sacrifier l'avenir pour préserver le présent ? les impasses de nos finances publiques in : Vol. XVI 2013
- ALS Nicolas (1)
 Langue luxembourgeoise et cohésion du pays : défis de l'enseignement in : Vol. XIII 2010

¹ Les communications sont en règle générale reproduites dans les ouvrages sub A, B, C ci-dessus.

- ARENDT Ernest † (4)
 Origine et portée de l'art. 23 al. 4 de la Constitution in : Cahier No 8
 Considérations à propos de la réforme des études supérieures in : Vol. II
 Le clair-obscur de l'art. 50 de la Constitution in : Cahier No 8 1985
 Aspects nouveaux de la responsabilité de la puissance publique in : Vol. IIIB 1990
- BATIFFOL Henri (1)
 Conférence publique du 16.5.1979 : La jurisprudence, source de droit in : Vol. IIIA 1979
- BAULER André (1)
 Souveraineté nationale et développement écon. : le cas du Luxembourg (1815-1999) in : Vol. VI 2001
 Livre : Les fruits de la souveraineté nationale Caisse Centrale Raiffeisen (332 p.) 2002
- BAUSCH Julie-Suzanne (1)
 Réflexions sur Nietzsche et notre époque in : Vol. XV 2012
- BERLINGER Rudolf Prof. Dr. (1)
 Der Traum des Sokrates. Metaphysische Variationen zur Tonkunst in : Vol. IIIC 1991
- BIERMANN Pierre † (1)
 Nagakal : Schlangentab und Schlangenzauber im antiken Vorderen Orient in : Vol. IIIA 1981
- BOCK Georges (1)
 v. Cahier n° 16 : Table ronde sur la place financière de Luxembourg – défis et perspectives
 – Le défi fiscal et budgétaire in : Vol. XVII 2014
- BONN Alex † (3)
 Considérations sur la fonction législative du Conseil d'État in : Vol. I 1970
 Faut-il procéder à une réforme globale de la Constitution ? in : Cahier No 8 1982
 L'abus de la liberté de la presse in : Cahier No 5 1985
- BRAUN Fernand (1)
 Le marché de 1993 au service du développement économique en Europe in : Cahier No 9 1989

CALMES Christian † (1)

Le fondement historique de l'art, 23 al. 4
de la Constitution in : Vol. II 1973

CALOT Gérard † (1)

Conférence publique du 5 décembre 1995 :
Évolution démographique en Europe.
Tendances actuelles et réponses politiques non publié

CAMPAGNA Norbert (16)

Darf ein liberaler Staat
die Pornographie verbieten ? in : Vol. IIIC 1996
Démocratie, libéralisme et république in : Vol. IIIC 1998
Montesquieu, le libéralisme et la religion in : Vol. IV 1999
Une parité hommes-femmes est-elle plus
juste qu'une disparité ? in : Vol. IV 1999
Limites morales de la souveraineté nat. in : Vol. V 2000
Carl Schmitt : le juriste et la guerre in : Vol. VI 2002
Thomas Hobbes et la société libérale in : Vol. VI "
Confiance et philosophie politique in : Vol. VIII 2004
Emmanuel Kant et la morale sexuelle in : Vol. IX 2005
Le rapport entre science et métaphysique
dans la pensée d'Edmond Wagner in : Ouvrage spécial No5
Tocqueville : Religion et droit
D'un prétendu droit du coupable
à la sanction pénale in : Vol. XI 2008
Quelques clarifications concernant l'euthanasie in :
Vol. XII 2009
L'éthique de la sexualité à la recherche
de son principe in : Vol. XIV 2011
L'Islam, les lumières et la démocratie in : Vol. XV 2012
Condamnation morale et pénale pour
un acte de condamnation morale ? in : Vol. XXI 2018
« In memoriam : Jean-Paul Harpes in : Vol. XXI 2018

CLOOS Jim (2)

Den europäeschen Eenheitsmaart
wéi de Ministerrot e gesäit in : Cahier No 9 1989
Y a-t-il une gouvernance européenne ? in : Vol. XIV 2011

DORMAL Michel (1)

La limitation de la durée continue
des mandats ministériels in : Vol. XIX 2016

ECKHOUT Père Christian (2)

La Bible et l'archéologie in : Vol. XII 2009
Les textes de Qumrân in : Vol. XIII 2010

EHRET Jean (1)

Comment et à quel prix est-il possible de
« dire vrai » pour un chrétien ? « Je suis le chemin,
la vérité et la vie » (Jn 14,6) in : Vol. XVII 2014

ELSEN Charles (1)

Les accords de Schengen : Bilan et perspectives in : Vol. XVI 2013

ELVINGER André (16)

L'obligation convertible et l'emprunt
subordonné in : Vol. II 1973
Tendances actuelles du droit
de la concurrence in : Vol. IIIA 1980
La Constitution et le droit au juge impartial in : Cahier No 8 1980
Le secret professionnel dans l'actualité 1991
Droit fiscal et confiance in : Vol. VIII 2004
Le Juge à l'école ou : Der Richter und
sem D(H)enker in : Vol. IX 2005
La nationalité luxembourgeoise après
la loi du 23.10.2008 in : Vol. XIII (table ronde)
Le triomphe du droit et des droits
fondamentaux : l'affaire KB in : Vol. XV 2012
Historique et évolution du droit d'auteur
à Luxembourg in : Vol. XVI 2013
v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière
de Luxembourg – défis et perspectives
– L'augmentation en quantité et qualité de l'infrastructure
professionnelle de la place financière
– Les fonds d'investissement :
explosion des avoirs en gestion, défis et
opportunité de nouveaux marchés in : Vol. XVII 2014
Hommage à Georges Als in : Vol. XVIII 2015
In memoriam : Guy Schuller in : Vol. XVIII 2015
In memoriam : Pierre Jaans in : Vol. XVIII 2015
In memoriam : Jean Mischo in : Vol. XX 2017
In memoriam : Jean-Paul Harpes in : Vol. XXI 2018

ELVINGER Marc (3)

De la difficulté à amener ceux qui font

- les lois à les respecter in : Vol. XII 2009
 v. Cahier n°15 : Table ronde sur la révision
 de la constitution in : Vol. XIV 2011
 v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière
 de Luxembourg – défis et perspectives
 – L'éthique de la place (philanthropie, microfinance,
impact financing, crowdfunding) in : Vol. XVII 2014
- ENTRINGER Henri (3) + 4 livres
 Présence de ressortissants luxembourgeois
 à la Commission Européenne in : Vol. IIIC 1994
 La présence européenne à Luxembourg
 p.m. (Éd. des Cahiers lux., 238 p.) 1997
 Le principe de confiance dans la théorie et
 la pratique du management in : Vol. VIII 2004
 Observations sur « Économie politique et
 confiance » de Guy Schuller in : Vol. VIII " 2004
 p.m. Art contemporain et société postmoderne Livre 2004
 Les défis de l'Université du Luxembourg in : Ouvrages
 Spéciaux n°6 2010
- Extension des études universitaires
 de médecine au Luxembourg in : Ouvrages
 Spéciaux n°7 2018
- ERGEC v. PRUM
- ETIENNE Henri (4)
 La propriété industrielle et intellectuelle
 dans le cadre du Marché unique in : Cahier No 9 1989
 Le Marché unique et la fiscalité in : Cahier No 9 1990
 Monnaie commune et souveraineté nationale in : Cahier No 12 1997
 Euthanasie et sédation terminale in : Vol. XII 2009
- FEYDER Nadine (1)
 L'intervention des N.U. au Congo in : Vol. XIV 2011
- FLESCHE Colette (3)
 L'article 48 de la loi du 10 mai 1968
 portant réforme de l'enseignement secondaire in : Cahier No 6 1987
 La monnaie unique dans l'opinion publ. in : Cahier No 12 1997
 v. Cahier n°15 : Table ronde sur la révision de la
 Constitution : où en sommes-nous ? in : Vol. XIV 2011
- FRIEDEN Luc (2)
 Le rôle de l'Etat luxembourgeois

