

III.1.2.3.2. Le changement de contrôle

187. Par un arrêt du 9 décembre 1948 3/¹¹⁰, la Cour de cassation a donc repris la définition que De Page donna à la loi d'ordre public. 3/¹¹¹

Elle s'en sert toujours 3/¹¹², parfois dans des termes légèrement différents qui ne modifient cependant pas son contenu, son sens ou sa portée.

Il a fallu se montrer patient, mais par un arrêt du 13 décembre 2016 3/¹¹³ la Cour a étendu cette définition à la notion générale de l'ordre public, décidant qu'est d'ordre public ce qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.

Comment expliquer tant d'enthousiasme pour une définition dont l'auteur déclara déjà en 1937 : "on aperçoit immédiatement par qui précède qu'une définition formellement exacte, ou procédant par voie d'énumérations limitatives est réellement impossible" ? 3/¹¹⁴

Comme De Page le proposa, la Cour de cassation détermine la loi d'ordre public et l'ordre public par leur contenu. Il faut que la loi ou la question soumise à la Cour aborde les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qu'elles concernent, en droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.

Cette définition concerne dès lors plus (la loi qui intéresse) l'ordre public, que la loi d'ordre public.3/¹¹⁵

En vain, chercherait-on dans ces définitions la moindre référence, même implicite, à la volonté du législateur.

De Page n'avait nullement l'intention de se plier – en droit privé – à la volonté du législateur (démocratique). Il invita les Cours et Tribunaux à se prononcer au cas par cas sur le caractère d'ordre public d'une loi, à l'aide de sa définition, ce qui leur permettrait "d'oublier" ou de faire l'économie de la volonté du législateur.3/¹¹⁶

3/¹¹⁰ Cass. 9 décembre 1948, pas. 1948, I, 699.

3/¹¹¹ Voy supra nos 174-177.

3/¹¹² Voy notamment Cass. 5 mai 1949, Pas. 1949, I, 335 ; Cass. 22 décembre 1949, Pas. 1950, I, 266 ; Cass. 15 mars 1968, Pas. 1968, I, 884 ; Cass. 10 novembre 1978, Pas. 1979, I, 309 ; Cass. 28 septembre 1979, Pas. 1980, I, 116 ; Cass. 29 novembre 2007, C.07.0173.N ; Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N ; Cass. 5 mars 2012, C.11.0107.F ; Cass. 10 septembre 2015, C.12.0533.N et C.12.0597.N ; Cass. 30 juin 2016, F.15.0014.N ; Cass. 4 mai 2018, C.16.0145.F.

3/¹¹³ Cass. 13 décembre 2016, P.16.0421.N ; ég. Cass. 15 octobre 2018, S. 18.0002.F ; Cass. 21 juin 2020, C.18.0108, F ; Cass. 22 janvier 2021, C.19.0303.N.

3/¹¹⁴ Voy supra nos 174-175.

3/¹¹⁵ Sur la distinction voy supra nos 164-165

3/¹¹⁶ Voy supra n°186.

La Cour de cassation a vu la brèche et l'occasion rêvée de prendre le contrôle de (la loi qui intéresse) l'ordre public, ce qui explique son enthousiasme. Au lieu de se laisser guider par la volonté du législateur, la définition de De Page lui donne "le pouvoir" de décider, en dernier lieu ^{3/117}, quand une loi touche aux intérêts de l'Etat ou de la collectivité ou fixe, en droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.

^{3/117} Dans le cadre d'un recours en cassation.

a) LE CONTRÔLE DE L'ORDRE PUBLIC

188. La Cour de cassation préfère manifestement son interprétation de l'ordre public à celle du législateur, comme le confirment les exemples suivants.

L'article 138bis du Code judiciaire dispose qu'en matières civiles, le ministère public intervient par voie d'action, de réquisition ou, lorsqu'il le juge convenable, par voie d'avis et que le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention.

Par un arrêt du 6 février 2015 3/¹¹⁸ la Cour de cassation a décidé, qu'il ne résulte(ra)it pas de l'article 138 bis que l'action d'office appartient au ministère public chaque fois qu'une disposition d'ordre public ou concernant l'ordre public 3/¹¹⁹ a été violée.

Selon la Cour, les exigences de l'ordre public qui peuvent justifier l'intervention du ministère public, impliquent que l'ordre public soit mis en péril par un état de choses auquel il importe de remédier. Elle restreint ainsi le champ d'application de l'article 138bis, manifestement à l'encontre de son texte.

