

III.1.2.4. Mal aimé, mal armé en quelques exemples

206. “A bas l’ordre public“ écrit F. Peeraer 3/²⁰⁸ et personne ne semble s’en émouvoir. 3/²⁰⁹

Au vu de la doctrine et de la jurisprudence, il n’est probablement pas le seul à le penser en droit privé.

Nombreux sont ceux qui, au sein du pouvoir judiciaire, des facultés de droit, d’assemblées législatives... pensent qu’ils n’ont pas besoin de l’ordre public, que la société peut s’en passer ou que le pouvoir judiciaire est l’institution la mieux placée quand il s’agit de déterminer l’ordre public et les conséquences de sa méconnaissance.

Il est compréhensible que des juristes, qui ont vécu le basculement démocratique, aient tenu de tels propos. 3/²¹⁰ Apeurés par la mise à l’écart de la minorité gouvernante 3/²¹¹, dont ils faisaient partie, ils voyaient d’un mauvais œil l’organisation du vivre ensemble par des lois d’inspiration démocratique.

Depuis au moins deux générations, la grande majorité des juristes ne fait plus partie de l’élite économique et financière. Magistrats, avocats, professeurs en droit, fonctionnaires, juristes d’entreprises... ont rejoint les classes moyennes. Ils œuvrent néanmoins pour une société qui, grâce au droit privé 3/²¹², ressemble depuis 1975 furieusement à celle du 19^{ème} siècle, alors qu’elle n’a pas su survivre à la première moitié du 20^{ème} siècle 3/²¹³ et ignorait tout de la démocratie.

Ils acceptent que le droit privé privilégie l’accumulation et la concentration illimitées de revenus et de richesses et conduit à des inégalités patrimoniales, qui se creusent de plus en plus.

Ils ont en horreur toute forme d’interdiction ou de restriction que le législateur démocratique pourrait imposer aux activités économiques ou financières, malgré les dérèglements climatiques et écologiques que ces activités causent.

3/²⁰⁸ F. Peeraer, loc.cit., T.P.R. 2019, 698-701.

3/²⁰⁹ Voy toutefois I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 201-208.

3/²¹⁰ Malgré le serment que prêtent les juristes qui accèdent au pouvoir judiciaire, au barreau, au notariat...

3/²¹¹ Qui perdait le contrôle du pouvoir politique, mais conservait le contrôle des pouvoirs économiques et financiers.

3/²¹² Qui continue à s’inspirer et à traduire à la lettre les principes, finalité et règles de fonctionnement du libéralisme économique du 19^{ème} siècle, transformé entretemps en néolibéralisme.

3/²¹³ La période qui a été vécue par leurs grands-parents et parents.

207. Les résultats du modèle économique et financier, conçu au 19^{ème} siècle, sont en effet connus : la chasse “aux trésors“ est dévastatrice pour le vivre ensemble et pour la planète. 3/214

Même dans des pays démocratiques, les inégalités patrimoniales explosent et atteignent (et dépassent) les inégalités, qui ont été enregistrées aux heures de gloire de la “belle époque“.

Le (néo)libéralisme économique a produit une élite économique et financière 3/215 qui est en train de reprendre le contrôle du pouvoir politique par l'exercice concerté de ses pouvoirs économiques et financiers.3/216

Le triomphe du libéralisme économique au 19^{ème} siècle s'est terminé en tragédie dans la première moitié du 20^{ème} siècle.3/217

Comment se fait-il que des juristes, nés en démocratie et qui doivent leur formation à la démocratie, ne s'en souviennent pas et qu'ils se laissent séduire par la répétition de l'histoire ? 3/218

La réponse risque de déplaire, mais est surtout d'une grande banalité. Le droit privé du 19^{ème} siècle n'a jamais été mis en conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques parce que les experts en droit privé ont préféré servir les intérêts de l'élite économique et financière, comme ils en avaient l'habitude, dans leur intérêt, avant le basculement démocratique. 3/219

Ils ont imaginé et développé des techniques, qui font barrage aux incursions “nuisibles“ de la démocratie dans un système juridique et économique venu tout droit du 19^{ème} siècle, à l'image des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du libéralisme économique. 3/220

L'ordre public légal a été neutralisé ou remplacé par un ordre public judiciaire. Des règles jurisprudentielles s'écartent, à dessein, de la volonté du législateur. Elles sont aux petits soins des intérêts de l'élite, qui contrôle les activités économiques et financières. Les intérêts de cette élite sont et restent, en droit

3/214 Depuis, au moins, les années 1970 les dérèglements climatique et écologique, provoqués par les activités économiques et financières étaient connus et prévus.

