

B.10.1. L'article 495 du Code judiciaire est toutefois susceptible, dans les conditions mentionnées en B.8., d'être interprété comme permettant à l'O.B.F.G. d'introduire une action visant à défendre les intérêts collectifs des justiciables en tant que sujets de décisions judiciaires touchant les libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux liant la Belgique.

B.10.2. Dans cette interprétation, la disposition en cause est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution et la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs, la Cour dit pour droit :

– Interprété en ce sens que l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ne peut exercer une action devant les juridictions judiciaires ayant pour objet la défense de l'intérêt collectif des justiciables quand il invoque notamment une violation des libertés fondamentales reconnues par la Constitution et les traités internationaux liant la Belgique, l'article 495 du Code judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

– Interprété en ce sens que l'Ordre des barreaux francophones et germanophone peut exercer une action devant les juridictions judiciaires qui a pour objet la défense de l'intérêt collectif des justiciables en tant que sujets de décisions judiciaires touchant les libertés fondamentales reconnues par la Constitution et les traités internationaux liant la Belgique et pour laquelle il invoque une violation de celles-ci, l'article 495 du Code judiciaire ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Siég. : MM. J. Spreutels (prés.), E. De Groot, L. Lavrysen (rapp.), A. Alen, J.-P. Snappe (rapp.), J.-P. Moerman, E. Derycke, Mme Th. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, Fr. Daoût, Th. Giet et R. Leysen. Greffier : M. P.-Y. Dutilleux.

Plaid. : M^{es} S. Berbuto, E. Kiehl (*loco* E. Lemmens), T. Souverijns (*loco* D. Lindemans) et P. Schaffner.

J.L.M.B. 17/673

Observations

Les Ordres d'avocats au service des justiciables et de la justice

1. La question

Un Ordre d'avocats peut-il introduire une action civile pour solliciter la condamnation des pouvoirs publics lorsqu'il estime que ceux-ci ne respectent pas les droits fondamentaux des justiciables ?

C'est ce que semble autoriser l'article 495 du Code judiciaire, qui dispose que :

« L'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies ont, chacun en ce qui concerne les barreaux qui en font partie, pour mission de veiller à l'honneur, aux droits et aux intérêts professionnels communs de leurs membres (...).

Ils prennent les initiatives et les mesures utiles en matière de formation, de règles disciplinaires et de loyauté professionnelle, ainsi que pour la défense des intérêts de l'avocat et du justiciable.

Chacun d'eux peut faire, en ces matières, des propositions aux autorités compétentes ».

Mais la Cour de cassation a toujours considéré que l'article 495 du Code judiciaire n'instaurait pas de droit d'action pour la défense des intérêts des justiciables dans le chef de l'O.B.F.G. :

« Attendu qu'en autorisant l'Ordre à prendre les initiatives et les mesures utiles en matière de formation, de règles disciplinaires et de loyauté professionnelle ainsi que pour la défense des intérêts de l'avocat et du justiciable, et à faire, en ces matières, des propositions aux autorités compétentes, les deuxième et troisième alinéas de cet article n'ont pas pour effet d'étendre la mission que lui confie le premier alinéa mais de préciser les modalités suivant lesquelles s'exerce cette mission.

Que ces dispositions, qui ne dérogent pas à l'article 17 du Code judiciaire, ne permettent pas à l'Ordre de former une demande ayant pour objet de défendre les intérêts du justiciable »¹.

C'est cette jurisprudence classique que l'arrêt annoté vient vraisemblablement de renverser.

2. Le contexte

Devant la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, il est établi depuis longtemps que les Ordres communautaires peuvent agir pour défendre tant les intérêts des avocats que ceux des justiciables².

Mais la question se pose donc différemment devant les juridictions de l'Ordre judiciaire.

De façon classique, la Cour de cassation de Belgique estime donc que les actions intentées devant les juridictions de l'Ordre judiciaire par des associations défendant un intérêt collectif, fût-il inscrit dans leurs statuts, sont irrecevables en application des articles 17 et 18 du Code judiciaire qui condamne toute action d'intérêt collectif en des termes nets :

« à moins que la loi n'en dispose autrement, la demande formée par une personne physique ou morale ne peut être admise si le demandeur n'a pas un intérêt personnel et direct, c'est-à-dire un intérêt propre ; (...) l'intérêt propre d'une personne morale ne comprend que ce qui concerne l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux et ses droits moraux, spécialement son patrimoine, son honneur et sa réputation ; (...) le seul fait qu'une personne morale ou une personne physique poursuit un but, fût-il statutaire, n'entraîne pas la naissance d'un intérêt propre »³.

