

**LES RECOURS JURIDICTIONNELS  
CONTRE LES DÉCISIONS DES AUTORITÉS  
DE RÉGULATION**

**PASCAL BOUCQUEY,**  
Avocat et Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis

et

**PIERRE-OLIVIER DE BROUX,**  
Avocat et Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis

## INTRODUCTION

1. Le droit de la régulation, en général, et le statut des autorités de régulation, en particulier, font de plus en plus fréquemment l'objet d'études spécifiques et de commentaires critiques en droit belge, à cheval entre le droit économique et le droit administratif<sup>1</sup>.

De plus en plus d'études se concentrent, en outre, sur le contentieux lié aux activités des autorités de régulation<sup>2</sup>. Cette approche est particulièrement intéressante

<sup>1</sup> Voy., en particulier, D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», in *Rapports belges de l'Académie internationale de droit comparé*, (Utrecht) Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 711-751; *La régulation économique dans la vie des affaires*, Journée d'études du 28 avril 2006 organisée par la Commission droit et vie des affaires de la Faculté de droit de Liège (à paraître); D. DE ROY et R. QUECK, «De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition - Vers un droit de la régulation?», *J.T.*, 2003, pp. 554 et s.; G. BROUHNS, *Introduction au droit public belge et européen de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2003, spéc. pp. 27-62, «Chapitre 2. L'interventionnisme de régulation»; X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, «La régulation en droit public», in B. JADOT et F. OST (dir.), *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, pp. 35-106; F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

<sup>2</sup> Outre les passages pertinents des contributions citées à la note précédente, voy. notamment: 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, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, pp. 243-283; D. DE ROY, «Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles», *R.D.C.*, 2006, pp. 787-796; B. DELVAUX, «De specifieke beroepsprocedures tegen de beslissingen van de CREG», in P. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 211-249; X. TATON, «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», *R.D.C.*, 2005, pp. 799-809; C. SCHURMANS, «Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence», in P. NIHOUL (dir.), *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2004, pp. 89-122; X. TATON, «La nature des nouvelles compétences de la Cour d'appel de Bruxelles en matière d'offres publiques d'acquisition», *R.D.C.*, 2003, pp. 811-822; X. TATON, «Les nouvelles procédures contentieuses en matière d'offres publiques d'acquisition», *R.D.J.P.-P.&B.*, 2003, pp. 319-348; G.-A. DAL, «Poursuites et recours», *Rev. prat. soc.*, 2003, pp. 295-312; D. SMEETS, «Spécificités de la procédure du Conseil de la concurrence et du recours contre une décision du Conseil de la concurrence ou de son Président», *Ann. prat. comm.*, 2003, pp. 970-982; A. VAGMAN, «Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de scènes de violence gratuite: réflexions autour de l'arrêt s.a. TVI prononcé le 5 décembre 2001 par le Conseil d'État», *A.P.T.*, 2003, pp. 253-299; G. JAKHIAN, L. VAN EYLL et E. VAN NUFFEL, «Les procédures en droit belge de la concurrence et le droit à un procès équitable», in X. DIEUX (dir.), *Les autorités de contrôle des marchés financiers, des assurances et de la concurrence, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2002, spéc. pp. 461-481.

Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation sont ensuite analysés de façon systématique dans une deuxième partie, selon que ces recours concernent des règlements et des décisions administratives individuelles, des sanctions administratives ou des décisions juridictionnelles.

du point de vue du droit administratif: c'est, en effet, essentiellement le contentieux juridictionnel qui délimite celui-ci; «le droit administratif est alors perçu comme un moyen de renforcer l'assujettissement de l'administration au droit et en conséquence, il importe aux théoriciens de se concentrer sur "les freins" de l'action administrative et notamment sur le contrôle juridictionnel (...), tandis que l'organisation et le fonctionnement interne de l'appareil sont abandonnés à l'emprise des administrateurs»<sup>3</sup>.

Les études précitées se sont cependant le plus souvent limitées à l'examen des mécanismes de recours contre les décisions d'une seule autorité de régulation ou au commentaire d'une ou plusieurs décisions juridictionnelles relatives à la même autorité. La présente contribution tente de présenter une première synthèse originale de ces recours spécifiques pour en dégager, si possible, les lignes de force et les aspects généraux, afin notamment d'atténuer l'insécurité juridique qui entoure l'ensemble de ces contentieux et de proposer les réformes qui pourraient y être utilement apportées.

2. L'objet de la présente contribution est limité, comme son titre l'indique, au contrôle juridictionnel des autorités de régulation. Les éventuels recours gracieux, informels, administratifs, internes ou externes ne sont pas abordés de manière systématique.

L'examen de ce contrôle juridictionnel est, en outre, limité aux recours portant sur la conformité au droit des décisions des autorités de régulation, et ne s'étend pas au contentieux de la responsabilité et des conséquences civiles d'une éventuelle illégalité de ces décisions. Ce contentieux n'est d'ailleurs pas encore fort développé en Belgique et ne serait donc pas révélateur du contrôle marginal que le juge peut exercer sur les autorités de régulation par ce biais<sup>4</sup>.

3. Dans une première partie, nous examinerons les autorités de régulation retenues et leurs caractéristiques. Les nombreux pouvoirs de ces autorités sont surtout étudiés. Leur identification revêt en effet, à notre estime, une importance particulière sur la nature du recours qui pourra être exercé lors de l'exercice de chacune de ces compétences.

<sup>3</sup> M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 3, note 5, citant notamment J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2002, p. 14.

<sup>4</sup> Ce contentieux de la responsabilité est cependant appelé à se développer: voy. l'allusion faite par la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 16 juin 2006 (R.G. 2005/AR/756, p. 11, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be)), au dommage éventuel que les requérants pourraient faire valoir en relation causale avec l'irrégularité de la décision attaquée. Selon elle d'ailleurs, «il n'est pas requis que la décision administrative soit préalablement annulée puis que le juge qui serait saisi d'une telle demande pourrait, si nécessaire, se limiter à constater la faute de l'administration».

## CHAPITRE I. LES AUTORITÉS DE RÉGULATION

### § 1. L'identification des autorités de régulation

4. La catégorie des autorités de régulation n'est pas juridiquement définie et la liste de celles-ci n'est nulle part dressée.

La notion d'autorité permet le rattachement de ces institutions à la sphère publique, vu le pouvoir qui leur est, en principe, confié de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers<sup>5</sup>, sans se confondre pour autant avec l'État, les communautés ou les régions; la plupart de ces autorités se sont d'ailleurs vu attribuer une personnalité juridique propre.

La notion même de régulation se prête, d'emblée, à une multitude d'approches et de définitions auxquelles nous ne pouvons, dans le cadre de la présente étude, que renvoyer<sup>6</sup>. L'autorité de régulation peut ensuite être définie, dans un sens large, comme toute autorité appelée à prendre des décisions de régulation en vue de maintenir un équilibre entre des intérêts divergents, dans des secteurs spécifiques et complexes. La fonction de régulation ainsi confiée «*consiste à encadrer ces secteurs en respectant l'équilibre entre les intérêts voulu par le législateur et en procédant aux arbitrages requis à cette fin*»<sup>7</sup>. Il ne s'agit pas «*d'une action matérielle de prestation de service ou de gestion d'une activité qui relève de l'Administration, ni de la détermination de politiques qui relèvent des gouvernants. La régulation consiste à veiller au respect des règles du jeu social et à maintenir par là la cohésion sociale*»<sup>8</sup>.

Ainsi, lorsqu'il apparaît que, dans un secteur considéré, ou sur un marché considéré, les différents acteurs, livrés à eux-mêmes, adoptent ou pourraient adopter des comportements néfastes soit pour leurs concurrents, soit pour les consommateurs et donc pour la collectivité, le pouvoir politique peut choisir d'instituer un organe

compétent pour surveiller le secteur concerné et sanctionner ces comportements. Il crée, pour ce faire, une autorité de régulation.

5. Un aperçu du mouvement ayant donné lieu à la création de certaines autorités de régulation permet sans doute de mieux cerner le mécanisme de la régulation lui-même.

L'autorité de régulation intervient généralement dans un marché où, lorsque des acteurs sont dans une situation de concurrence et que les consommateurs disposent en principe du choix entre plusieurs de ces acteurs, des situations de déséquilibre entre ceux-ci sont constatées. C'est donc essentiellement dans les marchés libéralisés – dans lesquels existait traditionnellement un monopole de fait ou de droit auquel on a voulu mettre fin – que les autorités de régulation ont vu le jour. Ces secteurs sont notamment ceux des communications électroniques, de l'énergie, des services postaux, des transports ferroviaires ou aériens et, dans une moindre mesure<sup>9</sup>, des services audiovisuels.

La décision de libéraliser ces secteurs n'est, comme on le sait, pas le résultat d'une démarche et d'une réflexion initiée par les institutions belges. Le mouvement des libéralisations qui touche aujourd'hui la Belgique est né au sein de l'Union européenne, dans le cadre de la réalisation du Marché commun. Les opérateurs de tous les États membres devenaient, en effet, susceptibles, dans chacun de ces secteurs, d'exercer leur activité dans les autres États membres. L'instauration d'une concurrence effective devait, dès lors, être bénéfique, au premier chef, pour le consommateur, mais en outre pour l'emploi et, globalement, pour l'économie européenne.

C'est dans cet esprit également que le droit communautaire exerce un contrôle important sur les abus de puissance économique et confère une place éminente à la concurrence dans le fonctionnement du marché, et ce, quel que soit le secteur considéré.

La Belgique a donc participé à ce mouvement de libéralisation et d'unification du marché européen, notamment par la transposition des directives européennes, et s'est vue contrainte de faire évoluer de manière fondamentale le mode d'exercice de ces services d'intérêt général. Elle a, dans le même temps, institué des autorités de régulation dont la création était, le plus souvent, imposée par les directives européennes.

<sup>9</sup> Si, principalement suite aux évolutions technologiques, la régulation du secteur de l'audiovisuel commence à porter sur le contrôle de la concurrence dans ce secteur, elle ne visait cependant à l'origine que la police de l'audiovisuel à l'égard, principalement, des libertés d'expression et de presse (voy. F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, o.c., pp. 38-56). Cela n'en demeure pas moins un mécanisme de régulation.

<sup>5</sup> D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», o.c., p. 725, n° 13, qui renvoie à F. JONGEN, «Les autorités administratives indépendantes de régulation de l'audiovisuel en Europe», *Ann. dr.*, 1994, p. 147.

<sup>6</sup> M.A. FRISON-ROCHE, «Définition du droit de la régulation économique», in M.A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, pp. 7-15; D. DE ROY et R. QUECK, o.c., pp. 554 et s., et les très nombreuses références citées; X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, o.c., pp. 11-34.

<sup>7</sup> X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, o.c., p. 71, citant C. TEITGEN-COLLY, «Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution», in C. COLLARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 26-27.

<sup>8</sup> C. TEITGEN-COLLY, o.c., pp. 26-27.

6. Les autorités de régulation qui sont le résultat de ce mouvement et qui sont examinées dans le présent rapport sont les suivantes<sup>10</sup>:

- a) pour ce qui concerne les services postaux et les télécommunications: l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, en abrégé IBPT<sup>11</sup>;
- b) pour ce qui concerne l'énergie:
  - au niveau fédéral: la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, en abrégé CREG<sup>12</sup>;
  - en Région flamande: la Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, en abrégé VREG<sup>13</sup>;
  - en Région wallonne: la Commission wallonne pour l'Énergie, en abrégé CWaPE<sup>14</sup>;
  - en Région de Bruxelles-Capitale: la Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale, dénommée "Bruxelles Gaz Électricité", en abrégé BRUGEL<sup>15</sup>;

<sup>10</sup> Il n'est plus fait référence aux législations citées ci-après que de manière abrégée dans la présente contribution.

<sup>11</sup> Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (ci-après la «loi-statut») et 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 des télécommunications belges (ci-après la «loi-recours»). *M.B.*, 24 janvier 2003. Il faut également relever l'existence, dans ce secteur, de la Commission d'éthique pour les télécommunications, créée par l'art. 134 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005 et par l'A.R. d'exécution du 23 janvier 2006, *M.B.*, 10 février 2006, qui remplit également des missions de régulation.

<sup>12</sup> Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999, et loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, *M.B.*, 7 mai 1965.

<sup>13</sup> Décr. Rég. fl. du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 22 septembre 2000; décr. Rég. fl. du 6 juillet 2001 relatif à l'organisation du marché du gaz, *M.B.*, 3 octobre 2001, et décr. Rég. fl. du 30 avril 2004 portant création de l'agence autonome externe de droit public «Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt», *M.B.*, 27 mai 2004.

<sup>14</sup> Décr. Rég. w. du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *M.B.*, 1<sup>er</sup> mai 2001, et décr. Rég. w. du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, *M.B.*, 11 février 2003.

<sup>15</sup> Ord. du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 17 novembre 2001, et ord. du 1<sup>er</sup> 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, *M.B.*, 26 avril 2004. Cette Commission de régulation a été créée par l'ordonnance du 14 décembre 2006 portant notamment modification des deux ordonnances précitées.

- c) pour ce qui concerne les services audiovisuels:
  - en Communauté française: le Conseil supérieur de l'audiovisuel, en abrégé CSA<sup>16</sup>;
  - en Communauté flamande: le Vlaamse Regulator voor de Media, en abrégé VRM<sup>17</sup>;
  - en Communauté germanophone: le Medienrat<sup>18</sup>;
- d) pour ce qui concerne le transport ferroviaire: l'autorité de régulation économique du transport ferroviaire<sup>19</sup>;
- e) pour ce qui concerne le transport aérien: le Service de Régulation de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National (ci-après le Service de Régulation)<sup>20</sup>;
- f) pour ce qui concerne les entraves significatives à une concurrence effective sur le marché belge, quel que soit le secteur d'activité concerné: le Conseil de la concurrence<sup>21</sup>.

7. À côté de ces autorités de régulation inspirées par le droit européen, la Belgique a institué, et depuis fort longtemps, un régulateur actif dans le domaine bancaire. Créée par l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935, la Commission bancaire est devenue, au fil des ans, le symbole belge de l'autorité administrative indépendante

<sup>16</sup> Décr. Comm. fr. du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *M.B.*, 17 avril 2003.

<sup>17</sup> Décr. Comm. fl. relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 4 mars 2005, *M.B.*, 8 avril 2005, tels que modifiés par le Décr. Comm. fl. du 16 décembre 2005 portant création de l'agence autonome externe de droit public «Vlaamse Regulator voor de Media» (Régulateur flamand des Médias), *M.B.*, 30 décembre 2005, entré en vigueur le 10 février 2006 (A. Gouv. fl. du 10 février 2006, *M.B.*, 7 mars 2006).

<sup>18</sup> Décr. Comm. germ. du 27 juin 2005 sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, *M.B.*, 6 septembre 2005.

<sup>19</sup> Loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, *M.B.*, 23 janvier 2007; art. 5, 21° et 61. Cette autorité, à l'heure de mettre sous presse, doit encore être désignée par le Roi, mais il s'agit probablement du Service de Régulation créé par A.R. du 25 octobre 2004 et examiné, dans le cadre de la présente contribution, sous l'angle de ses compétences en matière de transport aérien.

<sup>20</sup> A.R. du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National, fixant sa composition ainsi que les statuts administratifs et pénaux applicables à ses membres, *M.B.*, 5 novembre 2004, et A.R. du 27 mai 2004 relatif à la transformation de Brussels International Airport Company (B.I.A.C.) en société anonyme de droit privé et aux installations aéroportuaires, *M.B.*, 24 juin 2004.

<sup>21</sup> La présente contribution se limite à l'analyse de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006, *M.B.*, 29 septembre 2006, comprenant donc les lois du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence et du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 28 juin 2006, et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2006. Cette nouvelle loi coordonnée reproduit, en effet, une importante part de la législation antérieure.

dans le domaine économique<sup>22</sup>. Eu égard à l'importance qu'elle a prise en pratique dans l'exercice de ses fonctions<sup>23</sup>, le législateur lui a attribué des pouvoirs toujours plus étendus, dans des secteurs toujours plus vastes, au point qu'il relève aujourd'hui de la gérance de répertoirier l'ensemble des instruments normatifs conférant des missions à la Commission bancaire, devenue Commission bancaire, financière et des assurances (en abrégé CBFA), depuis la fusion organique de l'ancienne Commission bancaire et financière avec l'Office de contrôle des assurances.

L'organisation, le fonctionnement, les pouvoirs de la CBFA, de même que les modalités de recours contre ses décisions sont contenus dans la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers<sup>24</sup>, à laquelle il sera principalement renvoyé. Les nombreuses autres dispositions légales et réglementaires ne seront développées qu'à titre exemplatif ou ponctuel.

8. La doctrine a fait ressortir certaines des caractéristiques communes aux autorités de régulation<sup>25</sup>. Elles ont notamment trait à l'indépendance de celles-ci et aux prérogatives de puissance publique dont elles disposent.

«L'exigence d'indépendance à l'égard des acteurs du marché est consubstantielle à celle d'impartialité: le régulateur ne peut être juge et partie. Ce souci explique que certaines législations organiques de systèmes de régulation aient soumis les autorités de régulation à des régimes d'incompatibilités emportant notamment l'interdiction d'être opérateur sur le marché et, plus généralement, d'afficher une proximité trop étroite avec les opérateurs»<sup>26</sup>. Toutes les autorités de régulation mettent en place un régime plus ou moins rigoureux d'incompatibilité avec une activité dans le secteur qu'elles sont appelées à réguler<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Voy. J. LE BRUN, «Les autorités administratives indépendantes: le cas de la Commission bancaire et financière belge», *R.I.D.E.*, 1997, pp. 183 et s.

<sup>23</sup> Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, «Exposé introductif», in X. DIEUX (dir.), *o.c.*, pp. 1 et s.

<sup>24</sup> *M.B.*, 4 septembre 2002.

<sup>25</sup> Voy. J. CHEVALLIER, «Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique», *Rev. dr. publ.*, 1998, p. 677, ainsi que C. TEITGEN-COLLY, «Les instances de régulation et la Constitution», *Rev. dr. publ.*, 1990, p. 155, tous deux cités par X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, *o.c.*, pp. 71-72, ainsi que les auteurs cités à la note 1 ci-avant.

<sup>26</sup> En ce compris vis-à-vis des pouvoirs publics, lorsque ceux-ci sont eux-mêmes des acteurs dans le secteur considéré. Voy. D. DE ROY et R. QUECK, *o.c.*, p. 560.

<sup>27</sup> À titre d'exemples, voy., pour l'IBPT, les art. 17, § 3 et 27 de la loi-statut; pour le Conseil de la concurrence, l'art. 18 de la loi coordonnée le 15 septembre 2006; pour le VRM, l'art. 168, § 1<sup>er</sup>, al. 4 et 3, al. 2 Décr. coord. le 4 mars 2005; pour le CSA, les art. 135, § 4 et 136, § 2 Décr. du 27 février 2003; pour le Médientrat, l'art. 91 Décr. du 27 juin 2005; pour le Service de Régulation, l'art. 9 A.R. du 25 octobre 2004.

L'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics est également une caractéristique des autorités de régulation<sup>28</sup>. Elle est pourtant justifiée par des motifs fort variés: ils sont eux-mêmes acteurs dans le secteur considéré; elle est une des conditions fondamentales de l'exercice d'une mission juridictionnelle; elle permet encore d'éviter l'intervention directe de l'État dans des secteurs sensibles pour les libertés (notamment la liberté de commerce et d'industrie), et surtout d'affranchir de toute considération politique l'activité des experts qui composent le plus souvent les autorités de régulation. Selon Marie-Anne Frison-Roche, «les régulateurs sont des structures qui ne sont pas des fonctions déconcentrées mais des nouvelles structures en charge directe de construire, avec une liberté technique, et des pouvoirs qui les font ressembler à des États dans l'État»<sup>29</sup>.

Si l'appartenance des autorités de régulation à la sphère publique n'est remise en question par aucun auteur, leur «intégration harmonieuse dans le mode constitutionnel d'organisation des pouvoirs», pour reprendre une expression de David De Roy<sup>30</sup>, est fort variable. Certes, la plupart des autorités de régulation constituent des autorités administratives, eu égard aux prérogatives de puissance publique dont elles disposent, qui sont en outre directement liées à la mission de régulation qu'elles exercent<sup>31</sup>. Par ailleurs, elles bénéficient souvent de l'indépendance suffisante pour être qualifiées d'autorités administratives indépendantes<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Voy. D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, pp. 729-731.

<sup>29</sup> M.A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, p. 64, annexe au Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, 15 juin 2006, Sénat français, sess. 2005-2006, n° 404, [www.senat.fr](http://www.senat.fr) (consulté le 12 septembre 2006). Cette étude (pp. 62-65) distingue quatre critères de classification des autorités administratives indépendantes, qui peuvent être transposés aux autorités de régulation: régulation économique vs. protection des personnes (critère de la mission); régulateur vs. agence (critère de l'organisation); censeurs vs. médiateurs (critère des pouvoirs, retenu par le Conseil d'État français); autorités sectorielles vs. autorités horizontales.

<sup>30</sup> D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, p. 721.

<sup>31</sup> Frederik Vandendriessche distingue, dans sa thèse (*Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, pp. 239-320 et pp. 396-412, et les nombreuses références citées, pp. 257-276), deux types de critères permettant de préciser la notion d'autorité administrative: les critères organiques, tout d'abord (création ou agrégation par l'État, les communautés et les régions, ou par la loi, le décret ou l'ordonnance; soumission à un pouvoir de contrôle de l'administration; forme publique ou privée) et les critères fonctionnels, ensuite (exercice de missions d'intérêt général ou de service public; compétence pour prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers). Voy. également X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur. A propos de la jurisprudence des cours suprêmes en matière de contentieux scolaire», *R.C.J.B.*, 2005, pp. 26-82; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 582-599, qui distingue plutôt des critères organiques et matériels; D. DELVAX, «Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative», *A.P.T.*, 2001, pp. 196-215. Voy. enfin Cass., 6 septembre 2002 (Meulenijzer c. V.Z.W. Instituut Zusters van de Onbevleete Ontvangenis), *C.D.P.K.*, 2003, p. 93, concl. P. BRESSELEERS, note B. VERBEECK, et *R.R.D.*, 2002, ...

C'est cependant à juste titre que David De Roy rappelle que « l'équation entre *autorités de régulation* et *autorités administratives indépendantes* n'est pas toujours vérifiée »<sup>31</sup>. Ainsi, en vertu de l'article 11 de la loi coordonnée le 15 septembre 2006, le Conseil de la concurrence a le statut de juridiction administrative. Selon l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004, le Service de Régulation agit sous l'autorité directe et immédiate du Ministre fédéral compétent et ne constitue donc qu'un organe déconcentré de l'administration fédérale. Le Médiateur s'il constitue une autorité de régulation dotée d'un pouvoir de décision contraignant, est soumis par l'article 96 du décret du 27 juin 2005 à la tutelle du Gouvernement de la Communauté germanophone; cela le prive de la qualité d'autorité administrative indépendante.

Ce second aspect de l'indépendance des autorités de régulation est intimement lié aux pouvoirs reconnus à ces autorités d'adopter des décisions contraignantes à l'égard de tiers, pouvoirs et indépendance qui, on le verra, sont à l'origine des recours juridictionnels spécialement institués par la réglementation organisant la plupart des autorités de régulation.

## § 2. Les pouvoirs des autorités de régulation

9. Les autorités de régulation, telles qu'elles ont été définies précédemment, disposent d'une très large gamme de compétences, et c'est d'ailleurs l'une de leurs principales spécificités.

On aurait pu croire *a priori* que le législateur veillerait à ne pas donner trop de pouvoirs à un organe disposant d'une autonomie importante par rapport au pouvoir politique ou, inversement, qu'il n'accepterait de confier des missions essentielles qu'à un organe sur lequel une autorité hiérarchique ou un pouvoir de tutelle pût s'exercer. Or, il n'en est rien: c'est précisément à des organes disposant le plus souvent d'une large autonomie qu'il attribue le pouvoir général de réguler ces marchés.

<sup>31</sup>...  
p. 540, note X. DELGRANGE; Cass., 6 septembre 2002 (Leman c. K.U.L.), C.D.P.K., 2003, p. 100, concl. P. BRESSELEERS; Cass., 10 septembre 1999 (B.A.T.C. c. S.A. Travaux), A.J.T., 1999-2000, p. 504, note F. VANDENDRIESSCHÉ; Cass., 14 février 1997 (S.A. Gimvindus c. Bataille), Arr. Cass., 1997, p. 221, concl. DUBRULLE, et R.D.J.P., 1997, p. 284, note F. DELOBBE.

<sup>32</sup> Sur cette notion en droit belge et communautaire: D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, pp. 720-735, spéc. p. 727, lorsque l'auteur rappelle la nécessité que les prérogatives de puissance publique s'identifient à une ou plusieurs des missions de l'autorité administrative indépendante, ce qui est le plus souvent le cas en l'espèce.

<sup>33</sup> D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, p. 723.

À cet égard, l'importance des compétences attribuées a de quoi étonner: les autorités de régulation ne se contentent pas, en effet, d'attribuer des autorisations ou d'autoriser des opérations en conformité avec la réglementation existante; pas plus ne se contentent-elles de contrôler les marchés considérés et de dresser des avis ou des propositions destinés à l'autorité politique, qui se chargera de sanctionner éventuellement les opérateurs déviant. Bien au contraire, l'autorité de régulation se voit tout à la fois chargée de créer des normes – quels que soient leurs noms – visant à encadrer le marché, d'appliquer ces normes au cas par cas, d'en contrôler l'application, le cas échéant, de sanctionner l'opérateur récalcitrant et même, dans certaines hypothèses, de trancher des litiges entre les acteurs du marché.

Ainsi, les autorités de régulation disposent-elles le plus souvent d'un large pouvoir de décision (I.), d'un pouvoir de coercition (II.) et parfois d'un pouvoir de juridiction (III.).

## I. Le pouvoir de décision des autorités de régulation

10. Les marchés libéralisés dans lesquels interviennent les autorités de régulation sont, à un premier chef, organisés par les directives européennes mettant en place la libéralisation de secteurs visés. Ces directives sont transposées en droit interne par des normes législatives qui constituent, souvent, un catalogue d'habilitations au pouvoir exécutif. Toutefois, les arrêtés d'exécution, si nombreux et si complexes soient-ils, laissent subsister d'importantes zones d'ombre qu'il appartient à l'autorité de régulation d'éclairer, afin de permettre aux opérateurs d'évoluer dans un marché dans lequel existe une sécurité juridique suffisante pour le développement des affaires. Ce rôle essentiel est parfois mis en œuvre par l'exercice d'un véritable pouvoir réglementaire que la loi attribue directement à l'autorité de régulation. Mais d'autres modes d'action sont également envisagés.

En outre, le législateur attribue généralement aux autorités de régulation une compétence, traditionnellement mieux admise, d'adopter des décisions individuelles liant les opérateurs du marché qui en sont les destinataires.

### A. Le pouvoir (quasi-)réglementaire des autorités de régulation

11. Il convient, dans un premier temps, d'envisager les modes et les hypothèses de production de normes dont disposent les régulateurs (1.), puis de dire un mot sur la validité juridique d'un tel procédé (2.).

1. Identification des hypothèses<sup>34</sup>

12. Dans les *secteurs des postes et des télécommunications*, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à l'IBPT semble controversée. L'article 14 de la loi du 17 janvier 2003, qui énumère les compétences et les missions de celui-ci, ne lui confère aucunement ce pouvoir: à côté des missions d'avis, de contrôle et de conciliation, cette disposition ne lui attribue que la compétence de prendre des *décisions administratives*, pour assurer, essentiellement en vertu de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques<sup>35</sup>, ses missions de régulation<sup>36</sup>.

Dans le rapport fait au nom de la Commission de l'Infrastructure, des Télécommunications et des Entreprises publiques, le Ministre distingue explicitement les fonctions de régulation et celles de réglementation: «*en ce qui concerne la répartition des responsabilités entre les pouvoirs publics et l'IBPT "nouvelle mouture", les pouvoirs publics doivent être garants de la réglementation alors que l'IBPT est chargé de la régulation (c'est-à-dire de l'interprétation de la réglementation, en particulier pour les décisions techniques). Étant donné que le régulateur ne peut évidemment intervenir en dehors du cadre de la réglementation, les pouvoirs publics conservent suffisamment d'autorité, sans toutefois qu'ils puissent abuser de cette autorité pour adopter des règles "contre nature", c'est-à-dire des règles pariales qui avantageraient certains opérateurs. S'il existe une séparation entre la réglementation et la régulation, il n'en demeure pas moins qu'il y a un lien entre les deux. Ainsi l'IBPT sera prié de donner son avis sur les arrêtés royaux portant exécution d'une réglementation. L'IBPT peut également prendre l'initiative de formuler un avis sur cette réglementation, sans disposer, toutefois, de pouvoir de décision en la matière*»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Les autorités de régulation suivantes sont, à notre estime et suite à l'analyse de leur réglementation respective, incontestablement dépourvues de toute compétence réglementaire: le Conseil de la concurrence; l'autorité de régulation économique du transport ferroviaire; le VRM; la Commission d'éthique pour les télécommunications.

<sup>35</sup> *M.B.*, 20 juin 2005.

<sup>36</sup> Le seul règlement dont il est question dans la loi-staue est le Règlement d'ordre intérieur de l'IBPT, lequel est établi non par l'IBPT lui-même mais seulement sur l'avis de celui-ci et par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

<sup>37</sup> *Doc. parl.*, Ch., sess. 2002-2003, n° 1937/009, en particulier p. 18. Voy. également l'avis n° 33.253/4 de la section de législation du Conseil d'État (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2002-2003, n° 1937/001, p. 54 et, spécialement, pp. 59-64) qui précise en note de bas de page que «*lorsque les directives utilisent les mots "tâches réglementaires", elles visent toute intervention de l'autorité administrative, qu'elle consiste en une mesure générale et abstraite ou en une décision particulière. Comme la section de législation l'a déjà rappelé à maintes reprises, il est exclu qu'une règle générale et abstraite soit fixée sans intervention directe d'une autorité politiquement responsable. Le mot "régulation", certes lui-même ambigu est ici utilisé en son sens étroit, à savoir la prise de décisions particulières prises par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire par opposition à la réglementation qui recouvre traditionnellement, dans la terminologie juridique interne, les seules normes générales et abstraites*».

L'absence de pouvoir réglementaire de l'IBPT est confirmée par la modification récente de l'article 39, § 3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Dans son ancienne version, cette disposition confiait à l'IBPT la compétence de fixer «*les obligations des titulaires d'une autorisation ainsi que les conditions auxquelles doivent satisfaire les stations et réseaux de radiocommunications autorisés*»<sup>38</sup>. La loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses<sup>39</sup> confie à nouveau cette compétence au Roi, et ce au motif suivant: «*Bien que l'on puisse admettre qu'un pouvoir réglementaire limité puisse être attribué à un ministre, sur la base de son statut constitutionnel, il est considéré comme inadmissible de déléguer une telle compétence à une autorité publique qui, contrairement à un ministre, n'est pas politiquement responsable vis-à-vis du Parlement. Il doit être clair que l'article 39, § 3 attribue ainsi à l'Institut un pouvoir réglementaire qui dépasse largement la prise de dispositions purement additionnelles ou complémentaires. La constitutionnalité de l'article 39, § 3, n'est par conséquent pas établie*»<sup>40</sup>.

L'IBPT ne dispose donc aujourd'hui d'aucun pouvoir réglementaire<sup>41-42</sup>.

13. Dans le *secteur énergétique*, la loi du 29 avril 1999 n'attribue pas, à proprement parler, de pouvoir réglementaire à la CREG, à l'exception sans doute de la possibilité, reconnue par la loi, d'établir, le cas échéant, «*la méthode de calcul des coûts et pertes*» que des entreprises d'électricité pourraient récupérer en raison

<sup>38</sup> Il est cependant peu probable que ce soit à cette compétence particulière que la cour d'appel de Bruxelles ait pensé lorsqu'elle a estimé que l'IBPT disposait de pouvoirs réglementaires (voy. notamment Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. 2003/AR/2643, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be)). Il est plus probable que cette jurisprudence ait été influencée par la terminologie européenne, qui qualifie notamment l'IBPT d'*autorité réglementaire nationale*.

<sup>39</sup> *M.B.*, 28 juillet 2006.

<sup>40</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2518/001, pp. 68-69. La fin de cette citation semble laisser la porte ouverte à un pouvoir réglementaire limité dans le chef de l'IBPT. Mis en rapport avec le début de cette citation, il ne faut voir dans ce pouvoir réglementaire limité que celui dont pourrait disposer un ministre.

<sup>41</sup> P.-Y. POTELLE, «Un nouveau statut pour le régulateur des télécommunications dans un secteur en pleine mutation», *R.D.T.I.*, n° 16/2003, p. 84. *Contra*: X. TATON, «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», o.c., pp. 801 et 807, bien qu'il se limite en réalité à commenter l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait reconnu un pouvoir réglementaire à l'IBPT.

<sup>42</sup> C'est à la lumière de l'ensemble de ces considérations que peut, par exemple, être examinée la portée réglementaire ou individuelle des analyses de marché et des décisions imposant des obligations aux opérateurs puissants sur le marché, adoptées conformément aux art. 54 et s. de la loi du 13 juin 2005 (voy. de telles décisions sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be)). Par analogie avec les décisions adoptées en matière de concurrence, il faut considérer qu'il s'agit d'un faisceau de décisions individuelles établissant, à l'égard de chacun des opérateurs puissants sur le marché, les obligations mises à sa charge (comp. C. SCHURMANS, o.c., p. 120 et Bruxelles, 18 juin 2004, R.G. 2003/AR/2249, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be)).

de l'ouverture du marché de l'électricité<sup>43</sup>. Cette méthodologie n'a, à notre connaissance, pas encore été définie par la CREG.