3/215 Quelques pourcents, au mieux, de la population.

3/216 Voy. ég. K. PISTOR, *The code of capital*, 158-182 et 208-234.

3/217 B. VAN BAVEL, *The invisible hand ?* 208-250 a démontré que ce sort sordide attend les économies de marché (organisées par le libéralisme économique).

3/218 Clamant, haut et fort, que l'ordre public et le droit privé ne doivent pas être confiés au législateur, soi-disant dépassé par la tâche, mais au pouvoir judiciaire, aidé par les praticiens et par la doctrine (F. PEERAER, loc.cit., TPR 2019, 685-688).

3/219 Qui fait appel à leurs services et interventions dans la course aux concentrations et accumulations illimitées de revenus et de richesses.

3/220 Décrits ci-avant nos 187-205.

privé, la boussole des bases juridiques de l'ordre économique de la société, en droit privé.

Les sceptiques, espérons-le, seront convaincus par les exemples qui suivent.
3/221

III.1.2.4.1. L'article 2 (anciennement 6) du Code civil

a) UNE LONGUE HISTOIRE

208. L'article 2 du Code civil, dont le texte est resté inchangé depuis 1804, interdit la dérogation par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Portalis a défendu, corps et âme, sa place dans le Titre préliminaire du Code.^{3/222}

Il souligna avec force que l'ordre public aligne les intérêts privés sur l'intérêt général et qu'il arbitre les conflits qui peuvent opposer des intérêts privés à l'intérêt général.^{3/223}

Après Portalis, Laurent a fait l'éloge de l'article 6 (devenu 2) du Code civil :

“Obéir à la loi est un devoir pour le citoyen ; résister à la loi est donc la violation d'un devoir ; c'est un crime ; et nous n'en connaissons pas de plus grand, car il ruine les fondements de la société.

L'autorité dont jouit la loi est la base de l'ordre social. Si les citoyens pouvaient s'opposer à l'exécution de la loi, par quelque motif que ce soit, il n'y aurait plus de lois, car une loi dont la force obligatoire peut-être attaquée, une loi à laquelle on peut désobéir, n'est plus une loi, et là où les lois n'ont plus d'empire l'anarchie règne, le corps social est dissous, il doit nécessairement mourir.

Nos lecteurs s'étonneront de ce que nous insistons sur un principe aussi élémentaire au maintien de “l'ordre public”.^{3/224}

Il ajouta que “l'application de l'article 6, en ce qui concerne l'ordre public, ne souffre aucune difficulté”.^{3/225}

^{3/221} Pour d'autres exemples : L. CORNELIS, *Openbare orde*, 279-307 et 368-419.

^{3/222} Malgré les critiques de MM. ANDRIEUX et THIESSE, in *Loché*, op.cit., 243 et 272.

^{3/223} Portalis, Second exposé des motifs devant le Corps législatif du 28 février 1803, in *Loché*, op.cit., I, 306 ; ég. Portalis, Exposé devant le Corps législatif du 14 décembre 1801, in *Loché*, op.cit., I, 263 ; voy. aussi supra nos 166-167.

^{3/224} F. Laurent, *Principes*, I, 68, nos 32-33 ; voy aussi pp. 71-72, n°33 ; p. 85, n°49 (“c'est dire que les conventions des particuliers sont subordonnées à l'intérêt social”).

^{3/225} F. Laurent, op. cit., I, 85, n° 51. Il considéra, à titre d'exemple, que les lois qui relèvent du droit public ou qui organisent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public (op.cit., I, 85-88, nos 51-53).

