

Le contentieux objectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire

Pierre-Paul VAN GEUCHTEN

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'UCLouvain
Avocat au barreau de Bruxelles*

Amaury VERHOUSTRAETEN

*Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

L'attribution d'un contentieux objectif¹ à des juridictions de l'ordre judiciaire apparaît comme une bizarrerie dans le système juridictionnel belge. Nous nous proposons de démystifier cette bizarrerie dans la présente contribution.

À cet effet, nous montrerons d'abord que les principes constitutionnels de répartition du contentieux ne font pas obstacle à l'attribution d'un contentieux objectif aux juridictions judiciaires (Chapitre 1). Nous illustrerons ensuite cette affirmation en présentant divers recours objectifs confiés à des juridictions judiciaires (Chapitre 2). Nous exposerons également certaines particularités du contentieux objectif devant les juridictions judiciaires, par opposition au contentieux objectif devant le Conseil d'État (Chapitre 3). Pour finir, nous tenterons de tirer certaines conclusions critiques sur ces recours (Conclusion).

Chapitre 1

La répartition du contentieux entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif

La répartition du contentieux portant sur des droits subjectifs est organisée par notre Constitution depuis 1831 (Section 1). Avec la création du Conseil d'État en 1946, un nouveau contentieux, de type objectif, a vu le jour dans notre système juridictionnel, en marge de la répartition établie par la Constitution (Section 2). Ceci étant, la Constitution et la création du Conseil d'État n'ont jamais fait obstacle à l'ouverture d'un contentieux objectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire (Section 3).

¹ Pour une définition de cette notion, voy. Chapitre 1^{er}, section 2, de cette contribution.

Section 1

La répartition du contentieux portant sur des droits subjectifs organisée par le constituant de 1831

Les principes de la répartition du contentieux entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif sont inscrits dans notre Constitution depuis son origine. Marqué par les exemples français et hollandais de l'Ancien Régime, le constituant belge de 1831 se méfiait des juridictions administratives. Sans exclure totalement la création de ces dernières, il confie le contrôle juridictionnel de l'administration principalement aux juridictions judiciaires, en qui il plaçait « une rare confiance »².

En vertu de l'article 144 de la Constitution, les contestations portant sur des droits civils seraient de la compétence exclusive des juridictions judiciaires. En vertu de l'article 145 de la Constitution, les contestations portant sur des droits politiques seraient de la compétence de principe des juridictions judiciaires, le législateur pouvant les confier à des juridictions administratives, dans le respect des exigences de l'article 146 de la Constitution³.

Les dispositions précitées s'appliquent encore de nos jours, de manière quasi⁴ inchangée. Elles appellent deux constats utiles à notre exposé :

- d'une part, le partage a toujours été fonction du type de droit en question (civil ou politique) ainsi que du choix opéré par le législateur – mais non de la qualité (privée ou publique) des parties impliquées⁵. Autrement dit, la Constitution ne s'est jamais opposée à ce qu'une autorité publique se retrouve « attraitée » devant une juridiction judiciaire⁶ ;
- d'autre part, ces dispositions ne règlent que la question des droits subjectifs (civils ou politiques⁷), en *réservant* (exclusivement ou en principe) le

² P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^e éd., Bibliothèque internationale de droit public, Paris, 1918, n° 165.

³ En vertu de l'article 146 de la Constitution, toute juridiction doit être créée par une loi, qu'elle relève de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif.

⁴ Lors de la Sixième Réforme de l'État, l'article 144 a été complété par un alinéa 2 en vertu duquel le Conseil d'État et les juridictions administratives fédérales peuvent désormais octroyer une indemnité réparatrice lorsqu'ils prononcent un arrêt d'annulation d'un acte administratif. Sur cette réforme, voy. not. I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil ? », in F. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 189-231.

⁵ La Cour de cassation confirmera ce point (près d'un siècle plus tard) dans l'arrêt *La Flandria* (*Pas.*, 1920, I, 193, concl. P. LECLERQ).

⁶ Il n'en demeure pas moins que, dans la pratique du premier siècle de l'État belge, les juridictions judiciaires ont marqué une grande timidité à censurer les agissements de l'administration lorsque cette dernière intervenait comme puissance publique. À ce sujet, voy. not. B. LOMBAERT, « Le Conseil d'État est-il toujours un juge du contentieux objectif de l'excès de pouvoir ? », in F. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 357-361.

⁷ En vertu de la doctrine dite « du tiers exclu » (imposée par un arrêt de la Cour de cassation de 1956), les droits subjectifs sont soit civils, soit politiques ; il n'existe pas de troisième catégorie de droits subjectifs (*Cass.*, 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, pp. 430 et s., concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *R.C.J.B.*, 1957, pp. 163 et

contentieux portant sur ces droits aux juridictions judiciaires. En aucun cas, ces dispositions ne réservent un certain contentieux aux juridictions administratives. La Constitution de 1831 n'envisage d'ailleurs pas d'autre type de contentieux que celui portant sur des droits subjectifs.

En bref, le constituant belge de 1831 n'a pas entendu doter l'administration d'un régime juridictionnel propre⁸. Que du contraire : celui-ci entendait éviter à tout prix l'existence d'un Conseil d'État, assimilé aux périodes d'oppression des régimes français et hollandais, et perçu comme « un outil de centralisation, contraire aux tendances nationales d'autonomie communale et provinciale »⁹. Le constituant originaire a érigé le pouvoir judiciaire en protecteur des citoyens contre l'arbitraire administratif¹⁰, en amenant le juge judiciaire à trancher des litiges qui relèvent aussi bien du droit privé que du droit public.

Section 2

L'avènement d'un nouveau recours, de type objectif, par la création du Conseil d'État en 1946

En marge de la répartition organisée par la Constitution – ses articles 144 et suivants n'ont pas été révisés au préalable –, le Conseil d'État de Belgique est créé, par une loi (ordinaire) du 23 décembre 1946¹¹. La nouvelle juridiction administrative est dotée de la compétence d'annuler les actes et règlements des diverses autorités administratives, dans le cadre de recours pour excès de pouvoir.

Le contentieux attribué au Conseil d'État est d'un tout nouveau type : il a un caractère objectif. Dans le cadre d'un tel contentieux, « la question que tranche le juge, c'est de savoir si un acte administratif ou un règlement est ou n'est

s., obs. A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? »).

⁸ Une déclaration de l'administrateur des finances de l'époque, M. COGHEN, est révélatrice des conceptions de l'époque : « grâce à la nouvelle constitution qui régira notre patrie, nous n'avons plus à doter ni de secrétairerie d'État ni de Conseil d'État, institutions qui, dans un pays où le système représentatif est en vigueur, seraient toujours des superfétations [...] » (E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, t. IV, Bruxelles, Walhen, 1844-1845, p. 471).

⁹ F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'État belge (1831-1946) », *Cahiers du CRHIDI*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 67-97.

¹⁰ P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État », in B. BLÉRO (dir.), *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 36.

¹¹ Cette loi et les lois qui l'ont modifiée ont été coordonnées le 12 janvier 1973. L'on parle désormais des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État.

Pour un historique de la création du Conseil d'État, voy. not. F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'État belge (1831-1946) », *op. cit.*, pp. 67-97 ; F. MULLER, « Henri Velge, l'artisan du Conseil d'État belge », *Revue belge d'histoire contemporaine*, n^{os} 1-2, 2007, pp. 143-174.

pas compatible avec l'ensemble des règles qui figurent dans [l']arsenal juridique. Si l'acte ou le règlement y est contraire, il l'annule, éliminant du droit objectif une antinomie qui s'y était glissée. Le procès, ici, n'est pas dirigé contre la personne morale qui a édicté l'acte irrégulier : il est dirigé contre cet acte lui-même »¹².

Vu le caractère objectif du recours, il est proclamé que le Conseil d'État ne porte aucune atteinte aux compétences des juridictions judiciaires¹³. Le recours pour excès de pouvoir au Conseil d'État prend place à côté du recours au juge judiciaire, qui reste seul compétent pour trancher des litiges portant sur des droits subjectifs, en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution.

Il faut attendre 1993 pour qu'un nouvel article 160 de la Constitution consacre, dans des termes fort succincts, l'existence de la haute juridiction administrative, en déléguant au législateur le soin d'en organiser la composition, la compétence et le fonctionnement. Cet article ne réserve toutefois aucune compétence au Conseil d'État.

Dès lors, la création du Conseil d'État en 1946 et sa consécration constitutionnelle en 1993 n'ont pas remis en cause le partage du contentieux organisé par le constituant de 1831, pas plus qu'elles n'ont réservé un certain contentieux à la haute juridiction administrative.

Section 3

L'attribution de certains recours objectifs à des juridictions judiciaires

En dépit de la création du Conseil d'État, plusieurs juridictions judiciaires se sont ensuite vu confier la compétence de connaître de recours en annulation contre des décisions d'autorités administratives. Comme le recours en annulation devant le Conseil d'État, ces recours sont qualifiés d'objectifs.

Comme il a été exposé ci-avant, aucun obstacle constitutionnel ne s'oppose à l'attribution de tels recours au juge judiciaire¹⁴.

Dès lors qu'un recours est confié à une juridiction judiciaire¹⁵, la compétence du Conseil d'État s'efface. Celui-ci s'inscrit en effet, depuis son origine, dans une perspective de subsidiarité¹⁶.

¹² M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 89.

¹³ H. VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1947, p. 124.

¹⁴ X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 111 ; B. BLÉRO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in B. BLÉRO (dir.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, *op. cit.*, p. 261, note 159.

¹⁵ Il en irait de même si le recours était confié à une juridiction administrative particulière, distincte du Conseil d'État.

¹⁶ L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État ouvre un recours en annulation devant cette juridiction uniquement « [si] le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction ». Voy. aussi les concl. de l'Avocat général WERQUIN, préc. Cass., 25 avril 2013, C.10.0747.F.

Chapitre 2

Recours objectifs attribués à des juridictions judiciaires : illustrations et justifications

Dans ce chapitre, nous examinerons (sans prétendre à l'exhaustivité) divers recours objectifs qui ont été attribués à une juridiction judiciaire en nous concentrant systématiquement sur les diverses raisons qui ont justifié l'ouverture de tels recours. Tantôt, c'est l'hétérogénéité des justifications qui frappe, tantôt c'est l'absence de toute justification qui surprend.

Section 1

Recours contre les décisions des autorités de régulation devant la Cour des marchés (Cour d'appel de Bruxelles)

Dans les secteurs libéralisés, autrefois sous monopole étatique, plusieurs autorités administratives de régulation ont vu le jour pendant les deux décennies marquant le tournant vers le XXI^e siècle¹⁷. (Plus ou moins) simultanément, plusieurs lois ont ouvert des recours juridictionnels particuliers contre les décisions de ces autorités de régulation.

Étant donné les similitudes entre les différents secteurs, nous examinerons d'une traite les raisons qui ont conduit le législateur à attribuer ces recours, dans un premier temps, à la Cour d'appel de Bruxelles (§ 1^{er}) et, plus récemment, à une section spécialisée de cette juridiction, rebaptisée « Cour des marchés » pour l'occasion (§ 2). Nous brosserons ensuite les divers recours existant en la matière (§ 3).

§ 1^{er}. L'attribution des recours juridictionnel en matière de régulation à la Cour d'appel de Bruxelles

Les raisons qui, dans un premier temps, ont conduit le législateur à ouvrir un recours spécifique devant la Cour d'appel de Bruxelles sont multiples.

De manière générale, les pouvoirs et prérogatives significatifs que les (nouvelles) autorités de régulation se sont vu octroyer ont justifié la nécessité d'ouvrir un recours juridictionnel spécifique à l'encontre de leurs décisions¹⁸.