En revanche, la CREG procède, depuis sa création, à l'élaboration de «lignes directrices», essentiellement en matière tarifaire, sur la base de sa compétence pour l'approbation des tarifs des gestionnaires des réseaux de transport et de distribution d'électricité. Ces tarifs sont censés rémunérer notamment «la marge bénéficiaire équitables» des gestionnaires de réseaux, sans que la loi ne précise néanmoins ce qu'il faut entendre par là. Avant la modification de la loi du 29 avril 1999 par la loi du 1<sup>er</sup> juin 2005, la CREG s'estimait en mesure de déterminer *a priori* l'interprétation qu'il fallait donner à ces termes<sup>44</sup>. Aujourd'hui, la loi attribue expressément cette compétence au Roi. La CREG prend toutefois la précaution d'indiquer en préambule de ses lignes directrices, d'une part, que celles-ci doivent être interprétées comme étant en totale conformité avec la loi et, d'autre part, qu'elles ne sont, «en dépit de leur rédaction, ni réglementaires, ni obligatoires», de telle sorte que la CREG peut librement s'en écarter lors de l'examen individuel d'un dossier<sup>45</sup>.

En réalité, il ne s'agit là de rien d'autre que de circulaires administratives, dont on sait que la nature et les effets juridiques tournent, depuis des années, la sagacité des meilleurs auteurs<sup>46</sup> et des plus hautes juridictions<sup>47</sup>. À tout le moins pourra-t-on, dès lors, qualifier l'édition de ces «lignes directrices» de «quasi-réglementation».

14. L'article 8 du décret flamand du 17 juillet 2000 est, quant à lui, plus clair puisqu'il charge expressément la VREG d'établir le règlement technique pour la gestion du réseau de distribution, son accès et les conditions de pose des lignes directes. Ce même décret prévoit également que la VREG adopte un code de conduite pour l'accès des tiers au réseau. À cet égard, le décret flamand du 30 avril

<sup>43</sup> Art. 23, § 2, 13<sup>o</sup> et 21, al. 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> de la loi du 29 avril 1999.

<sup>44</sup> Voy., p. ex., les «Lignes directrices», (R)030618-CDC-219 du 18 juin 2003 concernant la marge bénéficiaire équitables applicable aux entreprises de transport du gaz naturel et aux gestionnaires des réseaux de distribution de gaz actifs sur le territoire belge, [www.creg.be](http://www.creg.be), sous le lien *Publications*.

<sup>45</sup> Lignes directrices du 18 juin 2003, o.c., p. 2.

<sup>46</sup> Voy., à cet égard, C. DARVILLE-FINET, «La circulaire administrative – Nouvelle source formelle du droit?», *Ann. Dr. Lg.*, 1982, pp. 137-192; D. DEOM, «Le principe de bonne administration en matière fiscale – Circulaires et accords à la lumière du droit administratif», in *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 227-263; K. LEUS, *Pseudo-Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992; E. WILLEMART, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 123 et s.

<sup>47</sup> Voy. notamment les références citées par E. WILLEMART, o.c., pp. 127-130.

2004 précise que les règlements techniques et les codes de conduites sont soumis à l'approbation du ministre flamand de l'Énergie<sup>48</sup>.

Ces règlements ne sont obligatoires qu'après leur publication au *Moniteur belge* ou leur notification aux intéressés.

15. En Wallonie, la CWaPE établit les règlements techniques pour la gestion des réseaux de distribution et de transport local d'électricité<sup>49</sup>. Ceux-ci doivent également faire l'objet d'une approbation par le Gouvernement et être publiés au *Moniteur belge* pour être obligatoires. Le décret du 12 avril 2001 attribue, par ailleurs, d'autres missions à la CWaPE, qui peuvent s'apparenter à l'exercice d'un véritable pouvoir réglementaire. Ainsi la CWaPE est-elle compétente pour établir «la méthode de calcul des coûts réels nets des obligations de service public», ou encore déterminer «les informations à fournir par le gestionnaire de réseaux», notamment à la CWaPE et au ministre wallon qui a l'Énergie dans ses attributions<sup>50</sup>. L'élaboration de ces documents n'est pas soumise à approbation.

La pratique renseigne, par ailleurs, que la CWaPE élabore d'autres instruments qui s'apparentent à des règlements ou des quasi-règlements, comme, par exemple, les «modalités de calcul du nombre de certificats verts accordés aux installations d'une puissance nette développable supérieure à 5 MW»<sup>51</sup>, ou la détermination des «missions des organismes agréés en charge de délivrer les garanties d'origine des installations de production d'électricité vertes»<sup>52</sup>.

En Région de Bruxelles-Capitale, la Commission de régulation dispose également d'un pouvoir qui peut s'apparenter au pouvoir réglementaire, dans la mesure où l'ordonnance la charge «d'établir les conditions des autorisations délivrées pour la construction de nouvelles lignes directes»<sup>53</sup>.

16. En matière audiovisuelle, le CSA et le Médienrat sont tous deux chargés d'élaborer des règlements portant sur la publicité et sur la protection des mineurs ainsi que, pour le CSA seul, sur l'information politique en période électorale<sup>54</sup>.

Cette compétence réglementaire est tout à fait particulière, dès lors qu'elle est confiée au collège d'avis institué au sein du CSA et à la chambre consultative instituée au sein du Médienrat, qui sont notamment composés de représentants du secteur

<sup>48</sup> Art. 7, § 4 Décr. Rég. fl. du 30 avril 2004.

<sup>49</sup> Art. 13 Décr. Rég. w. du 12 avril 2001.

<sup>50</sup> Art. 34 Décr. Rég. w. du 12 avril 2001.

<sup>51</sup> [www.cwape.be/servelet/Repository?IDR=589](http://www.cwape.be/servelet/Repository?IDR=589).

<sup>52</sup> [www.cwape.be/servelet/Repository?IDR=579](http://www.cwape.be/servelet/Repository?IDR=579).

<sup>53</sup> Art. 30bis Ord. du 19 juillet 2001, tel qu'inséré par l'Ord. du 14 décembre 2006.

<sup>54</sup> Art. 132, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> Décr. du 27 février 2003 et art. 114, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> Décr. du 27 juin 2005.

audiovisuel. David De Roy souligne, à cet égard, à la fois l'essor d'un «pouvoir réglementaire en corégulation»<sup>55</sup> et l'atteinte à l'indépendance de l'autorité de régulation par rapport au secteur régulé<sup>56</sup>.

Les règlements élaborés par le CSA doivent être approuvés par le Gouvernement de la Communauté française; aucune publicité particulière n'est prévue<sup>57</sup>. Ceux du Médienrat «seront transmis aux différents opérateurs dans le domaine des médias».

17. Dans le *secteur du transport aérien*, le Service de Régulation est notamment habilité, par l'article 31 de l'arrêté royal du 27 mai 2004, à arrêter les modalités de publication des conditions d'utilisation de l'aéroport par les opérateurs aériens que l'exploitant de l'aéroport de Bruxelles-National est tenu de publier, et à préciser les informations que ces conditions doivent contenir. Il est vrai que tout arrêté en la matière ne pourrait viser que le seul bénéficiaire de la licence d'exploitation de l'aéroport; il ne revêt dès lors, en principe, qu'une portée individuelle. La portée générale des mesures arrêtées<sup>58</sup>, même s'il ne s'agit que de dispositions additionnelles, semble cependant permettre de rapprocher le procédé du pouvoir réglementaire. En l'espèce, celui-ci ne poserait cependant pas vraiment de problèmes, puisque le Ministre compétent dispose d'un pouvoir de contrôle hiérarchique sur les décisions du Service de Régulation.

18. La loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du *secteur financier* et aux services financiers confère, en ses articles 20 et 30, un véritable pouvoir réglementaire à la CBFA. Ainsi, par exemple, la CBFA est autorisée à fixer, par voie de règlements, à quelles conditions des pratiques courantes du marché sont ou non constitutives d'infractions aux règles de conduite définies dans la loi. Elle est également compétente pour déterminer sous quelles conditions une transaction concernant un marché réglementé est conforme aux pratiques de marché admises.

Mais il faut surtout mentionner l'article 64 de la loi du 2 août 2002, en vertu duquel, «dans les domaines relevant de ses compétences, la CBFA peut prendre des

<sup>55</sup> Selon les termes empruntés à F. JONGEN, «Cinq ans plus un: premier bilan du nouveau C.S.A.», *A&M*, 2005, p. 425.

<sup>56</sup> D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, p. 740.

<sup>57</sup> David De Roy suggère que cette lacune soit interprétée «en ce sens que – l'arrêté d'approbation revêtant le caractère réglementaire de l'acte approuvé – celui-ci doit naturellement être publié en annexe de cet arrêté qui, lui, ne peut échapper à la publication» («Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, p. 741).

<sup>58</sup> Voy. l'arrêté du 31 mars 2006 du Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National fixant le contenu et les modalités de publication des conditions d'utilisation des installations aéroportuaires à l'aéroport de Bruxelles-National, *M.B.*, 3 mai 2006.

règlements complétant les dispositions légales ou réglementaires concernées sur des points d'ordre technique».

L'article 64, alinéa 3 de la loi du 2 août 2002 dispose, à cet égard, que:

«Les règlements de la CBFA ne sortent leurs effets qu'après leur approbation par le Roi et leur publication au Moniteur belge. Le Roi peut apporter des modifications à ces règlements ou suppléer à la carence de la CBFA d'établir ces règlements.».

La CBFA édicte, par ailleurs et depuis toujours, un grand nombre de circulaires<sup>59</sup>, qui ont soit pour objet de donner une publicité nécessaire à l'interprétation donnée par la CBFA de dispositions légales ou réglementaires, soit pour but d'annoncer l'attitude qu'elle adoptera dans une situation particulière<sup>60</sup>.

## 2. Évaluation du procédé

19. L'évaluation de l'attribution aux autorités de régulation d'un pouvoir réglementaire, de même que de l'adoption, à leur initiative propre, de circulaires ou de «lignes directrices» ne se veut pas spécifique à la matière de la régulation. Il s'agit là de questions traditionnelles du droit administratif, qu'il convient de résoudre conformément aux réponses données par le droit administratif général.

Si une attention plus particulière est donnée à la question du pouvoir réglementaire, l'on se permet ainsi de renvoyer, pour ce qui concerne la question des circulaires des autorités de régulation, à ce qu'en a déjà dit une doctrine abondante. Notons simplement, à cet égard, un arrêt Petercam, n° 91.998 du 8 janvier 2001, par lequel le Conseil d'État a suspendu une circulaire de la Commission bancaire et financière, jugeant que cette circulaire avait un caractère réglementaire bien qu'elle fût adoptée dans un domaine où cette institution ne disposait pas d'un pouvoir réglementaire<sup>61</sup>.

20. Dans leur excellente contribution consacrée à la régulation en droit public<sup>62</sup>, Xavier Delgrange, Luc Detroux et Hugues Dumont examinent de manière approfondie la régularité de l'attribution, par les divers législateurs, d'un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation. Nous nous contenterons, pour notre part, de rappeler brièvement les tenants et aboutissants du problème.

<sup>59</sup> Ces circulaires sont publiées sur le site internet de la CBFA, [www.cbfa.be](http://www.cbfa.be).

<sup>60</sup> Voy. J.-M. GOLLIER, «Organisation et méthode d'intervention», in X. DIEUX (dir.), *o.c.*, pp. 105 et s., spéc. p. 130.

<sup>61</sup> Voy. J.-M. GOLLIER, *o.c.*, p. 145, note 151.

<sup>62</sup> X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, *o.c.*

En vertu de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, les pouvoirs sont exercés de la manière établie par la Constitution; l'article 108 dispose, quant à lui, que le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois. Selon la section de législation du Conseil d'État, il résulte de la combinaison de ces dispositions que le pouvoir réglementaire est réservé au Roi, de telle sorte qu'il n'est pas permis au législateur d'attribuer directement une compétence réglementaire à un organisme public décentralisé ou à une autorité administrative indépendante, qui n'endosse aucune responsabilité politique du fait de leurs actes<sup>63</sup>. Des obstacles similaires existent pour les institutions autonomes créées par les Communautés et les Régions, puisque l'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles prévoit, comme l'article 108 de la Constitution, que c'est au Gouvernement de faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des décrets, sans pouvoir jamais ni suspendre les décrets eux-mêmes, ni dispenser de leur exécution<sup>64</sup>.

Certains avis considèrent toutefois que le vice d'inconstitutionnalité dont sont affectés les projets portant attribution d'un pouvoir réglementaire à ces organismes autonomes peut être résorbé par l'approbation des règlements de l'organisme, selon le cas par un ministre ou par le Roi<sup>65</sup>. D'autres avis suivent, au contraire, une ligne «dure» et constatent qu'un tel pouvoir d'approbation n'est pas suffisant «pour se conformer à la Constitution car, malgré [celui-ci], il restera toujours que le Roi ou le Ministre auront, si le pouvoir a été confié à une autorité indépendante, perdu l'initiative qui doit demeurer la leur aux termes de la Constitution»<sup>66</sup>.

La section de législation note, d'ailleurs, qu'une telle attribution de compétence présente, en outre, d'importants inconvénients: la publication des règlements adoptés par ces autorités indépendantes «est aléatoire» puisque les règles applicables aux arrêtés royaux et ministériels ne s'étendent pas aux règlements de ces autorités, et ces règlements ne sont pas soumis à l'avis préalable du Conseil d'État.

21. La Cour d'arbitrage ne semble toutefois pas abonder, quant à elle, dans le sens de la section de législation du Conseil d'État. Dans un arrêt n° 24/98 du 10 mars 1998, la Cour a considéré qu'un législateur régional pouvait attribuer à un organisme public – en l'espèce, la Société du logement de la Région bruxelloise – le pouvoir d'établir des règlements, dès le moment où il n'attribuait pas, ce faisant, «un pouvoir réglementaire général qui seul peut être exercé, en vertu des articles

<sup>63</sup> C.E., avis n° L. 22.537/2, cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État en 1995 – Chronique de jurisprudence», R.B.D.C., 1996, pp. 222-223.

<sup>64</sup> C.E., avis du 17 mars 1997 sur un avant-projet de décret relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel, cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État en 1997 – Chronique de jurisprudence», R.B.D.C., 1998, pp. 294-295.

<sup>65</sup> C.E., avis n° L. 22.933/8 du 8 février 1994 sur un avant-projet de décret «betroffende de zeehavens», cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État en 1994 – Chronique de jurisprudence», R.B.D.C., 1995, p. 102.

<sup>66</sup> C.E., avis n° L. 22.537/2 précité.

20 et 78 de la loi spéciale du 8 août 1980», par le Gouvernement régional. Elle constate, à cet égard, que l'ordonnance contestée attribue précisément au Gouvernement bruxellois le soin d'adopter ses mesures d'exécution.

L'article 108 de la Constitution contenant une règle identique à l'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, il faut en conclure que, selon la Cour d'arbitrage, le législateur est autorisé à confier à un organisme autonome – comme une autorité de régulation – un pouvoir réglementaire, dès l'instant où cet organisme ne se voit pas attribuer, par-là même, un pouvoir général d'exécution, mais que celui-ci reste confiné à des mesures précises identifiées par le législateur.

22. Dans des avis plus récents, la section de législation a, elle aussi, fait montre de pragmatisme. Le principe même de l'attribution d'une fonction réglementaire à une autorité autre que le pouvoir exécutif ne semble plus soulever, en soi, d'objection constitutionnelle, à condition toutefois que cette délégation se fasse dans un cadre strict, en vertu duquel le pouvoir exécutif, responsable politiquement devant les chambres législatives, doit maintenir un contrôle sur l'organisme régulateur qui échappe, pour sa part, à une telle responsabilité. Ainsi, à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de décret de la Communauté française sur la radiodiffusion, le Conseil d'État pose-t-il, à propos de l'attribution d'un pouvoir réglementaire au CSA, que, d'une part, cette délégation doit avoir une portée limitée et que, d'autre part, le règlement adopté par ce biais doit être soumis à l'approbation du Gouvernement<sup>67</sup>.

On a pu suggérer, en outre, qu'en cas de carence de l'autorité de régulation dans l'adoption des actes réglementaires, il devrait être prévu que le pouvoir exécutif puisse reprendre la main et adopter lui-même ces instruments. C'est d'ailleurs, on l'a vu, ce qui a été imaginé pour les règlements à adopter par la CBFA. Toutefois, l'objet le Conseil d'État, si un tel mécanisme n'est pas prévu expressément, le pouvoir exécutif ne pourra passer outre la passivité du régulateur: «Le pouvoir d'approbation des règlements que le décret attribue au Gouvernement est un pouvoir de tutelle. Le Gouvernement ne peut donc substituer son propre règlement à celui que [l'organisme] est chargé, en vertu du décret, de prendre en son nom propre, même s'il ne pourra sortir ses effets que moyennant l'approbation du Gouvernement»<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> C.E., avis n° 33.865/4 du 13 décembre 2002 sur un avant-projet de décret «sur la radiodiffusion», Doc. parl., Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 357/1, cité par R. ANDERSEN, P. NIHOUL et M. JOASSART, «Le Conseil d'État en 2002 – Chronique de jurisprudences», R.B.D.C., 2004, p. 86.

<sup>68</sup> C.E., avis n° 34.648/1 du 5 février 2003 sur un projet d'arrêt du Gouvernement de la Communauté française portant réglementation générale des milieux d'accueil, cité par R. ANDERSEN, P. NIHOUL et M. JOASSART, «Le Conseil d'État en 2003 – Chronique de jurisprudences», R.B.D.C., 2005, p. 111.

## B. Le pouvoir d'adopter des décisions administratives individuelles

## 1. Identification des hypothèses

23. Les autorités de régulation ayant la forme d'un service ou d'une autorité administrative se voient attribuer le pouvoir d'adopter des mesures individuelles, obligatoires à l'égard des tiers. Les décisions individuelles mettant en œuvre les pouvoirs répressifs des autorités de régulation ne sont cependant pas identifiées au présent titre.

Dans le *secteur des postes et télécommunications*, l'IBPT est compétent pour adopter des décisions individuelles imposant, par exemple, des obligations en matière d'interconnexion ou d'accès aux infrastructures de communications électroniques, ou imposant des obligations de non-discrimination, de séparation comptable, de transparence, d'orientation des tarifs en fonction des coûts, aux opérateurs de télécommunications disposant d'une puissance significative sur le marché. Ce faisant, «ces autorités ne le font pas en appliquant des normes prédéfinies mais bien en fonction de la conception qu'elles se font des intérêts des parties et de l'intérêt général du marché. [...] Décision individuelle, elle s'applique toutefois à l'activité réglementaire, dans la mesure où elle n'est pas la simple application d'une norme préétablie»<sup>69</sup>. Plus exactement, l'IBPT dispose, pour ce faire, d'un très large pouvoir discrétionnaire.

Dans le *secteur de l'énergie*, la CREG dispose d'un important pouvoir décisionnel, dont celui d'approuver les tarifs des gestionnaires de réseaux; de même, à l'occasion de son pouvoir de contrôle, la CREG est également amenée à adopter des actes unilatéraux ayant force obligatoire pour leurs destinataires. En Région flamande, la VREG a, entre autres, le pouvoir de désigner les gestionnaires des réseaux de distribution, d'attribuer les autorisations de fourniture, les certificats d'énergie écologique ou thermique, etc. La CWAPE est, quant à elle, notamment compétente pour attribuer les certificats verts et, de manière générale, contrôler la correcte application des décrets par les acteurs du secteur. À Bruxelles et sous réserve de ce qui sera évoqué *infra* en matière de sanction et de résolution des litiges, la Commission de régulation ne s'est pas vue confier le pouvoir d'adopter des décisions individuelles particulières; il faut toutefois considérer qu'elle dispose de pareil pouvoir en vertu de sa mission de contrôle.

En *matière audiovisuelle*, tant le CSA et le VRM que le Medienrat ont le pouvoir d'adopter des décisions administratives individuelles, notamment en vue d'attribuer les radiofréquences selon le plan de fréquence (le pouvoir discrétionnaire est relativement faible) ou d'imposer des obligations en matière d'interconnexion et d'accès aux infrastructures de communications électroniques utilisées pour la diffu-

<sup>69</sup> X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, *o.c.*, pp. 101-102.

sion de services audiovisuels, ou encore d'imposer des obligations aux opérateurs puissants sur un marché de services audiovisuels (à l'instar de l'IBPT, sur ce point, le pouvoir discrétionnaire est fort important). Le CSA et le VRM sont également compétents pour autoriser l'édition ou la transmission de services audiovisuels.

Dans le *secteur du transport aérien*, le Service de Régulation dispose de diverses compétences d'approbation et de modifications notamment du système tarifaire et de la formule de contrôle tarifaire visant à limiter l'évolution des revenus que peut percevoir l'exploitant de l'aéroport de Bruxelles-National. Ces dernières décisions du Service de Régulation ne sont cependant obligatoires qu'après l'approbation du Ministre compétent et leur publication au *Moniteur belge*.

Dans le *secteur du transport ferroviaire*, la loi du 4 décembre 2006 attribue certes à l'autorité de régulation économique un pouvoir de décision individuelle, mais ce pouvoir est exercé soit dans le cadre des missions de contrôle de l'autorité, pouvant le cas échéant déboucher sur une amende administrative, soit dans le cadre d'un recours administratif ou du règlement administratif des litiges, l'autorité se voyant alors déléguer une mission quasi-juridictionnelle. Ces deux hypothèses sont examinées *infra*.

Enfin, la *CBFA* peut, par exemple, refuser d'approuver le prospectus d'une offre publique d'acquisition, s'opposer à l'admission d'un instrument financier pour des motifs de protection des intérêts des investisseurs, suspendre tout ou partie des négociations ayant lieu sur un marché réglementé belge lorsqu'un événement exceptionnel perturbe le fonctionnement régulier de ce marché, s'opposer à l'acquisition d'une société de marché si elle a des raisons de penser que l'acquéreur ne présente pas les qualités nécessaires en vue de garantir une gestion saine et prudente de l'entreprise de marché en question, etc.

24. L'article 11, § 1<sup>er</sup> de la loi coordonnée le 15 septembre 2006 confère au *Conseil de la concurrence* la qualité de juridiction administrative. Les décisions qu'il adopte revêtent donc, en principe, un caractère juridictionnel.

La compétence du Conseil de la concurrence de constater si une concentration d'entreprises est admissible et, par conséquent, d'approuver celle-ci préalablement (art. 8 de la loi coordonnée) semble cependant assez éloignée de toute compétence juridictionnelle. L'approbation du Conseil de la concurrence est, en effet, antérieure à tout litige entre des prétentions opposées qu'il s'agirait de trancher; elle ne sanctionne pas un comportement, mais elle repose uniquement sur une analyse prospective des effets de la concentration. «Les entreprises concernées par la concentration ne peuvent la mettre en œuvre aussi longtemps que le Conseil ne s'est pas prononcé sur l'admissibilité de la concentration»<sup>70</sup>. Selon la section de

<sup>70</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 21.

législation du Conseil d'État, le contrôle des concentrations «est de nature préventive, étant donné qu'il vise à intervenir dans certains mécanismes avant que ceux-ci ne puissent affecter le marché. Il peut être admis que ce contrôle s'opère par la voie de procédures administratives, sans qu'il y ait à cet égard un débat contradictoire ou qu'une décision juridictionnelle ne soit prise», même si, en l'espèce, la section de législation s'est bornée à constater que la décision rendue est juridictionnelle, puisque rendue par une juridiction administrative<sup>71</sup>. Un critère classique de la décision juridictionnelle fait pourtant déjà défaut<sup>72</sup>.

Une autre condition est nécessaire à l'adoption d'une décision juridictionnelle, à savoir celle de l'indépendance de l'autorité juridictionnelle statuant sur le litige qui lui est soumis. Or, l'article 60 de la loi coordonnée le 15 septembre 2006 prévoit la possibilité, pour le Conseil des ministres, de lever les obligations assortissant une concentration, ou d'autoriser la concentration. Cette sorte de tutelle inaugurée prive le Conseil de la concurrence de l'indépendance requise pour exercer une fonction juridictionnelle<sup>73</sup>. La section de législation du Conseil d'État l'a d'ailleurs souligné à plusieurs reprises: cette possibilité se heurte à l'autorité de la chose jugée et amalgame une procédure juridictionnelle et une procédure administrative. Cette objection est, pour le Conseil d'État, fondamentale<sup>74</sup>.

Enfin, il ne semble pas envisageable qu'une décision de ne pas autoriser une concentration d'entreprises soit revêtue de l'autorité de la chose jugée<sup>75</sup>. En effet, rien n'empêche, en principe, que la même opération de concentration, notifiée à nouveau au Conseil de la concurrence, puisse être autorisée, si la situation du marché a évolué favorablement<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Avis n° 27.220/1-27.221/1 du 23 avril 1998 cité dans l'avis 38.503/1 de la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 130.

<sup>72</sup> Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 115.

<sup>73</sup> Comp. C.J.C.E., 31 mai 2005, C-53/03, Syfait, § 30, et le commentaire, sur ce point, de P. NIHOUL, «Le projet de loi belge sur la protection de la concurrence économique. Les relations avec le règlement CE 1/2003», *R.C.B.-T.B.M.*, 2006, p. 13, note 38.

<sup>74</sup> Avis n° 27.220/1-27.221/1 du 23 avril 1998 cité dans l'avis n° 38.503/1 précité de la section de législation du Conseil d'État, pp. 131 et 154.

<sup>75</sup> Ce critère est pourtant considéré comme décisif pour établir la nature juridictionnelle d'une décision, selon M. CROMHEECKE et J. VANDE LANOTTE, «Een overzicht van administratieve rechtscolleges», *T.B.P.*, 1995, p. 549. La Cour de cassation l'a érigé au rang de principe général de droit administratif à l'égard d'une juridiction administrative (Cass., 21 juin 2004, n° 03.0139 N, [www.cass.be](http://www.cass.be)).

<sup>76</sup> Bruxelles, 15 septembre 2005, Editco, R.G. 2004/MR/2-3-4-5, § 16, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (commenté *infra*, n° 70), renvoyant pour comparaison à C.J.C.E., 30 septembre 2003, ARD c. Comm., T-158/00, § 163. C'est l'un des rares passages de l'arrêt de la cour d'appel du 15 septembre 2005 qui n'est pas remis en cause par la critique très fouillée de F. LOUIS et S. DIERCKENS, «L'effet dévolutif du recours contre des décisions du Conseil de la concurrence en matière de concentrations», *R.C.B.-T.B.M.*, 2006, pp. 131-145.

La Cour de Justice des Communautés européennes va même plus loin, en ne reconnaissant pas la qualité de juridiction aux autorités nationales de concurrence, eu égard à la nature de celles-ci, identique à la nature de la Commission européenne: administrative et non pas juridictionnelle<sup>77</sup>. L'autonomie conceptuelle du droit communautaire prive cependant ses arrêts de tout effet sur l'analyse de la nature de la décision en droit belge.

En l'espèce, comme l'a relevé Michel Leroy pour d'autres juridictions administratives, «parfois la loi lui imprime un caractère délibérément juridictionnel, même alors que la nature de l'acte est étrangère au règlement de tout litige»<sup>78</sup>. Il y a cependant lieu de tirer la conséquence logique de cette constatation: le contrôle préalable des concentrations relève, en réalité, d'une mission de gestion administrative confiée à une juridiction administrative. Le Conseil de la concurrence agit donc, dans ce cas, en qualité d'autorité administrative de contrôle et adopte une décision administrative individuelle<sup>79</sup>.

## 2. Évaluation du procédé

**25.** Le pouvoir de décision individuelle ne va pas nécessairement de soi. Dans l'avis qu'il a prononcé relatif à l'avant-projet de loi qui allait devenir la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, le Conseil d'État a estimé que l'attribution d'un pouvoir de décision, même individuel, à un organisme qui n'a pas à répondre politiquement de ses actes ne peut aller de pair qu'avec l'élaboration de mécanismes de contrôle dont l'intensité doit être directement proportionnelle au pouvoir discrétionnaire attribué:

<sup>77</sup> Voy. C.J.C.E., 31 mai 2005, C-53/03, Syfait. Cet arrêt est cependant critiquable: des autorités nationales de concurrence sont ou peuvent sans conteste être des juridictions. À tout le moins, les compétences attribuées par l'art. 5 du Règlement 1/2003 aux ACN peuvent être exercées par des juridictions, notamment judiciaires, en Belgique: voy. l'art. 35.1 du Règlement européen 1/2003; F. LOUIS et S. DIERCKENS, *o.c.*, p. 144; P. NIHOUL, *o.c.*, p. 13; C. SCHURMANS, *o.c.*, pp. 92-94.

<sup>78</sup> Voy. M. LEROY, *o.c.*, pp. 115-116.

<sup>79</sup> Xavier Taton l'a déjà envisagé dans ses articles «Les procédures dérogatoires et accélérées en droit bancaire et financier» in J.F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les actions en cessation*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 182, note 140, et «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», *o.c.*, p. 803, note 41. Cette conclusion peut se prévaloir de l'analogie avec les nombreuses autorités administratives qui exercent, elles, des missions juridictionnelles, ou avec certaines autorités judiciaires qui posent également des actes non juridictionnels (telles certaines missions du juge de paix en matière de tutelle, par exemple les autorisations visées par l'art. 410 C. civ.). Voy., en particulier, Bruxelles, 15 septembre 2005, R.G. 2004/MR/2-3-4-5, Editco, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), commenté *infra*, n° 70; Bruxelles, 5 avril 1996, R.D.C., 1996, p. 916.

«Lorsqu'il s'agit d'appliquer à des cas individuels une réglementation précise, qui ne laisse que peu de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'organisme, le pouvoir de contrôle de l'exécutif peut être réduit. Par contre, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont conférés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit du Gouvernement.»<sup>80</sup>

Cette exigence pose, dès lors, la question du degré d'indépendance des autorités de régulation par rapport au pouvoir exécutif.

26. La volonté affichée par les divers législateurs est d'instituer des régulateurs disposant d'une large indépendance par rapport aux autorités politiques. S'ils ne sont pas qualifiés comme tels d'«*autorités administratives indépendantes*»<sup>81</sup>, on les nomme pourtant, la plupart du temps, «*organisme autonome ayant la personnalité juridique*»<sup>82</sup>. Leur degré d'autonomie varie pourtant d'un cas à un autre.

a) Certains régulateurs sont soumis à un véritable contrôle de tutelle, que ce soit pour une partie ou pour l'ensemble des décisions individuelles qu'ils sont susceptibles de prendre. C'est le cas par exemple de certaines décisions de l'IBPT bien que cette possibilité ne soit toujours pas mise en œuvre, en l'absence des arrêtés d'exécution nécessaires<sup>83</sup>. C'est le cas également de la CREG, dont certaines décisions peuvent, par arrêté délibéré, être suspendues par le Conseil des ministres lorsqu'elles violent la loi, blessent l'intérêt général ou sont contraires aux lignes directrices de la politique énergétique belge<sup>84</sup>, ainsi que de la CWaPE, dont l'article 51 du décret du 12 avril 2001 prévoit qu'elle est soumise au contrôle du Gouvernement wallon par l'intermédiaire de deux

<sup>80</sup> C.E., avis n° 33.255/4 du 5 juin 2002 précité (v. note 37).

<sup>81</sup> L'expression est, en réalité, peu usitée en Belgique et y fait sans doute figure d'épouvantail – exception faite toutefois du CSA, expressément qualifié d'autorité administrative indépendante jouissant de la personnalité juridique par le Décr. du 27 février 2003.

<sup>82</sup> Voy., à cet égard, les termes utilisés par la loi du 29 avril 1999 pour qualifier la CREG (art. 23), le décret du 12 avril 2001 pour qualifier la CWaPE (art. 43), la loi du 2 août 2002 pour qualifier la CBFA (art. 44). Quant à la VREG et au VRM, leur statut est celui d'une «*agence autonomisée externe de droit public*» au sens du décret-cadre flamand du 18 juillet 2003 sur la politique administrative (M.B., 22 août 2003).

<sup>83</sup> Art. 15 de la loi du 17 janvier 2003, qui prévoit que cette tutelle s'appliquera aux décisions dont le Roi déterminera la liste et suivant une procédure à fixer par le Roi. Ni la liste, ni la procédure n'ont, à ce jour, été établis. Cet article s'inspire du mécanisme sur lequel s'est basé le législateur fédéral pour organiser le contrôle de tutelle de la CREG. Art. 29<sup>sevies</sup> de la loi du 29 avril 1999 inséré par la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (M.B., 29 juillet 2005). À ce sujet, voy. G. BLOCK, D. HAVERBEKE et L. HAGE, «La réforme des marchés de l'électricité et du gaz», J.T., 2005, pp. 701 et s., spéc. p. 711; B. DELVAUX, o.c., pp. 211 et s.

commissaires du Gouvernement. C'est le cas encore du Mediatrat<sup>85</sup> et du CSA, dont la bonne gestion administrative et financière est contrôlée par un commissaire du Gouvernement, qui ne peut toutefois exercer un recours au Gouvernement que sur les actes qui ont trait à cette gestion, et seulement pour violation de la loi ou s'ils mettent en péril l'équilibre financier du CSA<sup>86</sup>. Pour rappel, le Service de Régulation, créé au sein du SPF Mobilité et Transports, est soumis, pour sa part, au contrôle hiérarchique direct du Ministre compétent. Enfin, l'existence du contrôle particulier du Conseil des ministres sur les décisions du Conseil de la concurrence en matière de concentration a été examiné *supra*.

b) La plupart des autres décisions des autorités de régulation ne font pas, comme telles, l'objet d'un contrôle direct. Ce n'est que par l'entremise de moyens indirects que l'autorité politique peut espérer exercer une surveillance de l'organisme régulateur. Parmi ceux-ci, mentionnons l'obligation, pour le régulateur, de rédiger un rapport annuel, la possibilité, pour le pouvoir exécutif, de désigner les membres des autorités de régulation, l'établissement ou l'approbation du règlement d'ordre intérieur de l'institution, etc.<sup>87</sup>.

27. L'organisation d'une tutelle sur les actes des autorités de régulation et, plus largement, des autorités administratives indépendantes est un sujet de débat permanent, notamment sur le plan politique. Il pose également question sur le plan juridique. Comme on l'a vu, l'attribution d'un pouvoir de décision discrétionnaire au régulateur impose en principe l'organisation d'un contrôle renforcé par l'autorité politiquement responsable. Mais, d'un autre côté, le mécanisme de la décentralisation par service s'accorde difficilement d'un contrôle de tutelle coercitive qui, selon la doctrine<sup>88</sup>, implique un contrôle d'opportunité. La section de législation du Conseil d'État semble être pour sa part sensible à la nécessité d'assurer l'indépendance des autorités de régulation dans l'exercice de leurs missions<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Art. 96 Décr. Comm. germ. du 27 juin 2005.

<sup>86</sup> Art. 149, § 2 Décr. Comm. fr. du 27 février 2003.

<sup>87</sup> Voy. C.E., avis n° 33.255/4 du 5 juin 2002 précité (v. note 37).

