

Les principes généraux du droit comme éléments de l'ordre juridique luxembourgeois

PATRICK KINSCH

Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg

La thématique des principes généraux du droit, à laquelle Xavier Dieux a consacré un ouvrage qui a fait date⁽¹⁾, est fondamentale dans chaque ordre juridique. Nous voudrions la présenter ici du point de vue du droit luxembourgeois, qui partage avec le droit belge et le droit français une communauté d'inspiration – au point que même certaines questions de détail, telle celle relative au contrôle du respect des principes généraux du droit par la Cour de cassation, sont communes à ces trois droits – mais qui a en partie adopté des solutions qui lui sont particulières et vont au-delà du modèle franco-belge. Les questions que nous nous proposons d'examiner sont classiques : des questions de terminologie d'abord (I), de hiérarchie des normes ensuite (II), de méthode de détermination du contenu de la catégorie des principes généraux du droit enfin (III).

I. QUESTIONS DE TERMINOLOGIE

La référence aux principes généraux du droit suppose résolues deux questions d'ordre strictement terminologique. Les voici :

(1) X. DIEUX, *Le respect dû aux attentes légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, spéc. pp. 45-92 (en ce qui concerne la théorie générale des principes généraux du droit).

A. Le choix entre plusieurs sens de la notion de principe général du droit

Sans être ultimement de grande importance, ce choix terminologique doit être fait en premier. La notion de « principes généraux du droit » est polysémique, ce qui est fréquent en droit et rend nécessaire non pas des querelles terminologiques (le monde juridique luxembourgeois en particulier est trop pragmatique pour ces querelles), mais un choix. Choisir un sens de l'expression « principe général du droit » ne signifie pas rejeter les autres comme étant inexacts – au contraire, ils peuvent être parfaitement adaptés dans d'autres contextes, ou tels qu'ils sont employés par d'autres.

Le but de la présente contribution est d'offrir au lecteur un aperçu du droit positif luxembourgeois ; nous nous en tiendrons par conséquent au sens que la notion a en jurisprudence. Les principes généraux du droit y apparaissent comme principes généraux au sens du droit *interne* et, au sein du droit interne, comme des normes non écrites dont la nature n'est pas coutumière, mais qui sont consacrées par la jurisprudence (sans pour autant être créées *ex nihilo* par celle-ci : on reviendra sur les sources d'inspiration des tribunaux dans la consécration de principes généraux du droit). Ce sont, par conséquent, à l'intérieur du droit interne, des normes jurisprudentielles ou prétoriennes.

Cette définition élimine (non pas comme inexacte, mais comme dépourvue de pertinence dans le présent contexte) la notion de principes généraux devant être déterminés au terme d'un exercice de droit comparé dont les résultats conviennent à l'ordre juridique international, supranational ou anational d'accueil : les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (2), les principes généraux du droit de l'Union européenne (3) ou

(2) Ces principes *de* droit sont traditionnellement distingués des principes généraux *du* droit international, « c'est-à-dire les règles générales déduites de l'esprit des coutumes et des conventions en vigueur » (P. DAILLIER, M. FORTÉAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, n° 223 ; voy. dans le même sens J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 347 et s.).

(3) Les notions de « principes généraux du droit communautaire [ou de l'Union] », « principes généraux communs aux droits des États membres », et ainsi de suite, apparaissent dans les traités qui sont à la base de l'Union (art. 6, § 3, TUE, à propos des droits fondamentaux qui « font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux » ; art. 340 TFUE, à propos de la responsabilité non contractuelle de l'Union et de la BCE) et ont fait l'objet, au-delà de ces textes, d'une jurisprudence abondante (voy. R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1996), qui a par la suite (comme on le verra) été une source d'inspiration pour le juge administratif et le juge constitutionnel luxembourgeois.

les principes de la *lex mercatoria* (4) – si et dans la mesure où l'on reconnaît cette dernière.

La définition laisse néanmoins subsister toutes sortes d'interrogations. Comprendre les principes généraux du droit comme éléments de l'ordre juridique ou du système normatif (5), c'est-à-dire du droit positif luxembourgeois, les distingue d'autres conceptions divergentes des principes généraux du droit :

- les principes généraux du droit comme ce que Pierre Pescatore a appelé des « principes directeurs (*Grundsätze, leading principles*) qui, sans avoir le caractère précis et concret des règles du droit positif, n'en servent pas moins d'orientation dans l'application et dans le développement de l'ordre juridique » : les principes généraux du droit à vocation presque pédagogique par conséquent, qui « ne sont pas des règles de droit positif ». Cette conception, à présent surannée, est celle qui était défendue en 1960 dans l'ouvrage de Pescatore, *Introduction à la science du droit* (6), qui reste très consulté au Luxembourg. Tout en reprenant cette référence qui lui paraissait visiblement commode, un arrêt de la cour d'appel en a déduit en 2019 – de manière paradoxale au regard de la conception défendue dans l'ouvrage, mais conforme aux vues actuelles – qu'un principe général du droit (en l'espèce, le principe d'unité des notions de faute et d'illégalité dans le droit de la responsabilité des pouvoirs publics) constitue, en substance, un principe ayant valeur normative en droit positif, dès lors qu'il est « réaffirmé et consacré par la jurisprudence » (7) ;
- les « principes supérieurs par essence, à la fois de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique » que la jurisprudence de la Cour administrative met depuis 2016 au-dessus des « critères de stricte légalité » dans la définition de la mission du juge de l'annulation des actes administratifs (8). Ces principes, non dépourvus de caractère

(4) Voy. e.a. E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Mélanges Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 203 et s.

(5) Les deux sont traités pour les besoins de la présente contribution comme synonymes, ce qu'ils ne sont pas, ou pas exactement, selon d'autres conceptions terminologiques plus sophistiquées : voy. C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n° 33, pp. 19 et s.

(6) 2^e éd. (réimpression), Luxembourg/Bruxelles, Université du Luxembourg/Bruylant, 2009, nos 71 et 72.

(7) C.A., 2 mai 2019, *Pas. lux.*, 39, p. 506, spéc. p. 509 ; l'arrêt a été confirmé par Cass., 29 octobre 2020, *Pas. lux.*, 39, p. 794, concl. PETRY (qui ne se prononce toutefois pas sur cette question particulière).

(8) C. adm., 27 octobre 2016, nos 37922 et 37321C, *J.T.L.*, 2016, p. 186, et la note.

- problématique(9), sont des principes de raisonnement juridique ou de comportement du juge, plutôt que des principes normatifs proprement dits ; on aurait beaucoup de mal à vouloir les insérer dans la hiérarchie des normes ;
- et, bien sûr, des pseudo-principes de fonctionnement du pouvoir législatif luxembourgeois : on pensera à cet égard au « principe » dit « la directive, rien que la directive » dans la transposition de directives européennes. Ce principe s’opposerait à toute surtransposition de directives qui en étend les dispositions au-delà de ce qui est le strict minimum exigé par ces directives elles-mêmes(10). Destiné à protéger la compétitivité du Luxembourg dans le marché international des normes, il est un principe de pure opportunité politique, dont l’utilité se discute. Ce n’est pas un principe normatif qui jouerait un quelconque rôle en dehors du processus législatif.