- au xxe siècle in : Vol. XII 2009
 v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière
 de Luxembourg – défis et perspectives
 – Allocution présentant ses vues sur les défis et
 les perspectives de la place financière, à la lumière
 de son expérience en tant que Ministre des Finances
 au cours de la législature écoulée in : Vol. XVII 2014
- GARAPON Antoine (1)
 La justice pénale internationale in : Vol. VII 2003
- GEORGES Alain (1)
 v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière
 de Luxembourg – défis et perspectives
 – Introduction – Des places financières en général :
 De la « Grosse Aventure » aux plates-formes électroniques
 – « Outsourcing » : L'externalisation (ou sous-traitance)
 comme catalyseur du développement in : Vol. XVII 2014
- GERKRATH Jörg (2)
 v. Cahier n°15 : Table ronde sur la révision
 de la constitution in : Vol. XIV 2011
 Peut-on se moquer de tout ? L'étendue
 de la liberté d'expression face au sentiment
 religieux. in : Vol. XXI 2018
- GOEDERT Georges (4)
 Nietzsche : son aspiration à un idéal
 surhumain in : Vol. III 1979
 Schopenhauers Willensmetaphysik u.
 Mitleidsethik in : Vol. IIIB 1989
 Nietzsche philosophe « inactuel » in : Vol. V 2000
 Schopenhauer : Vorstufen
 der Willensverneinung in : Vol. XIV 2011
- GOEDERT Henri (2)
 La chute du gouv. de la Fontaine en 1848 in : Vol. VIII 2004
 1815 – La Confédération Germanique (Der Deutsche Bund).
 Un nouveau port d'attache pour le Luxembourg in : Vol. XX 2017
- GOERGEN Robert (1)
 L'action de la Communauté en matière fiscale in : Cahier No 9 1989

GREISCH Jean (1)

Horror religiosus : l'âpre goût de l'absolu
et le problème de la tolérance in : Vol. IX 2005

GRULMS Fernand (1)

v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière
de Luxembourg – défis et perspectives
– L'importance du Rating du Luxembourg
– Les banques devant l'échange automatique
de renseignement in : Vol. XVII 2014

GUILL Jean (1)

v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière
de Luxembourg – défis et perspectives
– Erosion de l'« avantage souverain » :
dernier exemple : centralisation européenne
de la surveillance des banques in : Vol. XVII 2014

HARLES v. MOUSEL (1)

HARPES Jean-Paul † (13)

250e anniversaire de la naissance de Kant in : Vol. III 1979
A. Smith philosophe : Sympathie et éthique in : Vol. III " "
Wittgenstein : Philosophie et langage in : Vol. IIIA 1980
p.m. : Édition des œuvres de J. Prussen
1985-86

La méthode dialectique de Marx à l'époque
de la genèse du Capital in : Vol. IIIB 1986

R. Descartes : ... et pourtant ... in : Cahier No 7 1988

Il faudra, tout de même, une université
à Luxembourg in : Vol. IIIC 1992

Les comités d'éthique in : Vol. X 2007

Introduction au Colloque sur l'euthanasie in : Vol. XII 2009

v. Cahier n°15 : Table ronde sur la révision
de la constitution in : Vol. XIV 2011

L'anthropologie structurale de
Claude Lévi-Strauss in : Vol. XV 2012

Hommage à Georges Als in : Vol. XVIII 2015

L'étonnant parcours intellectuel
de Jürgen Habermas. De la proximité
au marxisme à une vigoureuse défense
philosophique et sociologique aux multiples
facettes de la démocratie in : Vol. XIX 2016

HAUSEMER Hubert (8)

La philosophie personaliste de Karol Wojtyła in : Vol. IIIB 1986

Pour une éducation morale à l'école publique in : Cahier No 6 1987

Qu'est-ce qu'une personne ?

E. Mounier 1905-1950 in : Vol. IIIC 1994

Religion et confiance in : Vol. VIII 2004

Science et foi chez Teilhard de Chardin in : Vol. X 2007

Athéisme et problème du mal in : Vol. XI 2008

Soins palliatifs et fin de vie : 5 thèses in : Vol. XII 2009

Lessings Ringparabel : ein praktikables

Modell für Religionsfrieden ? in : Vol. XIV 2011

HEIDERSCHIED André (5)

Avortement : Doctrine de l'Église in : Vol. II 1973

Particularités de la presse luxembourgeoise in : Vol. IIIA 1980

Considérations hist. sur la loi de la presse in : Cahier No 5 1985

Mobilité et flexibilité : le cas de

l'Imprimerie Saint-Paul in : Cahier No 10 1992

L'imprimerie, la presse et l'électronique in : Cahier No 4 1993

HEMMER Carlo † (3)

Économie et écologie in : Vol. III 1979

Insertion des étrangers : Conclusions

du prés. in : Cahier No 3 1981

La notion de liberté de la presse in : Cahier No 5 1985

HENZIG Luc (1)

Le mythe de la croissance. La croissance

est-elle nécessaire et peut-elle être illimitée ? in : Vol. XIX 2016

HEUSCHLING Luc (2)

De la démocratie au Luxembourg, étudiée

à travers le prisme de la nature juridique

du référendum de l'art. 51 ° 7 Const. in : Vol. XIX 2016

Le droit de vote des étrangers in : Vol. XIX 2016

HIPPERT Paul † (1)

L'entreprise face à l'Union monétaire in : Cahier No 12 1997

HOFMANN Herwig (1) :

Les données personnelles des Européens

dans le monde digital. in : Vol. XXI 2018

HOLLERICH Jean-Claude Mgr. (1)

Le Japon : une expérience vécue in : Vol. XVI 2013

- HUSS Alphonse † (4)
 Le suicide. Introduction in : Vol. III 1979
 Louis Marchand, Écrivain luxembourgeois in : Vol. IIIA 1983
 Observations sur la chronique (judiciaire) in : Cahier No 5 1985
 L'accentuation des dispositions constitutionnelles visant le référendum in : Cahier No 8 1988
- JAANS Pierre † (1)
 L'association monétaire entre le Luxembourg et la Belgique in : Vol. XVI 2013
- JUNCKER Jean-Claude (1)
 La gouvernance économique dans la zone Euro in : Vol. XV 2012
- KAUFFMAN Joseph † (1)
 Les données actuelles de la politique fiscale in : Vol. II 1973
- KIEFFER Robert (1)
 L'avenir de nos pensions in : Vol. XVI 2013
- KINSCH Patrick (3)
 Probabilité et certitude dans la preuve en justice in : Vol. XII 2009
 Soins palliatifs et euthanasie : approche juridique in : Vol. XII 2009
 Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois in : Vol. XXI 2018
- KONZ Fred † (1)
 Le suicide dans le droit des assurances in : Vol. III 1979
- KREMER Paul (9)
 La conception du langage d'après Foucault in : Vol. IIIA 1981
 Hegels Kritik der moralischen Weltanschauung in : Vol. IIIA 1983
 Pour une éducation morale autonome à l'école (avec J.Cl. Schneider) in : Cahier No 6 1987
 Das gute Gewissen und das Böse in : Vol. IIIB 1984
 Adieu René ! (Descartes) in : Cahier No 7 1988
 Seelenwanderung und Ich-Analyse in : Vol. IIIC 1996
 Hello Dolly in : Vol. IV 1999
 La fin de l'homme in : Vol. X 2007
 L'autonomie de l'homme et l'euthanasie in : Vol. XII 2009
- KUNITZKI Norbert von † (3)
 L'indexation des revenus : système généralisé ou mesure d'urgence in : Vol. III 1979
 Les étrangers et leur insertion au corps

- social luxembourgeois in : Cahier No 3 1981
 La liberté de la presse dans la loi lux. in : Cahier No 5 1985
- LESOURNE Jacques
 Conférence publique du 9 mars 1988 (20e anniversaire de la Section)
 L'économie européenne dans un monde d'incertitudes in : Vol. IIIB 1988
- LIESCH Léon † (2)
 Libéralisation de l'avortement ? in : Vol. II 1973
 Liberté d'expression en société démocratique et droits de l'homme in : Cahier No 5 1985
- LOESCH Jacques (1)
 Quels avocats avons-nous ? in : Vol. XIII 2010
- MART Marcel (1)
 Hommage à Georges Als in : Vol. XVIII 2015
- MERGEN Armand † (1)
 Liberté de la presse : aspects criminologiques in : Cahier No 5 1985
- MERSCH Yves (1)
 Le point de vue gouvernemental sur l'Union monétaire in : Cahier No 12 1997
 Architecture institutionnelle de la zone euro : lacunes, réformes et défis in : Vol. XVIII 2015
- MEYERS Paul-Henri (1)
 v. Cahier n°15 : Table ronde sur la révision de la constitution in : Vol. XIV 2011
- MISCHO Jean † (4)
 Le projet d'une constitution pour l'Europe in : Vol. IX 2005
 Paramètres d'une solution du conflit israélo-palestinien in : Vol. X 2007
 La candidature de la Turquie et la question des limites de l'Union européenne in : Vol. XIII 2010
 Langue luxembourgeoise : facteur de cohésion et d'exclusion in : Vol. XIII (table ronde)
- MOUSEL Paul et HARLES Guy (1)
 Droit luxembourgeois et marché unique in : Cahier No 9 1990
- MOLITOR Roger
 Quelques réflexions sur la politique fiscale