¹⁷ À propos des autorités de régulation, voy. not. X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, op. cit., pp. 19-62 ; P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 214-253.

¹⁸ Ainsi, dans le secteur de l'énergie, le législateur fédéral a insisté à maintes reprises sur les pouvoirs étendus de la CREG (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 1895/1, pp. 4-8), qui augmentent

La nécessité est d'autant plus forte lorsque l'autorité de régulation « se voit [...] appelée à rechercher et à sanctionner les auteurs des abus de marché [...]. Ce nouveau cadre d'intervention de [l'autorité de régulation], et les pouvoirs de sanction qu'elle se voit accorder, appellent le contrôle d'une instance judiciaire »¹⁹.

Plus fondamentalement, on ne peut comprendre le choix de la cour d'appel comme instance de recours (plutôt que le Conseil d'État), sans dévoiler deux caractéristiques dont les recours en question sont assortis. Chaque fois que le législateur attribue un recours objectif à la cour d'appel, il dispose en effet que la cour siège « comme en référé » et qu'elle dispose d'un « pouvoir de pleine juridiction ».

La première caractéristique vise à assurer la rapidité de la procédure de recours²⁰. Dans une procédure « comme en référé », l'urgence est présumée et ne doit pas être démontrée. De plus, les délais de procédure devant une juridiction judiciaire sont (toujours) plus souples que les délais rigides qui ponctuent une procédure devant le Conseil d'État.

Selon le législateur, l'ouverture de recours « comme en référé » devant la cour d'appel devait répondre à « la nécessité de statuer efficacement et rapidement, inhérente au secteur de l'énergie »²¹, « au secteur ferroviaire »²², etc. Elle a été justifiée par « des motifs d'efficacité et de rapidité liés au secteur des télécommunications »²³.

La deuxième caractéristique, à savoir le pouvoir de pleine juridiction de la cour d'appel, vise à assurer un contrôle plus étendu des décisions des autorités de régulation. Cette caractéristique fera l'objet de plus amples développements dans le troisième chapitre de cette contribution. Relevons pour l'instant que, sur la base de son pouvoir de pleine juridiction, la cour d'appel peut statuer au fond et, en cas de recours fondé, soit annuler la décision, soit

« la nécessité, pour les personnes touchées par [s]es décisions, de pouvoir introduire des recours contre [s]es décisions » (*Ibid.*, p. 8).

Cette nécessité fut soulignée dans le secteur bancaire et financier, où l'on s'attendait à ce que les pouvoirs et prérogatives significatifs de l'autorité de régulation entraînent une « augmentation de la fréquence des recours contre les décisions prises par [cette autorité] » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n^{os} 50-1842/1 et 1843/1, p. 27).

¹⁹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n^{os} 50-1842/1 et 1843/1, p. 28 (concernant le secteur bancaire et financier).

²⁰ Voy. not., dans le secteur de l'énergie, au niveau fédéral : « le Conseil d'État n'est pas, en l'état actuel des textes, l'instance la mieux équipée pour connaître des recours contre les décisions de la CREG, compte tenu [...] des délais propres à la procédure devant la haute instance administrative » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n^o 51-1895/1, p. 8 ; dans le secteur de l'énergie, en Région flamande : Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. fl., sess. 2014-2015, 461, p. 8).

²¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n^o 51-1895/1, p. 8.

²² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2009-2010, n^o 52-2249/1, p. 4.

²³ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n^o 50-1937/1, p. 24.

la réformer et y substituer sa propre décision²⁴. Le Conseil d'État, en revanche, ne peut qu'annuler (ou suspendre) les actes qui sont attaqués devant lui.

Le législateur a vu la nécessité d'une pleine juridiction, notamment en raison de l'indépendance accrue dont jouissent les autorités de régulation²⁵.

Le législateur avance parfois une autre justification, qui nous paraît essentielle dans le cadre de cette contribution. Il s'agit de la ligne de démarcation étroite entre contentieux objectif et contentieux relatif à des droits subjectifs, lorsque les décisions des régulateurs sont contestées²⁶.

Le législateur observe en substance que, dans les secteurs régulés, il est difficile de distinguer les questions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire du régulateur de celles qui relèvent d'une compétence liée (parce qu'elles constituent le pendant d'un droit subjectif dans le chef des administrés). Or, étant donné que ces dernières questions relèvent nécessairement de la compétence des juridictions judiciaires²⁷, il paraît plus prudent et cohérent d'attribuer tout le contentieux contre les décisions d'un régulateur à une juridiction judiciaire.

Ainsi, le choix d'une juridiction judiciaire pour connaître de recours en annulation contre des actes d'autorités de régulation rend la question de la distinction entre contentieux objectif et contentieux portant sur des droits subjectifs sans pertinence pour la répartition des compétences entre juridictions administratives et judiciaires²⁸. L'on évite ainsi les difficultés liées à l'identification de la juridiction compétente.

La concentration de divers recours (en matière de régulation) au sein d'une seule juridiction, que l'on dit spécialisée en la matière, assure par ailleurs l'unification de la jurisprudence applicable, la simplification des voies de recours et le renforcement de la sécurité juridique dans un secteur donné²⁹. Nous ne sommes pas pleinement convaincus par cette justification : s'ils n'étaient pas attribués à la cour d'appel, ces recours seraient de toute manière concentrés au sein d'une juridiction unique, le Conseil d'État, dont les arrêts sont systématiquement publiés – ce qui n'est pas le cas pour les arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles.

²⁴ Dans le secteur des postes et télécommunications : Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 50-1937/001, p. 24.

²⁵ Voy. not., dans le secteur de l'énergie, en Région wallonne : Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., sess. 2013-2014, n° 1020/1, p. 19 (note : cette justification concerne l'ouverture d'un recours devant la Cour d'appel de Liège, mais vaut à l'identique en ce qui concerne la Cour d'appel de Bruxelles ou la Cour des marchés).

²⁶ En particulier, dans le secteur de l'énergie, au niveau fédéral : Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51-1895/1, p. 9.

²⁷ Voy. Chapitre 1^{er} de cette contribution.

²⁸ X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, op. cit., p. 113.

²⁹ Dans le secteur de l'énergie, au niveau fédéral : Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 1895/1, p. 9 ; dans le secteur bancaire et financier : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 50-1842/1 et 1843/1, p. 29.

Enfin, l'ouverture d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles est parfois justifiée par simple « mimétisme »³⁰.

§ 2. La création d'une Cour des marchés par la loi « pot-pourri IV »

La loi « pot-pourri IV » du 25 décembre 2016³¹ a créé une « Cour des marchés » au sein de la Cour d'appel de Bruxelles. La Cour des marchés est composée de (au moins) deux chambres, formant une section³² de la Cour d'appel de Bruxelles et traitant des affaires de marchés³³.

La création de la Cour des marchés n'a pas eu pour effet de lui attribuer tout le contentieux relatif aux marchés (ni même tout le contentieux objectif qui était jusqu'alors confié à la Cour d'appel de Bruxelles). Les compétences de la nouvelle « Cour » doivent lui être attribuées, au cas par cas, dans le cadre de dispositions légales particulières³⁴. Ceci étant, la loi « pot-pourri IV » a immédiatement confié plusieurs recours à la section nouvellement créée (en amendant toute une série de législations sectorielles). Des lois (ainsi qu'un décret et une ordonnance) subséquentes lui ont attribué des recours supplémentaires.

À l'heure où cette contribution est rédigée, tous les recours en matière de régulation qui étaient autrefois de la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles ont été attribués à la Cour des marchés, à l'exception des recours contre les décisions du régulateur de l'énergie flamand (VREG)³⁵ et contre les décisions de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC)³⁶.

³⁰ Dans le secteur de l'énergie, p. ex., les justifications avancées dans les travaux parlementaires régionaux flamands (Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. fl., sess. 2014-2015, n° 461/1, pp. 7-8) sont un « copier-coller » des travaux parlementaires fédéraux (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 1895/1, pp. 8-9). Dans le secteur ferroviaire, lorsque la Cour d'appel de Bruxelles fut rendue compétente pour connaître des recours contre les décisions du Service de régulation en matière ferroviaire, le Gouvernement fit référence aux « recours similaires propres à d'autres secteurs économiques, contre des décisions des autorités administratives spécifiques à ces secteurs, existant déjà devant la [C]our d'appel de Bruxelles » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2009-2010, n° 52-2249/001, p. 6).

³¹ Loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi « pot-pourri IV »), entrée en vigueur le 9 janvier 2017.

³² Comme le tribunal civil, le tribunal correctionnel, le tribunal de la famille, etc., sont des sections du tribunal de première instance. L'introduction d'un recours devant la Cour des marchés lorsque la cour d'appel est compétente donne donc lieu à un incident de répartition, et non à un conflit de compétence (Cour des marchés, 27 novembre 2017, 2016/AR/1602, *Zonstraal e.a. c. VREG*, inédit, pp. 3-4).

³³ Art. 101, § 1^{er}, C. jud., tel que modifié par la loi « pot-pourri IV ». Voy. également *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1986/001, pp. 46-47.

³⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1986/001, pp. 14 et 46.

³⁵ Voy. *infra*.

³⁶ Voy. *infra*.

La création d'une véritable section spécialisée poursuit plusieurs objectifs, tels que garantir un cadre de conseillers suffisants pour traiter les affaires relatives aux marchés, renforcer la visibilité de cette « Cour » et son rayonnement international, de même que faciliter son organisation interne par un ancrage structurel plus fort³⁷.

Enfin, la Cour des marchés a vocation à devenir une juridiction réellement spécialisée, puisqu'elle doit être composée (en partie³⁸) de « véritables spécialistes en la matière »³⁹, à savoir des conseillers qui possèdent quinze années au moins d'expérience professionnelle utile témoignant d'une connaissance spécialisée du droit économique, financier ou des marchés⁴⁰.

§ 3. Les recours en matière de régulation

Dans les secteurs des postes et télécommunications, les décisions de l'IBPT⁴¹ et celles de la Commission d'éthique pour les télécommunications⁴² peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés statuant comme en référé (dans le cas de l'IBPT)⁴³. Les décisions rendues par la CRC⁴⁴, quant à elles, peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour d'appel de Bruxelles, siégeant comme en référé⁴⁵.

Dans le secteur de l'énergie, au niveau fédéral, un recours auprès de la Cour des marchés siégeant comme en référé est ouvert à toute personne justifiant d'un intérêt contre toutes les décisions de la CREG⁴⁶. Les recours

³⁷ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1986/1, p. 14.

³⁸ Maximum six conseillers peuvent être des conseillers spécialisés (art. 101, § 2, al. 6, C. jud.). Ceux-ci sont dispensés des conditions d'ancienneté et d'aptitude générale applicables aux (autres) conseillers de la cour d'appel (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1986/1, p. 49).

³⁹ Il convient toutefois d'entendre cette expression au sens large pour l'instant (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1986/1, p. 48).

⁴⁰ Art. 207, § 3, 4°, C. jud.

⁴¹ Institut belge des services postaux et des télécommunications.

⁴² Art. 2, § 1^{er}, de la loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques.

⁴³ Art. 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges.

⁴⁴ Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques.

⁴⁵ Art. 5, al. 4, de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision. Cet accord n'ayant pas été modifié par la loi « pot-pourri IV », ce recours est resté de la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles (et non de la Cour des marchés).

⁴⁶ Commission de régulation de l'électricité et du gaz. Dans le secteur de l'électricité : art. 29bis, § 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité ; dans le secteur du gaz : art. 15/20, § 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

contre certaines décisions de la CREG sont néanmoins confiés à l'Autorité belge de la concurrence (ABC)⁴⁷.