La même interprétation restrictive a été réservée par la Cour à l'article 1717 § 3, b, (ii) du Code judiciaire qui sanctionne, par son annulation, la sentence arbitrale contraire à l'ordre public. 3/¹²⁰

Il est frappant que la Cour ne se réfère pas à la définition de l'ordre public dans ces deux arrêts. Elle soumet l'intervention du ministère public et l'annulation d'une sentence arbitrale à une condition que le législateur n'a pas prévu et réduit ainsi le champ d'application que le législateur confère aux articles 138bis et 1717 § 3, b, (ii) du Code judiciaire.

Elle ne dit toutefois pas que ces deux dispositions, qu'elle reformule, ne concernent pas les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou ne fixent pas en droit privé les bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société, afin de "justifier" la restriction qu'elle impose.

Elle décide, tout simplement, que l'atteinte portée à l'ordre public ne justifie pas en soi l'intervention du ministère public (article 138bis) ou l'annulation de la sentence arbitrale (article 1717 § 3, b, (ii)) quoi qu'en dise le législateur. Il faut, dit-elle, que l'atteinte conduit à un état de choses auquel il importe de remédier parce qu'il met en péril l'ordre public.

3/¹¹⁸ Cass. 6 février 2015, C.14.0181.N.

3/¹¹⁹ Ce qui démontre que la Cour connaît la différence entre une loi qui est d'ordre public et la loi qui intéresse l'ordre public.

3/¹²⁰ Cass. 28 novembre 2014, C.12.0517.N.

Le message qu'elle adresse aux Cours et Tribunaux ne se trouve pas dans ces dispositions légales : même si "le cas" porte atteinte à l'ordre public ou que la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public, vous n'accepterez l'intervention du ministère public et vous n'annulerez la sentence arbitrale que lorsque l'ordre public est mis en péril par un état de choses auquel il importe de remédier, ce que vous apprécierez.

Alors que le législateur a décidé que l'intervention du ministère public et l'annulation d'une sentence arbitrale s'imposent dès que l'ordre public est méconnu, la Cour de cassation estime que l'atteinte ne suffit pas. Il faut que les Cours et Tribunaux estiment que les effets de la méconnaissance de l'ordre public donnent lieu à un état de choses auquel il importe de remédier du fait qu'il met d'ordre public en péril.

- 189.** L'article 806 du Code judiciaire dispose que dans une procédure 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, en ce compris les règles de droit que le juge peut, en vertu de la loi, appliquer d'office.

Cette disposition légale ne brille pas par sa clarté, mais indique quand même que le juge ne fera pas droit aux demandes ou aux moyens de défense de la partie comparante quand la procédure, les demandes ou moyens de défense sont contraires à l'ordre public.

Par deux arrêts 3/¹²¹, la Cour de cassation a décidé qu'il est contraire à l'ordre public "qu'un juge, statut-il par défaut, fasse droit à une demande ou à un moyen de défense qui, d'après les éléments soumis à son appréciation, est manifestement irrecevable ou non fondé".

Il est possible que ces arrêts constituent une aide précieuse pour les Cours et Tribunaux qui auraient des difficultés (?) à déterminer quand une procédure, une demande ou un moyen de défense est contraire à l'ordre public.^{3/122}

Comme bouée de secours, il existe manifestement mieux. La Cour ne détermine pas quand une demande ou un moyen est manifestement irrecevable ou non fondé. ^{3/123} Son objectif se situe "manifestement" ailleurs : elle dit que les Cours et Tribunaux apprécieront "d'après les éléments soumis à (leur) appréciation".

^{3/121} Cass. 13 décembre 2016, P.16.0421.N; Cass. 15 octobre 2018, S.17.0002.F.

^{3/122} En ce sens : S. MOSELMANS, P. Taelman en K. Broeckx, *Geen blinde inwilligingsverplichting voor de rechter bij verstek*, R.W. 2016-2017, 1091-1095 ; reste à savoir si ces "difficultés" se justifient dans le chef "d'experts en droit" que sont les magistrats?

^{3/123} Oubliant par ailleurs l'hypothèse d'une procédure qui est contraire à l'ordre public.

“La demande ou le moyen (...) manifestement irrecevable ou non fondé“ relève ainsi de leur appréciation souveraine. 3/124

Plus important encore, la Cour de cassation réduit l'incidence de l'ordre public aux demandes et moyens qui sont manifestement irrecevables ou non fondés, “d'après les éléments soumis à son appréciation“.

Il suffit de reprendre la définition de la loi d'ordre public, retenue par la Cour, et de constater que l'ordre public ne saurait être limité au caractère manifestement irrecevable ou non fondé d'une demande ou d'un moyen.

