

ADMINISTRATION PUBLIQUE

REVUE DU DROIT PUBLIC
ET DES SCIENCES ADMINISTRATIVES

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES

**REVIREMENT DE JURISPRUDENCE AU CONSEIL D'ÉTAT :
UN « CONSIDÉRANT » POUR RETIRER EN TOUTE CIRCONSTANCE
LA QUALITÉ D'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE AUX ÉTABLISSEMENTS
D'ENSEIGNEMENT LIBRE. À PROPOS DE L'ARRÊT DESCHUTTER
DU 13 FÉVRIER 2001**

par

Isabelle RORIVE

Assistante à la Faculté de Droit de l'U.L.B.

Research Fellow au Centre for Socio-Legal Studies de l'Université d'Oxford

I. INTRODUCTION

1. Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître d'un recours en annulation et, le cas échéant, de la demande de suspension qui l'accompagne, à la condition que l'acte attaqué émane d'une *autorité administrative*. Tel est le prescrit bien connu de l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées¹ qui ne précise pas plus avant cette notion centrale du contentieux administratif. Les travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1946 portant création du Conseil d'Etat ne fournissent pas davantage d'éclaircissement à ce sujet², non plus que le législateur dans les textes ultérieurs se référant au concept d'autorité administrative³. C'est donc au

Conseil d'Etat lui-même, mais aussi à la Cour de cassation⁴ et, exceptionnellement, à la Cour d'arbitrage qu'est revenue la tâche d'en établir les contours.

Les décisions en la matière sont nombreuses et délicates à synthétiser.⁵ Les critères organiques qui désignent comme autorités administratives les institutions légalement habilitées à exercer le pouvoir exécutif ainsi que celles qui, soit sont créées ou reconnues par l'autorité publique, soit sont soumises au contrôle hiérarchique ou de tutelle des pouvoirs publics, ne permettent pas d'expliquer l'ensemble des solutions jurisprudentielles. Des critères matériels ou fonctionnels ont également été pris en compte par le Conseil d'Etat. Ils se réfèrent à la nature de la mission remplie par l'institution – vise-t-elle l'intérêt général? – et à l'exercice de prérogatives de puissance publique – l'organisme dispose-t-il du pouvoir de prendre des décisions unilatérales qui lient les tiers? –. Suivant le domaine d'action et les moyens mis en œuvre, la qualité d'autorité administrative est tantôt reconnue, tantôt déniée aux personnes morales de droit privé⁶ ou aux personnes de droit public recourant à des formes de droit privé.⁷ Par

¹ Il s'agit bien évidemment de l'article 14, § 1^{er} des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 qui reprend l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat. Suite à la récente modification apportée par l'article 2 de la loi du 25 mai 1999 quant à l'énumération des autorités dont les actes sont susceptibles d'annulation et quant à la suppression des « décisions contentieuses administratives » des actes annulables, l'article 14, § 1^{er} actuellement en vigueur est rédigé comme suit: « La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives, ainsi que contre les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel » (Loi du 25 mai 1999 qui modifie les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire, *M.B.*, 22 juin 1999). Sur cette nouvelle rédaction, voy., parmi d'autres, P. NIHOUL, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat », *J.T.*, 2000, pp. 356-363; D. DELVAX, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 425-443; L. DE GEYTER et F. VAN DENDRIESSCHE, « Het 'nieuwe' artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State en de bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de bestuurshandelingen van de wetgevende vergaderingen », *T.B.P.*, 2000/2, pp. 97-113.

² Y. KREINS, « Une université libre est-elle une autorité administrative? », rapport avant l'arrêt Solé, n° 31.971 du 15 février 1989, *A.P.T.*, 1989/4, p. 297 et les références mentionnées à la note 2.

³ Voy., par exemple, pour le législateur fédéral, l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs (*M.B.*, 12 septembre 1991); l'article 1^{er} de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (*M.B.*, 30 juin 1994); l'article 1^{er} de la loi du 22 mars 1995 instaurant les médiateurs fédéraux (*M.B.*, 7 avril 1995); l'article 2, 1^o

de la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes (*M.B.*, 19 décembre 1997). Pour les entités fédérées, voy., notamment, les décrets et l'ordonnance relatifs à la publicité de l'administration adoptés dans les années nonante et commentés par P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Coll. Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, pp. 45-107, nos 9-115.

⁴ Rappelons que conformément à l'article 158 de la Constitution et aux articles 33 et 34 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la Cour de cassation est chargée de délimiter les compétences respectives du Conseil d'Etat et des juridictions de l'ordre judiciaire.