En Région de Bruxelles-Capitale, les décisions prises par Brugel⁴⁸ en matière tarifaire peuvent faire l'objet d'un recours par toute personne justifiant d'un intérêt devant la Cour des marchés siégeant comme en référé⁴⁹.

De même, en Région wallonne, les décisions de la CWaPE⁵⁰ prises en application de la législation sectorielle de l'énergie peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour des marchés statuant comme en référé⁵¹. Auparavant, les décisions de la CWaPE étaient attaquables devant la Cour d'appel de Liège. Dans un souci d'unicité du droit de l'énergie et de la jurisprudence⁵², le législateur wallon a attribué ce contentieux à la Cour des marchés peu de temps après sa création⁵³. Selon lui, « bien que le Conseil d'État soit le juge naturel des autorités administratives et qu'il prenne globalement plus en compte l'intérêt général, la Cour des marchés, juridiction spécialisée dans le contentieux de la régulation, est à même de transcender les barrières académiques séparant les intérêts privés et l'intérêt général »⁵⁴.

En Région flamande par contre, les décisions prises par la VREG⁵⁵ en matière tarifaire peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles siégeant comme en référé⁵⁶ – et non la Cour des marchés⁵⁷.

⁴⁷ Art. 29ter de la loi du 29 avril 1999 précitée (électricité) et art. 15/20bis de la loi du 12 avril 1965 précitée (gaz). Ce choix a été justifié par le lien étroit de ces décisions avec la protection de la concurrence économique ainsi que par l'expérience et les connaissances spécialisées de l'ABC en la matière (Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch. repr.*, sess. 2004-2005, n° 51-1895/1, pp. 9-10).

⁴⁸ Bruxelles Gaz Électricité.

⁴⁹ Dans le secteur de l'électricité : art. 9septies, § 1^{er}, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale ; dans le secteur du gaz : art. 10quinquies, § 1^{er}, de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale. Commission wallonne pour l'énergie.

⁵⁰ Art. 50ter du décret (wallon) du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

⁵¹ *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, 1142/1, pp. 12 et 40.

⁵² Art. 142 du décret-programme du 17 juillet 2018 portant des mesures diverses en matière d'emploi, de formation, d'économie, d'industrie, de recherche, d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transports, d'énergie, de climat, de politique aéroportuaire, de tourisme, d'agriculture, de nature, de forêt, des pouvoirs locaux et de logement.

⁵³ Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., 2017-2018, 1142/1, pp. 12 et 40.

⁵⁴ Vlaamse Regulator voor de Elektriciteits- en Gasmarkt.

⁵⁵ Art. 4.1.34 du décret (flamand) du 8 mai 2009 portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie.

⁵⁶ Selon certains, la Cour d'appel de Bruxelles est restée compétente parce que le recours à la théorie des pouvoirs implicites par la Région flamande pour attribuer ce contentieux à la Cour d'appel de Bruxelles aurait privé le législateur de légiférer sur ce point (D. VAN LIEDEKERKE et A. LAES, « Les recours contre les décisions des autorités de régulation économique devant la Cour des marchés : état des lieux à la suite de l'adoption de la loi du 20 février 2017 », *R.D.I.R.*, 2017/2-3, p. 209). Bien que l'analyse soit défendable, il suffit, selon nous, de constater qu'aucune disposition particulière n'attribue ce contentieux à la Cour des marchés et qu'aucun transfert de compétences général n'a eu lieu au profit de celle-ci à la suite de sa création.

Dans le secteur des transports, les décisions du Service de régulation en matière d'exploitation des installations aéroportuaires de l'aéroport de Bruxelles-National⁵⁸ et les décisions du Service de régulation en matière ferroviaire⁵⁹ peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des marchés.

En ce qui concerne le secteur bancaire et financier, un recours devant la Cour des marchés est ouvert contre toute une série de décisions de la FSMA⁶⁰, notamment en matière d'offres publiques de titres, d'offres publiques d'acquisition, d'approbation des documents qui se rapportent à une offre publique de parts, ou encore certaines mesures d'instructions, astreintes et amendes prononcées par cette autorité.

Néanmoins, le législateur a maintenu, pour une cinquantaine de décisions spécifiques de la FSMA, un recours devant le Conseil d'État, selon une procédure accélérée à déterminer par le Roi⁶¹. Ainsi, malgré la création d'une Cour des marchés censée connaître des affaires de marchés, « le contentieux des décisions des organes de régulation [reste] totalement fragmenté, puisqu'il n'y a pas un juge unique compétent en la matière, au détriment parfois de l'unité de la jurisprudence »⁶².

Enfin, en matière de concurrence, certaines décisions de l'Autorité belge de la concurrence (ABC) peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des marchés, statuant comme en référé⁶³, telles que les décisions du Collège de la concurrence en matière de pratiques restrictives et en matière de concentrations.

⁵⁸ Il s'agit, plus précisément, des décisions prises en exécution de l'arrêté royal du 27 mai 2004 relatif à la transformation de BIAC en société anonyme de droit privé et aux installations aéroportuaires (art. 2 de la loi du 9 juillet 2004 portant des dispositions diverses).

⁵⁹ Il s'agit, plus précisément, des décisions prises en exécution des articles 63, §§ 2 et 3, et 64 du Code ferroviaire (art. 221/1 du Code ferroviaire).

⁶⁰ Énumérées aux articles 121, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 120, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier ainsi qu'aux services financiers (ci-après, « la loi financière du 2 août 2002 »).

⁶¹ Art. 122 de la loi financière du 2 août 2002. Ces recours auraient « davantage trait à la police administrative des entités soumises au contrôle de la [FSMA] » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n^{os} 50-1842/1 et 1843/1, p. 30).

⁶² Ph. QUERTAINMONT, « La régulation économique sectorielle en Belgique et le rôle du juge administratif », *A.P.T.*, 2014, p. 558, pt 44 ; voy. aussi pp. 559-560, pt 47.

⁶³ Art. IV.79, § 1^{er}, CDE.

Section 2

Recours contre les décisions d'une autorité de régulation infligeant des amendes devant le tribunal de première instance

Les décisions par lesquelles le régulateur flamand de l'énergie (VREG) inflige une amende administrative sur la base de la législation sectorielle en matière d'énergie peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de première instance⁶⁴. Ce recours fait figure de bizarrerie, tant au vu de la quasi-totalité des recours en matière de régulation (confiés à la Cour des marchés) qu'au vu des recours contre les décisions de la VREG (confiés à la Cour d'appel de Bruxelles)⁶⁵.

Section 3

Recours contre certaines décisions de l'officier de l'état civil et de l'autorité centrale fédérale devant le tribunal de la famille

Le tribunal de la famille⁶⁶ a été rendu compétent pour connaître de recours contre certaines décisions administratives des officiers de l'état civil et de l'autorité centrale fédérale.

Le tribunal de la famille connaît tout d'abord des recours contre les décisions de l'officier de l'état civil en matière de mariage (soit le refus de signer la déclaration de mariage⁶⁷, soit le refus de célébrer le mariage⁶⁸) et en matière de cohabitation légale (à savoir le refus d'acter la déclaration de cohabitation légale⁶⁹), qui sont ouverts aux personnes intéressées.

Ce tribunal connaît également des recours contre le refus de l'officier de l'état civil d'établir un acte de modification de l'enregistrement du sexe⁷⁰, qui est ouvert à la personne concernée uniquement.

⁶⁴ Art. 13.3.1, § 1^{er}, du décret (flamand) du 8 mai 2009 précité.

⁶⁵ Selon nous, cette bizarrerie ne s'explique que par des raisons historiques. À l'époque où le tribunal de première instance fut rendu compétent (en 2000), il s'agissait du seul recours contre une décision de la VREG qui pouvait être intenté devant une juridiction judiciaire. Toutes les autres décisions de la VREG étaient attaquables devant le Conseil d'État (Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. fl., sess. 1999-2000, n° 285/1, p. 29). Cette attribution n'a jamais été repensée, même après la désignation de la Cour d'appel de Bruxelles comme instance de recours contre les décisions de la VREG en matière tarifaire.

⁶⁶ Le tribunal de la famille est une section du tribunal de première instance (art. 76 C. jud.).

⁶⁷ Art. 164/1, § 3, C. civ.

⁶⁸ Art. 167 C. civ.

⁶⁹ Art. 1476^{quater} C. civ.

⁷⁰ Art. 135/1, § 7, C. civ. et art. 1385^{duodecies} à 1385^{quaterdecies} C. jud., tels qu'insérés par la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges (en vigueur : 1^{er} janvier 2019).

Le tribunal de la famille connaît enfin des recours contre toute décision de l'autorité centrale fédérale relative à une demande de reconnaissance en Belgique d'une adoption étrangère. Ce recours est ouvert aux requérants (dans les soixante jours de la remise ou de la notification de la décision) ainsi qu'à tout intéressé et au ministère public (dans un délai d'un an à compter de la date de la décision)⁷¹.

Le législateur ne n'est jamais donné la peine de justifier (amplement) l'attribution du contentieux administratif prédécrit au tribunal de la famille (ni auparavant, au tribunal de première instance).

Lorsqu'il ouvrit le recours contre le refus de recevoir la déclaration de mariage devant le tribunal de première instance, le ministre de la Justice fit simplement valoir que « c'est normal pour tout ce qui touche à l'état civil [...] ». Dans cette optique, le tribunal est la seule instance qui peut rappeler [l'officier de l'état civil] à l'ordre et l'on évite toute forme de contrôle administratif⁷².

Il nous semble que, pour certains recours, le choix d'une juridiction judiciaire plutôt qu'administrative vise à se conformer à l'article 144 de la Constitution⁷³. Étant donné que ces recours portent sur un droit subjectif de nature civile, ils relèvent de la compétence exclusive des juridictions judiciaires. Tel est le cas de la demande de modification d'enregistrement du sexe, par laquelle la personne intéressée met en œuvre un droit subjectif, excluant tout pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le chef de l'officier de l'état civil⁷⁴.

Pour d'autres recours, cette explication ne convainc pas. Ainsi, lorsque l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage parce qu'il estime que la célébration est contraire aux principes de l'ordre public, il exerce une compétence discrétionnaire, excluant un droit subjectif dans le chef des intéressés. L'on peut chercher une justification à l'ouverture d'un recours contre une telle décision devant le tribunal de la famille dans la spécialisation des magistrats composant ce tribunal ou encore dans la compétence de pleine juridiction qui lui est attribuée⁷⁵. Le législateur ne le précise en tout cas pas.

⁷¹ Art. 367-3 C. civ., tel que modifié par la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges (en vigueur : 1^{er} janvier 2019).

⁷² Rapport fait au nom de la commission, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1998-1999, n° 1-512/6, p. 13.

⁷³ Dans le même sens : S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM et M. LAMBERT DE ROUVROIT, « Les compétences administratives des juridictions civiles : l'exemple du tribunal de la famille et de la Cour d'appel de Bruxelles », in F. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative, op. cit.*, pp. 664-665, pt 6.

⁷⁴ « L'officier de l'état civil décide d'établir l'acte portant mention du nouveau sexe après avoir vérifié la déclaration des médecins traitants. Il n'effectue pas de contrôle d'opportunité. » (Rapport fait au nom de la commission, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2006-2007, n° 3-1794/5, p. 8). Ceci est d'autant plus vrai depuis la réforme du régime relatif aux personnes transgenres par la loi du 25 juin 2017, qui considère le changement de sexe comme une question relevant de l'autodétermination de la personne concernée (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 8).

⁷⁵ Voy. Chapitre 3, section 1, ci-dessous.

