

VI.3. Ordre public et démocratie

VI.3.1. L'ordre public légal

- 340.** Si les Constitutions 6/⁶¹, la Convention EDH et les articles 2 à 5 TUE 6/⁶² sont pris au sérieux, les Etats-membres du Conseil de l'Europe et de l'Union doivent être et agir comme des (véritables) démocraties. Leurs actions et leurs politiques, leur organisation et leur fonctionnement doivent être l'expression, sans failles, des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Il est inhérent à la séparation des pouvoirs que des législateurs, élus démocratiquement, réalisent et limitent les droits et les libertés, accordés par les normes prioritaires, que constituent en premier lieu la Constitution et, ensuite, la Convention EDH.

Ils procèdent avec des lois impératives et prohibitives qui déterminent, directement et indirectement, le contenu, le sens et la portée des droits et des libertés, fixant ainsi les limites de leur exercice par leurs titulaires.

Leurs lois couvrent tout le spectre des actes, comportements et activités humains 6/⁶³ : aucun acte, aucun comportement, aucune activité ne leur échappe.

La dominance du pouvoir législatif n'est pas un hasard. Elle exprime et confirme le contrôle par les électeurs du pouvoir politique, ainsi que leur volonté que les représentants politiques, réunis en assemblées législatives, s'occupent de leurs conditions de vie, les améliorent et mettent à la disposition des titulaires, qui se trouvent sous leur autorité, les meilleures conditions de vie possible, dans le respect des normes prioritaires.

Dans leurs interventions, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire doivent respecter la volonté du législateur qui concorde - par définition - 6/⁶⁴ avec la volonté des électeurs, qui contrôlent le pouvoir politique. Les interprétations, qu'ils donnent aux lois exécutées ou appliquées, doivent être conformes à la volonté (initiale) du législateur et aux normes prioritaires.

Si l'exécution ou l'application d'une loi dépasse la volonté du législateur, la modifie ou la neutralise, même partiellement, l'exécutif ou les Cours et Tribunaux se mettent en situation d'abus ou de détournement de pouvoirs.6/⁶⁵

6/⁶¹ Des Etats-membres du Conseil de l'Europe et de l'Union.

6/⁶² Ainsi que les jurisprudences des Cours constitutionnelles et de la Cour EDH.

6/⁶³ Les droits et libertés se manifestent, par l'objet des actes, des comportements et des activités humains ; voy. Cc 28 mai 2020, n° 74/2020, B.8.1 ; CE 27 avril 2020, n°247.452.

6/⁶⁴ Appuyée par le contrôle externe et indépendant des Cours constitutionnelles et/ou de la Cour EDH.

6/⁶⁵ Et ils méconnaissent les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

En démocratie, l'ordre public est donc nécessairement de nature légale. 6/66

Il se réfère à l'organisation et au fonctionnement du vivre ensemble, qui résulte du respect et de l'application des lois impératives et prohibitives 6/67 qui gouvernent les actes, les comportements et les activités des personnes, qui se trouvent sous l'autorité des législateurs. Leurs lois réalisent et limitent raisonnablement 6/68 les droits et libertés, accordés par les normes prioritaires aux personnes qui se trouvent sous leur responsabilité.

A condition de rester dans les limites (raisonnables) définies par les législateurs, les titulaires sont protégés et immunisés, quand ils exercent leurs droits et libertés.6/69

Puisque les lois sont à la fois l'expression du pouvoir politique et des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, la protection de l'ordre public légal fait partie des priorités en démocratie.

Des actes, des comportements, des activités ou des situations qui seuls, répétés et/ou généralisés, sont susceptibles de mettre en danger l'ordre public (légal) à court, moyen ou long terme, mettent également en péril les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, concrétisés par les lois. 6/70 Ils ne sauraient dès lors être tolérés.

341. La mission des législateurs n'est pas une promenade de santé.

L'organisation et le fonctionnement du vivre ensemble au rythme de l'exercice par les titulaires de leurs droits et de leurs libertés, dont la réalisation et la restriction s'inscrivent dans les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, ne tombent pas du ciel.

Les lois requièrent une préparation minutieuse, qui garantit leur compatibilité avec le cadre des normes prioritaires et, en particulier, avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.6/71

Réalisés et limités raisonnablement par les législateurs, tous les droits et les libertés ont la même importance : leur exercice mérite la même protection.

6/66 La "volonté du législateur".

6/67 Ainsi que des normes juridiques que les pouvoirs exécutif et judiciaire en déduisent (à condition de respecter la volonté du législateur).

6/68 Voy supra nos 87-10 et 115-128.

