

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

A propos de la recommandation en équité contra legem

Nihoul, Marc

Published in:

Un médiateur fédéral consolidé pour le 21e siècle

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2010, A propos de la recommandation en équité contra legem. dans *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21e siècle : des réformes nécessaires ?*. Anthemis, Limal, pp. 185-190.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

À propos de la recommandation en équité *contra legem*

Marc NIHOUL

Professeur aux F.U.N.D.P. Namur
Directeur du centre de recherches *Projucit*¹
Avocat au barreau de Bruxelles

Concernant l'hérésie des recommandations en équité lorsque celles-ci ont pour objet d'inviter l'autorité administrative à déroger à la loi, nous voudrions dire trois choses.

Premièrement, il est souvent très difficile d'innover et de sortir des sentiers battus en matière administrative.

Nous nous en sommes aperçu à plusieurs reprises, et spécialement avec notre thèse de doctorat qui osait une relecture civile et judiciaire des privilèges du préalable et de l'exécution d'office en droit belge alors que la doctrine et la jurisprudence administratives traditionnelles semblent littéralement allergiques à l'idée d'appliquer le droit civil, et cela même si *in fine* elles le font quand même en réalité, refusant seulement de l'admettre formellement.

Nous nous en sommes également aperçu lors du colloque récemment organisé au Parlement wallon à Namur sur l'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident en matière administrative². Cette disposition telle qu'interprétée aujourd'hui prévoit que les juges – et seulement les juges – n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. L'une des questions posées lors du colloque visait à envisager la faculté, pour l'autorité administrative et plus seulement le juge, de refuser l'application d'une norme supérieure lorsque celle-ci est *illégal*³. Plusieurs arguments plaident concrètement dans ce sens dans un univers où la légalité se conçoit de plus en plus en réseaux, dans un environnement multidimensionnel. Blasphème, hérésie, ces mots n'ont pas été prononcés lors du colloque, mais ils ont été pensés tellement fort que nous les avons entendus...

¹ Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale.

² M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Coll. Projucit, Bruges, La Charte, 2010.

³ R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », in M. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 21 et 99.

Que dire alors aujourd'hui d'une faculté qui serait attribuée à l'administration de refuser d'appliquer une norme supérieure pourtant *légale*, dans ce cas-ci, fût-ce au nom de l'équité et sur recommandation du médiateur...

Avec l'article 159 de la Constitution, il était seulement envisagé d'autoriser l'administration à anticiper le contrôle du juge dans certaines circonstances, spécialement lorsque l'on sait pertinemment que le contrôle devrait déboucher sur le même résultat. Il s'agit d'anticiper un pouvoir que détient déjà le juge et que l'administration est appelée à anticiper sous le contrôle du même juge.

Avec les recommandations en équité paralégales, l'on va beaucoup plus loin : il est envisagé de reconnaître à l'administration un pouvoir de déroger à la loi, pouvoir que le juge ne détient même pas lui-même, même pas au nom d'un principe général de droit administratif, et cela sans aucun contrôle.

Comment espérer emporter, dans ces conditions, la faveur de la doctrine, la jurisprudence ou la légisprudence belges ? Mission quasi impossible, comme en témoigne une nouvelle fois⁴ la contribution exposée d'Emmanuel Slautsky. Dans l'état actuel de la Constitution, cela paraît impossible et l'article 159 de la Constitution – plus généralement le principe selon lequel toute juridiction doit refuser l'application d'une norme contraire aux normes supérieures – s'y oppose également, en plus des articles 105 et 108 de la Constitution, déjà cités par la section de législation du Conseil d'État dans ce sens⁵.

Deuxièmement, l'idée germe alors dans les esprits d'une consolidation constitutionnelle de la recommandation en équité qui permettrait de répondre à toutes les objections d'inconstitutionnalité en une fois.

L'exposé d'Emmanuel Slautsky nous a toutefois montré que le problème n'est pas seulement un problème juridique ou de constitutionnalité, mais surtout et avant tout une question de principe et de fond. Les principes de sécurité juridique, de séparation des pouvoirs, d'égalité et de non-discrimination sont des principes fondamentaux qui resteraient malmenés par la recommandation en équité constitutionnalisée indépendamment du statut juridique du procédé.

À la réflexion, il n'est pas exclu, par ailleurs, que même en cas de consolidation constitutionnelle, un problème juridique de conventionalité internationale demeure dès lors que les principes de sécurité juridique et d'égalité et de non-discrimination, en particulier, sont également consacrés par des conventions

⁴ Voy. déjà S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », C.D.P.K., 2001, pp. 357 à 373.