Section 4

Recours contre des décisions infligeant une sanction administrative devant le tribunal de police**§ 1^{er}. Les sanctions administratives relatives à la sécurité lors des matches de football**

Les décisions par lesquelles le fonctionnaire habilité inflige une sanction administrative⁷⁶ pour contravention aux dispositions de la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de police, à l'initiative du contrevenant⁷⁷.

Le tribunal de police a été désigné comme juridiction de recours « afin de rendre le traitement de l'appel [*sic*] plus rapide »⁷⁸. Nous supposons que des motifs de proximité ont également joué dans le choix des tribunaux de police en ce qui concerne la matière des incivilités au niveau local.

§ 2. Les amendes administratives communales

Les décisions par lesquelles le fonctionnaire sanctionneur inflige une amende administrative sur la base de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de police, à l'initiative du contrevenant ou de la commune⁷⁹.

Étant donné que ce recours est inspiré du recours en matière de sécurité lors des matches de football⁸⁰, il nous semble que le tribunal de police a également été désigné par souci de rapidité.

À noter que les autres sanctions administratives infligées (par le collègue communal) sur la base de la loi du 24 juin 2013⁸¹ restent attaquables devant le Conseil d'État. Le législateur n'a pas justifié cette différence de traitement.

⁷⁶ Ceci vise : une amende administrative, une interdiction administrative de stade, une interdiction administrative de pénétrer le périmètre d'un stade ou une interdiction administrative de quitter le territoire pour un pays dans lequel se déroule un match de football (art. 24 à 24ter de la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football).

⁷⁷ Art. 31, § 1^{er}, de la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football.

⁷⁸ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1997-1998, n° 1572/1, p. 22.

⁷⁹ Art. 31, § 1^{er}, de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales.

⁸⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 2031/1, p. 5 (exposé des motifs de la loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes, ayant précédé la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales).

⁸¹ Il s'agit de la suspension administrative ou du retrait administratif d'une autorisation ou permission délivrée par la commune ou encore la fermeture administrative d'un établissement à titre temporaire ou définitif (art. 45 de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales).

Section 5

Recours en matière sociale

Le dernier point de notre parcours d'illustration est partiellement d'une autre nature que les précédents. Il n'est pas réductible à un choix d'opportunité technique : il concerne une discipline juridique dans son ensemble⁸².

Les travaux de réforme ayant conduit au Code judiciaire ont été l'occasion d'une réflexion de fond⁸³ relative à l'ensemble du contentieux induit par le droit social émergent qui, dès avant les années 1960, gagnait en importance et émergeait dans son paradigme, tel que celui-ci sera reconnu au cours des années 1970 et jusqu'à nos jours (où son paradigme classique pose à présent au moins autant de problèmes qu'il ne peut en résoudre, comme pourrait l'avoir écrit Th. Khun). Ce paradigme se caractérise, en droit belge, par l'absence de codification (sauf partielle), la séparation de la sécurité sociale et du droit du travail, et l'assemblage composite de ce dernier agençant les trois piliers du droit de la protection/réglementation du travail, du droit collectif et du droit du contrat de travail.

La discipline s'est développée de manière incrémentale, par essais/erreurs et sédimentations successives : on écrit, dans les années 1960, que c'est une « maison qui s'est construite sans architecte⁸⁴ ». Fidèles au « caractère des [B]elges⁸⁵ », les auteurs de doctrine, comme le législateur, sont bien en peine de lui donner une unité conceptuelle.

Face à cet obstacle, deux mantras vont émerger et tenir lieu de colonne vertébrale à l'ensemble.

Dans le cadre des travaux qui vont conduire au Code judiciaire, le mantra consiste à doter le droit social d'une juridiction spécialisée, le tribunal et la cour du travail, qui vont succéder aux conseils de prud'hommes et à l'infinie diversité des commissions administratives de recours. On écrit alors que cette juridiction spécialisée « va donner son unité au droit social⁸⁶ ».

⁸² Raymond Devos aurait ajouté : « quoique » : comme nous le verrons, le parti pris n'est pas conceptuel, mais analytique. De la sorte, on ne peut dire que toute la discipline en relève, il y a, de-ci de-là, des trous dans la cohérence.

⁸³ Les développements que l'on trouve dans les travaux préparatoires du Code judiciaire (Sénat, sess. 1963-1964, projet de loi instituant le Code judiciaire, n° 60 du 20 décembre 1963), où un rapport de M. Charles van Reepinghen, Commissaire royal à la réforme judiciaire, tient lieu d'exposé des motifs en témoignent : les consultations menées tant en Belgique que dans le champ comparatif ont fait apparaître combien, par-delà les spécificités techniques du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, des enjeux communs apparaissaient qu'il convenait de mieux nouer, « la reconnaissance du droit social appellera celle de son unité », et cette « unification [pourra] le mieux se réaliser dans une organisation juridictionnelle unique » (rapport, p. 58 ; voy. les pp. 57-66).

⁸⁴ Ch. GOOSSENS, « Esquisse d'une réforme du contentieux de la sécurité sociale », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, pp. 5-42 et 131-172.

⁸⁵ R. MICHA et A. de WAELENS, « Du caractère des Belges », in *Les temps modernes*, mars 1949, pp. 413-442.

⁸⁶ Cf. *supra*, note 83.

Dans la même période, le législateur raffermirait l'importance du principe de la légalité à l'occasion de lois nouvelles⁸⁷. Dès lors, la sanction de nullité semble inévitable. Ayant cependant expérimenté le caractère contre-productif de la nullité en matière de protection utile des droits dans le cadre d'une relation de travail inscrite dans la durée, le législateur consacre alors, dans certaines limites, le principe, de la nullité inopposable aux droits des travailleurs en faisant valoir, une fois encore, que cette technique propre « donnera son unité au droit du travail »⁸⁸.

Il ne peut être question de passer en revue, dans les limites de la présente contribution, l'ensemble des hypothèses dans lesquelles les juridictions du travail vont se trouver saisies d'un contentieux objectif. Certaines sont évidentes, d'autres moins.

Nous nous en tenons à trois cas de figure. Deux relèvent du droit du travail : le premier est choisi en matière de protection/réglementation du travail, le deuxième en droit collectif du travail. Le dernier exemple est en droit de la sécurité sociale, il est relatif au contentieux en vue du recouvrement de la cotisation de solidarité due en l'absence de déclaration immédiate de l'emploi (DIMONA).

Les trois hypothèses ont en commun d'impliquer, directement ou moins directement, un contentieux dirigé contre un acte : n'est-ce pas l'ADN du contentieux objectif ? Cependant, en droit du travail, l'acte n'émane pas nécessairement d'une autorité administrative, alors que tel est le cas en sécurité sociale. Nous verrons que l'organisation de ce contentieux ne conduit pas nécessairement à la sanction de nullité.

§ 1^{er}. Le contentieux de l'action civile de l'auditorat⁸⁹

De très longue date, dès la naissance du droit du travail, le recours à la sanction pénale a été mis en œuvre⁹⁰. Dès les lois des 16 août 1887 portant réglementation du paiement des salaires et, surtout, du 13 décembre 1889 concernant le travail des femmes, des adolescents et des enfants dans les établissements industriels, le législateur assortissait de sanctions pénales les obligations nouvelles qu'il consacrait, s'inscrivant par là dans la continuité des

⁸⁷ Cfr. la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires, art. 2, § 2 ; la loi du 16 mars 1971 sur le travail, art. 5 ; ou encore la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, art. 47.

⁸⁸ P. ex., le rapport fait au Sénat, au nom de la Commission de l'Emploi, du Travail et de la Prévoyance sociale pour le projet de loi sur les conventions collectives et les commissions paritaires (Sénat, sess. 1967-1968, projet n° 78, rapport du 14 décembre 1967, p. 34) ; des observations identiques ou équivalentes se trouvent dans les travaux préparatoires des autres législations citées.

⁸⁹ Les développements qui suivent reprennent les observations que nous avons développées : « L'action civile de l'auditorat », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 359-373.

⁹⁰ H. VELGE, *Éléments de droit industriel belge*, Bruxelles, A. Dewit, 1927, 3 t.

dispositifs de police industrielle régissant les établissements incommodes ou dangereux. Mais voici que les lois du 3 décembre 2006⁹¹ créent au profit de l'Auditorat une nouvelle voie d'action : celle de l'action civile. Alors faut-il nécessairement punir pour qu'un droit soit efficace ?

Dans une autre perspective, plus politique, les diplomates et les politiques sont parfois plus prudents. Plutôt que de punir, il convient, disent-ils, de « contrôler » ou plus précisément, « d'assurer le respect » du droit objectif. Dans les cénacles policés de l'Organisation internationale du travail (OIT), cela conduit, par exemple, à la Convention n° 81 concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, adoptée le 11 juillet 1947 par la Conférence générale de l'organisation internationale du travail, qui commande « d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession »⁹².

Tels sont donc les termes de l'intrigue : comment assurer l'effectivité ou l'efficacité des dispositions en matière de protection/réglementation du travail ? Le bras armé de la sanction pénale est-il nécessaire ? D'autres dispositifs d'effectivité ou d'efficacité peuvent-ils être envisagés ? Dans toutes les hypothèses, un contrôle s'impose : ce sera celui des services d'inspection. Mais il n'y a pas matière à contrôle là où il n'y aurait rien à déclarer : l'ombre du contrôle est donc la sanction, singulièrement la sanction pénale⁹³. Mais il ne s'agit ici que de l'ombre portée. En pleine lumière, le contrôle vise à « a) assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, au salaire, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions ; b) fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales »⁹⁴.

La question est celle de convaincre ou, à défaut, de contraindre. Beaucoup de la cohérence du droit pénal social est dans ce renversement des

⁹¹ M.B., 18 décembre 2006.

⁹² Art. 2 et 23 de la Convention n° 81 ; voy. la loi du 29 mars 1957 portant approbation de la Convention internationale (n° 81) relative à l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, adoptée à Genève, le 11 juillet 1947 par l'Organisation internationale du travail, M.B., 10 mai 1957.

⁹³ Nous nous en tenons ici à la seule action civile de l'Auditorat. L'argument pourrait être développé, de même, à la lumière des « dépenalisations » décidées dans le Code pénal social qui, au contraire des dépenalisations classiques en droit pénal, sont ici assorties du maintien d'une sanction administrative, de sorte qu'un contrôle externe continué s'avère nécessaire.

⁹⁴ Art. 3 de la Convention de l'OIT n° 81 ; pour un commentaire de ce pouvoir d'appréciation des services d'inspection dans le contexte général du droit pénal de l'entreprise, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys et Breesch, 1994.

priorités : il ne s'agit pas tant de punir que de conformer. Voilà pourquoi la sanction (pénale), en droit pénal social, revêt toujours les traits d'un sac à dos inconfortable : si l'on ne peut s'en passer, il ne constitue pas le but principal du randonneur ni de l'organisateur de l'escapade.

En d'autres termes, le droit pénal social n'est jamais que le bras armé du droit administratif social. Si la première expression a reçu droit de cité en didactique du droit, c'est à raison de ses développements propres, qui tous font appel aux techniques de droit pénal. Si la deuxième, initiée par le doyen Velge⁹⁵, n'a pas prospéré, c'est sans doute que ces dispositions de droit objectif frappées du sceau de l'impérativité absolue ne semblaient pas, intuitivement, constituer du droit administratif dès lors qu'elles configurent une relation de travail qui, le plus souvent, est le fait d'un opérateur de droit privé, d'une entreprise privée.

