

La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral *

par David RENDERS

*Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles*

1. « L'administration est essentiellement aménagée pour les besoins de l'action », écrit Cyr CAMBIER. Citant Jean DABIN, il ajoute : « là est sa fonction qui est : agir partout où la nécessité se fait sentir, pourvoir, prévoir, parer à l'ordinaire et à l'extraordinaire, au dedans et au dehors, tous les jours sans discontinuité ». L'administration trouve cependant une limite à cette action. Il s'agit, pour elle, de se conformer à la Constitution, au traité international, à la loi, en somme, de respecter toute norme qui s'impose à elle au nom de la hiérarchie des sources du droit. Gérer la collectivité, telle est sa fonction. Agir dans le respect du droit, tel est son horizon.

De son côté, le pouvoir législatif est essentiellement aménagé pour assurer le respect des garanties démocratiques. Il contrôle l'action du gouvernement et de l'administration. Il dialogue sur les grandes questions de société. Il fait la loi qui doit être égale pour tous et s'appliquer à tous les citoyens qui sont dans la même situation de fait. Dans cette perspective, le pouvoir législatif « peut tout » ce que la Constitution et le traité international ne lui défendent pas, comme le relevait, il y a près d'un siècle, Paul ERRERA.

2. Un phénomène intrigue car il paraît rompre avec les équilibres ainsi établis. Ce phénomène, c'est celui de la consolidation législative de l'acte administratif unilatéral. Voici, en effet, le législateur qui, en dépit des préceptes évoqués, décide de faciliter l'application d'un acte administratif irrégulier. Soit en empêchant qu'il soit censuré par les autorités qui en ont reçu le pouvoir. Soit en paralysant les effets de la censure qui aurait déjà été prononcée à son encontre. Bien que tenu à l'édiction de règles applicables à tous, le législateur se met à intervenir, dans la sphère de l'action concrète,

* Ce texte constitue le résumé de la thèse que l'auteur a défendue le 26 novembre 2002, à l'Université catholique de Louvain, en vue de l'obtention du grade de docteur en droit. Cette thèse a été publiée aux éditions Bruylant, Bruxelles, 2003 sous le titre « La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral ».



en vue, semble-t-il, de faire prévaloir la gestion continue du service public sur la régularité qui se doit pourtant de la caractériser.

Le phénomène n'est pas seulement intrigant au regard du droit. Il est inquiétant à la vue des faits. La consolidation législative de l'acte administratif est une figure qui contamine l'œuvre du législateur. Sur les vingt dernières années, il se révèle qu'en moyenne, plus d'une loi par mois contient la mise en œuvre d'un tel procédé. Et le phénomène n'est pas propre à la Belgique. Il est bien connu en France où l'on y recourt depuis un siècle au moins. Au Royaume-Uni, où il peut montrer son utilité. En Italie, où il prend des proportions certes plus mesurées. Et même en Espagne, où il paraît faire son apparition.

3. L'indéniable succès de la consolidation législative peut assurément s'expliquer. La puissance publique y trouve ce que l'on n'hésite pas à appeler l'arme fatale du contentieux administratif : celle qui tire d'affaire l'administration mise en difficulté devant l'autorité chargée de contrôler la régularité de son action ; celle qui, à l'inverse, empoisonne le citoyen cherchant à contenir les débordements occasionnés par l'administration. Son efficacité est telle qu'elle est en mesure de s'adapter à tous les terrains. Est-il question d'une nomination dans la fonction publique ? La consolidation législative pare à la difficulté pour permettre à l'agent injustement nommé de conserver sa place. Et tant pis pour les candidats évincés. S'agit-il d'un règlement d'urbanisme sur la base duquel des permis de bâtir ont été délivrés ? La consolidation législative est là pour rassurer les détenteurs de permis irréguliers. Et ruiner les espoirs qu'avaient pu nourrir les riverains de les en déposer. Voit-on dénoncer un impôt établi dans l'illégalité ? La consolidation législative a tôt fait de taire les contestations. Et permettre à l'administration de continuer à percevoir des recettes nouvelles, sans avoir à rembourser les anciennes. Vraiment, la consolidation législative est intrigante, inquiétante, redoutable.