<sup>88</sup> J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 199 et A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief Recht*, Malines, Kluwer, 2002, p. 110, cités par C.E., avis n° 38.106/1 du 24 février 2005 relatif à l'avant-projet de loi organisant les voies de recours contre les décisions prises par la Commission, prévues par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations et la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1895/1, p. 29.

<sup>89</sup> Voy. C.E., avis n° 33.255/4 du 5 juin 2002 précité (v. note 37).

Pour ménager ces deux impératifs, la section de législation a proposé l'adoption d'une mesure originale, consistant à organiser la possibilité, pour le pouvoir exécutif, d'introduire, auprès du juge compétent, un recours dans l'intérêt de la loi, «ne fût-ce que parce qu'une décision favorable au demandeur et ne lézant aucun tiers, mais néanmoins illégale, doit pouvoir être anéantie dès lors qu'elle n'a pas été prise par une autorité politiquement responsables»<sup>90</sup>. Une telle possibilité est notamment offerte à l'autorité politique contre certaines décisions de l'IBPT<sup>91</sup> et du CSA<sup>92</sup>.

**28.** Une particularité mérite encore l'attention. Il s'agit de la compétence, attribuée à la CBFA, de déroger, sur des points précis et de manière individuelle, à des dispositions légales et réglementaires<sup>93</sup>. En ce sens, l'article 30, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> de la loi du 2 août 2002 dispose que :

«La CBFA peut, dans des cas individuels, et moyennant publicité adéquate, régulière et non nominative de la politique de dérogation suivie, accorder des dérogations aux dispositions des articles 26 et 27 ou aux dispositions arrêtées en application des articles 26, 28 et 29, si elle estime que les dispositions en question sont inadaptées aux activités ou à la situation de l'intermédiaire financier, de l'émetteur, de l'offrant concerné et à condition que cet intermédiaire, émetteur ou offrant mette en œuvre des mesures alternatives adéquate qui assurent un niveau de protection équivalent des intérêts des investisseurs et de l'intégrité du marché».

Dans son avis du 6 mars 1995 donné sur un avant-projet de loi relatif «aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers de placement», la section de législation du Conseil d'État s'était fermement opposée à un tel pouvoir de dérogation. Elle s'exprimait en ces termes :

«Cette faculté de faire échec à l'application de la loi porte non seulement atteinte au caractère général de la norme légale, mais aussi au principe de l'égalité devant la loi (...); de plus, il est juridiquement inadmissible que le [projet de loi] attribue aux autorités de contrôle le pouvoir de déroger à des arrêtés royaux ou à

<sup>90</sup> C.E., avis n° 33.255/4 du 5 juin 2002 précité (v. note 37).

<sup>91</sup> Art. 2 de la loi-recours.

<sup>92</sup> Art. 134 Décr. Comm. fr. du 27 février 2003.

<sup>93</sup> À ce sujet, voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, pp. 27-29; J.-M. GOLLIER, *o.c.*, pp. 143 et s.; Ph. LAMBRECHT et J.-F. TOSSENS, «La réforme de la surveillance du secteur financier», *Rev. prat. soc.*, 2002, pp. 113 et s., spéc. pp. 155-157.

des arrêtés futurs avant que le législateur n'en connaisse la substance et puisse juger de la nécessité d'y déroger ou d'habiliter une autorité à le faire»<sup>94</sup>.

Si cette objection ne s'est pas retrouvée dans l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers – l'exposé des motifs avait d'ailleurs argumenté qu'un tel pouvoir de dérogation est reconnu à la Commission bancaire depuis sa création et est consacré par les directives européennes –, la section de législation du Conseil d'État la formule à nouveau dans son examen d'un avant-projet de loi relative aux émissions publiques de titres<sup>95</sup>.

## II. Le pouvoir de sanction des autorités de régulation

**29.** Le pouvoir de répression est une caractéristique majeure des autorités de régulation. Comme l'a constaté l'Exposé des motifs de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, «l'émergence d'autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction propre répond au double souci de nombreux États de mieux appréhender la complexité du jeu social et de moraliser certains secteurs économiques» (p. 26).

Un tel pouvoir ne constitue toutefois ni une nouveauté en droit administratif, ni une spécificité des autorités de régulation. Le droit administratif se pénalise – cela n'est un secret pour personne et a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses réflexions en doctrine. Le rapport de Frédéric Krenck dans le présent ouvrage y est d'ailleurs consacré et nous nous permettons d'y renvoyer. Nous nous contenterons, pour notre part, d'identifier les hypothèses dans lesquelles les autorités de régulation se sont vues attribuer un tel pouvoir répressif, et d'alimenter le débat de quelques réflexions connexes.

### A. Identification des hypothèses

**30.** Dans les secteurs des postes et télécommunications, l'IBPT peut adopter des mesures provisoires, peut mettre en demeure un contrevenant de se conformer à la réglementation applicable et peut enfin infliger, en cas de non-respect de la mise en demeure, des sanctions administratives sous la forme d'amendes (pouvant

<sup>94</sup> C.E., avis n° L. 24.188/2 du 6 mars 1995 sur un avant-projet de loi relatif aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placement, cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, «Le Conseil d'État en 1995 – Chronique de jurisprudence», *R.B.D.C.*, 1996, p. 221.

<sup>95</sup> C.E., avis n° 33.346/2 du 26 juin 2002, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2002-2003, n° 2432/1, cité par R. ANDERSEN, P. NIHOUL et M. JOASSART, «Le Conseil d'État en 2002 – Chronique de jurisprudence», *o.c.*, pp. 84-85.

s'élever jusqu'à 12,5 millions d'euros) voire de la suspension de l'exploitation d'un réseau, de la fourniture d'un service, ou encore de la commercialisation ou de l'utilisation d'un service ou d'un produit<sup>96</sup>.

La Commission d'éthique pour les télécommunications se prononce, quant à elle, sur le respect du Code d'éthique pour les télécommunications, suite à une plainte des intéressés, et doit sanctionner toute infraction à ce Code par une amende administrative ou une suspension, voire une radiation, des activités concernées. Pour prononcer ces sanctions, la Commission doit tenir compte de la gravité de l'infraction ainsi que du caractère délibéré ou non de celle-ci<sup>97</sup>.

**31.** En matière *énergétique*, les régulateurs fédéral et régionaux se sont également vus attribuer un pouvoir de sanction administrative. La loi du 29 avril 1999 dispose ainsi, en son article 31, que la CREG peut enjoindre à toute personne établie en Belgique de se conformer à des dispositions déterminées de ladite loi, dans un certain délai. Si, à l'expiration de ce délai, la personne reste en défaut, «la Commission peut, la personne entendue ou dûment convoquée, lui infliger une amende administrative». La loi précise utilement, à cet égard, que le montant des amendes infligées aux gestionnaires de réseaux ne peut être intégré dans les coûts de ces gestionnaires, mais doit être déduit de sa marge bénéficiaire équitable.

La CWAPE, la VREG et la Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale se sont vus octroyer un pouvoir similaire.

**32.** En matière *audiovisuelle*, le CSA dispose lui aussi d'un pouvoir de sanction, en vertu de l'article 156 du décret du 27 février 2003. Il convient toutefois de remarquer, à ce propos, que l'amende administrative n'est pas traitée de manière fondamentalement distincte des autres sanctions administratives que peut prononcer le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA (p. ex., l'avertissement, la suspension du programme incriminé, la suspension de l'autorisation, etc.). L'amende peut d'ailleurs être infligée accessoirement à une autre sanction administrative prévue par le décret. Notons que le décret du 27 février 2003 ne prévoit pas l'envoi au contrevenant d'une injonction par le CSA, préablement à l'ouverture de l'infraction répressive.

Le VRM (art. 176 Décr. coord. le 4 mars 2005) et le Medienrat (art. 121 Décr. du 27 juin 2005) sont également pourvus d'attributions répressives allant de l'avertissement comportant l'ordre de mettre fin à l'infraction jusqu'à la suspension ou au retrait de l'agrément du diffuseur, en passant par l'amende administrative.

<sup>96</sup> Art. 20 et 21 de la loi-statut. Voy. en particulier, pour le secteur postal, l'art. 144*duodecimes* de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (M.B., 27 mars 1991), qui complète les compétences de sanctions conférées à l'IBPT.

<sup>97</sup> Art. 134 de la loi du 13 juin 2005.

**33.** Dans le *secteur du transport aérien*, le Service de Régulation est notamment compétent pour enjoindre à l'exploitant de l'aéroport de Bruxelles-National de se conformer à la réglementation applicable et, si l'intéressé reste en défaut de donner suite à cette injonction, d'infliger des amendes administratives. Si l'amende est devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, elle s'impute sur le montant de l'amende pénale qui serait, le cas échéant, prononcée pour ces faits à l'égard de la même personne<sup>98</sup>.

Dans le *secteur du transport ferroviaire*, l'autorité de régulation économique contrôle notamment le montant des redevances d'utilisation de l'infrastructure et veille à ce que la répartition des capacités d'infrastructure soient conforme aux dispositions de la loi du 4 décembre 2006. Le cas échéant, elle peut infliger au contrevenant une amende administrative, par une décision motivée et après avoir entendu les parties en cause.

**34.** Le *Conseil de la concurrence*, juridiction administrative, dispose de très larges compétences répressives. Outre que son Président peut imposer des mesures provisoires (art. 62 de la loi coordonnée le 15 septembre 2006), il peut ordonner la cessation d'une pratique anti-concurrentielle (art. 52) et assortir la plupart de ses décisions (en ce compris les décisions en matière de concentration des entreprises) et de ses pouvoirs d'enquête, d'amendes et d'astreintes (art. 63 à 66). Si la nature juridictionnelle de ces pouvoirs n'est pas vraiment contestable, il n'empêche que la plupart des considérations émises ci-après sur les sanctions administratives s'appliquent au Conseil de la concurrence, témoignant du caractère volatyle, dans cette matière, de la distinction entre les autorités et les juridictions administratives.

**35.** La *CBFA*, enfin, peut infliger des amendes administratives notamment dans les hypothèses suivantes:

- en cas d'infraction au chapitre II de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, qui traite des marchés secondaires d'instruments financiers (art. 36 de la loi du 2 août 2002);
- en matière d'OPA, en cas d'infraction constatée par la CBFA aux dispositions de l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés (art. 16, § 4 de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourses et réglementant les offres publiques d'acquisition, M.B., 24 mai 1989);

<sup>98</sup> Art. 49 et 50 A.R. du 27 mai 2004.

- en matière d'assurances, lorsqu'une entreprise d'assurances reste en défaut de se mettre en règle avec les dispositions de la loi du 9 juillet 1975 et de ses arrêtés d'exécution (art. 82 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, *M.B.*, 29 juillet 1975);
- lorsque la CBFA constate qu'une entreprise a commis une infraction aux dispositions de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissements et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements (*M.B.*, 3 juin 1995) ou aux dispositions de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*M.B.*, 19 avril 1993).

Parallèlement à ces amendes administratives, le législateur a attribué à la CBFA le pouvoir de prononcer des «*astreintes*», dans les mêmes hypothèses que celles définies ci-dessus, mais qui sont spécifiquement applicables lorsque le contrevenant refuse de se conformer à une injonction de la CBFA de se conformer aux dispositions légales précitées. À cet égard, la section de législation du Conseil d'État a fait justement remarquer qu'il n'existe pas de différence de nature entre l'amende administrative comme telle et l'astreinte – l'astreinte n'étant rien d'autre qu'une amende administrative infligée par jour de retard – et qu'il fallait, en conséquence, leur réserver le même régime juridique, notamment en matière de recours<sup>99</sup>.

La CBFA dispose encore du pouvoir de faire publier l'injonction prononcée à charge du contrevenant, à ses frais, ainsi que de désigner, dans certaines circonstances, un commissaire spécial dont l'autorisation sera requise pour l'adoption d'actes déterminés.

Norons que ce pouvoir de prononcer des amendes administratives et des astreintes n'est pas le seul pouvoir de sanction que la CBFA s'est vue attribuer. Il convient, en outre, de mentionner que la CBFA est encore compétente pour prendre, au titre de sanction, dans toute une série d'hypothèses, des décisions de suspension ou de révocation d'agrément ou d'enregistrement, de radiation, etc.<sup>100</sup>.

#### B. Nature de la sanction administrative

**36.** Une place particulière est faite, tant dans la législation qu'en jurisprudence, aux *amendes administratives* par rapport à l'ensemble plus vaste que constituent les sanctions administratives.

<sup>99</sup> C.E., avis n° 33.239/2 du 2 mai 2002, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 1842/1 et 1843/1, pp. 288 et 289.

<sup>100</sup> Voy., pour un panel de ces décisions, l'art. 122 de la loi du 2 août 2002.

Si les mesures telles que le retrait, la radiation, la révocation constituent certes des mesures graves, sanctionnant en principe une attitude ou un comportement de l'intéressé, cette répression-là ne diffère pas fondamentalement de toute mesure grave que peut adopter une autorité administrative dans l'exercice de ses fonctions. En vertu des principes généraux du droit administratif – notamment le principe *audi alteram partem* –, elles ne peuvent être prononcées qu'après que l'intéressé eût pu faire valoir ses moyens de défense<sup>101</sup>.

Les amendes administratives présentent ceci de particulier qu'elles peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'une requalification et être considérées comme des sanctions de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui entraîne, par voie de conséquence, l'application au redevable de ces amendes des garanties contenues à l'article 6 de la Convention.

**37.** La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme énumère les critères dont il convient de faire application pour évaluer si une amende administrative présente toutes les caractéristiques de la sanction pénale. La jurisprudence des juridictions belges suit à cet égard, à des degrés divers, la méthode de la Cour européenne.

Selon la Cour d'arbitrage, une amende administrative aura une nature pénale si «*elle punit des personnes qui ont édulé des obligations imposées par la loi, qu'elle est destinée à exercer par voie de répression un effet dissuasif et qu'elle peut atteindre des montants considérables dont la fixation est laissée, dans les limites fixées par la loi, à l'autorité, laquelle doit moduler la somme non pas en visant à indemniser, fût-ce forfaitairement, un préjudice subi, mais en tenant compte de la gravité du manquement commis*»<sup>102</sup>.

S'agissant des amendes administratives que peuvent prononcer les autorités de régulation, l'unanimité se fait pour leur reconnaître une nature pénale, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>103</sup>. D'autres sanc-

<sup>101</sup> Sur cette question, voy., entre autres, J. JAUMOTTE, «Les principes généraux du droit à travers la jurisprudence administrative», in B. BLÉRO (ed.), *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 593 et s., spéc. pp. 657-662; I. OPDEBEEK, «De Hoopplicht», in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (ed.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006.

<sup>102</sup> C.A., arrêt n° 157/2002 du 6 novembre 2002, B.10. Dans le même sens, voy. C.A., arrêt n° 96/2002 du 12 juin 2002. S'agissant de la Cour de cassation, voy. les arrêts des 25 mai 1999 et 11 mars 2002, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>103</sup> À titre non exhaustif: pour l'IBPT, voy. C.E., avis n° 33.255/4 du 5 juin 2002 précité (v. note 37), spécialement p. 65. Pour la CWAPE, voy. C.E., avis n° 30.527/4 du 25 octobre 2000, relatif à l'avant-projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *Doc.*, Parlement wallon, sess. 2000-2001, n° 177/1, p. 55.

.../...

tions, qui ne sont pas des amendes administratives, sont à ce point graves qu'elles ne peuvent, à notre sens, être infligées sans que les garanties figurant à l'article 6 de la Convention ne soient respectées<sup>104</sup>. Elles sont d'ailleurs considérées, dans l'échelle des sanctions que peut prononcer le régulateur, comme plus graves que les amendes. L'on pense, en particulier, à la possibilité, pour l'IBPT, de suspendre tout ou partie de l'exploitation du réseau<sup>105</sup> ou, pour le CSA, de retirer purement et simplement l'autorisation de radiodiffusion sonore ou télévisuelle<sup>106</sup>.

38. À propos de la nature de la sanction, il convient peut-être de s'étendre sur un aspect spécifique de la répression administrative en matière énergétique. Les décrets flamand et wallon, ainsi que l'ordonnance bruxelloise, imposent aux fournisseurs d'électricité une obligation d'achats de certificats verts (ou, en Flandre, de certificats d'énergie écologique et certificats d'énergie thermique) représentant un certain pourcentage du volume d'électricité fournie au cours d'une année considérée. À défaut de remettre au régulateur le quota requis de certificats, celui-ci peut infliger une sanction au fournisseur, en proportion du nombre de certificats manquants. Le décret wallon du 12 avril 2001 met sur le même pied cette sanction et les autres amendes administratives que la CWaPE peut prononcer en cas d'infraction constatée à certaines dispositions du décret, tandis que l'article 37 du décret flamand du 17 juillet 2000 réserve au Conseil d'État le soin de se prononcer sur un éventuel recours en la matière, alors que les autres sanctions administratives sont, comme on le verra, soumises au contrôle du tribunal de première instance.

Saisie d'un recours en annulation contre cette différence de traitement en matière de contrôle juridictionnel, la Cour d'arbitrage a rejeté l'argumentation des requérants selon laquelle les personnes qui se voient infliger une sanction administrative pour défaut de certificats d'énergie écologique se voient privées du droit d'ac-

... Pour le CSA, voy., de manière implicite, C.E., avis n° 33.865/4 du 13 décembre 2002, o.c. Pour le Service de Régulation, voy. l'exposé des motifs de la loi du 9 juillet 2004 portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 1139/01, p. 170, ainsi que C.E., avis n° 40.443/4 du 7 juin 2006, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 2649/01, p. 51. Pour la CBFA, voy. l'exposé des motifs de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n°s 1842/1 et 1843/1, p. 139; C.E., avis du Conseil d'État n° 33.239/2 du 2 mai 2002 précité (v. note 99).

<sup>104</sup> Qu'elles aient, à cet égard, une nature civile ou pénale au sens de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'on s'accorde, sur ce point, pour reconnaître que les contestations portant sur un droit civil ou les accusations en matière pénale doivent bénéficier des mêmes garanties. Voy., à ce propos, S. VAN DROOGHENBROECK, «De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Reflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. fac. dr. Liège*, 2005, pp. 467 et s., spéc. pp. 475-476.

<sup>105</sup> Art. 21, § 3 de la loi-statut.

<sup>106</sup> Art. 156, § 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> Décr. du 27 février 2003.

cès au juge du fait qu'elles ne disposeraient pas, ce faisant, de la possibilité de s'adresser à un juge ayant pleine juridiction. Dans son arrêt n° 150/2005 du 28 septembre 2005, la Cour d'arbitrage a pris soin de bien distinguer les deux types d'amendes administratives que peut appliquer la VREG:

«En dépit de l'utilisation des termes "amende administrative" et "infraction" à l'article 37, § 2, le législateur a, au moyen de cette disposition, instauré une mesure régulatrice, adaptée aux exigences du marché de l'électricité, qui doit inciter les intéressés à respecter leurs obligations en matière de distribution d'électricité générée à partir de sources d'énergie renouvelables, de sorte que les objectifs internationaux et européens applicables à la Belgique et à la Région flamande en ce qui concerne la part d'énergie renouvelable puissent être atteints. Le montant de l'"amende administrative" a été fixé non seulement en fonction du surcoût estimé pour la production d'électricité verte en comparaison d'autres formes d'électricité, mais également en fonction de la nécessité d'encourager en permanence les intéressés à acquiescer suffisamment de certificats d'électricité verte, plutôt que de se contenter de payer l'"amende". La mesure a un caractère non seulement incitatif, mais également compensatoire, en tant que ses recettes sont versées au "Fonds Herrienvuurbare Energiebronnen" qui utilise ses ressources pour financer des projets et des mesures favorisant l'utilisation d'énergie renouvelable».

Après avoir constaté que la VREG ne se voit attribuer aucun pouvoir d'appréciation à cet égard, la Cour d'arbitrage estime que le contrôle juridictionnel de droit commun – le recours en annulation au Conseil d'État – n'est pas contraire à l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

#### C. Procédure d'adoption de la sanction administrative

39. De jurisprudence constante, l'on considère que le législateur peut, sans méconnaître l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, attribuer à l'administration le pouvoir d'infliger des sanctions administratives de nature pénale, à condition de permettre à l'intéressé d'introduire un recours contre la sanction administrative devant un tribunal qui respecte les garanties de l'article 6 et qui dispose d'une compétence de pleine juridiction<sup>107</sup>.

Cela ne signifie pas, pour autant, que l'autorité administrative ne soit pas contrainte de respecter, ce faisant, un certain nombre de règles et principes dans le cadre de sa fonction répressive. Un arrêt du Conseil d'État, rendu précisément en matière de régulation, mérite, à cet égard, d'être relevé. Amené à se prononcer sur le res-

<sup>107</sup> Nous nous permettons, à cet égard, de renvoyer au rapport de Frédéric Krenc et aux références qu'il contient.

pect, par le CSA, du principe d'impartialité dans le cadre d'une procédure de sanction administrative, le Conseil d'État a jugé ce qui suit :

«*Considérant que le CSA n'est pas une juridiction, mais une autorité administrative indépendante, non pourvue, à l'époque de l'acte attaqué, d'une personnalité juridique propre; que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, visé au moyen, ne lui est pas applicable; que, toutefois, lorsqu'il décide d'infliger une sanction, le CSA assure une mission proche de celle d'une juridiction répressive et est tenu de respecter les règles qui s'imposent à une telle juridiction, dans la mesure où la législation applicable et sa nature d'autorité administrative indépendante n'y font pas obstacle.*»<sup>108</sup>

Dans un arrêt ultérieur, le Conseil d'État précise que rien dans la nature de l'autorité de régulation, dans son rôle ou dans la procédure qu'elle est amenée à suivre ne l'empêche de respecter «*par analogie*» le principe du droit à un procès équitable.<sup>109</sup>

40. Il convient encore de souligner que certaines législations examinées organisent une procédure très détaillée visant au prononcé des amendes administratives. C'est le cas, en particulier, pour les sanctions prononcées par la VREG, la Commission de régulation pour l'énergie, la CWAPE et la CBFA.

Ni ces dispositions, ni l'absence de procédure spécifique ne font échec à l'application des principes généraux évoqués ci-avant.

#### *D. Nécessité d'un contrôle préalable de la sanction administrative ?*

41. Dans l'exercice de leur pouvoir de régulation, les autorités administratives doivent, on l'a vu, être encadrées par un organe politiquement responsable; il s'agit, selon la section de législation du Conseil d'État, d'une condition imposée par la Constitution à la délégation du pouvoir de décision aux autorités de régulation.

L'enseignement du Conseil d'État diffère quelque peu s'agissant du pouvoir d'infliger des amendes administratives et a été énoncé à l'occasion de l'examen de la possibilité, pour les communautés et les régions, d'attribuer à des organismes indépendants le pouvoir d'infliger des amendes administratives, au regard de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

<sup>108</sup> C.E., sa TVI, n° 142.593 du 24 mars 2005.

<sup>109</sup> C.E., sa TVI, n° 153.839 du 17 janvier 2006.

En vertu de cette disposition, le législateur régional ou communautaire qui crée un service décentralisé, un établissement ou une entreprise et lui confère la personnalité juridique doit en régler notamment le contrôle. Or, les autorités de régulation qui sont créées par les communautés et les régions – en matière d'audiovisuel et d'énergie – ne sont soumises à l'exercice d'aucun pouvoir de tutelle lorsqu'elles appliquent une amende administrative à un acteur du marché considéré.

Amenée à se prononcer sur le pouvoir de sanction attribué au CSA par la Communauté française, la section de législation a estimé que l'absence de tout contrôle de tutelle sur les décisions du CSA à cet égard ne méconnaît pas l'article 9 précité: «*En modifiant en 1988 l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, le législateur spécial a entendu consacrer l'entier pouvoir que l'article 9 de cette loi donne aux communautés et aux régions de créer des organismes dépendant d'elles, pour autant qu'elles organisent, sur ces organismes, un contrôle suffisant*»<sup>110</sup>. Dès l'instant, constate le Conseil d'État, où il existe un contrôle juridictionnel des sanctions appliquées par le régulateur, il ne paraît pas s'imposer qu'un contrôle hiérarchique ou de tutelle vienne doubler ce contrôle juridictionnel.

### III. Le pouvoir (quasi-)juridictionnel des autorités de régulation

42. La régulation s'exerce notamment, on l'a vu, par l'édiction de normes générales, par l'adoption de décisions individuelles et par la sanction des opérateurs déviants. Dans certains cas, la régulation s'exerce également par l'exercice d'une mission de résolution de conflit, pouvant s'apparenter à la fonction juridictionnelle, ou quasi-juridictionnelle. On ne vise pas encore ici l'exercice des recours contre les décisions des autorités de régulation, qui fera l'objet du chapitre II de la présente étude, même s'il est vrai que le juge participe, à cet égard, au mécanisme de régulation<sup>111</sup>. On vise uniquement l'intervention de l'autorité de régulation «*en première instance*», qui prend, dans certains cas, la forme d'un acte de juridiction.

Deux cas de figure se présentent à cet égard. Dans le premier cas de figure, le législateur a voulu créer une juridiction et a expressément qualifié l'autorité de régulation de juridiction administrative; c'est l'hypothèse du Conseil de la concurrence (A.). Dans le second cas de figure, le législateur a voulu créer une autorité administrative de régulation mais lui a, ce faisant, incidemment attribué des pouvoirs dont l'exercice relève de la fonction (quasi-)juridictionnelle (B.).

<sup>110</sup> C.E., avis du 17 mars 1997 précité (v. note 64).

<sup>111</sup> En ce sens, D. DE ROY, «Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge», *o.c.*, p. 754, citant P. IDOUX, «Juger la régulation, c'est encore réguler», *Rev. dr. pén.*, 2005, pp. 1643 et s.; F. DUPUIS-TOUBOL, «Le juge en complémentarité du régulateur», in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques – légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, pp. 132 et s.

D'un point de vue conceptuel, il faut se garder de définir la fonction exercée au regard de la nature de l'organe auquel cette fonction est attribuée. Ainsi, une autorité juridictionnelle peut-elle adopter des actes relevant de l'administration – que ce soit dans l'exercice de ses missions juridictionnelles ou dans le cadre d'autres missions que la loi lui aurait attribuées –, tout autant qu'une autorité administrative peut être amenée à exercer une fonction juridictionnelle<sup>112</sup>.

Il faut tout autant se garder de définir la fonction exercée par référence uniquement à la qualification attribuée par le législateur à cet organe, même si cette qualification en constitue certainement un indice.

Il convient, dès lors, de définir l'acte juridictionnel de manière autonome.

#### A. Le pouvoir de juridiction explicite

**43.** Eu égard à la qualité de juridiction administrative du Conseil de la concurrence, la nature juridictionnelle des décisions adoptées par celui-ci peut être présu- mée. La nature administrative de certaines décisions du Conseil – celles prises en matière de concentrations des entreprises – a cependant déjà été démontrée. En revanche, s'agissant des décisions du Conseil de la concurrence relatives aux pratiques restrictives de concurrence, le caractère juridictionnel de celles-ci ne fait pas de doute.

Il faut toutefois reconnaître qu'en cette matière, le fondement de l'intervention du Conseil de la concurrence demeure quelque peu mystérieux. Dans une mercuriale prononcée le 1<sup>er</sup> septembre 1977, le Procureur général Dumon avait considéré que les sanctions imposées par le Conseil dans le cadre de son contrôle des pratiques anticoncurrentielles devraient être qualifiées de «civiles» au sens de l'article 144 de la Constitution, puisqu'elles affectent le patrimoine et la liberté contractuelle – les cours et tribunaux pouvant, dès lors, seuls se voir attribuer le pouvoir de les infliger ou de contrôler leur application<sup>113</sup>.

Selon Michel Leroy, en établissant le Conseil de la concurrence comme juridiction administrative, le législateur a, «implicitement mais nécessairement, considéré comme de nature politique les contestations qui lui sont soumises»<sup>114</sup>. Deux remarques au moins paraissent devoir être soulevées à ce propos.

<sup>112</sup> Voy., à ce propos, P. BOUCQUEY, «Qui peut poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage?», note sous C.A., arrêt n° 65/96 du 13 novembre 1996, R.B.D.C., 1997, pp. 139 et s.

<sup>113</sup> M. DUMON, «Projets de réformes et fonction juridictionnelle», J.T., 1977, p. 540.

<sup>114</sup> M. LEROY, *o.c.*, p. 131.

a) D'une part, le principe selon lequel toute contestation portant sur des droits subjectifs mais déferée à la compétence d'une juridiction extrajudiciaire a nécessairement trait à un droit politique au sens de l'article 145 de la Constitution, ne peut plus être appliqué comme tel. En effet, la Cour d'arbitrage s'est déclarée compétente pour examiner si la loi qui attribue un contentieux donné à une juridiction administrative est bien conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 144 et 145 de celle-ci.

b) D'autre part, il n'apparaît pas de prime abord que les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence aient une nature différente des amendes administratives prononcées par les autres régulateurs. Or, il n'a jamais été soutenu, nous semble-t-il, que de telles amendes portent en réalité atteinte aux droits subjectifs des intéressés. Pourquoi alors réserver un sort particulier aux sanctions prononcées dans le cadre de la concurrence économique par rapport aux sanctions administratives prononcées par les autres autorités de régulation?

**44.** Il est particulièrement symptomatique, à cet égard, de constater que le Conseil de la concurrence définit sa compétence en matière de contrôle et sanction des pratiques anti-concurrentielles en excluant celle-ci du contentieux des droits subjectifs: «Le Conseil de la concurrence doit, tout en veillant à ne pas intervenir dans un contentieux portant sur des droits subjectifs, veiller par le biais des procédures qui sont portées devant lui, à vérifier si objectivement aucune pratique anticoncurrentielle n'a été commise et le cas échéant, à rencontrer toutes les préoccupations en matière de droit de la concurrence»<sup>115</sup>.

«Il en résulte clairement que le plaignant n'a pas la maîtrise de la conduite de la procédure [...]. Le plaignant se trouve ainsi en retrait et ne constitue pas la partie opposée à l'entreprise qui fait l'objet de l'instruction. [...] La procédure mise en mouvement n'a pas pour but de protéger les droits subjectifs du plaignant [...] mais bien de protéger l'intérêt économique général reposant sur la libre concurrence.»<sup>116</sup>

De même, «l'intervention du président du Conseil de la concurrence se situe, comme l'intervention du Conseil lui-même au fond, dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité et non dans le cadre d'un contentieux subjectif tranchant des contestations»<sup>117</sup>.

«Les intérêts protégés sont donc avant tout publics et non particuliers, ce qui justifie d'ailleurs le caractère erga omnes des décisions du Conseil qui doivent être

<sup>115</sup> Conseil de la concurrence, 30 novembre 2005, n° 2005-IO-52, Distri-One c. Coca-Cola Enterprises Belgium, § 65, [www.concurrence.be](http://www.concurrence.be).

<sup>116</sup> Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 13.

<sup>117</sup> Rapport annuel 2000 du Conseil de la concurrence, p. 35, [www.concurrence.be](http://www.concurrence.be).

47. La faculté, pour un régulateur, de trancher un litige qui lui est soumis se rencontre d'abord dans le *secteur énergétique*: jusqu'à la modification de la loi du 29 avril 1999 par la loi du 27 juillet 2005, tous les régulateurs du secteur disposaient de la possibilité de résoudre certains conflits. Depuis la modification précitée, la CREG s'est toutefois vue retirer ce pouvoir.

En Région wallonne, le décret du 12 avril 2001 prévoit la création, au sein de la CWAPE, d'un «organe autonome dénommé chambre d'appel» qui, «à la demande des parties, statue sur les différends entre gestionnaire de réseau et utilisateur de ce réseau relatifs à l'accès au réseau, à l'exception de ceux portant sur des droits et obligations contractuelles»<sup>123</sup>. Cette chambre d'appel «statue par une décision administrative motivée sur les affaires dont elle est saisie, après avoir entendu les parties en cause».

En Région flamande, le décret du 17 juillet 2000 prévoyait, à l'origine, une disposition identique, qui a été abrogée lors de l'entrée en vigueur du décret du 30 avril 2004. L'article 6 de ce décret mentionne, quant à lui, que la VREG est chargée du «réglement des litiges relatifs à l'accès au réseau de distribution, à l'exception des litiges relatifs aux droits civils au sens de l'article 144 de la Constitution». Le décret ne contient aucune autre précision et n'a, à ce jour, pas fait l'objet d'un arrêté d'exécution.

En Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance du 19 juillet 2001 crée, quant à elle, un organe autonome dénommé «chambre de recours»<sup>124</sup>, appelé à statuer sur les litiges relatifs à l'accès au réseau et à l'application du règlement technique, sauf ceux qui portent sur des droits et obligations de nature civile. Cette chambre de recours, dont l'ordonnance ne précise pas qu'elle est intégrée à la Commission de régulation pour l'énergie, est saisie par requête et doit rendre sa décision motivée dans les deux mois de sa saisine, mais peut aussi décider des mesures provisoires, si le requérant fait valoir un risque de préjudice grave et difficilement réparable. La chambre de recours est présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire.

48. Il faut le reconnaître: le statut des organes précités prête à confusion. Certains éléments militent pour la reconnaissance à ces organes d'un véritable pouvoir de juridiction, alors que l'intention du législateur semble avoir été, au contraire, de n'établir que des instances administratives de recours. Ainsi, la plupart des textes prévoient-ils que ces instances rendent des «décisions administratives»<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> Art. 49 Décr. du 12 avril 2001.

<sup>124</sup> Art. 23, § 2 Ord. du 19 juillet 2001.

<sup>125</sup> C'est le cas de l'art. 49, § 3 Décr. du 12 avril 2001; c'était le cas également de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, avant sa modification par la loi du 27 juillet 2005.

publiées au *Moniteur belge*.»<sup>118</sup> «Le Conseil de la concurrence statue sur des droits objectifs selon une loi qui est d'ordre public économique.»<sup>119</sup>

45. Dans certains des secteurs examinés, enfin, la loi confie au Conseil de la concurrence le pouvoir de statuer en «premier ressort» sur des litiges spécifiques, tels les litiges entre opérateurs de télécommunications relatifs à l'interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées et sur les litiges entre opérateurs postaux relatifs à la mise en œuvre des dispositions figurant dans leur licence<sup>120</sup>.