Les associations ne pourraient donc ester en justice que pour la défense de leurs intérêts propres.

Cette conception a fait, et fait toujours, l'objet de vives critiques mais la Cour de cassation y était toujours restée attachée⁴.

¹ Cass., 4 avril 2005, *cette revue*, 2005, p. 729, *Pas.*, p. 194. Voy. les observations de Fr. GLANSDORFF, « La compétence judiciaire de l'O.B.F.G. – suite – les arrêts de la Cour de cassation du 4 avril 2005 et de la Cour d'arbitrage du 20 avril 2005 », *La Tribune*, 2005, n° 19, p. 8.

² J'ai analysé cette jurisprudence dans une contribution plus exhaustive. Voy. P. HENRY, « Les Ordres d'avocats : nouveaux acteurs politiques ? » in *Les juges : décideurs politiques*, Bruylant, 2016, p. 255, spéc. n°s 5 à 7.

³ Voy. déjà, par exemple, Cass., 19 septembre 1996, *R.C.J.B.*, 1997, p. 110 et obs. O. DE SCHUTTER, « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative ». Sur cette question, voy. aussi G. CLOSSET-MARCHAL, « L'action d'intérêt collectif au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, Formation permanente CUP, 2001, pp. 5-28 ; P. MARTENS, « Les tribunaux constitutionnelles des droits de la défense », in *Les droits de la défense*, Éditions du Jeune barreau de Liège, 1997, pp. 11 et s., spéc. p. 25.

⁴ Pour un exposé de la controverse, voy. P. MARTENS, « Vers quelle action d'intérêt collectif ? », obs. sous C.C., 10 octobre 2013, *cette revue*, 2014, p. 356. La justification de la solution remonte à la révolution française et à la loi *Le Chapelier*, qui supprime les corporations, posant en principe que l'intérêt public ne peut être défendu que par le ministère public, sans qu'aucune corporation ou association puisse s'interposer entre lui et le citoyen. Cette thèse est vivement critiquée par de nombreux auteurs, dont H. DE PAGE (*Traité*, I, 501-504) ou, plus récemment, M. CAPPALLETTI (« La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil », *R.I.D.C.*, 1975, p. 571), L. BORE (« Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », *Rev. Sc. Crim.*, 1997, p. 751) ou F. CABALLERO (« Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *R.T.D.C.*, 1985, p. 245), mais elle conserve ses partisans, parmi lesquels J. DABIN (« La

Toute action des ordres n'en est pourtant pas exclue. Il en est particulièrement ainsi lorsqu'ils se cantonnent dans la sphère de leurs intérêts propres. Ainsi, tout dernièrement encore, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles admet-il qu'AVOCATS.BE (O.B.F.G.) agisse contre l'État belge pour solliciter sa condamnation à assumer ses responsabilités en matière de financement de l'aide juridique. Écartant les discussions relatives à la possibilité pour lui de défendre les intérêts des justiciables, il constate qu'en tout cas l'Ordre « a un intérêt propre à défendre sa réputation quant à ses aptitudes à exercer sa mission légale » d'organisation du service de l'aide juridique⁵.

Mais cette ouverture est étroite. Elle ne permet aux Ordres d'agir que quand les prérogatives essentielles de la profession sont en jeu, ce qui constitue un angle d'attaque bien plus restreint que celui qui leur est ouvert devant les juridictions de contentieux objectif.

Un double bras-de-fer entre l'Ordre des avocats au barreau de Liège et l'État belge en donne une excellente illustration. D'abord à propos des conditions de détention, dans de petites cages individuelles de moins d'un mètre carré disposées dans un grenier surchauffé, des détenus appelés à comparaître au palais de justice de Liège, ensuite au sujet des conditions de détentions dans l'établissement psychiatrique de Paifve, l'Ordre liégeois⁶ obtint à deux reprises que le tribunal reconnut son intérêt à agir⁷.