- du Luxembourg. Les possibilités et les limites de cette politique dans le contexte économique, financier et social actuel in : Vol. XVIII 2015
- MUHLEN Ernest † (3)
Possibilités et limites d'une politique de revenus au Luxembourg in : Vol. I 1970
L'union douanière dans la théorie écon. in : Vol. I "
- La conversion d'une économie planifiée en économie de marché. Théorie et réalités 1998
- MULLER Georges Dr † (1)
Suicide et tentative de suicide in : Vol. III 1979
- NEUEN Jacques (4)
L'évolution de la radiodiffusion au G.-D. in : Cahier No 4 1983
Médiapolis ou Thémis au pays des merveilles in : Vol. IIIC 1991
Mobilité et flexibilité : Secteur audiovisuel in : Cahier No 10 1992
Le Rire et le Droit / Le Droit et le Rire in : Vol. XVII 2014
- NOSBUSCH Yves (1) :
L'avenir des finances publiques au Luxembourg. in : Vol. XXI 2018
- OLINGER Jean † (1)
Le statut fiscal des étrangers in : Cahier No 3 1981
Réflexions à propos des dépenses fiscales 1991
- OMES Elisabeth (1)
Art et finance : Liaisons dangereuses ? in : Vol. XX 2017
- PECCEI Aurelio (Fondateur du Club de Rome) †
Résumé de la conférence publique du 14.2.1977
Quels horizons pour l'humanité ? Les alternatives du futur selon le Club de Rome) in : Vol. III 1979
- PESCATORE Pierre † (6)
La protection des droits de l'homme dans l'intégration européenne in : Vol. I 1970
Note de réflexion sur l'avortement in : Vol. II 1973
À la recherche d'un partage des rôles entre le niveau communautaire et le niveau national : le principe de subsidiarité peut-il aider à la délimitation des compétences ? 1997
Lecture critique de l'encyclique « Fides et ratio » in : Vol. V 2000

- La philosophie du droit au tournant du millénaire : Problèmes, essais de solution in : Vol. VII 2003
La séparation des pouvoirs et l'office du juge, de Montesquieu à Portalis in : Vol. IX 2005
- PRUM André et ERGEC Rusen (3)
La liberté académique et ses problèmes in : Vol. XIII 2010
Les ambitions et défis de la Faculté de droit, d'économie et de finance in : Vol. XVI 2013
v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière de Luxembourg – défis et perspectives
– Influence de l'environnement juridique sur les activités de la place financière in : Vol. XVII 2014
- PRUSSEN Jules † (2)
Fatalisme et logique in : Vol. I 1970
L'avortement est-il immoral ? in : Vol. II 1973
(v. ég. C : Ouvrages spéciaux)
- PUNDEL Paul, Dr. † (1)
L'aspect médical de l'avortement in : Vol. II 1973
- PUTZ Jean-Luc (1)
Relations d'emploi atypiques. Les réponses du droit du travail luxembourgeois aux formes d'emploi flexibles et précaires. in : Vol. XIX 2016
- RAVARANI Georges (1)
Quel(s) juge(s) voulons-nous ? in : Vol. XI 2008
- RIES Adrien † (9)
Le Zollvereinrebours in : Vol. IIIA 1979
Les étrangers dans l'agriculture lux. in : Cahier No 3 1981
L'économie de la presse écrite au Luxbg in : Cahier No 4 1983
Case study : un journaliste a-t-il le droit d'inventer des nouvelles ? in : Cahier No 5 1985
L'agriculture lux. à l'orée du xxie siècle in : Vol. IIIB 1986
**ai prié pour vous à Compostelle in : Vol. IIIB 1988
Marché unique : 1992 ou 2091 ? in : Cahier No 9 1990
Enseignements à tirer de certaines constitutions étrangères lors de la révision de la constitution lux. 1988, 1992 ou 2091 ? in : Cahier No 8 1990
Mobilité a Flexibilité an der Lëtzeburger Ekonomie – De Staatsbeamtestaat –

Eis Sprooch(en)	in : Vol. IIIC	1990
ROMMES Jean-Jacques (1) Finance et éthique	in : Vol. XIII	2010
RUPPERT Charles (1) Sécurité sociale des travailleurs migrants	in : Cahier No 3	1981
SCHAACK Robert † (2) Réflexions sur la politique sociale Dimension sociale de l'Acte unique	in : Vol. II in : Cahier No 9	1973 1989
SCHEID John (1) La gouvernance dans la Rome antique, une leçon pour la construction européenne.	in : Vol. XX	2017
SCHMIT Paul (1) v. Cahier n°15 : Table ronde sur la révision de la constitution	in : Vol. XIV	2011
SCHNEIDER Jean Claude v. KREMER Paul		
SCHODER Jean-Pierre (1) Le Luxembourg peut-il adhérer à l'Union monétaire eur. en l'absence de la Belgique ?	in : Cahier No 12	1997
SCHULLER Guy † (5) Les relations économiques extérieures de l'U.E. L'économie de très petit espace face à la globalisation Économie et bonheur Économie politique et confiance La réémergence de la Chine	1997 in : Vol. V in : Vol. VII in : Vol. VIII in : Vol. X	2000 2003 2004 2007
SITTER-LIVER Beat (2) Würde der Kreatur – Ein Grenzbegriff Albert Schweitzer : Bioethik	in : Vol. IV in : Vol. XI	1999 2008
SIWECK Jean-Lou (1) Le défi énergétique vu du Luxembourg	in : Vol. XIII	2010
SPELLER Jules (1) Pour comprendre le procès de Galilée (1633)	in : Vol. IX	2005
SPIELMANN Dean (1) La Cour européenne des droits de l'Homme		

et la marge d'appréciation nationale	in : Vol. XIII	2010
STEICHEN Alain (2) La légitimité des droits de succession v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière de Luxembourg – défis et perspectives	in : Vol. XI in : Vol. XVII	2008 2014
STEIWER Jacques (1) La démocratie en question	in : Vol. XI	2008
STOFFELS Jules † (10) La régulation de la population et le problème démographique L'économie énergétique et l'intégration eur. La mutation nécessaire des petites et moyennes entreprises luxembourgeoises Renforcer l'approvisionnement énergétique par la coopération est-ouest L'enseignement économique et la morale du bien Approvisionnement énergétique au sein du Marché unique « européen » Traité de Rome, Acte unique et harmonisation de la fiscalité indirecte Mobilité et flexibilité : observations théor. Monnaie neutre ou monnaie active ? (UME) Le social, une entrave au progrès économique ?	in : Vol. II in : Vol. III in : Vol. IIIA in : Vol. IIIB in : Cahier No 6 in : Cahier No 9 in : Cahier No 9 in : Cahier No 10 in : Cahier No 12 in : Vol. IV	1973 1973 1984 1986 1987 1989 1990 1992 1997 1999
THEIS Robert (1) Religion im Denken der deutschen Aufklärung	in : Vol. XII	2009
THELEN Carlo (2) Société en mouvement, une plus-value pour l'économie Recherche et innovation – un état des lieux	in : Vol. XIII in : Vol. XV	2010 2012
THILL André (1) La lutte contre la pauvreté	in : Vol. IIIB	1988
THILL Bernard Dr. (1) Les soins palliatifs et le malade en fin de vie	in : Vol. XII	2009
THIRY Roger † (3) L'enseignement moral et les objections qu'il peut rencontrer	in : Cahier No 6	1987