Il avait raison. L'article 2 expose clairement la volonté du législateur. Il s'oppose à des conventions ^{3/226} qui dérogent à des lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. Il ne dit pas qu'elles sont frappées de nullité. ^{3/227} Il interdit la dérogation aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs au moyen d'une convention. Il dit ainsi que la convention doit rester sans effet en droit ^{3/228}, et ce dès sa formation ^{3/229}, si elle déroge à de telles lois.

La violation de l'interdiction, prévue par l'article 2, est sanctionnée par la neutralisation et l'inefficacité de la convention dérogatoire, aussi bien dans ses effets internes qu'externes.

L'autorité publique qui donnerait le moindre effet juridique à pareille convention, à n'importe quel moment de son existence, déroge elle-même à une loi qui concerne l'ordre public ou les bonnes mœurs. Elle participe à la violation de l'article 2 et méconnaît la volonté du législateur.

Bien que Portalis et Laurent n'aient pas abordé la question, il ne saurait en effet être sérieusement contesté que l'article 2 constitue une disposition légale qui intéresse l'ordre public, dont la dérogation par convention ou par un autre acte juridique est interdite par le législateur.

- 209.** Le Traité de De Page a également été un tournant pour l'article 2. Sans explication, il a rétrogradé l'article 6, qu'il ne mentionne que dans le sillage des dispositions légales consacrées à la cause illicite de l'obligation.^{3/230} Il suggéra ainsi que l'article 2 est dénué d'intérêt pratique : il ne ferait qu'annoncer l'article 1133, qui concerne la licéité de la cause ^{3/231}.

Tout en admettant que l'article 2 restreint la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, la majorité de la doctrine contemporaine adhère à cet enseignement (implicite) de De Page. ^{3/232}

^{3/226} La convention étant un acte juridique (à tout le moins bilatéral), la règle, énoncée par l'article 2, s'applique à tous les actes juridiques.

^{3/227} Le législateur et la jurisprudence réservent la nullité et l'annulation à d'autres hypothèses (la méconnaissance des articles 1108-1133 du Code civil).

^{3/228} Aussi bien à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.

^{3/229} Et pendant toute son existence ; voy. ég. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 207-208.

^{3/230} H. DE PAGE, *Traité*, I, 110, n°90, 119 n° 91bis et 121, n°92.

^{3/231} " Oubliant " (?) qu'il contestait, dans sa théorie de l'acte juridique que la cause constitue une condition essentielle de la convention (voy supra n° 174).

^{3/232} Voy notamment: R. JAFFERALI, *La rétroactivité du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1204, n° 574 ; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren*, 211-213, nos 240-241 (qui démontre cependant que la licéité est requise aussi bien lors de la conclusion d'une convention que pendant son exécution) ; S. STIJNS, op.cit., I, 38, n° 48 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, op.cit., 75-84 ; J. VAN MEERBEECK, *Repenser la théorie moderne des nullités*, dans C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (éd.), *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, 8, n°3 ; P. VAN OMMESLAGHE, op.cit., I, 154, n°80 ; P. WERY, op.cit. 298-299, nos 308-309.

Elle voit l'article 2 comme une simple introduction aux applications que le Code civil fait de l'ordre public et des bonnes mœurs. 3/233 Elle en déduit qu'il ne concerne que la conclusion de la convention illicite 3/234 et que sa méconnaissance est sanctionnée par la nullité de la convention.2/235 L'article 2 ne "répèterait" que l'article 1133 du code civil.

P. Wéry fait, quelque peu, bande à part lorsqu'il admet que l'article 2 peut être appliqué de façon autonome. 3/236 Il plaide cependant par prudence pour une interprétation restrictive 3/237 et réserve l'application autonome à des conventions qui dérogent à des lois d'ordre public 3/238 et à des principes généraux de droit d'ordre public. 3/239

Il lui paraît manifestement "dangereux" d'envisager l'existence d'une notion générale, dédiée à l'ordre public.