B. Le degré de généralité des principes « généraux » du droit

Une autre question, elle aussi de nature essentiellement terminologique, a été débattue, sinon au Luxembourg, du moins dans la doctrine française et la doctrine belge qui ne sont pas sans importance pour les juristes luxembourgeois. C’est celle de savoir s’il ne convient pas de réserver la désignation de véritables « principes généraux du droit » à des principes non seulement généraux, mais également fondamentaux et structurants de l’ordre juridique. Ces principes généraux seraient à séparer, sur le plan terminologique, des normes de droit positif qui ont pour point commun avec les principes généraux du droit d’être des normes non écrites de nature jurisprudentielle, mais qui s’en distinguent par leur caractère spécifique et technique. Ces derniers principes – appelons-les les *micro-principes* –, qui appartiennent fréquemment (mais pas toujours) au droit privé, méritent-ils l’appellation de « principes généraux du droit » au même titre que les *macro-principes*, assurément plus fondamentaux (principe de l’État du droit, séparation des pouvoirs, proportionnalité) ?

(9) Voy. la note préc.

(10) L’une des questions à laquelle chaque ministère qui prend l’initiative d’un projet de loi doit répondre est, aux termes de la fiche d’évaluation d’impact jointe à tous les projets de loi luxembourgeois et publiée aux *Documents parlementaires*, la question n° 10 : « En cas de transposition de directives communautaires, le principe “la directive, rien que la directive” est-il respecté ? Sinon, pourquoi ? ». Pour une invocation polémique de ce « principe » à l’encontre d’un projet de loi, transposant la *directive en matière d’échange automatique et obligatoire d’informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l’objet d’une déclaration* (« DAC6 »), voy. l’avis de l’Ordre des avocats du barreau de Luxembourg du 30 octobre 2019, *Doc. parl.*, 7465¹, p. 7.

Une partie de la doctrine française et belge répond par la négative et entend distinguer entre les « principes généraux du droit » (les macro-principes) et les « règles de droit » non écrites ou les « principes de droit » (les micro-principes)(11). Sur le plan théorique, cette distinction est justifiée : effectivement, les macro-principes sont plus généraux et plus fondamentaux que les micro-principes. Ils comportent des applications plus nombreuses, parfois même dans toutes les branches du droit. Mais cette distinction terminologique entre deux types de principes semble dépourvue de caractère opératoire sur le plan pratique : les micro-principes, étant eux aussi des normes non écrites, ont le même degré de normativité que les macro-principes et doivent donc recevoir des tribunaux le même traitement comme règles de droit(12).

Le régime des deux types de principe étant le même, la jurisprudence luxembourgeoise ne semble pas faire de différence entre les macro-principes et les micro-principes, les appelant tous « principes généraux du droit »(13), à l'instar de la jurisprudence de la Cour de cassation belge(14).

(11) En droit public français, voy. ainsi P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *Mélanges Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 207 et s., spéc. p. 220 (« les juges ne créent pas des principes parce que l'ordre juridique souffre d'une lacune à combler – les principes généraux ne sauraient être confondus avec de vulgaires règles techniques ») ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 42 (« Les principes généraux du droit ne portent donc pas sur des règles techniques de l'art juridique ou procédural, applicables indifféremment aux collectivités publiques et aux personnes privées »). En droit privé français, voy. l'article fondateur de J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Mélanges Georges Ripert*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 51 et s., spéc. pp. 55 et 56 (la « règle juridique » ne régit que « tels actes ou tels faits », alors qu'« un principe est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications ») ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, n° 105 (« L'expression "principes généraux du droit privé" est une invention doctrinale qui ne correspond à aucune réalité juridique »), et différentes autres contributions du même auteur. En Belgique, voy. la discussion dans S. SEYS *et al.*, « Les principes généraux du droit », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Limal, Anthemis, 2012, pp. 493 et s., spéc. pp. 504 et 505.

(12) Comp. en droit belge du contentieux de cassation, l'opinion de J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général du droit », in *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 623 et s., spéc. pp. 632-634 : cet auteur désapprouve l'« étrange tendance des plaideurs et de la jurisprudence belge à qualifier "principe général du droit" toute règle de droit qui n'est pas consacrée directement par un texte », et propose d'appeler « règles de droit » ce que nous avons appelé les micro-principes. Il n'en reste pas moins que, selon l'auteur (p. 633), « au point de vue de la recevabilité du moyen de cassation, il importe peu que la règle de droit non consacrée directement par la loi soit un principe général du droit ou une règle de droit spéciale : ce qui compte, en définitive, c'est de reconnaître l'existence d'une règle de droit ».

(13) Voy. Cass., 23 septembre 2010, *Pas. lux.*, 35, p. 228 (à propos du principe – certes considéré comme inexistant par l'arrêt – imposant l'égalité de traitement dans les rapports mutuels entre actionnaires d'une société anonyme) ; Cass., 3 février 2022, n° 15/2022 (cassation au visa du « principe général de droit "contra non valentem agere non currit praescriptio" ») ; C.A., 2 mai 2019, préc. (*supra*, note 7 : principe d'unité des notions de faute et d'illégalité dans le droit de la responsabilité des pouvoirs publics).

(14) Voy. P. MARCHAL, *R.P.D.B.*, Complément XI, 2011, v° « Principes généraux du droit », nos 40 et s., et les observations critiques de J. Kirkpatrick (« L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général du droit », *op. cit.*) Par contraste, la Cour de cassation française visera normalement des « principes » de droit privé, sans les qualifier de « principes généraux du droit » : voy. les

Le pragmatisme des juristes luxembourgeois ne les incite pas à introduire des distinctions entre les notions là où le régime est le même, l'élégance des constructions dût-elle en souffrir.

II. LE RANG DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES

En droit public, la théorie classique des principes généraux du droit, influencée par la jurisprudence du Conseil d'État français, voyait en eux essentiellement des éléments de la légalité des actes administratifs et donc, dans cette conception de la hiérarchie des normes, des normes ayant valeur *législative*. Ou alors, si on suivait la doctrine administrativiste française dans toutes ses subtilités, des normes ayant valeur « infra-législative et supra-décrétale », puisque dans cette conception, il était dans la nature des principes généraux du droit de s'imposer aux normes ayant valeur réglementaire, mais de pouvoir être écartés par des normes législatives⁽¹⁵⁾. Cette dernière doctrine a toujours été, semble-t-il, un peu trop subtile : ne suffisait-il pas (aussi longtemps que le contrôle de la constitutionnalité des lois n'était pas ouvert aux juges) de dire que les principes généraux du droit sont tout simplement des normes ayant valeur législative ? Étant des principes *généraux*, il est évidemment possible à des textes législatifs de les contredire ponctuellement et d'y déroger ; mais ceci n'est pas un indice d'une valeur « infra-législative » des principes généraux du droit, mais simplement une application banale de la règle *specialia generalibus derogant*. En droit privé, de toute manière, cette discussion n'a jamais été menée, et elle n'aurait eu aucun sens.