Il n'en demeure pas moins qu'ici, nous sommes, tout comme en droit administratif, sous l'empire du principe de la légalité. Toutefois, à raison de la nature juridique du destinataire de la norme, ce ne sont pas les dispositifs propres du droit administratif, singulièrement l'organisation des voies de recours spécifiques⁹⁶ et la faculté d'un contrôle de la légalité emportant l'annulation *ex tunc* des agissements non conformes, qui ont prospéré : c'est plutôt, traditionnellement, le volet de la sanction pénale⁹⁷.

Mais, depuis les lois du 3 décembre 2006, on peut se demander si le rêve abolitionniste⁹⁸ n'est pas réalisé. Aux côtés de la sanction pénale, voici l'action civile ! La « civilisation » aurait remplacé la « répression » ?

Un contentieux civil dirigé contre l'acte ou l'abstention illicite peut-il être garant d'effectivité ? Que vaut cette technique nouvelle en lien avec la nature des droits et intérêts qu'elle protégerait ?

⁹⁵ H. VELGE, « Comment codifier la législation sociale », *Rev. trav.*, novembre 1938. Le doyen Velge écrivait, du droit de la réglementation du travail, qu'il était un droit « tout d'administration », par contraste avec, aussi bien, le droit contractuel et le droit collectif. Il est cependant loisible, aujourd'hui, de se demander si le droit collectif n'est pas, lui aussi, rattrapé par sa dimension réglementaire que l'on rapporterait à l'exercice d'une compétence de puissance publique : voy. Th. BOMBOIS, P. JOASSART et Fl. PIRET, « Constitution et conventions collectives », in R. ANDERSEN (dir.), *Mélanges en hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 159-173 ; P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Les conventions collectives, sources de droits », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 381-404.

⁹⁶ Encore ceci devrait-il être nuancé. Ainsi sont prévus, en matière de temps de travail, divers mécanismes de dérogation qui peuvent passer par une autorisation du fonctionnaire désigné par le Roi (p. ex., art. 25 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail), ou du Roi (art. 27, *ibid.*), et les recours à l'encontre de ces décisions, ou du refus de ces décisions, s'analysent comme des recours à l'encontre d'un acte d'une autorité administrative.

⁹⁷ Pour une illustration pratique de ceci, voy., p. ex., Fr. LAGASSE et M. PALUMBO, *Bien-être au travail et responsabilité pénale*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006.

⁹⁸ M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009 ; M. VAN DE KERCHOVE « La privatisation partielle du droit pénal, reflux de la dimension politique du droit ? », in *Le droit, figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier, Université de Montpellier, 2008, pp. 561-577.

L'action créée par les lois du 3 décembre 2006 insère un nouvel article 138*bis*, § 2, dans le Code judiciaire. Cette disposition se lit comme suit : pour les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise, l'auditeur du travail peut d'office, conformément aux formalités du présent Code, intenter une action auprès du tribunal du travail afin de faire constater des infractions auxdites lois et auxdits règlements.

Il s'agit donc d'une action propre à l'Auditorat à fin déclarative ou constative. Le tribunal, s'il dit l'action du demandeur recevable et fondée, « constatera » l'illégalité d'un acte ou d'une abstention d'agir : ni plus ni moins.

Ensuite, l'employeur dans le chef de qui, par suite de l'exercice de l'action visée à l'article 138*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, une irrégularité est constatée est tenu de notifier le jugement, à ses frais, au(x) travailleur(s) concerné(s). L'action est présentée comme une action telle que « la décision, rendue par des juges spécialisés, produira ses effets à l'égard de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise, alors qu'à l'heure actuelle, lorsqu'un travailleur assigne son employeur, la décision de régularisation qu'il obtient ne profite qu'à lui-même »⁹⁹.

La ministre déclarait en Commission de la Justice : « Le projet permet de réaliser une protection juridictionnelle effective des droits en limitant l'exercice de l'action publique tout en favorisant les alternatives civiles lorsque celles-ci s'avèrent plus utiles et en rééquilibrant les charges incombant aux différentes juridictions, puisque cette action civile de l'Auditorat du travail relèvera de la juridiction du travail et non pas du Tribunal de première instance, aspect qui ne semble pas retenir l'attention du Conseil supérieur de la justice. Il n'y a aucune incohérence, la voie répressive ne devient pas surabondante, elle demeure une alternative. L'originalité et la richesse du nouvel instrument mis à la disposition des auditorats [sont] qu'il s'agit d'une action non répressive, à des fins régularisatrices, dans des hypothèses où le débat mérite d'être arbitré par un juge parce que la question est ouverte, que l'employeur a peut-être de bonnes raisons de refuser une transaction pénale ou une médiation. À l'heure actuelle, dans ce genre d'hypothèses, soit le dossier fait l'objet d'un traitement pénal au sens large – poursuite devant le tribunal correctionnel ou amende administrative infligée – ce qui n'est pas satisfaisant – ou ne fait l'objet d'aucune mesure, ce qui n'est pas mieux. Il ne s'agit pas ici d'exercer une action dans l'intérêt des travailleurs exclusivement, il s'agit d'une action qui remplace l'action publique lorsque celle-ci est possible. L'Auditeur ne se

⁹⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 51-1610/001, p. 10 ; voy. aussi n° 51-1610/008, pp. 8-9.

substitue pas aux travailleurs, qui ont leur rôle à jouer dans cette procédure, puisqu'ils sont invités à comparaître à l'audience s'ils le veulent¹⁰⁰ ».

Une « action à fin de régularisation », donc, limitée à un jugement déclaratif de l'illégalité d'un acte ou d'une abstention d'agir en regard des règles de protection/réglementation du travail. Allons alors vers l'ensemble des travailleurs au profit de qui l'action régularisatrice produirait ses effets.

Quels effets ? La notification n'emporte pas, par elle-même, de voir les travailleurs victimes d'une situation infractionnelle emmenés dans une dynamique de régularisation.

Même si l'on retient¹⁰¹ la thèse de l'autorité absolue de chose jugée du jugement déclaratif, il reste un deuxième procès à mener. Le jugement est déclaratif, il n'emporte pas cessation, il n'y a pas de *contempt of court* à ne pas y donner spontanément suite. Il y faut une demande. Viendra-t-elle ? Si oui, il y va, cette fois, d'intérêts juridiquement protégés ou de droits subjectifs. Dans le meilleur des cas, ils sont définitivement acquis pour le passé, à raison du jugement déclaratif. Si la demande ne vient pas ? S'il y a renonciation expresse ? Il n'y a plus d'action publique possible, elle est éteinte. Impunité ? Il nous semble que, dans l'hypothèse – que l'on ne peut exclure *a priori*, et que l'expérience a depuis lors largement validée – d'un assourdissant silence des intéressés à la suite d'un jugement déclaratif favorable, il ne reste que la reprise de la surveillance et, le cas échéant, l'entame d'une nouvelle période infractionnelle. L'action publique n'est bien entendu éteinte que pour les faits identifiés dans les limites notamment temporelles de l'action civile menée avec succès, mais dont les fruits ne prospéreraient pas...

Pas de cadre dynamique de régularisation ? Mais alors, l'action civile de l'Auditorat revêtirait-elle les traits, au moins quant à ses conséquences, d'une action seulement indemnitaire au bénéfice des travailleurs lésés¹⁰² ou d'une action en responsabilité¹⁰³ ? Il y a là, à notre estime, même si c'est ce que la doctrine laisse entendre, un glissement que rien ne justifie. Limitée dans son étendue à la seule possibilité d'un jugement déclaratif, cette action reste contenue dans le contentieux objectif de l'acte ou de l'abstention.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Avec Fabienne Kefer, qui met en évidence trois arguments en ce sens : i) d'une part, il s'agit d'une action exercée dans l'intérêt de la loi, dans la perspective d'un contentieux de la légalité ; ii) d'autre part, cette situation s'apparente à certains contentieux de la cessation pour lesquels, en fonction de la qualité de la partie demanderesse, l'autorité absolue de chose jugée est reconnue ; iii) enfin, la filiation de l'action civile à l'égard de l'action publique, que l'auditorat aurait pu choisir d'exercer et qui conduit à l'extinction de celle-ci. Voy. F. KEFER, *Précis de droit pénal du travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 264.

¹⁰² Fr. LAGASSE et M. PALUMBO, « La réforme du droit pénal social – Les deux lois du 3 décembre 2006 », *J.T.T.*, 2007, p. 181-185.

¹⁰³ A. CHÔMÉ, « L'action collective en droit pénal social : quelques questions de procédure » *Chron. D.S.*, 2009, pp. 10-15.

Il y faudra donc un acte II, une action nouvelle (de contentieux des droits subjectifs) et, dans ce cadre, régulariser ne se limitera pas nécessairement à compenser. Bien davantage, régulariser implique qu'il y ait mise en conformité des pratiques de l'entreprise avec le dispositif de droit du travail pénalement sanctionné qui a été enfreint¹⁰⁴. Bien entendu, si le manquement porte sur une obligation de donner, il y aura matière à paiement. En présence d'obligations de faire, il n'en va pas de même. L'objectif d'effectivité de la norme ne sera atteint que par la mise en œuvre des dispositifs prescrits, par l'accomplissement des obligations imposées. Soutenir que la conséquence attachée à la notification aux travailleurs intéressés du jugement constatatif s'épuise en une compensation découlant d'un mécanisme de responsabilité revient à renoncer à l'objectif de régularisation, sauf dans la seule hypothèse des obligations enfreintes de donner (paiement de la rémunération, paiement de pécule...), ou à omettre la possibilité pour la victime, en droit de la responsabilité, de demander réparation en nature de son préjudice. De ce dernier point de vue, rappelons que, depuis l'arrêt rendu chambres réunies par la Cour de cassation le 23 octobre 2006¹⁰⁵, toute demande tendant à une condamnation qui se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction peut se prévaloir de la prescription *ex delictu*, lors même que ces faits constituent également un manquement aux obligations contractuelles du défendeur et que la chose demandée consiste en l'exécution de ces obligations. Il nous semble qu'il convient d'admettre que si, en matière contractuelle, le passage par un fondement *ex delictu* ne prive pas du droit d'exiger l'exécution de l'obligation en tant que telle, il en va *a fortiori* de même en présence d'un dispositif de protection/ réglementation du travail touchant, lui aussi, à raison de la sanction pénale, à l'ordre public.

Notre premier exemple se solde par la seule constatation judiciaire éventuelle de l'irrégularité de l'acte. Les débats sont circonscrits à la qualification de l'acte ou de l'abstention d'agir : est-ce légal ou illégal ? Rien de plus, pas même l'annulation.

§ 2. Le contentieux (électoral) de « l'unité technique d'exploitation »

Dans le cadre des élections sociales organisées tous les quatre ans, le législateur prévoit que les organes sociaux à instaurer doivent l'être dans « l'entreprise ». Cette notion d'entreprise, nous dit-il, s'entend de « l'unité technique

¹⁰⁴ Retour en ce sens aux objectifs de la Convention de l'OIT et au pouvoir d'appréciation des inspections sociales à cet effet.

¹⁰⁵ Cass., 23 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, liv. 17, p. 698 ; *J.T.T.* 2007, liv. 978, p. 227, concl. LECLERCQ J. ; *Pas.* 2006, liv. 9-10, p. 2110 ; *R.C.J.B.*, 2008, liv. 2, p. 157 ; *R.R.D.*, 2006, liv. 119, p. 229, note CAPART R. ; *Chron. D. S.* 2007, liv. 5, p. 270, note REMOUCHAMPS S.

d'exploitation » (UTE). Au terme d'une démarche concertée, il appartient à l'employeur d'arrêter, par un acte juridique, les contours de cette UTE. Cet acte juridique a pour conséquence de créer des droits et obligations qui vont configurer, d'une part, le processus électoral, mais aussi, en aval, le périmètre de représentation qui légitimera les travaux du conseil d'entreprise et/ou du Comité pour la protection et la prévention au travail¹⁰⁶.

