

Association Capitant
Journées italiennes
2017

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit privé luxembourgeois

Denis PHILIPPE

Avocat aux barreaux de Luxembourg et de Bruxelles
Professeur extraordinaire à l'Université catholique de Louvain
Chargé de cours invité à l'Université de Paris Nanterre

Pierre HURT

Avocat au barreau de Luxembourg
Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg

Introduction

Précisons d'emblée que le droit luxembourgeois s'inspire souvent du droit français ; beaucoup de juristes luxembourgeois ont effectivement fait leurs études de droit en France et ce n'est que depuis peu que le Luxembourg a créé une Université. Beaucoup de réflexions ci-après pourraient s'appliquer au droit français.

Le Code Napoléon, malgré son remarquable rayonnement, n'est plus toujours adapté aux valeurs de notre société.¹

Ainsi, une place proportionnellement trop importante est laissée à la propriété immobilière par rapport à la propriété mobilière.²

Par ailleurs, les réformes du Code civil en France n'ont pas eu lieu en droit luxembourgeois, ce qui rend l'adaptation des normes aux valeurs actuelles encore plus impérieuse donnant ainsi une fonction déterminante à l'interprétation et le comblement des lacunes. S'agissant de l'interprétation en droit luxembourgeois et sa structuration, l'on peut citer dans cette introduction et non sans un soupçon de provocation, un auteur autorisé :

« Les attitudes pratiques autant que les opinions doctrinales en matière de méthodes d'interprétation offrent une image d'incohérence, d'éclectisme sinon même d'arbitraire. On dirait que chacun choisit sa méthode d'interprétation selon les circonstances... »³

Nous aborderons la jurisprudence dans un premier chapitre et la doctrine dans un second.

¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Bruylant, 2009, p. 18.

² *Ibid.*

³ P. PESCATORE, *op.cit.*, p.564.

Sauf quelques exceptions, nous n'aborderons pas les décisions plus nombreuses en matière de principes constitutionnels et qui se réfèrent au droit de la famille ; elles font en effet l'objet d'un autre rapport ; nous incluons cependant le droit commercial dans notre étude.

PARTIE I. JURISPRUDENCE

Les arrêts de la Cour de cassation sont assez silencieux quant à l'application des principes généraux. Ils se limitent souvent à vérifier si telle ou telle disposition légale spécifique a bien été appliquée dans le cas d'espèce.

S'agissant de l'interprétation du contrat, l'on distingue l'interprétation plus casuistique et le comblement des lacunes.⁴ Même dans le comblement des lacunes, le juge se réfère peu aux principes généraux notamment parce que le juge ne peut s'arroger plus de pouvoirs sous peine de ne pas respecter le principe de la séparation des pouvoirs.

Nous aborderons trois sujets :

1. L'évolution des valeurs au niveau du droit des contrats.
2. L'application des principes constitutionnels par la Cour constitutionnelle à la suite des questions posées par les juges du fond.
3. L'application de ces principes par les juges du fond.
4. Les principes généraux supranationaux.
5. L'interprétation téléologique.
6. La balance des intérêts.

1. Les valeurs dans l'application du Code civil : entre sécurité et solidarité. Intégration des principes fondamentaux notamment par la notion de bonne foi.

Le Code civil qui date de 1804 a dû faire l'objet d'interprétations liées à la transformation économique et sociale de la société et à l'évolution des valeurs.⁵

Si on s'attache au droit des contrats, l'on voit que les principes de base sont très liés à des conceptions philosophiques. Ainsi, le principe **Pacta sunt servanda** a été mis en relief par le Professeur Ancel dans son ouvrage précité : « *Depuis longtemps, juristes et philosophes du droit, cherchent à donner une explication à chercher un fondement à cette force obligatoire du contrat à travers un certain nombre de « théories ». Ces explications, qui se présentent*

⁴ P. PESCATORE, *op.cit.* p.302 ; Voyez aussi sur l'interprétation en droit, l'interprétation P. HURT, *Les hypothèses juridiques : une étude du raisonnement judiciaire*, Thèse, 2 mai 2007, Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

⁵ P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, 2016,p.15.

*parfois comme scientifiques ou philosophiques, sont en réalité fortement teintées d'idéologie, elles reflètent des choix politiques car, selon la théorie qu'on adopte, on est conduit à enfermer la force obligatoire dans des conditions plus ou moins strictes, à lui donner une portée plus ou moins grande »*⁶.