6/69 Aussi bien verticalement à l'égard des pouvoirs publics, que horizontalement à l'égard des autres titulaires.

6/70 Et, derrière eux, par les électeurs qui contrôlent, fût-ce indirectement, le pouvoir politique et son application.

6/71 La qualité du travail législatif n'atteint malheureusement qu'exceptionnellement la qualité des législateurs (oligarchiques et ploutocrates) du 19^{ème} siècle, ce qui n'a rien d'inévitable.

Quand l'articulation entre, d'une part, les droits et les libertés, et, d'autre part, les valeurs essentielles dont ils sont l'expression est examinée de plus près, ce principe est toutefois à nuancer. 6/72

Des conflits entre valeurs essentielles sont inévitables aussi bien à l'échelle du vivre ensemble, qu'à celle des relations individuelles.

Lorsque le législateur intervient avec une (nouvelle) loi, il a l'intention d'arbitrer des conflits de ce type. Il désigne la valeur essentielle qui aura la priorité sur d'autres valeurs essentielles. Il sait bien entendu que les circonstances d'espèce ont leur importance et envisage dès lors différentes hypothèses qui sont susceptibles de se produire. Il les intègre (essaye de les intégrer) dans les conditions d'application de la loi, qu'il impose.

Sans qu'il s'agisse de règles absolues 6/73, il est possible de mettre de l'ordre dans les conflits, qui se produisent entre valeurs essentielles.6/74

Quand la sécurité est en danger, les droits et les libertés qui protègent la santé, l'enseignement et la libre disposition des titulaires, passent généralement à l'arrière-plan. 6/75 Tout est fait pour que la sécurité revienne au plus vite.

En cas d'atteinte à la santé, l'enseignement et la libre disposition sont mis en attente ou doivent se contenter d'un régime plus strict ou réduit.

A défaut de sécurité, de santé et d'enseignement (adéquats), les droits et les libertés, qui ont trait à la libre disposition, perdent en grande partie leur attrait ou leur efficacité pour les titulaires.

Lorsque l'exercice d'un droit ou d'une liberté n'est pas essentiel pour la sécurité, la santé ou l'enseignement du titulaire et qu'il nuit au contraire à la sécurité, à la santé ou à l'enseignement d'autres personnes, le législateur donne, en règle, la préférence à la protection de la sécurité, la santé ou l'enseignement des autres. Puisque chaque titulaire fait partie "des autres" pour tout autre titulaire, cette décision protège les valeurs essentielles du plus grand nombre.

Il interdira l'exercice du droit ou de la liberté ou imposera une ou plusieurs restrictions, qui neutralisent les effets indésirables qu'il a détectés.

Il prendra au contraire parti pour l'exercice, sans restriction (additionnelle), du droit ou de la liberté quand il estime que l'exercice d'un droit ou d'une liberté bénéficie à tous les titulaires et que ses avantages dépassent les inconvénients éventuels.

6/72 Les valeurs essentielles, ensemble ou individuellement, forment l'objet des droits et libertés.

6/73 Puisque la décision finale appartient aux législateurs.

6/74 Ces priorités sont confirmées notamment en temps de crise, comme la crise pandémique causée par le virus du Covid-19 vient de rappeler.

6/75 Très souvent la sécurité d'une personne est déterminée par son état de santé et vice versa.

342. Compte tenu de l'importance et de la complexité des arbitrages qui sont effectués par les législateurs, un contrôle par une institution, qui opère indépendamment du pouvoir législatif, n'est pas un luxe.

Les législateurs ont fait preuve d'intelligence et de prudence en instaurant la possibilité d'un contrôle externe de leur travail législatif, même si ce contrôle reste perfectible pour les raisons qui ont été exposées. 6/76

A condition d'être saisis par un justiciable ou par les Cours et Tribunaux, les contrôleurs vérifient si le législateur a agi dans le respect des normes prioritaires 6/77 et, dès lors, des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques ;

"L'erreur étant humaine", ce qui n'est pas le seul défaut de l'espèce humaine, il est donc prudent de surveiller le législateur.

Ce contrôle, voulu et déterminé par les législateurs, est une activité à part entière : il garantit le caractère "raisonnable" des interdictions et des restrictions que les législateurs imposent à l'exercice des droits et libertés par leurs titulaires.

L'interdiction ou la restriction est déclarée raisonnable quand elle résulte d'une loi suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est pertinente et proportionnelle par rapport à l'objectif légitime que le législateur poursuit.

