

IV.2.3. Les droits acquis

IV.2.3.1. La Cour constitutionnelle

275. Les droits acquis sont protégés par le droit à la propriété, qui couvre aussi les biens incorporels.^{4/98}

Ils deviennent un sujet brûlant quand le législateur estime qu'il est nécessaire ou opportun de modifier l'organisation de la société, eu égard notamment à des nouveaux défis ou développements ^{4/99}

La Cour constitutionnelle souligne que "nul ne peut prétendre à l'immutabilité d'une politique ou d'une gestion sociétale. En effet, à peine de rendre impossible toute modification législative ou toute réglementation entièrement nouvelle, il ne peut être soutenu qu'une disposition modifiée ou nouvelle serait contraire au principe de sécurité juridique par cela seul qu'elle modifie les conditions d'application de la législation ancienne ou qu'elle instaure une règle entièrement nouvelle et pour seul motif qu'elle remettrait en question certains choix, notamment professionnels".^{4/100}

En deux phrases, la Cour confirme ainsi le pouvoir politique des législateurs et son importance pour le vivre ensemble.

Une nouvelle loi fait toujours des heureux et des malheureux. Elle établit des catégories de personnes en fonction de son incidence sur leur condition juridique, concernée directement ou indirectement par l'application de la nouvelle loi.

La Cour a déterminé dans quelles conditions la privation ou la modification d'un droit par une nouvelle loi doit être assumée par le titulaire ou les tiers concernés : "Si le législateur estime qu'un changement de politique s'impose il peut décider de lui donner un effet immédiat et il n'est pas tenu, en principe, de prévoir un régime transitoire. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont violés que si le régime transitoire ou l'absence d'un tel régime entraîne une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. Tel est le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie déterminée de

^{4/98} Voy supra n° 262.

^{4/99} Ce qui se produit sans cesse et n'est pas prêt à s'arrêter compte tenu des menaces (supra nos 42-52) qui se dressent devant le vivre ensemble.

^{4/100} Notamment : Cc 16 mars 2017, n°39/2017, B.7.1; Cc 22 décembre 2016, n°170/2016, B.11.1; Cc 27 novembre 2014, n°170/2014, B.12.2.

justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire établie à leur profit. 4/¹⁰¹

Les titulaires de droit ou d'attentes, acquis sous le régime du droit antérieur, doivent donc se soumettre à la nouvelle loi dès son entrée en vigueur, sous réserve de leur droit de contester le caractère raisonnable de l'ingérence ou de la différence de traitement qu'ils subissent le cas échéant.

Dans deux hypothèses, le législateur doit cependant prévoir une période transitoire. Pendant cette période, les droits et les attentes acquis subsistent ; ils s'éteindront ou seront modifiés à l'échéance de la période transitoire.4/¹⁰²

- 276.** La première hypothèse est d'application "si le régime transitoire ou l'absence d'un tel régime entraînent une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable". Dans cette hypothèse, la période transitoire ne protège pas les droits ou attentes acquis, mais les principes d'égalité et de non-discrimination.

Une période transitoire s'impose aussi lorsqu'il "est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime". La Cour précise que tel est le cas "lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie déterminée de justiciables, sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire établie à leur profit".

Dans d'autres arrêts, la Cour associe la confiance légitime au "principe" de la sécurité juridique qui, ainsi l'enseigne la Cour, interdit au législateur de porter atteinte, sans justification objective et raisonnable, à l'intérêt des justiciables d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes.4/¹⁰³

La deuxième hypothèse soulève de nombreuses questions.

La Cour n'explique pas pour quelles raisons la nécessité d'une période transitoire dépend de critères différents selon que la nouvelle loi bouscule le principe d'égalité et de non-discrimination ou une confiance (attente, expectation) légitime. Pourquoi faut-il par ailleurs une atteinte "excessive" au principe de la confiance légitime ? 4/¹⁰⁴

Cette différence semble dénuée de justification. Le droit (acquis) et la confiance légitime sont protégés de la même façon par le droit à la propriété. La période transitoire poursuit par ailleurs le même objectif qu'elle protège un droit (acquis)

4/¹⁰¹ Ib., voy. ég. Cc 8 décembre 2016, n°156/2016, B.7.1 : Cc 22 septembre 2016, n° 119/2016, B.6.2 ; Cc 17 septembre 2015, n°117/2015, B.11.