Une minorité doctrinale 3/240 défend au contraire la thèse que l'article 2 est une disposition légale à part entière, dont l'application n'est pas limitée à l'illicéité de l'objet ou de la cause d'obligations/conventions, au moment de la conclusion de la convention.

Le code civil, le droit des obligations et l'article 2 n'échappent pas à la fièvre révisionniste dont le législateur semble pris depuis quelques années.

On aurait pu espérer qu'il adapte le droit (privé) en fonction des défis climatiques, écologiques, inégalitaires et démocratiques auxquels le vivre ensemble se trouve confronté et qui demandent des réponses urgentes.

Jusqu'à présent cette réflexion ne fait malheureusement pas partie des travaux de recodification. Le "nouveau" droit renforce au contraire les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique, alors

3/233 Notamment quant à la cause et l'objet d'obligations contractuelles.

3/234 De sorte que son exécution, sa modification... ne pourraient pas être sanctionnées par l'article 2.

3/235 Estimant que l'application de l'article 2 au moment de la conclusion du contrat implique que ses conditions de validité sont viciées.

3/236 Sans avoir besoin d'une autre disposition légale ou d'une autre règle jurisprudentielle.

3/237 P. WERY, op.cit., 298-299, n° 310; T. TANGHE (op.cit., 156-158, nos 145-146), défend aussi l'autonomie de l'article 2 mais redoute aussi "l'overkill" et des atteintes à la sécurité juridique. Il recommande également la prudence.

3/238 Que Wéry appelle "l'ordre public textuel".

3/239 Qu'il appelle "l'ordre public virtuel" ; pour leur part W. VAN GERVEN et S. LIERMAN (Algemeen deel, 128, n°46) considèrent qu'un principe devient une règle de droit lorsqu'il "dirige" des comportements vers la démocratie, la justice, l'efficacité et la libre disposition.

3/240 Notamment: J. BAECK, *Deugenieten en nietigheden* in Liber amicorum HUBERT BOCKEN, Bruges, Die Keure, 2009, 160-164; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2012, 175, n°261; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 201-208; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, 155-165; S. VAN DE MOSSELAER, *De begrippen openbare orde en goede zeden in de relatie tot de exploitatie van biotechnologische uitvindingen*, Droits intellectuels, 2012, 116, 138.

qu'il est certain que l'augmentation de sa dose ne fait pas partie des remèdes qui permettront d'atténuer ou, si possible, de neutraliser ces dérèglements. Dans les propositions de loi portant insertion d'un livre 1^{er} ("dispositions générales") et d'un livre 5 (les "obligations") dans le nouveau code civil, préparées par des experts en droit privé, l'article 2 disparaît au profit de l'enseignement de De Page qui limite l'illicéité à l'objet et, dans le projet, également à la cause de l'acte juridique.^{3/241}

b) LA COUR DE CASSATION A LA BAGUETTE

i) Le moyen de cassation pris de la violation des articles 6 (actuellement 2), 1108, 1131 et 1133 du Code civil

210. Quand le moyen de cassation se fonde sur la violation (alléguée) de l'article 6 (actuellement 2) en combinaison avec d'autres dispositions légales et, notamment, avec les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil ^{3/242}, la Cour examine le moyen comme si l'article 6 n'y figurait pas. Elle semble considérer que tout est dit et fait quand elle a examiné le moyen sous l'angle des articles 1131 et 1133 du Code civil.

L'article 6 étant une disposition d'ordre public, la Cour devrait examiner distinctement l'application que la décision contestée a faite ou a omis de faire de l'article 6.