Il est possible que le caractère manifestement irrecevable ou non fondé d'une demande ou d'un moyen porte atteinte à l'ordre public 3/125, mais il est impossible de limiter cette conclusion aux demandes ou moyens manifestement irrecevables ou non fondés. Il faut procéder à un examen au fond de leur (il)licéité. Toute méconnaissance de l'ordre public conduit à la conclusion que le juge ne peut pas faire droit à la procédure, à la demande ou au moyen de défense.3/126

190. En des termes généraux, la Cour de cassation décide que la loi fiscale et les impôts sont d'ordre public. 3/127

La notion générale de l'ordre public protège dès lors l'application du droit fiscal.3/128

En démocratie et dans tout autre régime politique, les impôts sont le moyen de financement le moins onéreux du fonctionnement de l'Etat et des services publics, qui se trouvent à la disposition de la collectivité. Il est dès lors cohérent de décider que le droit fiscal et les impôts sont d'ordre public et touchent à l'ordre public.

Comme le droit fiscal, le droit pénal est soumis au principe constitutionnel de la légalité 3/129 : nullum crimen, nulla poena sine lege. 3/130 Le législateur est le seul à décider quand, comment et pour quelles raisons il convient de punir (pénalement) la survenance d'actes, de comportements ou d'abstentions, qu'il détermine.

Ce pouvoir (politique) lui revient vertu de la Constitution.

3/124 Sous réserve du contrôle de la légalité de leur décision par la Cour de cassation en cas de recours en cassation.

3/125 Quand l'irrecevabilité et le non fondement résultent de la méconnaissance de l'ordre public.

3/126 Cette conclusion ne peut dès lors pas être réservée aux demandes ou moyens qui sont manifestement irrecevables ou non fondés à cause d'une atteinte manifeste à l'ordre public.

3/127 Notamment Cass. 9 octobre 2014, F.11.0124.F ; Cass.23 décembre 2016, F.15.0083.N ; Cass. 12 décembre 2019, F.18.0073.N ; Cass. 25 septembre 2020, F.18.0003.N.

3/128 Pour d'autres applications de la notion générale par la Cour voy. par exemple Cass. 6 septembre 2006, P.06.0492.F ; Cass. 6 octobre 2011, C.10.0401.N.

3/129 Articles 14 et 170 de la Constitution.

3/130 Il n'y a pas de délit et de peine sans (texte de) loi (ayant force de loi).

A l'instar du droit fiscal, la loi pénale et le droit pénal devraient également être déclarés d'ordre public. Ils touchent à des intérêts essentiels de l'Etat (la Constitution) et de la collectivité (la sécurité publique ; les droits et libertés des autres).

La Cour de cassation se montre pourtant hésitante. Dans un arrêt du 6 septembre 2006 3/¹³¹, la chambre pénale de la Cour a admis qu'une convention collective de travail, dont les stipulations sont pénalement sanctionnées, intéresse l'ordre public et s'oppose à tout acte juridique contraire.

Sa chambre civile ne voit pas les choses de la même façon. Elle considère que les conventions qui sont contraires à une loi (civile ou sociale), dont la méconnaissance est pénalement sanctionnée, ne sont pas nécessairement frappées de nullité. 3/¹³²

- 191.** Les jurisprudences, développées à partir des articles 138bis, 806, 1717, § 3, b, ii du Code judiciaire et de la loi pénale 3/¹³³ ont en commun que la Cour de cassation ne se laisse pas guider ou impressionner par la volonté du législateur ou par "sa propre définition" de la loi d'ordre public. 3/¹³⁴

Si elle n'est pas convaincue par l'ordre public tel qu'il est envisagé par le législateur ou par le pouvoir exécutif, elle n'hésite pas à imposer sa vision et sa volonté.

Il est possible que la Cour pense qu'elle a raison quand elle décide qu'il ne faut pas sanctionner des actes ou des comportements au motif qu'ils sont contraires à l'ordre public 3/¹³⁵, et qu'il faut, au contraire, viser leurs effets ou leurs conséquences qui heurtent, le cas échéant l'ordre public.

Elle peut également considérer qu'il est plus efficace que les Cours et Tribunaux se prononcent sur l'illicéité éventuelle d'une procédure, d'une demande ou d'un moyen de défense en fonction des éléments qui sont soumis à leur appréciation ("en fait"), plutôt que de rechercher l'objectif que le législateur a poursuivi avec l'article 806 du Code judiciaire.