⁵ Dans le sens d'une recommandation à anticiper le refus d'application juridictionnel, moyennant révision de l'article 159 de la Constitution, voy. D. RENDERS et T. BOMBOIS, « La médiation en droit public », P.-P. Renson (coord.), *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, n° 48, pp. 171 et 172.

internationales nanties d'un effet direct. Ils pourraient être invoqués, le cas échéant, en combinaison avec d'autres droits protégés par ces conventions.

Il n'en demeure pas moins que le problème est avant tout un problème de fond. Et tout le monde a encore en mémoire la réponse de François Ost à Michel Leroy lorsque celui-ci avait proposé d'insérer dans la Constitution une règle permettant aux juges de n'appliquer les règles légales « qu'autant qu'elles n'aient ni des conséquences déraisonnables, ni des effets contraires à la volonté d'une forte majorité des intéressés »⁶. Il s'agissait là d'un réel pouvoir direct⁷ de juger en équité, qui avait fait craindre une « république des juges ».

Ce que l'on craint avec les recommandations en équité du médiateur, ce n'est plus une république des juges, mais le « royaume des médiateurs » ou plutôt « l'empire de l'administration », fût-elle conseillée par le médiateur.

Malgré toute la bonne volonté du monde, l'on ne résiste d'ailleurs pas à assimiler, au moins sur certains points, la recommandation en équité à une sorte de recours en grâce, purement discrétionnaire, largement décrié à l'heure actuelle. Or, ce qui nous indispose en matière de recours en grâce, ce n'est pas d'abord la question de savoir qui l'exerce mais plutôt celle du droit de grâce lui-même. Ensuite seulement vient l'interrogation au sujet de son auteur, et il est exact que, sur ce point également, nous ne sommes pas sûr que le médiateur, mandaté à intervalles réguliers par le Parlement et donc par une majorité politique, soit mieux à même, c'est-à-dire dans une meilleure position que le pouvoir exécutif (ou juridictionnel), de l'exercer, à plus forte raison en l'absence d'un cadre réglementaire suffisant. Définitivement, la recommandation revient à accorder trop de pouvoir à une seule personne lui permettant de déroger, fût-ce indirectement, à la volonté issue, tout aussi indirectement, de la majorité des autres personnes.

Néanmoins, si elle était envisagée un jour, la question se poserait, alors, d'un contrôle juridictionnel de ce que l'on pourrait difficilement appeler « la décision administrative illégale légalisée par l'effet de la recommandation en équité du médiateur »⁸ ? Ou plus simplement « médiatisée », mais l'expression serait impropre. Un tel contrôle, dans l'état actuel du droit, semble s'imposer dès lors que la décision administrative adoptée sur recommandation n'est pas en soi dénaturée du fait de la recommandation⁹. L'absence de tout contrôle serait contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par définition, cependant, ce contrôle devrait être limité et ne pourrait pas remettre en cause l'illégalité purgée par le médiateur, sous peine de priver le

⁶ « L'étrange thérapie du conseiller Leroy », *Journ. proc.*, 1997, n° 333, pp. 10 et 11.

⁷ Alors que d'autres concepts juridiques le permettent plus indirectement, tel le principe de proportionnalité.

⁸ Les recommandations elles-mêmes ne sont en effet pas des décisions individuelles causant grief.

⁹ En pratique, encore faudra-t-il que quelqu'un ait un intérêt à s'en plaindre, évidemment.

dispositif de toute utilité. On le voit, la décision illégale devant être tenue pour légale s'apparente en réalité à une sorte d'« acte de gouvernement » qui, en droit belge, se limite pourtant à une dispense voire une atténuation des exigences de motivation.

À travers le contrôle de la décision légalisée ou médiatisée, le respect des conditions du recours à la recommandation en équité dans le chef du médiateur devrait au moins pouvoir être vérifié. À savoir, si l'on se réfère aux critères généralement formulés en doctrine pour envisager la recommandation en équité – mais le problème vient de ce qu'ils ne sont pas tous contrôlables... :

- l'équité, que le juge serait donc appelé à contrôler sans pouvoir la pratiquer lui-même, qu'il faudrait conceptualiser, le cas échéant, à l'image du principe d'égalité ;
- l'égalité et la non-discrimination, car la dérogation en équité ne peut autoriser, à notre sens, à violer le principe d'égalité... Il nous paraît difficile, dans ces conditions, de ne pas reconnaître à la décision une valeur de précédent relatif ;
- l'initiative du médiateur : seul le médiateur doit pouvoir prendre l'initiative¹⁰ d'autoriser la dérogation légale sur recommandation en équité, à l'exclusion de l'administration, y compris dans d'autres cas comparables (et sauf disposition légale en sens différent dans une matière déterminée) ;
- l'exception : l'équité doit être exceptionnelle... mais une iniquité reste inéquitable même si elle concerne un grand nombre de citoyens : elle n'en serait même que grandement inéquitable... ;
- le coût de la solution, car celle-ci doit être supportable pour la collectivité : l'on peut se demander si le médiateur est bien placé pour évaluer les répercussions générales de la recommandation dans toutes les situations identiques ;
- l'oubli du législateur, qui doit en tout cas ne pas avoir été délibérément assumé par le législateur au moment d'édicter la loi à l'aune des travaux préparatoires ;
- l'absence d'iniquité, la solution ne devant pas à son tour entraîner une iniquité à l'égard de tiers ;
- l'enjeu considérable qui devrait être grave ou important, par distinction avec une situation simplement incommode.