La Cour décide en effet que les Cours et Tribunaux ont l'obligation, au civil, de soulever, même d'office, les règles de droit que les parties n'ont pas invoquées, mais qui s'imposent néanmoins en raison des faits qu'elles ont spécialement invoqués.^{3/243}

Quand le moyen de cassation se réfère, expressément, à l'article 6 dont la violation est invoquée, il s'agit manifestement d'un fait qui est spécialement invoqué par le demandeur en cassation. Même si le demandeur n'a pas développé davantage ce fait ou les conséquences qu'il en déduit, la Cour devrait examiner si cette disposition d'ordre public a été respectée, en conformité avec sa propre jurisprudence. ^{3/244}

^{3/241} Article 1.3 de la proposition de la loi portant le livre 1 "Dispositions générales" du Code civil, Doc Chambre 1805/001. A raison, I. CLAEYS et T. TANGHE critiquent le sort que le nouveau Code civil réserve à l'ordre public et à l'article 2 (I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 205-206).

^{3/242} Par exemple Cass. 4 janvier 2018, C.17.0230.N ; Cass. 15 février 2016, C.14.088.F ; Cass. 18 janvier 2016, S.15.0040.F ; Cass. 30 janvier 2015, C.14.0285.N.

^{3/243} Notamment Cass. 17 mars 2016, C.15.0235.N; Cass. 4 mai 2018, C.17.0040.F ; Cass. 1^{er} février 2019, C.18.0350.1 ; il est cependant contestable que cette obligation dépend de l'attitude procédurale des parties, car en l'absence de leur initiative, les Cours et Tribunaux n'ont pas cette obligation, remplacée par une simple "faculté".

^{3/244} Notamment : Cass. 2 avril 2015, C.14.0281.F; Cass. 3 décembre 2015, C.14.0428.N; Cass. 9 septembre 2016, C.14.0347.N ; Cass. 13 novembre 2017, C.16.320.F et C.16.321.F.

La Cour fait pourtant la sourde oreille comme le démontre l'exemple suivant.

Sans être autorisés par une loi, des pouvoirs publics avaient attribué des subventions par une convention, en méconnaissance de l'article 12, alinéa 3 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991. L'article 12 alinéa 3 dispose en effet qu'en l'absence d'une loi organique, tout subside doit faire l'objet dans le budget général d'une disposition spéciale qui en précise la nature. Au moment où les pouvoirs publics s'engageaient contractuellement, les subventions ne faisaient pas l'objet d'une disposition spéciale dans le budget général. Après la conclusion du contrat, le législateur a refusé de prévoir une disposition spéciale dans les budgets généraux consécutifs.

Le "bénéficiaire" n'a donc pas reçu ces subventions. Il a poursuivi l'exécution du contrat (illicite) en justice et... a obtenu gain de cause.

Les juges d'appel ont décidé que les pouvoirs publics auraient pu faire le nécessaire en votant une disposition spéciale dans le budget général, autorisant l'octroi des subventions.

Saisie d'un moyen de cassation qui ne se référait pas à l'article 6, la Cour a décidé : " L'obligation que cette disposition d'ordre public (article 12, alinéa 3 des lois sur la comptabilité de l'Etat) établit, s'impose à la seule autorité subsidiaire, qui ne peut se dispenser de l'observer ni s'en affranchir d'aucune manière, notamment par voie contractuelle. Elle est toutefois sans effet sur le respect, par la même autorité, de ses engagements contractuels. En distinguant exactement le champ d'application des dispositions légales concernées, l'arrêt justifie légalement sa décision que la demanderesse doit payer les subventions dues en vertu de la convention d'octroi et de ses avenants".^{3/245}

Le même raisonnement se trouvait déjà dans un arrêt de la Cour du 9 septembre 2016 ^{3/246} qui a décidé que l'illicéité d'obligations contractuelles, assumées par une société d'architectes, ne la dispense pas de l'obligation de réparer le dommage qu'elle a causé par l'inexécution de la convention illicite.

- 211.** Il est difficile d'imaginer une méconnaissance plus flagrante de l'article 6. Les faits spécialement invoqués par le demandeur dans le moyen de cassation, même s'il ne faisait pas état de l'article 6, se référaient aussi bien à l'existence d'une convention, qu'à une loi qui intéresse l'ordre public, méconnue par la conclusion de cette convention.

^{3/245} Cass. 13 novembre 2017, C.16.0320.F.

^{3/246} Cass. 9 septembre 2016, C.14.0347.N.