Ces compétences relèvent, à notre sens, de l'article 145 de la Constitution. La loi a exclu, dans ce cadre, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire<sup>121</sup>.

#### B. Le pouvoir de juridiction implicite

46. On l'a vu, le législateur ne craint pas d'attribuer aux régulateurs une large panoplie de compétences relevant de l'autorité administrative: réglementer, appliquer la réglementation, contrôler l'application de la réglementation par les acteurs et sanctionner les atteintes portées à la réglementation. Toutefois, même lorsqu'elles infligent une sanction administrative, requalifiée éventuellement en sanction pénale, l'autorité de régulation demeure dans la sphère de l'administration<sup>122</sup>.

Outre ces compétences, certaines autorités de régulation se sont vues reconnaître des prérogatives s'apparentant à un pouvoir de juridiction, à savoir le pouvoir de trancher un différend entre deux parties en faisant application de règles de droit. La nature véritable des décisions rendues à cet égard mérite un examen approfondi puisqu'elle est susceptible d'influencer la nature et le mode d'exercice des recours contre ces décisions.

<sup>118</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 15.

<sup>119</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 45.

<sup>120</sup> Art. 4 de la loi-recours. Une seule décision a été rendue à ce jour par le Conseil de la concurrence en vertu de cette procédure: Conseil de la concurrence, 1<sup>er</sup> septembre 2006, n° 2006-K/P-14, The Phone Company c. Belgacom Mobile, [www.concurrence.be](http://www.concurrence.be) et [www.ibtpt.be](http://www.ibtpt.be).

<sup>121</sup> Vu la compétence reconnue par la loi-recours au Conseil de la concurrence de statuer sur les litiges en matière d'interconnexion, le tribunal de commerce de Bruxelles a estimé qu'il était sans juridiction pour connaître de demandes formées par un opérateur dans cette matière (Comm. Bruxelles, 28 juillet 2006, inédit). Voy. également la décision précitée du Conseil de la concurrence (v. note 120), 1<sup>er</sup> septembre 2006, § 20.

<sup>122</sup> Voy., p. ex., P. QUILCHINI, «Réguler n'est pas juger – Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique», *A.J.D.A.*, 2004, pp. 1060 et s.

Au cours des travaux préparatoires de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale et modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 précitée, le législateur bruxellois a clairement manifesté sa volonté en ce sens, suite à la remarque du Conseil d'État selon laquelle «la nature des décisions que la "chambre de recours" devra prendre devra également être définie, notamment en précisant si elles sont de nature administrative ou juridictionnelle»<sup>126</sup>.

Malgré l'intention des législateurs, la doctrine relève toutefois que ces chambres de recours ou d'appel doivent être considérées comme des juridictions administratives, dont les décisions peuvent être attaquées devant le Conseil d'État qui agit comme juge de cassation administrative<sup>127</sup>.

Il est vrai que les textes donnent à penser que, malgré la qualification de la décision prise, le législateur a conféré à ces organes autonomes de recours une véritable fonction juridictionnelle. D'abord, le législateur prend soin d'exclure de leur compétence les litiges portant sur des droits et obligations de nature contractuelle ou civile. Ce faisant, il entend se conformer au prescrit de l'article 144 de la Constitution, qui réserve au pouvoir judiciaire le soin de trancher le contentieux des droits subjectifs civils. Mais cela signifie aussi, et nécessairement, que ces organes de recours exercent une fonction juridictionnelle comparable à celle des juridictions judiciaires.

Ensuite, le législateur prend soin d'organiser l'autonomie des chambres de recours: ainsi, à l'exception de la Flandre, la décision contentieuse est prise non pas par le régulateur lui-même, mais par un organe distinct créé en son sein, dont les membres ne peuvent précisément appartenir au personnel de l'autorité de régulation. À Bruxelles, la chambre doit même être présidée par un magistrat professionnel.

Il faut encore relever qu'un mécanisme visant au respect des droits de la défense est organisé, à des degrés certes divers selon les Régions. La chambre peut également «désigner des experts et entendre des témoins».

<sup>126</sup> C.E., avis n° 35.356/1 du 18 septembre 2003, *Doc.*, Parl. brux., sess. 2003-2004, A-506/1, p. 53.

<sup>127</sup> Voy. notamment G. BLOCK, «Arbitrage et modes alternatifs de résolution des conflits dans le cadre du nouveau marché libéralisé de l'électricité en Belgique», in *Mélanges offerts à Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 280-281; D. DÉOM e.a., «België», in OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DE LA LÉGISLATION, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, t. II - Annexes, pp. 241-264, spéc. p. 247; L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 384-385.

49. En matière audiovisuelle, un pouvoir de juridiction similaire a été reconnu au VRM, au sein duquel est créée, par les articles 167, § 2 et 169, § 3 des décrets coordonnés le 4 mars 2005, une «chambre pour l'impartialité et la protection des mineurs», qui se prononce sur les litiges survenus à l'occasion de la prohibition des programmes portant atteinte à l'épanouissement des mineurs ou incitant à la haine et à la discrimination, ou à l'occasion de l'application du Code pour la publicité et le sponsoring à la radio et à la télévision. Cette chambre succède au *Conseil flamand des litiges pour la radio et la télévision*, organe qui a été particulièrement actif ces dernières années et a rendu de nombreuses décisions suite aux plaintes déposées par des personnes morales ou des particuliers<sup>128</sup>.

La chambre décisionnelle du Médiateur semble, pour sa part, disposer de deux missions s'apparentant à la fonction juridictionnelle. La première s'inscrit dans le cadre de la résolution extrajudiciaire des litiges dans lesquels des consommateurs sont impliqués<sup>129</sup>. Dans ce cas, la chambre «doit arriver à une solution consensuelle ou communiquer son opinion sur le cas aux parties». Il ne s'agit donc vraisemblablement pas, à défaut de force contraignante, d'une décision juridictionnelle, ni même administrative, et cette décision n'est pas, à notre estime, susceptible de recours. La seconde mission est relative aux litiges entre entreprises fournissant des services de communications électroniques. Dans ce cas, la chambre décisionnelle prend, à la demande des parties, une décision motivée contraignante. L'article 100 du décret du 27 juin 2005 précise qu'«il n'est pas porté préjudice à la compétence des tribunaux ordinaires».

En matière de transport ferroviaire, l'autorité de régulation économique s'est vue attribuer par l'article 62 de la loi du 4 décembre 2006, une mission de «règlement administratif des litiges», et une mission de «recours administratifs». Au premier titre, le régulateur «tranche [...] les litiges dans la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, sans préjudice des voies de recours existantes». Dans sa mission de recours administratif, l'autorité de régulation économique est saisie d'une plainte de tout opérateur qui s'estime victime «d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice», notamment en matière de tarification, d'accès au réseau ou de répartition des capacités d'infrastructure.

L'autorité de régulation se prononce par une décision motivée.

<sup>128</sup> Voy. le site internet du VRM, [www.vlaamseregulatormedia.be](http://www.vlaamseregulatormedia.be), sur lequel sont publiées les premières décisions juridictionnelles du VRM, ainsi que l'ensemble des décisions de l'ancien Conseil flamand des litiges (soit presque 60 décisions).

<sup>129</sup> Art. 99 Décr. du 27 juin 2005. Voy. la Recommandation de la Commission 98/257/CE du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, *J.O.C.E.*, L. 115, 17 avril 1998.

50. L'insécurité juridique règne sur la nature de ces décisions, il est vrai fort spécifiques, mais néanmoins susceptibles de connaître un essor certain (voy. le nombre de décisions rendues par l'ancien Conseil flamand des litiges). Si cette insécurité n'a pas de conséquences directes sur la procédure devant l'autorité de régulation, elle est en revanche susceptible de modifier en profondeur le régime du recours qui peut, le cas échéant, être exercé contre ces décisions. Il nous paraît donc indispensable que, à l'avenir, le législateur examine avec sérieux la nature des décisions rendues par de telles chambres de litige ou de recours.

## CHAPITRE II. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES AUTORITÉS DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE

51. Toutes les décisions des autorités de régulation contraignantes à l'égard des tiers, et donc susceptibles d'affecter leur situation juridique ou de leur causer grief, sont susceptibles de recours. La nature et le mode d'exercice de ces recours varient cependant de manière significative selon le pouvoir qui a été mis en œuvre pour prendre la décision.

Il y a donc lieu d'examiner successivement les recours contre les règlements et les décisions administratives individuelles (§ 1.), les recours contre les décisions coercitives (§ 2.) et les recours contre les décisions juridictionnelles (§ 3.).

### § 1. *Les recours juridictionnels contre les règlements et les décisions administratives individuelles*

52. Si elles ne disposent pas toutes d'un pouvoir réglementaire, les autorités de régulation disposent en principe d'un pouvoir de décision individuelle pour accomplir utilement leurs missions de régulation. Ces actes administratifs, même s'ils sont adoptés par des autorités jouissant d'une indépendance parfois importante vis-à-vis des pouvoirs publics, demeurent soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'État, dès lors qu'ils émanent tous d'autorités administratives ou d'organes institués au sein de l'Administration elle-même, à moins toutefois que la loi n'ait dérogé à la compétence générale du Conseil d'État.

Tel est précisément le cas pour les autorités fédérales de régulation, dont les décisions ont été confiées par leur loi organique au contrôle des cours et tribunaux ordinaires, principalement à la cour d'appel de Bruxelles, assorti d'une compétence de pleine juridiction. Nous avons vu également que certaines décisions pouvaient être contestées devant le Conseil de la concurrence, agissant en qualité d'instance de recours.

La spécificité du recours de pleine juridiction à la cour d'appel de Bruxelles fera principalement l'objet du présent paragraphe, le contentieux devant le Conseil d'État étant bien connu, et celui devant le Conseil de la concurrence encore inexistant.

#### I. Le contrôle opéré par le Conseil d'État

53. En vertu de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, le recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État constitue le recours de droit

commun contre les actes des autorités administratives<sup>130</sup>. La compétence du Conseil d'État n'est exclue que lorsque le législateur a prévu un recours spécifique et équivalent contre les actes de l'autorité considérée, ou lorsque l'enjeu véritable du recours concerne un droit subjectif, auquel cas ce sont normalement les juridictions de l'ordre judiciaire qui sont compétentes pour en connaître, conformément aux articles 144 et 145 de la Constitution<sup>131</sup>.

Pour ce qui concerne les actes administratifs des autorités de régulation, le Conseil d'État demeure ainsi la juridiction de recours dans deux cas de figure différents: soit le législateur n'a prévu aucune disposition spécifique contre les décisions des autorités de régulation, et l'intéressé devra se tourner vers le juge «naturel» de l'acte administratif – le Conseil d'État; soit le législateur a expressément institué une autre juridiction pour connaître des recours contre les actes ou certains actes des régulateurs, auquel cas le Conseil d'État ne conserve sa compétence qu'à l'égard des actes qui ne lui ont pas été soustraits par le législateur.

54. Sous réserve de ce qui sera dit à propos des sanctions administratives et des décisions juridictionnelles, la section d'administration du Conseil d'État est l'instance juridictionnelle compétente pour connaître des recours contre l'ensemble des décisions du CSA, du VRM, du Médienrat, de la VREG, de la CWaPE et de l'autorité de régulation économique du transport ferroviaire<sup>132</sup>. Les autres régulateurs soumis à notre analyse (l'IBPT, la CREG, le Service de Régulation, le Conseil de la concurrence et la CBFA) se voient, pour leur part, assigner un autre juge pour tout ou partie des actes de régulation qu'ils adoptent.

N'est-il pas symptomatique, à cet égard, de constater que les deux catégories de régulateurs identifiées ci-dessus se distinguent également par l'autorité qui les a créés? Les législateurs communautaires et régionaux ont ainsi maintenu la compétence du Conseil d'État contre tous les actes de leurs régulateurs respectifs, tandis que le législateur fédéral a systématiquement exclu cette compétence, en tout ou en partie – sauf pour les décisions prises par l'autorité de régulation économique du transport ferroviaire.

Le constat donne à réfléchir, dans la mesure où une telle césure ne peut être le fruit du hasard. Il pose en tout cas la question de la nécessité d'instituer un juge spéci-

<sup>130</sup> Voy. notamment P. LEWALLE, *o.c.*, pp. 441-443; M. LEROY, *o.c.*, p. 298.

<sup>131</sup> J. SALMON, *Le Conseil d'État*, t. 1<sup>er</sup>, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 238 et s.

<sup>132</sup> Projet de loi relatif à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, *Doc. parl.*, Chambre, session 2006-2007, n° 2649/003, Rapport, p. 4. Il convient toutefois de relever qu'à l'occasion de l'examen du texte par la section de législation du Conseil d'État, le délégué du ministre a insisté sur le fait «qu'un avant-projet de loi devrait être présenté par le *Ministre de l'Économie portant sur les recours contre les décisions des régulateurs sectoriels*» (*Doc. parl.*, Chambre, session 2006-2007, n° 2649/001, p. 51, note 5).

fique en matière de régulation. Le législateur fédéral a, pour sa part, manifestement répondu de manière positive à cette question. Quant aux Régions et aux Communautés, elles auraient à justifier pareille dérogation au droit commun du contentieux, et une telle justification pourrait être, le cas échéant, soumise à la Cour d'arbitrage. En effet, la compétence des entités fédérées en matière juridictionnelle est, on le sait, réduite à peu de chagrin et ce n'est que par le biais des compétences implicites qu'elles pourraient y prendre pied<sup>133</sup>. Un tel détour, avec les incertitudes qu'il présente, semble pour l'instant avoir dissuadé les Régions et les Communautés de déroger, en matière de régulation, au droit commun des recours juridictionnels. La nécessité d'instituer un juge spécifique ne doit-elle pas être évaluée à l'aune de ce qui précède?

55. La manière dont le législateur fédéral a aménagé ou exclu la compétence du Conseil d'État contre les décisions des autorités fédérales de régulation mérite, en outre, une certaine attention.

S'agissant de l'IBPT, l'article 2 de la Loi-recours du 17 janvier 2003 dispose, sans autre forme de précision, que ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.

Cela ne signifie pas pour autant que la compétence du Conseil d'État soit totalement exclue. La question s'est, en effet, posée de savoir si les actes administratifs de l'IBPT en matière de personnel statutaire étaient également soustraits à la compétence du Conseil d'État et confiés au contrôle de la cour d'appel de Bruxelles. Dans un arrêt n° 131/2004 du 14 juillet 2004, la Cour d'arbitrage a répondu par la négative à cette question, en se référant aux travaux préparatoires de la loi du 17 janvier 2003 dont il ressort manifestement que le recours à la cour d'appel de Bruxelles ne concerne que les décisions que l'IBPT adopte en matière de régulation des secteurs des postes et des télécommunications<sup>134</sup>. Selon un arrêt plus ancien de la cour d'appel de Bruxelles, le recours prévu devant cette cour est ouvert contre toute décision de l'IBPT «susceptible d'affecter les intérêts des utilisateurs ou ceux des opérateurs»<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Voy., à cet égard, D. DE BRUYN, «Les compétences implicites en matière d'organisation des juridictions», *J.T.*, 2002, pp. 4 et s.; ainsi que la contribution de X. DELGRANGE et N. LAGASSE dans le présent ouvrage.

<sup>134</sup> Voy. également Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. 2005/AR/756, pp. 6-7, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be): bien que la constatation de la Cour d'arbitrage soit rigoureuse, son application en l'espèce est davantage approximative: le contentieux de l'attribution d'un marché à un soumissionnaire plutôt qu'à un autre ne relève pas du domaine des télécommunications, même si ce marché porte sur une mission d'expertise en matière de télécommunications, et la cour d'appel de Bruxelles n'était donc, à notre estime, pas compétente. La seule décision qui pouvait éventuellement être contestée devant la cour était celle par laquelle l'IBPT décidait de recourir à une expertise extérieure et fixait l'étendue de celle-ci.

<sup>135</sup> Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. 2003/AR/2463, § 23, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

Tout recours contre des décisions de l'IBPT qui ne concernent pas les postes et télécommunications ou qui n'affectent ni les intérêts des utilisateurs ni ceux des opérateurs doit donc être porté devant le Conseil d'État<sup>136</sup>.

56. S'agissant de la *CREG*, le législateur fédéral a énuméré neuf types de décisions dont la cour d'appel de Bruxelles est désormais appelée à connaître. Sous réserve de ce qui sera dit dans les sections suivantes, les autres décisions de la *CREG* demeurent de la compétence du Conseil d'État<sup>137</sup>.

À cet égard, on est bien forcé de constater que l'organisation des recours en matière de gaz et d'électricité risque d'engendrer, au niveau fédéral, des décisions en sens contraire dans une même espèce. En effet, certaines décisions de la *CREG* – par exemple, celles en matière de tarifs – peuvent, on l'a vu, faire l'objet d'un contrôle de tutelle de la part du Conseil des ministres, sur recours du ministre compétent. Or, aucune disposition de la loi du 29 avril 1999 ne prévoit que la décision du Conseil des ministres suspendant celle de la *CREG* soit soumise à la censure de la cour d'appel de Bruxelles<sup>138</sup>. Le Conseil d'État demeure donc l'instance de contrôle de cette décision, alors que la cour d'appel de Bruxelles est compétente pour se prononcer sur le recours introduit contre la décision de la *CREG* modifiée suite à l'intervention du Conseil des ministres. Comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État, «cette situation est susceptible de déboucher sur des déci-

<sup>136</sup> La question se complexifie pour le domaine de la publicité de l'administration, qui fait actuellement l'objet de nombreux recours devant la cour d'appel de Bruxelles. Celle-ci s'est d'ailleurs déjà estimée compétente pour connaître d'un recours contre une telle décision, au motif que l'art. 2 de la loi-recours ne prévoyait pas d'exception à la compétence de la cour d'appel, et qu'en juger autrement en reconnaissant la compétence du Conseil d'État priverait la personne intéressée d'un recours de pleine juridiction (Bruxelles, 25 octobre 2005, R.G. 2004/AR/668, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be)). Pareille motivation est manifestement contraire à l'arrêt de la Cour d'arbitrage cité ci-avant. Il y a, au contraire, lieu de se demander si, à l'instar des marchés publics passés par l'IBPT, les décisions relatives à la publicité de l'administration (et, en particulier, à la mise en œuvre de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration) sont susceptibles de relever de la matière des télécommunications et/ou d'affecter les intérêts des opérateurs et/ou des utilisateurs. Tel ne nous semble pas être le cas: la décision porte sur l'accès à un document administratif, et le fait que celui-ci contienne des informations relatives aux télécommunications ou à tout autre sujet n'est pas pertinent pour justifier le refus de l'accès: c'est le caractère par exemple confidentiel ou préjudiciable de la communication de ces informations qui doit être apprécié. Dans la mesure où le requérant bénéficierait en outre, devant la cour d'appel de Bruxelles, d'un contrôle de pleine juridiction lui accordant plus de droits que le recours devant le Conseil d'État, il y aurait, en outre, lieu de se demander si le principe d'égalité n'est pas violé dès lors qu'une décision prise en application de la loi du 11 avril 1994 serait susceptible de deux recours de nature différente, et ce sans justification objective. Voy. encore Bruxelles, 2 février 2007, R.G. 2005/AR/656 e.a., [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), p. 9.

<sup>137</sup> Voy. G. BLOCK, D. HAVERBEKE et L. HAGE, *o.c.*, p. 712.

<sup>138</sup> En ce sens, B. DELVAUX, *o.c.*, p. 227; *contra*: G. BLOCK, D. HAVERBEKE et L. HAGE, *o.c.*, pp. 711-712, selon lesquels la cour d'appel de Bruxelles serait compétente pour connaître des décisions du Conseil des ministres.

sions de justice contradictoires<sup>139</sup>. À cet égard, un auteur a émis l'idée intéressante qu'en réalité, la cour d'appel de Bruxelles ne serait plus compétente dans un tel cas de figure, la décision de la *CREG* devant être considérée comme étant devenue celle du Conseil des ministres<sup>140</sup>. Outre toutefois qu'elle ne trouve pas appui dans le texte de la loi ou des travaux préparatoires, cette solution s'accorde mal, à vrai dire, avec l'autonomie qu'implique la décentralisation.

57. S'agissant du *Service de Régulation*, l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 portant des dispositions diverses<sup>141</sup> a confié à la cour d'appel de Bruxelles les recours contre les seules décisions prises en matière d'installations aéroporétaires.

S'agissant de l'autorité de régulation économique du transport ferroviaire, et dans le silence de la loi du 4 décembre 2006, il faut conclure que le Conseil d'État demeure compétent pour toutes les décisions de l'autorité de régulation<sup>142</sup>.

58. S'agissant de la *CBFA*, enfin, l'article 122 de la loi du 2 août 2002 énumère vingt-cinq types de décisions spécifiques de la Commission contre lesquelles «un recours auprès du Conseil d'État est ouvert, selon une procédure accélérée déterminée par le Roi». Il s'agit, la plupart du temps, de refus, retrait, radiation d'agrément, d'inscription ou d'établissement. Dans certains cas, la loi précise, en outre, que le recours – c'est-à-dire la seule introduction du recours – est suspensif de la décision et de sa publication, «sauf si, en raison d'un péril grave [ou d'un motif grave] [...] la *CBFA* a déclaré sa décision exécutoire nonobstant tout recours».

L'arrêt royal du 15 mai 2003 porte «le règlement de la procédure accélérée en cas de recours auprès du Conseil d'État contre certaines décisions de la Commission bancaire et financière». Cet arrêté raccourcit sensiblement les délais de recours, de dépôt des mémoires et du rapport de l'auditeur, de fixation de l'audience et de prononcé de l'arrêt. En principe, si le Conseil d'État se tient aux délais prescrits par l'arrêt du 15 mai 2003, il doit rendre son arrêt moins de dix mois après la décision ou le défaut de décision dont recours.

Toutes les autres décisions de la *CBFA*, qui n'ont pas été exclues de la compétence du Conseil d'État au profit de la cour d'appel de Bruxelles, relèvent enfin du Conseil d'État, selon la procédure de droit commun<sup>143</sup>. Cela ne signifie pas pour

<sup>139</sup> C.E., avis n° 38.106/1 précité (v. note 88).

<sup>140</sup> B. DELVAUX, *o.c.*, p. 227.

<sup>141</sup> *M.B.*, 15 juillet 2004.

<sup>142</sup> C'est donc par erreur que Ph. MALHERBE, *o.c.*, p. 262, signale que le recours aurait été oublié: un recours existe devant le Conseil d'État. Toute autre est la question de savoir si ce recours répond aux exigences de la Cour d'arbitrage et de la Cour européennes des droits de l'homme lorsqu'il concerne des amendes administratives (voy. *infra*, n° 85).

<sup>143</sup> En ce sens, notamment E. PONNET, «Réforme de la surveillance financière – Loi du 2 août 2002», *R.D.C.*, 2002, pp. 766 et s., spéc. p. 773, n° 57.

autant que le Conseil d'État se déclarera nécessairement compétent pour en connaître. Par exemple, s'agissant du pouvoir de la CBFA de saisir une juridiction dans des cas spécifiquement prévus par la loi, le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt Delville, n° 83.240 du 3 novembre 1999, que le pouvoir ainsi mis en œuvre par la CBFA «est fondamentalement celui de saisir le juge et non de prendre des décisions exécutoires; qu'en exerçant ces pouvoirs, [elle] agit comme un demandeur en justice, assurément d'une qualité particulière, mais non en tant qu'autorité administrative; que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du recours en annulation».

Ainsi, les conditions de compétence du Conseil d'État et de recevabilité du recours pour excès de pouvoir trouvent logiquement à s'appliquer, conformément au droit commun.

## II. Contrôle opéré par les cours et tribunaux

### A. État des lieux

59. Dans les secteurs des postes et télécommunications, l'article 2 de la loi-recours du 17 janvier 2003 dispose que les décisions de l'IBPT peuvent «faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé».

Le recours exercé contre les décisions de l'IBPT ressortissait, avant l'entrée en vigueur de cette disposition, à la compétence générale d'annulation du Conseil d'État. Depuis lors, «la compétence générale du Conseil d'État de connaître des recours en annulation contre les décisions administratives s'efface donc ici devant la volonté du législateur de la confier à la Cour d'appel de Bruxelles. Le recours devant cette dernière étant de pleine juridiction, elle peut donc statuer au fond et réformer la décision de l'Institut. Pour des motifs d'efficacité et de rapidité liés au secteur des télécommunications, celle-ci statue en outre comme en référé»<sup>144</sup>. De manière regrettable, le législateur n'a pas davantage motivé son choix pour opérer ce transfert de compétences du Conseil d'État vers la cour d'appel de Bruxelles.

Par ailleurs, selon l'article 3 de la loi-recours du 17 janvier 2003, «pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application»<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1937/001, p. 24.

<sup>145</sup> Comp. avec le recours organisé contre les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications par l'art. 2 de la loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques (*M.B.*, 11 août 2005). Cette Commission n'adopte cependant que des sanctions administratives. Ce recours n'est donc...

60. En matière énergétique, la plupart des décisions de la CREG sont soumises au contrôle de la cour d'appel de Bruxelles depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 2005<sup>146</sup>. La cour est saisie «du fond du litige et dispose d'une compétence de pleine juridiction». Les décisions susceptibles de recours devant la cour d'appel sont, dans un but de sécurité juridique, limitativement énumérées. L'article 29quater de la loi du 29 avril 1999 précise que le recours devant la cour d'appel n'a pas d'effet suspensif, sauf lorsqu'il est dirigé contre une décision de la CREG imposant une amende administrative.

Selon l'exposé des motifs de la loi du 27 juillet 2005 modifiant celle du 29 avril 1999, «la notion de "pouvoir de pleine juridiction" fait référence au pouvoir de connaître de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit et de statuer sur le fond»<sup>147</sup>.

La procédure prévue est également «comme en référé», «en raison de la nécessité de statuer efficacement et rapidement, inhérente au secteur de l'énergie. L'action doit donc être introduite dans un délai relativement court pour être recevable afin que l'urgence soit établie»<sup>148</sup>.

Le législateur a expressément déclaré s'inspirer, pour mettre en œuvre ce recours, de la situation des secteurs financiers, des télécommunications et de la concurrence. C'est dans le cadre de cette réforme que le législateur a, en outre, justifié le plus complètement son choix pour l'ouverture du recours à la cour d'appel de Bruxelles, estimant que «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 de la spécificité de la matière visée et des délais propres à la procédure devant la haute instance administrative». Par ailleurs, «le contentieux des droits subjectifs est resté par nature soumis aux tribunaux de l'ordre judiciaire. En matière de marchés énergétiques, la ligne de démarcation entre les questions relevant de l'exercice discrétionnaire, mais justifié, par la CREG de ses prérogatives ou compétences (discretionnaires) et les questions de la violation des droits subjectifs des personnes soumises au contrôle de la CREG, n'est pas facile à tracer. Ainsi, les litiges relatifs aux décisions de la CREG peuvent, en l'état ac-

.../...

évoqué qu'au § 2, *infra*. À cette occasion, néanmoins, le législateur a justifié le choix de la cour d'appel de Bruxelles «par analogie au règlement des voies de recours mis au point dans la loi du 17 janvier 2003 [...] et en raison du fait que cette instance est familiarisée tant avec des litiges entre commerçants qu'avec des litiges entre particuliers et commerçants» (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1426/001, p. 98).

<sup>146</sup> Art. 29bis de la loi du 29 avril 1999 tel qu'inséré par la loi du 27 juillet 2005 organisant les voies de recours contre les décisions prises par la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz, *M.B.*, 29 juillet 2005.

<sup>147</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1845/1, p. 59 et n° 1895/1, p. 9.

<sup>148</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1845/1, p. 56 et n° 1895/1, p. 6.

tiel des textes, déboucher sur d'éventuels chevauchements de compétences entre les juridictions de l'ordre judiciaire et le Conseil d'État et sur des conflits négatifs — aucun organe ne se déclare compétent — et positifs de compétence, lorsque plusieurs organes se déclarent compétents<sup>149</sup>.

Selon les travaux préparatoires, encore, la concentration dans les mains de la cour d'appel de Bruxelles des compétences en matière de contentieux objectif et de contentieux des droits subjectifs présente les intérêts suivants:

- «— spécialisation de la Cour d'appel dans ce domaine;
- unification de la jurisprudence applicable au secteur de l'énergie;
- simplification des voies de recours en la matière;
- rapidité de la procédure;
- renforcement de la sécurité juridique;
- garantie de protection des droits et libertés individuelles sous leurs aspects, dans le cadre d'un contrôle de pleine juridiction<sup>150</sup>.

De manière générale, «en choisissant la cour d'appel de Bruxelles, le Gouvernement se rallie à une tendance observée en Belgique visant à rendre la cour d'appel de Bruxelles compétente dans des contentieux nécessitant une rapidité de décision, une unicité de jurisprudence et une spécialisation des magistrats<sup>151</sup>.

Certaines règles particulières de procédure sont enfin prévues par l'article 29<sup>quater</sup> de la loi du 29 avril 1999, qui rendent notamment applicable au recours la Quatrième Partie, Livre II, Titre III, Chapitre VIII du Code judiciaire.

Il y a lieu de signaler enfin que, par exception, les articles 584<sup>bis</sup> et 633<sup>ter</sup> du Code judiciaire prévoient que le président du tribunal de commerce de Bruxelles reste compétent pour ordonner, en cas d'absolue nécessité, toute mesure provisoire, jusqu'à ce qu'il soit statué de manière contradictoire par la cour d'appel de Bruxelles<sup>152</sup>.

61. En matière de *transport aérien*, le Service de Régulation, est soumis par l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 précitée au contrôle de pleine juridiction de la cour d'appel de Bruxelles, qui statue comme en référé.

<sup>149</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1845/1, p. 58 et n° 1895/1, p. 8.

<sup>150</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1845/1, pp. 58-59 et n° 1895/1, p. 9.

<sup>151</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1895/1, p. 10.

<sup>152</sup> X. TATON, «La nature des nouvelles compétences de la Cour d'appel de Bruxelles en matière d'offres publiques d'acquisition», *o.c.*, p. 814.

Le recours n'est pas suspensif, sauf lorsqu'il concerne une décision du Service de régulation infligeant une amende administrative ou lorsque cette suspension est prononcée par la cour.

62. Dès lors que le *Conseil de la concurrence* prend des décisions administratives individuelles en matière de concentration des entreprises (voy. *supra*), il y a lieu d'aborder les recours contre ces décisions administratives dans le présent paragraphe. Pour compléter l'analyse, on se référera, s'agissant des décisions du Conseil de la concurrence agissant comme juridiction, au troisième paragraphe de la présente partie, consacré aux recours contre les décisions juridictionnelles.

L'article 75 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 dispose que «les décisions du Conseil de la concurrence [...] ainsi que les décisions tacites d'admissibilité de concentrations par écoulement des délais [...] peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles [...]». Cet article précise que la cour d'appel statue «avec un pouvoir de pleine juridiction» et, notamment, «peut prendre en considération les développements survenus depuis la décision attaquée du Conseil» et «peut imposer des amendes et des astreintes». L'intervention du Conseil de la concurrence dans la procédure n'est plus prévue par la loi<sup>153</sup>; seule celle du Ministre de l'Économie est maintenue.

Selon l'exposé des motifs de la loi, la pleine juridiction reconnue à la cour d'appel signifie que celle-ci «peut substituer sa propre décision à la décision du Conseil de la concurrence tant en matière de pratiques restrictives de concurrence que de concentrations d'entreprises. [...] Ainsi, la cour d'appel peut non seulement annuler la décision dont appel mais également la réformer et prendre une décision qui remplace la décision attaquée<sup>154</sup>.

L'attribution du recours contre les décisions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Bruxelles s'est faite, à l'origine, «dans un but d'unification de la jurisprudence et de plus grande spécialisation des magistrats<sup>155</sup>, mais également en vue d'exclure la compétence du Conseil d'État, «la loi limitant et réglementant la liberté contractuelle, la liberté du commerce et de l'industrie et permettant ainsi

<sup>153</sup> Selon l'exposé des motifs, en effet, soit la position du Conseil de la concurrence est déjà connue au travers de la motivation de sa décision, soit le Conseil de la concurrence modifierait sa position, ce qui «violerait les droits de la défense et le principe de sécurité juridique». Cette justification est boiteuse, dès lors notamment que toute autorité administrative (et toute juridiction administrative à l'occasion de la procédure en cassation devant le Conseil d'État) défend toujours sa décision. Voy. M.A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes, o.c.*, p. 113.

<sup>154</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 68.

<sup>155</sup> C. SCHURMANS, *o.c.*, p. 106, qui renvoie au Rapport fait au nom de la Commission de l'économie et de la politique scientifique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1989-1990, n° 1282/6, p. 47.

Notons que le recours à la cour d'appel de Bruxelles doit être précédé d'un recours en réformation auprès du comité de direction de la CBFA, conformément à l'article 121, § 2, alinéa 4 de la loi du 2 août 2002.

64. Il est, en outre, important de mentionner qu'en matière d'offre publique d'acquisition (OPA), la cour d'appel de Bruxelles statue, en vertu de l'article 18ter de la loi du 2 mars 1989<sup>160</sup>, sur «*toute demande, au fond ou au provisoire vu l'urgence, fondée en tout ou en partie sur une ou plusieurs dispositions du présent chapitre [...] ainsi que toute demande qui a pour objet ou qui est susceptible d'avoir pour effet de provoquer l'ouverture d'une offre publique d'acquisition ou de modifier le résultat, les conditions ou le déroulement d'une telle offre*».

La loi précitée du 2 mars 1989 charge donc la CBFA de surveiller le bon déroulement des OPA et lui attribue notamment le pouvoir d'accorder, dans des cas spécifiques et par décision motivée, des dérogations à la réglementation qui s'y applique.

Parallèlement à ce pouvoir de surveillance générale confié à la CBFA, il est également reconnu que, dans le cadre spécifique d'une OPA, les actionnaires et porteurs de titres peuvent faire valoir une série de droits subjectifs les uns vis-à-vis des autres<sup>161</sup>. Le fondement de tels droits se situe en particulier dans l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés. Tel est l'enseignement de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 10 mars 1994<sup>162</sup>.

Le contentieux des OPA vise donc à la fois le contentieux des droits subjectifs que les intéressés peuvent faire valoir dans ce cadre – la cour d'appel de Bruxelles statue alors sur une «*demande*» introduite par celui qui s'en prévaut –, et le contentieux portant sur les décisions de la CBFA en la matière, notamment celles en vertu desquelles la CBFA accepte ou refuse d'accorder une dérogation particulière à la réglementation.