4/¹⁰² La période transitoire assortit ces droits et attentes d'un terme extinctif.

4/¹⁰³ Par exemple Cc 16 mars 2017, n° 39/2017, B.7.1 ; Cc 22 décembre 2016, n°170/2016, B.12.2 ; Cc 8 mai 2014, n°80/2014, B.28.3.2 ; Cc 27 février 2014, n°37/2014, B.14.1.

4/¹⁰⁴ Avec quel critère échet-il de déterminer "l'excessivité" d'une atteinte ?

ou une confiance légitime. Dans les deux cas, elle donne aux personnes, concernées par la nouvelle loi, la possibilité d'organiser leur situation juridique dans l'attente de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Ainsi la loi qui soumet l'exercice d'une profession à des nouvelles conditions, d'exercice, doit permettre aux personnes qui exerçaient déjà cette profession de se mettre en règle pendant la période transitoire, sans qu'elles doivent interrompre leur activité professionnelle.^{4/105}

Si les personnes concernées par la nouvelle loi pouvaient toutefois s'attendre à une intervention législative déterminée ou si l'intervention du législateur se situe dans la continuité d'une politique déjà entamée, la Cour décide qu'une période transitoire ne se justifie pas. Dans ce cas de figure, elle ne fait par ailleurs aucune distinction entre le droit (acquis) et la confiance légitime. ^{4/106}

Un seul critère, à savoir celui du caractère raisonnable de l'ingérence ou de la différence de traitement, devrait dès lors déterminer la nécessité éventuelle d'une période transitoire et sa durée.^{4/107}

277. La rétroactivité (éventuelle) de la nouvelle loi complique la situation.

L'article 1^{er} (anciennement 2) du Code civil paraît rassurant : "la loi dispose pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif".

Puisqu'il ne s'agit pas d'une disposition constitutionnelle, le législateur (compétent) peut toutefois déroger à son prescrit.

La loi rétroactive a très mauvaise presse. Elle piège les justiciables qui constatent a posteriori qu'ils se trouvaient dans les conditions d'application d'une loi qu'ils ont, par hypothèse, méconnu, alors qu'elle n'existait pas au moment de leur acte, comportement ou décision.

La Cour constitutionnelle partage leur désarroi. Elle déclare que la non-rétroactivité de la norme législative est une garantie qui a pour but de prévenir l'insécurité juridique et que le droit (objectif) doit être prévisible et accessible de sorte que le justiciable puisse prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où il l'accomplit.^{4/108}

^{4/105} Cc 16 mars 2017, n° 39/2017, B.7.2 à B.7.4; Cc 22 décembre 2016, n°170/2017, B.11.2 à B.11.4

^{4/106} Notamment : Cc 8 novembre 2016, n° 156/2016, B.7.1 à B.7.4; Cc 22 septembre 2016, n° 119/2016, B.9.1 à B.10.3 et B.13 à B.14.2 ; Cc 17 septembre 2015, n° 112/2015, B.11 à B.12.5.

^{4/107} Critère interconnecté par ailleurs avec celui qui détermine le caractère raisonnable d'une interdiction ou restriction, voy supra nos 105-107.

^{4/108} Notamment : Cc 19 juillet 2018, n°100/2018, B.13; Cc 26 avril 2018, n°51/2018, B.13.1 à B.17.4 ; Cc 9 février 2017, n° 15/2017, B.9.2 ; Cc 3 février 2016, n°16/2016, B.12.1.

La sécurité juridique n'est toutefois pas un critère adéquat, voy supra nos 89-93.

Malgré ses bonnes intentions, la Cour n'échappe in fine pas à la constatation que le Constituant et le législateur ne veulent pas renoncer à la loi rétroactive, puisqu'ils maintiennent l'article 1^{er} dans le Code civil et n'en font pas une disposition constitutionnelle.

