

PRÉFACE

Le droit administratif a longtemps été une discipline mineure, à l'ombre du droit constitutionnel, lui-même estompé par le prestige du droit civil. Lors de la création de l'Université libre de Bruxelles, en 1834, le programme des « facultés de droit et des sciences politiques et administratives » n'en faisait pas mention. On ne sait même pas si Isidore Plaisant, qui fut le premier titulaire du cours de « droit public national et international » en traitait ; ce n'est pas exclu vu qu'il avait occupé une haute charge administrative avant d'être nommé procureur général à la Cour de cassation, mais le seul ouvrage que sa mort prématurée lui laissa le temps d'écrire est consacré à la Constitution. Pendant plus d'un siècle, le droit civil a trôné sur un piédestal, couronné d'une aura qui reléguait les autres disciplines juridiques à l'arrière-plan. Au milieu du XX^e siècle, Henri De Page écrivait encore qu'« on ne devient un vrai juriste que si on est un civiliste consommé »¹.

Peu de temps après la Révolution, il est vrai, De Brouckère et Tielemans entamèrent la publication d'un « Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique »². Sa préface affirme que « la pensée qui préside à cet ouvrage n'est pas politique », mais l'ambition affichée pour illustrer cette pensée relève bien de la politique au sens noble du terme :

« Montrer à l'homme d'État, ministre, député ou publiciste, l'ensemble des dispositions qui régissent séparément toutes les branches de l'ordre administratif, leur influence sur la société, les changements quelquefois heureux, les tentatives plus souvent infructueuses d'amélioration qu'elles ont subies, et les améliorations véritables que réclament les besoins et le droit constitutionnel de la Belgique ;

À l'administrateur qui dirige et surveille l'application des lois, frayer à travers le chaos de quatre législations différentes, un chemin qui s'éloigne le moins possible du but, et indiquer ce que chacune de ces législations a conservé d'obligatoire ou de compatible avec l'esprit de nos institutions nouvelles ;

Au fonctionnaire qui les exécute dans tous les degrés de la hiérarchie administrative, enseigner la pratique des affaires, et présenter sous des points de vue mieux éclairés, toutes les difficultés que des traditions de bureau, qu'une étroite et longue habitude, que de volumineuses instructions leur apprennent à éluder plutôt qu'à résoudre ;

Aux jurisconsultes, qu'une séparation trop absolue entre le droit et l'administration a retenus jusqu'ici dans l'étude des spécialités judiciaires, exposer les règles si difficiles de la compétence, les attributions de chaque autorité, le jeu de leurs fonctions, les principes qui doivent y présider ;

1 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1^{er}, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant 1962, p. 6.

2 Huit volumes publiés entre 1834 et 1856, Bruxelles, Weissenbruch Père. Les trois derniers volumes sont dus à F. Tielemans seul, Ch. De Brouckère étant trop occupé par ses autres fonctions.

Montrer aux citoyens que sans une administration simple, puisée dans les mœurs et appropriée aux institutions fondamentales du pays, la liberté et la prospérité publique ne peuvent être que nominales ; que la constitution la plus riche en garanties, que les meilleures lois restent stériles, si l'administration, chargée de les mettre en pratique, ne veut ou ne sait pas les féconder ; que trop envahissante, l'administration nuit au développement des organes naturels de la société ; que trop restreinte, elle en use le ressort dans le conflit des volontés individuelles qui tendent toujours à prendre la place de la volonté générale ;

Telle est la tâche que nous nous sommes imposée ; et nous croyons répondre à un besoin du siècle ».

Cette ambition se concrétise, au long des huit volumes que compte l'ouvrage (sur les vingt qui étaient projetés) par des articles qui consistent généralement en paraphrases de lois et règlements relevant souvent du droit administratif, mais pas uniquement³, assorties à l'occasion de commentaires historiques ou philosophiques⁴, ou de considérations juridiques de grand intérêt, mais placées parfois où on ne les attend pas (c'est ainsi qu'un plaidoyer pour un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois figure sous le *verbo* « compétence »⁵).