Sans se préoccuper de l'article 6, la Cour a pourtant approuvé l'exécution d'une convention dont elle relevait et constatait l'illicéité, conclue en violation d'une loi d'ordre public, par ailleurs identifiée par la Cour. 3/²⁴⁷

Elle n'a pas invité les parties à s'expliquer au sujet d'une application éventuelle de l'article 6, ce qui aurait pu conduire à la neutralisation de la convention ou, dans la jurisprudence de la Cour, à son annulation. 3/²⁴⁸ L'arrêt du 13 novembre 2017 est manifestement inconciliable non seulement avec la règle jurisprudentielle, dont elle est l'auteur, qui détermine dans quelles conditions les Cours et Tribunaux doivent invoquer d'office un moyen d'ordre public, mais également avec l'article 6 qui est une loi qui intéresse l'ordre public.

Le législateur a beau interdire des conventions qui dérogent à des lois qui intéressent l'ordre public, la Cour de cassation décide froidement qu'une convention illicite 3/²⁴⁹ doit être exécutée par les parties.

Le divorce entre le droit public et le droit privé semble complet.

La Cour préfère la force obligatoire d'une convention, même illicite, à la volonté du législateur qui interdit les conventions qui dérogent aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, en l'espèce les lois sur la comptabilité de l'Etat.

Pour la Cour, la force obligatoire d'une convention, même illicite, constitue "une base juridique de l'ordre économique ou moral de la société". "Sa" conception de la règle d'ordre public écarte la volonté du législateur et l'ordre public (légal) dont le législateur est pourtant chargé par la Constitution et par la Convention EDH.

ii) Le moyen de cassation pris de la violation de l'article 6 (actuellement 2)

212. Quand l'article 6 est la seule disposition dont le moyen de cassation invoque la méconnaissance, la Cour n'a d'autre choix que de prendre l'article 6 au sérieux et... se montre fin connaisseur de sa signification et de sa sanction.

Elle rejette le moyen de cassation qui fait grief à la décision attaquée d'avoir privé une convention d'effet juridique au motif qu'elle déroge à l'ordre public.3/²⁵⁰

3/²⁴⁷ Les conditions d'application de l'article 6 étaient donc réunies.

3/²⁴⁸ Voy infra nos 220-222.

2/²⁴⁹ Qui déroge à une loi qui intéresse l'ordre public.

3/²⁵⁰ Cass. 14 décembre 2012, C.12.0232.N ; cfr. Cass. 28 novembre 2013, C.13.0168.N (qui applique l'article 17 du Code judiciaire, voy infra n°214).

Elle casse, au contraire, la décision entreprise au motif qu'elle a omis de neutraliser les effets juridiques d'une convention qui est contraire à l'ordre public.^{3/251}

Ces décisions appliquent l'article 6 non seulement au moment de la conclusion d'une convention illicite, mais également dans le cadre de son exécution ou d'autres actes ^{3/252} en lien avec la convention illicite.

Elles ne sanctionnent pas la convention illicite par sa nullité (absolue), mais par sa neutralisation et son inefficacité, la privant d'effet juridique.

Il ne saurait être admis que le contenu, le sens et la portée de l'article 6 changent en fonction du libellé du moyen de cassation. Invoqué seul ou en combinaison avec d'autres dispositions légales, l'article 6 a toujours la même signification et conduit, en cas de violation, à la même sanction. La Cour devrait dès lors mettre un terme à sa jurisprudence qui omet de faire la distinction entre l'article 6, d'une part, et les articles 1108, 1131 et 1133, d'autre part.

213. Elle doit réhabiliter les sanctions qui sont propres à l'article 6 et qui dépassent par ailleurs l'efficacité de l'annulation.

La neutralisation et l'inefficacité d'un acte juridique n'ont par ailleurs pas été réservées par le législateur à l'article 6.

Il s'agit de techniques juridiques qu'il utilise régulièrement aussi bien en droit public, qu'en droit privé.