⁵ Sur ce sujet, cons. notamment, G. BOLAND, « La notion d'autorité administrative », *A.P.T.*, 1988/2, p. 81-85; Y. KREINS, *o.c.*, *A.P.T.*, 1989/4, pp. 297 et s.; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 222-238; P. LEWALLE, *o.c.*, 1997, pp. 410-453, nos 278-290; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2^{me} éd., p. 249-263, voy. aussi pp. 263-270; P. NIHOUL, « La notion d'autorité administrative: retour à l'orthodoxie », *A.P.T.*, 2001/1, pp. 78-85; D. DELVAX, « Considérations sur la notion d'autorité administrative », obs. sous C.E., arrêt n° 83.240 du 3 novembre 1999, *A.P.T.*, 2002 (à paraître).

⁶ L'on songe, par exemple, aux universités libres. Sur cette question, cons. notamment, P. NIHOUL, *o.c.*, *A.P.T.*, 2001/1, p. 81 et les références mentionnées à la note 9.

⁷ *Ibid.*, 2001/1, p. 81.

ailleurs, ces solutions jurisprudentielles sont essentiellement fluctuantes.⁸

2. A l'occasion de l'arrêt Deschutter du 13 février 2001⁹, le Conseil d'Etat, par la voix de l'assemblée générale de sa section d'administration, est revenu sur sa jurisprudence relative à la qualité d'autorité administrative qu'un établissement d'enseignement libre est susceptible de revêtir dans certaines circonstances. La controverse qui opposait les chambres flamandes aux chambres francophones¹⁰ a été tranchée de manière radicale, en ne donnant 'gain de cause' ni aux unes, ni aux autres. Quant au fond, la nouvelle position consacrée par le Conseil d'Etat n'a pas convaincu l'ensemble des administrativistes.¹¹ Il s'agira ici de montrer que cette décision n'est pas satisfaisante sur le plan de la motivation. La brièveté avec laquelle la haute juridiction administrative s'est exprimée ne peut manquer de laisser l'interprète perplexe. Quelles sont les raisons qui ont motivé l'évolution ou, plus exactement, un retour à l'ancienne jurisprudence? Mais surtout, un arrêt succinct constitue-t-il la meilleure voie pour asseoir une solution nouvelle? Avant d'apprécier le caractère particulièrement 'dépouillé' de l'arrêt Deschutter, il convient de retracer les tenants et les aboutissants de cette affaire ainsi que les antécédents jurisprudentiels avec lesquels le Conseil d'Etat a dû composer.

II. LES FAITS DE LA CAUSE

3. En l'espèce, une étudiante inscrite en deuxième année à l'Institut Saint-Luc, un établissement d'enseignement supérieur artistique de type court, sollicitait l'annulation de la note d'exclusion que le jury de juin de la section «Arts de l'image numérique» lui avait attri-

buée et qui lui imposait de redoubler l'avant-dernière année de son cycle d'études, sans être admise à une seconde session. Une importante modification de points dans la branche «Composition artistique» avait conduit à cette exclusion que la requérante jugeait tant injuste que déraisonnable et, comme telle, caractéristique d'un «abus de pouvoir». De surcroît, fidèle à la logique qui l'avait amenée à considérer la décision qu'elle contestait comme émanant d'une autorité administrative et à saisir le Conseil d'Etat, la requérante faisait grief à l'Institut Saint-Luc d'être resté en défaut de motiver 'formellement'¹² une telle décision de refus.

4. L'auditeur rapporteur, M. R. HENSENNE, souleva d'office une fin de non recevoir tirée de ce que la décision attaquée n'était pas l'œuvre d'une autorité administrative :

«L'Institut St-Luc (A.S.B.L.) est une école libre, créée par l'initiative privée; elle n'a pas, de manière générale, la qualité d'une autorité administrative. Une école libre peut toutefois accomplir des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation lorsqu'elle exerce une parcelle de la puissance publique. Tel est le cas, quand elle délivre des diplômes qui ont des effets sur le plan juridique parce qu'ils donnent accès à une profession réglementée par la loi ou à un emploi public. Les résultats des années intermédiaires n'entrent pas dans cette catégorie.

En l'espèce, la décision attaquée est le résultat de la fin de la 2ème année d'études, alors que les études en Arts de l'image numérique se déroulent sur trois ans.

Le Conseil d'Etat n'est dès lors pas compétent pour connaître du recours en annulation.»

5. A cette exception d'incompétence, la partie requérante répondit que «la décision querellée est liée à la délivrance ultérieure du diplôme (...) et a à court terme une conséquence directe sur la possibilité d'accéder à une profession réglementée par la loi ou à un emploi public». Au surplus, ajouta-t-elle, «le Conseil d'Etat s'est à plusieurs reprises déclaré compétent pour examiner des cas similaires d'appréciations portés à des établissements d'enseignement libre au cours des années qui précèdent la délivrance du diplôme».