Le procédé serait même irrésistible si l'on prêtait aujourd'hui encore à la loi le caractère irréprochable qu'on croyait pouvoir lui reconnaître hier. Mais voilà. Il y a plus de cinquante ans, le législateur lui-même estimait indispensable de s'adjoindre un conseil, chargé de lui prodiguer les enseignements les plus recommandables pour la confection de son œuvre. La section de législation du Conseil d'Etat était née. Il y a près de quarante ans, le législateur — encore lui — portait assentiment à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et reconnaissait nécessaire qu'une autorité internationale puisse être saisie de tout manquement au respect des droits fondamentaux qu'elle a pour objet de consacrer. La Cour européenne des droits de l'homme voyait le jour. Il y a plus de trente ans, la Cour de cassation jugeait qu'un texte de droit interne, notam-

ment législatif, ne pouvait contredire un texte de droit international directement applicable dans l'ordre juridique belge. L'arrêt *Le Ski* était rendu. Il y a une vingtaine d'années, le Constituant consacrait l'existence d'une cour constitutionnelle à l'effet de censurer la norme législative non conforme à certains articles de la Constitution. La Cour d'arbitrage était instituée. Il y a dix ans encore, le législateur — à nouveau lui — renforçait le contrôle de constitutionnalité des normes législatives établies par la Région bruxelloise. Désormais, il était dit que toutes les juridictions du pays peuvent écarter l'application de ce type de normes, dès lors que celles-ci contreviennent à quelque disposition de la Constitution que ce soit. Enfin, depuis quelques années, les cours et tribunaux paraissent accepter de retenir, sous l'influence de la jurisprudence européenne, la responsabilité de l'Etat législateur.

4. Dans ce contexte, une question ne manque pas de se poser. Si la consolidation législative est ce procédé ravageur qui tend à empêcher le citoyen d'obtenir la condamnation de l'administration, n'est-elle pas une de ces lois à l'encontre de laquelle des reproches de régularité pourraient être adressés? N'est-elle pas une de ces lois qui devraient être censurées par les autorités auxquelles a été confié ce pouvoir?

Les critiques maintes fois répétées de la doctrine à l'encontre de la consolidation législative donnent à penser qu'il conviendrait de répondre à cette interrogation par l'affirmative. Le procédé porte atteinte à l'autorité de la chose jugée des décisions de justice, proclament les uns. Il heurte le principe de la séparation des pouvoirs, selon d'autres. Il viole le principe de légalité, pour d'autres encore. Quand ce n'est pas le droit à un procès équitable. Le droit d'accès effectif à un tribunal. Le droit à l'égalité. Le droit au respect de la propriété. Le droit à la sécurité juridique. Le droit à l'intangibilité des situations acquises. Le droit au respect de la légitime confiance des administrés. Le principe de la non-rétroactivité des lois. Ou encore les règles qui répartissent les compétences entre l'Etat, les communautés et les régions.

Mais à suivre une telle analyse, la question ne manque pas de rebondir. Pourquoi la puissance publique dépenserait-elle tant d'énergie à donner, à l'acte administratif voué au purgatoire, les clés du paradis? Le recours au procédé de la consolidation législative serait-il empreint de vertus si précieuses que la condamnation inéluctable vers laquelle il s'acheminerait ne serait que détail? Seraient-ce les autorités investies du contrôle de l'action législative qui se montreraient trop laxistes à l'égard de l'usage qui est fait du procédé? Ou — plus simplement — y aurait-il des motifs de penser que la doctrine se serait égarée?

Il faut, pour répondre à ces questions, vérifier l'exactitude de chacune des étapes du raisonnement qu'emprunte la doctrine pour aboutir à la solution qui est la sienne.