Il n'en reste pas moins que la Cour critique ainsi le législateur et qu'elle "retravaille" l'ordre ou l'interdiction légale. Elle modifie leur champ d'application. Sur ce point, la Constitution ne souffre d'aucune imprécision ou ambiguïté : ce pouvoir est législatif et n'appartient pas au pouvoir judiciaire.

3/¹³¹ Cass. 6 septembre 2006, P.06.0492.F.

3/¹³² Notamment Cass. 22 janvier 2016, C.14.0410.F; Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N ; Cass. 25 octobre 1999, Pas. 1999, 1386 ; Cass. 29 janvier 1996, Pas. 1996, I, 147.

3/¹³³ Avec d'autres jurisprudences examinées infra nos 206-233.

3/¹³⁴ Empruntée à De Page.

3/¹³⁵ Comme le législateur le prescrit.

Tout au plus, la Cour de cassation pourrait interroger la Cour constitutionnelle quand elle considère que les articles 138bis, 806 ou 1717 § 3, b, ii du Code judiciaire ou une loi pénale particulière impliquent des ingérences dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté ou impliquent des différences de traitement, qui ne sont pas "raisonnables".^{3/136}

S'il y a à redire sur le fait que le législateur sanctionne l'acte ou le comportement illicite plutôt que ses effets ou conséquences éventuellement illicites ou qu'il ne délègue pas aux Cours et Tribunaux le pouvoir d'apprécier l'illicéité d'une procédure, d'une demande ou d'un moyen de défense, la seule autorité compétente est en effet la Cour constitutionnelle.

Comment dès lors échapper au constat que la Cour de cassation s'attribue des compétences qui sont réservées au pouvoir législatif et à la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle détermine non seulement l'ordre public, mais également les conséquences de sa méconnaissance ?

b) LE CONTRÔLE DE LA LOI QUI INTÉRESSE L'ORDRE PUBLIC

192. Quand il s'agit de déterminer la nature de la loi qui s'applique au litige, la Cour de cassation dépasse même l'oracle de Delphes.

Elle déclare simplement quelle loi intéresse l'ordre public et quelle loi ne concerne pas l'ordre public, point à la ligne.^{3/137}

Elle ne se réfère pas à la volonté du législateur et elle ne se fonde pas sur "sa définition" de la loi d'ordre public.

Elle ne démontre pas en quoi ou comment la loi touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou fixe, en droit privé, les bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société.

Se fiant à son autorité, elle "dit" la loi qui intéresse l'ordre public.

Exceptionnellement, la Cour se montre plus causant.

Dans un arrêt du 11 avril 1986 ^{3/138}, elle a décidé que l'article 1792 du Code civil est d'ordre public au motif que la responsabilité décennale des architectes

^{3/136} Voy supra nos 86-110

^{3/137} A titre d'exemples : Cass. 23 janvier 2018, P.15.1608.N (l'article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale ; qualifié d'ordre public) ; Cass. 27 septembre 2018, C.16.0346.F (décide que l'article 1685 § 1^{er} et 2 du Code judiciaire n'est pas d'ordre public) ; Cass.25 septembre 2018, C.17.0669 (décide que l'article 5 § 1^e d la loi – programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante est d'ordre public) ; Cass. 2 novembre 2018, C.17.0498.N ; Cass. 21 juin 2020, C.18.0108.F (décide que l'article 24 §§ 1 et 2 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capital du 5 mars 2019, relative à la gestion et à l'assainissement des sols pollués n'est pas d'ordre public

^{3/138} Cass. 11 avril 1986, Pas. 1986, I, 983 ; ég. Cass. 7 novembre 2018, D. 19.004.N ; Cass. 3 janvier 2019, C.18.0196-F.

et des entrepreneurs protège non seulement le maître de l'ouvrage, mais aussi la sécurité publique.

Dans un arrêt du 29 avril 2011, elle a déclaré d'ordre public l'arrêté royal 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions des titres et valeurs, ainsi que la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne en soulignant que leurs dispositions protègent la confiance des épargnants.
3/139

Approuvant la décision attaquée qui ordonna l'éloignement d'une personne du territoire national, la Cour a fait valoir dans un arrêt du 2 janvier 2013 que le travail au noir, qui justifiait en l'espèce l'éloignement, peut constituer un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale.
3/140

Dans un arrêt du 10 septembre 2015 3/141, la Cour a décidé que le droit à la propriété est d'ordre public en tant que fondement de la société démocratique. Au motif qu'elles organisent la bonne administration de la justice et la protection qu'elle confère, la Cour a qualifié d'ordre public plusieurs dispositions du Code judiciaire.
3/142

Ces arrêts confirment que la Cour, pour des raisons qu'elle seule détermine, qualifie au cas par cas les lois qui intéressent l'ordre public ou leur refuse cette qualification.