A condition qu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif ou d'impératifs impérieux d'intérêt général, la Cour finit donc par admettre la rétroactivité de la loi.^{4/109}

Ces termes s'adressent sans doute au législateur et annoncent vraisemblablement un contrôle strict de la loi rétroactive.

Puisque la rétroactivité est admise, le contrôle "renforcé" de la Cour ne concernera cependant pas l'atteinte aux droits acquis ou aux confiances légitimes, touchés par la rétroactivité. Il concernera plutôt l'ingérence par la loi (rétroactive) dans l'exercice des droits et libertés, qui se trouvent à l'origine des droits acquis ou des confiances légitimes ou, encore, la différence de traitement que la loi introduit.^{4/110}

Ainsi s'explique que la Cour n'a pas de problème avec la loi rétroactive quand elle était prévisible pour les personnes qui s'en plaignent ou qu'elle n'a pas sensiblement modifié leur situation ^{4/111} et qu'elle critique au contraire le fait que le législateur s'est immiscé avec une loi rétroactive dans le déroulement normal d'une procédure judiciaire.^{4/112}

Toute différence de traitement, toute ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté mérite d'être examinée avec le même sérieux, qu'elle résulte d'une loi avec ou sans rétroactivité. Il s'agit dans tous ces cas de la préservation pertinente et proportionnelle de ce qui est nécessaire dans une société démocratique et répond au besoin social impérieux, identifié par une loi suffisamment accessible et précise.

Un contrôle plus sévère des lois rétroactives ne se justifie donc pas.

IV.2.3.2. La Cour de cassation

278. Le mode opératoire de la Cour de cassation est très différent, une fois de plus.

^{4/109} Voy notamment : Cc 26 avril 2018, n° 51/2018, B.13.1 à B.17.4 ; Cc 28 mai 2015, n°77/2015, B.4.1.

^{4/110} La même conclusion s'est imposée par rapport au droit à la propriété (voy supra nos 264-266.

^{4/111} Notamment : Cc 18 janvier 2018, n°7/2018, B.9.2 à B.9.5 ; Cc 9 février 2017, n°15/2017, B.9.3 à B.9.5 ; Cc 3 février 2016, n°16/2016, B.12.2 à B.12.3 ; Cc 8 décembre 2016, n°156/2016, B.7.2 à B.7.3.

^{4/112} Cc 28 mai 2015, n°77/2015, B.4.1: "S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour but que l'issue de l'une ou l'autre procédure juridictionnelle soit influencée dans un sens déterminé ou que les juridictions soient empêchées de se prononcer sur une question de droit bien précise, la nature du principe (la non-rétroactivité) en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous".

Elle décide que la nouvelle loi, le cas échéant rétroactive, s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, à condition que cette application ne porte pas atteinte aux droits irrévocablement fixés.

Elle ajoute, en matière contractuelle, que l'ancienne loi demeure applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit d'ordre public ou impérative ou qu'elle prévoie expressément son application aux conventions en cours.^{4/113}

Les conventions existantes ^{4/114} et les droits irrévocablement fixés ^{4/115} échappent ainsi, en principe, à l'application de la nouvelle loi.

Même si elles ne sont pas encore irrévocablement fixées, les créances et obligations contractuelles demeurent, en principe, régies par l'ancienne loi, applicable au moment de la conclusion du contrat.

La nouvelle loi s'appliquera toutefois au contrat et aux situations contractuelles qu'il produit ou prolonge, si elle est d'ordre public ou impérative ou si elle prévoit expressément son application aux conventions en cours.

Les apparences sont trompeuses : ce n'est plus le législateur, mais la Cour de cassation qui tient en main les clés de l'application de la loi dans le temps.

D'abord parce que la Cour s'est réservée le droit de décider quand une loi est d'ordre public ou de droit impératif.^{4/116} La volonté du législateur n'intervient pas vraiment dans sa décision.