Dans le cadre de la présente étude, les litiges entre parties, à l'occasion desquels des droits subjectifs sont invoqués, ne font pas l'objet d'une analyse spécifique,

<sup>160</sup> Loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 24 mai 1989.

<sup>161</sup> Voy., en particulier, X. TATON, «Les nouvelles procédures contentieuses en matière d'offres publiques d'acquisition», *o.c.*, pp. 319 et s.; P.-A. FORIERS, «Le référé en droit des sociétés et des offres publiques», in *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau, 2003, pp. 158-159.

<sup>162</sup> Cass., 10 mars 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 176, note H. LAGA, «Het cassatiearrest van 10 maart 1994 inzake Wagons-Lits en het verplicht openbaar bod»; *Rev. Banque*, 1994, p. 258, note A. BRUYNEEL, «Wagon-Lits... Où en est la réglementation belge des OPA après l'arrêt du 10 mars 1994?», *R.D.C.*, 1995, p. 15, note F. GLANSDORFF.

de frapper le patrimoine, mettant en cause des droits civils (voir F. DUMON, «Projets de réformes et fonctions juridictionnelles», *J.T.*, 1977, p. 540)<sup>156</sup>.

Les articles 76 et suivants de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 prévoient également des règles particulières de procédures devant la cour d'appel de Bruxelles, sans cependant renvoyer, pour le surplus, au Code judiciaire.

63. En vertu de l'article 121 de la loi du 2 août 2002, un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles est ouvert contre les décisions de la CBFA expressément visées par la loi.

Le législateur a pris soin de justifier son choix. Selon lui, une telle concentration entraînera une simplification des voies de recours, la spécialisation des magistrats, une unification de la jurisprudence, un renforcement de la sécurité juridique – eu égard au caractère inextricable de la distinction entre le contentieux des droits subjectifs et le contentieux objectif –, ainsi qu'une amélioration de la protection des droits et libertés individuelles<sup>157</sup>.

Le texte de la loi ne précise pas la nature du contrôle exercé à ce titre par la cour d'appel de Bruxelles. En revanche, l'exposé des motifs contient expressément la mention selon laquelle la cour d'appel de Bruxelles dispose, à cet égard, d'une compétence de pleine juridiction. Ainsi, «*la Cour d'appel de Bruxelles est appelée à substituer entièrement son appréciation à celle de l'autorité dont la décision est attaquée, dans tous les aspects de fait et de droit. La Cour d'appel statuera à la manière d'un juge d'appel, même si la décision dont appel n'est pas nécessairement une décision juridictionnelle. La Cour d'appel de Bruxelles peut donc non seulement annuler mais également réformer la décision de l'autorité administrative et substituer à celle-ci sa propre décision*»<sup>158</sup>.

Les conséquences qu'en tire le législateur s'agissant de l'étendue des pouvoirs du juge sont cependant exprimées tout en nuances: «*Le gouvernement fait confiance à la sagesse de la Cour d'appel de Bruxelles qui, dans l'exercice de ses nouvelles compétences exclusives, pourra définir une jurisprudence stable et le cas échéant, préciser et nuancer les limites de son contrôle, selon le type de recours qu'elle est appelée à connaître. La Cour d'appel de Bruxelles pourra ainsi déterminer, au cas par cas, le degré de "marginalité" du contrôle qu'elle entendra exercer sur l'action de l'autorité administrative*»<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1989-1990, n° 1282/1, p. 13.

<sup>157</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1842/1 et 1843/1, p. 129.

<sup>158</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1842/1 et 1843/1, p. 131.

<sup>159</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1842/1 et 1843/1, p. 132.

dans la mesure où ces litiges ne portent pas sur des décisions de l'autorité de régulation. Seules les décisions de la CBFA nous intéressent ici. À cet égard se pose la question de la nature de l'intervention de la CBFA, notamment lorsqu'elle intervient dans une matière où les sujets de droit peuvent faire valoir un droit subjectif. Eu égard au large pouvoir d'appréciation de la Commission, il faut y voir une compétence discrétionnaire, de sorte que la nature de son intervention en matière d'OPA ne diffère pas, à notre sens, de ses autres tâches de régulation.

## B. La nature du recours et la compétence de pleine juridiction

### 1. Compétence de pleine juridiction et contentieux objectif<sup>163</sup>

**65.** Les recours attribués à la cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'IBPT, de la CREG, du Service de Régulation, du Conseil de la concurrence en matière de concentrations et de la CBFA, dès lors qu'ils s'exercent contre des décisions administratives, se situent nécessairement «sur le plan du droit objectif, location qui désigne globalement l'ensemble des règles de droit applicables dans un territoire ou à un ensemble de situations déterminés. La question que tranche le juge, c'est de savoir si un acte administratif ou un règlement est ou n'est pas compatible avec l'ensemble des règles qui figurent dans cet arsenal juridique. Si l'acte ou le règlement y est contraire, il l'annule, éliminant du droit objectif une anomalie 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»<sup>164</sup>.

Les cinq législations examinées confient, en outre, un pouvoir de pleine juridiction à la cour d'appel de Bruxelles, interprété de manière variée par les travaux préparatoires cités ci-dessus: si, pour la CREG, ce pouvoir fait référence au pouvoir de connaître de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit et de statuer sur le fond, pour l'IBPT, il implique, en outre, de pouvoir réformer la décision de l'Institut, à savoir, ajoute encore le législateur à l'occasion de la réforme du Conseil de la concurrence, annuler la décision dont appel mais également la réformer et prendre une décision qui remplace la décision attaquée.

Ce pouvoir n'altère cependant en rien le caractère objectif du recours, dirigé contre une décision, et impliquant l'annulation de celle-ci si elle méconnaît le droit applicable. La cour d'appel de Bruxelles estime ainsi que «le recours organisé par la loi du 17 janvier 2003 présente un caractère objectif vu la nature de l'acte attaqué et d'autre part l'absence de lien d'instance entre les parties avant l'introduc-

<sup>163</sup> Voy., *infra*, n° 89 et s., la même problématique examinée sous l'angle des recours contre les sanctions administratives.

<sup>164</sup> M. LEROY, *o.c.*, p. 89.

tion du recours»<sup>165</sup>. La question que pose la pleine juridiction concerne donc la «valeur ajoutée» de ce pouvoir pour le juge, par rapport au contentieux objectif «classique».

### 2. La notion de pleine juridiction

**66.** La notion même de pleine juridiction a des contenus extrêmement variés. Elle implique incontestablement le pouvoir de statuer tant en fait qu'en droit. «Ainsi, l'organe juridictionnel doit pouvoir vérifier tant l'existence du fait requis par la loi pour l'application de la sanction soumise à son contrôle que la conformité de la décision aux lois et aux normes juridiques supérieures»<sup>166</sup>.

En revanche, «les aspects des décisions relatives à des droits et obligations de caractère civil prises par l'administration dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire ne peuvent faire l'objet d'un contrôle "entier" mais uniquement d'une appréciation marginale, destinée à vérifier que la mesure n'est ni dénuée de toute justification objective et raisonnable ni hors de toute proportion en considération de l'ensemble des circonstances de l'espèce. En effet, l'exigence de l'accès aux tribunaux ne saurait donner lieu à une ingérence judiciaire dans la police administrative ou à une substitution des décisions judiciaires à celles de l'administration, le juge n'étant pas habilité à apprécier l'opportunité d'une décision administrative. Partant, lorsque l'administration est libre de mener sa politique, un contrôle marginal est suffisant». On a pu en outre constater qu'«il existe une tendance à considérer que la thèse du contrôle marginal n'est pas applicable aux contestations sur les peines et les sanctions et que, pour être de "pleine juridiction", le contrôle judiciaire doit être plus rigoureux. En matière répressive, le juge doit pouvoir "réformer" en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise»<sup>167</sup>.

<sup>165</sup> Bruxelles, 22 juin 2006, R.G. 2005/AR/3300, p. 5; Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. 2004/AR/174, p. 20; Bruxelles, 15 octobre 2004, R.G. 2003/AR/1664; Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. 2003/AR/2463; Bruxelles, 18 juin 2004, R.G. 2003/AR/2249, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>166</sup> G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, «Les sanctions administratives», *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Bruxelles, 2005, p. 209, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>167</sup> *Idem*, pp. 209-210, citant notamment M. MELCHIOR, «La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1327-1346, spéc. p. 1337; P. LEMMENS, «Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen», *Antwerpen, Kluwer*, p. 281, n° 203. À propos des contentieux spécifiques de pleine juridiction devant le Conseil d'État, Michel LEROY (*Contentieux administratif, o.c.*, p. 911) enseigne que l'arrêt du Conseil d'État «statue sur tous les aspects du litige, et ne se borne pas à annuler [...]». *Quand le recours est dirigé contre une décision, l'arrêt se substitue entièrement à cette...*

Comme le souligne quant à lui David De Roy, la notion de pleine juridiction est surtout caractérisée par son ambiguïté, se référant « tantôt à l'étendue du contrôle juridictionnel (éléments de fait et de droit, proportionnalité, ...) tantôt à la nature des pouvoirs exercés dans le cadre de ce contrôle »<sup>168</sup>.

67. La portée du contrôle de pleine juridiction varie, en effet, selon les pays, selon le niveau de pouvoir auquel il est mis en œuvre et en fonction des objectifs poursuivis par celle-ci.

Ainsi, en droit français, ce pouvoir de réformer la décision contre laquelle un recours de pleine juridiction est exercé semble à la fois caractéristique et extrêmement controversé : certains auteurs soulignent le fait que, dans ce cas, le juge disposerait de pouvoirs étendus que ne possède pas toujours le juge du contentieux des droits subjectifs : « il peut en effet réformer la décision de l'autorité ou même lui substituer la sienne propre en prenant en considération tous les éléments de la cause. Autrement dit, il fait acte d'administrateur en contradiction avec le principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative »<sup>169</sup>.

L'article 172 du Traité instituant la Communauté européenne prévoit la possibilité d'un recours de pleine juridiction devant la Cour de Justice « en ce qui concerne les sanctions prévues par [les] règlements ». Ainsi, l'article 31 du Règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité prévoit que « la Cour de Justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte. Elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligées ».

La protection conférée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tant pour les contestations sur des droits et obligations de caractère civil

.../...  
 décision, à la manière d'un jugement d'appel (sauf que la décision dont "appel" n'est pas nécessairement juridictionnelle), et ce, qu'il la confirme ou qu'il la réforme». La recension de ces recours ne concerne cependant jamais un recours objectif contre une décision administrative mais, au contraire, soit des litiges entre autorités administratives soit des « appels » contre des décisions juridictionnelles.

<sup>168</sup> D. DE ROY, « Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles », o.c., n° 29.

<sup>169</sup> Voy. C.S. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaires. Contentieux de la concurrence et de la bourse*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 318-324, spéc. note 23, citant J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, n° 473 et Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur? », in G. GARDAUD et H. OBERDORFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, PUG, 1995, pp. 186 et s.

que pour une accusation en matière pénale implique l'existence d'un recours de pleine juridiction dont les contours diffèrent sensiblement, dans la jurisprudence strasbourgeoise, de la même notion en droit communautaire. En particulier, elle n'impliquerait pas le pouvoir de substituer la décision du juge à celle de l'administration, et serait surtout « fonction des prérogatives dont jouit l'autorité administrative et des obligations qui pèsent sur celle-ci »<sup>170</sup>.

Se dessinent ainsi, à travers les différentes acceptions de la notion de pleine juridiction, des pouvoirs plus ou moins étendus selon que l'autorité agit de manière répressive ou non, et met en œuvre une compétence liée ou discrétionnaire. Si l'existence d'une telle compétence discrétionnaire n'est pas, en soi, incompatible avec l'exercice, par la juridiction de contrôle, d'un pouvoir de pleine juridiction, elle aura néanmoins des implications importantes, notamment au regard de l'étendue du pouvoir de contrôle du juge.

68. La notion de pleine juridiction n'implique en tout cas pas, par elle-même, que tous les pouvoirs mentionnés dans les travaux préparatoires des différentes lois examinées soient d'emblée reconnus à la cour d'appel de Bruxelles. Ces travaux préparatoires ne contiennent, en effet, que l'interprétation donnée par le législateur à cette notion. En toute hypothèse, ils confient expressément à la cour d'appel de Bruxelles le soin de préciser et nuancer les limites de son contrôle, selon le type de recours dont elle est appelée à connaître.

Ces limites sont, à notre estime, principalement tracées par le principe de la séparation des pouvoirs<sup>171</sup>. Bien que certains auteurs tentent d'écarter l'application de ce principe<sup>172</sup>, celui-ci est revêtu d'une valeur constitutionnelle qui prime sur les lois énumérées ci-dessus. Selon quatre procureurs généraux émérites à la Cour de cassation, « le législateur peut, certes, déterminer des attributions et des obligations du Pouvoir judiciaire, mais il doit respecter des principes constitutionnels – la séparation des pouvoirs et l'indépendance du Pouvoir judiciaire – ainsi que de nombreuses dispositions précises de la Constitution [...] La séparation des Pouvoirs est un principe constitutionnel. Son sens et sa portée ne peuvent donc se dé-

<sup>170</sup> M. MELCHIOR, o.c., p. 1337; S. VAN DROOGHENBROECK, o.c., pp. 475-476. Voy., *infra*, n° 88 et s.

<sup>171</sup> Voy. l'examen plus détaillé de cette question *infra* n° 96, à l'occasion de l'examen des recours contre les amendes administratives.

<sup>172</sup> Ph. MALHERBE, o.c., pp. 278-280. L'auteur se demande notamment si un tel principe aurait dû être respecté si les instances de recours avaient pris la forme de juridictions administratives. La remarque nous paraît dépourvue de pertinence dès lors qu'une juridiction administrative ne relève pas du pouvoir judiciaire et n'est pas susceptible de connaître des compétences réservées à ce pouvoir, notamment par les art. 144 et 145 de la Constitution.

dire que de la Constitution elle-même et non des décisions nouvelles que prendrait le Pouvoir législatif<sup>173</sup>.

Comme l'a énoncé la Cour de cassation dans un arrêt du 10 juin 1996, un juge ne peut priver l'autorité de sa liberté d'appréciation et se substituer à elle<sup>174</sup>. La Cour d'arbitrage elle-même a récemment rappelé que «charger le juge judiciaire, dans de telles circonstances, de substituer son appréciation au pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'administration reviendrait à lui reconnaître une compétence incompatible avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions»<sup>175</sup>.

Il nous semble donc que la notion de pleine juridiction ne peut recevoir un contenu spécifique qu'en prenant en considération (i) la loi régissant le recours, (ii) les principes généraux et les règles constitutionnelles ou supranationales qui s'y appliquent, et (iii) les prérogatives et obligations de l'autorité de régulation. L'éten due des pouvoirs de la cour doit ainsi être examinée au cas par cas.

Un examen de la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles relative à des recours contre des décisions administratives individuelles d'autorités de régulation permet d'illustrer ce raisonnement.

### 3. La pleine juridiction dans les arrêts de la cour d'appel de Bruxelles

69. Le premier arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles à l'égard d'une décision de l'IBPT a d'emblée fixé le cadre de ses pouvoirs: «en attribuant expressément à la cour d'appel de Bruxelles une "compétence de pleine juridiction", le législateur a entendu ne pas limiter les pouvoirs confiés à la cour d'appel de Bruxelles à celui d'annuler les décisions de l'IBPT entachées d'illégalité et lui reconnaître le pouvoir de réformer l'acte attaqué pour le soustraire, ainsi réformé, à l'annulation. [...] Encore faut-il que la cour puisse substituer sa décision à l'acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs en privant l'IBPT, autorité réglementaire nationale, de son pouvoir d'appréciation, ni méconnaître les dispositions des nouvelles di-

<sup>173</sup> W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, R. DELANGE, F. DUMON et R. CHARLES, «Communication: à propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire», A.P.T., 1990, pp. 196-197.

<sup>174</sup> Cass., 10 juin 1996, R.C.I.B., 1997, pp. 447 et s., concl. Av. gén. LECLERCQ et la note de D. LAGASSE, «Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociales». Comp. cependant S. GILSON, «À propos des décisions et citations de l'ONSS: "exceptio obcuri libelli, motivation formelle des actes administratifs et contentieux de pleine juridiction"», observations sous C. trav. Bruxelles, 24 décembre 2003, *Chron. dr. soc.*, 2004, pp. 513-517.

<sup>175</sup> C.-A., n° 74/2006 du 10 mai 2006, considérant B.7.

rectives qui édictent des obligations d'information et de coopération non équivalentes à la charge des autorités réglementaires nationales qui entendent imposer des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché donné. [...] Comme précisé plus haut, la cour ne peut sous peine de priver l'IBPT de sa liberté d'appréciation et se substituer ainsi à lui, déterminer elle-même de quelle manière celui-ci doit exercer ses pouvoirs»<sup>176</sup>.

Selon la cour d'appel de Bruxelles, l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction vis-à-vis des décisions de l'IBPT n'implique donc pas que la cour doit prendre une décision à la place de celle qu'elle a annulée, et ne lui permet pas d'exercer la compétence qui appartient à l'autorité qui a adopté cette décision.

Elle a toutefois jugé que «de uitoefening van die rechtsmacht belet nochtans niet om vast te stellen dat de beslissing over de aanvraag inhoudelijk hoe dan ook niet wettig kon worden getroffen. Zulk is het geval wanneer de invulling van de beroepsgrievens er alleen maar kan toe leiden dat het tegenovergestelde diende te worden beslist»<sup>177</sup>. En l'espèce, le recours était relatif à l'accès à certains documents administratifs en possession de l'IBPT. La cour s'est estimée compétente pour «dire pour droits» que le requérant disposait d'un droit à accéder à certains documents administratifs, et que l'IBPT était chargé de permettre l'exécution de ce droit. Elle n'a cependant pas enjoint à l'IBPT de communiquer lesdits documents.

À l'occasion d'une demande de mesures provisoires exercée devant elle, la cour a encore précisé que, «s'il est exact que le législateur a donné à la cour un pouvoir de pleine juridiction, il n'empêche qu'elle ne pourrait en l'espèce substituer sa propre décision à la décision attaquée faute de grief à l'encontre de cette décision entraînant son annulation ou sa réformation». À l'occasion du même recours, elle a rappelé que le recours ouvert contre une décision de l'IBPT «n'ouvre pas la possibilité pour les opérateurs ou les tiers concernés d'introduire une demande devant la cour à l'occasion d'un tel recours. La loi ne donne pas non plus à la cour la compétence d'adopter, à l'occasion d'un tel recours, d'autres mesures provisoires que le suris à l'exécution de la décision litigieuse»<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> Bruxelles, 18 juin 2004, R.G. 2003/AR/2249, n° 63-64, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be). Voy. également Bruxelles, 30 juin 2006, R.G. 2003/AR/2474, n° 55-56, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), selon lequel «Binnen het bestek van de bevoegdheid die aan het hof is verleend bij artikel 2 van de Wet rechtsmiddelen inzake het BIPT heeft het hof enkel de rechtsgrondigheid van een beslissing te beoordelen, weze het met volle rechtsmacht. Deze volle rechtsmacht laat de bevoegdheid van het BIPT als nationale regelgevende instantie ongemoeid en het hof heeft dus geen beslissing in de plaats te stellen van deze die het vernietigt», ainsi que Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. 2003/AR/2463, n° 49, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), à propos d'un pouvoir réglementaire dont ne dispose, en toute hypothèse, pas l'IBPT (voy. *supra*, n° 12).

<sup>177</sup> Bruxelles, 25 octobre 2005, R.G. 2004/AR/668, n° 45-46, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>178</sup> Bruxelles, 18 mars 2005, R.G. 2005/AR/588, n° 12-13, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

La cour d'appel de Bruxelles a enfin précisé qu'il lui appartenait de «déterminer, pour chacun des griefs pris séparément, si elle doit se limiter à un contrôle de la légalité de la décision attaquée ou si elle est habilitée à substituer son appréciation à celle de l'IBPT. En effet, lorsqu'une disposition communautaire laisse aux autorités nationales chargées de la mettre en œuvre une liberté d'appréciation, le juge ne saurait, en contrôlant la légalité de l'exercice d'une telle liberté, substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente. Il doit se limiter à examiner si celle-ci n'a pas commis une erreur manifeste ou un détournement de pouvoir (comp. Cour de Justice, arrêt du 17 octobre 1995, *The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food* e.a. C-44/94, Rec., p. I-3115, point 57). La latitude dont dispose la cour dépend donc de la liberté d'appréciation laissée à l'IBPT [...]»<sup>179</sup>. David De Roy précise, en analysant les considérants suivants du même arrêt, que celui-ci confirme «à tout le moins implicitement) l'une des conditions au respect desquelles la cour d'appel soumet l'exercice d'un pouvoir de substitution de la cour d'appel, à savoir le respect des compétences et pouvoirs de l'autorité de régulation»<sup>180</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles estime donc avoir reçu un pouvoir de réformation, mais limité aux décisions pour lesquelles l'IBPT ne dispose pas d'une liberté d'appréciation et dont la compétence est donc liée, afin de ne pas heurter le principe de la séparation des pouvoirs<sup>181</sup>. Tel semblait être le cas de la demande d'accès aux documents administratifs faisant l'objet de l'arrêt du 25 octobre 2005. La cour n'a cependant pas osé, à cette occasion, aller au bout de son raisonnement et enjoindre ou condamner l'IBPT à donner cet accès<sup>182</sup>.

La cour d'appel a, en outre, eu l'occasion de rappeler deux conditions supplémentaires à l'exercice d'un pouvoir de réformation: le maintien dans la limite des compétences dévolues à l'IBPT et l'annulation préalable de la décision contestée.

**70.** À l'instar des décisions administratives adoptées par l'IBPT, le recours contre les décisions administratives prises par le *Conseil de la concurrence* en

<sup>179</sup> Bruxelles, 12 mai 2006, R.G. 2004/AR/174, point 15, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>180</sup> D. DE ROY, «Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles», o.c., n° 21. Dans le même sens: Bruxelles, 15 juin 2006, R.G. 2004/AR/2657, n° 30, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>181</sup> Xavier Taton («Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», o.c., p. 807) reproche à la cour d'appel de Bruxelles d'avoir ainsi interprété l'étendue de son pouvoir *contra legem*. Il nous semble cependant (voy. *supra*) que l'incertitude et l'imprécision qui caractérise la notion de pleine juridiction ne permettent pas de déterminer d'emblée la portée de celle-ci à l'égard de la cour d'appel (nonobstant le contenu des travaux préparatoires, qui ne peuvent faire œuvre de loi). Il n'y a donc pas, à notre estime, interprétation, mais bien délimitation de cette notion en droit belge.

<sup>182</sup> Dans un domaine, il est vrai, où, il faut le rappeler, la compétence de la cour d'appel de Bruxelles pour connaître du recours est contestable (voy., *supra*, note 136).

matière de concentrations d'entreprises, nonobstant la qualité de juridiction administrative de celui-ci, devrait relever d'un contentieux objectif. Cette conclusion s'impose eu égard à la nature de l'acte attaqué et à l'absence de lien d'instance entre les parties avant l'introduction du recours.

Dans le cadre de l'ancienne loi, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 15 septembre 2005<sup>183</sup> l'a expressément rappelé: «dans le cadre du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence dans le domaine du contrôle préalable des opérations de concentrations, la cour n'est pas saisie d'un litige dont l'objet serait la demande originaires d'autorisation de réaliser une opération de concentration notifiée. Le litige dont la cour est saisie a pour objet la décision du Conseil de la concurrence d'approuver l'opération de concentration ou de ne pas l'autoriser». Or, la cour estime ensuite que, eu égard à l'analyse prospective réalisée par le Conseil de la concurrence pour apprécier l'admissibilité d'une concentration, celui-ci dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire. «Le législateur n'a pas entendu doter la cour d'un tel pouvoir». Elle se limite donc à un contrôle objectif de légalité et à l'annulation de la décision contestée.

Cet arrêt est vivement contesté par les praticiens du droit de la concurrence, qui en ont examiné en profondeur tant les fondements<sup>184</sup> que les conséquences<sup>185</sup>, notamment vu le revirement de jurisprudence que constituerait cet arrêt<sup>186</sup>.

<sup>183</sup> Bruxelles, 15 septembre 2005, R.G. 2004/MR/2-3-4-5, spéc. n° 15 à 20, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). Cette constatation ressortait déjà des travaux préparatoires des lois antérieures: «le recours n'est plus dirigé contre le ministre des Affaires économiques, contrairement aux dispositions de la loi antérieure. Le ministre n'est en effet pas l'auteur de la décision. La nouvelle loi prévoit d'ailleurs que le ministre peut introduire un recours devant la cour d'appel de Bruxelles contre la décision du conseil de la concurrence» (voy. D. SZAFRAN, «La loi sur la protection de la concurrence économique. Réforme de 1999», J.T., 2000, pp. 474 et s.).

<sup>184</sup> F. LOUIS et S. DIERCKENS, o.c., pp. 131-145. Paul Nihoul écrit en «préface» de ce commentaire que «pour ma part, je vois plutôt, dans cette attitude, un signe de modestie. Une modestie compréhensible si l'on mesure la difficulté, rappelée ci-dessus, de parvenir à une «vérité judiciaire», en matière de concurrence. Une attitude rappelant d'ailleurs celle adoptée par les juridictions communautaires, lorsque ces dernières statuent sur un recours dirigé contre un acte communautaire dans la même matière – si du moins l'on croit ces juridictions lorsqu'elles disent qu'elles décrivent ce qu'elles font ...» (P. NIHOUL, «Une concurrence fondée sur les mérites...», R.C.B.-T.B.M., 2006).

<sup>185</sup> J.F. BELLIS et M. FAVART, «Le contrôle juridictionnel sur les décisions d'admissibilité d'une concentration par le Conseil de la concurrence après l'arrêt Editeco», J.T., 2005, pp. 765-770.

<sup>186</sup> Il y a cependant lieu de constater que les deux seuls arrêts ayant donné lieu à l'annulation d'une décision prise en matière de concentration (Bruxelles, 25 juin 1997, M.B., 4 juillet 1997; Bruxelles, 15 janvier 1998, M.B., 12 février 1998) n'impliquaient aucun pouvoir de réformation de la cour d'appel.

Frédéric Louis et Saar Dierckens fondent principalement leur argumentation sur le fait que le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative et que la cour lui aurait, par son arrêt, dénié ce statut. Si le statut du Conseil de la concurrence est difficilement contestable, dès lors qu'il est prévu par la loi, la nature des décisions qu'il prend en matière de concentrations est, par contre, clairement administrative, et non juridictionnelle<sup>187</sup>. Mais la seule qualité de «juridiction administrative» suffit-elle, dès lors, pour transformer le recours contre une décision administrative individuelle rendue par cette juridiction en un recours contre une décision juridictionnelle, bénéficiant notamment de l'effet dévolutif de l'appel<sup>188</sup> ? Pareille thèse est difficile à soutenir.

Selon ces mêmes auteurs, et pour leur répondre brièvement :

– *le Conseil de la concurrence ne disposerait que d'une compétence liée pour admettre les concentrations, selon qu'elle entrave significativement ou non la concurrence*: à notre estime, les possibilités (et non obligations) pour celui-ci d'assortir sa décision de conditions et/ou charges proposées à titre d'engagements par les parties, ou d'ordonner toute mesure appropriée en cas d'inadmissibilité, démontre pourtant déjà l'existence d'un certain pouvoir discrétionnaire en son chef<sup>189</sup> ;

– *le pouvoir de réformation de la cour d'appel résulterait du pouvoir de pleine juridiction qui lui était implicitement à l'époque confié*<sup>190</sup> : nous avons vu, ci-dessus, à quel point cette notion ne permettait en rien de conclure, par elle-même, à un pouvoir de réformation du juge de la décision administrative contestée devant lui, spécialement lorsqu'elle mettait en œuvre un pouvoir discrétionnaire ;

– *la cour d'appel doit substituer sa décision à celle du Conseil de la concurrence mais, ce faisant, sa mission n'est pas différente de la mission qui lui est*

<sup>187</sup> Voy., *supra*, n° 24.

<sup>188</sup> Comp. avec l'art. 1068 C. jud., qui n'accorde un effet dévolutif que dans le cadre de l'appel d'un jugement. En l'espèce, il n'y a ni jugement, ni décision juridictionnelle quelconque ni, *a fortiori*, appel.

<sup>189</sup> Pour rappel, la Cour de cassation exige «l'existence d'une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'une autre personne et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre. Pour qu'une partie puisse se prévaloir à l'égard de l'autorité administrative d'un tel droit, il faut que la compétence de cette autorité soit *complètement liée*» (notre accent). Cass., 16 janvier 2006, C.05.0057.F/1, [www.cass.be](http://www.cass.be); voy. aussi concl. de Av. gén. J. VÉLU, avant Cass., 10 avril 1987, chambres réunies, R.G. 5590-5619, n° 477, et publiées dans A.C., 1986-1987, spécialement p. 1068; Cass., 22 décembre 2000, R.G. C.99.0164.N, n° 720.

<sup>190</sup> C. SCHURMANS, *o.c.*, p. 115, estimait déjà qu'un pouvoir de réformation et de substitution était reconnu à la cour d'appel de Bruxelles statuant sur les décisions du Conseil de la concurrence.

*confiée par le Code judiciaire de connaître de l'appel d'un jugement de première instance*: cette affirmation est paradoxale, dès lors que, d'ordinaire, le juge d'appel dispose de pouvoirs identiques à ceux du juge de première instance; ce qui n'est pas le cas en l'espèce (ni pour les pouvoirs d'investigation, ni pour l'acceptation des engagements présentés par les parties<sup>191</sup>);

– *il n'y a pas lieu d'attacher une importance décisive à la possibilité pour le Conseil des Ministres d'autoriser une concentration déclarée inadmissible par le Conseil de la concurrence, mais bien de s'interroger sur la constitutionnalité de cette possibilité*: comme déjà évoqué, la tutelle ainsi exercée et la qualité de juridiction du Conseil de la concurrence sont fondamentalement incompatibles, et la loi coordonnée du 15 septembre 2006, comme les textes antérieurs, est manifestement inconstitutionnelle sur ce point. Cette inconstitutionnalité ne permet pas pour autant de déduire que ce serait la qualité de juridiction administrative qui demeure et la tutelle qui disparaît: c'est au législateur qu'il appartient de trancher.

Dès lors, ce n'est que si l'admissibilité ou l'inadmissibilité de la concentration est la seule solution possible que la cour d'appel peut éventuellement substituer sa décision à celle du Conseil de la concurrence, en s'appuyant sur son pouvoir de pleine juridiction. Dans cette seule hypothèse, une telle réformation ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs<sup>192</sup>.

Tel n'était pas le cas en l'espèce. C'est donc à juste titre, à notre estime, que la cour d'appel de Bruxelles a décidé de ne pas statuer à nouveau<sup>193</sup>.

71. La loi coordonnée du 15 septembre 2006 apporte des modifications significatives au contrôle juridictionnel des décisions en matière de concentrations: elle permet, en effet, à la cour d'appel de prendre en considération les développements survenus depuis la décision attaquée (art. 75, al. 2), d'imposer des amendes et des

<sup>191</sup> C. SCHURMANS, *o.c.*, p. 115.

<sup>192</sup> Tel était le cas de l'admissibilité de la concentration ayant fait l'objet de l'arrêt précité du 25 juin 1997 (*M.B.*, 4 juillet 1997), pour laquelle la cour d'appel constatait le dépassement du délai requis du Conseil de la concurrence pour statuer; ce qui impliquait nécessairement qu'une décision tacite d'admissibilité avait été prise.

<sup>193</sup> Une autre interprétation, plus conciliante avec la doctrine précitée, pourrait être imaginée; elle est cependant fort peu soutenue par les motifs mêmes de l'arrêt. En effet, en annulant la décision d'admissibilité notamment au motif d'une violation des droits de la défense, la cour d'appel sanctionne l'existence d'un vice affectant irrémédiablement l'instruction antérieure à la prise de décision par le Conseil de la concurrence. Or, dans ce cas, comme l'a souligné Christine Schurmans (*o.c.*, p. 115), le pouvoir de réformation et de substitution ne peut s'exercer (cité à l'appui: Y. GAUDEMET, «Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence», *J.C.P.*, 1999, p. 2241). Comp. Bruxelles, 30 juin 2003, *Ann. prat. comm.*, 2003, pp. 874 et s.

astreintes (art. 75, al. 3) et de demander une instruction à l'Auditorat près le Conseil de la concurrence (art. 76, § 2).

Si ces modifications précisent utilement le pouvoir de pleine juridiction confié à la cour d'appel de Bruxelles par la nouvelle loi coordonnée, elles n'entraînent pas davantage, à notre estime, un pouvoir de réformation et de substitution en toute circonstance des décisions du Conseil de la concurrence en matière de concentrations. Il y a à nouveau lieu d'examiner, au cas par cas, l'étendue des prérogatives de l'autorité et d'interdire, au nom de la séparation des pouvoirs, tout pouvoir de réformation ou substitution de la décision contestée lorsque celle-ci met en jeu une compétence discrétionnaire du Conseil de la concurrence<sup>194</sup>.

Le président de la Cour de cassation a, pour sa part, soutenu, devant la Commission de l'économie de la Chambre, que «la question n'en demeure pas moins de savoir si la cour d'appel, même si elle statue en pleine juridiction, aurait la possibilité de renvoyer l'affaire devant le Conseil de la Concurrence, pour agir comme l'ordonne la cour d'appel (p. ex., pour statuer définitivement sur une concentration). L'intention du législateur est sans doute d'exclure cette possibilité. La loi pourrait insister sur ce point, en précisant que c'est la Cour d'appel de Bruxelles elle-même qui statue sur le litige et ne renvoie pas l'affaire devant le Conseil de la Concurrence, sauf si elle confirme la décision du conseil et qu'il reste des mesures complémentaires à prendre»<sup>195</sup>. L'absence d'un contenu déterminé au pouvoir de pleine juridiction est, encore une fois, mise en évidence.

72. Les recours introduits contre les décisions de la CBFA ont, pour leur part, déjà conduit la cour d'appel à rendre plusieurs arrêts intéressants, dont un, rendu le 10 février 2006<sup>196</sup>, se soucie de préciser les limites du contrôle exercé par la cour d'appel et, ce faisant, permet d'appréhender avec précision la notion de pleine juridiction dans ce contentieux<sup>197</sup>.