Sous sa direction et son contrôle final, les Cours et Tribunaux établissent un catalogue de dispositions légales dont ils admettent qu'elles intéressent l'ordre public et une liste de dispositions auxquelles cette qualification est refusée. Le résultat est hétérogène et pragmatique, exactement ce que De Page voulait. La volonté du législateur et les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques comptent pour du beurre. Le pouvoir judiciaire a pris le contrôle de l'ordre public et de la loi qui intéresse l'ordre public.

193. De ce point de vue, une définition de l'ordre public et de la loi d'ordre public qui n'en est pas une, fait le bonheur du pouvoir judiciaire.

Elle permet à la Cour de cassation de contrôler les applications que font les Cours et Tribunaux de l'ordre public. Le recours en cassation et l'autorité de la Cour disciplinent les Cours et Tribunaux. Ils préfèrent, en général, se ranger plutôt que de se trouver dans une situation de conflit avec la Cour, par ailleurs perdu d'avance.

3/139 Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N.

3/140 Cass. 2 janvier 2013, P.12.2019.F.

3/141 Cass. 10 septembre 2015, C. 12.0533.N.

3/142 Notamment Cass. 24 janvier 2013, C.11.0371.F ; Cass. 7 février 2013, C.12.0158.F ; Cass. 8 février 2015, C.13.0612.N ; Cass. 7 novembre 2019, C.19.0048.N (au sujet de l'article 1718 Code judiciaire) ; Cass. 18 novembre 2019, C.18.0510.F.

La définition de l'ordre public cache dès lors une épreuve de force que la Cour a engagé avec le législateur.

Elle sait, bien évidemment, que l'ordre public n'est rien d'autre que l'organisation du vivre ensemble, décidée par les personnes et les institutions qui contrôlent le pouvoir politique. Elle sait également qu'en démocratie l'organisation du vivre ensemble et l'ordre public sont l'œuvre des législateurs. Elle n'ignore pas que la Cour constitutionnelle contrôle les législateurs qui de façon déraisonnable limiteraient l'exercice d'un droit ou d'une liberté, accordé par la Constitution et par la Convention EDH ou qui introduiraient des différences traitement.

Dans ce cadre constitutionnel et conventionnel, la Cour de cassation devrait se soumettre à la volonté du législateur et aux décisions de la Cour constitutionnelle. Elle n'a pas à contrôler l'incidence des lois ou la pertinence des arrêts de la Cour constitutionnelle en fonction de son interprétation des "intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité" ou "en droit privé, des bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société", puisque ce contrôle appartient exclusivement au législateur (compétent) et à la Cour constitutionnelle.

A l'évidence, les choses ne se passent pas ainsi en droit privé.

Se servant, à tout le moins en apparence, de la définition de l'ordre public et de loi d'ordre public, la Cour de cassation s'interpose entre le législateur et la Cour constitutionnelle, d'une part, et les justiciables, d'autre part.

Sans se soucier de la volonté du législateur (qui se trouve exprimée par la loi !) et de la compétence de la Cour constitutionnelle, elle prétend sauvegarder les intérêts essentiels de l'Etat ou de collectivité et surtout, en droit privé, les bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société.

Avare en explications, la Cour impose ainsi sa conception des bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société en droit privé.

Depuis son arrêt du 9 décembre 1948, elle est devenue, par sa propre décision, la gardienne des bases juridiques en matières économiques et morales, qui existaient à cette date.

Comme De Page, elle a pris la défense du libéralisme économique, produit du 19^{ème} siècle ^{3/143}, qu'elle continue à traduire en bases juridiques de l'ordre économique (libéral) ou moral (également libéral). De ce fait, les (nouvelles) lois ^{3/144} se trouvent, d'office, dans le collimateur de la Cour de cassation.^{3/145}

^{3/143} Voy supra n°174.

^{3/144} D'inspiration démocratique.

^{3/145} Et des experts et professionnels en droit privé.

Quand elle est en désaccord avec les décisions du législateur qui, dans l'interprétation de la Cour, portent sur les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou, en droit privé, sur les bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société, la Cour se manifeste. Par son interprétation de la loi, par sa qualification ou par les effets juridiques qu'elle reconnaît ou refuse à la loi... la Cour impose sa vision de l'ordre public ou de la loi d'ordre public, sans se préoccuper de la volonté du législateur ou des compétences de la Cour constitutionnelle.