Quand la Cour estime que la nouvelle loi n'est pas d'ordre public ou de droit impératif, elle dispose encore d'une deuxième porte de secours qui fait obstacle à l'application immédiate de la nouvelle loi en matière contractuelle. Elle exige du législateur qu'il énonce expressément que la nouvelle loi supplétive s'applique immédiatement aux conventions en cours. ^{4/117} Le scénario se déroule dans ce cas comme suit : quand la loi ne prévoit pas de possibilité de dérogation ^{4/118} et que la Cour décide néanmoins qu'elle n'est pas d'ordre public ou de droit impératif, la nouvelle loi devrait s'appliquer à la convention en cours, si les parties n'en conviennent pas autrement.

^{4/113} Notamment Cass. 5 septembre 2019, C.18.0463.N ; Cass. 24 avril 2008, C.06.0353.N ; Cass. 16 septembre 2013, C.12.0032.F ; Cass. 27 septembre 2018, C.16.0346.F.

^{4/114} Sous réserve de deux exceptions.

^{4/115} Sans exception.

^{4/116} Voy supra nos 192-193 et 200-205.

^{4/117} Intervenant ainsi dans la procédure législative, qui échappe pourtant à ses compétences.

^{4/118} Ce qui en fait une loi d'ordre public.

La Cour estime que ce résultat n'est pas souhaitable et parvient à ses fins : elle exige du législateur qu'il dispose expressément que la nouvelle loi (supplétive) s'applique aux contrats en cours.

Elle écarte ainsi la volonté du législateur 4/¹¹⁹ et s'octroie une marge dans l'interprétation de la nouvelle loi, qui devrait s'appliquer, conformément à la volonté à tout le moins implicite du législateur, aux conventions existantes, lorsque les parties n'en décident pas autrement dans l'hypothèse envisagée.

279. Quand il s'agit de droits irrévocablement fixés, la jurisprudence de la Cour est encore plus spectaculaire.

Elle décide que les droits irrévocablement fixés, peu importe leur source, échappent toujours à l'application de la loi nouvelle. 4/¹²⁰

Ce privilège est consenti aux droits irrévocablement fixés 4/¹²¹ ou "à des conventions ou des situations qui ont pris fin sous le régime de la loi antérieure".4/¹²²

Un droit (subjectif) n'est pas irrévocablement fixé au moment de sa naissance. 4/¹²³ Il peut faire l'objet de contestations qui concernent sa certitude, son exigibilité, sa liquidité, son importance...

Le droit est irrévocablement fixé quand il ne peut plus faire l'objet de telles contestations.

Une reconnaissance de dette (valable) par le débiteur, fût-elle implicite, ou une décision judiciaire (ou arbitrale) définitive est dès lors indispensable.

Du simple fait qu'une convention ou une situation a pris fin, il ne peut dès lors pas être déduit que les droits qu'elles ont générés, sont irrévocablement fixés, puisqu'ils peuvent encore faire l'objet de contestations à défaut de reconnaissance de dette ou d'une décision judiciaire/arbitrale définitive.

Dans la jurisprudence de la Cour, le droit (subjectif) irrévocablement fixé bénéficie d'une immunité (d'origine jurisprudentielle) qui le protège contre toute nouvelle loi qui pourrait modifier ou s'opposer à son exercice. Que la nouvelle loi soit d'ordre public ou de droit impératif, qu'elle prévoie expressément son application à des conventions en cours d'exécution ... le droit fixé irrévocablement survit sans la moindre égratignure.

4/¹¹⁹ On peut se demander quelle base légale permet à la Cour de donner aux législateurs des instructions au sujet de la rédaction de leurs lois.

4/¹²⁰ Il peut s'agir d'une convention, d'un fait illicite, d'un quasi-contrat, d'une règle de droit...

4/¹²¹ Cass. 4 janvier 2013, C.11.0679.N avec les conclusions de l'avocat général Van Ingelgem.

4/¹²² Ce qui était la terminologie avant 2013, voy. Cass. 17 mars 2008, S.07.0015.N.

4/¹²³ Cass. 9 décembre 2016, C.16.0057.N. : cet arrêt précise que le droit subjectif suppose qu'une personne est en mesure de faire état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette personne a un intérêt.