La discussion s'est renouvelée du fait de l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois. Du fait de l'introduction du contrôle de constitutionnalité, il s'agissait de savoir s'il existe des principes généraux du droit ayant valeur *constitutionnelle*, susceptibles d'invalidier, bien qu'ils n'aient pas été formulés dans le texte de la Constitution, des dispositions législatives.

nombreux exemples cités par P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », intervention dans le Cycle de Droit et technique de cassation 2005-2006, disponible sur www.courdecassation.fr.

(15) Cette théorie a été défendue par René Chapus, qui essayait de la justifier par rapport au statut du Conseil d'État, auquel il revenait de définir par sa jurisprudence les principes généraux du droit en matière administrative : le Conseil d'État se considérait comme naturellement supérieur au pouvoir réglementaire, mais comme naturellement subordonné au législateur (voy. notamment R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, p. 99).

Il n'y a pas de raison valable de ne pas admettre que le juge constitutionnel luxembourgeois définisse des principes généraux du droit auxquels il reconnaîtra valeur constitutionnelle. De même que les imperfections du droit législatif ont amené les juges ordinaires à définir de tels principes (ayant, en principe, valeur législative), le juge constitutionnel peut constater lui aussi une incomplétude du texte de la Constitution, qu'il est indiqué de combler par voie jurisprudentielle. Après tout, des principes souvent très fondamentaux ne se trouvent pas expressément formulés dans le texte de la Constitution, à commencer par le principe de la séparation des pouvoirs.

Pendant longtemps, un seul indice permettait au Luxembourg de retenir l'existence de principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle. Cet indice est contenu dans un texte certes de nature législative (ce qui est gênant dès lors qu'il doit servir d'indice de l'existence de principes hiérarchiquement supérieurs à la loi), mais un texte ayant trait à l'organisation des pouvoirs publics, puisqu'il s'agit de la définition de la mission consultative du Conseil d'État en matière législative et réglementaire. L'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'État (devenu entretemps l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État) prévoit ce qui suit :

« Si le Conseil d'État estime qu'un projet de loi, une proposition de loi ou tout amendement y afférent comporte des dispositions non conformes à la Constitution, aux traités internationaux auxquels le Grand-Duché de Luxembourg est partie, aux actes juridiques de l'Union européenne *ou aux principes généraux du droit*, il en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure. »

Ce texte législatif (dont le Conseil d'État fait une utilisation fréquente en ce qui concerne des projets incompatibles avec « les principes généraux du droit » (16)), qui deviendra peut-être dans le futur un texte constitutionnel (17), a le mérite de mettre sur le même plan, en ce qui concerne la mission du Conseil d'État, la contrariété d'un texte législatif aux dispositions de la Constitution, à celles des traités internationaux ou des actes de l'Union européenne (partant des normes dont le caractère supra-législatif

(16) Voy. la rubrique « Principes généraux du droit » du *rapport annuel* publié par le Conseil d'État sur son site internet, www.conseil-etat.public.lu. Une place de choix y est naturellement toujours réservée, sous la rubrique « sécurité juridique », à des principes ayant trait au contrôle de la qualité des normes législatives ou réglementaires qui ont acquis dans la pratique consultative du Conseil d'État des dernières années une importance hypertrophiée.

(17) Il est prévu en effet d'en insérer la substance dans la Constitution à l'occasion d'une révision générale du texte de celle-ci : voy. la proposition de révision des chapitres IV et Vbis de la Constitution, *Doc. parl.*, 7777 (proposition d'un nouvel article 83bis de la Constitution).

est acquis) et leur contrariété aux principes généraux du droit. Le parallélisme ainsi institué par ce texte est significatif, de même que le parallélisme qu'il institue avec la contrariété d'un projet de règlement à « une norme de droit supérieure » considérée génériquement. Visiblement, ce texte repose sur l'idée que « les principes généraux du droit » sont, ou plus exactement, *peuvent être* des normes de caractère supra-législatif. Ceci sera le cas, précisément, s'il s'agit de principes ayant valeur constitutionnelle. Les autres principes généraux du droit, qui ont une valeur simplement législative, admettent évidemment que des normes législatives viennent y déroger.

Ceci étant acquis, il restait une question d'ordre procédural : selon les conceptions actuelles, s'il s'agit de sanctionner la contrariété d'une loi avec un principe ayant valeur constitutionnelle, il ne suffit pas de prévoir que le Conseil d'État, dont les avis ne sont que consultatifs, peut critiquer le projet de loi. Est-ce que la *Cour constitutionnelle*, instituée en 1996, a pour mission de censurer des lois qui méconnaissent non pas le texte de la Constitution, mais un principe général du droit non écrit ayant valeur constitutionnelle ? L'article 95^{ter} de la Constitution – introduit en 1996 dans la Constitution luxembourgeoise pour admettre, enfin, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois – prévoit de manière large que la compétence de la Cour constitutionnelle consiste à statuer, « par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution ». « La Constitution » peut désigner le droit constitutionnel en son ensemble, et il n'y a pas de raison déterminante de comprendre cette notion comme ne visant que le droit constitutionnel écrit.

Cependant, la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle est visiblement inspirée d'un esprit plus restrictif. Son article 8 oblige la juridiction qui saisit la Cour constitutionnelle à indiquer « avec précision » les dispositions constitutionnelles sur lesquelles porte la question préjudicielle. Comme le sens ordinaire de la référence à des « dispositions constitutionnelles » vise des dispositions du droit constitutionnel écrit, un principe constitutionnel non écrit ne pourrait donc pas faire l'objet d'une question préjudicielle... sauf que, si tel est vraiment le sens de l'article 8 de la loi, apparaît une tension gênante entre cet article et la norme constitutionnelle, hiérarchiquement supérieure, de l'article 95^{ter} de la Constitution.

La Cour constitutionnelle a, dès 2010, entrepris de résoudre cette tension de manière pragmatique (la manière *non* pragmatique aurait consisté à déclarer contraire à la Constitution l'article 8 de la loi portant

organisation de la Cour Constitutionnelle) en déclarant que le texte législatif doit s'entendre comme se satisfaisant d'une question préjudicielle qui désigne clairement la règle juridique « contenue dans une disposition de la Constitution »(18). Ceci permet de faire entrer dans la compétence de la Cour constitutionnelle des principes constitutionnels non écrits, mais consacrés d'une manière ou d'une autre par une disposition de la Constitution écrite. Est-ce suffisant dans tous les cas ? Non, puisqu'il y a des principes constitutionnels qui ne se laissent pas indirectement déduire de cette manière du texte même de la Constitution. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle a fini par faire prévaloir ces principes non écrits, eux aussi, sur la loi(19). Elle ne s'est plus embarrassée cette fois d'une exégèse de la restriction qui se déduit peut-être de l'article 8 de la loi portant organisation de la Cour constitutionnelle. La solution est en réalité évidente : s'il existe un juge constitutionnel, il doit être compétent pour appliquer toutes les normes, écrites ou non, susceptibles d'entrer dans le champ de sa compétence.

Les principes ainsi définis comme principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle sont évidemment appelés à jouer un rôle en dehors du contrôle de la constitutionnalité des lois. Ils sont d'une nature à ce point fondamentale qu'ils ont tout naturellement un effet d'irradiation en droit public et en droit privé. En droit administratif, la jurisprudence de la Cour administrative les applique à présent de manière régulière en faisant référence à la jurisprudence constitutionnelle(20). Il n'y a aucune

(18) C. const., 1^{er} octobre 2010, n° 57, *J.T.L.*, 2010, p. 202, note P. HURT (principe de la séparation des pouvoirs).