Mais la cour d'appel de Liège réforma ces deux décisions, en constatant, à chaque fois, le défaut d'intérêt des Ordres à agir pour la défense des intérêts des justiciables⁸.

La Cour de cassation confirma cette solution par son arrêt du 4 avril 2005, cité en exergue de ce commentaire.

Fallait-il donc abandonner le combat ?

Pas nécessairement. Tout d'abord, il faut observer que l'avis du Premier avocat général Leclercq, précédant ce dernier arrêt, laissait une porte ouverte. Constatant que l'action tendait essentiellement à la défense des intérêts des justiciables, il considérait qu'elle ne pouvait être déclarée recevable. Mais il ajoutait que « l'intérêt propre de l'O.B.F.G., qui inclut les intérêts communs des avocats, dépasse en effet de simples intérêts matériels mais, parce que l'honneur et la réputation de l'Ordre sont en cause, touche aussi à l'administration même de la justice, en ce compris ce qui relève de la phase d'exécution des décisions ».

recevabilité des actions en réparation intentées par les groupements privés autres que les sociétés, en raison du dommage causé soit à la généralité de leurs membres, soit aux fins qu'ils poursuivent », note sous Cass., 9 décembre 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 251), P. FREISSEX (« De l'État-Nation à l'État "groupusculaire" », chronique d'un dépérissement engagé », *Dalloz*, 2000, Chron., p. 61) ou Th. BERNIS (« Du gouvernement des groupes à l'émergence d'un sujet de droit », in *La société civile et ses droits*, Bruylant, 2004, p. 36).

⁵ Civ. fr. Bruxelles, 6 novembre 2014, *cette revue*, 2015, p. 1479. Dans le même sens : Civ. fr. Bruxelles (réf.), 23 mars 2015, *cette revue*, 2015, p. 998, en matière de listing T.V.A. Un autre exemple de la reconnaissance de l'action des Ordres pour assurer la protection des intérêts essentiels de la profession d'avocat peut être trouvé dans la récente affaire *Prakken d'Oliveira* qui a vu le Nederlandse Orde van advocaten et le C.C.B.E. agir conjointement avec ce cabinet d'avocats pour obtenir une condamnation de l'État néerlandais à cesser les pratiques d'écoutes systématiques mises en place à l'égard des membres de ce cabinet : voy. Civ. Rechtb. Den Haag (réf.), 1^{er} juillet 2015, <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7436> (voy. particulièrement les considérants 4.1. à 4.3.). Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de La Haye le 27 octobre 2015, *cette revue*, 2016, p. 1033.

⁶ Dans le cadre de la seconde action, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone agissait aux côtés de l'Ordre liégeois.

⁷ Civ. Liège (réf.), 29 juin 2001, *cette revue*, 2001, p. 1188, puis Civ. Liège (réf.), 3 mai 2002, *cette revue*, 2002, p. 999.

⁸ Liège, 19 avril 2002, *cette revue*, 2002, p. 992, puis Liège, 3 décembre 2002, *cette revue*, 2003, p. 37.

C'était donc laisser entendre que l'action aurait peut-être pu être déclarée recevable si l'O.B.F.G. avait invoqué son droit moral à un bon fonctionnement de la justice (comme le reconnaît le tribunal de Bruxelles dans ses jugements des 6 novembre 2014 et 23 mars 2015, ci-avant cités) plutôt que sa possibilité de représenter les intérêts des justiciables.

Ensuite, il est un argument, déjà présent dans l'action rejetée par la cour d'appel de Liège le 19 avril 2002, qui, quoique rejeté par la cour, mérite une attention particulière.

L'Ordre liégeois tirait argument du droit international conventionnel. À partir du moment où une action individuelle est impuissante à prévenir une violation de l'article 3 de la Convention, le respect de cette disposition impliquerait qu'un droit d'action d'intérêt collectif soit ouvert aux Ordres, par dérogation aux dispositions du droit interne.

La cour, tout en reconnaissant la puissance du moyen, l'avait néanmoins écarté⁹.