L'auteur se réfère essentiellement à la doctrine française et se penche ensuite sur les principes généraux du droit luxembourgeois des contrats. Il le taxe de libéral social et donc proche des droits français et belge⁷.

Ceci étant, la **bonne foi** a connu, comme en droit français, d'importants développements au cours des dernières décennies en droit des contrats.⁸ La bonne foi est inscrite dans les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil et la bonne foi par une simple acception plus large, a permis « *d'intégrer dans le droit des contrats modernes l'idée de protection des contractants en situation de faiblesse, presque complètement absente des préoccupations des rédacteurs du Code civil.* »⁹

La bonne foi fait également l'objet de nombreuses applications jurisprudentielles¹⁰. Maître Poelmans relève que, sur base du principe de l'exécution de bonne foi, une obligation précontractuelle d'information s'est forgée¹¹. Ainsi, la jurisprudence estime que l'obligation de loyauté dans le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, commande également que le contrat soit présenté et rédigé de manière claire et compréhensible pour le consommateur moyen¹².

L'auteur relève aussi cette obligation de loyauté dans le cadre de l'exécution des parties. Cette obligation de loyauté suppose la communication à chacune des parties des informations loyales et impose également d'avoir une attitude qui priverait l'autre partie des avantages normaux du contrat¹³. L'auteur souligne également que la bonne foi requiert un devoir de modération et une obligation de collaboration normale à l'exécution du contrat¹⁴.

La bonne foi permet également de veiller au maintien de la **dignité** dans les relations contractuelles. Ainsi, avant la transposition de la directive 2000/78/CE par la loi du 28 novembre 2006 en matière d'harcèlement moral, c'est sur la base de cette obligation de bonne foi que les faits de harcèlement moral ont été condamnés¹⁵. En effet, le harcèlement, observe la décision, constitue un acte dégradant et humiliant et cet acte doit être réprimé car il est de

⁶ Sur ces théories, voy. P. ANCEL, *op. cit.*, n° 84, p. 115.

⁷ P. ANCEL, *op. cit.*, p. 128; Voyez aussi sur la bonne foi en droit des contrats, P. ANCEL, *op. cit.*, p. 143, n° 116.

⁸ *Loc.cit.*

⁹ *Loc.cit.* p.35

¹⁰ O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg, Principes généraux et examen de jurisprudence*, in Les Dossiers du Journal des tribunaux de Luxembourg, Larcier, 2013.

¹¹ *Op. cit.*, p. 190, n° 146.

¹² Cour d'appel de Luxembourg, 5 mai 2010, *Pas.*, 35, p. 187 ; O. POELMANS, *op. cit.* *ibidem*.

¹³ O. POELMANS, *op. cit.*, n° 147.

¹⁴ O. POELMANS, *ibidem*.

¹⁵ Cour d'appel, 10 juillet 2008, *Pas.*, 34, p. 324 et note A. SEIFFERT ; Cour d'appel, 28 juin 2007, *Pas.*, 34, p. 113.

nature à porter atteinte à la dignité du salarié d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel.

2. Application des principes constitutionnels illustrée par les questions préjudicielles posées à la Cour constitutionnelle.

Les questions sont fréquemment posées par les Cours et tribunaux à la Cour constitutionnelle sur des principes généraux comme la non-discrimination. Ces questions montrent que les juridictions ne sont pas insensibles au respect de ces principes.

Un arrêt récent concerne par exemple la discrimination entre couple marié et des partenaires au sens de la loi du 9 juillet 2004.¹⁶

La Cour constitutionnelle a ainsi été interrogée par le tribunal d'arrondissement du Luxembourg en matière de vente entre époux ; elle a estimé dans un arrêt du 8 janvier 2010 :
« *Considérant, d'autre part, 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;*

Considérant que la différence de traitement résultant du fait que la prohibition de vente restreint la liberté de contracter des partenaires mariés alors que celle-ci reste entière pour les partenaires non mariés, est disproportionnée et non adéquate »

C'est donc le principe de **proportionnalité**, et le principe de **l'effet utile** de la disposition qui ont été invoqués.¹⁷