<sup>194</sup> *Contra*: J. CAPIAU et K. MARCHAND, «Nieuwe Belgische mededingingswet. Een eerste analyse», *NJW*, 2006, pp. 829-830, qui estiment simplement que les nouveaux pouvoirs confiés à la cour d'appel de Bruxelles mettent fin à la controverse.

<sup>195</sup> Audition du Président Verougstraete, rapport fait au nom de la commission de l'économie... *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/004, p. 11. Ce disant, il n'a cependant pas tenu compte de la nature administrative, et non juridictionnelle (v. *supra*), des décisions rendues en matière de concentrations.

<sup>196</sup> Bruxelles, 10 février 2006, R.G. 2004/SF/5, spéc. n° 47-53, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).  
<sup>197</sup> Voy. également, en matière de sanctions administratives, Bruxelles, 19 janvier 2006, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), qui substitue son appréciation à celle de la CBFA, dont elle a annulé la décision, et commenté *infra*, n° 96. C'est cet arrêt qui fait l'objet du commentaire de D. DE ROY, «Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles», o.c. Voy. également Bruxelles, 8 novembre 2005, *Forum financier - Droit bancaire et financier*, 2006, p. 15 et les observations de David De Roy à la note 18 de l'article précité.

Dans cet arrêt, la cour constate tout d'abord que «la cour d'appel de Bruxelles est investie d'un pouvoir de réformation de la décision qui lui est déférée. [...] Le pouvoir de réformation qui est un type de pouvoir dévolu au juge du plein contentieux, permet à la cour de substituer sa décision à celle de la CBFA».

Elle s'attache ensuite à préciser l'étendue de son pouvoir: «Il va sans dire que la cour exerce sa juridiction dans les limites des compétences de la CBFA et dans le respect de la nature des pouvoirs confiés à cette autorité. Par ailleurs, le pouvoir de réformation ne signifie pas que la cour puisse, dans tous les cas, substituer sa décision à celle de la CBFA ni que la cour doive dans tous les cas se placer au jour où elle se prononce lorsqu'elle exerce ce pouvoir».

S'agissant d'un recours contre une décision de déclarer le dossier incomplet ou d'une décision de refus d'approbation du prospectus, un pouvoir de substitution ne se conçoit que dans le cas d'une décision de la CBFA préalablement annulée. Il ne saurait en effet être admis que l'ouverture d'un recours donne à la cour le pouvoir d'agir en lieu et place de la CBFA sur la base de sa propre appréciation du dossier ou du prospectus, lorsque le contrôle de la légalité qu'elle a exercé, qui n'inclut pas la possibilité d'annuler pour des motifs d'opportunité, aboutit à un rejet du recours en annulation.

Enfin, la possibilité d'exercer un pouvoir de réformation et la latitude d'appréciation dont la cour dispose doivent s'apprécier, cas par cas, en fonction des modalités procédurales et des garanties auxquelles la CBFA est assujettie pour prendre sa décision et des garanties qui y sont liées et en tenant compte de l'étendue des moyens requis pour procéder aux contrôles nécessaires pour opérer des choix.»

73. Ce pouvoir de pleine juridiction confié à la cour d'appel de Bruxelles crée donc une nouvelle forme de contentieux, déjà qualifié de «recours objectif de pleine juridiction»<sup>198</sup>. Ce contentieux se place à la croisée des *summa divisio* entre le contentieux objectif et le contentieux des droits subjectifs et entre le contentieux de l'annulation et celui de la pleine juridiction.

Sans déroger, par lui-même, à d'autres principes supérieurs, comme celui de la séparation des pouvoirs ou, pour reprendre les termes de Paul Lewalle<sup>199</sup>, celui de la séparation des fonctions entre juridiction et administration, dont l'article 6 du

<sup>198</sup> X. TAPON, «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», o.c., pp. 799 et s., et C.S. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement procédural des autorités de marché en droits français et communautaire. Contentieux de la concurrence et de la bourse*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 318 à 324, n° 207 à 209.

<sup>199</sup> P. LEWALLE, o.c., p. 445.

Code judiciaire est notamment l'expression<sup>200</sup>, le contentieux objectif de pleine juridiction confère sans conteste à la cour d'appel de Bruxelles un pouvoir de contrôle étendu, en fait et en droit, sur la décision qui lui est soumise.

La cour pourrait également, à l'occasion d'un recours contre une décision d'une autorité de régulation, et non si elle était saisie de pareille demande en dehors d'un tel recours, faire injonction ou interdiction d'adopter une décision ou un comportement déterminé lorsque celui-ci relève d'une *compétence liée* de l'autorité<sup>201</sup>, voire substituer son arrêt à la décision de l'autorité de régulation<sup>202</sup>. Les deux conditions préalables à l'exercice de ce pouvoir imposent que la réforme demeure dans les limites des compétences de l'autorité de régulation, d'une part<sup>203</sup>, et qu'elle fasse suite à l'annulation de la décision contestée, d'autre part. Elle pourrait ainsi statuer, de manière incidente mais au contraire du Conseil d'État, sur des droits subjectifs de nature civile ou politique<sup>204</sup>.

En revanche, selon l'interprétation qui lui est donnée par la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles, et conformément au principe de la séparation des pouvoirs et des fonctions juridictionnelles et administratives, le pouvoir de pleine juridiction ne lui permet pas de substituer ses arrêts aux décisions relevant d'une *compétence discrétionnaire*.

<sup>200</sup> Pour un excellent aperçu des limites posées par le principe de la séparation des pouvoirs et par l'art. 6 C. jud., voy. T. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique ... Vol au-dessus d'un nid de vipères? », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 38-44.

<sup>201</sup> David De Roy (« Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles », *o.c.*, n° 29-30) semble regretter, il est vrai à l'occasion d'un recours contre une décision coercitive, qui est examiné *infra*, une dérive « au regard de la conception "objective" du contentieux ». Il nous paraît cependant difficile, à défaut d'autres principes qui freinent l'étendue du pouvoir du juge dans le cadre de la pleine juridiction, de ne pas admettre la possibilité pour celui-ci de statuer à la fois sur le contentieux objectif et sur les droits subjectifs qui y seraient, le cas échéant, directement liés. Il faut admettre que cette hypothèse relève presque du cas d'école, les compétences des autorités de régulation étant essentiellement discrétionnaires. Comp. Cass., 17 décembre 2001, n° S.00.0012.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), commenté *infra*, qui nous semble imposer, suite à l'annulation d'une sanction administrative suspendant les allocations de chômage, de statuer sur le droit de l'intéressé à ces allocations.

<sup>202</sup> Il nous semble cependant indispensable, à cet effet, que la loi le précise.

<sup>203</sup> Selon Christine Schurmans (*o.c.*, p. 117) et à propos des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, la cour d'appel n'a donc pas le pouvoir de se prononcer sur les conséquences civiles d'une infraction.

<sup>204</sup> Comp. avec la compétence du Conseil d'État d'ordonner des mesures provisoires: C.E., 21 mars 2000, n° 86.146, *Troch*, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be), où le Conseil d'État impose, à ce titre, à l'administration d'octroyer un congé à un fonctionnaire. Selon Thomas Bombois (*o.c.*, p. 40), « le juge a pu considérer, après avoir acquis la certitude que ce congé était refusé sans la moindre justification, que la seule attitude normale de l'administration eût dû être de l'accorder », et qu'il existait donc pratiquement un droit subjectif dans le chef du requérant: la séparation des pouvoirs était ainsi épargnée.

En d'autres termes, et à notre estime, plus le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de régulation est important, plus réduit ou limité sera le pouvoir du juge à l'égard des décisions administratives réglementaires ou individuelles.

### C. Les spécificités procédurales du contentieux des décisions des autorités de régulation devant la cour d'appel de Bruxelles

74. Le caractère objectif et de pleine juridiction des recours ouverts devant la cour d'appel de Bruxelles confère à ces recours des particularités importantes sur le plan procédural. Comme on l'a déjà souligné, en outre, chacun des recours prévoit des règles de procédure distinctes, qu'il s'agisse du renvoi à tout ou partie du Code judiciaire, ou de dérogations spécifiques à celui-ci.

À propos de ces dérogations spécifiques, la section de législation du Conseil d'État a indiqué que « la sécurité juridique, et le souci de prévenir des conflits entre les différents régimes et le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, commandent de limiter les dérogations au régime de droit commun de la requête contradictoire à ce qui est nécessaire à la particularité des procédures concernées. Dès lors que cette particularité ne peut les justifier, mieux vaut également éviter les divergences entre les différents régimes dérogatoires à l'article 1034ter du Code judiciaire ». « Le principe de proportionnalité s'oppose à ce que l'absence d'éléments d'importance secondaire, tel que l'inventaire des pièces, soit sanctionnée de la même manière. À cet égard, on peut assurément se demander s'il est bien conforme au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination de rendre plus sévères, comme le fait la disposition citée, les règles de droit commun. »<sup>205</sup>

De manière générale, et en vertu de l'article 2 du Code judiciaire, les règles de procédure contenues dans ce Code sont applicables aux recours introduits devant la cour d'appel de Bruxelles « sauf lorsque [ceux-ci] sont régis par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code »<sup>206</sup>.

Cet article permet à la fois de suppléer à l'absence de règles de procédure précises pour chacun des recours spécifiques organisés devant la cour d'appel de Bruxelles, et d'écarter les règles du Code judiciaire lorsque celles-ci entrent en conflit

<sup>205</sup> C.E., avis n° 38.106/1, précité (v. note 88), pp. 25-26.

<sup>206</sup> Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. 2004/AR/174, § 20, [www.ibpbt.be](http://www.ibpbt.be).

avec la nature objective du contentieux<sup>307</sup>. La cour d'appel de Bruxelles y a eu recours, implicitement ou explicitement, à de nombreuses reprises, particulièrement à l'occasion du contentieux des décisions de l'IBPT.

75. Outre les dispositions légales spécifiques, les principes qui permettent de déroger au Code judiciaire ne sont pas identifiés par l'article 2 de ce Code. Il ne s'agit, en tout cas, pas exclusivement des principes généraux du droit, mais également de principes propres à un contentieux précis, tel par exemple le principe de discrétion requis dans les affaires disciplinaires des avocats<sup>308</sup>. Cet exemple indique d'emblée la portée pratique et concrète des principes de droit visés par l'article 2 du Code judiciaire, qui doit surtout permettre le bon déroulement de la procédure et une bonne administration de la justice.

En l'espèce, les principes applicables aux recours contre les décisions des autorités de régulation sont nécessairement liés au caractère objectif et, le cas échéant, à la pleine juridiction qui leur est reconnue. Il y a également lieu, pour la plupart des autorités de régulation, de s'intéresser aux dispositions de droit européen qui prévoient souvent l'organisation d'un recours contre leurs décisions. Ces dispositions permettent, sans conteste, également de déroger aux règles du Code judiciaire, dans la mesure où celui-ci serait incompatible avec ce recours.

À l'instar du relevé déjà effectué par Xavier Taton à l'égard du contentieux des décisions de l'IBPT<sup>309</sup>, il faut notamment mentionner de manière générale, pour l'ensemble du contentieux objectif devant la cour d'appel de Bruxelles, que:

<sup>307</sup> Voy. E. BREMS, «Ger. W. – artikel 2», in *Gerechtelijk Recht. Artikelswijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Bruxelles, Kluwer, F. mob., livraison 26 (janvier 1994); Cass., 24 novembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 490; Cass., 17 novembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 485; Cass., 14 décembre 1989, *F.J.F.*, 1990, p. 57, n° 90/25. Pour une application récente en matière réglementaire: Conseil de la concurrence, 1<sup>er</sup> septembre 2006, n° 2006-PJK-14, *The Phone Company c. Belgacom Mobile*, [www.concurrence.be](http://www.concurrence.be) et [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be): «Dagvaarding bij gerechtsdeurwaarderexploit wordt echter nooit voorgeschreven door de wettelijke of reglementaire bepalingen die de rechtsingang voor de Raad voor de Mededinging (evenmin in aangelegenheden buiten telecomcommunicatie, thans elektronische communicatie genoemd) of voor het BIPT beheersen. Daaruit moet worden afgeleid dat er een beginsel bestaat dat die formaliteit niet verplicht gesteld kan worden wanneer de Raad als "nationale regelgevende instantie" een "bindend besluit" moet nemen (volgens de termen van artikel 20 van de kaderrichtlijn). Het bestaan van dat beginsel, dat krachtens artikel 2 Ger.W. aan de toepassing van de regels van het *Gerechtelijk Wetboek in de weg staat, mag dus worden afgeleid uit het feit dat voor andere rechtsplegingen voor de Raad en het BIPT andere wijzen van inleiding van het geding dan dagvaarding bij gerechtsdeurwaarderexploit voorgeschreven worden, al wordt voor deze rechtspleging geen specifieke wijze van inleiding voorgeschreven*».

<sup>308</sup> Cass., 22 septembre 1972, *Pas.*, 1972, I, pp. 82-84.

<sup>309</sup> X. TATON, «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», *o.c.*, pp. 803-805.

la cour d'appel statue en premier et dernier ressort; l'article 1051 du Code judiciaire, dès lors, «ne permet pas de déterminer le mode de saisine de la cour dans le cadre du contentieux des décisions de l'IBPT, autorité administrative, confié à la cour d'appel de Bruxelles [...]». Les décisions de l'IBPT ne sont pas des jugements<sup>310</sup>: «il y a donc lieu d'écarter tout argument que les parties tirent de l'effet dévolutif de l'appel au sens du Code judiciaire, fondé sur la prémisses erronée que l'IBPT aurait été saisi par Base d'une demande de statuer sur un litige auquel la décision attaquée aurait mis fin et que la cour serait saisie de ce litige par l'effet du recours»<sup>311</sup>;

la position des parties devant la cour d'appel est, par conséquent, modifiée; en particulier, la présence des autorités de régulation à l'occasion des recours formés contre leurs décisions devant les juridictions ne correspond qu'«à la règle classique du contentieux administratif qui estime logiquement que l'auteur d'une décision administrative participe au procès fait à l'acte»<sup>312</sup>. «L'autorité qui l'a pris est appelée à la cause pour en défendre la régularité, parce qu'elle est présumée être le mieux à même de présenter au juge les raisons pour lesquelles cet acte lui paraît justifié en droit et en fait. Mais elle n'intervient pas comme défenderesse: elle n'est pas attaquée, le procès est fait à son acte»<sup>313</sup>. Il y aurait d'ailleurs lieu de «s'opposer à ce que l'autorité de régulation forme une demande et dépasse ainsi les limites du rôle générale-ment assigné à la "partie adverse" dans le cadre d'un contentieux objectif»<sup>314</sup>;

la mise à néant par la cour d'appel implique l'annulation rétroactive de la décision contestée et est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée: «la mise à néant de la décision de l'IBPT a pour effet que celle-ci est réputée n'avoir jamais existé, l'annulation opérant donc avec effet rétroactif»<sup>315</sup>. Par nature, en effet, un recours objectif exercé devant la cour d'appel contre une décision d'une autorité de régulation est susceptible d'emporter des effets sur la situation de personnes qui ne sont pas parties à la cause. «En confiant à la cour d'appel de Bruxelles la compétence de connaître des recours contre les décisions réglementaires [quod non, ndla] ou individuelles de l'IBPT, autorité ad-

<sup>310</sup> Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. 2004/AR/1249, p. 15, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be). Voy. X. TATON, «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», *o.c.*, p. 804, qui estime que rien ne s'oppose à l'application du Code judiciaire pour l'introduction du recours contre une décision de l'IBPT, mais en vertu de l'art. 700 C. jud., conformément à l'acte introductif d'une demande principale en premier ressort.

<sup>311</sup> Bruxelles, 18 juin 2004, p. 19, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>312</sup> M.A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, *o.c.*, p. 113.

<sup>313</sup> M. LEROY, *o.c.*, p. 89. À noter d'ailleurs, on l'a vu (v. note 153), que c'est sans justification sérieuse que la nouvelle loi coordonnée du 15 septembre 2006 n'autorise pas le Conseil de la concurrence à intervenir devant la cour d'appel de Bruxelles.

<sup>314</sup> D. DE ROY, «Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles», *o.c.*, n° 31.

<sup>315</sup> Comm. Bruxelles, 28 juillet 2006, inédit.

– *ministrative, le législateur n'a pas entendu priver les tiers des effets qu'aurait entraînés l'annulation de la décision par le Conseil d'État*<sup>216</sup> ;

– les règles régissant l'intervention forcée en degré d'appel ne peuvent s'appliquer aux procédures de recours contre les décisions des autorités de régulation, aucun lien d'instance n'existant, ni ne pouvant exister, entre les parties, et le recours étant dirigé contre la décision<sup>217</sup> ;

– «*la protection des secrets d'affaires est un principe général de droit qui s'applique pendant le déroulement de la procédure devant la cour. [...] Il y a donc lieu d'écarter les règles du Code judiciaire dont l'application empêcherait la protection des secrets d'affaires*»<sup>218</sup>, à savoir, notamment, l'article 736 du Code judiciaire. Les garanties procédurales de l'article 6 CEDH ne comportent, en effet, «*aucun principe général et abstrait selon lequel les parties doivent avoir, dans tous les cas, la possibilité de recevoir communication de toutes les pièces prises en compte, impliquant d'autres personnes*»<sup>219</sup>. Il n'empêche que les droits de la défense doivent être respectés et donc mis en balance avec les intérêts à la protection des secrets d'affaires soulevés par une partie au recours<sup>220</sup> ;

<sup>216</sup> Bruxelles, 14 octobre 2004, R.G. 2003/AR/2463, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>217</sup> C. SCHURMANS, o.c., pp. 117-118; D. SMEETS, o.c., p. 979. À cet égard, l'art. 76, § 2, al. 7 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 permet à la cour d'appel d'appeler à la cause les personnes qui étaient parties devant le Conseil de la concurrence lorsque le recours risque d'affecter leurs droits.

<sup>218</sup> Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. 2004/AR/174, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>219</sup> C. SCHURMANS, o.c., pp. 119-121, et références citées. Voy. également Bruxelles, 30 juin 2003, *Ann. prat. comm.*, 2003, p. 886, dans un recours contre des décisions du Conseil de la concurrence agissant comme autorité administrative puisque ces décisions étaient relatives à une demande d'attestation négative et à une demande d'exemption individuelle, recours dans lequel deux concurrents étaient intervenus volontairement, que «*nu AOC en BAR voor de Raad geen kennis konden nemen van de stukken van het dossier [...] en zeker geen mededeling van stukken door BIA C en Restair konden bekomen, moet hetzelfde gelden in de appelprocedure. Het enkele instellen van hoger beroep kan immers niet tot gevolg hebben dat zij rechten zouden verkrijgen die zij voor de Raad niet hadden*». Si, dans le cadre d'un autre recours contre une décision du Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Bruxelles a estimé devoir écarter les pièces confidentielles des débats, c'est parce que le Conseil de la concurrence avait, en cette espèce, statué comme *jurisdiction* administrative, saisie d'une plainte d'un concurrent, lequel était dès lors partie à la procédure devant le Conseil (Bruxelles, 12 novembre 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 976).

<sup>220</sup> Voy. C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Mobistar c. IBPT*, C-438/04: «*L'organisme désigné pour connaître des recours contre les décisions des autorités réglementaires nationales doit disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour examiner le bien fondé d'un recours, y compris, le cas échéant, les informations confidentielles que lesdites autorités ont prises en considération pour adopter la décision qui fait l'objet du recours. Il appartient toutefois à cet organisme de garantir le traitement confidentiel des données en cause tout en respectant les exigences d'une protection juridique effective et en assurant le respect des droits de la défense des parties au litige*». Cette jurisprudence est déjà appliquée par trois arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, 21 septembre 2006, R.G. 2004/AR/174, 22 septembre 2006, R.G. 2004/AR/175, 23 septembre 2006, R.G. 2004/AR/176, *Ann. prat. comm.*, 2006, pp. 871-875.

– le pouvoir de pleine juridiction, tel que circonscrit ci-avant, implique également l'une ou l'autre conséquence procédurale particulière. Ainsi, le juge statue en principe en prenant en considération les circonstances de fait et de droit à la date de sa propre décision, et non à celle de la décision contrôlée<sup>221</sup>. La cour a cependant souligné que «*le pouvoir de réformation ne signifie pas [...] que la cour doive dans tous les cas se placer au jour où elle se prononce lorsqu'elle exerce ce pouvoir*»<sup>222</sup>.

76. Les règles applicables du Code judiciaire doivent, par ailleurs, s'interpréter à la lumière du caractère objectif et de pleine juridiction du recours, ainsi que des normes de droit communautaire éventuellement applicables.

C'est à l'occasion de l'appréciation de l'intérêt à agir que l'interprétation conciliante du Code judiciaire et donc, en l'espèce, de ses articles 17 et 18, a le plus souvent trouvé à s'appliquer: «*l'intérêt au sens de ces dispositions doit être personnel et direct, un intérêt général ne constituant pas un intérêt personnel* (Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 338). [...] Dès lors, le droit d'agir de Base dépend de la question de savoir si elle est concernée de façon directe et individuelle par la décision attaquée adressée à Belgacom. [...] La notion d'intérêt personnel direct à obtenir l'annulation d'une décision de l'IBPT agissant en tant qu'organisme de régulation, doit dès lors s'apprécier également à la lumière de cet article 4 [de la directive "cadre" 2002/21/CE du 7 mars 2002] et de la notion d'affectation qu'il introduit<sup>223</sup>. La cour analyse alors concrètement la situation: l'opérateur Base n'est pas destinataire de la décision, celle-ci n'a pas d'incidence sur sa situation juridique, l'opérateur exerce ses activités sur un marché différent du marché concerné par la décision, et ne démontre pas qu'il serait affecté spécialement ou spécifiquement par rapport aux autres opérateurs sur ce marché. Le recours est, par conséquent, déclaré irrecevable.

La cour a également précisé que «*l'intérêt s'analyse au moment de l'introduction de l'action* (Cass., 24 avril 2004, R.G. n° C000567F)<sup>224</sup>, contrairement au ré-

.../...  
AR/2962, 4 octobre 2006, R.G. 2005/AR/38 et 4 octobre 2006, R.G. 2005/AR/63, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be). Voy. P.-O. DE BROUX, «*La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique*», R.D.C., juin 2007 (à paraître).

<sup>221</sup> Voy. l'art. 75, al. 2 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006; Bruxelles, 7 avril 2006, R.G. 2005/AR/296+388, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be); C. SCHURMANS, o.c., p. 116.

<sup>222</sup> Bruxelles, 10 février 2006, R.G. 2004/SF/5, n° 48, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>223</sup> Bruxelles, 22 juin 2006, R.G. 2005/AR/3300, pp. 5-6, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be); Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. 2005/AR/756, pp. 8-9, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be). La cour d'appel se réfère, à cet effet, à la jurisprudence communautaire: C.J.C.E., 24 septembre 1996, C-386/96, Société Louis Dreyfus c. Commission; C.J.C.E., 2 avril 1998, C-321/95, Greenpeace. Voy. également Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. 2004/AR/174, n°s 24-33, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be); V. WEL-LENS, «*Het belang om beroep aan te tekenen in Belgische mededingingsprocedures*», *Ann. prat. comm.*, 2004, pp. 871-875.

<sup>224</sup> Bruxelles, 16 juin 2006, R.G. 2005/AR/756, p. 11, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

cours en annulation devant le Conseil d'État, pour lequel l'intérêt s'apprécie au jour du prononcé de l'arrêt<sup>225</sup>.

En outre, «l'occasion qui est donnée aux entreprises de faire connaître leur point de vue sur un projet de décision de l'IBPT dans le cadre d'une consultation publique organisée par lui ne constitue pas une garantie procédurale qui les habilite-rait à introduire un recours à l'encontre du refus éventuel de l'IBPT de prendre en considération leurs souhaits et remarques dans la décision finale. Si les opérateurs alternatifs jouent un rôle dans la préparation de la décision de l'IBPT, celui-ci est clairement limité à contribuer à l'information de ce dernier» et ne confère donc aucun droit de recours aux acteurs consultés<sup>226</sup>.

### III. Le contrôle opéré par le Conseil de la concurrence

77. L'article 79 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 contient un chapitre spécifique traitant «des recours contre les décisions des autorités sectorielles de régulation» et instituant le Conseil de la concurrence pour en connaître, «dans les cas déterminés par la loi». À l'heure actuelle, la loi ne prévoit un tel recours que contre les décisions de la CREG<sup>227</sup>. Les travaux préparatoires de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 laisse toutefois entendre qu'un tel recours pourrait en tout cas être étendu à certaines décisions de l'IBPT.

L'article 81 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 a en outre institué un recours spécifique contre les décisions que le Conseil de la concurrence prononce sur recours contre les décisions des autorités sectorielles de régulation: seul un pourvoi en cassation est désormais ouvert contre les décisions rendues par ledit Conseil; ces recours sont introduits selon les formes et délais des pourvois en cassation dirigés contre les arrêts du Conseil d'État.

<sup>225</sup> P. LEWALLE, *o.c.*, pp. 663 et s.

<sup>226</sup> Bruxelles, 22 juin 2006, R.G. 2005/AR/3300, p. 7, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).  
<sup>227</sup> À noter que, avant son abrogation par la loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, l'art. 91 A.R. du 12 mars 2003 prévoyait un recours au Conseil de la concurrence contre des décisions rendues par le gestionnaire du réseau de chemins de fer, la S.A. de droit public Infrabel. En tant que gestionnaire et entreprise marchande, Infrabel ne constitue pas, selon nous, une autorité de régulation au sens de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique. L'art. 93 A.R. du 12 mars 2003 prévoyait d'ailleurs expressément que le recours contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence dans ce cadre relevaient de la compétence de la cour d'appel de Bruxelles (et non de la Cour de cassation, comme le prévoit l'art. 81 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 s'il s'agit d'une autorité sectorielle de régulation). La mention du transport ferroviaire dans le rapport de la commission de la Chambre (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 2180/004, p. 7) nous paraît donc erronée.

78. C'est la loi du 29 avril 1999 qui attribue au Conseil de la concurrence la compétence de se prononcer sur les recours introduits par toute personne justifiant d'un intérêt contre les décisions de la CREG relatives soit à l'accès au réseau de transport, soit aux méthodes d'allocation de la capacité d'interconnexion disponible pour les échanges d'électricité internationaux<sup>228</sup>.

Le choix du Conseil de la concurrence a été justifié comme suit dans les travaux préparatoires de la loi:

«Le choix d'une procédure de recours auprès du Conseil de la concurrence s'impose en raison de la nécessité, pour certaines décisions prises par le régulateur fédéral de l'énergie et étroitement liées à la protection de la concurrence économique sur le marché, qu'une instance spécifique se prononce sur un recours contre les décisions précitées. Le Conseil de la concurrence est l'instance par excellence qui peut se prononcer en la matière, en s'appuyant sur son expérience et ses connaissances spécialisées. Associer les décisions qui doivent être prises comme en référé en raison de leur caractère urgent aux décisions nécessitant une analyse plus approfondie et par conséquent plus longue, car elles sont susceptibles de perturber le marché ou de l'entraver, serait faire preuve d'un manque d'efficacité»<sup>229</sup>.

L'article 29quinquies de la loi ajoute qu'un tel recours est soumis aux règles d'instruction et de procédure relatives aux pratiques restrictives de concurrence, aujourd'hui établies par la loi coordonnée du 15 septembre 2006.

79. L'institution de ce recours spécifique auprès du Conseil de la concurrence pose déjà, quoi qu'il en soit, un certain nombre de questions.

En premier lieu, l'on n'aperçoit pas, de prime abord, quelles sont exactement les décisions de la CREG qui peuvent faire l'objet d'un tel recours, spécialement lors-

<sup>228</sup> Loi du 29 avril 1999, art. 29ter, tel qu'inséré par la loi du 27 juillet 2005 organisant les voies de recours contre les décisions prises par la Commission de régulation de l'Électricité et du Gaz. Au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 2005, les décisions du Conseil de la concurrence rendues sur recours contre les actes de la CREG identifiés ci-dessus pouvaient faire l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles, selon la procédure de droit commun. Cela avait fait dire à la CREG, dans une étude du 8 juin 2005, que le détournement par le Conseil de la concurrence s'avérait, en réalité, inutile puisque le législateur fédéral a fait de la cour d'appel de Bruxelles, appelée à contrôler toutes les décisions du Conseil de la concurrence en cette matière, l'instance surveillant *in fine* «la cohérence et la politique de concurrence» (CREG, «Étude relative au projet de loi organisant les voies de recours contre les décisions prises par la Commission, prévues par la loi du 12 avril 1999 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation et la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité», 8 juin 2005, n° 70, p. 38, [www.creg.be](http://www.creg.be)).

<sup>229</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 1845/1, p. 59.

que la loi du 29 avril 1999 vise les décisions en matière d'accès au réseau de transport. Pour être précis, la loi soumet au Conseil de la concurrence les décisions de la CREG dans le cadre de son contrôle de l'application du règlement technique du réseau et concernant notamment « l'approbation, la demande de révision ou le refus d'approbation des décisions du gestionnaire du réseau relatives à l'accès au réseau de transport, visé à l'article 15, à l'exception des droits et obligations contractuels ». L'article 15 organise le droit d'accès au réseau de transport pour les clients éligibles, les producteurs et les fournisseurs, le gestionnaire du réseau ne pouvant refuser un tel accès que pour des motifs techniques ou de capacité insuffisante. La possibilité de recours au Conseil de la concurrence viserait, dès lors, les décisions de la CREG portant approbation ou refus d'approbation des décisions du gestionnaire de réseau en cette matière.

Or, il faut bien voir qu'en cette matière, précisément, la CREG ne se voit attribuer aucun pouvoir d'approbation en vertu du règlement technique du réseau, à l'exception de l'approbation des conditions générales de raccordement, d'accès et de responsable d'accès. Mais des conditions générales ne sont pas, à proprement parler, des « décisions » du gestionnaire de réseau de transport, et encore concernent-elles des droits et obligations contractuels, puisque les conditions générales du gestionnaire du réseau de transport ont cette nature ce qui tendrait à exclure la compétence du Conseil de la concurrence. Le type de décision de la CREG pouvant à ce titre être soumis au contrôle du Conseil de la concurrence semble donc tout à fait incertain<sup>230</sup>.

Autre difficulté: le pouvoir d'approbation de la CREG, quelle que soit la décision à approuver, s'il prend nécessairement en considération les règles de concurrence – puisque celles-ci font partie de l'ordonnement juridique –, ne se limite toutefois pas à cet aspect des choses<sup>231</sup>. En matière d'accès au réseau, par exemple, interviennent des considérations d'ordre technique qui peuvent être absolument étrangères aux questions de concurrence. Il apparaît, dès lors, quelque peu réducteur d'envisager un recours contre ces décisions sous le seul angle du droit de la concurrence, comme l'a d'ailleurs fait remarquer la section de législation du Conseil d'État<sup>232</sup>.

80. Enfin se pose l'inévitable question de l'étendue du pouvoir de contrôle du Conseil de la concurrence. Au cours des travaux préparatoires de la loi coordonnée du 15 septembre 2006, le législateur a justifié la suppression du recours à la

<sup>230</sup> En ce sens, voy. B. DELVAUX, *o.c.*, pp. 242-243.

<sup>231</sup> CREG, étude précitée (v. note 228), n° 69, pp. 36-37.

<sup>232</sup> C.E., avis n° 38.503/1 du 5 juillet 2005, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 156: « La question se pose de savoir si le recours visé à l'article 74 ne devrait pas être réservé à des décisions des autorités sectorielles de régulation qui présentent des aspects liés à la concurrence, compte tenu, d'une part, de la spécialisation du Conseil de la concurrence et afin, d'autre part, d'éviter tout encombrement du Conseil ».

cour d'appel par le fait que le recours au Conseil de la concurrence constitue « un recours effectif au contentieux de la pleine juridiction ». L'exposé des motifs qualifie d'ailleurs à ce titre la décision du Conseil de la concurrence de décision prise « en degré d'appel »<sup>233</sup>.

Si cette analyse ne doit pas surprendre, compte tenu de la tendance du législateur à attribuer pareille qualité sans même avoir une juste compréhension de ce que peut recouvrir la notion de pleine juridiction, il convient de déterminer exactement ce qu'il en est<sup>234</sup>.

Comme nous l'avons conclu pour ce qui concerne le contrôle exercé par la cour d'appel de Bruxelles, l'étendue du pouvoir du juge qui dispose d'une compétence de pleine juridiction, sur les actes administratifs qui lui sont soumis, s'analyse au cas par cas et dépend essentiellement du pouvoir dont dispose l'autorité administrative.

Si la compétence est discrétionnaire, le juge ne peut vérifier que la légalité de l'acte et ne dispose à cet égard que d'un pouvoir de contrôle marginal; en cas d'illegalité, il doit se contenter d'annuler l'acte et de renvoyer le dossier à l'autorité de régulation.

En revanche, si l'administration a une compétence liée, le juge peut lui enjoindre de remplir son obligation, voire substituer sa propre décision à celle de l'organe de régulation.

Il conviendrait donc, à défaut d'autres précisions dans le texte de loi lui-même, que le Conseil de la concurrence calque son pouvoir de contrôle sur celui de la cour d'appel de Bruxelles. Il ne pourrait cependant en aucun cas, à cette occasion, connaître du contentieux de droits subjectifs de nature civile, conformément à l'article 144 de la Constitution, puisque ce contentieux est expressément réservé aux cours et tribunaux judiciaires. Appelé à statuer sur un recours introduit contre une décision de la CREG, le Conseil de la concurrence ne pourrait exercer qu'un contrôle objectif de légalité sur la décision qui lui est soumise. S'il l'estime illégale, il devrait se contenter de l'annuler et de renvoyer le dossier à la CREG.

<sup>233</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 2180/001, p. 32.

<sup>234</sup> Catherine Ruitten, membre du Conseil de l'IBPT, s'interroge à cet égard (rapport précédant les lois du 10 juin 2006, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/004, p. 21) sur la nature du contrôle du Conseil de la concurrence: contrôle de pleine juridiction ou simple contrôle de légalité? Selon elle, il revient, en toute hypothèse, au législateur qui institue le Conseil de la concurrence comme instance de recours de le préciser.