Puisqu'ils se prononcent sur les politiques et les actions des législateurs 6/78, la mission de la Cour constitutionnelle, de la Cour EDH et du pouvoir judiciaire de l'UE 6/79 est aussi cruciale que celle du pouvoir législatif.

Ces institutions sont appelées à faire obstacle à des législateurs qui s'écarteraient des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques ou qui ne les appliqueraient pas loyalement. Dans les deux cas, les législateurs se risquent sur une route qui conduit à un régime politique, qui n'est plus démocratique.

On aurait dès lors pu s'attendre, de la part de ces hautes juridictions, à une élaboration approfondie des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, dont les grandes lignes 6/80 se trouvent dans la Constitution et, ensuite, dans la Convention EDH et dans les Traités de l'UE.

6/76 Voy supra n° 338.

6/77 La Constitution et, ensuite, la Convention EDH et les Traités de l'UE.

6/78 Concrétisées par les lois que ces juridictions contrôlent.

6/79 Voulu par les législateurs (les électeurs) qui ont voté la Constitution et qui ont ratifié la Convention EDH et les Traités de l'UE.

6/80 De façon générale et abstraite.

Il serait injuste de dire qu'elles n'ont rien fait 6/81, mais globalement l'attente a été frustrée.

Les "contrôleurs" se montrent très prudents lorsqu'ils s'avancent sur le terrain qui leur a pourtant été confié, à savoir celui des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. Ils se prononcent, au cas par cas, préférant l'hétérogénéité à des règles générales et abstraites, déduites des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. Ils mettent volontiers en lumière la relativité de leurs décisions, déterminées par des circonstances particulières. Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement restent ainsi le secret des dieux, que les hautes juridictions se réservent.

Leurs paramètres de contrôle s'avèrent imprécis 6/82 : quand une loi est-elle suffisamment accessible et précise ; quelles nécessités s'imposent dans une société démocratique ; comment le besoin social impérieux se laisse-t-il identifier quand se produisent des conflits entre valeurs essentielles ou entre les droits et les libertés de plusieurs personnes ?

Le contrôle par le biais de la pertinence ou de la proportionnalité de l'interdiction ou de la restriction est en outre préoccupant.

Le moment ne semble plus loin 6/83 que les "contrôleurs" se limite(ro)nt au contrôle de la proportionnalité de l'interdiction ou de la restriction. 6/84

En théorie, la proportionnalité s'apprécie à la lumière de l'adéquation qui existe entre la mesure restrictive et l'objectif légitime 6/85 que le législateur poursuit. La restriction ou l'interdiction est proportionnelle 6/86 quand elle contribue effectivement à la réalisation de l'objectif légitime et qu'elle ne peut pas être remplacée avec le même résultat par des mesures prohibitives ou restrictives moins importantes.

Lorsque l'objectif légitime, poursuivi par le législateur, ne fait plus partie de l'appréciation de la proportionnalité d'une interdiction ou d'une restriction, la "proportionnalité" devient un critère autonome, qui repose exclusivement sur "la sagesse" des contrôleurs, susceptible de neutraliser la volonté des législateurs.

Les législateurs devraient réagir. Ils sont en droit d'exiger des contrôleurs qu'ils exposent dans leurs décisions les raisons pour lesquelles ils estiment qu'une loi (n') est (pas) suffisamment accessible et précise, qu'elle (n')est (pas)

6/81 En particulier dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH.

6/82 Non seulement leur contenu, mais aussi leur champ d'application.

6/83 Et il s'est peut-être déjà produit.

6/84 Voy supra notamment nos 100-102, 127-128 et 311.

6/85 C'est-à-dire nécessaire dans une société démocratique et répondant à un besoin social impérieux.

6/86 Et pertinente.

nécessaire dans une société démocratique et qu'elle (ne) répond (pas), dans les circonstances d'espèce, au besoin social impérieux.

Ils peuvent également imposer aux contrôleurs de concevoir la pertinence et la proportionnalité d'une mesure restrictive en fonction de l'objectif qui est poursuivi par le législateur.

Ils peuvent combiner ces précautions élémentaires avec un suivi et une analyse sérieuse des jurisprudences des hautes juridictions. En cas de désaccord avec leurs opinions et leurs options, les législateurs ont l'obligation de se manifester par une nouvelle intervention (raisonnable), mieux adaptée, selon le législateur, aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques, sous réserve d'un nouveau contrôle.

De cette façon s'établira un dialogue (indirect) entre les pouvoirs législatifs et judiciaire.