Cette protection de la propriété est problématique dans une société démocratique.

Quand le législateur prend l'initiative d'une nouvelle loi, il estime qu'elle est mieux adaptée au vivre ensemble que l'ancienne. Cette appréciation et sa décision s'imposent au pouvoir judiciaire.

L'absence de possibilité de dérogation 4/¹²⁴ démontre que le législateur souhaite donner à la loi nouvelle le champ d'application le plus large possible. Il n'appartient dès lors pas au pouvoir judiciaire de le modifier en recourant à la notion du "droit irrévocablement fixé".

La Cour constitutionnelle est la seule autorité habilitée à se prononcer à ce sujet. Elle est en mesure de contrôler la différence de traitement ou l'ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, qui résulte de la loi nouvelle. Aussi longtemps qu'elle n'a pas décidé que la loi est "déraisonnable" 4/¹²⁵, la loi nouvelle doit être appliquée conformément à la volonté du législateur ; les droits fixés irrévocablement n'échappent pas à cette volonté.

IV.3. Suite et fin de la synthèse

280. Le droit à la propriété, la liberté d'entreprendre et les droits acquis comptent parmi les fers de lance du libéralisme économique. Ils sont également importants en démocratie.

Pourtant, les applications jurisprudentielles qu'en font la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation sont manifestement incompatibles. Leurs jurisprudences visent un autre monde, des vivres ensemble alimentés par des principes, une finalité et des règles de fonctionnement qui ne coïncident pas.

La Cour constitutionnelle, la Cour EDH et la Cour de cassation 4/¹²⁶ soulignent pourtant qu'un système juridique doit être cohérent. 4/¹²⁷ A en juger par leurs jurisprudences, chaque haute juridiction voit ou envisage cette cohérence à sa manière, ce qui ruine pourtant la cohérence voulue du système juridique et l'Etat de droit qu'elles réclament toutes.

4/¹²⁴ Avec le cas échéant, une rétroactivité.

4/¹²⁵ Voy. supra nos 87-104.

4/¹²⁶ La Cour de justice de l'UE partage leur opinion (voy notamment Cour de justice 31 janvier 2019, C-149/18 ; Cour de justice 26 mars 2010, C-558/18 et C-563/18.

4/¹²⁷ Notamment Cc 18 juin 2020, n°88/2020 ; Cc 11 mars 2021, n°42/2021 ; GWH 20 octobre 2016, n°131/2016 ; Cour EDH 22 décembre 2020, Gestur Jonsson/Islande ; Cour EDH 13 février 2020, ND et NT/Espagne, Cass. 3 avril 2017, C.15.0508.N ; Cass. 16 avril 2015, C.14.0182.F ; Cass. 21 novembre 2016, S.16.0001.N ; Cour EDH 17 janvier 2017, Hutchinson/Royaume Uni ; Cour EDH 15 novembre 2016, A et B/Norvège.

Les trois exemples le confirment : en droit privé, le pouvoir judiciaire a donné au droit à la propriété, à la liberté d'entreprendre et aux droits acquis un contenu, un sens et une portée qui sont non seulement différents, mais aussi inconciliables avec leur contenu, leur sens et leur portée en droit public.

La cohabitation d'un ordre public légal ou législatif et d'un ordre public judiciaire ou jurisprudentiel n'a donc rien d'évident.

Leur ressemblance est purement formelle ou terminologique : vu de l'extérieur, ils organisent le vivre ensemble au moyen de règles de droit qui doivent être respectées par toutes les personnes, qui se trouvent sous l'autorité du législateur et du pouvoir judiciaire.

La cohérence est garantie aussi longtemps que le législateur et le pouvoir judiciaire se laissent inspirer par les mêmes principes, finalité et règles de fonctionnement.^{4/128}

Elle devient illusoire quand le pouvoir judiciaire se laisse guider par des principes, finalité et règles de fonctionnement qui ne concordent pas (plus) avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement, qui sont consacrés par la Constitution et la Convention EDH.