- Les prescriptions en matière de délits de presse in : Cahier No 5 1985
 Droit de grève et liberté de travailler in : Cahier No 8 1988
- TARRACH Rolf (2)
 En attendant Belval in : Vol. X 2007
 Une université haut de gamme au Luxembourg : écueils, défis, stratégies in : Vol. XVI 2013
- TRAUSCH Gérard (6)
 Relations entre le développement et les structures scolaires in : Vol. VI 2002
 La triple ouverture du Luxembourg in : Vol. VI "
 L'immigration au Luxembourg : réflexions in : Vol. VI "
 Les 400 ans de l'Athénée de Luxembourg in : Vol. VII 2003
 Démographie, famille et confiance au Luxembourg in : Vol. VIII 2004
 Création d'une fonction publique moderne in : Vol. IX 2005
- URBÉ Robert (2)
 Intégration et cohésion sociale in : Vol. XIII 2010
 v. Cahier n°16 : Table ronde sur la place financière de Luxembourg – défis et perspectives
 – Regards sur la formation
 – Le rôle des banques, privé, public, social ?
 Corporate governance, pour qui et par qui ? in : Vol. XVII 2014
- VAX Louis (2)
 Pour la neutralité de l'enseignement à l'égard des problèmes de morale in : Cahier No 6 1987
 Daimons de Ronsard et diables de Bodin in : Vol. V 2000
- VERLOREN van THEMAAT Pieter † (1)
 L'union monétaire dans la perspective d'une structure institutionnelle néoclassique in : Cahier No 12 1997
- WAGENER Marco (2)
 La fin du travail in : Vol. XI 2008
 L'immigration et le monde du travail in : Vol. XIII (table ronde)
- WAGNER Edmond † (v. Ouvrage spécial No 5) (15)
 Le suicide – Aspects philosophiques et moraux 1979
 Théories biologiques et théories cognitives 1980
 La théorie évolutionniste de la connaissance 1984
 Le roseau pensant dans l'univers en évolution 1984

- L'éducation de l'homme, personne morale en vertu de sa constitution cérébrale 1987
 Science et responsabilité en biologie 1987
 Connaissance et évidence in : Cahier No 7 1988
 La procréation artificielle : aspects juridiques et éthiques 1991
 Humanisme et pensée scientifique 1994
 L'école face aux multiples chocs des valeurs dans la société actuelle 1995
 L'Union économique et monétaire européenne 1997
 Génotechnologie, identité personnelle et intégrité physique
 Problèmes éthiques du clonage in : Vol. IV 1999
 Science (physique, chimie, biologie, médecine, applications) et responsabilité p.m. Introductions aux volumes collectifs in : Vol. IV "
 L'origine et l'avenir de l'univers in : Vol. VI 2002
 Science et confiance in : Vol. VIII 2004
- WAGNER Numa (1)
 Évolution du droit de la responsabilité civile in : Vol. IIIA 1980
- WALINE Jean
 Conférence publique du 5.2.1987 :
 Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois in : Cahier No 8 1988
- WEBER Paul † (1)
 Droit des parents et obligation de l'État conc. une formation morale dans les écoles publiques in : Cahier No 6 1987
- WEBER Raymond (1)
 La coopération au développement in : Vol. XI 2008
- WEITZEL Albert † (1)
 La Constitution et les droits fondamentaux in : Cahier No 8 1988
- WELCH Cyril (1)
 What counts as evidence ? in : Vol. XVII 2014
- WERNER Pierre † (1)
 Les perplexités institutionnelles de l'Union européenne in : Cahier No 12 1997

- WEYLAND Joseph (1)
Le débat sur l'UEM in : Cahier No 12 1997
- WIECLAWSKI Julie (1)
L'abaissement de la majorité électorale à 16 ans in : Vol. XIX 2016
- WIRTGEN Georges (1)
Performances scolaires des élèves étrangers
et luxembourgeois in : Cahier No 3 1981
- ZAHLEN Paul (1)
Nombres et pénombres.
Les défis de la statistique au Luxembourg. in : Vol. XX 2017
- ZIGRAND Jean-Pierre (1)
Cinquante Nuances de Risque Systémique in : Vol. XVIII 2015

E. Conférences publiques par des personnalités étrangères organisées par la Section

Date	Conférences	Circonstances (Sujet : v. liste ci-dessus)
14.2.1977	Aurelio PECCEI	Fondateur du Club de Rome Conférence honorée de la présence du Grand-Duc et de la Grande-Duchesse Quels horizons pour l'humanité ?
16.5.1979	Henri BATIFFOL	Professeur de droit réputé La jurisprudence, source de droit
4.2.1985	Gérard CALOT	Auteur du rapport Calot sur la démographie du Luxembourg (1978) Evolution démographique en Europe et réponses politiques
5.2.1987	Jean WALINE	Sujet d'actualité : Projet de création d'une Cour constitutionnelle Le contrôle international de la constitutionnalité des lois
9.3.1988	Jacques LESOURNE	20 ^e anniversaire de la Section L'économie européenne dans un monde d'incertitude

F. Éloges funèbres

de Actes	par	in :
Als Georges	A. Elvinger, M. Mart et J.P. Harpes	XVIII
Anders Jérôme	G. Als	IV
Arendt Ernest	G. Als	VII
Bonn Alex	A. Elvinger	XII
Calot Gérard	G. Als	VI
Delvaux Bernard	A. Huss	II
Faber Georges	E. Wagner	IV
Goerens François	G. Als	IV
Harpes Jean-Paul	N. Campagna	XXI
Harpes Jean-Paul	A. Elvinger	XXI
Heiderscheid Robert	A. Elvinger	IV

Hemmer Carlo	E. Wagner	IV
Hippert Paul	H. Ahlborn	XIV
Huss Alphonse	E. Wagner	IV
Jaans Pierre	A. Elvinger	XVIII
Jeschek Hans-Heinrich	A. Elvinger	XIII
Kauffmann Joseph	E. Wagner	IV
Kriepps Robert	E. Wagner	IV
Levasseur Georges	G. Als	IX
Legros Robert	F. Rigaux	X
Liesch Léon	G. Als	IV
Maul Roger	G. Als	IV
Mergen Armand	G. Als	IV
Mischo Jean	A. Elvinger	XX
Mores Edouard	J-P Harpes	XII
Mühlen Ernest	H. Ahlborn	XVIII
Olinger Jean	G. Als	V
Pescatore Pierre	A. Elvinger	XIV
Pierre Jaans	A. Elvinger	XVIII
Prussen Jules	A. Huss et E. Wagner	III
Rasquin Gérard	J. Loesch	XVI
Rau Fernand	G. Als	IV
Reding Marcel	G. Als	IV
Ries Adrien	E. Wagner	IV
Schaack Robert	H. Etienne	XIV
Schaber Gaston	J.P. Harpes	XIV
Schiltz Louis	A. Elvinger	X
Schroeder Paul	E. Wagner	V
Schuller Guy	A. Elvinger	XVIII
Schwall-Lacroix Annette	A. Elvinger	XVI
Simon Armand	G. Als	IV
Stoffels Jules	G. Als	XVI
Thiry Roger	A. Elvinger	V
Thorn Gaston	A. Elvinger	XI
VerLoren van Themaat Pieter	G. Als	IX
Wagner Edmond	G. Als (H. Ahlborn, H. Entringer)	IX
Weitzel Albert	G. Ravarani	XIV
Welter Felix	E. Wagner	IV
Werner Pierre	E. Wagner	VII
Wurth Marcel	A. Huss	II
Zahlen Jean-Pierre	E. Wagner	IV

VI. ORGANISATION DE L'INSTITUT GRAND-DUCAL ET DE SES SECTIONS

Historique

L'Institut Grand-Ducal fut créé par Arrêté royal Grand-Ducal du 24 octobre 1868. Il comprenait alors trois sections issues de « sociétés savantes » existantes, celles des sciences historiques, des sciences naturelles et des sciences médicales. S'y ajoutèrent au XXe siècle la section de linguistique, de folklore et de toponymie et celle des arts et des lettres. La 6e section, celle des sciences morales et politiques, fut créée par règlement ministériel du 23 novembre 1966. Elle est donc la plus jeune partie de cet organisme intellectuel et culturel.

C'est par modestie que les départements de l'Institut ont été appelés « sections » et non pas « académies », comme tel est le cas à l'étranger.

