

III.1.2.2.3. La doctrine contemporaine

a) EN GÉNÉRAL

- 178.** La doctrine juridique s'est endormie avec la "définition" de la loi d'ordre public, élaborée par De Page et reprise par la Cour de cassation. Ses lacunes et multiples défauts n'ont pas été soulevés ou examinés.^{3/67}

De Page aurait réalisé l'impossible et il serait tout simplement impossible de faire mieux.

Toute tentative en ce sens serait contreproductive. Elle risquerait même de réduire la flexibilité et le caractère "évolutif" de l'ordre public. Une définition plus précise ou plus rigoureuse aurait pour effet que l'ordre public ne s'adapte plus ou moins facilement aux évolutions qui se produisent au sein du vivre ensemble. Tout aurait donc été dit et il serait inutile d'investir du temps et d'énergie dans l'étude de l'ordre public, de la loi qui intéresse l'ordre public ou qui est d'ordre public.

Le virement, entrepris par De Page, n'a donc pas été aperçu. La différence en matière d'ordre public entre l'avant et l'après De Page a échappé à l'attention de la doctrine contemporaine.

En silence, l'ordre public a perdu "sa suprême".

Comme De Page le souhaitait, la doctrine s'est concentrée sur les applications que font les Cours et Tribunaux des lois d'ordre public. Leurs décisions hétérogènes ont fait et font toujours l'objet de commentaires doctrinaux également hétérogènes, qui vont dans tous les sens.

Il est vrai qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de commenter l'application faite de (la loi d') l'ordre public quand manquent les réponses aux questions que la définition de De Page suscite.

L'attaque étant la meilleure défense, la doctrine se méfie dès lors de plus en plus de l'ordre public et de ses "caprices" qu'elle ne comprend pas et qu'elle ne cherche par ailleurs pas à comprendre.

^{3/67} Cette critique vise également mes écrits antérieurs : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, (1997, spéc. 128-137) ; voy. aussi R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Anvers, Intersentia, 2007, 41-42, nos 71-72 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Bruges, Die Keure, 2005, 38-39, 99 et 108 ; W. VAN GERVEN en collaboration avec S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Bruges, Acco, 2006, 78, 135 et 142 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, 75-84 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Bruxelles, Bruylant, 2000, 536-537 ; P. WERY, *Droit des obligations*, I, Bruxelles, Larcier, 2011, 301, n° 310.

Dans un ouvrage récent consacré au droit des obligations qui compte 1214 pages, 3 pages ont été consacrées à la notion générale de l'ordre public, dédiées principalement à la définition de De Page.^{3/68}

Heureusement quelques exceptions, sont à signaler. Dans un ouvrage récent Claeys et Tanghe ^{3/69} défendent l'existence d'une notion générale de l'ordre public et "osent" critiquer la définition de De Page.

b) RENARD, VIEUJEAN ET HANNEQUART

- 179.** Dans leur *Théorie générale des obligations* (1957), Renard, Vieujean et Hannequart ont (subtilement) nuancé la définition de la loi d'ordre public : "Il (le droit) ne tolère pas que les volontés particulières élaborent des actes qui soient opposés dans leur contenu ou dans leur but : 1) d'une part aux principes essentiels de la législation et aux conceptions philosophiques, sociales, économiques fondamentales sur lesquelles repose la société, c'est-à-dire à l'ordre public ...".^{3/70}

Ils admettent, à tout le moins implicitement, que l'ordre public, qu'ils acceptent comme une notion générale, est identique en droit public et en droit privé.

Ils élargissent en outre son champ d'application aux conceptions politiques en se référant aux "principes essentiels de la législation" et complètent les conceptions fondamentales en visant non seulement l'économie, mais aussi les conceptions philosophiques ^{3/71} et sociales.^{3/72}

Leur exposé reste toutefois très théorique. Ils laissent à la libre imagination de leurs lecteurs la tâche difficile et ingrate de déterminer ce qui relève (ou pas) des principes essentiels de la législation ou, encore, des conceptions philosophiques, sociales, économiques fondamentales sur lesquelles repose la société.