(19) C. const., 22 janvier 2021, n° 152, *J.T.L.*, 2021, p. 105, et la note (principe de sécurité juridique) ; C. const., 19 mars 2021, n° 146 (principe de proportionnalité).

(20) Voy. Cour adm., 6 mai 2021, n° 44740C, p. 19 : principe de confiance légitime découlant du principe fondamental de l'État de droit, « à qualifier de principe à valeur constitutionnelle » ; Cour adm., 6 mai 2021, n° 44747C, p. 11 : principe du recours effectif devant les juridictions, qui constitue un « principe à valeur constitutionnelle découlant directement du principe fondamental de l'État de droit ». Selon un avis de la cour administrative rendu dans le cadre de la révision de la Constitution, ce principe constitue, en raison du grand nombre de ses corollaires, un « méta-principe » (avis du 8 juillet 2021, *Doc. parl.*, 7575¹⁹, p. 1). Dans un arrêt du 26 janvier 2021, n° 44997C, *J.T.L.*, 2021, pp. 116 et s., spéc. p. 122, la Cour administrative rend hommage à l'autorité de la Cour constitutionnelle dans l'interprétation de la Constitution, et elle affirme à cette occasion qu'« il appartient de même à la seule Cour constitutionnelle de dégager l'existence de principes généraux sinon même de principes fondamentaux non énoncés de manière directe et effective par les termes de la loi fondamentale, mais se dégageant de manière inhérente et nécessaire à partir de ses dispositions ». Mais cette apparente affirmation de l'existence d'un *monopole* au profit de la Cour constitutionnelle va trop loin : rien n'empêche une juridiction ordinaire de dégager, avant que la Cour constitutionnelle ait eu l'occasion de le faire, l'existence d'un principe général du droit, dût-il avoir valeur constitutionnelle, et d'en faire application dans le cadre de sa compétence – étant entendu qu'il appartient à la seule Cour constitutionnelle de constater l'inconstitutionnalité d'un texte de loi pour violation de pareil principe général du droit. L'hypothèse d'une contrariété de jurisprudence – le juge ordinaire affirme l'existence d'un principe ayant, selon lui, valeur constitutionnelle ; la Cour constitutionnelle nie l'existence de ce principe constitutionnel – ne

raison pour les tribunaux de l'ordre judiciaire de ne pas faire application, eux aussi, de principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle ; au contraire, le mouvement général vers la constitutionnalisation du droit privé ne peut que les inciter à le faire.

III. LES MÉTHODES DE DÉTERMINATION DU CONTENU DE LA CATÉGORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

Venons-en à la question, essentielle, de la méthode dont peuvent légitimement se servir les tribunaux pour consacrer la valeur normative d'un principe général du droit. Elle est liée à la perception de la liberté des tribunaux dans la formulation de nouveaux principes ou, au contraire, de leur sujétion à des déterminations préalables du législateur ; historiquement en effet (et cette histoire reste très présente devant les juridictions luxembourgeoises, en particulier les juridictions de l'ordre judiciaire), la reconnaissance de la pleine normativité des principes généraux du droit n'est pas allée de soi dans un système essentiellement légicentrique, identifiant en principe la règle de droit et la norme écrite, de préférence de nature législative. Dans un système de ce type, la liberté du pouvoir judiciaire est essentiellement limitée et, avec elle, l'attitude des tribunaux dans la définition de principes prétoriens, quelle qu'en soit la nature – des macro-principes ou des micro-principes, selon la terminologie ici adoptée.

A. Entre « induction amplifiante » et référence aux valeurs

En Belgique, le procureur général Ganshof van der Meersch a, comme on le sait, contribué de manière décisive, par une mercuriale de 1970, à la reconnaissance officielle du rôle des principes généraux du droit non écrits, spécialement devant la Cour de cassation (21). Cette mercuriale, qui présente le rôle et l'initiative du juge comme très atténués dans la découverte des principes généraux du droit (22), a eu une influence considérable devant les juges judiciaires luxembourgeois, plus de trente ans après

prouve pas l'inexistence du pouvoir du juge ordinaire de se prononcer sur l'existence de principes ayant valeur constitutionnelle.

(21) W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 557 et s., pp. 581 et s.

(22) On a pu supposer (S. SEYS *et al.*, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 500 et note 34) que par rapport à un écrit antérieur du même magistrat (« Le droit de la défense, principe général de droit », in *Mélanges Jean Dabin*, t. II, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, pp. 569 et s.), « l'atténuation apportée

qu'elle a été publiée. Lorsqu'il s'agissait, dans l'affaire *Audiolux*, de décider si l'actionnaire majoritaire de cette société était tenu, par un principe de droit non écrit, d'offrir les mêmes conditions de rachat de leur participation à tous les actionnaires minoritaires, la cour d'appel et la Cour de cassation reprirent les idées qu'il avait défendues. Ainsi, selon l'arrêt de la cour d'appel du 12 juillet 2006 :

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

Cette reconnaissance par le juge d'un principe général de droit se réalise de manière inductive. Le juge induit l'existence d'un principe général de droit à partir des applications particulières qu'en fait la loi dans des cas déterminés plus ou moins disparates. À la lumière de ces cas d'application, le juge reconnaît le principe général de droit comme source autonome de droit susceptible de sortir ses effets en dehors desdits cas déterminés.

Cette méthode dite de "l'induction amplifiante" laisse en définitive au juge un pouvoir d'appréciation relativement limité : le principe général de droit se forme en dehors du juge par le biais des applications particulières qui en sont faites par la loi et, une fois formé, s'impose au juge qui est dès lors tenu de le reconnaître et d'en assurer le respect. Le juge, dans notre système de droit écrit, évitera donc de donner à la notion de principe général de droit une interprétation extensive. Il ne se laissera égarer ni par la philosophie du droit, ni par la morale. Il demeurera sur le terrain strict du droit » (23).

Et la Cour de cassation confirme de son côté ceci :

« Attendu que l'existence d'un principe général du droit peut être induite par le juge des applications particulières qu'en fait la loi dans des cas déterminés ; que dès lors que le principe est reconnu par le juge, celui-ci en déduit des applications en dehors des situations déterminées par les textes normatifs » (24).

L'arrêt de la Cour de cassation examine ensuite, de façon particulièrement attentive, toute une série de textes qui étaient invoqués devant elle et qu'il rejette tantôt pour être insuffisamment contraignants, tantôt pour être trop particuliers, tantôt pour être trop indéterminés, et il conclut :

« D'où il suit que les dispositions invoquées par *Audiolux*, prises isolément et dans leur ensemble, ne permettent pas d'induire l'existence, lors de la cession par GBL de sa participation dans *RTL Group* à *Bertelsmann*, d'un principe général de droit national imposant l'égalité de traitement entre actionnaires et permettant à *Audiolux* de bénéficier d'un traitement égal à celui dont a

en 1970 quant au rôle du juge ne l'a été que pour des raisons stratégiques » – il s'agissait, après tout, de convaincre une Cour de cassation peut-être sceptique.