Elles se trouvent notamment au cœur de l'article 159 de la Constitution qui dispose que les Cours et Tribunaux n'appliqueront les arrêtés généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. Les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qui méconnaissent des lois (ayant force de loi) sont dès lors privés d'effet juridique quand leur application est sollicitée en justice. ^{3/253}

Elles se manifestent également dans le cadre de la jurisprudence qui donne la priorité aux normes internationales avec effet direct sur les normes internes.^{3/254}

En cas de concours de créanciers ou en cas d'action paulienne, le législateur décide également que certains actes juridiques sont privés d'effet juridique.

^{3/251} Cass. 6 janvier 2012, C.10.0182.F; Cass. 27 septembre 2018, C.17.0669.F.

^{3/252} Notamment le recours en justice.

^{3/253} Notamment Cass. 28 mai 2020, C.19.0288.N et C. 19.0302.N.; Cass. 21 novembre 2019, C.18.0613.N

^{3/254} Voy. W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, op.cit., 155-162. La Constitution ne devrait pas être concernée par cette jurisprudence (voy supra n°55).

De façon générale, la jurisprudence applique la neutralisation et l'inefficacité des effets juridiques quand elle se trouve confrontée à des actes frauduleux.^{3/255}

La sanction, qui accompagne la méconnaissance de l'article 6, n'est donc pas une curiosité, mais se fonde sur une technique juridique ancienne, rodée et efficace.

Elle protège la loi ^{3/256} qui intéresse l'ordre public dès qu'une personne se prévaut, à ses risques et périls, de l'illicéité d'une convention. Dès qu'une autre personne invoque l'illicéité de la convention, ses effets juridiques doivent être neutralisés dans l'attente de l'issue de la contestation.^{3/257}

Il appartient ensuite à la partie qui conteste l'application de l'article 6, de soumettre le différend aux Cours et Tribunaux en poursuivant l'exécution de la convention. Sous réserve de mesures urgentes et provisoires, les effets juridiques de la convention resteront neutralisés pendant cette procédure.^{3/258}

iii) l'article 6 (actuellement 2) en cachette

- 214.** Un froid inexplicé s'est installé entre la Cour de cassation et l'article 6. Plutôt que de se servir ouvertement de l'article 6, la Cour préfère l'appliquer en cachette, comme les exemples suivants le démontrent.

Suivie par la jurisprudence des Cours et Tribunaux, la Cour déclare l'action en justice irrecevable quand elle se fonde sur un intérêt illégitime.^{3/259}

Elle s'appuie, à cet effet, sur l'article 17 du Code judiciaire qui ne se prononce pourtant pas sur l'incidence qu'a un intérêt illégitime sur le sort d'une action en justice.

L'action en justice est un acte juridique unilatéral. ^{3/260} Le demandeur en justice poursuit un intérêt personnel, qui est illicite (illégitime) quand il heurte l'ordre public, les bonnes mœurs, une loi d'ordre public ou une loi qui intéresse l'ordre public et/ou les bonnes mœurs. Quand l'intérêt est jugé illicite/illégitime, les Cours et Tribunaux privent l'action en justice d'effet juridique. Ils la déclarent irrecevable ; elle ne sera pas examinée.

^{3/255} Dans le cadre du principe général de droit "fraus omnia corrumpit" ; voy A.K. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit*, 86-303.

^{3/256} C'est-à-dire l'objectif poursuivi par le législateur.

^{3/257} Nul besoin dès lors d'introduire une action en justice afin d'obtenir l'annulation de la convention.

^{3/258} Si l'illicéité n'est pas retenue par les Cours et Tribunaux, les droits et obligations des parties seront à déterminer en fonction de la convention, par hypothèse inexécutée. Dans ce cadre, le comportement, éventuellement fautif, de la partie qui a invoqué l'illicéité de la convention, pourra être sanctionné.

^{3/259} Notamment Cass. 8 mars 2018, C.17.0390.N ; voy. ég. infra nos 217-219.

^{3/260} Qu'elle soit individuelle ou collective.

Il s'agit d'une application pure et simple de l'article 6 du Code civil, mais la Cour de cassation préfère présenter l'article 17 du code judiciaire comme le fondement d'une règle jurisprudentielle, qui fait cependant double emploi avec l'article 6.