Il se déduit heureusement plus clairement de leurs écrits qu'ils associent l'ordre public à (l'organisation de) la société. Sans s'expliquer à ce sujet, ils sont toutefois d'avis que l'ordre public est variable, vague et imprécis.^{3/73}

^{3/68} TH. VAN SWEEVELT et B. WEYTS (éds), *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, 132-134, nos 210-213.

^{3/69} I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 2021, 201-208.

^{3/70} C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *Théorie générale des obligations*, I, dans *Novelles*, IV, Bruxelles, Larcier, 1957, 352, n°1226.

^{3/71} "L'ordre moral" chez DE PAGE.

^{3/72} Absentes chez DE PAGE.

^{3/73} C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op.cit.*, I, 353-354, nos. 1228-1237.

c) VAN GERVEN ET LIERMAN

180. Succinctement, W. Van Gerven et S. Lierman ont développé une conception “plus contemporaine” de l’ordre public dans leur “Algemeen deel. Veertig jaar later”.^{3/74}

Ils insistent sur le fait que le système juridique repose sur une “couche inférieure” ^{3/75} qui est de nature éthique, politique, sociale, économique, culturelle, propre à la société démocratique.^{3/76}

En quelques mots, ils ont donc fait ce que De Page a omis de faire : ils ont associé la société démocratique (ses principes, sa finalité et ses règles de fonctionnement) au système juridique et dès lors à l’ordre public qui le caractérise.

Sur trois points majeurs, Van Gerven et Lierman se démarquent ainsi de la “définition” de De Page.

Ils confirment, par écrit, leur attachement à la société démocratique, sentiment que De Page ne partageait pas, à tout le moins, en droit privé.

Van Gerven et Lierman ne font aucune distinction : la même couche inférieure alimente aussi bien le droit public que le droit privé, ce que De Page voulait à tout prix éviter.

Ils confèrent expressément à la couche inférieure du système juridique une nature “éthique, politique, sociale, économique et culturelle” ; Ils mettent l’éthique au premier et l’économique au quatrième rang, devancé par le politique et le social : une révolution pour De Page.

On ne peut que regretter que W. Van Gerven, seul ou avec un co-auteur ^{3/77} n’a donné qu’une esquisse de sa (leur) conception plus contemporaine de l’ordre public.

Doctrine et jurisprudence n’ont pas vu ou compris ^{3/78} la nouvelle orientation qu’il(s) donnai(ent)t ainsi à l’ordre public.

^{3/74} Traduction libre : “*Tôme général. Quarante années plus tard*” ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing, dans “Beginselen van Belgisch privaatrecht*”, Malines, Kluwer, 2010, 603 p.

^{3/75} “Onderlaag” en néerlandais.

^{3/76} W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen deel. Veerig jaar later*, 127, n°46.

^{3/77} W. VAN GERVEN a exposé, succinctement sa conception plus contemporaine dans plusieurs ouvrages, publiés avec un co-auteur (W. VAN GERVEN en collaboration avec S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Bruges, Acco, 2006, 78 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, 77-81.

^{3/78} A supposer qu’ils étaient intéressés par une nouvelle orientation.

d) EKELMANS, ROMAIN ET VAN GYSEL

181. En 1995, la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles (ULB) ^{3/79} a publié "L'ordre public. Concept et définitions"^{3/80}, un ouvrage collectif.

Se démarquant de l'enseignement de De Page, la faculté admettait ainsi que l'ordre public constitue une notion générale en droit.

L'homogénéité ou l'hétérogénéité de l'ordre public se trouvait au centre des discussions et des contributions.