(23) *Bull. Droit et banque*, 2006, vol. 38, pp. 46 et s., spéc. pp. 49 et 50. C'est en particulier la fin du motif cité qui est littéralement repris de la *mercuriale* de 1970 (*J.T.*, p. 567).

(24) Cass., 23 septembre 2010, *Pas. lux.*, 39, p. 228.

bénéficié l'actionnaire GBL lors de la cession de sa participation conférant le contrôle de RTL Group à Bertelsmann ».

Le prudent recours à « l'induction amplifiante » (25), s'il est de nature à rassurer la communauté des juristes (pour autant qu'elle en ait besoin) sur la fidélité des tribunaux à la loi, n'en repose pas moins, comme Xavier Dieux l'a démontré, sur des « insuffisances » théoriques. Chaque affirmation de l'existence d'un principe général du droit repose à la fois sur un élément d'*observation* (il n'est pas admis que les tribunaux créent des principes généraux du droit *ex nihilo* et leur donnent force normative) et un élément de *choix*, et par conséquent un élément irréductible de volition de la part du juge : « L'opération intellectuelle par laquelle débute ce processus, faussement inductif en définitive, consiste en une *sélection* de règles ou de constructions existantes, dans la perspective de leur généralisation » (26). Car sans la conviction du juge qu'un principe général donné *mérite* d'être reconnu comme faisant partie du droit positif, aucun effort de collection de textes de loi constituant des applications particulières de ce principe ne sera suffisant pour convaincre le juge d'en induire un principe général du droit : la saga *Audiolux* en a été la preuve en jurisprudence luxembourgeoise.

Une simple observation des normes écrites existantes ne permet en effet pas de décider, par application de critères strictement logiques, si elles sont des applications d'un principe général du droit que le juge devrait consacrer ou alors des dérogations à un principe général du droit contraire qui mériterait, quant à lui, d'être consacré (27). Le choix et la sélection par les tribunaux se font par conséquent nécessairement par référence à autre chose que les applications des principes généraux du droit dans des textes préexistants ; ils se font par référence aux valeurs fondamentales régissant

(25) Termes en provenance directe de la philosophie des sciences : A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2010, pp. 508 et 509. Pour son emploi dans le domaine juridique, voy. Ch. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, n° 40 ; elle a été reprise par de nombreux auteurs : voy. notamment les traités de J. Ghestin (actuellement J. GHESTIN et H. BARBIER, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2018, n° 730) et de P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, coll. De Page, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 44.

(26) X. DIEUX, *Le respect dû aux attentes légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, *op. cit.*, p. 62, et la note 80 en bas de page, qui rappelle la constatation, « assez élémentaire » selon l'auteur, selon laquelle « l'observation et l'expérience sont guidées par la théorie », même en sciences naturelles.

(27) Sur l'hypothèse d'un texte législatif apparaissant comme une dérogation à un principe général du droit (dont ce texte peut dès lors confirmer indirectement l'existence), voy. S. SEYS *et al.*, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 502, note 42. Dans l'affaire *Audiolux*, les juridictions luxembourgeoises auront implicitement fait application d'un principe général de la liberté d'agir (en l'espèce, au profit de l'actionnaire majoritaire), auquel aucune limite n'était selon elles posée par un devoir de traitement égalitaire des actionnaires minoritaires qui découlerait d'un principe qui le prévoirait.

– selon qu’il s’agit d’un micro-principe ou d’un macro-principe général du droit – soit une institution juridique donnée (ou une branche du droit), soit l’ordre juridique dans son ensemble. La référence à des valeurs est en définitive toujours indispensable. Ce seront des valeurs considérées, par les tribunaux proclamant l’existence d’un principe général du droit, comme fondamentales et comme faisant l’objet d’un consensus ; compte tenu du caractère savant des principes généraux du droit, il s’agira certes d’un *consensus omnium doctorum*, d’un consensus au sein d’une élite (intellectuelle) – mettons les membres d’une juridiction donnée –, plutôt que d’un véritable consensus social. Il appartiendra néanmoins aux tribunaux de ne pas oublier, dans ce contexte comme dans d’autres, qu’ils s’expriment en tant qu’autorités publiques investies de leurs fonctions par la société en son ensemble. La démarche ne consiste certes pas à se laisser, à proprement parler, « égarer ni par la philosophie du droit, ni par la morale », mais il n’est pas certain non plus qu’elle « demeurera sur le terrain strict du droit ». Mais tout sera, dans ce contexte, une question de savoir ce que signifie *terrain strict*.

Comme on le verra à présent, l’« induction amplifiante » et la référence aux valeurs interviennent à des degrés très divers devant les différents ordres juridictionnels luxembourgeois. Leurs sources d’inspiration sont en effet différentes.

B. Des variations méthodologiques entre les ordres juridictionnels

1) Les tribunaux judiciaires, et le cas particulier de la Cour de cassation

Dans l’interprétation des Codes hérités de la France ou des textes inspirés par des modèles français ou belges, le juge judiciaire luxembourgeois reste très largement fidèle aux solutions jurisprudentielles en provenance de l’ordre juridique d’inspiration des textes luxembourgeois⁽²⁸⁾. Cette attitude s’étend aux principes généraux du droit consacrés, en matière de droit privé, par la jurisprudence étrangère : le cas emblématique en a été la reprise, au début du xx^e siècle, du principe de l’interdiction de l’enrichissement sans cause consacré auparavant par la Cour de cassation

(28) P. ANCEL, « Le droit luxembourgeois des contrats, un droit sous influence(s) », *R.D.C.*, 2014, pp. 295 et s., spéc. p. 301 fait référence à l’« esprit d’allégeance apparente, voire de soumission aux solutions françaises » dans l’interprétation du Code civil, esprit qui se justifie par le pragmatisme « d’économie de moyens » des magistrats luxembourgeois, comme le précise l’auteur.

française(29) ; un exemple plus récent est l'intérêt des tribunaux pour le principe de l'« interdiction de se contredire au détriment d'autrui » ou de l'*estoppel*, sur le modèle de la jurisprudence civile française(30).

Lorsqu'un principe général du droit est ainsi repris d'une jurisprudence étrangère, la question du choix méthodologique n'est pas posée : la référence à la jurisprudence servant de modèle suffit. En dehors de cette hypothèse, la discussion de l'existence ou de l'inexistence de principes généraux du droit est rare devant le juge judiciaire, mais là où elle se fait, elle semble suivre la méthode pure de l'« induction amplifiante », sans en voir les impasses théoriques. L'affaire *Audiolux*(31) en est un exemple, de même que la discussion, récemment menée devant la cour d'appel, sur l'existence d'un « principe général du droit à l'oubli » qui serait induit, au-delà du cas des personnes physiques, du règlement général européen sur la protection des données(32).

On peut ajouter – et c'est rassurant sous l'angle de l'unité de l'ordre juridique luxembourgeois – que rien ne s'oppose à l'application par le juge judiciaire, dans des cas appropriés, d'un principe général du droit provenant de la jurisprudence du juge administratif et ayant trait aux normes qui s'imposent au fonctionnement de l'administration(33).