Par un arrêt du 24 mars 2016 ^{3/261} la Cour de cassation a approuvé la neutralisation d'une convention, intervenue entre un avocat et son client au motif que les honoraires du conseil étaient excessifs. Elle a justifié cette décision par l'article 446ter du Code judiciaire qui prévoit la juste modération d'honoraires qui excèdent "la discrétion qu'on doit attendre (des avocats) dans l'exercice de leur fonction". La Cour évite de parler de l'article 6, mais le résultat, attribué à l'article 446ter du Code judiciaire, est bien celui de l'article 6.

- 215.** Les règles jurisprudentielles ^{3/262}, développées par la Cour de cassation depuis 2015 à l'appui de la "nullité partielle" d'une convention illicite, appliquent également en cachette l'article 6, toutefois à mauvais escient.

Confrontée à des clauses qui instaurent une obligation de non-concurrence ^{3/263} ou un droit de superficie ^{3/264} dont la durée dépasse la durée maximale autorisée par une règle jurisprudentielle ou d'une loi (d'ordre public), la Cour de cassation a récemment commencé à décider qu'il appartient aux Cours et Tribunaux de limiter la nullité à la partie de la clause qui heurte l'ordre public. Par la réduction de la clause à la durée maximale autorisée par le législateur ou par une règle jurisprudentielle, les Cours et Tribunaux sauvent la clause, l'obligation et la convention pour le surplus.

La convention, qui comporte une clause dont la durée dépasse la durée fixée par une loi ou par une règle jurisprudentielle qui intéresse l'ordre public, déroge manifestement à cette loi (ou règle jurisprudentielle). En vertu de l'article 6, elle doit dès lors être neutralisée, privée d'effet juridique.

Ostensiblement ^{3/265}, la Cour prive l'article 6 de son efficacité et de sa force de dissuasion. Elle remplace la neutralisation de la clause et de la convention illicites, voulue par le législateur, par la réduction de la clause illicite. Elle modifie ainsi l'ordre public, qui est conçu, mis en œuvre, maintenu et financé par le législateur.

^{3/261} Cass. 24 mars 2016, C.15.0196.N.

^{3/262} Voy à ce sujet longuement L. CORNELIS, *Openbare orde*, 354-365.

^{3/263} Cass. 23 janvier 2015, C.13.0579.N; Cass. 25 juin 2015, C.14.0008 ; Cass. 9 septembre 2019, C.18.0521.N ; Cass. 26 février 2021, C.20.0331.N.

^{3/264} Cass. 3 décembre 2015, C.15.0210.N.

^{3/265} Comme elle l'a également fait dans l'arrêt du 13 novembre 2017, C.16.0320.F (voy supra nos 210-211).

Au lieu d'inciter les parties au respect de l'ordre public et des lois qui intéressent l'ordre public, sa jurisprudence incite à leur méconnaissance et invite les parties à des spéculations malsaines.

Elles comprendront en effet de sa jurisprudence que la durée illicite ne met plus en danger l'efficacité de leur convention.^{2/266} Au pire, la clause illicite sera réduite à la durée licite.

Pourquoi les parties se soucieraient-elles encore de l'ordre public et des lois qui intéressent l'ordre public ? Elles ne peuvent qu'améliorer leur situation par la méconnaissance de la loi, puisqu'il est toujours possible que l'illicéité ne sera pas découverte ou soulevée. Même si elle l'est, une transaction ^{3/267} peut toujours être envisagée et, au pire, elles se contenteront de la réduction décidée en justice.

Puisque la méconnaissance de l'ordre public ou des lois qui intéressent l'ordre public ne présente plus aucun risque pour les parties, l'ordre public perd toute pertinence.

^{3/266} Ce que prévoit l'article 6.

^{3/267} Qui sera plus avantageuse que la durée licite (et que la Cour de cassation protégera, voy Cass. 10 septembre 2015, S.15.0040.F ; ég.supra nos 195-196).