Le premier titulaire de la chaire de droit administratif à l'Université de Liège, Jean-Henri-Nicolas De Fooz, conscient du besoin d'« élever le droit administratif au rang des sciences », « vaste problème » auquel il s'est attaqué, mais qu'il déclare – par excès de modestie ? – ne pas avoir atteint, ajoutant que « des architectes viendront qui, plus habiles et plus heureux que moi, mettront la dernière main à l'édifice de cette science nouvelle pour l'achever et le perfectionner »⁶. C'est dire le peu de considération dont cette branche du droit jouissait au XIX^e siècle. Elle n'avait, il est vrai, pas de juge, donc pas de jurisprudence.

Et de juge, il n'était pas question. Le même De Fooz, évoquant le Conseil d'État français, écrit qu'« une institution de ce genre est impossible en Belgique »⁷. À la même époque, Alfred Giron défendait sa thèse sur le contentieux administratif en Belgique⁸, dans laquelle il relevait qu'au contraire de ce qui se passait en France, « toute distinction entre la juridiction ordinaire et la

3 On y trouve également de véritables traités relevant du droit public (voy., dans le t. 7, le v^o « Électeur, élection, électorat, éligible, éligibilité »), des notions de droit international public (t. 2, v^o « Ambassade, ambassadeur » ; t. 4, v^o « Capitulation »), de droit pénal (t. 2, v^o « Amende » ; t. 7, v^o « Escroc, escroquerie ») ou civil (t. 5, v^o « Compensation »), ou parfois des définitions dont on se demande ce qu'elles viennent faire dans un ouvrage juridique (t. 8, v^o « Gala : Ce mot, dans le langage des cours, est synonyme de fête ou réjouissance, il s'applique principalement aux spectacles, réceptions et dîners que le Roi honore de sa présence, soit dans son palais, soit ailleurs. L'étiquette exige que les personnes invitées y paraissent, les fonctionnaires publics et les militaires en grande tenue, les autres en costume paré »).

4 Voy. par exemple le v^o « Hospices, hôpitaux, etc. » qui occupe plus du dernier tiers du dernier volume.

5 C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. 5, Bruxelles, Weissenbruch Père, 1838, pp. 194 et 195.

6 J.-H.-N. DE FOOZ, *Le Droit administratif belge*, t. I, Paris-Tournai, Casterman, 1859, préface (non paginée).

7 *Ibid.*, p. 150.

8 A. GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Bruxelles, Weissenbruch 1857.

juridiction extraordinaire des corps administratifs manquerait de fondement⁹ ». Seuls existent quelques tribunaux administratifs à compétence spécialisée, en matière de droits et d'obligations politiques.

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, l'importation en Belgique de ce que l'on a coutume d'appeler « la conception française de la séparation des pouvoirs » débouchait sur l'immunité *de facto* de l'administration, quelque flagrantes et lourdes de conséquence que soient ses décisions. L'inscription d'une jeune femme vertueuse dans le registre des prostituées a donné lieu à un procès célèbre, où ni la plaignante, ni le procureur général Mathieu Leclercq ne purent obtenir que l'administration soit désavouée comme elle l'aurait mérité¹⁰. Un demi-siècle plus tard, s'opposant à une loi qui prévoyait des expropriations pour la réalisation d'ouvrages militaires encore mal définis, l'ancien premier ministre Auguste Beernaert déclara à la tribune de la Chambre :

« ... Nous avons les institutions les moins complètes, les moins bonnes d'Europe en ce qui concerne l'administration. Nulle part, elle n'a des pouvoirs plus étendus, nulle part, les abus eux-mêmes ne comportent moins de remèdes. En France, il y a le contentieux administratif ; il y a le Conseil d'État auquel on peut recourir dans nombre de cas. Mais ici, quand l'administration a parlé, tout est dit »¹¹.

Le monde juridique prenait conscience de ces lacunes. Dans la *Notice* qu'il a consacrée à Alfred Giron peu après le décès de celui-ci, Maurice Vauthier tint des propos prémonitoires :

« La question du contentieux administratif est, en quelque façon, le point central, le cœur du droit administratif tout entier. Il n'est rien qui n'y converge ou qui n'y ramène. Tous les États civilisés ont dû s'occuper de ce contentieux et l'ont organisé avec plus ou moins de bonheur. Tôt ou tard, la Belgique se verra contrainte de procéder à la révision des idées qu'elle a élaborées à cet égard et peut-être alors devra-t-elle créer des institutions dont elle a cru pouvoir se passer jusqu'ici »¹².