En bonne logique (mais celle-ci doit composer, en la matière, avec la tradition), le statut des principes généraux du droit devant la Cour de cassation ne devrait avoir aucune particularité. Les principes généraux du droit sont des normes, des règles de droit : il n'y a donc pas de véritable raison pour la Cour de cassation d'appliquer des règles restrictives quant à l'invocabilité de moyens de cassation tirés de la violation de principes généraux du droit. Ceci devrait être vrai tant à propos des micro-principes que des macro-principes. Si ces principes existent et s'ils ont été violés, la décision déferée à la Cour de cassation devrait dans tous les cas être cassée.

(29) Trib. Arr. Luxembourg, 1^{er} mai 1915, *Pas. lux.*, 10, p. 527 ; Cass., 1^{er} mars 1934, *Pas. lux.*, 13, p. 193.

(30) Les contours exacts de ce principe restent à définir par les tribunaux ; voy. les arrêts C.A., 7 décembre 2016, *J.T.L.*, 2017, p. 120 ; C.A., 4 juillet 2018, *J.T.L.*, 2018, p. 175 ; et C.A., 24 octobre 2018 et 9 janvier 2019, *J.T.L.*, 2019, p. 182, et les notes sous ces arrêts.

(31) *Supra*, section III.A.

(32) C.A., 23 février 2021, *J.T.L.*, 2021, p. 111. L'arrêt décide que l'existence de ce principe « qui devrait trouver application de façon plus large que dans le seul contexte où il est légalement ou réglementairement consacré et qui devrait prévaloir sur le droit légitime d'information des tiers » n'est pas prouvée.

(33) Pour l'application du principe de la confiance légitime en matière de procédure d'imposition à la TVA, le contentieux de cet impôt relevant de la compétence du juge judiciaire : C.A., 29 mars 2019, n° 43/19-VII-CIV.

Et pourtant, cette conception simple, qui découle du rôle du juge de cassation comme juge chargé de statuer en dernière instance sur les questions de droit, ne s'est toujours pas imposée pleinement.

Dans la technique de cassation et la formulation des exigences procédurales pour l'introduction des pourvois, la réglementation de la procédure en cassation et la jurisprudence de la Cour de cassation s'inspirent au Luxembourg principalement de la France et accessoirement de la Belgique, ce qui peut entraîner un cumul des exigences. La loi luxembourgeoise de 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ne contient – à la différence de l'article 1080 du Code judiciaire belge – pas d'exigence expresse relative à l'« indication des dispositions légales dont la violation est invoquée », et elle se contente de disposer en son article 3 que la Cour de cassation peut connaître de moyens tirés de la « contravention à la loi ». Mais cette référence à la « loi » a traditionnellement été interprétée, de même que les textes belges et français sur la cassation, comme visant sinon exclusivement, du moins principalement la violation de textes normatifs écrits. Dans les trois pays, la Cour de cassation était comprise, et se comprenait elle-même, comme instituée pour servir non pas les intérêts de la justice, mais l'intérêt abstrait de la défense de la loi. D'où une attitude réticente à admettre la recevabilité des moyens de cassation fondés sur la violation de principes généraux du droit, toujours suspects de viser en réalité de simples maximes au statut normatif douteux et subversives de l'idée de légalité⁽³⁴⁾.

La solution de compromis, actuellement abandonnée en France au profit d'une simple assimilation des « principes » aux dispositions législatives⁽³⁵⁾, mais maintenue au Luxembourg, consiste à exiger que le principe général du droit visé ait été développé par « induction amplifiante » à partir de textes normatifs préexistants. La formule consacrée au Luxembourg est que la violation d'un principe général du droit « ne donne ouverture à cassation que s'il trouve expression dans un texte de

(34) Voy. en doctrine française E. FAYE, *La Cour de cassation*, Paris, Marescq-Aîné, 1903, n° 104 ; J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1980, n° 1079 et s. ; en doctrine belge (des années 1960, mais critique à l'égard des solutions traditionnelles), voy. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, n° 94 ; P. FORIERS, « L'ouverture à cassation en cas de violation d'une maxime de droit », note sous Cass., 9 novembre 1965, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 139 et s.

(35) Voy. P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », *op. cit.* ; J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n° 61.41.

loi » (36), à l'instar du principe relatif à l'enrichissement sans cause (37). Ceci signifie, bien entendu, que si le principe trouve dans la loi des applications spéciales et si la Cour de cassation le reconnaît par ailleurs comme principe général du droit, *il peut être invoqué dans des cas non visés par ces applications spéciales* (38). C'est là tout l'intérêt de la reconnaissance d'un principe général du droit. À défaut, la Cour de cassation ne reconnaît que des pseudo-principes, qui ne seraient que des reformulations de textes à portée générale (du type du « principe de l'égalité devant la loi », qui est contenu tout entier dans un texte de la Constitution, l'article 10bis, paragraphe 1^{er}). Dans pareil cas, c'est le texte normatif qu'il convient de viser, non le « principe général du droit ».

L'affaire *Audiolux* a donné l'occasion à la Cour de cassation de définir clairement sa doctrine à cet égard. L'arrêt rappelle avec précision, comme nous l'avons vu, le fonctionnement de la méthode de l'« induction amplifiante » (39) et énonce avec toute la clarté voulue que le contrôle de la Cour de cassation s'étend aux principes généraux du droit ainsi déterminés : « [...] les principes généraux du droit appartiennent au droit positif et peuvent être invoqués à l'appui d'un recours devant la Cour de cassation laquelle en assure le respect au même titre qu'elle censure la violation de la loi. »

Qu'en est-il des autres principes généraux du droit, qui ne peuvent être considérés comme dérivés d'une induction amplifiante ? Actuellement, ils peuvent être utilement invoqués devant les juges du fond (40), mais non, semble-t-il, devant la Cour de cassation. Ce système n'est certes pas vraiment satisfaisant. C'est sans doute la raison de l'acceptation en jurisprudence d'une autre catégorie de principes généraux du droit, dont la

(36) Parmi de très nombreux arrêts de toutes les époques, voy. Cass., 2 octobre 2017, *J.T.L.*, 2017, p. 76 et la note ; pour une formule similaire dans la jurisprudence plus ancienne, voy. par ex. Cass., 19 novembre 1920, *Pas. lux.*, 11, p. 23. Pour un arrêt niant, sur ce fondement, la recevabilité d'un moyen de cassation fondé sur la violation du principe de confiance légitime en matière de TVA, voy. Cass., 22 décembre 1994, n° 51/94, « aucune disposition légale ne pouvant être citée » selon l'arrêt.

(37) Cass., 20 décembre 1932, *Pas. lux.*, 13, p. 193 énonce que « le principe d'équité "nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui" est à la base de nombreuses dispositions du Code civil, notamment des articles régissant les quasi-contrats ; que le moyen fondé sur la violation de ce principe est donc recevable ».

(38) La motivation brève traditionnellement employée par la Cour de cassation en ce qui concerne les conditions de recevabilité des moyens fondés sur la violation d'un principe général du droit (*supra*, texte accompagnant la note 36) a cependant pu égarer, sous ce rapport, des avocats auteurs de mémoires en défense devant la Cour de cassation et, occasionnellement, des membres individuels du Parquet général.

(39) Cass., 23 septembre 2010, motifs cités *supra* section III.A.