La question est résumée par Romain et Van Gysel qui ont rédigée, avec Ekelmans, les conclusions générales : "existe-t-il réellement quelque part un ordre au sens logique du terme, une structure idéologique qui soutiendrait, du point de vue juridique, la vie économique, politique ou sociale des Belges, pour reprendre ainsi la définition classique de l'ordre public, consacrée par la Cour de cassation" ?^{3/81}

Ekelmans, auteur de deux contributions et d'une partie des conclusions générales, opte sans hésiter pour l'hétérogénéité. A son avis, aucune définition satisfaisante de l'ordre public n'est possible : "Le corollaire d'un continu réel ou matériel de l'ordre public est nécessairement un inventaire au moins "du noyau dur" ou, dans tous les cas, la définition des critères. Voilà un exercice auquel même la doctrine exégétique n'a jamais osé se livrer", observe-t-il. ^{3/82}

Il appartient dès lors, selon lui, au juge, sous le contrôle de la Cour de cassation, de relever quand l'ordre public est atteint par une situation, un acte ou un comportement : "qui d'autre que le juge pourrait, d'ailleurs, apprécier ce lien avec l'état social de la Nation ? Si le législateur a recours à des notions telles que l'ordre public et les bonnes mœurs, c'est précisément à cause de leur indétermination, pour laisser au juge un pouvoir d'appréciation". ^{3/83}

Van Gysel et Romain contestent que l'ordre public serait indéterminé et indéterminable.

Ils désignent les droits de l'homme comme le noyau dur de l'ordre public ^{3/84}, mais n'expliquent ou ne justifient pas leur choix.

Ils se concentrent ensuite sur les limitations des droits de l'homme par les pouvoirs publics.

^{3/79} "Alma mater" de H. De Page.

^{3/80} L'ordre public. Concept et applications, Bruxelles, Bruylant, 1995, 327 p.

^{3/81} A.C. VAN GYSEL et J.F. ROMAIN, Conclusions générales : l'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité, dans "L'ordre public. Concept et applications", Bruxelles, Bruylant, 1995, 307.

^{3/82} M. EKELMANS, Conclusions générales, in op.cit., 311.

^{3/83} Ib., 312 ; dans le même sens F. PEERAER, op.cit., 212-216, nos 241-246 et 259-260, nos 288-291.

^{3/84} A.C. VAN GYSEL et J.F. ROMAIN, loc.cit., 316.

La validité de ces restrictions serait, à leur avis, déterminée par “la résistance à l’arbitraire que doit susciter un trop grand volontarisme juridique”.^{3/85}

Ce critère vague protégerait, à leur avis, le noyau dur des droits de l’homme et, ainsi, l’ordre public homogène qu’ils défendent.

Demander au juge de se prononcer au cas par cas sur l’application de l’ordre public est voué à l’arbitraire, exposent-ils : “serait-il (le juge) investi avec sa fonction de lumières spéciales sur ce point (l’ordre public) ? Il semble peu raisonnable de le supposer” et “c’est le germe grave de l’arbitraire et d’insécurité juridique. Il ne paraît pas aux auteurs de cette conclusion que ceci correspond au rôle dévolu aux juges dans un Etat de droit”.^{3/86}

Avec l’hétérogénéité de l’ordre public, Ekelmans s’associait à l’enseignement de De Page et de la Cour de cassation.

Van Gysel et Romain exploraient une nouvelle piste. En désignant les droits de l’homme comme le noyau dur de l’ordre public, ils faisaient appel au droit public. Les liens entre les droits et libertés et la société (véritablement) démocratique, ainsi que les critères, qui autorisent l’Etat à imposer des restrictions à leur exercice, n’avaient en 1995 plus de secrets.

Pour quelles raisons ces auteurs n’ont-ils dès lors pas exploité ces acquis dans leur examen de l’ordre public en droit privé ? Ils cherchaient “un ordre au sens logique du terme, une structure idéologique” soutenant le vivre ensemble d’un point de vue juridique. L’idéologie et la voie étaient toutes trouvées avec la démocratie et les droits de l’homme, mais, pour des raisons inconnues, Van Gysel et Romain n’ont pas continué le chemin qu’ils ouvraient.

e) L’HÉTÉROGÉNÉITÉ GOUVERNE LE DROIT PRIVÉ

- 182.** En réalité, les dés étaient déjà jetés en droit privé et ce depuis 1948. L’homogénéité ne faisait pas le poids en doctrine et en jurisprudence. Romain, Van Gysel, Van Gerven et, encore, J. De Coninck ^{3/87} ont essayé de renverser la vapeur, mais ne sont pas parvenus à contenir la marée de l’hétérogénéité.