Dès lors, la notion fonctionnelle d'UTE doit être mise en œuvre « en vue du bon fonctionnement des organes de représentation ». Elle s'appréhende donc « à partir de critères économiques et sociaux » et peut se concevoir dans trois scénarios différents : coïncidence de l'UTE et de l'employeur (personne morale ou physique), reconnaissance d'une pluralité d'UTE au sein de l'employeur (la notion joue en déconcentration) ou, enfin, à l'inverse, inclusion d'une pluralité d'employeurs au sein d'une seule UTE (concentration), sous le bénéfice, dans ce dernier cas, d'un jeu de présomptions simples.

L'article 12 de la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales porte que « l'employeur communique par écrit au conseil et au comité ou, à défaut, à la délégation syndicale, ses décisions :

- 1° concernant les fonctions du personnel de direction, ainsi, qu'à titre indicatif, la liste des personnes qui exercent ces fonctions ;
- 2° concernant :
 - a) le nombre d'unités techniques d'exploitation ou d'entités juridiques pour lesquelles des organes doivent être institués, avec leur description,
 - b) la division de l'entité juridique en unités techniques d'exploitation avec leur description et leurs limites ou le regroupement de plusieurs entités juridiques en unités techniques d'exploitation avec leur description et leurs limites [...] ».

Un recours juridictionnel peut être dirigé contre cette décision, devant le tribunal du travail. Ce contentieux objectif conduira le juge à contrôler la légalité de l'acte querellé. Un article 12*bis* a été inséré¹⁰⁷ dans la loi du 4 décembre 2007 ; il dispose que « les travailleurs intéressés ainsi que les organisations représentatives des travailleurs intéressés peuvent introduire auprès du

¹⁰⁶ La notion d'UTE est l'un des déterminants principaux de ces périmètres ; l'autre est celui du nombre de travailleurs occupés. Ces deux déterminants interagissent : si, dans une UTE en déconcentration, le nombre requis de travailleurs n'est pas atteint, il y aura lieu à regroupement.

¹⁰⁷ Par l'article 7 de la loi du 2 juin 2015 modifiant la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales, la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

tribunal du travail un recours contre les décisions de l'employeur mentionnées à l'article 12 ou contre l'absence de décision de l'employeur.

Les organisations représentatives des cadres intéressées bénéficient du même droit si un conseil doit être institué dans l'entreprise.

Le tribunal du travail saisi statue dans les vingt-trois jours qui suivent le jour de la réception du recours. Ce jugement n'est susceptible ni d'appel, ni d'opposition ».

La matière relève de l'ordre public social. Comment ce contentieux objectif se déploiera-t-il ?

Trois observations peuvent être formulées.

Tout d'abord, il va de soi que la contestation introduite doit comporter une critique de légalité à l'encontre de l'acte querellé. Le demandeur devra indiquer en quoi la décision heurte la notion légale d'unité technique d'exploitation, en d'autres termes pourquoi le périmètre retenu n'est pas conforme aux « critères économiques et sociaux » ou aux présomptions qui régissent la matière.

Cependant, la contestation ne peut se contenter de poursuivre la nullité de la décision patronale. La demande qu'elle contient doit comporter l'indication d'une alternative. En lieu et place du périmètre contesté, quelle serait la bonne (une bonne ?) application de la notion d'UTE qui devrait être retenue en l'espèce ?

Par voie de conséquence, on observe que l'inclusion d'un contentieux objectif dans le principe dispositif qui régit la procédure judiciaire va induire un élargissement de ce contentieux. Le juge n'est pas cantonné dans le seul rôle du gardien de la légalité, il doit encore apprécier le bien-fondé des thèses en présence. Il peut faire droit, ou partiellement droit, à la demande ou dire celle-ci non fondée, mais il ne peut s'émanciper du cadre que les parties ont assigné au recours par la portée de leur demande et, ce faisant, substituer son appréciation à celle des parties.

§ 3. Le contentieux de la cotisation de solidarité

Le contentieux de la sécurité sociale était, avant le Code judiciaire, de la compétence de chambres de recours administratives. Il a été, pour l'essentiel¹⁰⁸, basculé vers les juridictions sociales créées par le nouveau Code. Par là, la

¹⁰⁸ Une fois de plus, la bascule a été faite analytiquement. Faute d'un « bloc de compétence » englobant, il reste donc çà et là quelques chambres de recours, dont les décisions sont alors susceptibles d'un recours au Conseil d'État agissant au titre de cassation administrative. Ainsi, par exemple, des recours contre les décisions prises par les autorités de contrôle de l'INAMI à l'encontre des prestataires de soins ou dans le cadre du suivi des conventions passées avec les établissements de soins ou d'hébergement.

plupart des recours dirigés contre des actes pris par les organismes de sécurité sociale (autorités administratives ou services publics fonctionnels) relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sans que l'on y voie malice.

La littérature sur ce sujet est abondante ; nous choisissons plutôt un exemple particulier, tiré du contentieux portant non pas sur l'attribution de droits aux assujettis, mais plutôt sur les actes et les pouvoirs dont sont dotées les institutions (ici, l'ONSS) en vue de recouvrer les montants destinés au financement de l'édifice.

L'article 22^{quater} de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs porte :

« Lorsqu'un contrôleur, un inspecteur social ou un officier de police judiciaire constate qu'un employeur a omis d'effectuer la déclaration immédiate de l'emploi visée à l'arrêté royal du 5 novembre 2002 instaurant une déclaration immédiate de l'emploi, en application de l'article 38 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, pour un travailleur déterminé, il en informe l'Office national de Sécurité sociale, suivant les modalités déterminées par l'Office.

Sur cette base, l'Office national de sécurité sociale établit d'office, sous forme d'une rectification, le montant d'une cotisation de solidarité calculée sur une base forfaitaire égale au triple des cotisations de base, sur le revenu minimum mensuel moyen visé par l'article 3, alinéa 1^{er}, de la convention collective de travail n° 43 du 2 mai 1988 portant modification et coordination des conventions collectives de travail n° 21 du 15 mai 1975 et n° 23 du 25 juillet 1975 relatives à la garantie d'un revenu minim[al] mensuel moyen.

[...]

Le montant de la cotisation de solidarité est diminué des cotisations dues pour les prestations effectivement déclarées pour le travailleur concerné. [...]. »

Cette rectification par laquelle l'ONSS établit d'office le montant de la cotisation de solidarité due est un acte administratif, bel et bien arrêté par une autorité administrative. Il est créateur de droits et d'obligations dès lors qu'il permet à l'Office de se doter unilatéralement d'un titre à poursuivre la récupération d'une somme d'argent due en vertu de la loi. À ce titre, il répond aux exigences de légalité interne et externe qui commandent la validité de tels actes (compétence de l'auteur de l'acte, motivation formelle...).

Cependant, un vice de légalité venant entacher cet acte ne prive pas l'ONSS de son fondement à agir au contentieux : il cite en paiement de la

somme due, et doctrine comme jurisprudence objecteront au débiteur soutenant l'illégalité de l'acte originaire qu'il appartiendra en tout état de cause au tribunal de contrôler le bien-fondé de la demande de l'Office¹⁰⁹.

Un troisième cas de figure émerge de cet exemple : celui de la disparition de l'acte querellé, véritable objet du recours, à raison de son incorporation (et de sa dilution) dans une procédure judiciaire conçue comme une procédure civile de récupération de créance.

Chapitre 3

Particularités des recours objectifs confiés à des juridictions judiciaires

Dans ce dernier chapitre, nous nous pencherons sur deux particularités communes aux recours objectifs confiés à des juridictions judiciaires, et qui les distinguent du recours en annulation attribué au Conseil d'État.

La première concerne la compétence de pleine juridiction dont dispose le juge judiciaire lorsqu'il connaît d'un recours contre un acte administratif (Section 1). La seconde concerne la culture propre au juge judiciaire (Section 2).

Section 1

Compétence de pleine juridiction

Les juridictions judiciaires qui connaissent d'un contentieux objectif disposent généralement d'une compétence « de pleine juridiction ». Cette notion est ambiguë : ses implications varient d'une matière à l'autre et même au sein d'une même matière.

Prenant comme point de départ la doctrine et la jurisprudence relatives à la compétence de pleine juridiction en matière économique et sociale, nous tracerons les contours (théoriques) de cette notion et observerons comment le juge judiciaire la mobilise (§ 1^{er}).

Nous examinerons ensuite la compétence de pleine juridiction élargie dont jouit le tribunal de la famille dans le cadre de recours objectifs (§ 2).

¹⁰⁹ C. trav. Mons, 14 décembre 2017, R.G. n° 2015/AM/433, 2016/AM/113 et avis conforme du ministère public ; C. trav. Bruxelles, 13 décembre 2012, R.G. n° 2001/AB/70 ; Cass., 27 octobre 2003, R.G. n° S.01047.F, *Chron. D.S.*, 2004/09, p. 509 et note S. GILSON ; C. trav. Mons, 14 décembre 2017, R.G. n° 2015/AM/433, 2016/AM/113 et avis conforme du ministère public ; C. trav. Bruxelles, 13 décembre 2012, R.G. n° 2001/AB/70 ; Cass., 27 octobre 2003, R.G. n° S.01047.F, *Chron. D.S.*, 2004/09, p. 509 et note S. GILSON ; J.-F. NEVEN et H. MORMONT, *Les pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale*, Limal, Anthemis, 2012, p. 429 ; J.-F. NEVEN et S. GILSON, « La motivation des décisions des institutions de sécurité sociale à l'égard des employeurs et des assurés sociaux », *Orientations*, 2009/10, p. 13.

Enfin, nous relativiserons la compétence de pleine juridiction, en la comparant à la compétence d'annulation du Conseil d'État (§ 3).

§ 1^{er}. La compétence de pleine juridiction en matière économique et sociale : contours théoriques et mobilisation par le juge judiciaire

A. Contours théoriques

À noter que nous faisons abstraction, dans cette section, de la compétence de pleine juridiction dans le cadre de recours dirigés contre des amendes administratives, où la solution est un peu plus nuancée¹¹⁰.

En matière de régulation économique et en matière sociale, les doctrine et jurisprudence relatives à la compétence de pleine juridiction abondent. Différentes conceptions de cette notion ont été présentées par la doctrine¹¹¹.

¹¹⁰ Dans le domaine des sanctions (y compris administratives), il est parfois admis que la juridiction de recours substitue son appréciation à celle de l'autorité administrative 'sanctionnatrice', par analogie avec la compétence du juge répressif de fixer des peines. Il ne s'agit toutefois pas d'une exigence, contrairement à ce que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a laissé croire autrefois. Il est désormais clair que la Constitution belge et l'article 6 de la CEDH n'impliquent pas que la juridiction de recours doivent pouvoir contrôler l'opportunité de la sanction ou substituer sa propre décision à celle de l'administration. À ce sujet, voy. M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, op. cit., pp. 189-198, n^{os} 97 et 98 ; C.E. (ass.), 8 décembre 2009, n^o 198.6714, *European Air Transport*, B.10.3 ; C.C. 30 mars 2011, n^o 44/2011, B.6 et B.13.2.