Au lendemain de la première guerre mondiale, le monde politique a tenté d'explorer cette voie, et la déclaration de révision de la Constitution ouvrait la porte à l'instauration d'une Cour du contentieux administratif. Mais l'arrêt *La Flandria* de la Cour de cassation du 5 novembre 1920 parut faire perdre l'intérêt de cette initiative (certains ont suspecté que ce soit un de ses objectifs), et le projet fut abandonné. Provisoirement. Cet arrêt, probablement un des deux plus importants rendus par la Cour de cassation au XX^e siècle (l'autre étant l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971) n'a pas *soumis* l'administration au droit, car nul ne doutait qu'elle devait l'être et que ses chefs devaient y veiller, mais

9 *Ibid.*, p. 126.

10 Voy. le prologue de mon précis de *Contentieux administratif*, 5^e éd., Limal, Anthemis 2011, pp. 17 à 20.

11 *Ann. parl. Chambre* 17 janvier 1906, p. 431.

12 M. VAUTHIER, « Notice sur Alfred Giron », https://www.academieroyale.be/Academie/documents/GIRONAlfredARB_19128083.pdf.

il a – enfin ! – permis aux juges, qui sont mieux en mesure de dire ce droit qu'un fonctionnaire ou un ministre, de s'assurer de cette soumission et d'en sanctionner les défaillances. À bon droit trouve-t-il sa place dans la présente anthologie. Le plan adopté par les auteurs le place en fin d'ouvrage (VI.2). Délicate manière d'indiquer que la responsabilité de la puissance publique se situe en Belgique à la frange du droit administratif, à cheval sur le droit civil. C'est aussi une façon de rappeler que c'est de lui que tout est parti, ou presque. La présence d'un seul arrêt antérieur (III.1.4) – oh ! seulement de quelques mois – montre aussi que les années 1920 sont celles où les idées évoluaient sous la pression des besoins sociaux.

Si l'arrêt *La Flandria* a mis un terme à l'impunité de l'administration, le chemin qu'il a ouvert a vite montré ses limites. Le droit civil auquel il s'agrippait ne régit pas les mécanismes internes au pouvoir, et ne permet guère d'en sanctionner les défaillances. Et c'est bien là qu'il est utile de combattre l'illégalité, l'indemnisation des dommages causés n'est qu'un palliatif. Pour agir à ce niveau, c'est dans le droit administratif qu'il faut plonger. Et comme l'ordre judiciaire, procureur général à la Cour de cassation en tête, s'en désintéressait, focalisé qu'il était sur les droits civils dont la Constitution lui garantissait le monopole, une juridiction administrative s'avérait nécessaire, sans que l'hostilité déclarée du même procureur général parvienne à y faire obstacle.

De même qu'en France, le droit administratif n'a connu son vrai développement qu'à partir de 1872, quand le Conseil d'État a été investi de la juridiction déléguée, de même en Belgique, c'est la création du Conseil d'État qui a érigé cette discipline au rang que De Fooz lui souhaitait. On ne s'étonnera dès lors pas qu'à trois exceptions près (*La Flandria* – VI.2 –, l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1920 – III.1.4 – et celui du 6 avril 1922 – III.2.1), tous les grands arrêts qui ont l'honneur de figurer dans la présente anthologie y soient postérieurs.

Parfois de peu. Car à peine installé, le Conseil d'État a posé quelques règles qui restent fondamentales en droit administratif. Il a aussi, par-là, acquis dans le petit monde des juristes et des administrations, une autorité qui ne lui était pas acquise d'emblée : composé à l'origine d'avocats professeurs de droit administratif – discipline alors peu prestigieuse –, d'anciens parlementaires peu connus hors de leur circonscription, d'obscurs fonctionnaires et magistrats – le gouvernement avait veillé à écarter une forte personnalité qui venait de s'illustrer dans la répression de l'incivisme¹³ –, il ne jouissait *a priori* pas d'un grand prestige. Il n'allait pas tarder à en gagner.