Pour le commun des “privatistes”, l’ordre public se limite aux cas (lois, situations, actes, comportements) dont il a été jugé par les Cours et Tribunaux, sous le contrôle de la Cour de cassation, qu’ils relèvent de l’ordre public. ^{3/88}

^{3/85} Ib, 325: ce critère n’exceller pas par sa précision.

^{3/86} Ib, 318.

^{3/87} Voy. J. DE CONINCK, De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht, dans J. SMITS et S. STIJNS (éd.), Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Anvers, Intersentia, 2005, 187-229.

^{3/88} Ou, dans le cas contraire, les lois et situations, actes ou comportements dont le pouvoir judiciaire estime qu’ils ne concernent pas l’ordre public.

La doctrine s'en donne à cœur joie : elle diversifie et multiplie l'ordre public en fonction des matières, qui sont abordées par les décisions judiciaires. Ainsi sont nés : l'ordre public contractuel, l'ordre public dans le droit transitoire, l'ordre public international, l'ordre public en droit des sociétés, l'ordre public fiscal, l'ordre public judiciaire, l'ordre public économique, l'ordre public social, l'ordre public européen, l'ordre public en matière arbitrale...^{3/89}

Les auteurs s'évertuent à attribuer à ces ordres publics un contenu, des effets et des sanctions particuliers.^{3/90}

Inspirés par la définition de la loi d'ordre public ^{3/91}, tous montrent un faible pour la (prétendue) flexibilité, l'efficacité et/ou la proportionnalité de l'ordre public (et de ses sanctions). Ces "outils" permettraient d'adapter l'ordre public aux évolutions et aux besoins de la société moderne. L'ordre public pourrait être plus sévère ou souple en fonction des circonstances.

Dans leur enthousiasme, ils passent de l'ordre public à l'intérêt général et vice versa, sans la moindre explication. ^{3/92}

L'hétérogénéité n'est cependant pas contestée.

^{3/89} Notamment : F. PEERAER, *De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht*, TPR 2013, 2711-2714; A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, A. COLPAERT, M. VAN LOON, R. VINCKS et L. VALKENBORGH, *De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagonderzoek*, TPR 2011, 1355-1412; A. VAN REGENMORTEL, *Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht*, RDS 1997, 3-71; P. LUYPAERS en collaboration avec S. BROUWERS, *Algemeen belang – openbare orde* in B. GOOSSENS, Y. LOIX et F. SEBREGHTS (éd), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum H. Sebreghts*, Anvers, Intersentia, 2014, 237-268; A. HENKES, *Le droit fiscal est d'ordre public. So what ? De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour. Mercuriale du 1^{er} septembre 2016, disponible sur internet (justice.belgium.be)* ; C. MARQUET, *Les défenses en droit judiciaire, vers un ordre public procédural ?*, in H. BOULARBAH et J.F. VAN DROOGENBROECK (éd), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2000, 11-59 ; P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, *Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales*, Arbitra 2014, 297-350... Cette diversification se manifeste aussi dans les manuels : voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, op.cit., I, 349-351 ; P. WERY, op.cit., I, 299-300, ainsi que dans l'ouvrage collectif "*L'ordre public. Concept et applications*", voy les contributions de V. SIMONART (droit des sociétés), A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS (droit comparé) et M. EKELMANS (droit international privé ; droit public international).

^{3/90} Notamment en matière de nullité (absolue) d'actes juridiques contraires à l'ordre public : voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat ou la recherche du juste milieu*, RDC 2015, 125-135 ; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren*, 339-421 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, 156-160, n° 143-147.

^{3/91} Parfois remaniée à leur manière : voy A. HENKES (loc.cit., n°12) qui ajoute l'ordre politique à l'ordre économique ou moral ; F. PEERAER (op. cit., 216-217, n° 247) ajoute l'ordre politique et constitutionnel.