¹¹¹ Selon Philippe Malherbe, le pouvoir de pleine juridiction confère à la cour d'appel un pouvoir de décision propre et lui permet d'exercer un plein contrôle sur la décision attaquée, qui ne se limite pas à un simple contrôle de légalité. Le contrôle de la Cour d'appel ne se limite pas à censurer les décisions manifestement déraisonnables, sauf quand l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire (Ph. MALHERBE, « Les compétences directes de la Cour d'appel : concurrence, finance, énergie, communications, télécommunications », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 2006, pp. 280-282).

Selon Pascal Boucquoy et Pierre-Olivier de Broux, le pouvoir de pleine juridiction est un concept à contenu variable qui oblige la juridiction de recours à adapter son contrôle en fonction de la situation qui lui est présentée en tenant compte du principe de la séparation des pouvoirs (P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 312, n^o 113).

Au terme d'une analyse de la jurisprudence de la cour d'appel, Xavier Taton conclut que la pleine juridiction permet à la cour d'appel de connaître de toute question de droit et de fait influençant la validité de la décision attaquée (dans les limites de l'objet du recours). La cour d'appel se limite à un contrôle de la légalité et de l'erreur manifeste d'appréciation, sans rejurer les questions d'opportunité. La cour d'appel ne substitue sa décision à celle de l'autorité administrative que si (i) la compétence de cette autorité est liée – fût-ce par l'effet de l'arrêt, (ii) la Cour dispose des informations factuelles suffisantes et que (iii) la cour est en mesure de respecter les limites des compétences de l'autorité administrative ainsi que les formalités auxquelles la prise de décision est soumise (X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, op. cit., pp. 207-210, spéc. n^{os} 219 et 224).

Également sur la base de la jurisprudence de la cour d'appel, Sébastien Depré, Evrard de Lophem et Marie Lambert décrivent la compétence de pleine juridiction comme la faculté d'appréhender le litige dans toutes ses dimensions, en fait et en droit, et de réformer l'acte attaqué. Ils ajoutent que, lorsque l'autorité administrative exerce une compétence discrétionnaire, le principe de la séparation des pouvoirs interdit à la cour de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative, pour des raisons d'opportunité

Dans son étude fournie consacrée aux recours juridictionnels en matière de régulation¹¹², X. Taton propose d'analyser la notion sur deux plans : d'une part, celui de *l'effet dévolutif* du recours, et, d'autre part, celui du *pouvoir de juridiction* de la juridiction de recours.

L'analyse de l'effet dévolutif consiste à déterminer si la juridiction de recours peut connaître de toutes les questions de droit, de fait et d'opportunité que l'autorité administrative a pu prendre en considération en adoptant sa décision¹¹³. Le point épineux concerne les questions d'opportunité éventuelles, qui relèvent du pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont l'autorité dispose le cas échéant.

L'analyse du pouvoir de juridiction consiste à déterminer l'objet des décisions que la juridiction de recours peut prononcer après avoir examiné les questions litigieuses dont la connaissance lui est dévolue¹¹⁴. À ce propos, l'on distingue généralement le simple pouvoir d'annulation du pouvoir de décision propre, ce dernier permettant à la juridiction de recours de prendre une décision à la place de l'autorité dont la décision est attaquée (en réformant la décision de l'autorité ou en y substituant sa propre décision).

Utilisant ce cadre d'analyse, nous pensons pouvoir résumer toutes les conceptions présentées par la doctrine comme suit :

(S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM ET M. LAMBERT DE ROUVROIT, « Les compétences administratives des juridictions civiles : l'exemple du tribunal de la famille et de la Cour d'appel de Bruxelles », in F. VISEUR ET J. PHILIPPART [dir.], *op. cit.*, pp. 705-714, spéc. n^{os} 80 et 83).

D'après Michel Pâques, si la cour d'appel est dotée d'une compétence de pleine juridiction, elle ne peut réformer une décision illégale d'un régulateur en y substituant la sienne que lorsque le régulateur ne dispose d'aucune marge d'appréciation ; si ce n'est pas le cas, la cour suspend ou annule, mais ne remplace pas (M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 187, n^o 95).

Enfin, en matière sociale, M. Delange démontre que le juge n'exerce un pouvoir de pleine juridiction que lorsque le pouvoir de l'institution de sécurité sociale est lié : dans ce cas, tout ce qui relève de l'appréciation de l'autorité est soumis au contrôle du juge. En revanche, lorsque l'institution de sécurité sociale dispose d'une marge discrétionnaire d'appréciation, le juge ne peut pas le priver de cette marge ni se substituer à elle, sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs : dans ce cas, le juge se limite à un contrôle de légalité et à un contrôle marginal d'opportunité (M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le droit de la sécurité sociale », in *Questions de droit social*, Liège, CUP, 2002, pp. 77-129, spéc. pp. 94 et 95 ; voy. aussi J.-F. NEVEN ET H. MORMONT, *Les pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale*, Limal, Anthemis, 2012). Dans les domaines de droit du travail que nous avons examinés, la question se pose dans des termes différents dès lors qu'il y va de l'examen de la validité d'un acte qui n'émane pas d'une autorité administrative (ou alors fortuitement pourrait-on dire, celle-ci agissant en qualité d'employeur). L'acte soumis à la censure judiciaire dans l'action civile de l'auditorat ou dans le contentieux électoral est cependant un acte émanant d'un « pouvoir de droit privé » (E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985) en ce sens qu'il s'agit d'un acte unilatéral engageant des droits et des obligations pour d'autres que son auteur. Si le droit privé n'est pas familier de la distinction entre compétence liée et compétence discrétionnaire, il n'en reste pas moins qu'aussitôt que les circonstances économiques et sociales semblent dessiner une pluralité de choix raisonnables possibles, la figure du contrôle (seulement) marginal apparaît aussi.

¹¹² X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 168-212.

¹¹³ X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁴ X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, *op. cit.*, pp. 169.

- sur le plan de l'effet dévolutif du recours, la juridiction investie d'une compétence de pleine juridiction peut examiner toutes les questions de fait et de droit qui ont été examinées par l'autorité administrative, mais non les questions d'opportunité relevant du pouvoir discrétionnaire de cette dernière (sous réserve d'un contrôle marginal) ;
- sur le plan du pouvoir de juridiction, la juridiction de recours peut annuler la décision attaquée mais aussi la réformer, voire enjoindre ou interdire à l'autorité administrative de prendre une décision déterminée¹¹⁵, à condition (dans ces trois derniers cas) que la compétence de cette autorité soit liée (fût-ce par l'effet de la décision de la juridiction de recours).

Ces solutions trouvent leur fondement dans le principe de la séparation des pouvoirs¹¹⁶, en vertu duquel un juge ne peut en principe priver une autorité administrative disposant d'un pouvoir discrétionnaire de sa liberté d'appréciation en se substituant à cette autorité¹¹⁷.

En présence d'une compétence discrétionnaire, il ne revient donc pas à la juridiction de recours de substituer sa propre décision à celle de l'autorité¹¹⁸ ni d'enjoindre à l'autorité de décider dans un sens déterminé¹¹⁹.

B. Mobilisation de sa compétence de pleine juridiction par le juge judiciaire

Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en pratique, c'est la juridiction de recours elle-même qui détermine, au cas par cas, si la compétence de

¹¹⁵ Dans le même sens, à propos des recours contre les décisions des autorités de régulation devant la Cour d'appel de Bruxelles : P.-O. DE BROUX et P. BOUCQUEY, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 276.

¹¹⁶ Voy. not. C.C., 7 août 2013, n° 117/2013 : « B.36.4. La compétence de pleine juridiction dont dispose la Cour d'appel de Bruxelles pour statuer sur les recours ouverts par les dispositions attaquées [contre les décisions de la CREG] ne lui permet pas de se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions. Elle lui permet en revanche d'annuler et de réformer les décisions de la CREG, de statuer sur le fond du litige en vérifiant la légalité externe et interne de ces décisions et en examinant si elles sont fondées en fait, procèdent de qualifications juridiques correctes et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des éléments soumis à la CREG. L'exercice d'un tel contrôle ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. »

¹¹⁷ Cass., 3 janvier 2008, R.G. n° C.06.0322.N, www.juridat.be ; C.C., 1^{er} décembre 2016, n° 153/2016, motif B.9.3 ; C.C., 8 mars 2012, n° 37/2012, motif B.4.2 (« Dans le cadre de son contrôle, le juge ne peut toutefois se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions ») ; M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, op. cit., p. 189, n° 97.

¹¹⁸ Voy., p. ex., dans le cadre de recours contre des décisions de la CREG : Bruxelles (18^e ch.), 26 juin 2012, 2011/AR.1834 (De Meester e.a. c. CREG), p. 25 ; Bruxelles (18^e ch.), 29 juin 2011, 2008/AR/147 et 2008/AR/935 (Tecteo c. CREG), p. 9 : « en raison de la pleine juridiction, [la Cour] substitue sa décision à celle de l'autorité de régulation dans le cas où son jugement n'aboutit pas à l'exercice d'une appréciation discrétionnaire ».

¹¹⁹ Voy., p. ex., dans le cadre de recours contre des décisions de la CREG : Bruxelles (18^e ch.), 7 janvier 2010, 2009/AR/2257 (Ville de Wavre c. CREG), p. 8 ; Bruxelles (18^e ch.), 29 juin 2010, 2009/AR/1181 (Inter-Energa c. CREG), p. 14.

l'autorité administrative sur un certain point est discrétionnaire ou liée. Ceci lui permet donc en pratique de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité sur tout point, pourvu qu'elle ne qualifie pas la compétence en question de discrétionnaire.

C'est ce que fit la Cour d'appel de Bruxelles à l'égard d'une décision de la CREG concernant les soldes tarifaires d'un gestionnaire de réseau. Dans cette décision, la CREG avait décidé de diminuer *ex post* le montant de la rémunération du conseil d'administration du gestionnaire de réseau (budgété par le gestionnaire à 40.000 euros), en vue de l'harmoniser avec la rémunération moyenne des conseils d'administration d'autres gestionnaires de réseau.

La cour d'appel rejette tout d'abord l'argument de la CREG tiré de sa compétence discrétionnaire en la matière. Elle juge ensuite que la diminution contrevient aux principes de sécurité juridique et du raisonnable, étant donné que la CREG avait approuvé le montant de la rémunération *ex ante* dans le cadre des propositions tarifaires préalables. Enfin, elle annule partiellement la décision de la CREG et y substitue sa propre appréciation sur le point litigieux en ajoutant intégralement la rémunération budgétée aux soldes. Elle justifie cette décision comme suit :

« In het voorliggende geschil oefent het hof volle rechtsmacht uit. Het treedt daarbij niet in de uitoefening van de bevoegdheden die toekomen aan de regulator. Evenwel bestaat er geen bezwaar om een beslissing in de plaats te stellen wanneer hiermee geen uitoefening van een discretionaire appreciatiebevoegdheid is gemoeid.

In het voorliggende geval kon de CREG alleen maar beslissen dat de uitgave van 40.000 euro niet onredelijk is. »¹²⁰

L'on peut se demander si, comme la Cour l'affirme (de manière péremptoire), l'unique décision possible consistait à approuver un montant de 40.000 euros en guise de rémunération. Aucune disposition légale n'imposait une telle solution¹²¹. Si la Cour avait reconnu que le montant était soumis à une certaine discrétion, elle aurait dû annuler la décision et déférer l'appréciation du montant à la CREG. Ceci dit, il lui suffit d'affirmer le contraire, pour réformer la décision attaquée.

Dans une autre décision concernant les soldes tarifaires du gestionnaire du réseau de transport, la CREG avait rejeté, comme déraisonnable, une

¹²⁰ Bruxelles (18^e ch.), 14 septembre 2010, 2010/AR/114 (Distributienetbeheer Brussels Airport c. CREG), p. 10.