6. Dans un arrêt du 30 novembre 2000, la XI^{ème} chambre de la section d'administration du Conseil d'Etat décida le renvoi de la cause à l'assemblée générale eu égard au fait que «la proposition de M. l'auditeur rapporteur est conforme à la jurisprudence de certaines chambres du Conseil d'Etat mais contraire à

⁸ Ainsi, par exemple, la jurisprudence du Conseil d'Etat qui tendait à définir de manière extensive la notion d'autorité administrative pour les personnes de droit public empruntant des formes juridiques de droit privé a été fermement remise en cause par la Cour de cassation. Cette dernière invite sans ambages le Conseil d'Etat à revenir à une position plus traditionnelle (Cass. (Ch. réun.), 14 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 88, *R.W.*, 1996-1997, col. 1433 et les conclusions de l'avocat général DUBRULLE; Cass. (Ch. réun.), 10 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 451, *A.P.T.*, 1999/3, p. 236 et les conclusions du procureur général PIRET). Dans un autre domaine, le Conseil d'Etat revenait récemment encore sur sa jurisprudence en se déclarant compétent pour connaître des recours introduits contre les décisions du ministre de la justice relatives aux demandes de libération conditionnelle (C.E., arrêt n° 90.826 du 16 novembre 2000, *R.R.D.*, 2001, pp. 88-95 et la note de B. COUVELIER). Les exemples pourraient être multipliés.

⁹ C.E., arrêt n° 93.289. Cet arrêt a déjà été commenté par la doctrine. Voy. X. DELGRANGE, «Le Conseil d'Etat décline toute compétence à l'égard des établissements d'enseignement libre - Vers l'abandon du critère fonctionnel pour définir l'autorité administrative?», note sous C.E., arrêt n° 93.104 du 6 février 2001, *Missorten*, et sous C.E., arrêt n° 93.289 du 13 février 2001, *Deschutter*, *R.R.D.*, 2000, pp. 528-542; R. VERSTEGEN, «De Raad van State is onbevoegd voor vrije onderwijsinstellingen», note sous C.E., arrêt n° 93.289 du 13 février 2001, *Deschutter*, *R.W.*, 2000-2001, pp. 1388-1391.

¹⁰ Voy. *infra*, les développements au point 10.

¹¹ Voy. *infra*, les développements au point 11.

¹² La requérante s'appuyait sur la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (*M.B.*, 12 septembre 1991) qui dispose en son article 3 que «La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate».

celle de certaines autres; qu'il est donc opportun, en vue d'assurer l'unité de la jurisprudence, de renvoyer la cause à l'assemblée générale de la section d'administration».¹³

7. En son avis partiellement conforme, l'auditeur M. R. Hensenne, considéra à l'inverse qu'aujourd'hui, «il n'apparaît pas (...) de façon claire qu'une divergence radicale de jurisprudence existerait entre les chambres du Conseil d'Etat. L'analyse des arrêts (...) met plutôt en évidence une jurisprudence dominante que l'Assemblée générale serait appelée à confirmer éventuellement. (...).

Pour délimiter le problème posé par le cas d'espèce, il n'est pas nécessaire (...) de recourir aux concepts abstraits et un peu confus 'd'exercice d'une parcelle de la puissance publique' ou encore 'd'exercice d'un véritable imperium'. La question peut être ainsi formulée : le Conseil d'Etat est-il compétent à l'égard des décisions de jurys d'examens qui n'ont pas pour effet de délivrer un diplôme donnant accès à un emploi public ou à une profession réglementée ?

Tenant compte de ce que les établissements d'enseignement libre sont créés par l'initiative privée et de ce que le contrôle qui s'exerce sur eux selon des modalités qui s'apparentent à la tutelle administrative se justifie par la circonstance que ces institutions sont subventionnées par les pouvoirs publics alors que cette forme de contrôle n'établit pas un lien de subordination entre l'établissement et le pouvoir qui le subventionne, il convient d'étendre le concept d'autorité administrative selon le critère fonctionnel sans pour autant aboutir à une assimilation complète avec la notion au sens organique. Ainsi les décisions de jurys d'examens dans les années dites 'intermédiaires' ne sont pas susceptibles de recours, car elles n'ont qu'un effet 'indirect' sur la délivrance du diplôme.»¹⁴

8. Le 13 février 2001, l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat conclut d'office à l'incompétence de la juridiction administrative au motif «que la décision attaquée a été rendue par le jury d'un établissement d'enseignement libre; que cet établissement a été créé par des personnes privées; que ce sont des personnes privées qui en règlent le fonctionne-

ment et qui pourraient décider, le cas échéant, sa suppression; qu'un tel établissement, qui n'a aucun lien organique avec les pouvoirs publics, ne peut être considéré comme une autorité administrative».

Rien, dans ce considérant auquel se résume l'arrêt, ne laisserait supposer un revirement complet de jurisprudence. Et pourtant, l'analyse des décisions antérieures du Conseil d'Etat témoigne que la volte-face est totale.