Grâce à leur protection par la Cour de cassation, les bases juridiques de l'ordre économique (et moral) libéral ont survécu aux "trente glorieuses" (1945-1975) et, toujours avec son aide, se sont ensuite transformées en principes de base du néolibéralisme (économique).

Depuis 1948, l'ordre public en droit privé ne se fonde sur la volonté du législateur qu'avec la bénédiction de la Cour de cassation. En cas de désaccord, un ordre public judiciaire, dont la Cour a la maîtrise, prévaut.

III.1.2.3.3. La Cour de cassation et les valeurs essentielles

- 194.** Auteur d'un ordre public judiciaire, la Cour de cassation, à l'instar du législateur, se trouve inévitablement confrontée aux valeurs essentielles. 3/¹⁴⁶

Ses interventions concernent non seulement la sécurité, la santé, l'enseignement et la libre disposition des parties en litige, mais aussi de l'ensemble des personnes qui doivent tenir compte de l'ordre public judiciaire qu'elle façonne.

Le (néo)libéralisme économique, l'ordre économique ou moral qu'il génère et leur traduction, depuis le 19^{ème} siècle, en bases juridiques poursuivent incontestablement le même objectif.

Ils favorisent la liberté individuelle sous toutes ses couleurs et tonalités : la libre disposition, la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté, la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre, la libre concurrence...3/¹⁴⁷

Cette valeur essentielle domine d'une main de maître l'ordre public judiciaire que la Cour de cassation défend.

La liberté (individuelle) s'appuie sur une association d'idées qui remonte.3/¹⁴⁸

3/¹⁴⁶ Voy supra nos 36-41.

3/¹⁴⁷ Par ex. Cass. 3 décembre 2015, C.14.0.428.N ; Cass. 14 juin 2019, C.18.0501.N ; Cass. 9 septembre 2019, C.18.0521.N ; Cass. 7 novembre 2019, D.19.0004.N.

3/¹⁴⁸ Si bien exprimé par DE PAGE et par DEMOGUES (voy supra n°170) : "Ainsi le veut le libéralisme économique, en vertu duquel l'homme est seul juge de ses intérêts et l'harmonie et l'équilibre

L'idée sous-jacente est qu'on n'est jamais mieux servi que par soi-même, constat qui n'a évidemment rien de rassurant pour les "autres".

Afin d'adoucir ce message, la liberté individuelle a été associée par De Page à l'idée (et à la conviction) que la liberté de chacun détermine le bien-être de tous. Longuement contredite par l'histoire de notre espèce, cette association d'idées et de convictions continue cependant à s'imposer et à justifier qu'il faut laisser à la liberté individuelle le champ d'application le plus large possible.

Les adeptes du (néo)libéralisme économique savent pourtant que les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme ne visent pas le bien-être de tous, mais le bien-être des plus forts, comme l'histoire du 19^{ème} siècle, le démontre notamment. 3/149

L'idée que la liberté individuelle détermine le bien-être de tous n'est qu'un argument de vente de "leur" théorie économique.

La libre disposition n'est cependant pas la seule valeur essentielle dont la Cour de cassation se sert dans la construction de l'ordre public judiciaire.

Bien que protégés par la libre disposition 3/150, les plus forts ne se trouvent pas nécessairement à l'abri d'un contretemps ou de l'irruption d'un autre qui met en danger ou porte atteinte à leur sécurité, leur santé, leur enseignement ou leur épanouissement.

Eux aussi souhaitent la protection des autres valeurs essentielles, qui forment l'objet de leurs droits et libertés. La libre disposition ne leur suffit pas et la Cour en tient compte.

Lorsqu'elle se prononce, assez exceptionnellement, sur les raisons qui font qu'elle déclare une loi d'ordre public, la sécurité est souvent évoquée.3/151

Comme le fait l'ordre public légal, l'ordre public judiciaire restreint donc, à l'identique, l'exercice des droits et libertés des titulaires et, par voie de répercussion, des autres afin d'arriver à un vivre ensemble, une organisation, un ordre public. La technique reste la même, mais l'institution qui l'applique (le judiciaire au lieu du législatif) et l'idéologie sous-jacente sont différentes.

Quand la Cour de cassation décide, sans se soucier de la volonté du législateur, qu'une loi n'est pas d'ordre public, quand elle altère la portée d'une loi par son interprétation personnelle de l'ordre public ou quand elle modifie les effets

naissent de la lutte des intérêts individuels" et "ce qui a été voulu par un seul ou par plusieurs personnes ayant des intérêts divergents est conforme à l'intérêt général".