^{3/92} Notamment : P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, loc. cit. 301, n° 1 ; D. PHILIPPE, *Condition purement potestative, nullité, cause et prescription : un savant mélange*, RCJB 2016, 517, n° 23 ; J. VAN MEERBEECK, op. cit., 35-37, nos 37-39 ; J. VAN ZUYLEN, *Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté*, in "*Les sources du droit revisitées*", II, Normes internes infra-constitutionnelles, Limal, Anthémis, 2012, 854-855, n° 7 ; 856-859, n°9 et 865-867, n° 13.

Dans un ouvrage récent, Claeys et Tanghe observent et soulignent que l'hétérogénéité est associée au risque de dilution des fondements du vivre ensemble. 3/⁹³

III.1.2.2.4. Quatrième conclusion

183. Jusqu'à l'intervention de De Page, la doctrine se montrait très attachée à l'ordre public en droit privé belge.

Elle voyait dans l'ordre public l'expression du régime et du pouvoir politique, qui organise le vivre ensemble. Il était sa "loi suprême".

Elle comprenait et admettait sans aucune difficulté qu'il était inconcevable que puissent se développer en droit privé des situations, actes, activités ou comportements susceptibles de mettre en danger le régime et le pouvoir politique par leur répétition et/ou généralisation.

L'ordre public était salué comme le trait d'union entre le droit public et le droit privé, le garant indispensable de leur cohérence.

Si des intérêts privés s'opposeraient d'aventure au régime ou au pouvoir politique, leur correction par l'ordre public s'imposerait.

Cette belle unité prévalait dans une société oligarchique et ploutocrate, dominée par une (petite) minorité gouvernante, qui contrôlait les pouvoirs politiques, économiques, financiers et intellectuels. L'enseignement et la culture lui étaient en outre réservés.

Les juristes et le droit étaient le ciment de ce cercle fermé. Ils traduisaient en règles de droit public et privé les intérêts (politiques, économiques, financiers, autres...) de la minorité gouvernante, dont les juristes étaient par ailleurs des membres éminents.

Ces règles étaient inspirées par le libéralisme économique qui, comme l'a démontré le 19^{ème} siècle, conduit à l'accumulation et à la concentration illimitées des revenus et des richesses par les personnes qui contrôlent les pouvoirs économiques et financiers.

Images fidèles du libéralisme économique, le droit et son ordre public faisaient ce que la minorité gouvernante attendait d'eux : ils privilégiaient et protégeaient leurs intérêts dans la poursuite de revenus et de richesses, de plus en plus abondants, grâce à la colonisation et à l'industrialisation.

Bien que l'ordre public n'a pas changé de signification, il a abruptement perdu son attrait sous la plume de De Page.

3/⁹³ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 201-208 et spécialement n° 265.

Ce sort inattendu n'a pas frappé l'ordre public parce que les rédacteurs du Code civil 3/94 ou F. Laurent 3/95 se seraient trompés dans leurs analyses.

Comme d'autres auteurs contemporains 3/96, Romain continue par ailleurs à décrire l'ordre public fondamental 3/97 comme celui "qui comprend les règles d'organisation fondamentales de la société, les grands principes de son ordre juridique et politique, ainsi que les libertés de base appartenant aux individus et dont le respect s'impose pleinement à la personne étatique en tant qu'état de droit".3/98

184. Le virement entrepris par De Page, suivi aussitôt par la Cour de cassation, est dû au basculement démocratique.

Il était parmi les premiers à comprendre et à mettre sur papier les effets de l'éveil démocratique sur le vivre ensemble.

Il a compris que la perte du contrôle du pouvoir politique devait, dans la logique du vivre ensemble, transformer l'ordre public d'allié en ennemi redoutable pour l'élite économique et financière.

Adroïtement, il a aperçu que le droit (privé) et l'ordre public ne se nourriraient plus des intérêts de cette élite, mais de ceux des "électeurs".

Il percevait correctement que l'ordre public, s'il était fidèle aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques, s'attaquerait aux applications en droit privé des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du libéralisme économique.

Le droit privé et l'ordre public ne seraient plus leur bras armé, mais se mettraient au service des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Cette perspective horrifiait De Page qui a jeté toutes ses forces dans une bataille qui semblait perdu d'avance. Comment un seul juriste, fût-il magistrat 3/99, pourrait-il "protéger" le droit privé, bras armé du libéralisme économique, contre les effets du basculement démocratique ?