Une autre décision traite du problème de l'**égalité**. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 30 mars 2007.¹⁸ Cet arrêt a été prononcé à la suite d'une décision préjudicielle introduite par la huitième chambre de la cour d'appel, siégeant en matière de droit du travail. L'article 189 du Code du commerce introduit une prescription de 10 ans pour les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants. La cour d'appel s'interrogeait sur la conformité de cette disposition à la norme constitutionnelle de l'égalité des citoyens devant la loi, inscrite à l'article 10bis1 de la constitution. En effet, la prescription de droit commun, et notamment pour les salariés au service d'un commerçant et ceux travaillant pour un non commerçant, est soumise à la prescription trentenaire. Quid des contrats de nature mixte, civil dans le chef du salarié et commercial dans le chef de l'employeur ?

¹⁶ Arrêt du 9 décembre 2026, 126/16. Nous ne nous étendons pas sur cette décision vu que le droit de la famille fait l'objet de rapports spécifiques. Voy. aussi en matière de filiation, arrêt 113/14 du 21 novembre 2014, arrêt 110/14 du 11 juillet 2014 (concernant les droits successoraux des enfants naturels) (Tous les arrêts sont consultables sur le site de la cour constitutionnelle luxembourgeoise).

¹⁷ Arrêt 51/10, *Mémorial, Recueil de Législation*, 20 janvier 2010, p.60.

¹⁸ Arrêt 39/07 *Mémorial, Recueil de Législation*, p. 1174,).

La Cour constitutionnelle a estimé qu'il était adéquat que les non commerçants soient soumis à la prescription trentenaire. La différence entre le délai de 10 ans et le délai de 30 ans procède de disparité objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. La même règle peut très bien se justifier pour le non commerçant engagé à un contrat à caractère mixte de nature civile dans son chef et commerciale dans celui du commerçant.

L'obligation de **motivation** des décisions judiciaires est une obligation constitutionnelle¹⁹ mais vu le nombre de pourvois qui portent sur l'obligation de motivation, une étude de ces décisions dépasserait le champ de ce rapport.

3. Quel est le rôle des critères de jugement comme le principe de proportionnalité, en dehors des questions préjudicielles posées à la Cour constitutionnelle ?

Ces critères sont rarement présents dans les décisions de justice. Relevons quelques rares jugements.

Nous avons relevé une décision civile portant sur l'**impartialité** des magistrats. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que : « *La seule circonstance que deux membres du tribunal - qui n'est pas lié par ses décisions antérieures - se soient déjà prononcés entre les mêmes parties sur la suppression, sinon la réduction d'une pension alimentaire dans une procédure antérieure n'est pas de nature à faire naître dans l'esprit du justiciable un doute objectivement justifié sur l'impartialité du tribunal concerné* »²⁰

Dans la même décision, la Cour a envisagé aussi l'**égalité** du régime des enfants en matière de pension alimentaire ; le pourvoi invoquait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme aux motifs que les enfants se trouvaient dans une situation inégalitaire en matière de pension alimentaire ; la Cour a décidé que :

« *l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne garantit pas un traitement égal des enfants issus d'unions différentes* »

4. Une belle illustration ; le principe de l'égalité des actionnaires dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'affaire Bertelmans /RTL.

a. La procédure au fond.

Cette affaire portait sur le respect de l'égalité des actionnaires dans le rachat de RTL par le Groupe Bertelsmann. Les actionnaires minoritaires estimaient ne pas avoir traité sur pied d'égalité par rapport aux actionnaires majoritaires.

¹⁹ Cass. 22 mars 2012, *Pas.* 2012, p.825.

²⁰ Cass. 10 juin 2010, *Pas.*,2010, p.221.

L'appui sur des textes spécifiques ayant été vain, les minoritaires se sont retournés vers les principes généraux du droit comme l'abus de droit (avant sa consécration par l'article 6-1 du Code civil).

Les principes généraux du droit sont définis par P. Pescatore comme « *un semble de principes directeurs qui, sans avoir le caractère précis et correct des règles du droit positif, n'en servent pas moins d'orientation dans l'application et dans le développement de l'ordre juridique* »²¹.

Dans l'affaire RTL, le juge du fond²² a considéré que sur le plan luxembourgeois, l'existence du principe est contredite par l'attitude du gouvernement de sorte que « *l'absence d'une disposition de droit positif luxembourgeois n'est pas l'expression d'une conception qui estimerait qu'une telle règle serait superflue puisque déjà contenue dans un principe général du droit, mais le fruit d'un choix politique clairement exprimé de « donner au droit des sociétés luxembourgeois un caractère libéral* »²³.