§ 2. *Les recours juridictionnels contre les amendes administratives*

81. On l'a vu: toutes les autorités de régulation se sont vues attribuer un pouvoir de sanction dans leur sphère de compétence. À cet égard, si les législateurs ont, à chaque fois, veillé à élaborer une procédure de sanction respectueuse des droits de la défense, il n'en demeure pas moins que le pouvoir ainsi conféré à des autorités administratives plus ou moins indépendantes de réprimer parfois très durement les méconnaissances des réglementations dont elles assurent la bonne application doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel étendu.

Le raisonnement de base est le suivant: (i) lorsqu'elles présentent un certain nombre de caractéristiques, les sanctions administratives doivent être qualifiées de «pénales» au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; (ii) si de telles sanctions pénales ne doivent pas être obligatoirement infligées par un tribunal, elles doivent au moins pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par un «tribunal», au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; (iii) un tel tribunal doit disposer d'une «compétence de pleine juridiction», selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>235</sup>.

Un tel raisonnement, grossièrement taillé, a constitué le fil conducteur de toutes les législations examinées. Ainsi constate-t-on que les législateurs ont mis un point d'honneur, souvent invités à cela par la section de législation du Conseil d'État, à instaurer des recours spécifiques contre les amendes administratives des autorités de régulation. On ne peut pas dire pour autant qu'ils ont donné une réponse univoque à ce problème. Après en avoir dressé un bref état des lieux, nous nous attarderons aux deux questions de fond qui nous paraissent fondamentales en la matière, à savoir: que requiert le pouvoir de pleine juridiction, c'est-à-dire à partir de quand peut-on dire qu'un juge dispose d'une compétence de pleine juridiction? D'autre part, jusqu'où peut aller le contrôle d'un juge qui s'est vu reconnaître une compétence de pleine juridiction?

I. *État des lieux*

82. Dans les *secteurs des postes et télécommunications*, l'IBPT dispose, on l'a vu, d'importants pouvoirs de sanctions. En vertu de l'article 2 de la loi-recours du 17 janvier 2003, ces décisions de l'IBPT peuvent «faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé».

<sup>235</sup> Voy. les nombreuses références citées par E. WILLEMART, «La répression administrative en Belgique et les sanctions administratives communales», *A.P.T.*, 2002, pp. 7-8; S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, pp. 474-481.

ré»<sup>236</sup>. Pour les seuls recours introduits contre des sanctions administratives, ce recours est, en outre, suspensif.

Il est intéressant de remarquer que les sanctions administratives infligées par l'IBPT ne sont pas les seules décisions coercitives attaquables devant la cour d'appel de Bruxelles. Celle-ci s'est, en effet, reconnue compétente pour connaître du recours exercé contre une mise en demeure<sup>237</sup>.

83. En *matière énergétique*, les recours contre les sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation n'ont – régionalisation partielle de la matière oblige – pas été traités de manière homogène.

Depuis la loi du 27 juillet 2005, les décisions de la CREG, qui infligent une amende administrative en vertu de l'article 31 de la loi du 29 avril 1999, sont soumises au contrôle de la cour d'appel de Bruxelles. L'article 29bis, § 2 de la loi du 29 avril 1999 prévoit que la cour est saisie «*du fond du litige et dispose d'une compétence de pleine juridiction*». L'article 29quater de la loi précise que le recours devant la cour d'appel n'a pas d'effet suspensif, sauf lorsqu'il est dirigé contre une décision de la CREG imposant une amende administrative.

En Wallonie, le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché de l'électricité a ouvert, contre les sanctions administratives infligées par la CWaPE, un recours devant le tribunal de première instance, par l'ajout d'un 33° à l'article 569 du Code judiciaire qui définit les compétences exclusives du tribunal de première instance. On notera, à cet égard, que, parallèlement à ce recours juridictionnel, l'article 53, § 5 du décret permet au débiteur de l'amende administrative d'introduire un recours gracieux auprès de la CWaPE même. La CWaPE peut «*révoquer sa décision ou adapter le montant de l'amende administrative si les arguments contraires [présentés par la personne en cause] se révèlent fondés*». L'amende est payable dans les trente jours de la première notification de la décision. Le décret ne mentionne pas que le recours gracieux ou le recours juridictionnel seraient suspensifs. L'avant-projet de décret soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État ne contenait aucun recours particulier contre les décisions de la CWaPE infligeant une sanction administrative. Le Conseil d'État a noté, à cet égard, que, par le biais de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles qui contient le principe des pouvoirs implicites, la Région pouvait

<sup>236</sup> Comp. avec le recours organisé contre les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications (voy., *supra*, notes 11 et 145) par l'art. 2 de la loi du 6 juillet 2005 (M.B., 11 août 2005). Ce recours ne prévoit ni la suspension de la décision, ni de statuer comme en référé. L'exposé des motifs de cette loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 1425/001, pp. 97-98) prévoit pourtant expressément de *respecter complètement*, par l'organisation de ce recours, l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>237</sup> Bruxelles, 15 septembre 2005, R.G. 2004/AR/2216, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

trouver une compétence dans la matière spécifique de l'électricité, afin d'organiser ce recours.

La Flandre organise un système identique à celui qui est en vigueur en Région wallonne, à la différence – de taille – toutefois que l'article 37 du décret du 12 juillet 2000 prévoit expressément que le recours au tribunal de première instance est suspensif.

À Bruxelles, la Commission de régulation pour l'énergie, et antérieurement l'IBGE, dispose, on l'a vu, du pouvoir de prononcer des amendes administratives. En cette matière, les décisions peuvent faire l'objet d'un recours administratif suspensif auprès du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, qui peut soit confirmer, soit réduire, soit annuler l'amende infligée. L'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale ne prévoit aucun recours juridictionnel spécifique contre la décision du Gouvernement; c'est donc le droit commun qui s'applique et le débiteur de l'amende administrative dispose, en ce sens, d'un recours en annulation et en suspension devant le Conseil d'État contre l'amende administrative prononcée par le Gouvernement. Avant sa modification par l'ordonnance du 14 décembre 2006, l'article 32 de l'ordonnance disposait toutefois que «*le recours contre la décision du Gouvernement [...] est suspensif*». À l'époque, suite à l'avis du Conseil d'État qui critiquait l'absence de recours de pleine juridiction aux termes de l'avant-projet d'ordonnance, l'auteur du projet avait veillé à justifier le choix – somme toute original – d'un recours suspensif au Conseil d'État, en faisant notamment référence à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage.

**84.** Dans le *secteur audiovisuel*, lorsque le CSA prononce une amende administrative, le produit de celle-ci est recouvré par voie de contrainte par un fonctionnaire désigné par le Gouvernement. La contrainte est exécutoire dans les huit jours de sa notification au débiteur, mais celui-ci peut en suspendre l'exécution par la voie d'une opposition signifiée dans le mois de la notification visée ci-dessus. L'action est portée devant le tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social du débiteur.

L'avant-projet de décret relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel et aux services privés de radiodiffusion sonore de la Communauté française ne contenait pas pareille opposition à contrainte. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État a considéré que les amendes prévues<sup>238</sup> revêtaient, vu leur importance, un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Partant, la section de législation a critiqué l'absence de toute «*forme d'opposition suspensive à un acte de contrainte devant une juridiction déterminée à laquelle serait confié l'examen au fonds*»<sup>239</sup>. Le projet a été amendé sur ce point.

<sup>238</sup> L'amende ne peut être inférieure à 250 euros ni excéder 3 % du chiffre d'affaires.  
<sup>239</sup> Doc., Conseil de la Communauté française, sess. 1996-1997, n° 148/1, p. 26.

Pour le reste, la légalité des sanctions administratives, qu'il s'agisse des sanctions infligées par le CSA, le VRM ou le Medienrat, ne fait l'objet d'aucun recours particulier, de telle sorte que, conformément au droit commun, c'est le Conseil d'État qui est compétent pour en connaître.

**85.** Dans le secteur du *transport aérien*, le Service de Régulation impose également des amendes. Ses décisions sont susceptibles de recours devant la cour d'appel de Bruxelles, en pleine juridiction, avec effet suspensif et statuant comme en référé<sup>240</sup>.

En matière de *transport ferroviaire*, aucun recours spécifique n'est organisé contre les sanctions de l'autorité de régulation économique. C'est donc le Conseil d'État qui est compétent pour en connaître.

La section de législation du Conseil d'État n'a pas manqué de souligner, déjà à l'occasion de l'examen de l'arrêté royal du 27 mai 2004<sup>241</sup>, mais encore pour le projet de loi relatif à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire<sup>242</sup>, que les sanctions prévues présentent un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte qu'il est «*nécessaire d'organiser à leur encontre un recours juridictionnel satisfaisant aux conditions dégagées tant par la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que par celle de la Cour européenne des droits de l'homme*».

**86.** Les nombreuses compétences coercitives du *Conseil de la concurrence* sont soumises, à l'instar de ses décisions en matière de concentration, au contrôle de la cour d'appel de Bruxelles. Ces décisions étant de nature juridictionnelle, la nature de ce contrôle et le mode d'exercice de ce recours est examiné au paragraphe suivant.

Il n'empêche que la plupart des considérations émises au présent titre sont applicables à ce recours contre les décisions juridictionnelles coercitives du Conseil de la concurrence.

**87.** En vertu de l'article 121 de la loi du 2 août 2002, un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles est ouvert contre les décisions de la *CBFA* «*infligeant une astreinte ou une amende administrative*» dans les hypothèses dans lesquelles la CBFA s'est vue reconnaître ce pouvoir de sanction.

<sup>240</sup>

Art. 2 de la loi du 9 juillet 2004 portant des dispositions diverses, M.B., 15 juillet 2004.

<sup>241</sup>

Cité par *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 1139/001, p. 170.

<sup>242</sup>

*Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 2649/001, p. 51.

Comme cela a déjà été souligné plus haut, le législateur fédéral a, au cours des travaux préparatoires de la loi, qualifié ce recours de «*pleine juridiction*». S'agissant spécialement des amendes administratives et des astreintes, l'exposé des motifs se veut très clair: «*À l'égard de telles décisions, qui s'apparentent à une véritable peine, un contrôle de pleine juridiction d'une juridiction de l'ordre judiciaire apparaît particulièrement approprié*»<sup>243</sup>.

Suite à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, le projet a été amendé afin de soumettre au même régime les amendes administratives et les astreintes qui, si elles se rapportent certes au pouvoir de police administrative de la CBFA, n'en présentent pas moins un aspect comminatoire, c'est-à-dire une menace d'un mal important infligé à titre de punition. Par ailleurs, il convenait, selon le Conseil d'État, que le recours à la cour d'appel ait un effet suspensif, eu égard à la jurisprudence constante de la section de législation à cet égard, ainsi qu'à l'enseignement de l'arrêt n° 72/92 prononcé par la Cour d'arbitrage le 18 novembre 1992.

## II. Les exigences de la compétence de pleine juridiction

88. Comme rappelé ci-dessus, les recours organisés contre les sanctions prononcées par l'administration, dès lors qu'elles revêtent une «coloration pénale», doivent subir le contrôle d'un organe judiciaire de *pleine juridiction* pour rencontrer les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La diversité des solutions retenues par les législateurs dans le choix des autorités juridictionnelles appelées à contrôler les sanctions administratives infligées par les autorités de régulation témoigne de l'incertitude qui prévaut dans la définition de ce qu'il faut entendre par compétence de pleine juridiction. Dans ce cadre, les questions qu'il convient ici de résoudre sont les suivantes: le choix des juridictions est-il indifférent au regard de la compétence de pleine juridiction? La section d'administration du Conseil d'État équivaut-elle aux juridictions de l'ordre judiciaire? L'opposition à contrainte constitue-t-elle un recours de pleine juridiction? La pleine juridiction implique-t-elle l'existence d'un recours suspensif?

À de nombreuses reprises, la Cour d'arbitrage a été saisie de ces questions, le débat central étant de savoir si n'est pas constitutive d'une discrimination la différence entre le pouvoir d'appréciation du juge répressif à l'égard des sanctions pénales et des peines à infliger en conséquence et le pouvoir d'appréciation d'autres

<sup>243</sup> *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 1842/1 et 1843/1, p. 136.

juridictions amenées à contrôler des sanctions administratives appliquées pour des faits similaires<sup>244</sup>.

### 1. Compétence de pleine juridiction et contentieux objectif

89. Il n'est a priori pas évident de synthétiser la jurisprudence de la Cour d'arbitrage à propos des exigences de la compétence de pleine juridiction en matière d'amendes administratives.

Selon la Cour d'arbitrage, le tribunal doit, pour ce faire, d'abord avoir le pouvoir de «*vérifier si les faits qui motivent l'amende sont prouvés et contrôler la légalité de la décision attaquée*»<sup>245</sup>. Mais un tel pouvoir de contrôle ne suffit pas pour répondre à l'exigence de pleine juridiction: il faut, en effet, que la personne frappée d'une amende administrative dispose, en outre, d'un recours «*lui permettant de faire contrôler par un juge si une décision administrative à caractère répressif est justifiée en fait et en droit et si elle respecte l'ensemble des dispositions législatives et des principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité*»<sup>246</sup>.

À ce stade, un contentieux objectif, tel celui organisé auprès du Conseil d'État, répond manifestement à ces exigences, puisque la haute juridiction administrative a le pouvoir (i) de vérifier en fait et en droit la légalité de l'acte administratif qui est soumis à sa censure; (ii) en particulier, de contrôler que l'acte administratif en question est conforme à l'ensemble des dispositions normatives qui lui sont supérieures; (iii) d'en vérifier la conformité notamment aux principes généraux du droit, parmi lesquels figure le principe de proportionnalité; (iv) de censurer l'acte administratif s'il est contraire au principe de proportionnalité, notamment sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation.

Le contrôle marginal d'appréciation reconnu au Conseil d'État a ainsi été considéré, par certains arrêts de la Cour d'arbitrage, comme suffisant pour faire du Conseil d'État un organe de pleine juridiction, au sens de l'article 6 de la Convention

<sup>244</sup> On se demande cependant où s'arrêtera la discrimination: le législateur a étendu, au nom de ce principe, le recours ouvert à la cour d'appel de Bruxelles contre les amendes administratives prises par le Service de Régulation dans le secteur aéroportuaire, à toutes les décisions administratives prises par cette autorité dans cette matière (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 1138/001, p. 171). Et la section de législation du Conseil d'État a, à plusieurs reprises, on l'a vu, attiré l'attention du législateur sur l'importance de ne pas déroger, sans justification objective, aux règles de procédure de droit commun devant la juridiction désignée pour connaître du recours (*voy.*, *supra*, note 205).

<sup>245</sup> C.A., arrêt n° 22/99 du 24 février 1999, B.11; C.A., arrêt n° 32/99 du 17 mars 1999, B.9.

<sup>246</sup> *Idem*, B.12.

européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt n° 127/2000 du 6 décembre 2000, la Cour a, à cet égard, développé son argumentation de la manière suivante :

« La décision d'infliger une amende administrative, prise par les fonctionnaires que le Gouvernement flamand désigne, et la décision rendue par le Gouvernement flamand sur appel administratif contre la première décision sont des actes administratifs. Contre de tels actes administratifs, un recours en annulation peut être introduit devant le Conseil d'État et une exception d'illegalité peut être soulevée devant n'importe quel juge. Tant la section d'administration du Conseil d'État que les juridictions visées à l'article 159 de la Constitution exercent un contrôle en fait et en droit sur les actes administratifs précités. En outre, tant la section d'administration du Conseil d'État que les juridictions précitées satisfont aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques]. »

Si, à cette occasion, la Cour ne mentionne pas expressément qu'elle tient le Conseil d'État comme un organe de pleine juridiction, elle franchit le pas dans deux arrêts ultérieurs – il est vrai, rendus dans des contentieux ne concernant pas la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : les sanctions disciplinaires des magistrats<sup>247</sup> et les sanctions disciplinaires du personnel du corps opérationnel de la gendarmerie<sup>248</sup> :

« Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État que la plus haute juridiction administrative procède à un contrôle de pleine juridiction tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit. Le Conseil d'État examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait et si la sanction infligée n'est pas manifestement disproportionnée par rapport au fait établi. Certes, le Conseil d'État ne peut substituer sa décision à celle de l'autorité concernée, mais lorsqu'il annule cette décision, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil d'État : lorsque l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision ; si elle s'en tient à l'annulation, l'intéressé est réputé ne pas avoir fait l'objet d'une sanction disciplinaire. »

90. D'autres arrêts, plus nombreux, ajoutent une exigence supplémentaire dans l'énoncé des caractéristiques que doit présenter la juridiction saisie pour que le recours soit considéré comme un recours de pleine juridiction, dans lequel le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation équivalent à celui reconnu au juge répressif.

Dès son arrêt n° 72/92 du 18 novembre 1992, la Cour d'arbitrage a énoncé le principe selon lequel rien n'empêche le législateur d'opter, dans une matière particu-

<sup>247</sup> C.A., arrêt n° 54/2001 du 8 mai 2001.

<sup>248</sup> C.A., arrêt n° 66/2002 du 28 mars 2002.

lière, pour une répression administrative, dès le moment où il veille à organiser un recours juridictionnel qui corrige *a posteriori* les défauts de la procédure administrative, et où le recours en question constitue un contrôle de pleine juridiction, où « rien de ce qui relève de l'appréciation du fonctionnaire n'échappe au contrôle du tribunal » (B.4.4). Cet enseignement a été répété à plusieurs reprises<sup>249</sup>. De manière plus claire encore, la Cour a estimé que le contrôle de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme implique, lorsque l'administration sanctionnée dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de l'amende, la possibilité pour le juge de « moduler l'amende, c'est-à-dire [de] la supprimer [...] ou [de] la diminuer [...] »<sup>250</sup>.

À suivre cette jurisprudence, la section d'administration du Conseil d'État ne pourrait être qualifiée d'organe de pleine juridiction, n'ayant que le pouvoir d'annuler l'acte administratif qui est soumis à sa censure, mais non d'en moduler le contenu. Dès lors, il ne convient pas, à notre sens, de tirer argument des arrêts en sens contraire cités plus haut, qui ont été prononcés dans des matières qui ne pouvaient être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, en particulier, dans l'arrêt n° 127/2000 du 7 décembre 2000, la Cour a elle-même reconnu que « le taux des amendes administratives [était] beaucoup plus favorable au contrevenant que celui des amendes pénales ».

91. Sans être plus explicite que la Cour d'arbitrage, la section de législation du Conseil d'État pose un regard somme toute identique sur les exigences de la pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un grand nombre d'avis – prononcés notamment dans le cadre de l'examen de projets aux termes desquels des missions répressives étaient confiées à des autorités de régulation –, la section de législation a pu affirmer son interprétation en la matière.

La section de législation a fait la synthèse de sa jurisprudence dans un récent avis rendu en chambres réunies : s'appuyant sur l'arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Silvester's Horeca Service*<sup>251</sup>, le haut Conseil a posé que lorsque l'administration dispose de la faculté de supprimer l'amende, de la diminuer ou d'en reporter le paiement, le juge auprès duquel un recours est introduit contre l'amende ou contre le refus de moduler celle-ci doit disposer des mêmes pouvoirs que ceux reconnus à l'administration<sup>252</sup>.

<sup>249</sup> Dans le même sens, voy. les arrêts C.A., n° 22/99 et 32/99 précités ; C.A., n° 128/99 du 7 décembre 1999, B.14 ; C.A., n° 96/2002 du 12 juin 2002, B.4.2 ; C.A., arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003 ; C.A., arrêt n° 105/2004 du 16 juin 2004.

<sup>250</sup> C.A., arrêt n° 157/2002 du 6 novembre 2002, B.13.

<sup>251</sup> Cour eur. Dr. H., *Silvester's Horeca* c. Belgique du 4 mars 2004.

<sup>252</sup> C.E., avis n° 39.536/VR/3 du 18 janvier 2006, rendu sur un avant-projet de décret du Parlement flamand « houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncodes » ; Doc. VI R., 2005-2006, n° 824/1.

Quant à la section d'administration du Conseil d'État, celle-ci s'estime elle-même traditionnellement revêtue d'une compétence de pleine juridiction – ce n'est d'ailleurs pas le moindre des paradoxes. La jurisprudence du Conseil d'État allant dans ce sens commence toutefois à dater<sup>253</sup>, et il n'est pas sûr que le haut Conseil réitérerait son enseignement traditionnel s'il était aujourd'hui saisi d'une telle question. Notons à cet égard, que, dans un arrêt *Meunier*, n° 141.289, du 25 février 2005, rendu à propos d'une demande visant à suspendre une décision d'invalidité définitive d'un agent de La Poste prononcée par le Service de santé administratif, le Conseil d'État a jugé qu'il ne disposait lui-même pas « d'une compétence de pleine juridiction qui lui permettrait, à l'instar d'une cour d'appel, de statuer sur l'intégralité de la question posée, mais seulement d'une compétence d'annulation, compétence limitée au contrôle de la légalité de la décision qui lui est déférée; [...] qu'ainsi, le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente; qu'il peut seulement vérifier si l'acte attaqué ne repose pas sur une erreur manifeste d'appréciation [...] ».

92. La jurisprudence belge la plus récente semble ainsi dénier au recours objectif de légalité la qualité de recours de pleine juridiction. Il ne suffit pas que le juge puisse effectuer un contrôle de fait et de droit sur la sanction administrative; il ne suffit pas davantage qu'il puisse apprécier cette sanction au regard des principes généraux, dont le principe de proportionnalité; il ne suffit pas plus qu'il ait le pouvoir d'annuler la sanction et de renvoyer l'affaire à l'autorité administrative qui sera tenue par les motifs de l'arrêt d'annulation. Ce qu'exige la jurisprudence belge, c'est que le juge dispose, lorsque l'amende administrative peut être qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention, d'un pouvoir d'appréciation identique à celui de l'autorité administrative qui l'a prononcée et, dès lors, du pouvoir de diminuer la peine le cas échéant. Un tel pouvoir échappe manifestement au Conseil d'État<sup>254</sup>.

Ce faisant, la jurisprudence belge semble vouloir aller, s'agissant du concept de pleine juridiction, plus loin que l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme. Une analyse fouillée et nuancée de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg amène, en effet, à considérer que la compétence de pleine juridiction se satisfait d'un simple pouvoir d'annulation dont disposerait le juge amené à con-

<sup>253</sup> C.E., n° 28.938, pvba Lambregts Transportbedrijf, du 1<sup>er</sup> décembre 1987; C.E., n° 30.007, Thys et crts, du 5 mai 1988. *Contra*: C.E., n° 39.179, s.a. W.E.A. Records, du 12 juin 1992.

<sup>254</sup> Elisabeth Willemart, à propos des amendes fiscales, met d'ailleurs sérieusement en doute cette conformité, estimant que l'étendue du contrôle du Conseil d'État est trop étriquée pour satisfaire aux exigences de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il n'exerce qu'un contrôle de légalité marginal lorsque la compétence de l'auteur de l'acte est discrétionnaire (« Le pouvoir du Ministre des Finances d'accorder des remises ou des modérations d'amendes fiscales est-il et doit-il être soumis à un contrôle de pleine juridiction? », in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 599-611.

LES RECOURS JURIDICTIONNELS CONTRE LES DÉCISIONS DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

trôler la sanction administrative; elle ne requiert, en ce sens, ni pouvoir de substitution, ni pouvoir de diminution de la peine<sup>255</sup>.

Mais rien n'interdit, il est vrai, aux États parties à la Convention européenne des droits de l'homme, s'agissant des garanties qui y sont consacrées, d'avoir des exigences plus strictes que celles qui sont posées par les organes de la Convention.

## 2. Compétence de pleine juridiction et recours suspensif

93. Dans la matière des sanctions administratives, les avis de la section de législation du Conseil d'État répètent de manière constante que, pour répondre aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'introduction du recours juridictionnel contre l'amende doit être suspensive.

Ainsi, dans leur avis relatif au Code flamand du logement, déjà cité, les chambres réunies du Conseil d'État ont reproduit l'avis émis sur un avant-projet de loi relatif aux voies de recours ouvertes contre les décisions de la CBFA et de l'OCA<sup>256</sup>, aux termes duquel la nécessité d'organiser un recours juridictionnel suspensif contre la décision infligeant une amende administrative découle (i) de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention, qui garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ayant le pouvoir de décider du bien-fondé de toute accusation en matière pénale et (ii) de l'article 6, § 2, de la Convention, qui garantit le respect de la présomption d'innocence.

La section de législation du Conseil d'État fait, en outre, référence à l'arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 18 novembre 1992. À cette occasion, la Cour avait jugé que la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales ne méconnaissait pas les articles 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où rien de ce qui relève de l'appréciation du fonctionnaire prononçant la sanction n'échappait au contrôle du tribunal du travail et où le recours contre l'amende administrative introduit devant ce tribunal était suspensif<sup>257</sup>. On notera toutefois qu'à notre connaissance, la Cour d'arbitrage n'a plus répété cette exigence dans ses arrêts postérieurs<sup>258</sup>.

<sup>255</sup> En ce sens, S. VAN DROOGHENBROECK, o.c., pp. 467 et s., spéc. pp. 475-476, et la jurisprudence citée.

<sup>256</sup> C.E., avis de la section de législation n° 33.239/2 du 2 mai 2002, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 1842/1 et 1843/1, pp. 290-292.

<sup>257</sup> C.A., arrêt n° 72/92 du 18 novembre 1992, B.4.4.

<sup>258</sup> Comp. avec un récent arrêt de la Cour d'arbitrage n° 151/2006 du 18 octobre 2006, considérant B.23.1, selon lequel l'art. 13 de la CEDH « n'oblige pas le législateur à accorder un effet suspensif à un recours exercé contre une décision administrative, sauf si un tel effet suspensif est nécessaire pour empêcher l'exécution de mesures considérées... ».

94. On retrouve pareil enseignement dans l'avis rendu par le Conseil d'État sur l'avant-projet de décret de la Communauté française devenu le décret du 24 juillet 1997 relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel. La section de législation critiquait l'avant-projet en ce qu'il n'organisait aucune procédure d'opposition à contrainte et que les contraintes étaient immédiatement exécutoires nonobstant tout recours<sup>359</sup>. Le projet a, par la suite, été amendé pour tenir compte de cette critique: une possibilité d'opposition à contrainte suspensive a été introduite.

Se pose, à cet égard, la question de savoir par quel biais le décret en question – devenu le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion – répond aux exigences de la pleine juridiction en matière pénale, issues de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: l'opposition à contrainte constitue-t-elle un recours de pleine juridiction?

Dans un arrêt sa TVI, n° 101.503, du 5 décembre 2001, le Conseil d'État a jugé ce qui suit:

*«Considérant que, si l'opposition [à contrainte] est susceptible d'empêcher l'exécution d'une contrainte délivrée en vue de recouvrer l'amende prononcée à titre de sanction, elle n'est pas de nature à faire disparaître la sanction elle-même; que l'opposition à la contrainte n'est pas un recours de pleine juridiction, en ce sens qu'elle ne permet au juge qui en est saisi ni de remplacer la sanction prononcée par l'autorité par une autre sanction qu'il jugerait plus adéquate, ni de la modifier, ni même de la mettre à néant;*

*Considérant [...] qu'à supposer que le requérant fasse avec succès opposition à la contrainte, la sanction subsisterait et si une infraction était à nouveau constatée dans les cinq ans, la société requérante serait considérée comme récidiviste en sorte qu'une amende plus lourde pourrait lui être infligée; qu'un tel acte est une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, même alors que son annulation a une répercussion sur des droits et obligations de nature pécuniaire; que le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours; (...).»<sup>360</sup>*

Certes, le Conseil d'État se prononçait à cette occasion sur le point de savoir si l'opposition à contrainte spécialement organisée par le décret excluait la compétence du Conseil d'État, la partie adverse faisant valoir, dans son déclinatoire de compétence, que l'opposition à contrainte constituait un recours de pleine juridiction.

*comme contraires à la Convention européenne des droits de l'homme et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (Cour européenne des droits de l'homme, 5 février 2002, Conka c. Belgique)».*

<sup>359</sup> Doc., Conseil de la Communauté française, sess. 1996-1997, n° 148/1, p. 26.

<sup>360</sup> C.E., sa TVI, n° 101.503 du 5 décembre 2001, A.P.T., 2003, pp. 253 et s. et le commentaire de A. VAGMAN, o.c.

tion excluant que le Conseil d'État se prononçât sur la légalité de l'amende administrative. Mais il est tout de même cocasse de constater que le Conseil d'État rejette l'argument et affirme sa compétence en s'appuyant sur des critères qu'il ne remplit pas lui-même – à savoir le pouvoir de remplacer la sanction de l'administration par une nouvelle sanction plus adéquate, ou encore modifier la sanction administrative.

En outre, sur cette question précise, l'on se reportera à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en vertu de laquelle l'opposition à contrainte en matière de TVA peut être considérée comme étant conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Constitution, lorsque le juge interprète sa compétence comme impliquant un pouvoir de pleine juridiction, c'est-à-dire un pouvoir identique à celui dont dispose l'administration en matière de sanction administrative. Ainsi, dans son arrêt n° 22/99 du 24 février 1999, la Cour d'arbitrage a considéré que *«le texte des dispositions soumises à son contrôle ne s'oppose pas à ce que le juge, saisi d'une opposition à contrainte, exerce une compétence de pleine juridiction lui permettant de contrôler tout ce qui relève de l'appréciation de l'administration en matière d'amende fiscale»*<sup>361</sup>.

À suivre cette jurisprudence, si l'on veut donner au pouvoir du juge saisi d'une opposition à contrainte une acception conforme à la Constitution, il faut admettre que ce juge dispose d'une compétence de pleine juridiction et peut en ce sens non seulement annuler l'amende, mais également la diminuer et la moduler, avec un pouvoir identique à celui conféré à l'administration.

95. Une critique similaire a été formulée à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de décret flamand du 17 juillet 2000. Le législateur en a toutefois tiré d'autres conséquences, puisqu'il a choisi d'exclure la compétence du Conseil d'État en matière de contrôle des sanctions prononcées par la VREG et l'a attribuée au tribunal de première instance, en prévoyant expressément un recours suspensif.

Le caractère suspensif du recours contre les amendes administratives prononcées par la CWaPE n'a, en revanche, pas été expressément prévu dans le décret wallon du 12 avril 2001.

Avant sa modification par l'ordonnance du 14 décembre 2006, l'exigence du recours suspensif a également été à l'origine de la modification du projet d'ordonnance relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale; mais ce n'est ni par l'introduction d'une opposition à contrainte, ni par l'institution d'un recours suspensif auprès du tribunal de première instance que le

<sup>361</sup> C.A., arrêt n° 22/99 du 24 février 1999, B. 15. Dans le même sens, C.A., arrêt n° 32/99 du 17 mars 1999; C.A., arrêt n° 96/2002 du 12 juin 2002, B.4.3.

législateur bruxellois a entendu répondre à la critique de la section de législation du Conseil d'État. L'ordonnance prévoyait, en effet, simplement que le recours contre l'amende administrative (sous-entendu: devant le Conseil d'État) était suspensif.

Il n'est pas inintéressant, nous semble-t-il, de s'attarder quelque peu à l'avis rendu à cette occasion par la section de législation du Conseil d'État. Après avoir rappelé les différents arrêts prononcés par la Cour d'arbitrage sur la question de la pleine juridiction, la section de législation conclut au fait que la jurisprudence est incertaine sur la question de savoir si le Conseil d'État statuant au contentieux de l'annulation constitue une instance de pleine juridiction et laisse donc le soin au législateur bruxellois de choisir le type de recours juridictionnel à organiser. Ensuite, s'agissant du caractère suspensif du recours, le haut Conseil énonce, d'une part, le principe en vertu duquel «*afin de garantir une protection juridique effective, le recours juridictionnel contre la décision d'infliger une amende administrative doit être suspensif*» et, d'autre part, que le projet devra être modifié en ce sens «*si le législateur régional bruxellois choisit d'instaurer une possibilité de recours auprès du juge judiciaire contre l'application d'une amende administrative*»<sup>262</sup>.

Pareille analyse a de quoi surprendre. Logiquement, si le caractère suspensif du recours constitue une des exigences de la compétence de pleine juridiction en matière pénale, le recours de droit commun organisé devant le Conseil d'État ne peut certainement pas être considéré comme un recours de pleine juridiction, puisqu'il introduit d'un recours en annulation au Conseil d'État, même assorti d'une demande de suspension, n'a en principe pas pour effet de suspendre l'acte administratif attaqué. Peu importe alors de savoir si la pleine juridiction implique ou non un pouvoir plus important que la simple annulation de l'acte. En laissant entendre que le caractère suspensif du recours ne s'impose que si le législateur fait le choix du recours judiciaire, la section d'administration brouille les pistes puisqu'elle n'en fait plus une exigence fondamentale de la pleine juridiction, applicable quelle que soit la juridiction choisie.

### 3. Compétence de pleine juridiction et séparation des pouvoirs

**96.** Une chose est de déterminer l'organe de pleine juridiction compétent pour contrôler l'amende administrative infligée, par exemple, par une autorité de régulation. Autre chose est d'apprécier l'étendue des pouvoirs du juge dans le cadre de la pleine juridiction. Jusqu'où peut aller le juge dans son pouvoir d'appréciation? Quelles sont les limites de son intervention<sup>263</sup>?

<sup>262</sup> Doc., Parl. brux., sess. 2000-2001, n° A-192/1, p. 70.

<sup>263</sup> Voy. également, *infra*, n° 68 et 73.

Pour se convaincre de l'importance de cette question, il suffit d'avoir égard à un récent arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles qui était saisi d'un recours contre la décision de la CBFA infligeant une amende à une société à laquelle il était reproché d'avoir méconnu certaines obligations imposées par la loi du 22 avril 2003 relative aux offres publiques de titres. Au terme d'un long examen, la cour d'appel constate ce qui suit:

«*L'exercice par la Cour de son pouvoir de pleine juridiction implique que la cour, le cas échéant après annulation de la décision attaquée, apprécie le montant de l'amende en fonction de tout ce qui relève de l'appréciation de la CBFA en matière d'amende administrative en respectant le principe de proportionnalité qui s'impose à cette autorité. La Cour peut donc également apprécier l'opportunité d'infliger la sanction et accorder une remise complète ou partielle de celle-ci.*».

Après avoir constaté que le premier manquement incriminé n'était pas établi, la cour d'appel considère que le second l'est en revanche, et qu'il présente d'ailleurs «*un degré de gravité suffisant pour fixer l'amende à un montant dissuasif*», sans que «*des motifs d'opportunité ou d'équité [permettent] d'exonérer [la requérante] de la sanction*»<sup>264</sup>.