Il développa en outre une "théorie" (osée) qui aurait mis tout étudiant en grandes difficultés lors de ses examens en droit privé.

Sans se préoccuper du texte du Code civil, il rejeta la cause comme condition essentielle de la validité d'un acte juridique, il "oublia" de parler de l'ordre public

3/94 Voy supra nos 166-167.

3/95 Voy supra nos 168-171.

3/96 Notamment VAN GERVEN, LIERMAN, VAN GYSEL, DE CONINCK, CLAEYS et TANGHE...

3/97 Romain distingue l'ordre public fondamental de l'ordre public essentiel.

3/98 J.F. ROMAIN, *L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme*, in "*L'ordre public. Concept et applications*", Bruxelles, Bruylant, 1995, 32-33, n° 13 ; voy ég. en ce sens J. DE CONINCK, loc. cit. 198, nos 18-19 et 200, n° 25 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 201-208.

3/99 Au Tribunal de première instance de Bruxelles.

en tant que notion générale et il donna à la loi d'ordre public une définition sans queue ni tête, qu'il déclara par ailleurs lui-même défailante.

Sa théorie n'a en effet pas su convaincre, sauf sur un point qui était sans doute le plus important.

Malgré ses lacunes et ses défauts, la Cour de cassation a repris sa "définition" de la loi d'ordre public, adhérant ainsi à la thèse de De Page que la loi d'ordre public doit être déterminée au cas par cas par les Cours et Tribunaux.

Cette lecture de la loi d'ordre public avantageait les lois existantes, inspirées par le libéralisme économique, 3/100 et handicapait les lois nouvelles d'inspiration démocratiques. 3/101

La loi d'ordre public et la notion générale de l'ordre public devenaient hétérogènes, livrées à la sagesse du pouvoir judiciaire dont les racines étaient plus proches du libéralisme économique que des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Il a fallu attendre les écrits de W. Van Gerven (et de ses co-auteurs) à la fin du 20^{ème} siècle qui, pour la première fois, se référaient expressément mais succinctement 3/102 au lien qui existe entre l'ordre public et la société démocratique. 3/103

III.1.2.3. La jurisprudence récente de la Cour de cassation

III.1.2.3.1. L'omniprésence de la notion générale de l'ordre public

185. De nombreuses dispositions légales, anciennes et récentes, se réfèrent expressément à la notion générale de l'ordre public.

La Convention EDH, le TFUE et le Code civil en donnent plusieurs exemples. 3/104

Elle figure également dans des lois récentes.

L'article III.4 du Code de droit économique (ci-après le CDE) dispose que la liberté d'entreprendre s'exerce "dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de

3/100 Issues du libéralisme économique du 19^{ème} siècle.

3/101 Qui bousculaient l'ordre public "établi" du libéralisme économique.

3/102 L'idée se trouve également exprimée, implicitement, par RENARD, VIEUJEAN, HANNEQUART, ROMAIN et VAN GYSEL.

3/103 Voy supra n°180.

3/104 Voy infra nos 330-413.

l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives“

L'article XX.59 § 3 du même code dispose que l'homologation (du plan de réorganisation) ne peut être refusée (par le Tribunal) qu'en cas d'inobservation des formalités requises par la présente loi ou pour violation de l'ordre public.

L'article 806 du Code judiciaire prévoit qu'en cas de jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public.

Selon l'article 1717 § 3, b, (ii) du Code judiciaire, une sentence arbitrale peut être annulée si le tribunal de première instance constate... que la sentence est contraire à l'ordre public. 3/¹⁰⁵

Quand le législateur se réfère à l'ordre public ou précise que la loi intéresse l'ordre public, il fait comprendre qu'il vise des situations, activités, actes ou comportements qu'il ne tolère pas (plus) dans le vivre ensemble.