Ainsi ^{4/129} nait un ordre public judiciaire qui prend le contrôle de l'ordre public (légal) : le pouvoir judiciaire modifie le contenu, le sens, la portée et/ou les effets de l'ordre public légal quand il estime qu'ils s'éloignent des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique, dont les Cours et Tribunaux déduisent les bases juridiques de l'ordre (économique) de la société.

- 281.** Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme, protégés par l'ordre public judiciaire, seraient-ils incapables de contribuer à la réalisation des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques ? La démocratie libérale serait-elle une utopie ?

Ces questions sont mal posées.

La libre disposition (la liberté ; l'épanouissement) est une valeur essentielle, qui détermine, avec la sécurité, la santé et l'enseignement, l'organisation et le fonctionnement du vivre ensemble démocratique.^{4/130}

En ce sens, la démocratie est par définition, à la fois libérale, éducative, sanitaire et sécuritaire.

^{4/128} Ce qui est la situation visée et imposée par la Constitution : le pouvoir judiciaire est censé appliquer, sans modification, les lois aux faits litigieux qui lui sont soumis.

^{4/129} Cristallisé en droit belge par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1948 (Pas.1948, I, 688).

^{4/130} Voy supra nos 31-41.

Elle repose toutefois sur des principes, une finalité et des règles de fonctionnement, qui la distinguent des autres régimes politiques. La Constitution et, ensuite, la Convention EDH et les Traités EU en sont les porte-parole. Leur respect et leur application déterminent l'existence de la société (véritablement) démocratique.^{4/131}

Elle accorde, sans discrimination, des droits et des libertés aux personnes dont elle est responsable. Ces droits et libertés reflètent les valeurs essentielles du vivre ensemble, qui constituent leur objet. Exercés, sans discrimination par leurs titulaires, les droits et libertés protègent leur sécurité, leur santé, leur enseignement et leur libre disposition (l'épanouissement).

L'exercice des droits et libertés se fonde, en outre, nécessairement sur la libre disposition, de chaque titulaire.

L'exercice simultané des droits et libertés par l'ensemble des titulaires requiert leur réalisation et leur limitation raisonnables par les législateurs. Réalisés et limités raisonnablement et sans discrimination, l'exercice des droits et libertés donne aux titulaires accès aux meilleures conditions de vie possible et, dès lors, comparables à celles des autres.

Il permet à chaque titulaire de déterminer ses conditions de vie, tout en préservant l'accès aux meilleures conditions de vie possible pendant toute son existence.

Le droit de vote universel, unique et obligatoire est une condition sine qua non en démocratie. Il confère le contrôle du pouvoir politique aux électeurs et à leurs représentants politiques, réunis en assemblées législatives.

Ils ne sont pas libres de faire ce qui leur plaît. La Constitution et, ensuite, la Convention EDH énoncent les principes, la finalité et les règles de fonctionnement qui garantissent un vivre ensemble véritablement démocratique. Leur respect s'impose aux trias política (les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) et est contrôlé par la Cour constitutionnelle et par la Cour EDH.

Puisque les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique se fondent sur la libre disposition ^{4/132}, également protégée en démocratie, leur intégration dans un cadre démocratique devrait en principe se faire naturellement, à condition qu'elle est effectuée par le législateur (compétent) et qu'elle respecte les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, énoncés par la Constitution et la Convention EDH.

^{4/131} Quand le régime s'écarte de ces principes, finalité et/ou règles de fonctionnement, il s'éloigne de la démocratie, qui devient un "prétexte" ou un leurre.

^{4/132} La liberté, l'épanouissement.

282. La démocratie libérale n'est donc pas une utopie et les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique peuvent contribuer à la réalisation des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Leur intégration en démocratie doit cependant être effectuée par des lois, qui réalisent et limitent de façon raisonnable 4/¹³³ l'exercice des droits et des libertés notamment à connotation économique ou financière des personnes qui contrôlent les pouvoirs économiques et financiers.

En d'autres mots : par l'effet des lois, ces titulaires et l'exercice de leurs droits et libertés économiques et financiers doivent aussi se soumettre aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques, sans discrimination.