L'argument ressurgit cependant à l'occasion d'une action exercée non par un Ordre mais par l'A.S.B.L. Défense des Enfants – International – Belgique (D.E.I. Belgique). D.E.I. Belgique dénonçait les conditions indignes dans lesquelles les MENA (Mineurs étrangers non accompagnés) étaient accueillis et hébergés en Belgique. Elle sollicitait la condamnation de l'État, sous peine d'astreinte, à la prise de mesures qui permettraient d'améliorer ces conditions. D.E.I. Belgique se vit évidemment opposer les articles 17 et 18 du Code judiciaire. Mais elle obtint que deux questions préjudicielles soient posées à la Cour constitutionnelle.

La seconde dénonçait « l'identité de traitement existant entre les personnes morales exerçant une action correspondant à un de leurs buts statutaires en vue de faire cesser des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et les personnes morales agissant pour défendre les intérêts de leurs membres ou exerçant une action concernant un but non statutaire ou encore un intérêt général d'ordre moins fondamental ou non revêtu du même niveau de protection internationale : les unes et les autres ne pourraient introduire une action en justice faute de justifier d'un intérêt conformément aux articles 17 et 18 du Code judiciaire dans l'interprétation selon laquelle leur intérêt à agir ne comprend que ce qui concerne l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux et ses droits moraux. Il est demandé à la Cour d'examiner si cette identité de traitement est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution lus isolément ou en combinaison avec les articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

La Cour observe que certaines associations se sont vu reconnaître le droit d'introduire des actions d'intérêt collectif en matière de défense des droits fondamentaux. Il en est ainsi, particulièrement, en matière de racisme, de négationnisme ou de certaines formes de discrimination, notamment à l'égard des femmes. Elle en déduit que « les personnes morales qui, comme en l'espèce, exercent une action qui correspond à un de leurs buts statutaires afin de faire cesser des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui est jugée irrecevable parce qu'elle ne porte pas sur l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux ou ses droits moraux se trouvent dès lors discriminées par rapport (à ces autres) associations (...) : les unes et les autres invoquent en effet un intérêt collectif lié à la protection des libertés fondamentales ».

9. Liège, 19 avril 2002, *cette revue*, 2002, p. 992.

Certes, la Cour estime que cette discrimination doit être redressée par le législateur, auquel il « appartient de préciser à quelles conditions un droit d'action peut être reconnu aux personnes morales souhaitant exercer une action correspondant à leur but statutaire et visant à la protection des libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie », ce qui l'amène à constater qu'en l'état, les articles 17 et 18 du Code judiciaire ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Mais elle conclut aussi, en termes de dispositif, que « L'absence d'une disposition législative précisant à quelles conditions un droit d'action peut être reconnu aux personnes morales souhaitant exercer une action correspondant à leur but statutaire et visant à la protection des libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie viole les articles 10 et 11 de la Constitution »¹⁰.

Paul Martens a souligné l'importance de cet arrêt. Il le résume par l'expression de « substantialisation » du droit procédural d'accès à un juge : face à une allégation de violation d'un droit fondamental, le juge doit d'abord se demander si la procédure qui en permettrait la sanction n'est pas à ce point complexe que c'est la substance même du droit qui en est atteinte ou qui risque de l'être¹¹. C'était assez évident en l'espèce, puisqu'il s'agissait d'enfants généralement abandonnés à eux-mêmes, dans un pays dont ils ne connaissaient ni les institutions, ni la culture, ni même la langue. C'est donc cette impossibilité de faire sanctionner un traitement inhumain et dégradant par les voies judiciaires traditionnelles qui justifie la nécessité d'une action d'intérêt collectif, seule à même d'assurer le respect des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce raisonnement a été au cœur de plusieurs procédures menées ensuite par AVOCATS.BE. Outre les deux jugements, émanant le premier du tribunal de première instance de Liège, le second du tribunal de première instance de Bruxelles, qui ont saisi la Cour constitutionnelle dans l'espèce que nous analysons, il faut en signaler un troisième, également prononcé par le tribunal liégeois le 17 juin 2015.

Considérant, que la discrimination dénoncée trouvait sa source non dans les articles 17 et 18 du Code judiciaire mais bien dans l'article 495, alinéa 2, du Code judiciaire lui-même – ce que la Cour constitutionnelle n'avait pu faire dans l'arrêt *D.E.I. Belgique*, car cette association ne pouvait se prévaloir d'une disposition similaire –, le tribunal de Liège avait estimé pouvoir accueillir l'action d'AVOCATS.BE à l'appui de celle des parents d'un détenu qui s'était suicidé dans l'établissement psychiatrique de Paifve, pour dénoncer des conditions de détention assimilables à un traitement inhumain et dégradant¹². Mais ce jugement fut, à nouveau, réformé par la cour d'appel de Liège¹³.