Le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait l'objet d'un appel. La Cour d'appel avait confirmé dans son arrêt rendu le 12 juillet 2006 que « *l'égalité de traitement des actionnaires ne fait pas partie du droit positif au titre du principe général de droit* »²⁴.

b. La question préjudicielle de la Cour de cassation

L'affaire fut introduite devant la Cour de cassation²⁵, qui, en date du 5 mars 2008, considéra que la méconnaissance d'un principe général de droit reconnu par une juridiction supranationale et qui en constitue une source non écrite, peut donner lieu à cassation ; la Cour de cassation posa donc la question de savoir si le principe de l'égalité entre actionnaires, plus spécifiquement, la protection des minoritaires, constitue un principe général de droit européen. et demanda si les quatre documents suivants procédaient d'un principe général de droit communautaire :

- (i) la deuxième directive « *sociétés* »²⁶ ;
- (ii) la recommandation de la Commission, du 25 juillet 1977, établissant le code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières²⁷,

²¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, n^{os} 71 et 72, cité dans Trib. arr. Lux., 8 juillet 2003, n^{os} du rôle 70846 et 79679 (jonction), p. 49.

²² Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 8 juillet 2004, *Bulletin Droit et Banque*, n^o 34, p. 23,44.

Jugement du 8 juillet 2003 déboute les demandeurs

²³ Trib. arr. Lux., 8 juillet 2003, n^{os} du rôle 70846 et 79679 (jonction), p. 57.

²⁴ Cour d'appel, 12 juillet 2006, n^o 28403 et n^o 29202 du rôle.

²⁵ Cass. 21 février 2008, *Pas.* 2008, p.89.

²⁶ Deuxième directive 77/91/CEE, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (*JO*, 1977, L26, p. 1).

²⁷ *JO*, L212, p. 37.

en son « *Troisième Principe général* », et sa « *Dix-septième disposition complémentaire* » ;

- (iii) la directive 79/279/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des conditions d'admission des valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs²⁸, en son annexe schéma C, point 2, a), reprise dans la directive consolidée du 28 mai 2001 ;
- (iv) la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les offres publiques d'acquisition²⁹ en son article 3, paragraphe 1, à la lumière de son considérant.

Dans un arrêt rendu le 15 octobre 2009³⁰, la Cour de Justice a répondu à la question posée par la Cour de cassation comme suit : « *le droit communautaire ne contient pas de principe général de droit selon lequel les actionnaires minoritaires sont protégés par l'obligation de l'actionnaire dominant acquérant ou exerçant le contrôle de l'actionnaire dominant* ».

Le fait que le droit européen ne reconnaisse pas la protection des minoritaires comme principe général de droit communautaire n'enlèverait rien à la possibilité que ce principe soit reconnu en droit interne. S'agissant du droit européen précité dans cet article et pour lequel la Cour de cassation a posé une question préjudicielle, la Cour relève qu'il ne vise que des applications bien déterminées. Par ailleurs, la question posée mettait la barre assez haut, car les principes généraux de droit communautaire doivent répondre à des critères assez élevés pour être pris en considération. Dans son considérant n° 34, la Cour de justice énonce : « *L'examen des dispositions énoncées par la juridiction de renvoi a pour seul objet de vérifier si ces dispositions donnent des indications concluantes de l'existence du principe recherché. A cet égard, il y a lieu de préciser que ces dispositions ne revêtent une valeur indicative que dans la mesure où elles sont rédigées de manière contraignante, faisant ressortir le contenu bien déterminé du principe recherché* ».

Le questionnement de la Cour de cassation en la présente espèce montre en toute hypothèse, que la Haute Cour est très attachée au respect des principes généraux, spécifiquement internationaux.

5. Interprétation téléologique.³¹

Le professeur PESCATORE, dans son ouvrage précité³² évoque l'interprétation téléologique de cette méthode dans son approche plus objective : « *l'interprète se dégage de ces appréciations de caractères historiques. Il considère que le législateur a consacré, et donc objectivé certain jugement de valeur, certaine intention, dans le droit positif...ce sont ces permanences juridiques qu'il faut interpréter. Il y a une finalité, une « logique » inhérente à*

²⁸ JO, L66, p. 21.