Dans la dizaine de décisions des années 1950 qui figurent dans ce recueil, il formule et applique, parfois en s'inspirant du droit français, les

13 « Un seul gouvernement en Belgique suffit ! » aurait dit le ministre Achille Van Acker pour s'opposer à la nomination de Walter-Jean Ganshof van der Meersch comme président du Conseil d'État.

notions de formalité substantielle (IV.2.2.a), de comparaison des titres et mérites (IV.2.2.d), de droits de la défense en matière disciplinaire (IV.2.2.f), ainsi que les théories de l'acte détachable (IV.1.3) et du retrait des actes administratifs (IV.3.1).

Et dans la jurisprudence ultérieure, ces principes non seulement persistent, mais se prolongent, se nuancent, s'affinent. Du droit de la défense découlent les obligations, pour l'administration, d'entendre (IV.2.2.g) et de communiquer le dossier complet (II.3), et, pour l'administré, celle de collaborer à la procédure (IV.2.2.h). Le commentaire qu'Yseult Marique fait de cette dernière décision évoque une possible évolution, souhaitée par certains gouvernements soucieux de limiter les recours contre leurs décisions, vers un « principe de bonne citoyenneté » qui imposerait aux personnes hostiles à une mesure de faire entendre leur voix dès qu'elles en ont la possibilité, mais la Cour constitutionnelle y voit une violation du droit d'accès au juge.

La comparaison des titres et mérites serait sans intérêt si elle n'allait de pair avec le contrôle des motifs de l'acte, en fait (IV.2.3.b) et en droit (IV.2.3.a), avec celui de l'exactitude et la pertinence des éléments retenus, et avec l'impartialité de l'autorité (IV.2.2.i). La motivation, formelle d'abord, matérielle ensuite, combinée avec l'erreur manifeste d'appréciation (IV.2.4.b) – et certains arrêts « oublieront » le « manifeste » –, puis avec le principe de proportionnalité (IV.2.4.c), permet de cerner de si près l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'on en vient à s'interroger sur l'opportunité d'encore l'appeler ainsi...

La Belgique étant bilingue¹⁴, une partie de la jurisprudence a été perméable à l'influence du droit néerlandais, par le recours à ce qu'on appelle les « principes de bonne administration », en une traduction approximative de « *behoorlijk bestuur* » (« adéquate », « convenable » ou « appropriée » serait plus fidèle à l'idée exprimée en néerlandais). Ce n'est pas par hasard que l'arrêt de la Cour de cassation retenu ici (I.5.2) pour illustrer ce courant concerne une affaire flamande, ce que le commentaire d'Antoine Mayence ne manque pas de relever. Côté francophone, les esprits, et quelques arrêts (I.5.1), regardent plutôt vers les « principes généraux du droit » secrétés par le Conseil d'État français¹⁵.

Compte tenu de son importance, tant pour déterminer la compétence juridictionnelle (V.2.2) que pour identifier les règles de fond, on ne s'étonnera pas que plusieurs décisions concernent la délimitation du secteur public (II.1 et IV.2.1), liée, mais en partie seulement, à la définition de

14 Trilingue, plutôt, mais le volume du contentieux en allemand est si faible que le droit allemand n'a guère l'occasion de percoler dans la jurisprudence du Conseil d'État. Voy. quand même le commentaire que Jérôme Sohier a fait de l'arrêt n° 41.396 du 16 décembre 1992, *Paasch et Jetzen*, où il s'interroge sur l'influence possible de l'origine germanophone des requérants dans l'argumentation présentée au Conseil d'État (*J.T.* 1993, p. 333).