III. LES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT LIBRE DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT : LE MOUVEMENT DE BALANCIER ENTRE CRITÈRE ORGANIQUE ET CRITÈRE FONCTIONNEL¹⁵

9. Dans les années soixante et septante, le Conseil d'Etat déniait, sur la base du critère organique, la qualité d'autorités administratives aux établissements d'enseignement libre subventionnés. Il se déclarait dès lors incompétent pour contrôler les décisions prises par de telles institutions.¹⁶

A l'occasion de l'arrêt de principe¹⁷ Scheuermann rendu en 1979, le Conseil d'Etat, opérant un revirement de jurisprudence, a, dans le cadre du contentieux relatif aux décisions des établissements d'enseignement libre, cessé d'apprécier sa compétence par référence à une approche strictement organique. Dans une motivation particulièrement didactique, la haute juridiction administrative a exposé les critères que doit rencontrer une personne morale pour répondre à la qualité d'autorité administrative au sens des lois coordonnées :

«ce qui confère à l'organe d'une personne morale le caractère d'une autorité administrative (...) ne tient pas à la forme juridique - personne morale de droit public ou de droit privé - qui a été donnée à cette personne par la loi ou en vertu de celle-ci; (...) le premier critère à retenir pour apprécier si l'organe d'une personne morale doit être considéré comme une autorité administrative est le but auquel tendent les activités imputées à cette personne morale; (...) ce but doit être de pourvoir à un besoin social dont la satisfaction est réputée d'utilité publique par la loi ; (...) il faut en second lieu que le législateur, préci-

¹³ C.E., arrêt n° 91.191 du 30 novembre 2000 (c'est moi qui souligne). Notez que six ans auparavant, le Conseil d'Etat n'avait pas suivi l'invitation qui lui était faite par le requérant de soumettre la divergence de jurisprudence à l'assemblée générale. La VI^{ème} chambre considéra qu'en vertu de l'article 158 de la Constitution, il revenait à la Cour de cassation de trancher la question. (C.E., arrêt n° 46.795 du 30 mars 1994, Bouhout, J.D.J., 1994/140, pp. 33-34 et la note critique de D. LAGASSE, «Du bois dont sont faites les flèches du Conseil d'Etat. Ou le Conseil d'Etat est-il compétent à l'égard d'une décision de refus de diplôme délivrée par une école libre subventionnée?», spéc. 34-35).

¹⁴ Avis de M. l'auditeur R. HENSENNE, tel que reproduit dans R.R.D., 2000, pp. 526-528.

¹⁵ Pour un exposé plus complet de cette jurisprudence, cons. Y. KREINS, o.c., A.P.T., 1989/4, pp. 296-303; J. BAERT, «La qualification d'autorité administrative des établissements d'enseignement», in *Quels droits dans l'enseignement? Enseignants, Parents, Elèves*, Actes des journées d'étude des 13 et 14 mai 1993 coordonnés par B. SCHEPENS, Namur, Faculté de Droit, 1994, pp. 164-178; P. LEWALLE, o.c., 1997, pp. 426-429, n° 286; J. JACQMAIN, «Les membres subsidiaires du personnel de l'enseignement libre subventionné : le statut qui n'existait pas?», note sous Cass., 18 décembre 1997, R.C.J.B., 1999, pp. 695 et s., spéc. 707-713; X. DELGRANGE, o.c., R.R.D., 2000, p. 529-532; M. LEROY, o.c., 2000, pp. 259-262; D. DELVAX, o.c., A.P.T., 2002, n° 23-28 (à paraître).

¹⁶ Y. KREINS, o.c., A.P.T., 1989/4, spéc. 299 et les références citées; J. BAERT, o.c., 1994, pp. 166-167 et les références citées.

¹⁷ P. LEWALLE, o.c., 1997, p. 426, n° 286; X. DELGRANGE, o.c., R.R.D., 2000, p. 529, n° 2.

sément parce qu'il a jugé d'utilité publique la satisfaction d'un besoin collectif déterminé, ait doté les organes de la personne morale de cet outil exceptionnel qu'est la puissance publique, c'est-à-dire le pouvoir exorbitant d'imposer à d'autres dans le commerce juridique, en vue de la réalisation de certains objectifs d'intérêt général, des obligations unilatérales notamment déterminant de manière unilatérale soit ses propres obligations envers d'autres, soit les obligations de ces autres, obligations qui peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers».¹⁸

10. A la suite de l'arrêt Scheuermann, le Conseil d'Etat s'est attaché à identifier les actes par lesquels un établissement d'enseignement libre exerce une parcelle de la puissance publique. Cette jurisprudence concerne à titre principal les décisions des conseils de classe et des jurys d'examens prises à l'égard des élèves et étudiants ainsi que celles relatives aux membres du personnel enseignant.