L'ordre public judiciaire fait le contraire. Le pouvoir judiciaire 4/¹³⁴ n'intègre pas, mais impose purement et simplement l'application en droit privé des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique, présentés comme les "fondements juridiques de l'ordre économique... de la société".

A cette première "difficulté" s'ajoute un deuxième obstacle plus sérieux encore. En prenant le contrôle de l'ordre public, le réduisant aux fondements juridiques de l'ordre économique 4/¹³⁵, le pouvoir judiciaire continue à imposer des règles de droit et une organisation du vivre ensemble à l'image du 19^{ème} siècle.

Il n'ignore cependant pas qu'elles expriment la volonté de législateurs qui n'avaient aucune légitimité démocratique. Il sait que ces législateurs représentaient une minorité élitaires et gouvernante, qui se servait du droit afin de protéger leurs intérêts (matériels et moraux), sans se soucier des autres, dont les droits et libertés étaient privés de protection.

En réponse, les experts en droit privé font valoir que le pouvoir judiciaire applique les règles de droit, conformément à la volonté du législateur qui les établit ou tolère. Ils considèrent qu'un mauvais procès est fait au pouvoir judiciaire, qui ne contrôle pas la volonté du législateur.

Ils soulignent que le législateur n'a qu'à intervenir s'il estime que des règles de droit, issues du 19^{ème} siècle en matière économique ou financière, ne conviennent plus.

4/¹³³ "Raisonné" en ce sens qu'il s'agit de lois suffisamment accessibles et précises, nécessaires dans une société démocratique, qui répondent à un (au) besoin social impérieux et qui sont pertinentes et proportionnels les rapports à l'objectif poursuivi par le législateur (voy supra nos 87-102).

4/¹³⁴ Sans représentativité démocratique, puisque les magistrats (du siège) doivent être indépendants et impartiaux dans l'exercice de leur juridiction.

4/¹³⁵ Au moins à partir du 9 décembre 1948 et toujours, trois quarts d'un siècle plus tard !

Un “détail“ échappe à leur attention : les règles de droit du 19^{ème} siècle s’appuyaient sur la Constitution qui était en vigueur à cette époque.

Ses principes, finalité et règles de fonctionnement s’imposaient aux lois (et aux règles jurisprudentielles) qui voyaient le jour au 19^{ème} siècle.

Le basculement démocratique a mis à fin à ce cadre. Dorénavant, les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques déterminent le contenu, le sens et la portée de la Constitution et, également, de la Convention EDH.

Ils s’imposent non seulement aux législateurs actuels et futurs, mais aussi aux lois du passé. Les lois (et règles jurisprudentielles) du passé doivent être interprétées en conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, entérinés par la Constitution et par la Convention EDH.

283. Si le droit ne lui est d’aucun secours, l’ordre public judiciaire est-il être sauvé par l’ordre économique ?

Depuis le tournant démocratique 4/¹³⁶, une majorité d’économistes et de juristes prétendent que le libéralisme économique donne les meilleurs résultats, même en démocratie.

Ils ne voient que des gagnants quand le (néo)libéralisme économique se déploie librement et que la démocratie et l’ordre public légal s’en accommodent. Ils encouragent dès lors les lois et les règles jurisprudentielles, qui s’inspirent de ses principes, de sa finalité et de ses règles de fonctionnement, sous la haute surveillance d’un ordre public judiciaire.

Si le (néo)libéralisme économique ne ferait que des gagnants, il n’aurait plus besoin d’affirmations. Il disposerait depuis longtemps de preuves irréfutables.

Le 19^{ème} et le 20^{ème} siècle se seraient, tout simplement, autrement déroulés. L’élite économique et financière aurait partagé et redistribué les revenus et les richesses, accumulés grâce à la colonisation et à l’industrialisation. Elle aurait amélioré les conditions de vie de “tous“.

Les faits sont souvent vite oubliés, mais ils sont têtus : le (néo)libéralisme économique a démontré et confirmé pendant les deux derniers siècles 4/¹³⁷ qu’il ne vise et n’aboutit pas au bien-être de tous, transformés en “gagnants“.