Toutes les sections se sont signalées par une remarquable présence intellectuelle dans leur domaine et se sont efforcées de fournir des contributions de qualité. Certes, comme l'a souligné M. Alphonse Huss, premier président de la section des sciences morales et politiques, dans son allocution inaugurale du 24 octobre 1967, *« nous n'entendons pas hisser nos modestes efforts à la hauteur qui est marquée, à l'étranger, par des compagnies de grand prestige et dont les membres, en style élevé, sont parfois taxés d'immortalité. Mais, si le Grand-Duché ne sait guère mettre sur pied, dans les différents domaines du savoir humain, des institutions pouvant se mesurer avec celles des grands pays, du moins se reconnaît-il le droit et s'imposera-t-il même le devoir de consacrer à des réalisations, dans ces mêmes domaines, des forces et moyens en proportion avec son importance territoriale et démographique »*.

Un nouveau départ

Après des débuts prometteurs durant les années qui avaient suivi la création de l'Institut Grand-Ducal en 1868, les dispositions du Règlement organique concernant la tenue annuelle d'une assemblée générale extraordinaire et la désignation du président et du secrétaire général de l'Institut Grand-Ducal avaient été oubliées durant de longues années. C'est sur l'initiative de la Section des sciences morales et politiques que, depuis 2011 et à la suite de réunions intersections, des assemblées générales ont à nouveau été tenues régulièrement, entre autres pour l'élection du président et du secrétaire général de l'Institut dans l'ordre chronologique prévu par le Règlement organique. Ainsi ont été successivement nommés à la présidence, les

présidents et secrétaires de la Section historique, de la Section des sciences naturelles, physiques et mathématiques, de la Section médicale, de la Section de linguistique, d'ethnologie et d'onomastique, de la Section des arts et des lettres et de la Section des sciences morales et politiques. L'assemblée générale qui s'est tenue le 6 décembre 2017 a élu président Monsieur Paul Dostert et secrétaire général Monsieur Guy Thewes, respectivement président et secrétaire de la Section historique. Surtout, et au-delà, depuis 2011, une collaboration réelle a été progressivement établie entre les six Sections.

En même temps, il s'est avéré indispensable d'adapter le Règlement de 1868 aux données actuelles. Toujours sur l'initiative de la Section des sciences morales et politiques, un projet de loi fut élaboré, discuté avec les autres Sections et soumis comme proposition de projet de loi au Ministère de la Culture. Après une série de modifications proposées à l'intérieur de l'Institut Grand-Ducal et par les juristes du Ministère de la Culture, ce texte bien accueilli par M. le Secrétaire général à la Culture et devint le projet de loi 7021 « concernant l'Institut Grand-Ducal et abrogeant l'arrêté royal grand-ducal du 24 octobre 1868 », déposé le 27 juillet 2016. Après avoir reçu l'avis du Conseil d'Etat qui aboutit à d'utiles simplifications, le projet obtint, avec une rapidité dont il convient de se féliciter, l'assentiment de la Chambre des Députés et devint ainsi la loi du 21 décembre 2017 concernant l'Institut Grand-Ducal, publiée au Journal officiel du 22 décembre 2017 avec un règlement grand-ducal relatif aux modalités d'administration de l'Institut.

Cette loi confirme, à l'instar des régimes comparables en France et en Belgique, le caractère académique de l'Institut et son indépendance. Elle reconnaît la personnalité juridique de l'Institut Grand-Ducal et des Sections, importante tant sur le plan matériel de la détention des biens de l'Institut et des Sections que pour la protection des droits intellectuels attachés à leurs publications.

L'organisation de l'Institut fera un pas en avant de plus lorsqu'il bénéficiera enfin de ses propres lieux de travail. A la suite de la loi du 18 avril 2013 relative à la construction d'une nouvelle Bibliothèque Nationale, le bâtiment en cours de construction de la nouvelle bibliothèque accueillera, dans des lieux déjà précisés, des salles de réunion, de travail et les emplacements de bibliothèque et d'archives, et ce dans le cadre d'une collabo-

ration heureuse avec la Bibliothèque Nationale et de sa directrice Mme Monique Kieffer, elle-même membre de la Section historique de l'Institut.

Sites internet

L'Institut Grand-Ducal dispose d'un site internet sous l'adresse www.igd.lu qui outre une présentation générale contient des liens vers les sites de ses six sections.

L'adresse internet directe du site internet de la section des sciences morales et politiques est : www.igd-smp.lu

Le lecteur y trouvera le sommaire des Actes, des Cahiers et des ouvrages spéciaux publiés par la section ainsi que des informations sur ses activités futures et son organisation.

Le site est en cours de refonte et une solution pour publier le texte intégral des publications sur internet est à l'étude.

Adresses et administration des Sections

Créé voilà plus d'un siècle – en 1868 – l'Institut vit encore – mais cela va changer très prochainement avec l'installation au sein du nouveau bâtiment de la Bibliothèque Nationale – dans le provisoire. Seule la section de linguistique possède un siège, avec secrétariat et bibliothèque, au 2a rue Kalchesbruck, L-1852 Luxembourg – la section des sciences naturelles y disposant également d'un bureau. Plusieurs sections ont leur siège administratif, voire leur bibliothèque ou leurs archives, au domicile du président ou du secrétaire. Ainsi s'explique la liste d'adresses ci-après.

1. Section historique

Président : M. Paul Dostert
18, rue Schrobilgen, L-2526 Luxembourg
Courriel : paul.dostert@cnr.etat.lu

Secrétaire : M. Guy Thewes
Musée d'Histoire de la Ville de Luxembourg
14, rue du St-Esprit, L-2090 Luxembourg
Courriel : g.thewes@musee-hist.lu

2. Section des sciences naturelles, physiques et mathématiques

Président : M. Pierre Seck
162a, avenue de la Faïencerie, L-1511 Luxembourg
Courriel : pierre.seck@uni.lu

Secrétaire : M. Laurent Pfister
162a, avenue de la Faïencerie, L-1511 Luxembourg
Courriel : laurent.pfister@list.lu

3. Section des sciences médicales

Président : Dr. Mario Dicato
Centre Hospitalier de Luxembourg
4, rue Barblé, L-1210 Luxembourg

Secrétaire : Dr. Marc Keipes
Clinique Ste-Zithe, L-2763 Luxembourg

4. Section de linguistique, d'ethnologie et d'onomastique

Siège : 2a, rue Kalchesbruck, L-1852 Luxembourg

Président : M. Jean Ensich

Secrétaire : M. Alexandre Ecker
Courriel : sekretariat@igd-leo.lu
Tél. : 247-88640

5. Section des arts et des lettres

Président : M. Lucien Kayser
11, rue Lemire, L-1927 Luxembourg
Courriel : lucien.kayser@gmail.com

Secrétaire : M. Edmond Thill
27, rue Henri Lamormesnil, L-1915 Luxembourg
Courriel : thilledmond@gmail.com

6. Section des sciences morales et politiques

Président : M. André Prüm
41, allée Saint-Hubert, L-8138 Bridel
Courriel : andre.prum@uni.lu

Secrétaire
général : M. André Elvinger
174, avenue de la Faïencerie, L-1511 Luxembourg
Courriel : andreelvinger@elvingerhoss.lu

VII. LÉGISLATION CONCERNANT L'INSTITUT ET LA SECTION DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

1. LEGISLATION EN VIGUEUR JUSQU'A L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 21 DECEMBRE 2017

**ARRETE ROYAL GRAND-DUCAL DU 24 OCTOBRE 1868,
PORTANT APPROBATION DU REGLEMENT POUR L'INSTITUT
ROYAL GRAND-DUCAL DE LUXEMBOURG**

Nous, GUILLAUME III, par la grâce de Dieu, Roi des Pays-Bas, Prince d'Orange-Nassau, Grand-Duc de Luxembourg, etc., etc. ;

Vu le règlement organique proposé par la société des anciens monuments, par la société des sciences naturelles et par celle des sciences médicales, pour l'Institut royal grand-ducal de Luxembourg ;

Sur le rapport de Notre Directeur-général des finances et vu la délibération du Gouvernement réuni en conseil ;

Avons arrêté et arrêtons :

Art. 1^{er}

Le règlement susmentionné, tel qu'il est annexé au présent arrêté, est approuvé.

Art. 2

Notre Directeur-général des finances est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Luxembourg, le 24 octobre 1868.

Pour le Roi Grand-Duc :
Son Lieutenant-Représentant
dans le Grand-Duché,
HENRI,
PRINCE DES PAYS-BAS.