5. La prémisse majeure du raisonnement partagé en doctrine est que l'opération de consolidation correspondrait à une ingérence caractérisée du législateur dans l'administration de la justice. Une telle affirmation correspond-elle à la réalité?

Au regard de la production législative, on s'aperçoit que la consolidation de l'acte administratif doit être définie de la façon suivante. Il s'agit de l'opération par laquelle le législateur favorise, voire impose l'application d'un acte administratif unilatéral, nonobstant une irrégularité potentielle ou avérée. De ce fait, cette opération neutralise, totalement ou partiellement, *a priori* ou *a posteriori*, le pouvoir de censure des autorités chargées du contrôle de régularité de l'action administrative.

Tenant compte de cette définition, on ne saurait accrédi-ter l'affirmation de la doctrine suivant laquelle l'opération de consolidation constituerait une ingérence caractérisée du législateur dans l'administration de la justice. La raison en est qu'elle n'a pas pour objet de paralyser l'œuvre de justice, mais de favoriser ou d'imposer l'application d'un acte administratif irrégulier. Il arrive, certes, que l'opération aboutisse à une telle ingérence. C'est alors, non son objet, mais son effet. Qui plus est, son effet hypothétique. Hypothétique, car il se peut que l'opération n'aboutisse à aucune forme d'ingérence : c'est si le législateur intervient avant qu'un juge ne soit saisi de l'acte prétendument irrégulier. Hypothétique, car il se peut que l'opération n'aboutisse à aucune ingérence dans l'administration de la justice : c'est si le législateur intervient alors que l'acte risque d'être censuré par une autorité de contrôle qui n'est pas une juridiction. Hypothétique, enfin, car l'ingérence, même pratiquée dans l'administration de la justice, n'est pas, à tout coup, caractérisée : c'est si l'ingérence se produit alors que le juge est en mesure de poursuivre la mission de contrôle qui lui était assignée.

On le constate. L'affirmation suivant laquelle l'opération de consolidation correspondrait à une ingérence caractérisée du législateur dans l'administration de la justice ne saurait être partagée.

6. La prémisse mineure du raisonnement suggéré par la doctrine classique correspond, pour sa part, à l'affirmation suivant laquelle la consolidation législative se présenterait comme un phénomène invariable dans sa forme et dans ses effets. Cette affirmation est-elle plus exacte que la première?

Au regard de la production législative, il apparaît que l'opération de consolidation couvre deux réalités distinctes. Tantôt le législateur régularise l'acte administratif. Il gomme l'illégalité dont cet acte est entaché. Il rend

cet acte conforme au droit en vigueur. Tantôt le législateur valide l'acte administratif. Il impose l'application de cet acte. Il le maintient ou le rend à nouveau applicable, mais, cette fois, sans le défaire de l'illégalité qui l'affecte.

Parce que l'opération de consolidation sert tantôt à régulariser, tantôt à valider l'acte administratif, on perçoit que l'expression « validation législative », à laquelle il était jusqu'ici recouru en doctrine, n'est pas une expression adéquate. Elle ne met en évidence qu'une des deux facettes du phénomène étudié. C'est le motif pour lequel on propose que soit dorénavant utilisée l'expression « consolidation législative ». Consolider, c'est rendre plus ferme, plus difficile à renverser. Tant la régularisation que la validation sont des opérations qui rendent l'acte irrégulier plus difficile à renverser. Le recours à cette nouvelle expression convient, dès lors, mieux.

Mais le constat suivant lequel la consolidation rassemble, sous une même bannière, deux opérations distinctes n'a pas que des vertus terminologiques. Ce constat conduit aussi à observer que la consolidation législative ne correspond pas à un phénomène uniforme. Consolider, c'est régulariser ou valider, au travers de différents procédés techniques. On en dénombre une vingtaine qui, dans la mesure où ils produisent des effets spécifiques, doivent être distingués.