Quant aux décisions qui s'adressent aux étudiants, la jurisprudence du Conseil d'Etat déclarait d'une seule voix qu'est administrative la décision concernant la délivrance d'un diplôme qui a des effets sur le plan juridique, notamment parce qu'il confère le droit d'être nommé à une fonction publique ou celui d'exercer une profession dont l'accès est réglementé.¹⁹ Les chambres de langue néerlandaise et de langue française étaient par contre divisées sur la nature des décisions des jurys d'examens relatives à la réussite dans les années intermédiaires et sur celle des décisions prises par les conseils de classe dans l'enseignement secondaire. Alors que les chambres flamandes se déclaraient généralement compétentes pour connaître des recours à leur encontre²⁰, les chambres francophones considéraient qu'aucune parcelle de la puissance publique n'était exercée dans ces hypothèses.²¹

¹⁸ C.E., arrêt n° 19.776 du 27 juillet 1979, Scheuermann c/ Limburgs Universitair Centrum, R.A.C.E., 1979, p. 851, spéc. 856, n° 7.

¹⁹ P. LEWALLE, o.c., 1997, p. 426, n° 286 et les références citées à la note 586; J. JACQMAIN, o.c., R.C.J.B., 1999, pp. 708-709 et les références citées; X. DELGRANGE, o.c., R.R.D., 2000, p. 530 et les références citées à la note 20; M. LEROY, o.c., 2000, p. 259 et les références citées à la note 2. Pour un arrêt récent du Conseil d'Etat en ce sens, voir l'affaire Loseke Nembalemba c/ Université Libre de Bruxelles du 12 octobre 2000, n° 90.173. Sur la portée de cette jurisprudence qui vise la plupart des diplômes de docteur ou de licencié, cons. J. HOEFFLER, «L'attribution aux universités libres d'une parcelle de la puissance publique», J.T., 1982, spéc. 631; D. LAGASSE, o.c., J.D.J., 1994/140, p. 34; E. LEMMENS et J. MARTENS, «Délibérations des jurys et motivation des actes administratifs. Contentieux de la délivrance des diplômes. Compétence juridictionnelle et pouvoirs du juge», *Le droit de l'enseignement*, sous la coord. de M. PÂQUES, Liège, éd. Formation permanente CUP, 1998, vol. XXVI, spéc. 68.

²⁰ Voy., par exemple, C.E., arrêt n° 21.467 du 16 octobre 1981, Franssens, R.A.C.E., 1981, p. 1363 (deuxième licence en droit).

²¹ Voy., par exemple, C.E., arrêt n° 75.571 du 17 mars 1998, Levoux (deuxième licence en droit). Pour une critique de la position adoptée par les chambres francophones du Conseil d'Etat, voy. I. KOVALOVSKY, «Le conseil de classe de la deuxième année d'un établissement d'enseignement moyen libre subventionné est-il une autorité administrative?», rapport précédant C.E., arrêt n° 43.589 du 30 juin 1993, El Baraka, A.P.T., 1993/3, spéc. 217; D. LAGASSE, o.c., J.D.J., 1994/140, p. 34.

S'agissant des décisions que les établissements d'enseignement libre prennent à l'égard de leur personnel, la jurisprudence divergeait également suivant la langue de la procédure.²² La Cour de cassation a toutefois tranché cette controverse le 18 décembre 1997.²³ Dans la ligne des chambres francophones de la section d'administration du Conseil d'Etat, la Cour de cassation a considéré que le lien entre un établissement d'enseignement libre et le corps professoral est de nature contractuelle, et non pas statutaire. Il s'ensuit que seules les juridictions du travail sont compétentes pour examiner les litiges auxquels ce rapport juridique peut donner lieu. Cette position de principe a été récemment avalisée par la haute juridiction administrative. Dans le cadre de l'affaire Missorten²⁴ qui opposait un professeur à la Vrije Universiteit Brussel à propos d'une décision concernant son traitement, l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat s'est rangée à la jurisprudence de la Cour de cassation, non sans que la Cour d'arbitrage n'ait au préalable certifié sa constitutionnalité.²⁵

11. Ce qui précède permet sans conteste de conclure que l'arrêt Deschutter et les décisions ultérieures qui le confirment²⁶ reviennent sur la jurisprudence du Conseil d'Etat par laquelle ce dernier se déclarait compétent pour connaître des décisions relatives à la délivrance d'un diplôme permettant l'accès à des professions réglementées. La haute juridiction administrative s'est non seulement écartée de la position extensive des chambres flamandes, qui acceptaient de contrôler de telles décisions quelle que soit l'année à laquelle elles se rapportaient, mais elle a aussi rejeté la position plus restrictive prônée par les chambres francophones et préconisée par

²² J. JACQMAIN, o.c., R.C.J.B., 1999, pp. 711-713 et les références citées; X. DELGRANGE, o.c., R.R.D., 2000, p. 531 et les références citées à la note 26; M. LEROY, o.c., 2000, p. 261 et les références citées aux notes 1 et 2; D. DELVAX, o.c., A.P.T., 2002, n° 26 et les références citées (à paraître).