III. La réponse

Saisie de cette double question préjudicielle, la Cour constitutionnelle écarte d'abord le premier moyen de défense du Conseil des ministres. La discrimination invoquée par AVOCATS.BE ne porte pas sur la différence entre contentieux objectif

¹⁰ C.C., 10 octobre 2013, *cette revue*, 2014, p. 351 et obs. P. MARTENS, « Vers quelle action d'intérêt collectif ? ».

¹¹ P. MARTENS, « Vers quelle action d'intérêt collectif ? », *cette revue*, 2014, p. 359 ; voy. déjà O. DE SCHUTTER, « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative », note sous Cass., 19 septembre 1996, *R.C.J.B.*, 1997, pp. 110 à 147 et O. DE SCHUTTER, « La fonction de l'intérêt collectif dans le contentieux pénitentiaire », obs. sous Bruxelles, 27 avril 1999, *cette revue*, 1999, p. 1391.

¹² Civ. Liège, 17 juin 2015, *cette revue*, p. 1471.

¹³ Liège (12^e ch.), 25 octobre 2016, inédit, *J.L.M.B.* 2017/674.

et contentieux subjectif, dont on peut admettre qu'ils présentent des spécificités distinctes (B.5.).

La discrimination repose sur le fait que, dans l'interprétation que la Cour de cassation donne de l'article 495 du Code judiciaire, il prive les Ordres communautaires de la possibilité d'introduire une action collective pour la défense de droits fondamentaux alors que d'autres personnes morales de droit public se voient reconnaître ce droit, notamment en matière de répression du racisme, de la xénophobie, du négationnisme ou des discriminations entre hommes et femmes (B.6. et B.7.).

Et cette discrimination ne repose pas sur une distinction justifiée par des raisons proportionnelles au but poursuivi par la loi dès lors que tant AVOCATS.BE que les autres associations autorisées à agir invoquent un intérêt collectif lié à la protection des justiciables en tant que sujets de décisions judiciaires touchant des libertés fondamentales (B.9.1.).

Les Ordres communautaires se voient donc reconnaître un rôle fondamental : celui de censeurs de l'action politique des gouvernements, de gardiens des valeurs fondamentales, inscrites – notamment (on n'oubliera pas cet adjectif, contenu dans le dispositif, et qui ouvre peut-être plus de perspectives qu'on le croit) dans la Constitution, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les traités internationaux liant la Belgique.

Au moment où notre modèle de société est ébranlé par la crise d'une justice de plus en plus complexe et, dès lors, de plus en plus difficile à financer, il faut se réjouir de cette reconnaissance.

L'État de droit repose sur la notion de justice, sur une série de valeurs qui ne sont sans doute pas universelles mais qui forment le socle de notre civilisation occidentale. Une série de valeurs qui sont inscrites tant dans notre Constitution que dans la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles annexes.

Ces instruments constituent un de nos biens les plus précieux. La Convention a été écrite et adoptée au lendemain de l'horreur absolue, dans l'espoir que celle-ci ne se reproduise plus jamais.

Si elle est impuissante à éviter un grand nombre de nouveaux drames, ainsi que l'actualité se charge de nous le rappeler de façon récurrente, elle reste néanmoins porteuse des plus grands espoirs et constitue sans doute le meilleur rempart contre ce que nous appelons, avec une saine ambition, l'inhumanité.

En s'en emparant pour lutter contre les injustices, en tentant de l'ériger au rang de droit naturel, les Ordres d'avocats s'affirment comme des acteurs politiques, au sens noble du terme.

En leur reconnaissant ce rôle, les magistrats se donnent à eux-mêmes le pouvoir d'exercer leur rôle politique.

En l'admettant, le pouvoir politique accepte de se subordonner aux valeurs fondamentales inscrites dans la Convention.

Sans les avocats, vers dans le fruit, le juge se tarit, disait le Bâtonnier Mario Stasi.

Patrick HENRY
ancien bâtonnier du barreau de Liège,
ancien président d'AVOCATS.BE