VI.3.2. L'ordre public judiciaire

- 343.** Eu égard aux développements qui caractérisent le droit dérivé de l'Union ^{6/87}, la situation dans laquelle se trouve l'ordre public en droit privé belge est, sans aucun doute, symptomatique pour la situation juridique dans laquelle doivent se trouver l'ordre public, les bonnes mœurs et/ou l'intérêt général dans les autres Etats-membres de l'Union.

A défaut d'une évolution parallèle et compatible de leurs systèmes juridiques, les Etats-membres auraient, non seulement, été incapables de s'entendre sur une union économique, financière et monétaire, mais ils auraient aussi été en désaccord sur l'orientation (néo)libérale du droit dérivé de l'Union.^{6/88}

Contrairement aux régimes communistes, fascistes, oligarchiques, ploutocrates et autres ^{6/89}, la démocratie ne convoite pas le contrôle (direct) des pouvoirs économiques, financier et intellectuel.

Fidèles à l'idéologie démocratique ^{6/90}, les électeurs se contentent du contrôle du pouvoir politique, dont ils attendent qu'il réalise les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

A tout acte, tout comportement ou toute activité s'appliquent, dans l'ensemble des régimes politiques, des règles (juridiques) qui déterminent leur validité, leur existence et leur efficacité en droit. L'absence, l'imprécision ou la méconnaissance de ces règles perturbe ou détruit les relations "paisibles", que les gouvernants, dans leur intérêt, souhaitent imposer et établir entre les personnes qui sont concernées par ces actes, comportements ou activités.

^{6/87} Voy supra nos 302-324.

^{6/88} Egalement mis en exergue par T. Corthaut, EU ordre public, 421-433.

^{6/89} Qui recourent tous à des discriminations.

^{6/90} Voy supra n° 333.

Comme les autres activités, les activités économiques, financières et monétaires ont besoin de règles accessibles et précises, qui les organisent et qui garantissent aux personnes concernées le respect de leurs activités.^{6/91}

Au moment du basculement démocratique ^{6/92}, les activités économiques, financières et monétaires étaient gouvernées par des règles de droit (privé), conçues et mises en œuvre par une minorité gouvernante. ^{6/93} Elles servaient, à la perfection, ses intérêts personnels et patrimoniaux.

Inspirées par le libéralisme économique, ces règles et leur efficacité étaient tout simplement redoutables et redoutées par les personnes qui ne faisaient pas partie de la minorité gouvernante.

L'accumulation et la concentration – illimitées – de revenus et de richesses, réalisées en quelques décennies pendant la belle époque par une élite minoritaire qui contrôlait les pouvoirs politiques, économiques, financiers et intellectuels, en étaient la preuve. ^{6/94}

- 344.** Il est compréhensible que le pouvoir politique, fraîchement acquis par la démocratie, a d'abord été mis en œuvre en droit public avec des réformes qui amélioreraient rapidement les conditions de vie en matière de sécurité, de santé, d'enseignement et de libre disposition, en grande souffrance après deux guerres mondiales, entrecoupées par une crise économique et financière profonde.

Pendant le temps de la reconstruction ^{6/95}, entreprise et réalisée en conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, les activités économiques et financières continuaient et (re)prenaient des forces en se servant du droit privé, hérité du 19^{ème} siècle.

En Belgique, H. De Page était parmi les premiers à comprendre et écrire que cette situation ne perdurerait pas. A défaut de réagir, le droit privé subirait à son tour l'influence des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. Ils modifieraient les fondements juridiques de l'ordre économique (ou moral).^{6/96}

^{6/91} Donnant lieu à des attentes légitimes (théoriques) et à une certitude juridique (également théorique).

^{6/92} Grosso modo, pendant la première partie du vingtième siècle.

^{6/93} Qui contrôlait depuis au moins un siècle les pouvoirs politiques, économiques, financiers et intellectuels (voy supra nos 25-32 et 332).

^{6/94} Le libéralisme économique tournait à plein régime, propulsé par le colonialisme et l'industrialisation.

^{6/95} Dans la "définition" de la loi d'ordre public, proposée par De Page, il s'agit des intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité" (voy supra nos 176-177).

^{6/96} Voy supra nos 172-177.

Le pouvoir judiciaire, sous la direction autoritaire de la Cour de cassation 6/97, partageait cette analyse et s'associa au "remède" que De Page proposa.

La Cour est devenue le porte-parole et le fer de lance de la résistance. A qui voulait l'entendre, elle notifiait par son arrêt du 9 décembre 1948 6/98 qu'elle veillerait en droit privé sur les fondements juridiques de l'ordre économique (ou moral) existant.

Déclarant d'ordre public les fondements juridiques de l'ordre économique existant 6/99, le message ne pouvait pas être plus clair.