¹⁰ L'initiative et point seulement l'autorisation pour éviter l'instrumentalisation du recours au médiateur pour contourner la loi. P.-Y. MONETTE indique en effet que l'utilité de la recommandation en équité serait à ce point avérée en France que l'administration solliciterait parfois elle-même d'un médiateur qu'il lui adresse une telle recommandation. Peut-être serait-il judicieux de prévoir expressément que l'initiative ne puisse émaner que du médiateur, sans possibilité de suggestion administrative. Voy. « La plus-value de l'ombudsman dans l'État de droit : intermédiaire agissant, lecture plurielle et principe d'équité », in R. ANDERSEN et B. HUBEAU (éd.), *L'ombudsman en Belgique après une décennie*, Bruges, La Charte, 2002, p. 123, note 313.

Troisièmement, nous en venons à nous demander s'il n'est pas d'autres moyens que la recommandation en équité de parvenir à concilier tous les impératifs en présence, et spécialement ceux de légalité, d'équité, de séparation des pouvoirs, de sécurité juridique, d'égalité et de non-discrimination. À la réflexion, le problème ne vient pas de la recommandation en équité comme telle. Il porte sur les conséquences juridiques de cette recommandation qui autoriserait l'administration à poser un acte illégal, devant être tenu comme légal par l'effet d'une sorte de « bénédiction médiatrice toute puissante ».

Or, la recommandation pourrait avoir d'autres suites plus acceptables dans notre système juridique, organisées par le droit et susceptibles d'impliquer les pouvoirs constitués avec un certain effet contraignant. Nous en évoquons deux très brièvement, dans le délai et l'espace impartis.

La plus évidente et déjà existante, est la recommandation au pouvoir législatif de modifier la loi. Le procédé pourrait être amélioré pour plus d'effectivité. Il semble en effet que sa principale faiblesse vienne de ce que le législateur reste trop souvent sourd, voire aveugle, aux recommandations du médiateur. Pourquoi ne pas aller plus loin en procéduralisant les suites législatives de la recommandation en équité au pouvoir législatif? Certes, il ne s'agit pas de contraindre le pouvoir législatif à modifier la loi, mais de l'obliger à prendre position, à tout le moins, c'est-à-dire au minimum à justifier son choix par rapport à la recommandation lorsqu'un dispositif inéquitable est dénoncé. À cette fin, un mécanisme de responsabilité en équité du fait d'une carence législative pourrait être imaginé dans l'hypothèse où le législateur resterait en défaut de se prononcer dans un certain délai. L'on préfère cependant imaginer que le défaut de statuer pourrait équivaloir à un refus, comme en matière administrative, autorisant à activer les voies de recours ordinaires, comme lorsque le législateur s'est prononcé dans le délai imparti. Certes, il n'est pas exclu que lesdites voies eussent pu être activées dès le départ, sans passer par le médiateur, mais l'originalité consisterait à autoriser le médiateur lui-même à introduire le recours¹¹, augmentant par là même les chances de succès de celui-ci.

À vrai dire, le procédé mériterait d'être intégré dans le cadre plus général de l'évaluation législative, insuffisamment organisée à l'heure actuelle, y compris d'ailleurs lorsqu'il s'agit d'adapter la législation aux arrêts de la Cour constitutionnelle...

Deuxième idée : pourquoi donc ne pas prévoir un mécanisme de responsabilité objective ou sans faute, comparable à celui qui existe en matière administrative, organisé par l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, permettant par exemple à la section du contentieux administratif du Conseil d'État (et non à l'administration), voire à la Cour constitutionnelle, saisie par

¹¹ Il s'agirait donc d'une sorte de recours en discrimination positive dans l'intérêt de l'équité.

le médiateur et uniquement par lui, de se prononcer en équité par voie d'arrêt, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, sur les demandes d'indemnité relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité législative en toute légalité ou constitutionnalité? La demande d'indemnité ne serait recevable qu'après que l'autorité administrative ou législative aura rejeté totalement ou partiellement la demande ou négligé de le faire durant un certain laps de temps. Un tel mécanisme permettrait de rester dans la légalité tout en remédiant à certaines conséquences inévitables par l'office d'un juge totalement indépendant.