3/149 Au sens le plus large : force physique, intelligence, situation patrimoniale, milieu social, malice...

3/150 Qui "immunise" leurs actes et comportements.

3/151 Voy supra n°192 ; Cass. 11 avril 1986, Pas. 1986, I, 983 (la sécurité publique) ; Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N (la protection de la confiance des épargnants) ; Cass. 2 janvier 2013, P. 12.2019.F (la sécurité nationale)...

voulus par le législateur en cas de méconnaissance de l'ordre public 3/¹⁵², elle procède à une mise en balance et à une pondération des valeurs essentielles, concernées par les actes, comportements, activités ou situations sur lesquels elle se prononce.

Sa décision se traduit par les restrictions qu'elle approuve ou impose à l'exercice des droits et des libertés qui se trouvent à l'origine de ces actes, comportements, activités et situations.

En autorisant ou en limitant l'exercice d'un droit ou d'une liberté, elle donne la priorité à une valeur essentielle plutôt qu'à une autre, à un titulaire plutôt qu'à un autre, à un titulaire plutôt qu'aux "autres".3/¹⁵³

- 195.** Quand la Cour de cassation et le pouvoir judiciaire se prononcent sur l'ordre public ou sur la loi d'ordre public, leurs décisions ne dévoilent en général pas les valeurs essentielles 3/¹⁵⁴ qui ont été mises en balance et leur pondération. Il est dans ces conditions très difficile, sinon impossible de savoir si l'application qui est faite par le pouvoir judiciaire des droits et libertés ou de leur limitation par l'ordre public et par une loi d'ordre public 3/¹⁵⁵, respecte les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Puisque les règles jurisprudentielles 3/¹⁵⁶ font partie des lois dont elles sont déduites par les Cours et Tribunaux, la Cour constitutionnelle pourrait, en théorie se prononcer, sur question préjudicielle 3/¹⁵⁷, sur le caractère raisonnable de l'exercice d'un droit ou d'une liberté, admis ou refusé par le pouvoir judiciaire. Elle pourrait également examiner l'application ou l'écartement de l'ordre public ou d'une loi d'ordre public par le pouvoir judiciaire. Ce contrôle indirect n'est que rarement mis en œuvre.

Dans l'état actuel du droit (privé), l'ordre public judiciaire règne donc en maître. Préoccupée par une application de l'ordre public ou par une loi d'ordre public qui pourrait s'attaquer aux bases juridiques de l'ordre économique ou moral, dans la conception qu'elle en a, la Cour de cassation ne prête guère attention aux valeurs essentielles, à leur place et à leur préservation dans une société démocratique, quand elle impose "son ordre public".

Le résultat satisfait sans doute la Cour et l'ordre public judiciaire qu'elle poursuit, mais conduit à des conséquences qui mettent à mal les valeurs essentielles et

3/¹⁵² Voy supra nos 188-191.

3/¹⁵³ Voy par exemple Cass. 18 janvier 2016, S.15.0040.F ; Cass. 30 novembre 2016, C.16.0142.F ; Cass. 13 novembre 2017, C.16.0320.F; Cass. 29 février 2016, S.15.0049.F.

3/¹⁵⁴ Qui se trouvent à l'origine des droits et libertés et dont elles sont l'objet.

3/¹⁵⁵ En ce compris, l'absence de limitation (suffisante).

3/¹⁵⁶ Également quand elles concernent l'ordre public, des lois qui intéressent l'ordre public ou des lois d'ordre public.

3/¹⁵⁷ Toutefois réservée au pouvoir judiciaire.

leur place dans les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, comme le démontre l'exemple suivant. 3/¹⁵⁸

La Cour de cassation décida dans un arrêt du 10 septembre 2015. 3/¹⁵⁹

“lorsque, après qu’a été rendue sur leur différend une décision définitive qui est encore susceptible d’appel, des parties litigantes concluent pour terminer cette contestation une convention par laquelle elles renoncent, l’une à des droits que lui reconnaît cette décision, l’autre à celui d’en relever appel, l’existence de leur transaction s’impose aux tiers, qui sont tenus de reconnaître les effets qu’elle produit entre les parties contractantes.

Il s’ensuit que, si, en vertu de l’article 2051 du Code civil, la transaction ne fait naître qu’au profit des parties le droit de s’opposer à la réitération du litige, les tiers ne peuvent plus prétendre que les droits de celles-ci ou de l’une d’elles sont fixés par le jugement ensuite duquel la transaction a été conclue.