Il a mis en évidence 4/¹³⁸ qu’il produit certes des “gagnants“, mais qu’il s’agit d’une (petite) minorité, qui détient et contrôle les activités économiques et financières. Ces activités donnent à cette élite la possibilité de contrôler la

4/¹³⁶ Avant le basculement démocratique, le libéralisme économique était la seule théorie économique tolérée et appliquée.

4/¹³⁷ Et le début du 21^{ème} siècle est loin d’être différent.

4/¹³⁸ En fait, pendant la “longue“ histoire de l’espèce humaine.

distribution des revenus et des richesses, de les accumuler et de les concentrer, privatisés et illimités.

Comparées aux conditions de vie des gagnants, celles des “autres” se dégradent ou, si elles s’améliorent, le font à un rythme beaucoup plus modeste, malgré les corrections que la démocratie organise et parvient à financer.^{4/139}

Les fondements juridiques du (néo)libéralisme économique ne sauvent donc pas l’ordre public judiciaire. Ils mettent au contraire le doigt sur un détournement du pouvoir politique au détriment des personnes (les électeurs) qui contrôlent, en théorie, le pouvoir politique en démocratie.

Alors que le pouvoir politique est destiné à l’amélioration des conditions de vie des personnes qui le contrôlent, l’ordre public judiciaire permet à une minorité, qui a perdu le contrôle du pouvoir politique, de prolonger sa gouvernance (également politique) par le biais des activités économiques et financières qu’elle contrôle, notamment à l’aide des fondements juridiques de l’ordre économique d’un autre siècle.^{4/140}

284. A ce jour, la cohérence du système juridique est un rêve lointain.

La démocratie poursuit l’amélioration des conditions de vie, sans discrimination, de toutes les personnes dont elle assume la responsabilité.

Elle se manifeste essentiellement en droit public et se trouve à l’origine d’un l’ordre public légal. Elle veut que toutes les personnes qui se trouvent sous son autorité, bénéficient des meilleures conditions de vie possible, comparables à celles des autres.

Le (néo)libéralisme économique règne simultanément sur le droit privé. Il privilégie l’exercice des droits et libertés des personnes qui détiennent et contrôlent les pouvoirs et les activités économiques et financières, protégées par un ordre public judiciaire.

Le droit privé conduit à l’accumulation et à la concentration (illimitées) de revenus et richesses, dont les “autres”, qui ne contrôlent pas ces activités économiques et financières, sont privés.^{4/141}

Les mesures qui implémentent les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, nuisent aux intérêts de ceux qui ne jurent que par le (néo)libéralisme économique.

Les mesures qui renforcent le (néo)libéralisme économique, affaiblissent les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

^{4/139} Notamment par un système de sécurité sociale, par la progressivité de certains impôts...

^{4/140} Et d’un autre régime politique.

^{4/141} Ils n’ont qu’à suivre “l’exemple” des gagnants..., c’est-à-dire se détourner des principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

Comment le vivre ensemble peut-il se sortir d'une antinomie aussi périlleuse ?

Faut-il renoncer aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques ou, au contraire, appeler à l'ordre les personnes qui contrôlent les pouvoirs économiques et financiers ?

L'assouplissement, observé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH 4/¹⁴², quand il s'agit de défendre les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, fait craindre que ces hautes juridictions préparent ou guident la démocratie à des concessions, qui ne lui ressemblent plus.

La collaboration des Etats-membres au sein de l'Union européenne est un autre indicateur que la démocratie est en voie de s'accommoder des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique, le projet "européen" étant (devenu) avant tout un projet économique (néo)libéral. A défaut, les Etats-membres ne pourraient même pas s'entendre sur un projet européen de cette nature ou envergure.

L'Union a-t-elle trouvé la quadrature du cercle par un ordre public européen, qui sauvegarde et combine les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques et ceux du (néo)libéralisme économique ?

Les pages qui suivent sont consacrées à cette question.

^{4/142} Voy supra nos 108-110, 131-132, 153-154 et 162-163.