Pour le Prince :
Le Directeur-général des finances,
de COLNET-D'HUART

Le Secrétaire,
G. d'OLIMART

INSTITUT ROYAL GRAND-DUCAL DE LUXEMBOURG

REGLEMENT ORGANIQUE (24.10.1868)

1. Composition et but de l'Institut

Art. 1^{er}

Il est établi à Luxembourg une société ayant pour but de cultiver les sciences, les lettres et les beaux-arts.

Cette société prend le nom d'Institut royal grand-ducal, et se compose actuellement des trois sociétés déjà existantes : de la société archéologique, de la société des sciences naturelles et de celle des sciences médicales.

Pour mieux atteindre le but que ces trois sociétés ont poursuivi jusqu'à ce jour, chacune dans sa spécialité, celles-ci sont réunies en une seule. Cette réunion met les sociétaires à même d'agir de concert, de se prêter un appui mutuel et de soigner davantage les intérêts communs à tous. Elle a en outre l'avantage de faciliter au public l'accès des collections.

Art. 2

Sa Majesté le Roi Grand-Duc est Protecteur de l'Institut.

Son Altesse Royale le Prince Lieutenant-Représentant de Sa Majesté dans le Grand-Duché en est Président d'honneur.

En cette qualité Son Altesse Royale dirige Elle-même les opérations de l'association toutes les fois qu'Elle assiste à une de ses réunions.

Art. 3

L'Institut est divisé, pour le moment, en trois sections. Ces sections correspondent aux susdites sociétés et se nomment respectivement : Section des sciences historiques, Section des sciences naturelles et mathématiques et Section des sciences médicales.

Le Gouvernement royal grand-ducal, d'accord avec la Société, se réserve d'ajouter une ou plusieurs sections à celles ci-dessus énumérées.

Art. 4

L'Institut se compose de trois catégories de membres : de membres effectifs, de membres correspondants ou agrégés et de membres honoraires.

Ces membres sont nommés par les sections conformément aux règlements spéciaux de ces dernières.

Le nombre des membres n'est pas limité, sauf les cas prévus par les règlements particuliers.

Tout membre effectif nouvellement élu paie, en entrant dans sa section, un droit d'admission dont le minimum est fixé à dix francs, et dans la suite une cotisation annuelle de cinq francs au moins.

Le sociétaire qui est membre de deux ou de plusieurs sections, paie la contribution entière de la section pour laquelle il opte et la moitié seulement de la cotisation des autres sections dont il fait partie.

Art. 5

Chaque membre effectif d'une section a le droit d'assister aux séances des autres sections, sans toutefois y avoir voix délibérative.

Art. 6

Chaque section a son administration, son budget et ses publications séparées.

Art. 7

Il n'y a d'autres dépenses communes à effectuer que celles autorisées par l'assemblée générale. Dans ces dépenses, chaque section ne supporte qu'une part proportionnelle au subside qui lui est accordé sur la caisse de l'Etat.

2. Administration et Personnel

Art. 8

L'Institut a un président et un secrétaire général. Il est administré par les présidents des sections, assistés du secrétaire général.

Art. 9

Le président de l'Institut et le secrétaire général sont en exercice pendant un an, et entrent en fonctions immédiatement après la séance publique du mois d'octobre, dont il est question à l'art. 16.

Art. 10

Les fonctions de président annuel de l'Institut sont remplies tour à tour par les présidents des différentes sections, d'après l'ancienneté de leur fondation.

Il en est de même des fonctions de secrétaire général, qui sont exercées annuellement par le secrétaire de la section dont le président est en même temps président de l'Institut.

Art. 11

Le président gère les intérêts communs, ordonnance les dépenses, convoque et préside l'assemblée générale.

Art. 12

Le secrétaire général est chargé des écritures concernant l'Institut, de la correspondance générale, de la conservation des archives et de la comptabilité commune.

Dans les séances plénières, le secrétaire général peut se faire assister par les secrétaires sectionnaires comme secrétaires adjoints.

Art. 13

En cas d'empêchement, le président annuel est remplacé par celui des présidents de section qui doit lui succéder comme président de l'Institut.

Lorsque le secrétaire général est empêché d'exercer ses fonctions, elles sont remplies par celui des secrétaires sectionnaires qui doit lui succéder en sa dite qualité.

3. Séances et Délibérations

Art. 14

Le Président convoque l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire.

Il la convoque aussi souvent qu'il le juge nécessaire ou que les bureaux sectionnaires le demandent.

Art. 15

Le secrétaire général rédige les procès-verbaux, et en donne lecture ; il rend compte de la gestion des fonds, signale les faits nouveaux et communique aux sections les pièces ou les articles dont la connaissance peut les intéresser.

Après chaque séance générale, le secrétaire peut transmettre un extrait du procès-verbal à un ou plusieurs journaux. Lorsque l'assemblée le demande, il en publie un bulletin spécial.

Art. 16

Les membres de l'Institut se réunissent en séance ordinaire, chaque année le dernier mardi du mois d'octobre à cinq heures du soir. Si ce mardi tombe la veille de la Toussaint, la séance ordinaire aura lieu le lundi qui précède cette fête.

La séance ordinaire est publique.

L'ordre à observer dans les séances est fixé par le règlement.

Art. 17

Nul mémoire, rapport, discours et nulle communication quelconque ne peut faire l'objet d'une lecture ou discussion publique, et aucune expérience ne peut être faite sans approbation préalable du bureau de la section respective.

Art. 18

Les décisions de l'Institut sont prises par la totalité des sections réunies en assemblée générale.

Ces sections adoptent ou rejettent, à la majorité des suffrages, les propositions qui leur sont soumises.

4. Bibliothèques et Musées**Art. 19**

Les bibliothèques et les collections des trois sections de l'Institut sont conservées dans un bâtiment fourni aux frais de l'Etat.

Bien que distinctes, elles sont réunies pour autant que possible dans un local commun, qui servira également aux séances de l'Institut et à celles des sections.

Elles sont confiées à la garde des conservateurs et secrétaires des sections respectives.

Art. 20

En cas de nomination d'un bibliothécaire conservateur, les fonctions de cet employé seront déterminées dans le règlement spécial.

5. Publications**Art. 21**

Les sections font, chacune indépendamment des autres, publier leurs travaux. Elles font mutuellement l'échange de leurs publications.

6. Dispositions transitoires**Art. 22**

Si des changements ou des ajoutes au présent règlement organique sont jugés nécessaires, ils sont débattus en assemblée générale et votés à la majorité des voix.

Si l'assemblée générale les approuve, elle les soumet à la sanction du Gouvernement.

Art. 23

Chaque section introduira dans son règlement spécial les modifications nécessaires pour l'adapter au présent règlement organique.

Appartient à l'arrêté royal grand-ducal du 24 octobre 1868.

Le Secrétaire pour les affaires du Grand-Duché
G. d'OLIMART

**2. LOI DU 21 DECEMBRE 2017 CONCERNANT L'INSTITUT
GRAND-DUCAL ET REGLEMENT GRAND-DUCAL
DU 21 DECEMBRE 2017**

Loi du 21 décembre 2017 concernant l'Institut grand-ducal

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,
Notre Conseil d'Etat entendu ;
De l'assentiment de la Chambre des Députés ;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 14 décembre 2017 et celle du Conseil d'Etat du 15 décembre 2017 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote ;

Avons ordonné et ordonnons :

Art. 1^{er}.

L'Institut grand-ducal (ci-après « l'Institut ») est la continuation de l'Institut royal grand-ducal de Luxembourg institué par arrêté royal grand-ducal du 24 octobre 1868.

L'Institut est une personne morale de droit public placée sous la protection du Grand-Duc.

Art. 2.

L'Institut a pour objet de cultiver les sciences, les lettres et les arts et de contribuer au rayonnement de la production intellectuelle sur les plans national et international.

L'activité de l'Institut, sans préjudice des activités des sections, telles que définies à l'article 4, consiste notamment en la tenue de réunions de travail, de communications des membres et des invités, l'organisation de manifestations à caractère culturel et scientifique, ainsi que la participation à des réunions internationales d'instituts similaires.

L'Institut a comme mission de promouvoir les travaux de recherche et d'encourager les initiatives scientifiques et artistiques. Il est un centre de coopération entre les savants et artistes du pays ou d'autres pays.

L'Institut et les sections, chacune indépendamment des autres ou, selon l'objet, en commun, publient leurs travaux. L'Institut et les sections font mutuellement l'échange de leurs publications.