En vertu de ses pouvoirs constitutionnels, il intervient par des ordres (loi impérative) ou des interdictions (loi prohibitive) dans l'exercice des droits et libertés par leurs titulaires, qui donnent lieu à des actes, comportement, activités ou situations que le législateur, par ses lois, entend bannir du vivre ensemble ou, au contraire, imposer.

Ces restrictions sont raisonnables et dès lors justifiées quand elles résultent d'une loi (règle de droit) suffisamment accessible et précise, sont nécessaires dans une société démocratique, répondent à un besoin social impérieux et sont pertinentes et proportionnelles.3/¹⁰⁶

Ce critère, élaboré par la Cour constitutionnelle, certifie que la restriction, imposée par le législateur, est compatible avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, consacrés par la Constitution et, ensuite, par la Convention EDH et les Traités de l'UE.

Alors que le droit privé est le domaine par excellence de l'exercice des droits et libertés par leurs titulaires à la poursuite d'intérêts personnels, ce contrôle 3/¹⁰⁷ n'est pas appliqué et, pour être franc et précis, est inconnu en droit privé.

3/¹⁰⁵ Souligné par l'auteur.

3/¹⁰⁶ Voy supra nos 87-102 et 105-107.

3/¹⁰⁷ Ou celle, comparable, de la Cour EDH, voy supra nos 115-130.

186. Afin de déterminer si une convention particulière déroge à une loi qui intéresse l'ordre public, si la cause d'une obligation est contraire à l'ordre public, si la liberté d'entreprendre est exercé en méconnaissance d'une loi qui concerne l'ordre public, si un plan de réorganisation est contraire à l'ordre public, si une demande ou un moyen heurte l'ordre public dans le cadre d'une procédure par défaut ou si une sentence arbitrale méconnaît l'ordre public..., le droit privé ne cherche pas à savoir si les droits et libertés ont été exercés en vertu d'une règle de droit suffisamment accessible et précise, si leur exercice concret est nécessaire dans une société démocratique et répond à un besoin social impérieux et si cet exercice est pertinent et proportionnel en adéquation avec l'objectif (légitime), qui est – par hypothèse – poursuivi avec l'exercice du droit ou de la liberté.

En théorie, le droit privé se laisse inspirer et guider par la volonté du législateur qui détermine non seulement le contenu, le sens et la portée de la loi impérative ou prohibitive, mais aussi sa nature et sa sanction. 3/¹⁰⁸

La volonté du législateur est en effet le premier critère d'interprétation des lois, également en droit privé. 3/¹⁰⁹

Ce critère s'effrite cependant quand l'ordre public entre en scène.

Implicite le droit privé cherche à faire admettre que l'exercice d'un droit ou d'une liberté est irréprouvable, se fonde sur des règles suffisamment accessibles et précises, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est pertinent et proportionnel en adéquation avec l'objectif (légitime) poursuivi, lorsque les restrictions imposées à leur exercice ou les différences de traitement que les législateurs instaurent, sont déclarées raisonnables par les Cours et Tribunaux.

Ce raisonnement est sans fondement.

Tout d'abord, parce qu'il ne peut pas être déduit du caractère raisonnable des restrictions ou des différences de traitement, conçues et mises en œuvre par le législateur, que l'exercice par le titulaire d'un droit ou d'une liberté est raisonnable dans le sens qui est donné à cette notion par la Cour constitutionnelle ou par la Cour EDH.

Ensuite parce que le pouvoir judiciaire donne à la "raison" et à ce qui est raisonnable en droit privé une signification qui est sans lien aucun avec celle que leur attribuent la Cour constitutionnelle et la Cour EDH.

3/¹⁰⁸ Plus particulièrement la question de savoir si la loi est supplétive.

3/¹⁰⁹ Plusieurs techniques d'interprétation ont été développées, toutes avec l'ambition de retrouver au plus précis la volonté du législateur au moment où il adoptait la loi interprétée ; voy notamment M. VAN DE KERCKHOVE (éd.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Fac. Saint-Louis, 1978, 588 p ; W. VAN GERVEN, Algemeen deel, dans *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht* (éd. R. DILLEMANS et W. VAN GERVEN), Anvers-Utrecht, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1969, 51-61.