Quatre grandes familles apparaissent. Il y a les procédés d'habilitation. Ces procédés conduisent le législateur à procurer un fondement juridique régulier à un acte administratif qui en est dépourvu. Il y a les procédés de légalisation. Le législateur édicte une norme qui reprend les termes d'un acte administratif, en manière telle que le dispositif de cet acte puisse continuer d'être appliqué, nonobstant son irrégularité. Il y a les procédés de ratification. On y voit le législateur assumer l'acte administratif qu'il couvre, en lui donnant la force de l'acte législatif. Il y a enfin les déclarations de validité. Le législateur — le nom l'indique — déclare un acte administratif applicable nonobstant son irrégularité.

Est-il besoin de le souligner? L'apparition de quatre grandes familles de procédés — et des multiples variantes qu'elles recèlent chacune — démontre, avec netteté, le caractère éclaté du phénomène. Il en résulte que l'affirmation suivant laquelle l'opération de consolidation se présenterait de façon invariable ne saurait, elle non plus, être partagée.

7. Partant de l'idée qu'elle correspondrait à une ingérence caractérisée du législateur dans l'administration de la justice et qu'elle se présenterait à la manière d'un stéréotype, la doctrine condamne en bloc l'opération de consolidation. Une telle condamnation a-t-elle toutefois de quoi se justifier

dès l'instant où les prémisses sur lesquelles elle repose se sont révélées incorrectes?

La réponse est négative. Du point de vue du droit positif, la consolidation législative ne constitue pas une opération nécessairement irrégulière. La variété des techniques propres à la mettre en œuvre, lorsqu'elle est confrontée aux règles et principes qui régissent l'action législative, permet d'aboutir à ce constat que, suivant le procédé utilisé, l'opération est tantôt irrégulière, tantôt régulière.

Le constat gagne à être précisé. Parmi les nombreux procédés existants, il en est quelques-uns qui sont radicalement irréguliers. Ces procédés se heurtent à une, voire à plusieurs prescriptions constitutionnelles ou internationales, par exemple l'autorité de la chose jugée des décisions de justice ou l'égalité des citoyens devant le service public de la justice. Il faut enjoindre au législateur de ne plus faire usage de ces procédés et exhorter les juges de la loi d'en assurer l'éradication.

Qu'en est-il des autres procédés? Si, parmi eux, il n'en est aucun qui, en tant que tel, est assuré de porter atteinte aux règles et principes qui s'impose à l'action législative, il n'en est aucun non plus qui est assuré de les respecter. Ces procédés — les plus nombreux — sont intrinsèquement en mesure de se conformer à toutes les prescriptions qui s'imposent au législateur. Mais leur contenu, le contexte dans lequel ils sont mis en œuvre ou les motifs de leur adoption sont susceptibles de les rendre irréguliers.

Le contrôle de la régularité de l'opération de consolidation aboutit ainsi à cette conclusion que, soit le procédé fait partie de ceux qui sont totalement irréguliers, soit il fait partie de ceux dont la régularité est surtout tributaire des circonstances dans lesquelles il est mis en œuvre.

8. Malgré sa régularité très relative, la consolidation législative de l'acte administratif unilatéral a — c'est indéniable — un succès fou.

Est-ce dans la mesure où les traits de l'opération sont plus nuancés qu'on eût pu le croire que celle-ci connaîtrait le succès qui est le sien? La déduction ne convainc guère. Une loi de consolidation sur deux est mise en œuvre par le truchement de procédés radicalement irréguliers. Parmi les autres, il en est un certain nombre dont l'élaboration est entamée dans des conditions douteuses, pour atteindre un but discutable. Ainsi, ne peut-on prétendre qu'il existerait un lien de causalité entre la fréquence d'utilisation de l'opération et la régularité susceptible de la caractériser.

Si la régularité potentielle de l'opération ne peut être tenue pour la cause de son succès, quelles sont alors les clés de celui-ci?