(40) Exemple : le principe de la confiance légitime, invocable devant les juges du fond (*supra* note 33) mais non, à en croire l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1994 (*supra*, note 36), devant celle-ci. Un autre exemple : le principe de l'« interdiction de se contredire au détriment d'autrui » (*supra*, texte accompagnant la note 30).

Cour de cassation vérifie toujours l'application correcte, alors même qu'ils n'auraient pas par ailleurs été appliqués dans des textes particuliers : depuis 2003, le principe « reconnu comme tel par la jurisprudence d'une juridiction supranationale »⁽⁴¹⁾ peut également être utilement invoqué devant la Cour de cassation. Il était difficile de ne pas réserver un statut privilégié à ces principes généraux du droit reconnus dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et que chaque juridiction nationale – et donc au premier chef la Cour de cassation – doit mettre en œuvre de façon effective.

2) Les juridictions administratives

Devant les juridictions autres que les juridictions judiciaires, un emploi (raisonné) de la méthode de « l'induction amplifiante » n'est pas inconnu, mais il est moins entouré de précautions rhétoriques dans la reconnaissance du pouvoir normatif propre de la jurisprudence.

Depuis longtemps, les juridictions administratives définissent des principes généraux du droit sans se livrer à la recherche d'applications particulières de ces principes dans la législation écrite. Ceux-ci sont consacrés simplement parce qu'il existe un consensus⁽⁴²⁾ sur la conception « éthico-politique » sous-jacente⁽⁴³⁾. Trois générations au moins de principes généraux du droit au sens administrativiste strict coexistent actuellement en droit administratif luxembourgeois :

- 1° Dès la jurisprudence du Conseil d'État, à l'époque où il exerçait encore les attributions d'un juge administratif, un certain nombre de principes généraux du droit classiques (inspirés de la jurisprudence du Conseil d'État français) avaient été consacrés, mais d'une manière moins spectaculaire qu'en jurisprudence française : droits de la défense, respect des droits acquis, non-rétroactivité des règlements, règle « *patere legem quam ipse fecisti* »⁽⁴⁴⁾. Ces principes

(41) Cass., 22 mai 2003, *Ann. dr. lux.*, 2004, vol. 14, p. 498, solution étendue à « une pratique supranationalement consacrée » par Cass., 5 janvier 2006, *Ann. dr. lux.*, 17-18 (2007-2008), p. 573.

(42) Sur le sens de ce consensus, voy. *supra*, section III.A.

(43) Voy. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 42. Le savant auteur français fait encore allusion à une « vision humaniste » ; la Cour administrative luxembourgeoise serait certainement encline à reprendre cette définition : voy. l'emblématique arrêt du 9 janvier 2020, n° 43470C, *J.T.L.*, 2020, p. 154.

(44) Sur ces deux derniers principes, voy. les arrêts non publiés répertoriés in GLODT, *Répertoire analytique de la jurisprudence administrative du Conseil d'État*, v° « Lois, règlements et arrêtés », nos 54 et 55. Sur les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État, voy. l'article (avec des références jurisprudentielles additionnelles) de F. SCHOCKWEILER, « Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois », in *Mélanges Michel Delvaux*, Luxembourg, Cercle Michel Delvaux,

classiques restent en vigueur devant les juridictions administratives ; et leur jurisprudence actuelle montre qu'elles considèrent toujours le « principe de liberté » comme une valeur-phare (45).

- 2° Dans un deuxième temps, dès leur création (à partir de 1997 par conséquent), les juridictions administratives instituées pour remplacer le comité du contentieux du Conseil d'État décidèrent de reprendre, comme principes généraux du droit interne, les principes de confiance légitime, de sécurité juridique et de proportionnalité en provenance de l'ordre juridique européen qui les avait lui-même originairement repris du droit allemand (46). Cette deuxième phase a été essentielle à la modernisation du droit administratif luxembourgeois.
- 3° Ensuite est venue la consécration des principes de bonne administration (47), en provenance de la jurisprudence belge, d'une part (*beginselen van behoorlijk bestuur*), et européenne (actuellement codifiée à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux), d'autre part. Une particularité, qui montre le rôle résiduel mais réel de la méthode de l'« induction amplifiante » même devant les juridictions administratives, est l'utilisation des concepts relatifs au procès équitable, en provenance de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans le contentieux disciplinaire des fonctionnaires qui n'entre pas dans le champ d'application matériel de l'article 6 : la jurisprudence administrative luxembourgeoise y applique ces concepts, et notamment la notion d'impartialité de l'autorité, en tant que principes généraux du droit non écrits, inspirés de l'article 6 de la Convention (48).

1990, pp. 211 et s., spéc. p. 242, concluant que, par rapport à la jurisprudence communautaire, qui était pour lui le premier terme de comparaison, « il faut bien constater que l'apport de la jurisprudence administrative luxembourgeoise est modeste ». Encore plus minimaliste (mais datant des années 1960), A. BONN, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, Luxembourg, Armand Peiffer, 1966, n° 181.

(45) Cour adm., 12 juillet 2016, n° 37825C, p. 8 (« Il est constant que c'est le principe de liberté qui l'emporte et que si une matière n'est pas réglementée, aucune interdiction ne peut être prononcée. Le principe corollaire est qu'il n'existe pas d'interdiction sans texte. Ce qui n'est pas interdit est libre ») ; Trib. adm., 29 mai 2018, n° 35229, p. 9.

(46) Voy. les nombreuses décisions répertoriées in *Pas. lux., Bulletin de jurisprudence administrative*, 2021, v° « Lois et règlements », n° 44 et s. Pour une référence au principe de confiance légitime dans la jurisprudence du Conseil d'État avant la création des nouvelles juridictions administratives, voy. toutefois C.E., 6 juillet 1993, n° 8781. Le principe de *subsidiarité* est mentionné dans Cour adm., 18 février 2016, n° 35374C, mais comme principe spécifique à l'autonomie communale, garanti par la Charte européenne de l'autonomie locale.

(47) Trib. adm., 20 janvier 2000, n° 11082 ; Trib. adm., 16 avril 2008, n° 23216, entre autres décisions.

(48) *Pas. lux., Bulletin de jurisprudence administrative*, 2021, v° « Fonction publique », n° 262 et s.

Cette jurisprudence a été étendue à d'autres matières administratives (49). Et le juge administratif a même créé, par extrapolation hardie d'un droit garanti par l'article 6, un « principe général du délai raisonnable », dans l'appréciation du comportement de l'autorité de tutelle à l'égard des communes (50).

À côté de ces principes-là, qui sont assurément les plus importants, des références à d'autres principes se multiplient dernièrement dans la jurisprudence de la Cour administrative (qui fait parfois penser, par sa créativité, à cette citation du président Mao : « Que cent fleurs s'épanouissent, que cent écoles rivalisent ! »). Outre les « principes supérieurs par essence, à la fois de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique » dont nous avons déjà dit qu'ils ne paraissent pas pouvoir être identifiés à des principes à proprement parler normatifs (51), se constate l'importation en droit administratif de principes traditionnels de droit privé, qui acquièrent dans les arrêts de la Cour administrative valeur universelle (52).