¹²¹ La cour d'appel fonde cette solution sur le principe du raisonnable et le principe de la sécurité juridique. Selon la cour d'appel, il n'est pas compatible avec ces principes qu'une dépense dont la nature et l'ampleur correspondent à ce qui a été approuvé *ex ante* soit néanmoins rejetée *ex post* (arrêté préc., p. 8, pt 22).

partie du coût facturé par Electrabel au gestionnaire du réseau de transport, pour l'exploitation du service de redémarrage à froid en cas d'effondrement du réseau de transport, parce qu'elle estimait que le service n'avait pas été exécuté correctement.

La cour d'appel juge que la CREG n'a pas démontré à suffisance le caractère déraisonnable du coût. Elle annule dès lors la décision, dans la mesure où celle-ci rejette le coût litigieux. Enfin, sans examiner si la question litigieuse relève d'une compétence discrétionnaire de l'autorité, elle indique qu'« il suit nécessairement de cette annulation que le montant [...] afférent audit service, doit être restauré dans les soldes [...] »¹²².

À nouveau, il paraît douteux que la solution dictée par la Cour « suive nécessairement » (des dispositions qui fondaient¹²³) l'annulation partielle de la décision de la CREG.

De manière plus générale, l'on peut se demander s'il n'existe pas un risque qu'une juridiction verse dans un contrôle d'opportunité, même lorsqu'elle se borne à annuler partiellement une décision administrative (sans la réformer et sans y substituer sa propre décision). En effet, l'annulation partielle d'une décision peut concrètement avoir le même effet que la réformation de cette décision¹²⁴. Dès lors que cette annulation partielle résulte d'une remise en cause de l'appréciation discrétionnaire effectuée par l'autorité, la juridiction de recours effectue en pratique un contrôle d'opportunité.

§ 2. Pleine juridiction renforcée en matière familiale

Le tribunal de la famille qui statue sur des recours contre des décisions de l'officier de l'état civil dispose d'une compétence de pleine juridiction renforcée.

Ceci résulte d'un arrêt de principe de la Cour de cassation du 13 avril 2007, selon lequel « tout ce qui relève du pouvoir d'appréciation de l'officier de l'état civil est soumis au contrôle du juge à la condition que les droits de la défense soient respectés »¹²⁵. La Cour précise que le juge doit examiner tous

¹²² Bruxelles (18^e ch.), 31 mai 2011, 2010/AR/2103 (Elia System Operator c. CREG), p. 28.

¹²³ La cour d'appel motive l'annulation partielle sur la base du principe de proportionnalité ainsi que sur la base d'un article de la loi Électricité et d'un article de l'arrêté tarifaire (applicables à l'époque des faits) qui prévoyaient en substance que les coûts étaient imputés aux tarifs pour autant que la CREG ne les ait pas rejetés en raison de leur caractère déraisonnable ou non nécessaire à la sécurité, l'efficacité et la fiabilité du réseau. Il ne revient en principe pas à la cour de remettre en cause l'appréciation de la CREG concernant le caractère raisonnable des coûts, sauf à démontrer que cette appréciation serait *manifestement* déraisonnable ou disproportionnée (*quod non* en l'espèce).

¹²⁴ M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, op. cit., p. 285, pt 168.

¹²⁵ Cass., 13 avril 2007, C.06.0334.N, www.juridat.be.

les éléments de fait qui lui sont soumis, y compris ceux qui sont survenus ou qui ont été connus après la décision de l'officier de l'état civil.

Cet arrêt a fait dire à la doctrine que l'existence d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le chef de l'officier de l'état civil « n'exclut pas [...] si tel en a été le vœu du législateur, que le juge puisse exercer un pouvoir de pleine juridiction, en sorte qu'il puisse se substituer à l'officier de l'état civil »¹²⁶. C'est effectivement ce qui se déduit de l'arrêt du 13 avril 2007 de la Cour de cassation.

Ceci nous paraît toutefois contraire au principe de la séparation des pouvoirs. La doctrine précitée remarque d'ailleurs que, dans le cas qui était soumis à la Cour de cassation (à savoir un refus de célébration de mariage), aucune disposition légale n'habilitait expressément le juge à se substituer à l'officier de l'état civil.

Il n'empêche que la jurisprudence a pleinement intégré l'enseignement de la Cour de cassation. Les jugements et arrêts des juges du fond témoignent de l'usage fréquent de ce pouvoir¹²⁷.

§ 3. Relativisation de l'utilité de la compétence de pleine juridiction

Au vu des développements qui précèdent, nous nous interrogeons sur l'utilité de la compétence de pleine juridiction et sur sa valeur ajoutée par rapport à la (simple) compétence d'annulation dont dispose le Conseil d'État¹²⁸.

En effet, de deux choses l'une.

Soit le recours formé devant la juridiction judiciaire porte sur un point à propos duquel l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Dans cette hypothèse (et hormis le cas spécifique du tribunal de la famille), la juridiction judiciaire doit s'en tenir à un contrôle de légalité ; elle ne peut substituer son appréciation sur des questions d'opportunité à celle de l'autorité administrative. En bref, la juridiction judiciaire exerce un contrôle aussi étendu (ou limité) que le Conseil d'État.

¹²⁶ C. LEPINOIS et A.-C. VAN GYSEL, « L'état des personnes, les officiers de l'état civil et le droit administratif », *Act. dr. fam.*, 2009/1, p. 10.

¹²⁷ E. DE LOPHEM, « L'Officier de l'état civil et la lutte contre les unions de complaisance – Aperçu de jurisprudence », *Rev. dr. comm.*, 2018, liv. 2, p. 57 et jurisprudence citée en notes 475-476. Voy. aussi Trib. Fam. Charleroi, 19 décembre 2014, n° 14/2058/A.

¹²⁸ Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État dispose en principe d'une simple compétence d'annulation. Certes, l'annulation peut être totale ou partielle, mais le Conseil d'État ne pourrait, sous le couvert d'une annulation partielle, procéder à une réformation de la décision attaquée (C.E., 6 décembre 2013, *asbl Royale Entente Rechaintoise*, n° 225.738, p. 8).

Soit le recours formé devant la juridiction judiciaire porte sur un point à propos duquel la compétence de l'autorité administrative est liée. Dans cette hypothèse, où l'administré peut se prévaloir d'un droit subjectif, le recours ne pourrait de toute manière pas être introduit devant le Conseil d'État. Qui plus est, l'administré peut faire reconnaître ce droit par le juge judiciaire indépendamment d'une décision administrative. Ce n'est que si l'autorité administrative méconnaît son droit subjectif, en adoptant une décision (par hypothèse illégale), que le recours devant une juridiction judiciaire dotée d'une compétence de pleine juridiction prend tout son sens : dès lors que le recours est fondé, la juridiction ne se limite pas à annuler, mais elle peut substituer sa propre décision à celle de l'autorité.

Section 2

Culture judiciaire

L'attribution d'un recours objectif à une juridiction judiciaire a par ailleurs un impact sur la logique dans laquelle le débat est posé.

Dans son commentaire d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège (lorsqu'elle était l'instance de recours contre les décisions tarifaires de la CWaPE¹²⁹), D. Verhoeven décrit cet impact comme suit : « Un juge judiciaire posera ses jugements en ayant culturellement égard, avant tout, à la situation individuelle des parties en cause, là où une juridiction administrative [...] raisonnera d'abord sur le plan de la légalité de l'acte (et de façon marginale sur celui de ses effets individuels) »¹³⁰.

Dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel avait effectivement procédé à une appréciation de la situation « civile » des parties avant et après l'adoption de l'acte attaqué. Ainsi, « la Cour semble trancher un contentieux subjectif, dans le contexte des effets d'un acte administratif ; alors qu'on pourrait s'attendre à ce que la juridiction juge un acte administratif, en ce compris ses effets sur une situation individuelle. La question n'est pas uniquement théorique. La "culture" d'un juge judiciaire, couplée à l'absence de ministère public dans le contentieux judiciaire des décisions des régulateurs, inclut le risque de déboucher sur de la jurisprudence dans laquelle l'appréciation de l'intérêt général se retrouve soit absente, soit posée par un organe qui n'est pas toujours en position de le faire »¹³¹.

¹²⁹ Voy. Chapitre 2, section 1, § 3, de cette contribution.

¹³⁰ D. VERHOEVEN, « L'arrêt "Touche Pas à Mes Certificats Verts" : un regard wallon tantôt novateur, tantôt novice, sur le contentieux des tarifs de distribution d'électricité », note sous Liège (12^e ch. civ.), 30 juin 2015, 2014/RG/1419 (asbl TPCV e.a. c. CWaPE), *R.D.I.R.*, 2015/4, pp. 464, pt 12.

¹³¹ *Ibid.*, p. 464, pt 13.

Sur la base de ces observations sectorielles, auxquelles nous adhérons, D. Verhoeven se demande s'il ne serait pas opportun de prévoir davantage de dispositions procédurales spécifiques, afin d'assurer une meilleure compatibilité entre la procédure et l'objet des recours objectifs (en l'occurrence, contre les décisions d'un régulateur économique) portés devant les juridictions judiciaires.

Conclusion

À l'issue de notre tour d'horizon et de notre examen de quelques particularités de recours objectifs confiés à des juridictions judiciaires, nous nous risquons à tirer quelques conclusions.

D'abord, les recours objectifs échappant à la compétence du Conseil d'État concernent des matières et des situations très diverses, plus ou moins intuitives. Si l'on conçoit facilement que le refus de célébrer un mariage puisse être contesté devant une section du tribunal de première instance, il paraît moins évident que la fixation de tarifs de réseau de distribution de gaz doive être attaquée devant une section de la cour d'appel. Et c'est sans parler des amendes administratives infligées par un régulateur régional, qui doivent être attaquées devant une section (civile) du tribunal de première instance.

Ensuite, outre la variété des situations, c'est la variété des justifications invoquées à l'appui de ces recours qui frappe. En invoquant tantôt une kyrielle de raisons – dont certaines ne convainquent pas pleinement –, tantôt une seule, voire aucune, le législateur donne l'impression qu'il n'a pas (encore) dégagé « la bonne raison » de préférer le juge judiciaire au Conseil d'État pour connaître de ce genre de recours.

Moyennant certains efforts de rationalisation, il est possible d'identifier deux raisons qui sous-tendent la plupart des recours examinés. Selon nous, il s'agit, d'une part, de la flexibilité et de la rapidité de la procédure (par rapport à la procédure réglementée devant le Conseil d'État) et, d'autre part, de la spécialisation des magistrats auxquels les recours sont confiés.

On le sait, il est parfois fait référence à la difficulté de déterminer le type de contentieux (objectif ou portant sur des droits subjectifs) et, donc, l'ordre (administratif ou judiciaire) auquel ce contentieux incombe en principe. Néanmoins, il nous semble que cette difficulté peut surgir à l'occasion de la plupart des recours contre des décisions administratives. La jurisprudence abondante du Conseil d'État et de la Cour de cassation à propos de l'objet véritable du litige conforte notre impression. Poussée à son comble, cette justification conduirait à attribuer à des juridictions judiciaires la quasi-totalité des recours objectifs, afin d'évacuer les difficultés précitées. Ceci ôterait au Conseil d'État une bonne part de son contentieux, ce qui ne peut être la volonté du législateur.

Enfin, nous avons relativisé la valeur ajoutée de la compétence de pleine juridiction octroyée au juge judiciaire qui connaît d'un contentieux objectif. Ne pouvant empiéter sur ce qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, le juge judiciaire verra sa propre compétence limitée (comme celle du Conseil d'État) – sauf à décréter de façon péremptoire que le choix de l'autorité administrative était lié.