²³ Cass. (Ch. réun.), 18 décembre 1997, Pas., 1997, I, p. 568, et la note précitée de J. JACQMAIN, R.C.J.B., 1999, p. 691.

²⁴ C.E., arrêt n° 93.104 du 6 février 2001, Missorten, R.R.D., 2000, p. 521 et la note précitée de X. DELGRANGE. Sur cette décision, cons. aussi le commentaire de J. JACQMAIN, «La guerre des profs n'aura plus lieu?», *Chr. D.S.*, 2001, p. 354. Dans le même sens, voy. également, C.E., arrêt n° 85.323 du 15 février 2000, Heylen.

²⁵ Dans un arrêt n° 66/99 du 17 juin 1999, la Cour d'arbitrage a jugé que n'étaient pas entachées de discrimination, les dispositions législatives qui, d'une part, excluent la compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un recours contre une décision adoptée par le pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement libre à l'égard d'un des membres de son personnel et qui, d'autre part, admettent la compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un recours introduit contre le même type de décision prise par le pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement officiel (*M.B.*, 27 août 1999, 2^{ème} éd.). Remarque que la question préjudicielle posée dans le cadre de l'affaire Missorten n'apporta aucune précision complémentaire dans la mesure où la Cour d'arbitrage, liée par le libellé de celle-ci, se borna à constater que la différence de protection juridique entre les membres du personnel des universités libres et ceux des universités de la Communauté flamande ne résulte pas de la législation invoquée par le juge *a quo*, à savoir le décret du 12 juin 1991, ce dernier étant muet sur la situation juridique du personnel (arrêt n° 120/2000 du 16 novembre 2000, *M.B.*, 2 février 2001).

²⁶ C.E., arrêt n° 94.530 du 5 avril 2001, De Leersnijder; C.E., arrêt n° 94.531 du 5 avril 2001, Jacobs.

dique posée dans la résolution du recours, la portée de l'arrêt du Conseil d'Etat dépasse le litige à l'occasion duquel il est rendu. A l'instar des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme³⁴ et de la Cour de cassation, il a en quelque sorte les «effets de l'autorité de la norme interprétée»³⁵, c'est-à-dire une autorité qui s'apparente à celle de la loi.

13. L'ampleur du rôle joué par la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de saisir l'importance qu'il y a à assurer l'unité de celle-ci. Il en va en effet de la sécurité des relations juridiques. L'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat – composée, en nombre pair, de huit membres au moins, avec une parité linguistique – est la garante de cette unité au sein de la haute juridiction administrative.³⁶ Le premier président et l'auditeur général peuvent déférer à cette composition élargie les «recours qui touchent à des questions controversées»³⁷ dont font partie les affaires à propos desquelles il existe un risque de divergence entre différentes chambres.³⁸

14. L'incidence exercée par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les droits et les devoirs des citoyens réclame également qu'elle soit justifiée, c'est-à-dire étayée par une argumentation solide, susceptible d'em-

de droit qui, lorsqu'elle est excusable, vicie le consentement à un contrat (exposés par M. VAN DE KERCHOVE, «Jurisprudence et rationalité juridique», *Arch. phil. dr.*, 1985, t. 30 : La jurisprudence, pp. 228-229).

³⁴ A l'origine, la notion d'autorité de la chose interprétée s'est développée pour qualifier le rayonnement des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. A ce sujet, voy. notamment J. VELU, «A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: vues de droit comparé sur des évolutions en cours», *Hommage à François Rigaux – Nouveaux itinéraires en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527-562; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, spéc. 303-309.

³⁵ Pour la Cour de cassation, voy. notamment M. le procureur général DUMON, conclusions précédant Cass. (1^{ère} Ch. - aud. pl.), 21 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 623, spéc. 637-638 (deux arrêts); M. le procureur général VELU, alors avocat général, conclusions précédant Cass. (1^{ère} Ch. - aud. pl.), 14 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 866, spéc. 894; M. le procureur général KRINGS, «Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit», Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 3 septembre 1990, Bruxelles, Bruylant, coll. Cour de cassation de Belgique, 1990, p. 58, n° 58.

³⁶ Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, art. 92. Les autres hypothèses dans lesquelles l'assemblée générale peut ou doit être saisie sont prévues par les articles 17, § 6, 91 et 93 du même texte. A ce sujet, cons. J. SALMON, *o.c.*, 1994, p. 126-127; P. LEWALLE, *o.c.*, 1997, p. 301-302; M. LEROY, *o.c.*, 2000, p. 584-587.

³⁷ M. LEROY, *o.c.*, 2000, p. 585. Notez que lorsque l'initiative provient du premier président, ce dernier doit prendre l'avis du conseiller chargé du rapport alors que lorsque l'initiative vient de l'auditeur général, c'est auprès de l'auditeur rapporteur qu'un avis doit être pris (L.C.E., art. 92).