²⁹ JO, L142, p. 12.

³⁰ C 101/08.

³¹ Réponse à la question 7 du questionnaire.

³² *Op. cit.*, p.572 n°239 D

*chaque disposition législative à chaque institution juridique*³³ ...des valeurs morales et sociales protégées par le code social ; de l'objectif économique poursuivi par la législation commerciale »

Cette méthode retenue par l'éminent juriste ne fait pas l'objet d'applications fréquentes et expresses en droit luxembourgeois même si elle transparaît dans de nombreuses décisions.

6. Balance des intérêts.

La méthode de la mise en balance des intérêts n'est pas, en apparence, des plus courantes en jurisprudence luxembourgeoise. Il existe toutefois des illustrations remarquables de cette technique en jurisprudence, notamment en matière de référés. C'est ainsi qu'il a été jugé que, « dans le référé-sauvegarde, le juge des référés doit constater l'existence d'un différend et l'urgence. Même si ces conditions sont remplies, il doit apprécier si le différend justifie les mesures demandées »³⁴ Or, dans cette appréciation, la cour d'appel a mis en balance « les intérêts économiques de l'intimée », demanderesse en première instance d'une mesure de suspension d'une résolution d'un conseil d'administration, avec les intérêts de l'appelante. La Cour a ainsi jugé que « la mesure de suspension risque, pour sa part, de mettre en péril les intérêts, qui ont une apparence de légitimité, de l'appelante ». Sur ce fondement la Cour d'appel a rejeté la mesure de suspension réclamée.

Plus récemment, dans une affaire de référé probatoire, la Cour d'appel a eu à trancher un conflit opposant, d'une part, un héritier réservataire, réclamant des informations relatives à un compte bancaire, et, d'autre part, une banque, ainsi qu'un expert-comptable. Ces derniers opposaient à l'héritier réservataire leur secret bancaire et leur secret professionnel. En effet, si la jurisprudence jugeait traditionnellement que l'héritier pouvait obtenir toutes les informations relatives à un compte bancaire (convention de compte, instructions, opérations, solde etc.) détenu directement par le défunt, il en allait différemment au cas où le défunt n'était pas le titulaire direct de ce compte mais seulement le titulaire indirect à travers une société ou autre entité juridique dont il était le bénéficiaire économique. La Cour juge désormais que « le juge saisi d'une demande en communication de pièces/informations a le droit d'évaluer et, le cas échéant, le droit de surmonter l'obstacle que représente le secret professionnel au moyen d'une motivation qui met en balance les intérêts légitimes des deux parties. Dans son appréciation, il doit pondérer les intérêts des parties au litige et mesurer les effets de la demande et il peut écarter le secret professionnel pour des raisons proportionnellement aussi graves, raisons qu'il appartient au demandeur à la mesure de justifier ».³⁵ En l'espèce, l'héritier est ainsi parvenu à surmonter l'obstacle du secret bancaire.

La mise en balance des intérêts n'est, toutefois, pas une méthode d'interprétation cantonnée aux instances de référés, comme l'illustre la jurisprudence fondée sur « l'intérêt supérieur de l'enfant ». À titre d'illustration on citera ici un arrêt de la Cour constitutionnelle du 28

³³ *Op. cit.*, p. 573

³⁴ C.A., 17 mars 2010, JTL 2011.15.78, note A. SCHMITT.

³⁵ C.A., 22 juin 2016, JTL 2016.48.178, note A. SCHMITT, A. WAISSE.

novembre 2014, dans lequel celle-ci avait à se prononcer sur la conformité au principe constitutionnel d'égalité devant la loi de l'article 322, alinéa 2, du Code civil disposant que nul ne peut jamais contester une filiation légitime résultant d'une possession conforme au titre de naissance ³⁶Or, l'article 339, al. 3, du même Code ne prohibe la contestation d'une filiation naturelle que si cette filiation est établie par une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans. La Cour constitutionnelle en est venue à la conclusion « *qu'outre la recherche de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation et l'élimination des inégalités entre les différentes filiations prévues par la loi, l'intérêt supérieur de l'enfant requiert également, pour toute filiation, qu'une situation de fait résultant d'une vie familiale continue et de longue date, conforme au titre de naissance, puisse tenir en échec la recherche de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation* ». La Cour en a déduit que : « *la différence de traitement du prétendu parent véritable de l'enfant naturel qui peut en contester la filiation de manière limitée dans le temps et de celui de l'enfant légitime qui ne peut jamais ce faire n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée au but de la loi* ». La Cour a ajouté que la limite dans le temps (la durée de 10 ans) prévu pour l'exercice de l'action en contestation de la filiation naturelle, devait également s'appliquer à l'action en contestation d'une filiation légitime : « *Considérant que dans 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 la possession d'état conforme, de l'autre, la limite dans le temps à prévoir par rapport à l'action d'une personne qui entend contester la filiation d'un enfant dont il se prétend le parent véritable est à qualifier d'adéquate dans la mesure où elle se rattache à une possession d'état continue et conforme de dix ans* ».