Dès lors que l’objet de cette convention n’excède pas les choses dont on peut disposer, la circonstance que les droits dont se prévalent les tiers intéressent l’ordre public n’affecte pas leur obligation de respecter les effets externes de la transaction“.

196. Le litige portait sur le montant d’une indemnité de préavis, due par l’employeur à un employé qu’il avait licencié.

Après un jugement en première instance, les parties ont transigé. L’employé a accepté une indemnité dont le montant était moins important que la somme accordée par le jugement.

L’Office national de sécurité sociale (l’ONNS) estima que la cotisation sociale, due par l’employeur sur l’indemnité, était à calculer sur le montant accordé par le jugement en première instance.

L’employeur lui opposa la transaction. Ayant perdu en appel, l’ONSS a saisi en vain la Cour de cassation, comme il résulte de l’arrêt cité du 10 septembre 2015.

Les droits de l’employeur et de l’ONSS se sont affrontés dans cette cause.

L’employeur comptait sur les droits qu’il avait acquis par la conclusion d’une transaction avec l’employé licencié. En invoquant la transaction (son existence, son contenu), il faisait valoir sa liberté contractuelle et la force obligatoire sécurisante de la convention. Il en déduisait que la cotisation sociale devait être calculée sur le montant transactionnel.

3/¹⁵⁸ Pour d’autres exemples infra nos 217-219 et 222-230.

3/¹⁵⁹ Cass. 10 septembre 2015, S.15.0040.F.

L'ONSS tablait sur la nécessité de financer le système de sécurité sociale, organisé par un ensemble de lois d'ordre public 3/160 et sur l'autorité sécurisante de la chose jugée, attachée au jugement intervenu en première instance. Son droit à la cotisation sociale, calculée sur le montant de l'indemnité de préavis déterminé en justice, s'appuyait sur les valeurs essentielles de la santé et de la sécurité.

Sans se prononcer sur les valeurs essentielles en cause ou sur les raisons qui ont conduit à la restriction du droit de l'ONSS, la Cour a donné la préférence à la transaction, tout en reconnaissant que l'organisation et l'équilibre financier du système de la sécurité sociale concernent l'ordre public.3/161

Le calcul de la cotisation sociale sur l'indemnité de préavis, qui est due par un seul employeur ne conduit évidemment pas à la ruine de la sécurité sociale, mais la généralisation d'une méthode de calcul peut mettre en péril l'existence, le fonctionnement ou le financement du système de la sécurité sociale.3/162

Par définition, une transaction aménage les intérêts privés des personnes qui recourent à ce type de convention.

La Cour de cassation déduit de l'article 1165 du Code civil 3/163 que l'existence et le contenu d'une convention sont opposables aux tiers. 3/164 Les tiers qui ne sont pas obligés par les effets juridiques d'une transaction 3/165, doivent néanmoins tenir compte de son existence et de son contenu, ce qui limite leur libre disposition.3/166

Or, la Cour de cassation a également décidé que l'article 1165 n'est pas d'ordre public.3/167

En d'autres mots, dans son arrêt du 10 septembre 2015, la Cour de cassation a écarté l'application de dispositions légales d'ordre public, qui protègent la sécurité et la santé de tous, au profit d'une convention, qui aménage des intérêts privés et dont les effets ne sont pas d'ordre public.

3/160 Notamment l'article 14 § 1er de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, 19 § 2 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi précitée du 27 juin 1969 et 82 § 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

3/161 Voy dans le même sens la jurisprudence de la Cour de justice qui retient l'équilibre financier de la sécurité sociale comme une raison impérieuse d'intérêt général.

3/162 Voy à ce sujet Cass. 2 janvier 2013, P.12.2019.F.

3/163 L'article 1165 dispose que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point au tiers et qu'elles ne, lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 (la stipulation pour autrui).

3/164 Depuis Cass. 27 mai 1909, Pas. 1909, I, 272.

3/165 Comme en l'espèce, l'ONSS.

3/166 Leur liberté d'agir.

3/167 Cass. 21 avril 1978, Pas. 1978, I, 953 ; Cass. 4 mai 2018, C.16.0145.F.

Cette restriction de l'exercice des droits et libertés de l'ONSS et de ses assujettis est-elle nécessaire dans une société démocratique et répond-elle à un besoin social impérieux ? 3/¹⁶⁸ Il est loin d'être certain que la réponse à ces questions confirme la voie qui a été empruntée par la Cour de cassation.

3/¹⁶⁸ Voy supra nos 94-99 et 121-126.