L'Institut est représenté en justice et à l'égard des tiers par son président et, en l'absence de son président, par son secrétaire général. Chacune des sections est représentée en justice et à l'égard des tiers par son président et, en l'absence ou empêchement du président, par son secrétaire.

L'Institut peut émettre des avis relatifs à des questions de caractère scientifique ou répondant à des missions qui lui sont confiées.

Art. 3.

(1) L'Institut et ses sections peuvent notamment disposer des ressources suivantes:

- 1) des contributions financières allouées à charge du budget de l'Etat à répartir entre l'Institut et les sections par le ministre ayant la Culture dans ses attributions sur proposition de l'Institut et de ses sections ;
- 2) des cotisations à arrêter par les sections ;
- 3) des revenus provenant de la réalisation et de la diffusion de produits imprimés, sonores audiovisuels ou informatiques ;
- 4) des dons et legs en espèces et en nature.

(2) L'Institut et ses sections arrêtent annuellement leur programme de travail et leur budget pour l'année à venir et les soumettent au ministre ayant la Culture dans ses attributions avant le 1^{er} avril de l'année précédant l'exercice en question.

L'Institut et ses sections soumettent également au ministre ayant la Culture dans ses attributions avant le 1^{er} mai leur rapport d'activité ainsi que les comptes de fin d'exercice.

(3) L'Institut et ses sections sont soumis au contrôle de la Cour des comptes quant à l'emploi conforme des concours financiers publics qui leur sont affectés.

Art. 4.

L'Institut comprend des sections qui répondent, chacune dans son domaine, à son objet. Chaque section constitue une personne morale de droit public.

Les sections sont: la section historique, la section des sciences naturelles, physiques et mathématiques, la section des sciences médicales, la section de linguistique, d'ethnologie et d'onomastique, la section des arts et des lettres et la section des sciences morales et politiques.

Chaque section est régie par son règlement interne qui doit être conforme à la présente loi et à son règlement d'exécution et qui peut être

modifié selon les dispositions du règlement interne et moyennant approbation de l'Institut et du ministre ayant la Culture dans ses attributions.

Les sections peuvent prévoir des sous-sections.

Chaque section a pour mission de promouvoir les travaux et d'encourager les initiatives scientifiques ou artistiques qui relèvent du domaine qui est le sien selon la dénomination qui lui est attribuée par l'alinéa 2 du présent article.

Art. 5.

Chaque section groupe les personnes qui, par la valeur de leurs travaux scientifiques, culturels ou artistiques, méritent d'être réunies en un collège représentatif des branches du savoir ou de la culture de la section. Pour devenir membre d'une section, le candidat doit justifier de travaux scientifiques, culturels ou artistiques significatifs.

Chaque section se compose de membres effectifs et peut comporter, selon son règlement interne, des membres agrégés, des membres d'honneur ou des membres correspondants. Seuls les membres effectifs des sections sont considérés et désignés comme membres de l'Institut.

Ces membres sont nommés par chaque section conformément à son règlement interne.

Aucune section ne peut comprendre plus de cinquante membres effectifs.

Chaque membre d'une section a le droit d'assister aux séances des autres sections, sans y avoir voix délibérative.

Art. 6.

Les modalités d'administration de l'Institut et des sections sont déterminées par règlement grand-ducal.

Art. 7.

L'arrêté royal grand-ducal du 24 octobre 1868 portant approbation du Règlement pour l'Institut royal grand-ducal de Luxembourg est abrogé.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre de la Culture,
Xavier Bettel

Crans, le 21 décembre 2017.
Henri

Règlement grand-ducal du 21 décembre 2017

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,
Vu la loi du 21 décembre 2017 concernant l'Institut grand-ducal ;
Vu l'avis de la Chambre de commerce ;
Vu l'avis de la Chambre des métiers ;
Notre Conseil d'Etat entendu ;
Sur le rapport du Ministre de la Culture et après délibération du Gouvernement en conseil ;

Arrêtons:

Art. 1er.

L'Institut grand-ducal (ci-après « l'Institut ») a un président et un secrétaire général. Chaque section a un président et un secrétaire qui sont désignés par la section selon son propre règlement interne.

Art. 2.

Le président de l'Institut et le secrétaire général de l'Institut sont en exercice pendant deux ans et entrent en fonctions immédiatement après la séance ordinaire prévue à l'article 8.

Art. 3.

Les fonctions de président de l'Institut sont remplies tour-à-tour par les présidents des sections, d'après l'ordre figurant à l'article 4, alinéa 2 de la

loi concernant l'Institut Grand-Ducal, sauf si, sur proposition de la section revêtue de l'ancienneté, la séance ordinaire décide d'une autre séquence.

Il en est de même des fonctions de secrétaire général de l'Institut, qui sont exercées par le secrétaire de la section dont le président est en même temps président de l'Institut.

Art. 4.

Le président de l'Institut gère les intérêts communs, ordonnance les dépenses, convoque et préside la Séance ordinaire et les séances extraordinaires.

En cas d'empêchement, le président de l'Institut est remplacé par le secrétaire général de l'Institut.

Le président est assisté par un conseil consultatif composé des présidents, et en leur absence, des secrétaires des autres sections. Le conseil consultatif émet son avis sur les questions que lui soumet le président qui le convoque à cet effet chaque fois qu'il le juge nécessaire.

Le conseil consultatif est également consulté sur l'attribution aux différentes sections des avis et missions demandés ou confiés par un ou plusieurs membres du gouvernement selon l'article 2, sixième alinéa de la loi du 21 décembre 2017 concernant l'Institut grand-ducal.

Art. 5.

Le secrétaire général de l'Institut est chargé des écritures concernant l'Institut, de la correspondance générale, de la conservation des archives et de la comptabilité commune. Il peut être assisté d'un trésorier désigné d'un commun accord du président et du secrétaire général.

Le secrétaire général de l'Institut peut se faire assister par les secrétaires des sections comme secrétaires adjoints lors des séances ordinaires ou extraordinaires.

Lorsque le secrétaire général est empêché d'exercer ses fonctions, elles sont remplies par le secrétaire d'une autre section d'après l'ordre figurant

à l'article 4, alinéa 2 de la loi du 21 décembre 2017 concernant l'Institut Grand-Ducal qui doit lui succéder en sa dite qualité.

Art. 6.

Le président convoque la séance ordinaire telle que prévue à l'article 7.

Il convoque les séances extraordinaires aussi souvent qu'il le juge nécessaire ou qu'une section le demande, par son président ou, en cas d'empêchement du président, par son secrétaire.

Art. 7.

Chaque année, avant le 30 juin, l'Institut se réunit en séance ordinaire.

La séance ordinaire entend les rapports du président, du secrétaire général et, s'il y a lieu, du trésorier. Elle examine et approuve les comptes de l'année écoulée et le budget de l'année en cours. Elle procède à la désignation du président et du secrétaire général conformément aux articles 3 et 4.

Art. 8.

Les décisions de l'Institut sont prises, en séance ordinaire ou extraordinaire, à la majorité des sections représentées à la séance, chaque section disposant d'une voix, et à cet effet, chaque section est représentée par son président, par son secrétaire ou le membre auquel ceux-ci auront donné pouvoir pour les représenter. En cas d'égalité de voix des sections, la voix de la section dont relève le président de l'Institut est prépondérante.

Art. 9.

Les sections sont convoquées en réunion ordinaire ou extraordinaire par leur président et, en cas d'empêchement du président, par leur secrétaire. Les décisions des sections en séance ordinaire ou extraordinaire sont prises à la majorité des voix des membres effectifs présents ou représentés.

Art. 10.

Les bibliothèques et les collections de l'Institut et des sections sont conservées à la Bibliothèque nationale de Luxembourg aux frais de l'Etat.

Art. 11.

Notre Ministre de la Culture est chargé de l'exécution du présent règlement qui sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Le Ministre de la Culture,
Xavier Bettel

Crans, le 21 décembre 2017.
Henri

**3. REGLEMENT INTERNE DE LA SECTION DES SCIENCES
MORALES ET POLITIQUES AVEC MODIFICATION
APPROUVEES PAR L'ASSEMBLEE GENERALE PROROGEE
DU 10 NOVEMBRE 2009**

Chapitre 1^{er} – But et activité de la section

Art. 1^{er}. La section a pour but de cultiver l'étude des sciences morales et politiques et de favoriser leur diffusion.

Par sciences morales et politiques, au sens du présent règlement, il y a lieu d'entendre, notamment, la philosophie, les sciences sociales, politiques et économiques, ainsi que la science juridique.