Elle annonçait ainsi l'existence en droit privé d'un ordre public judiciaire qu'elle protégerait et développerait, au besoin, au détriment de l'ordre public légal d'inspiration démocratique, issu de la volonté du législateur.

La Cour ne voulait pas un conflit ouvert avec les pouvoirs législatif et exécutif, mais une mise sous tutelle, en douce, de l'ordre public légal.

Lorsque la Cour de cassation estime que l'ordre public légal se heurte, en droit privé, aux fondements juridiques de l'ordre économique (néo)libéral, hérité du 19^{ème} siècle, elle réagit.

Elle refuse d'interpréter les lois ou les principes qui datent du 19^{ème} siècle en conformité avec les normes prioritaires, qui consacrent les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Pas amusée du tout, elle voit d'un mauvais œil des (nouvelles) lois 6/100 dont elle estime qu'elles portent atteinte aux fondements juridiques du (néo)libéralisme économique.

Dans ce cas, elle cherche et trouve une "solution" qui lui permet d'échapper à "l'entorse" que la démocratie voudrait administrer au droit privé. Tombée sous le charme du courant (néo)libéral, elle accepte 6/101, au contraire, de revoir, d'élaborer et d'approfondir les fondements économiques qui datent du 19^{ème} siècle et de les mettre au goût néolibéral contemporain. 6/102

345. Ainsi, il existe en droit belge un ordre public légal de consistance démocratique et un ordre public judiciaire de consistance (néo)libérale.

6/97 Rejoint par l'enseignement en droit privé, prodigué par les facultés de droit et par les hautes écoles, ainsi que par la ("meilleure") doctrine.

6/98 Cass. 9 décembre 1948, Pas. 1948, I, 699.

6/99 Fidèlement traduits en droit privé pendant le 19^{ème} siècle.

6/100 Votées par des législateurs, qui poursuivent les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

6/101 Ce qu'elle a catégoriquement refusé (et refuse) de faire quand il s'agit des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

6/102 Ses jurisprudences récentes au sujet de l'intérêt légitime, de l'objet ou de la convention illicite et, encore, de la nullité (voy supra nos 216-230 et 272-279) le démontrent ; voy.ég. Cass.31 mai 2019, C.18.0528.N ; Cass. 20 février 2020, C.16.0374.N.

Les lois impératives et prohibitives 6/¹⁰³ ne sont accueillies en droit privé qu'à condition de s'aligner sur les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique, traduits en fondements juridiques.

Le même phénomène se produit en droit dérivé de l'Union. L'ordre public légal des Etats-membres, invoqué à l'appui d'une interdiction ou d'une restriction qu'ils imposent à l'exercice d'une liberté de circulation, n'est pris en considération que s'il constitue dans la jurisprudence de la Cour de justice une raison impérieuse d'intérêt général, dont le pouvoir judiciaire de l'UE doit en outre admettre en l'espèce la pertinence et la proportionnalité.^{6/104}

L'Union étant essentiellement dédiée à l'établissement d'une association économique, financière et monétaire, les activités économiques et financières se trouvent au centre des actions et des politiques de ses institutions. Elles se laissent inspirées par le (néo)libéralisme économique 6/¹⁰⁵, ce qui ne déplaît pas aux Etats-membres, dont le droit privé repose sur la même théorie économique.

Faisant à peine état des articles 2 à 5 TUE, la Cour de justice a développé un ordre public judiciaire qui passe non seulement avant l'ordre public légal des Etats-membres, mais aussi avant la démocratie, les droits et libertés des autres, les valeurs et les objectifs de l'UE (articles 2 et 3 TUE).

La connivence entre le droit dérivé de l'Union et les droits privés des Etats-membres n'est pas restée sans effet sur les jurisprudences de la Cour constitutionnelle et/ou de la Cour EDH.

Déjà très prudentes dans leur appréciation de ce qui est nécessaire dans une société démocratique et ce qui répond au besoin social impérieux, elles se rangent et ne font pas des vagues quand la procédure en annulation, la question préjudicielle ou l'action en responsabilité les entraîne sur le terrain du droit privé ou du droit de l'Union.

Elles participent ainsi à l'élaboration et au maintien d'ordres publics judiciaires, qui font la loi en droit privé et en droit de l'Union.

6/¹⁰³ Qui ne tolèrent aucune dérogation à défaut d'être prévue par le législateur (voy. supra nos 192-193).

6/¹⁰⁴ Voy supra n° 311.

6/¹⁰⁵ Qui ne fait toutefois pas partie des Traités de l'UE, qui (voy. l'article 3 TUE) visent au contraire une économie sociale.