IIème partie. DOCTRINE³⁷

La doctrine luxembourgeoise n'est pas abondante pour les raisons évoquées plus haut. Epinglons l'une ou l'autre étude intéressante au regard de notre propos.

1. L'on peut mentionner une étude relative au principe de **non discrimination**³⁸.

Cet article est consacré essentiellement au domaine autre que le droit civil mais quelques développements sont consacrés au contrat d'assurance. L'auteur analyse l'application de la directive 2004/113/CEE prohibant toute discrimination fondée sur le sexe en matière de biens et services. Le recours devant la Cour de justice estimait que la prise en considération du critère exclusif du sexe pour le calcul des primes et des prestations dans les contrats d'assurance serait contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes³⁹.

³⁶ C. const., 28 novembre 2014, arrêt N° 113 du registre, *JTL* 2016.43.15, note F. HILGERT. Sur l'intérêt de l'enfant, v. égal. p. ex. T.A.L., 29 novembre 2015, *ibid.* ou C.A., 15 juillet 2015, *JTL* 2016.43.22 : « *l'intérêt supérieur de l'enfant commande de voir établir le lien de filiation paternelle qui correspond à la vérité biologique, nonobstant la fraude à la loi ukrainienne, l'intérêt supérieur de l'enfant primant dans ce cas sur toute autre considération* », adoption à Luxembourg d'un enfant conçu par P.M.A. et G.P.A. en Ukraine.

³⁷ P. ANCEL, *op.cit.*, 15.

³⁸ F. MOYSE, Actualités du droit anti-discrimination, *Ann. Dr. Lux.*, 2012, p. 157.

³⁹ F. MOYSE, *op. cit.*, p. 160.

La Cour de justice estime que cette prise en considération exclusive du sexe est discriminatoire car la situation entre les hommes et les femmes est comparable. L'auteur conclut en constatant que le droit relatif aux discriminations est en constante évolution⁴⁰. L'auteur craint par ailleurs qu'une uniformisation parfaite des critères de discrimination se heurte à des différentes approches et de sensibilités que peuvent avoir nos sociétés⁴¹. Ceci montre aussi l'importance de ces principes pour le juriste luxembourgeois.

2. Certains auteurs, on l'a vu, soulignent que le droit luxembourgeois, spécialement le droit privé, présente un caractère libéral.⁴² Plusieurs auteurs se sont penchés sur la réconciliation de ce caractère avec les principes fondamentaux.

Ainsi, l'idée de **justice contractuelle** imprègne aussi plusieurs articles des auteurs luxembourgeois⁴³.

S'agissant de la théorie de l'imprévision qui, rappelons-le, permet l'adaptation des contrats en cas de circonstances imprévisibles bouleversant son économie, ces auteurs écrivent à propos de cette théorie :

« Vers une idée de justice contractuelle ?

« Dans un récent article, Ghestin en se référant à Kelsen vient d'exposer que « l'autonomie de la volonté ne pouvait substituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat » et qu' « elle n'explique pas pourquoi, en effet, la volonté passée, volonté morte, qui devrait prévaloir sur la volonté présente, volonté vivante, de celui qui refuse d'exécuter le contrat.ⁱ » Et ce serait cet élément extérieur à la volonté, la règle pacta sunt servanda, qui trouve sa légitimité dans sa conformité aux normes qui lui sont supérieuresⁱⁱ. A la question de savoir quelles seraient les raisons qui ont amené le législateur à instituer ou à sanctionner la convention comme état de fait créateur de droit, Ghestin dégage de l'analyse de Kelsen le souci du législateur de « laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus justeⁱⁱⁱ », 'autrement dit la plus utile et la plus juste.