La section groupe des personnes qui, par la valeur de leurs travaux scientifiques, méritent d'être réunies en un collège représentatif des branches du savoir définies ci-dessus.

Art. 2. La section accomplit sa mission par tous les moyens qu'elle juge appropriés et, en particulier, par

- des réunions de travail ;
- la participation à des réunions internationales d'étude ;
- l'organisation de cours et de conférences publics ;
- l'édition de publications.

Les travaux de la section font l'objet d'une publication annuelle.

La section peut prendre toute disposition, le cas échéant en coopération avec les autres sections de l'Institut grand-ducal et les institutions poursuivant des buts similaires, en vue de faciliter le travail scientifique de

ses membres, notamment par la constitution d'une documentation et d'une bibliothèque.

La section conseille le Gouvernement dans le domaine de la compétence définie ci-dessus. Elle donne son avis sur les questions scientifiques qui lui sont soumises ; elle peut prendre l'initiative d'adresser des rapports et des vœux au Gouvernement, aux institutions et aux établissements publics.

Chapitre 2 – Composition de la section

Art. 3. La section comprend des membres effectifs, des membres correspondants, des membres agrégés et des membres d'honneur.

Le nombre des membres effectifs est limité à cinquante ; il ne pourra être excédé qu'en vertu d'une délibération prise et approuvée conformément à l'article 23 du présent règlement.

Les membres effectifs participent, de plein droit, à toutes les activités et délibérations de la section. Les autres membres y prennent part sur invitation et, en ce qui concerne les délibérations, avec voix consultative.

Art. 4. Pour être admis comme membre d'une des catégories déterminées par l'art. 3 il faut être proposé par deux membres effectifs. Toute proposition doit être présentée par écrit et adressée au président de la Section, accompagnée d'une notice exposant les mérites scientifiques du candidat et d'un relevé de ses publications. Le président soumet la candidature au conseil d'administration qui peut demander les informations supplémentaires qu'il juge utiles.

Sur avis positif du conseil d'administration, la demande d'admission est soumise au vote lors d'une réunion des membres effectifs de la section. Si l'avis du conseil d'administration est négatif, il est communiqué, avec ses motifs, à ceux qui ont proposé le nouveau membre, et s'ils le demandent, la candidature sera soumise à la réunion des membres effectifs. Pour être élu, le candidat doit réunir les deux tiers des suffrages des membres présents ou représentés. L'élection se fait au scrutin secret.

Le conseil d'administration veille à assurer un équilibre entre les différentes branches du savoir représentées au sein de la section conformément à l'article 1er, alinéa 2 du présent règlement.

Art. 5. Les membres correspondants sont désignés en règle générale parmi les personnalités résidant à l'étranger, les membres agrégés parmi les personnalités susceptibles d'être admises ultérieurement en qualité de membres effectifs.

Art. 6. L'exclusion de la section peut être prononcée pour un fait grave, en vertu d'une décision prise à la majorité des deux tiers des membres effectifs.

Art. 7. Le membre effectif ou agrégé qui, pendant une année entière, n'a pas pris part, sans motif légitime, aux travaux de la section, est censé renoncer à sa qualité de membre.

Chapitre 3 – Administration de la section

Art. 8. La section est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins dont le président, élus par l'assemblée générale des membres effectifs de la section, pour des mandats de cinq ans ;

Dans la mesure du possible les branches visées à l'article 2 seront représentées au conseil d'administration.

Le conseil d'administration peut désigner en son sein un vice-président. Il désigne un secrétaire général et un trésorier.

Le conseil d'administration ne peut délibérer valablement que si la majorité de ses membres est réunie.

Art. 9. Le président gère les intérêts de la section, convoque et préside les assemblées et les réunions de la section, et veille à l'application du règlement.

En cas d'empêchement, le président est remplacé par le vice-président ou le secrétaire général.

Art. 10. Le secrétaire général est chargé des écritures et de la correspondance concernant la section. Il a en outre le soin de la documentation, de la bibliothèque et des archives.

Art. 11. Le trésorier de la section est chargé des recettes et des dépenses de la section. Tous les ans il rend compte de sa gestion.

Art. 12. Les actes, écritures et correspondances de la section sont signés par le président, le secrétaire général ou le trésorier, selon leurs attributions.

Art. 13. Le conseil d'administration pourra, d'après les besoins de la section, fixer une cotisation annuelle à payer par les membres effectifs et par les membres agrégés.

Art. 14. Au début de chaque année, la section adresse au Gouvernement son rapport d'activité pour l'année écoulée, son programme de travail pour l'année en cours, ainsi que le compte des recettes et des dépenses de l'année écoulée et le budget de l'année en cours.

Art. 15. Les recettes de la section sont constituées notamment : 1° par les subsides du Gouvernement ; 2° par la vente des publications ; 3° par les dons de particuliers ; 4° s'il y a lieu, par les cotisations des membres.

Art. 16. Les membres qui se déplacent pour remplir une mission dans l'intérêt de la section peuvent obtenir le remboursement de leurs dépenses.

Art. 17. Les dépenses extraordinaires excédant les ressources de la section font l'objet d'une proposition spéciale et motivée à soumettre au Gouvernement.

Chapitre 4 – Réunions et délibérations de la section

Art. 18. Il sera tenu chaque année au cours du premier semestre une assemblée générale des membres effectifs. Le conseil d'administration en fixe le jour et l'heure.

Art. 19. Après la lecture du procès-verbal de l'assemblée générale précédente, le secrétaire général de la section donne sommairement

connaissance de la correspondance et le trésorier rend compte de la gestion des fonds.

Le secrétaire général peut transmettre un extrait du procès-verbal à la presse, aux fins de publication.

Art. 20. Le président de la section fait convoquer des assemblées générales extraordinaires toutes les fois qu'il le juge nécessaire et, en tout cas, à la demande motivée d'au moins cinq membres effectifs.

Art. 21. Les rapports et les mémoires des membres ou des personnalités invitées sont présentés et discutés en séance, ou, si le conseil d'administration en décide ainsi, sont adressés aux membres. Les auteurs des mémoires ont droit à la livraison gratuite de vingt-cinq imprimés de leur travail.

Art. 22. L'assemblée générale délibère à la majorité des membres effectifs présents ou représentés, sous réserve des dispositions spéciales du présent règlement. Procuration ne peut être donnée qu'à un autre membre et seulement par écrit.

Les membres votent à haute voix, sauf dans les cas où le présent règlement en dispose autrement et lorsque le scrutin secret est soit proposé par le président, soit demandé par trois membres au moins.

Chapitre 5 – Dispositions finales

Art. 23. Le présent règlement ne pourra être modifié que par la délibération d'une assemblée générale de la section, pour laquelle la majorité des deux tiers des membres effectifs doit être présente ou représentée, sous réserve de l'approbation par le Gouvernement. La modification sera publiée au Mémorial.

Si l'assemblée a été convoquée sans que les deux tiers des membres effectifs soient présents ou représentés, elle pourra, après une nouvelle convocation, prendre une résolution sur les objets mis à l'ordre du jour à la majorité des membres présents ou représentés, quel que soit le nombre des membres présents ou représentés.

Art. 24. En cas de dissolution, le patrimoine de la section est acquis à l'Etat.

Art. 25. Il y a lieu d'entendre, dans le présent règlement, par l'expression « le Gouvernement », le Ministre ayant dans ses attributions les affaires culturelles.

Note concernant les articles 23 à 25 :

Quant aux modifications du règlement interne, l'article 4 de la loi du 21 décembre 2017 prévoit que le règlement interne de chaque Section peut être modifié selon les dispositions de ce règlement moyennant approbation par l'Institut et le ministre ayant la Culture dans ses attributions.

Par rapport au texte actuel de cet article 23 du règlement organique, la loi impose dès lors, outre la délibération de l'assemblée générale de la Section, l'approbation de l'Institut Grand-Ducal en tant que tel, le tout sous réserve de l'approbation du ministre ayant la Culture dans ses attributions.

Quant à la dissolution de la Section, il faut noter que la loi du 21 décembre 2017 détermine elle-même les six Sections de l'Institut. Les Sections étant ainsi instituées par la loi, leur dissolution ne peut, ainsi que le Conseil d'Etat l'a souligné dans son avis, n'intervenir que par la loi elle-même, seule compétente également pour l'attribution du patrimoine de la Section.