³⁸ Cette procédure n'est pas sans rappeler le renvoi en audience plénière à la Cour de cassation (C. jud., art. 131). Sur les affaires tranchées en audience plénière par la Cour de cassation, voy. la mercuriale de M. le procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, «Les audiences plénières à la Cour de cassation», Traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1967, *J.T.*, 1967, pp. 477-479, ainsi que la mercuriale de M. le procureur général DU JARDIN, «Audience plénière et unité d'interprétation du droit», Traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 3 septembre 2001, *J.T.*, 2001, pp. 641-660. Cons. aussi le titre IV de ma thèse de doctorat qui y est consacré (*Le revirement de jurisprudence en droit belge et en droit anglais*, Bruxelles, Bruylant, 2002, à paraître).

porter l'adhésion. Cette exigence est d'autant plus impérative que les attentes légitimes des justiciables sont mises à mal par un arrêt qui s'écarte d'une position antérieurement consacrée. Il importe qu'un arrêt constitutif d'un revirement de jurisprudence conforte à nouveau ces attentes et ne paraisse pas consacrer une position arbitraire ou inconsiderée susceptible d'être infléchie à tout moment. Le procureur général près la Cour de cassation, M. PIRET, n'a-t-il pas récemment affirmé qu'«une juridiction doit, certes, pouvoir modifier sa jurisprudence, mais si ce revirement est tellement fondamental que les juges en arrivent à une conclusion diamétralement opposée, ils doivent justifier cette nouvelle position par une motivation circonstanciée et convaincante».³⁹ Dans la même veine, la III^{ème} chambre du Conseil d'Etat a rappelé que «les exigences de prévisibilité de la norme juridique et de sécurité juridique sont (...) inhérentes à la notion même de société démocratique».⁴⁰

Une telle conception est par ailleurs la seule qui permette de rencontrer le prescrit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui refuse de prendre l'expression «prévu par la loi» (utilisée à plusieurs reprises dans la Convention) dans une acception purement formelle. D'après la Cour de Strasbourg, «[d]ans un domaine couvert par le droit écrit, la 'loi' est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles».⁴¹ Depuis son célèbre arrêt *Sunday Times*, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une telle 'loi' doit rencontrer une double exigence tenant à son «accessibilité» et à sa «prévisibilité», sans que cette dernière ne s'interprète en terme de «certitude absolue».⁴²

15. En règle, les arrêts du Conseil d'Etat sont plus longuement motivés que les arrêts de la Cour de cassation. C'est certainement la raison pour laquelle ils ont, sur ce plan, échappé dans une large mesure à la critique.⁴³ Il n'en reste pas moins que la jurisprudence du Conseil d'Etat comporte certains arrêts elliptiques, du type de l'arrêt *Deschutter*, qui conduisent à se demander

³⁹ M. le procureur général PIRET, alors avocat général, «Le parquet de cassation», Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1994, *J.T.*, 1994, spéc. 628, n° 23 (c'est moi qui souligne).

⁴⁰ C.E., arrêt n°41.140 du 24 novembre 1992, Lejeune, *R.A.C.E.*, 1992, p. 9.

⁴¹ C.E.D.H., 27 avril 1990 (*Kruslin c. France*), Série A, n° 176-A, par. 29.

⁴² C.E.D.H., 26 avril 1979 (*The Sunday Times c. United Kingdom*), Série A, n° 30, par. 49. Cet enseignement de principe est repris dans de nombreux arrêts : cons., par exemple, C.E.D.H., 2 août 1984 (*Malone c. Royaume-Uni*), Série A, n° 82, par. 66-68; C.E.D.H., 27 avril 1990 (*Kruslin c. France*), Série A, n° 176-A, par. 30-36; C.E.D.H., 16 février 2000 (*Amann c. Suisse*), par. 52-62; C.E.D.H., 6 février 2001, (*Tammer c. Estonie*), par. 37; C.E.D.H., 12 juillet 2001 (*Feldek c. Slovaquie*), par. 51.

⁴³ Il n'en va pas de même pour la Cour de cassation, tant de Belgique que de France. Pour la Belgique, voir notamment, R. JANSSENS, «Het Hof van cassatie van België. Enkele hoofdmomenten van zijn ontwikkeling door», *R.H.D.*, 1977, spéc. 108, n° 23; M. ADAMS, «Law is as I've told you before». Over de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken in België», *T.P.R.*, 1997, pp. 1329-1397; B. BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is*

si le Conseil d'Etat assume complètement la responsabilité de moduler le droit qu'il produit.⁴⁴ Ce phénomène est d'autant plus significatif dans les cas où la motivation ne se trouve pas 'ailleurs' que dans la décision⁴⁵, c'est-à-dire dans le rapport de l'auditeur ou dans son avis publié.⁴⁶ Affirmer la nouvelle solution comme si elle coulait de source, sans laisser transparaître dans l'arrêt le changement intervenu, ne sert ni la rationalité, ni la cohérence du travail du Conseil d'Etat. Et ce, d'autant plus lorsqu'une telle motivation est l'œuvre de son assemblée générale chargée de mettre un terme aux

divergences et aux controverses. Motiver, suivant Chaim Perelman, ce n'est pas *affirmer*, mais bien *justifier*, c'est-à-dire fournir les arguments convaincants sur lesquels se fonde la décision.⁴⁷