3) La Cour constitutionnelle

Cette juridiction – composée, au Luxembourg, de magistrats siégeant à titre principal soit à la Cour de cassation ou dans d'autres juridictions judiciaires, soit à la Cour administrative – est devenue, au fil de ses vingt-cinq ans d'existence, la juridiction suprême du Luxembourg du point de vue de l'importance de sa jurisprudence, mais avec une compétence d'attribution précisément définie (statuer, par voie préjudicielle, sur la

(49) Trib. adm., 21 janvier 2020, n° 40827 (à propos d'une décision de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel).

(50) Cour adm., 5 mars 2009, n° 24981C et 12 mars 2009, n° 25204C, *J.T.L.*, 2009, p. 191 ; Cour adm., 18 février 2016, n° 36974C, *J.T.L.*, 2017, p. 11, 2^e esp. – Pour un autre exemple (non fondé sur l'art. 6 de la Convention) d'utilisation de la technique de l'induction amplificatrice en matière de procédure administrative non contentieuse : Cour adm., 27 novembre 2014, n° 35045C, p. 4.

(51) *Supra*, section I.A. Dans un arrêt du 15 octobre 2020, n° 40632Ca, *J.T.L.*, 2021, p. 153, la Cour se livre à l'examen de la compatibilité d'une disposition de procédure fiscale non seulement avec ces principes de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique, mais encore avec le principe de l'*estoppel*, le principe de l'État de droit et la règle constitutionnelle d'égalité ; elle aborde chacun de ces principes dans le même esprit.

(52) Ces principes, tels qu'ils apparaissent dans les arrêts de la Cour administrative, sont souvent exprimés sous forme de maximes latines : « le principe général *potius [ut] valeat quam ut pereat* », Cour adm., 13 juillet 2017, n° 3924C, p. 11 ; « *error communis facti jus* » : Cour adm., 11 décembre 2017, n° 40016C. Et on retrouve en jurisprudence administrative un principe nouvellement introduit en droit privé luxembourgeois (*supra*, III.A), le « principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, encore appelé principe de l'*estoppel* » (Cour adm., 6 mai 2021, n° 44740C, p. 20 ; voy. aussi Trib. adm., 26 mai 2014, n° 32374, *J.T.L.*, 2015, p. 90 et l'allusion au « principe de l'*estoppel* » dans Cour adm., 18 février 2016, n° 36974C, *J.T.L.*, 2017, p. 11, 2^e esp.). Une référence à l'équité dans l'arrêt du 29 mars 2018, n° 40851C, *J.T.L.*, 2018, p. 188.

constitutionnalité des lois). Elle emploie, dans la définition des principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle, une méthode mixte.

Elle a commencé en 2010 par consacrer la « règle de la séparation des pouvoirs » (il n'était pas encore expressément question de principe général du droit) en constatant qu'« un certain nombre de dispositions de la Constitution constituent une application directe à cette règle » – faisant ainsi emploi de la méthode de « l'induction amplifiante » –, mais aussi que cette règle a été consacrée « implicitement mais nécessairement » par l'article de la Constitution qui énonce que le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire (53). Une méthode similaire se trouve employée dans l'important arrêt consacrant le « principe fondamental de l'État de droit » (54).

En revanche, dans deux arrêts de 2021, la Cour procède de manière beaucoup plus directe en consacrant la valeur constitutionnelle des principes non écrits de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime (et de leurs corollaires, la clarté, l'accessibilité et la prévisibilité des lois, entraînant comme sous-corollaire la nature constitutionnelle du principe, susceptible de dérogations, de non-rétroactivité des normes). Elle n'y cherche plus à rattacher les principes nouvellement proclamés à des articles de la Constitution qui en feraient dès à présent une application partielle, mais se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, fait référence à la pratique consultative du Conseil d'État luxembourgeois et décide de faire découler les deux principes, comme sous-principes, du principe fondamental de l'État de droit antérieurement proclamé (55). Enfin, dans un autre arrêt de 2021, c'est le principe de proportionnalité qui devient un principe autonome à valeur constitutionnelle (56). Là encore, le

(53) C. const., 1^{er} octobre 2010, n° 57, *J.T.L.*, 2010, p. 202, note P. HURT.

(54) C. const., 28 mai 2019, n° 146, *J.T.L.*, 2019, p. 111, et la note, ainsi que l'article par L. Heuschling à la p. 97. Cet arrêt énonce à la fois que « les règles de primauté du Droit et de soumission de tout acte public ou privé à la règle de droit, toutes deux caractérisant le principe fondamental de l'État de droit, sont inhérentes à l'article 1 de la Constitution suivant lequel le Grand-Duché de Luxembourg est un État démocratique et à son article 51, paragraphe 1, suivant lequel le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire » (appel à des valeurs constitutionnelles fondamentales) » et « que le principe de légalité et l'article 95 de la Constitution [qui prévoit le contrôle à la légalité des *règlements* administratifs] constituent une émanation du principe fondamental de l'État de droit auquel ils participent » (induction amplifiante). L'arrêt fait ensuite application du principe de l'État de droit pour, potentiellement, remettre en cause une loi excluant tout recours contre certains types d'actes administratifs individuels.

(55) C. const., 22 janvier 2021, n° 152, *J.T.L.*, 2021, p. 105, et la note.

(56) C. const., 19 mars 2021, n° 146. Le principe de la proportionnalité avait déjà fait son apparition dans un arrêt antérieur, l'arrêt (précité) du 22 janvier 2021, mais dans le contexte particulier du contrôle de l'égalité devant la loi où, comme le rappelle ce dernier arrêt, « la Cour constitutionnelle a d'ores et déjà

principe général du droit reçoit valeur constitutionnelle sans recherche de consécutions partielles dans le texte de la Constitution.

La Cour constitutionnelle montre ainsi que, s'il est possible, le recours à l'« induction amplifiante » est de nature à rassurer, mais que là où il n'est pas possible, son absence n'est pas un obstacle à la consécration d'un principe général du droit.

Dans les deux cas de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence constitutionnelle, les influences des juridictions européennes (Cour de justice de l'Union européenne ou Cour européenne des droits de l'homme) ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine étrangère sont évidentes – y compris, dans les derniers arrêts de la Cour constitutionnelle, l'influence de la jurisprudence du tribunal constitutionnel fédéral allemand et de la doctrine allemande⁽⁵⁷⁾. Les concepts, en matière de principes généraux du droit, ont tendance à migrer et les jurisprudences s'inspirent l'une de l'autre. Par réalisme autant que par adhésion à une idée de droit commun européen, la jurisprudence luxembourgeoise ne considère pas qu'elle doit (ou peut) se développer, en matière de principes généraux du droit, en isolation.

recours à un autre principe général de droit, à savoir celui de la proportionnalité, lorsqu'elle examine, dans le cadre de l'analyse de la conformité d'une loi au texte de l'article 10*bis* de la Constitution qui consacre le principe de l'égalité devant la loi, la question de savoir si la différence de traitement opérée par la loi répond à une différence objective des situations à régler en vue de décider si la loi mise en cause respecte le texte constitutionnel ».

⁽⁵⁷⁾ Voy. sur ce point les notes accompagnant la publication des arrêts des 28 mai 2019 et 22 janvier 2021 au *J.T.L.*