Et c'est précisément cette idée de justice contractuelle qui milite en faveur de la remise en cause de la jurisprudence traditionnelle qui réfute tout correctif fondé sur l'imprévision »

⁴⁰ F. MOYSE, *op.cit.*, p. 172.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 170 ; voyez en matière de principes gouvernant le droit des contrats, E. DELOSCH et P. HURT, « Successions et contrats », *Ann. Dr. Lux.*, 2010, p. 171 ; Voyez aussi, mais portant plus sur le droit européen, D. SPIELMANN et P. TITIUN, « Le droit au procès équitable et l'étendue du contrôle des décisions des autorités de régulation exerçant un pouvoir de sanction », *Ann. Dr. Lux.*, 1914, p. 47 à 54 ; Voyez pour la prise en compte de l'ordre public de protection du consommateur dans le cadre de l'exequatur d'une décision étrangère, Cass., 5 juillet 2012, *Pas.*, 2014, p. 728.

⁴² P. PESCATORE, Introduction à la science du droit, 2009, p.19,n°6.

⁴³ D. SPIELMANN & H. DUPONG, Quelques réflexions sur la théorie de l'imprévision, in *Le Bicentenaire du Code civil, Une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis. Voy. D.PHILIPPE, La théorie de l'imprévision, étude de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale, *Annales de droit luxembourgeois*, Volume 25, 2015, Bruylant, 2016, pp. 43 à 93.

Les auteurs concluent leur exposé en rappelant que la force obligatoire du contrat est subordonnée aux nécessités sociales qui la justifient et elle s'impose donc avec une rigueur moindre spécialement à l'encontre de la loi et du juge, qui sont interprètes naturels de ces nécessités⁴⁴.

Les auteurs soulignent que le Code civil est au service de la justice sociale. C'est donc un principe fondamental qui est ainsi mis en exergue par d'éminents auteurs.

En matière de **responsabilité civile**, les principes généraux sont également présents⁴⁵. Ainsi, les droits fondamentaux, le droit à la dignité, le droit au respect de son corps,... sont évoqués par Monsieur Ravarani dans son traité. Il évoque le droit français qui estime que certains droits, à savoir l'ensemble des droits au respect de la personne humaine, bénéficieraient d'une véritable garantie⁴⁶. L'auteur compare avec le droit luxembourgeois: « *Il est difficile de savoir si le droit luxembourgeois de la responsabilité civile, qui est sur la voie de son émancipation du model français, est engagée, ne serait-ce que timidement, sur la voie de la hiérarchisation des intérêts protégés* ». La question a au moins le mérite d'avoir été posée en début du traité de Monsieur Ravarani, même si l'auteur semble mettre en doute l'importance des intérêts de cette notion de droits fondamentaux dans la responsabilité civile luxembourgeoise. Le même auteur, plus loin dans son ouvrage⁴⁷, souligne que l'atteinte aux droits de la personnalité (atteinte à l'honneur, à l'image, à la vie privée et à la réputation) à l'usurpation du nom peut constituer un dommage réparable.

Conclusions.

De manière générale, les Cours luxembourgeoises explicitent peu les concepts, intérêts et valeurs en droit positif. Mais les quelques pages qui précèdent montrent cependant leur présence sous-jacente et leur invocation expresse dans des hypothèses fort variées du droit privé ; l'on épinglera aussi la décision très explicite de la Cour de cassation qui veille à l'application des principes généraux internationaux et spécifiquement européens.

⁴⁴ D. SPIELMANN & H. DUPONG, *op. cit.*, p. 157; Voyez aussi les *Journées brésiliennes de l'Association Henri Capitant*, t. LV, 2005, p. 611 et s.

⁴⁵ G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 3^e éd., *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2014.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 25.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 134, n° 1158.

ⁱ J. GHESTIN, « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre publique », *Liber Amicorum Lucion Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.405 et suiv., spéc. p. 407, se référant à H. Kelsen, « la théorie juridique de la convention », *Arch. Philo. Droit*, 1940, pp. 33 à 76.

ⁱⁱ *Ibidem*

ⁱⁱⁱ GHESTIN, *op.cit.et loc. cit.*, se référant à Kelsen, *op.cit.*, p.48