9. La première clé du succès de la consolidation tient, à l'évidence, dans la difficulté qu'il y a de la débusquer. Les subterfuges sont nombreux qui favorisent le camouflage de telles interventions législatives. L'opacité est à ce point caractéristique de l'opération que nombreuses sont les lois de consolidation qui ne sont pas découvertes et qui ne sauraient, dès lors, être déferées à la censure des autorités chargées du contrôle de l'action législative.

Comment, dans ces conditions, la puissance publique n'aurait-elle pas recours à une opération qui présente l'avantage de résoudre des difficultés administratives parfois complexes ?

10. La deuxième clé du succès de la consolidation tient, pour sa part, dans la circonstance que, parmi les lois de consolidation qui ont fait l'objet d'un examen de régularité, peu nombreuses sont celles qui ont été censurées. L'explication est double.

Il y a, d'une part, que les plaideurs, se fondant, sans autre recours, sur les contributions de la doctrine, voient dans l'opération une ingérence caractérisée du législateur dans l'administration de la justice. Sur la base de cette qualification, ils développent une panoplie d'arguments qui visent à critiquer cette prétendue réalité. On sait désormais que la consolidation ne répond pas à cette qualification et que rares sont les hypothèses dans lesquelles elle a pour effet d'aboutir à une ingérence — qui plus est caractérisée — dans l'administration de la justice. Ainsi, les critiques dirigées contre les lois de consolidation déferées à la justice ne sont-elles pas toujours adéquates.

Mais, d'autre part, il y a que les autorités investies du contrôle de l'action législative ont tendance à exercer leur mission au travers d'une analyse proportionnelle de l'opération. En d'autres termes, elles se bornent à vérifier que la mesure prise par le législateur contribue à atteindre l'objectif qu'il s'est assigné sans porter atteinte, de façon trop déraisonnable, aux droits et libertés fondamentaux des citoyens. Pour l'essentiel, cependant, le contrôle de régularité de la consolidation législative s'accommode parfaitement d'une analyse qui confronte, de façon mécanique, la loi en cause avec la règle ou le principe qui s'impose à elle. Ce n'est que dans des hypothèses limitées que le recours à la justification de l'opération s'impose et que l'analyse de proportionnalité est alors amenée à devoir faire son apparition. Dans la mesure où le contrôle de régularité opéré est exclusivement proportionnel — donc plus souple —, des interventions dont on a pu constater le caractère irrégulier sont regardées, pour une part au moins, comme régulières.



Comment, dans ces conditions, la puissance publique se priverait-elle d'un mode d'action qui, tout en résolvant les difficultés qu'elle rencontre, est, pour l'essentiel, admis par la justice?

11. La troisième clé du succès de la consolidation législative tient précisément dans la performance des solutions que celle-ci propose à la puissance publique. Même s'ils courent le risque de voir leur action être censurée, le législateur — et l'administration qui y fait appel — apprécient les vertus de la consolidation législative, lesquelles se caractérisent par ces trois mots : simplicité, sécurité, suprématie.

Simplicité, dans la mesure où la consolidation législative permet aux pouvoirs publics de ne pas devoir se soucier de la réfection de l'acte irrégulier ou supputé tel, ce qui, il faut le reconnaître, n'est pas toujours chose aisée. Sécurité, dès lors que la consolidation législative assure le maintien des positions arrêtées par l'autorité et contient ainsi tous les remous que peut susciter l'irrégularité d'un acte administratif unilatéral. Suprématie, enfin, car l'autorité publique, en consolidant son action, renforce le pouvoir unilatéral dont elle dispose à l'égard des citoyens, en neutralisant les autorités chargées d'en contrôler l'exercice.

On se demande, en vain, comment la puissance publique se passerait d'un outil aussi performant.

12. C'est ici pourtant qu'il faut s'interroger. La simplicité, la sécurité, la suprématie, qui encouragent les pouvoirs publics à recourir à la consolidation législative, peuvent-elles suffire à autoriser qu'une société démocratique favorise l'émergence d'une telle opération?