Même si certains ne manquent pas de plaider en faveur de l'*imperatoria brevitatis* pour asseoir une solution jurisprudentielle, force est de constater combien les arrêts lapidaires, loin de dissiper les hésitations, attisent souvent les controverses et les interrogations. 'S'agit-il d'un arrêt d'espèce, de principe ou d'un «mal-jugé»? 'Quelle est la portée de la nouvelle interprétation jurisprudentielle?' 'Dans quelle mesure affecte-t-elle les matières connexes?'. A cet égard, l'arrêt Deschutter n'est pas en reste, comme l'attestent les premiers commentaires des auteurs.⁴⁸

16. Au-delà de la motivation se profile la question de la méthode du revirement de jurisprudence dans la pratique d'une juridiction suprême. L'enjeu majeur d'une telle méthode consiste à fournir une justification concluante des changements opérés qui soit susceptible de concilier la force normative attachée aux précédents et la nécessité d'une remise en cause ponctuelle de ceux-ci. Dire un droit qui s'ancre dans le passé en s'efforçant de ne pas négliger l'avenir, c'est permettre à la jurisprudence d'intégrer la durée. Ce faisant, une juridiction suprême prend véritablement la mesure de la mission qui lui est impartie.⁴⁹

Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur, Anvers, Kluwer, 1997; W. VAN GERVEN, «Creatieve Rechtspraak?», *R.W.*, 1997-1998, col. 219-222. Pour une critique plus ponctuelle, voir F. OST, «Droit propre, motivation laconique et interprétation restrictive», note sous Cass. (2^{ème} Ch.), 2 décembre 1992, *J.T.*, 1993, pp. 401-403, spéc. nos 3-4; F. RIGAUX, «Le prix de la paix judiciaire», note sous Cass. (1^{ère} Ch.), 5 janvier 1996, *R.C.J.B.*, 1996, pp. 389-396, spéc. 396. Pour la France, cons. la célèbre étude de A. TOUFFAIT et A. TUNC, «Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation», *R.T.D.Civ.*, 1974, pp. 487-508 et les réactions de certains auteurs dont J. EECKHOUT, «Des jugements et de leur style. A propos d'une étude de M. Tunc», *J.T.*, 1974, p. 695; R. LINDON, «La motivation des arrêts de la Cour de cassation», *J.C.P.*, 1975, I, n° 2681; A. BRETON, «L'arrêt de la Cour de cassation», *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, fasc. 1 et 2, 1975, pp. 7-30; L. WELAMSON, «La motivation des décisions des Cours judiciaires suprêmes», *R.I.D.C.*, 1979, pp. 509-519; Voir aussi J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997, 2^{ème} éd., pp. 809-812, nos 3221-3232.

⁴⁴ D'après l'expression du professeur DAWSON, dans une critique célèbre qu'il adressa à la Cour de cassation de France: *The Oracles of the Law* (Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968) 414-415.

⁴⁵ A la critique de la motivation par trop succincte de ses décisions, la Cour de cassation a répondu que «[l]a motivation est ... explicitée par les conclusions du ministère public» (*Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique (1997-1998)*, presses du *Moniteur belge*, 1998, p. 80). Une telle position n'est toutefois pas satisfaisante: d'une part, la publication de telles opinions reste fragmentaire et, d'autre part, la mesure dans laquelle les motifs avancés par le Parquet général peuvent être attribués à la Cour n'est pas toujours aisée à déterminer.

⁴⁶ Dans l'arrêt Deschutter, le rapport et l'avis de M. l'auditeur R. HENSENNE n'étaient que partiellement conformes (voy. les points 2, 5 et 9 du présent exposé).

⁴⁷ *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, éd. Méthodes du droit, 1976, 1^{ère} éd., p. 162, n° 87.

⁴⁸ Voy. *supra*, les références citées à la note 9.

⁴⁹ R.S. SUMMERS et S. ENG, «Departures from Precedent», in D.N. MACCORMICK and R.S. SUMMERS (ed.), *Interpreting Precedents: a Comparative Study* (Aldershot: Dartmouth Publishing Co Ltd, Ashgate Publishing Ltd, 1997) 520. D'après ces auteurs: "[i]t is a special and important challenge for any legal system to provide appropriately for the recognition of limited types of justified departures, and to do so in ways that do not unduly undermine whatever practice of following precedent exists in the system".