**97.** Le pouvoir d'appréciation des organes de pleine juridiction est-il à ce point étendu qu'il leur permette de tenir compte également de l'opportunité et de l'équité de la sanction? C'est à la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il faut s'attacher pour tenter de répondre à cette question.

Auparavant, il n'est pas inintéressant de relever les termes d'un arrêt de la Cour d'arbitrage du 28 mars 2002. La Cour était saisie d'une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Gand qui portait sur la compatibilité de l'article 149 du décret flamand du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire, en tant notamment qu'il privait, selon le juge *a quo*, les cours et tribunaux du droit d'apprécier l'opportunité de l'option de l'inspecteur urbaniste et/ou du collègue des bourgmestre et échevins quant à la mesure de réparation à imposer au contrevenant au décret. Selon la Cour,

«*B.12.1. Le juge est compétent pour contrôler la légalité externe et interne de la demande [visant à faire ordonner les mesures de réparation] et pour examiner si elle est conforme à la loi ou si elle est entachée d'excès ou de détournement de pouvoir. [...]*»

<sup>264</sup> Bruxelles, 19 janvier 2006, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). À propos de cet arrêt, voy. D. DE ROY, «Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles», *o.c.*

B.12.2. *Un tel pouvoir de contrôle ne s'écarte pas de ce qui relève de la mission du juge dans toutes les contestations. En vertu de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux ne peuvent pas donner suite aux actes administratifs qui ne sont pas conformes aux lois. Ce pouvoir de contrôle ne s'étend pas au-delà du domaine de la légalité externe et interne de ces actes. Lorsqu'il examine ces derniers, le juge ne peut se placer sur le plan de l'opportunité, car cela reviendrait à lui reconnaître une compétence incompatible avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions. Ni l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ni l'article 144 de la Constitution n'exigent que l'opportunité d'un acte administratif puisse être soumise au contrôle du juge.*»

L'enseignement de cet arrêt peut, nous semble-t-il, être appliqué au problème qui nous occupe: l'article 6 de la Convention ne va pas jusqu'à imposer au juge, même s'il exerce une compétence de pleine juridiction, de contrôler l'opportunité des actes administratifs qui sont soumis à son contrôle.

98. La jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit dans ce cadre, même si elle se caractérise, elle aussi, par une évolution un peu chaotique.

Par un arrêt du 10 juin 1996, la Cour de cassation a reconnu fondé le moyen unique d'un pourvoi introduit par l'ONSS contre un arrêt de la Cour du travail de Liège qui avait estimé que la sanction d'exclusion du bénéfice des allocations de chômage ne devait pas être appliquée, compte tenu des circonstances de l'espèce. Selon la Cour, l'article 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage «accorde au directeur du bureau du chômage la faculté de ne pas appliquer la sanction qui y est prévue, en cas de déclaration rectificative spontanée du chômeur; [...] le juge ne peut priver ce fonctionnaire de sa liberté d'appréciation et se substituer à lui; [...] en décidant que la sanction prise par le directeur du bureau du chômage ne devait pas être appliquée, l'arrêt viole le principe général du droit relatif à la séparation des pouvoirs»<sup>365</sup>.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Leclercq constatait notamment que les termes de la disposition précitée conféraient au directeur du bureau du chômage un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. «C'est à lui seul qu'il appartient d'apprécier s'il convient de ne pas appliquer de sanction dès qu'est satisfaite la condition objective de l'information donnée au bureau de chômage de la déclaration inexacte ou incomplète du chômeur par une déclaration rectificative spontanée de celui-ci. Le pouvoir judiciaire n'a pas à s'immiscer dans la liberté d'appréciation comme telle de l'opportunité de la décision administrative.»<sup>366</sup>

<sup>365</sup> Cass., 10 juin 1996 et note D. LAGASSE, o.c.

<sup>366</sup> J.-F. LECLERCQ, conclusions précédant Cass., 10 juin 1996, R.C.J.B., 1997, p. 457.

Cet arrêt constitue un bon point de départ pour l'analyse des arrêts de la Cour de cassation, même si — cela semble important de le souligner — il n'avait pas trait à une sanction administrative requalifiée de pénale, de telle sorte que les parties ne soulevaient pas, et la Cour n'y a pas fait référence, l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

99. Le stade suivant de l'évolution survient à l'occasion d'un arrêt du 5 février 1999, rendu en matière de TVA. Le pourvoi critiquait l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles en ce qu'il énonçait notamment que «le juge n'étant pas compétent pour accorder une remise ou une réduction des amendes fiscales, il ne l'est certainement pas pour statuer au fond sur la demande introduite en ordre subsidiaire par la demanderesse tendant à la réduction de l'amende à un montant équitable». Cette fois, la Cour appuie son raisonnement notamment sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, reconnaissant par-là, de manière implicite, que les amendes fiscales contestées avaient un caractère pénal au sens de cette disposition. Cela a pour conséquence, selon la Cour, que le redevable puisse soumettre le contrôle de la sanction infligée à une «instance judiciaire offrant toutes les garanties prévues» par cette disposition. La Cour énonce ensuite ses exigences et leurs limites:

«Ce juge doit pouvoir contrôler si les conditions légales de la peine sont remplies et, à cette fin, apprécier les éléments de fait et de droit;

Dès lors, ce juge doit avoir la possibilité d'apprécier la réalité de la sanction et aussi d'apprécier si la sanction est conforme aux dispositions légales, et plus spécialement si elle ne viole pas les dispositions légales spécifiques ou les principes généraux du droit, ou si elle n'est pas contraire au devoir de prudence de l'administration;

L'exercice de ce droit de contrôle n'implique toutefois pas que le juge peut exonérer le redevable des obligations qui lui sont légalement imposées par les autorités, uniquement par des motifs d'opportunité ou d'équité»<sup>367</sup>.

Le principe général de la séparation des pouvoirs empêche donc le juge d'apprécier l'opportunité et l'équité d'une sanction administrative. Dans les termes d'un arrêt du 17 décembre 2001, rendu au contentieux du chômage, «lorsqu'il annule la sanction administrative contestée, le juge épuise son pouvoir de juridiction; en

<sup>367</sup> Cass., 5 février 1999, R.C.J.B., 2002, pp. 573 et s., note de S. NUDELHOLE et J. KIRKPATRICK, «Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité». À propos de cet arrêt, voy. A. ALEN, «Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboete na de koerswijziging van het Hof van cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999», R.W., 1999-2000, pp. 630 et s.; E. WILLEMART, «Les amendes fiscales et les droits fondamentaux du contribuable», J.T., 1999, pp. 757-765.

vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il ne peut se substituer à l'administration pour prononcer contre le chômeur une nouvelle sanction remplaçant celle qu'il annule mais doit, pour autant que le chômeur satisfasse à toutes les autres conditions légales pour avoir droit aux allocations, rétablir celui-ci dans les droits dont la sanction annulée avait pour effet de le priver.<sup>268</sup>

100. On voit poindre une nouvelle évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt antérieur à l'arrêt du 17 décembre 2001 cité ci-avant. À vrai dire, dans un arrêt rendu près d'un mois auparavant, la Cour de cassation adopte une solution radicalement contraire, en estimant que l'annulation d'une décision du directeur du bureau de chômage par le tribunal du travail ne prive pas le juge «du pouvoir de contrôler la conformité de cette décision aux lois et règlements en matière de chômage et de statuer sur les droits résultant de ces dispositions légales»<sup>269</sup>. On notera que, pas plus que dans l'arrêt du 17 décembre 2001, il n'était ici question de faire application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les arrêts du 24 janvier 2002 doivent, à présent, retentir l'attention. Dans deux espèces relatives à la TVA, la Cour de cassation a considéré que le juge, appelé à se prononcer sur un recours contre une sanction administrative pouvant être qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention, peut examiner la légalité de la sanction également au regard des exigences impératives des conventions internationales et des principes généraux du droit. En ce sens, estime la Cour, «dès lors que ce droit de contrôle lui permet plus spécialement d'examiner si la sanction n'est pas disproportionnée à l'infraction, le juge peut examiner si l'administration pouvait raisonnablement infliger une amende administrative de cette importance; à cette occasion, il peut plus spécialement avoir égard à la gravité de l'infraction, au taux des sanctions infligées antérieurement et aux décisions rendues dans des cas similaires»<sup>270</sup>.

Dans une troisième espèce<sup>271</sup>, qui avait trait à une amende administrative prononcée sur la base de la réglementation en matière d'Eurovignette, la Cour de cassation a ajouté que l'application du principe de proportionnalité n'implique pas que le juge puisse remettre ou réduire les amendes uniquement pour des motifs d'opportunité ou en contradiction avec la loi; toutefois, s'il reste dans ces limites, le juge se voit reconnaître par la Cour de cassation le pouvoir de supprimer ou de réduire la peine, même à un taux inférieur au minimum légal.

<sup>268</sup> Cass., 17 décembre 2001, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>269</sup> Cass., 12 novembre 2001, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>270</sup> Cass., 24 janvier 2002, R.C.J.B., 2002, pp. 589 et s. et *Pas.*, 2002, I, pp. 226 et s.

<sup>271</sup> Cass., 24 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, pp. 238 et s.

L'enseignement de ce dernier arrêt a encore été répété dans un arrêt ultérieur, datant du 21 janvier 2005. Si la Cour reconnaît certes le pouvoir du juge d'apprécier le montant de l'amende au regard de la gravité de l'infraction, du taux des sanctions déjà infligées et des décisions rendues dans des cas similaires, il doit également considérer «dans quelle mesure l'administration est elle-même liée par cette sanction; le droit de contrôle n'implique pas que le juge peut supprimer ou réduire des amendes sur la base d'une appréciation subjective des circonstances atténuantes propres à la personne du contribuable pour de simples motifs d'opportunité et à l'encontre des règles légales»<sup>272</sup>.

Il semble en tout cas, dès lors que le recours concerne une sanction administrative, que les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme puissent primer sur le principe de la séparation des pouvoirs.

### III. Application aux sanctions administratives adoptées par les autorités de régulation

101. Les développements qui précèdent traitent du contrôle juridictionnel des sanctions administratives en général. Qu'en est-il spécifiquement en matière de régulation?

Il nous semble, d'abord, que les législations qui prévoient un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles contre les amendes administratives prononcées par les autorités de régulation sont conformes aux exigences déduites de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, puisqu'elles offrent expressément aux intéressés un recours de pleine juridiction, laissant en outre à la cour d'appel le soin de déterminer l'étendue de son contrôle. Il en va de même, à notre sens, des recours ouverts, par exemple en matière d'énergie, auprès du tribunal de première instance.

Quant aux recours organisés auprès du Conseil d'État – en matière d'audiovisuel, en matière ferroviaire et en matière énergétique pour la Région de Bruxelles-Capitale –, leur conformité aux exigences de l'article 6 pose en tout cas sérieusement question, dès lors que le Conseil d'État ne peut qu'annuler la sanction prononcée par ces autorités de régulation, et n'exerce qu'un contrôle de légalité marginale sur cette sanction, puisqu'elle relève d'une compétence discrétionnaire des autorités concernées.

102. Les questions juridiques que posent les sanctions administratives sont encore innombrables, alors même que celles qui ont été abordées dans les lignes qui précèdent n'ont été qu'effleurées. Les développements qui y ont été consacrés suf-

<sup>272</sup> Cass., 21 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, pp. 170 et s.

fisent toutefois pour ébaucher au moins une proposition, pour ce qui concerne précisément le contrôle juridictionnel des amendes administratives infligées par les autorités de régulation.

Dans cette matière, en effet, nous pensons qu'il en va exactement à l'inverse du contrôle des décisions administratives non répressives: plus le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de régulation est important, plus le pouvoir du juge sur la sanction est étendu. Rien de ce qui relève de l'appréciation de l'autorité de régulation ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge.

### § 3. Les recours contre les décisions juridictionnelles

**103.** Les recours contre les décisions contentieuses des autorités de régulation doivent encore être abordés. Il convient, à cet égard, d'opérer une distinction selon que le législateur a ou non organisé de manière particulière le recours contre ces décisions. L'on observe dans ce cadre qu'un recours spécifique devant la cour d'appel de Bruxelles a été organisé contre les décisions du Conseil de la concurrence et de son président. Les décisions juridictionnelles des autres régulateurs font, quant à elles, l'objet d'un recours en cassation administrative auprès du Conseil d'État, conformément au droit commun.

#### I. Contrôle opéré par la cour d'appel de Bruxelles

**104.** En vertu de l'article 75 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006, les décisions du Conseil de la concurrence et de son président, ainsi que les décisions tacites d'admissibilité de concentrations par écoulement des délais peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles. Il est précisé que la cour statue «avec un pouvoir de pleine juridiction sur les pratiques restrictives supportées et, le cas échéant, sur les sanctions imposées ainsi que sur l'admissibilité des concentrations». La cour peut, en outre, elle-même imposer des amendes ou des astreintes, comme peut le faire le Conseil de la concurrence.

Conformément à l'analyse qui est opérée ci-dessus, sont visées, au titre de la compétence juridictionnelle du Conseil de la concurrence, uniquement les décisions du Conseil de la concurrence adoptées dans trois hypothèses: (i) les décisions prises par le Conseil en matière de pratiques restrictives de la concurrence;<sup>273</sup> (ii) les mesures provisoires adoptées par le président du Conseil<sup>274</sup>; (iii) les décisions rendues par lesquelles le Conseil de la concurrence tranche un litige porté devant lui,

<sup>273</sup> Art. 50 à 54 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006.

<sup>274</sup> Art. 62 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006.

dans des secteurs considérés, par des parties en désaccord, par exemple en matière de télécommunication<sup>275</sup>.

**105.** L'article 76 de la même loi coordonnée précise les règles de procédure à suivre dans le cadre du recours à la cour d'appel.

On notera en particulier les points suivants:

- a) Le recours à la cour d'appel ne suspend pas la décision du Conseil de la concurrence dont appel. Toutefois, la Cour peut elle-même, avant dire droit, prononcer la suspension de cette décision si le requérant fait valoir des moyens sérieux et qu'il invoque un risque de préjudice grave difficilement réparable en cas d'exécution immédiate de la décision.
- b) Devant la cour d'appel, le ministre compétent peut déposer ses observations écrites, même s'il n'était pas partie à l'instance devant le Conseil de la concurrence. Il peut également lui-même introduire la requête d'appel, sans devoir à cet égard justifier d'un intérêt. Le ministre peut encore introduire un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel, sans justifier d'un intérêt et sans avoir été précédemment partie à la cause.
- c) La cour d'appel peut demander à l'Auditorat près le Conseil de la concurrence de procéder à une instruction du dossier et de lui communiquer son rapport. Cette éventualité a été discutée en doctrine. Si l'on peut comprendre que, dans le cadre du contentieux administratif, l'auteur de l'acte «participe au procès fait à l'acte»<sup>276</sup>, la règle est pour le moins étrange dans le cadre de l'appel introduit contre une décision contentieuse, où il est de tradition que le juge de première instance n'est pas partie à l'appel. En outre, «si l'on se réfère aux qualifications européennes, les autorités qui adoptent des décisions de sanction ou qui tranchent un litige opèrent "comme" des juridictions et doivent dès lors être traitées "comme" telles, c'est-à-dire en principe interdites de défendre leurs décisions, car les juridictions ne défendent par leur jugement en appels». Marie-Anne Frison-Roche en déduit que la possibilité, pour une autorité administrative indépendante, de formuler des observations, doit être interprétée restrictivement<sup>277</sup>.

Christine Schurmans affine ce débat, en rappelant, à juste titre, que l'une des raisons d'être de la possibilité, pour la Commission européenne ou le Conseil de la concurrence, d'intervenir devant la cour d'appel de Bruxelles est la spécificité de

<sup>275</sup> Voy., *supra*, n° 45.

<sup>276</sup> M.A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, o.c., p. 113.

<sup>277</sup> M.A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, o.c., p. 113.

ce contentieux, qui «comporte des appréciations complexes en matière économique» et «exige une bonne connaissance des concepts et références économiques qui dominent la matière». Elle conclut que ces *amici curiae* ont, par conséquent, «le devoir de faciliter aux juridictions l'accomplissement de leur mission»<sup>278</sup>.

106. «La cour d'appel statue avec un pouvoir de pleine juridiction»<sup>279</sup>. Comment analyser cette compétence au regard de l'appréciation qui est faite de la pléi- ne juridiction dans la présente étude?

S'il constate l'existence d'une pratique restrictive de concurrence, le Conseil peut infliger d'importantes amendes et astreintes, et imposer la cessation de la pratique restrictive. De même, les mesures provisoires décidées par le président peuvent avoir des conséquences essentielles pour l'activité considérée, eu égard notamment à la liberté du commerce et de l'industrie.

En l'espèce, la cour d'appel exerce son rôle naturel de juge d'appel à l'égard d'une décision prononcée en première instance: en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, c'est l'ensemble du litige qui est soumis à la cour, qui dispose à cet égard d'un total pouvoir de réformation de la décision dont appel; la cour peut donc annuler la décision du Conseil de la concurrence et prendre une nouvelle décision à sa place. La cour d'appel de Bruxelles a ainsi réduit la durée d'application d'une mesure provisoire ordonnée par le président du Conseil de la concurrence<sup>280</sup>.

Il faut en déduire que la cour d'appel de Bruxelles peut, au besoin, renforcer les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, comme tout juge d'appel peut, dans les limites de la loi, augmenter la sanction pénale décidée par le tribunal correctionnel ou le juge de police. L'article 75, alinéa 3, de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 précise d'ailleurs que la cour d'appel de Bruxelles peut, comme le Conseil, imposer des amendes et des astreintes.

S'il est saisi d'un véritable litige entre deux opérateurs, comme par exemple en matière de télécommunication, le Conseil de la concurrence sera appelé à trancher une contestation ayant pour objet un droit subjectif qui ne pourra être qualifié de civil, puisque seules les juridictions judiciaires sont compétentes pour en connaître. À nouveau, la cour d'appel de Bruxelles, saisie de la décision du Conseil de la concurrence, sera en même temps saisie de l'ensemble du litige et pourra, à ce titre, réformer la décision dont appel, c'est-à-dire prendre une décision à la place du Conseil de la concurrence.

<sup>278</sup> C. SCHURMANS, *o.c.*, p. 99; voy. également le Règlement européen 2003/1 commenté aux pp. 96-99.

<sup>279</sup> Art. 75 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006.

<sup>280</sup> Bruxelles, 29 septembre 2004, *R.W.*, 2005, p. 1627, avec note.

107. Une dernière précision s'impose. Le recours à la cour d'appel organisé par la loi coordonnée du 15 septembre 2006 ne peut en tout cas, en aucune façon, conduire la cour d'appel (ou toute autre instance de recours) à ordonner la moindre injonction à l'autorité ayant pris une décision juridictionnelle. L'indépendance de celle-ci implique, en effet, que «les juges n'ont d'instruction à recevoir de personne, et que seules leurs décisions peuvent faire l'objet des voies de recours organisées par la loi»<sup>281</sup>.

## II. Contrôle opéré par le Conseil d'État

108. On l'a vu: dans certains cas, le régulateur dispose incidemment d'une compétence juridictionnelle, en vertu de laquelle une chambre particulière créée au sein voire en dehors de celui-ci tranche un litige intervenu entre deux sujets de droit<sup>282</sup>.

C'est au moment de mettre en œuvre le recours contre les décisions rendues dans ces hypothèses que se pose nécessairement la question de la nature de celles-ci. Puisqu'il s'agit, à notre sens, de décisions contentieuses, leur juge naturel sera le Conseil d'État agissant comme juge de cassation administrative<sup>283</sup>. En vertu de l'article 14, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, toute décision prise par une juridiction administrative peut, en effet, faire l'objet d'un tel recours, à moins que la loi n'ait expressément prévu un autre, par exemple devant une juridiction de l'ordre judiciaire<sup>284</sup>, ou n'ait expressément prévu que la décision de la juridiction en question est rendue en dernier ressort.

109. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du Contentieux des étrangers, les recours contre les décisions contentieuses des autorités présentent une particularité marquée.

La loi précitée institue, en effet, un filtre préalable à l'examen, par le Conseil d'État, du recours en cassation administrative. C'est ce que la loi appelle la «procédure d'admission». Cette procédure se fait sur la seule base de la requête en cas-

<sup>281</sup> M. LEROY, «L'indépendance des juridictions administratives et le contrôle de leurs décisions», *J.L.M.B.*, 1999, p. 215, à propos d'une injonction faite par un président du tribunal de première instance à la Commission permanente de recours des réfugiés, qui a la qualité de juridiction administrative. Sur cette décision, voy. également P. BOUCQUEY, «Vers une redéfinition des relations entre le juge judiciaire et le juge administratif?», *C.D.P.K.*, 1997, pp. 560 et s.

<sup>282</sup> Voy., *supra*, n° 47 à 49 pour les secteurs énergétiques et audiovisuels.

<sup>283</sup> Art. 14, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

<sup>284</sup> C'est le cas, comme on vient de le voir, des décisions rendues par le Conseil de la concurrence qui relèvent de la compétence de la cour d'appel de Bruxelles.

sation et du dossier de la procédure. Aucune audience n'est donc réservée à la procédure d'admission.

Selon le nouvel article 20 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 15 septembre 2006 précitée, sont seuls déclarés admissibles les recours qui invoquent la violation d'une loi ou d'une règle de forme substantielle ou prescrite à peine de nullité, et à condition que le recours ne soit pas manifestement non fondé. Seules les violations qui sont effectivement susceptibles d'entraîner la cassation sont admissibles.

La décision rendue par le Conseil d'État sur l'admissibilité n'est susceptible d'aucun recours.

**110.** Sur la procédure de cassation administrative proprement dite, il ne convient pas de s'étendre en particulier. Celle-ci ne diffère pas fondamentalement de la procédure en annulation visée par l'article 14, § 1<sup>er</sup>. À cet égard, l'on se reportera dès lors à ce que la doctrine en dit, pour ce qui concerne tant les principes de contentieux, les aspects de procédure, l'étendue du contrôle opéré par le Conseil d'État, et les conséquences d'un éventuel arrêt de cassation<sup>385</sup>.

On sera simplement attentif aux éléments suivants.

- a) Le Conseil d'État, saisi en cassation, n'a pas le pouvoir de prononcer la suspension de la décision contentieuse au même titre qu'il peut le faire pour les actes administratifs dès lors que le requérant fait état de moyens sérieux et que l'exécution immédiate de l'acte risque de lui causer un préjudice grave difficilement réparable.
- b) Doctrine et jurisprudence s'accordent pour reconnaître qu'il n'existe pas de différence de nature entre le contrôle exercé par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation et celui exercé au titre de juge de cassation: dans les deux cas, il agit comme juge de légalité, même si des différences notables apparaissent sur le plan procédural; on notera, par exemple, l'impossibilité de faire valoir devant le Conseil d'État agissant au titre de la cassation des moyens nouveaux, à l'exception des moyens d'ordre public. En outre, il ressort des modifications apportées par la loi du 15 septembre 2006 précitée que les recours en cassation qui invoquent l'excès de pouvoir ou le détournement de pouvoir ne seront pas déclarés admissibles.

<sup>385</sup> Voy. notamment M. LEROY, *o.c.*, pp. 460 et s.; P. LEWALLE, *o.c.*, pp. 735 et s. et 931 et s.; *Novelles, Droit administratif*, t. VI, *Le Conseil d'État*, pp. 572 et s.; M. VAN DAMME, «De Raad van State als administratieve cassatierechter», *T.B.F.*, 2000, pp. 69 et s.

- c) L'arrêt de cassation est revêtu d'une autorité relative de chose jugée, et ne vaut donc qu'entre parties au litige; ce qui, selon la doctrine, est un effet propre aux jugements rendus au contentieux des droits subjectifs.

## CONCLUSIONS

**111.** Au terme de cette étude, brassant une matière d'une ampleur considérable en constante évolution, trois idées nous paraissent devoir être mises en évidence.

La première pourrait surprendre de prime abord. Elle a trait à la répartition des compétences entre l'État fédéral et les collectivités fédérées. Il faut bien le constater : en matière de contentieux de la régulation, le législateur fédéral et les législateurs communautaires et régionaux ne sont pas à égalité. Le premier peut, dans ses matières propres, organiser de manière presque souveraine les recours qu'il juge adéquats, tandis que les seconds ne peuvent porter atteinte au droit commun de la procédure qu'en justifiant de la nécessité d'une telle atteinte. En tout état de cause, on n'imagine pas, par exemple, que la Région wallonne attribue à la cour d'appel de Bruxelles le pouvoir de contrôler les décisions de la CWaPE. La répartition des compétences a, dans ces conditions, un effet pervers qui est d'émettre le contentieux; ce qui a inévitablement pour conséquence de fourvoyer le justiciable.

**112.** Il y a ensuite lieu de s'interroger sur l'adéquation des objectifs poursuivis par le législateur avec les textes de loi qu'il adopte et leur application contentieuse. À cet égard, quatre objectifs sont cités de façon récurrente : la spécialisation des magistrats, la rapidité de décision, la simplification des voies de recours et l'unicité de la jurisprudence<sup>236</sup>.

La spécialisation des magistrats devient incontestable. Il faut cependant constater que le législateur ne met que trop peu de moyens en œuvre pour soutenir cette spécialisation<sup>237</sup>. En outre, dans la plupart des cas, le droit a largement investi les aspects techniques des secteurs régulés, de sorte que l'expertise n'est sans doute plus un moyen suffisant pour aider les magistrats à rendre leur décision.

La rapidité de la procédure, sauf réelle urgence, est un leurre. Elle a été invoquée pour justifier la soustraction du contentieux au Conseil d'État, surchargé, et surtout pour permettre de suivre les évolutions économiques rapides de chacun des secteurs régulés. La difficulté technique de la plupart des dossiers implique cependant tant une longue mise en état des affaires par les parties qu'un long déli-

<sup>236</sup> Pour Christine Vanderveeren, présidente de la CREG, l'instance de recours idéale est «une instance maîtrisant les dossiers à la fois au plan économique, juridique et technique. Or, parmi les instances actuelles de recours, aucune ne correspond parfaitement. [...] il est important d'opérer un choix clair pour [la cour d'appel de Bruxelles ou le Conseil d'État] et de mettre en place une procédure de recours qui garantisse un traitement rapide des appels» (Rapport fait au nom de la Commission de l'économie... Doc. parl., Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 2180/004, p. 54).

<sup>237</sup> La création d'une chambre spécialisée de la cour d'appel de Bruxelles, sans même s'arrêter au débat sur l'opportunité de créer une telle chambre, a été rejetée par le législateur, dès 1990, pour des raisons budgétaires (rapport de la commission de l'économie, Doc. parl., Ch., sess. 1989-1990, n° 1282/6, p. 48).

béré des magistrats. Cette lenteur s'explique sans doute également par la mise en place d'un contentieux, notamment à l'égard des décisions de l'IBPT, qui est encore relativement neuf.

La simplification des voies de recours demeure sans doute l'objectif le plus incohérent et le moins bien réalisé. Le partage des tâches entre le Conseil d'État et la cour d'appel de Bruxelles, par exemple, est parfois complexe. Plusieurs recours différents sont prévus pour les décisions d'une même autorité de régulation. En particulier, les règles de procédure prévues par le législateur sont différentes pour presque chaque recours. Il n'hésite pas à déroger tant au Code judiciaire qu'aux lois coordonnées sur le Conseil d'État. Et la possibilité indispensable pour le juge d'écarter les règles du Code judiciaire incompatibles avec le recours exercé devant lui renforce l'idée d'une complexification croissante des voies de recours. Il y a en tout cas lieu, à notre avis, d'adopter un cadre minimum de règles spécifiques pour tous ces recours, avant de renvoyer aux règles de procédure applicables devant la juridiction désignée pour en connaître.

Enfin, l'unicité de la jurisprudence paraît relativement bien rencontrée. Elle nous paraît cependant résulter davantage de l'action des instances et juridictions européennes dans l'ensemble des matières abordées que de la désignation en Belgique d'une juridiction particulière chargée de ces recours.

**113.** Attardons-nous, pour terminer, sur la notion de pleine juridiction. Il faut avouer que, au début de notre examen, nous étions particulièrement sceptiques quant à la portée de ce concept tant, il faut bien le dire, celui-ci est mané maladroitement par le législateur. Mais, au final, la pleine juridiction nous semble plutôt prometteuse, à condition qu'elle soit bien comprise et bien mise en œuvre.

Un juge qui se voit attribuer une compétence de pleine juridiction doit apprécier l'étendue de son pouvoir en fonction des circonstances de l'espèce. S'agit-il de contrôler une sanction administrative de nature pénale? La ligne de conduite du juge sera alors la suivante : plus grand est le pouvoir d'appréciation de l'administration dans l'application de la sanction, plus étendu devra être le contrôle du juge. Selon la Cour d'arbitrage, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit échapper au contrôle du juge.

S'agit-il plutôt de se prononcer sur un acte administratif de l'autorité qui ne consigne pas une sanction? Le juge devra alors, pour se conformer au principe de la séparation des pouvoirs, respecter au contraire le pouvoir d'appréciation du fonctionnaire. À l'inverse de ce qui s'est dit pour la sanction, plus l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, moins le contrôle du juge sera étendu, seule l'annulation de l'acte illégal pourra s'envisager. S'il s'agit d'une compétence liée, en revanche, le juge aura le pouvoir d'adresser des injonctions à l'autorité, voire d'adopter la décision à sa place, si le législateur lui en a donné le pouvoir.

S'agit-il enfin de connaître d'un recours contre une décision juridictionnelle? Le juge est alors, selon les dispositions légales applicables, soit un juge d'appel bénéficiant de l'effet dévolutif, soit un juge de cassation aux pouvoirs beaucoup plus limités.

Ainsi résumé, le concept de pleine juridiction permet d'évacuer un certain nombre de difficultés liées à la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels. Idéalement, le juge auquel la compétence de pleine juridiction est attribuée devrait être un juge judiciaire. Il n'y aurait alors plus lieu pour le requérant de se demander si la requête qu'il formule a trait à un droit subjectif ou non; seule l'étendue des pouvoirs du juge pourra faire l'objet d'une discussion, et non pas la juridiction à saisir.

À notre sens, l'attribution d'un pouvoir de pleine juridiction à un juge ne méconnaît pas le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. La pleine juridiction, comme l'a déjà écrit le Président Melchior, est un concept à contenu variable, et le juge n'aura qu'à adapter son contrôle en fonction de la situation qui lui est présentée, en tenant compte, précisément, de la séparation des pouvoirs.

Cette vision positive du concept de pleine juridiction n'est ni théorique, ni coupée de la réalité. C'est, au contraire, l'examen des arrêts rendus par la cour d'appel de Bruxelles qui nous a mis sur la piste des propositions que nous formulons ici.

Cette conclusion justifie également la démarche un peu hasardeuse, entreprise au début de cette étude, d'examiner les recours contre les décisions des autorités de régulation au départ des pouvoirs mis en œuvre par ces autorités. Cet examen se révèle finalement fondamental pour apprécier tant l'étendue du pouvoir du juge que les règles procédurales applicables, et ce, quelle que soit la juridiction saisie.

\*  
\* \*

**114.** Au moment de mettre la présente étude sous presse, est porté à notre connaissance un arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles le 27 octobre 2006 et qui met en cause notamment la CREG. Cet arrêt comporte de très longs développements sur la notion de pleine juridiction, ainsi qu'un rappel presque exhaustif de la jurisprudence de la cour sur l'étendue de son contrôle des autorités de régulation.

La cour était saisie de divers recours introduits par l'Association liégeoise du gaz (un gestionnaire de réseau de distribution de gaz) qui contestait des décisions de la CREG en matière tarifaire, refusant notamment d'approuver la proposition tarifaire émise par le gestionnaire.

Sans vouloir commenter l'arrêt du 27 octobre 2006, notamment en ce qu'il se rapproche ou s'éloigne des considérations qui précèdent, nous nous permettons simplement d'en reproduire certains morceaux choisis.

*«La seule interprétation de l'article 15/20 de la loi gaz compatible avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs consiste à dire que la cour d'appel peut connaître de tous les aspects de droit et de fait du litige qui lui est soumis, qu'elle peut tant annuler que réformer la décision, et qu'elle peut, le cas échéant, substituer sa décision à celle de la CREG, mais qu'elle ne dispose pas pour autant du pouvoir de contrôler l'opportunité des décisions prises par la CREG en vertu de son pouvoir discrétionnaire. La cour appréciera dans chaque cas, quelles sont les décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire de la CREG.*

[...]

*Le législateur n'a pas pu vouloir que la cour recommence, dans le cadre de recours dont elle est saisie contre les décisions de la CREG, les analyses que la CREG fait depuis des années à l'aide de son personnel nombreux et spécialisé. Le contrôle de la cour doit, par la force des choses, rester marginal en ce qui concerne l'analyse des données techniques complexes du litige.*

[...]

*La CREG soutient à tort que la cour d'appel ne disposerait en aucun cas d'un pouvoir de réformation de ses décisions ni d'un pouvoir de substitution.*

*L'article 15/21, § 1<sup>er</sup> de la loi vise expressément l'hypothèse de la réformation par la cour et l'article 15/20 précise qu'elle est saisie du fond du litige.*

*Mais ce pouvoir de réformation ou de substitution doit être exercé à la lumière des critères rappelés ci-dessus: la cour ne peut pas contrôler la simple opportunité des décisions prises discrétionnairement par la CREG et le contrôle qu'elle exerce est limité en pratique par le caractère hautement technique de certaines décisions.»*

Le 1<sup>er</sup> mars 2007.

## 6. La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration

sous la direction scientifique de

HUGUES DUMONT, PIERRE JADOUX et SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK

**Auteurs:**

PASCAL BOUCQUEY

FRÉDÉRIC KRENC

PHILIPPE BOUVIER

NICOLAS LAGASSE

PIERRE-OLIVIER DE BROUX

BRUNO LOMBAERT

XAVIER DELGRANGE

KOEN MUYLLE

DAVID DE ROY

FRANÇOIS TULKENS

HUGUES DUMONT

ASTRID VAN DER HAEGEN


BENOÎT JADOT

EMMANUEL VAN NUFFEL

MICHEL KAISER

Ces rapports constituent les exposés des orateurs à la journée d'études "La protection juridictionnelle face à l'administration" organisée par le Département des recyclages en droit et le Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel des Facultés universitaires Saint-Louis le vendredi 29 septembre 2006.

2007

 la charte