Même si tous les procédés de consolidation ne sont pas intrinsèquement irréguliers, chacun d'eux participe à l'affaiblissement de la justice administrative. À l'affaiblissement du pouvoir du juge, cela va sans dire. Celui-ci voit un certain nombre de litiges lui échapper. Mais — plus grave sans doute — à la déliquescence des aspirations les plus légitimes du citoyen.

Le citoyen qui se voit opposer une loi de consolidation est celui qui — dit de façon prosaïque — a saisi le juge administratif pour rien, a payé un avocat pour rien, s'est battu pour rien et, le cas échéant, a obtenu gain de cause... pour rien. Quelle frustration n'éprouve-t-il pas dans ces conditions, lui qui, à raison du caractère non suspensif du recours, avait déjà dû, tout le temps du procès, se résigner à admettre provisoirement l'application d'un acte dont il s'impose à présent qu'il avait raison d'en contester l'existence?

Le citoyen qui se voit opposer une loi de consolidation est celui qui, tout en contestant la régularité d'un acte administratif, cherchait, le plus souvent, à nouer le dialogue avec les hommes et les femmes qui incarnent l'admini-

stration, en vue d'apaiser un conflit. Quelle frustration n'éprouve-t-il pas au moment où lui est opposé, par la voie du législateur, tiers au litige, le rejet de tout dialogue et l'imposition abrupte d'une solution qu'il cherchait à voir reconsidérer?

Surtout, le citoyen qui se voit opposer une loi de consolidation n'est pas n'importe quel citoyen. Le législateur ne consolide pas tous les actes administratifs irréguliers. Seul un petit nombre reçoit ce privilège. S'il est des matières qui semblent favoriser l'éclosion du phénomène, on ne peut exclure son apparition que dans de rares domaines de la vie administrative. Dans ces conditions, quelle frustration n'éprouve pas le citoyen qui s'aperçoit que l'acte dont il combat l'existence est choisi pour être l'un de ceux qui concentre l'attention du législateur?

13. Plus encore qu'à un affaiblissement de la justice administrative, on peut se demander si l'opération de consolidation ne conduit pas à un affaiblissement de l'Etat de droit.

Si toutes les techniques de consolidation ne sont pas intrinsèquement irrégulières, c'est notamment dans la mesure où la jurisprudence admet que le législateur puisse porter atteinte à certaines garanties essentielles reconnues à tous, au nom de circonstances exceptionnelles ou de motifs impérieux d'intérêt général. Tel est le cas lorsqu'il est question du droit à l'égalité dans le service public de la justice, du droit à l'égalité des armes dans le cadre d'une procédure juridictionnelle en cours, du droit au respect de la propriété ou de l'application égalitaire du principe de sécurité juridique. Dans toutes ces hypothèses, le juge de l'action législative décide purement et simplement que la règle ou le principe dont il assure le respect autorise son effacement à raison de la présence d'un intérêt ou d'une valeur que le juge seul décrète supérieurs.

La question se pose de savoir au nom de qui ou de quoi le juge, institué pour garantir le respect du droit, serait en mesure de créer les conditions de son débordement. Il y a là un paradoxe qui n'est pas sans conséquence, en particulier dans le domaine des consolidations où, à l'exclusion de quelques procédés, la régularité de l'opération dépend essentiellement des circonstances de son adoption.

14. Compte tenu de l'affaiblissement de la justice administrative auquel conduit chaque procédé de consolidation législative, il apparaît que l'opération qui renforce l'état du droit au mépris de l'Etat de droit ne saurait être admise. Ne revient-il pas au juge de l'action législative, garant du respect des droits fondamentaux, de veiller à l'accomplissement de sa mission, sans favoriser l'état d'exception? Dans le strict respect des garanties fondamentales reconnues au citoyen, dans le strict respect de l'Etat de droit, il y aurait

encore une place pour la consolidation législative de l'acte administratif unilatéral. Mais cette place, à coup sûr, serait plus limitée.