15 L'arrêt *Aramu* du 26 octobre 1945 (*Rec.*, p. 213) est le plus célèbre, bien qu'il ne soit pas le premier de cette veine : voir l'arrêt *Dame Tromprier-Gravier* du 5 mai 1944, qui, comme l'arrêt *Aramu*, annule une sanction disciplinaire prise sans respecter les droits de la défense, mais sans rattacher expressément le respect de ces droits à des « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte », formule de l'arrêt *Aramu* qui a fait florès (n° 69751, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636208/>).

l'autorité administrative (V.2.1), l'exercice du pouvoir dans les institutions qui bourgeonnent en marge des pouvoirs constitutionnels, comme les parastataux (pardon ! les O.I.P. !) (I.4.3, III.3.1, III.3.2 et III.3.3), ou les autorités administratives indépendantes (III.3.4). Dans le même registre, même si aucune décision n'a l'honneur de figurer dans le présent volume, il convient de s'interroger¹⁶ sur le statut des entreprises publiques autonomes, des sociétés de droit public, sans compter les objets juridiques mal identifiés résultant des partenariats public-privé. Ou des intercommunales, dont, avec un brin de poujadisme, on pourrait penser, au vu de l'actualité des dernières années, qu'elles relèvent aussi du droit pénal...

L'acte administratif consiste parfois en la mise en œuvre d'options politiques qui se situent loin en amont dans le processus décisionnel. Ou, la décision politique prise, sa concrétisation requiert encore des choix, souvent à plusieurs niveaux, avant qu'un acte ne vienne modifier la situation de droit. Pour qui s'estime lésé par une telle décision, il s'agit de viser juste, et à temps ! S'y prend-il dès qu'il a vent du projet ? Irrecevable : pure décision de principe ! Attend-il que l'administration mette en route une procédure ? Irrecevable : acte préparatoire ! Patienté-t-il jusqu'à la décision finale ? Irrecevable faute d'avoir attaqué l'acte qui le mettait hors course. La jurisprudence du début des années 2000 avait de quoi plonger les justiciables et leurs avocats dans des affaires kafkaïennes. Le brelan d'arrêts qui a entrepris de clarifier la situation mérite bien que l'un d'eux figure parmi les « grands » (V.2.4). Mais l'efficacité, voire l'effectivité du recours, postulerait qu'il soit possible d'agir plus en amont. Si la protection de l'environnement est en cause, le préambule d'une directive européenne indique qu'« il convient que les personnes physiques ou morales concernées aient accès aux procédures de recours contre les décisions, actes ou omissions de l'autorité compétente »¹⁷. Par ailleurs, Nathalie Van Laer relève opportunément les réticences que ces arrêts, relatifs à des marchés publics, ont suscitées lorsqu'il a été question de transposer leur enseignement au droit de la fonction publique. On peut supposer que l'assemblée générale du Conseil d'État aura encore à connaître des opérations administratives complexes.

Comme dans tous les pays où il existe plusieurs ordres juridictionnels, la répartition des compétences entre ceux-ci est délicate, et souvent fluctuante. La jurisprudence sur la question foisonne, mais les principes fondamentaux, ceux qui font qu'un arrêt qui les énonce est « grand », sont rares. Il n'est dès lors pas étonnant de ne trouver ici que la paire d'arrêts *Versteele* et *Vrindts* du 27 novembre 1952 (V.2.2) et l'arrêt *Gimvindus* du 14 février 1997 (V.2.1). Et, bien entendu, en amont, l'arrêt *Flandria* du 5 novembre 1920 (VI.2) – qui

16 Comme le fait Dimitri Yernault dans ses notes sous l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1970, *Kwanten* (II.1) et sous l'arrêt du Conseil d'État *Usines de Braine-le-Comte et Fabrimetal* n° 4701 du 6 octobre 1955.

17 Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, alinéa 26 du préambule.

est en quelque sorte le pendant du céléberrime arrêt *Blanco* du Tribunal des Conflits français du 8 février 1873 –, complété – amendé, plutôt – par l’arrêt des *Charbonnages de Gosson-Kessales* du 13 mai 1982 (VI.1). L’actualité de ce dernier est sans doute battue en brèche par l’instauration, en 2014, du recours en « indemnité réparatrice » (le législateur ne recule devant aucun pléonasme), mais cette réforme est sans doute trop récente pour qu’un arrêt ait été rendu qui puisse être qualifié de « grand »¹⁸. Et puis, bon nombre de ces arrêts s’alignent sur les principes posés de longue date par la jurisprudence judiciaire.

Dans la présente anthologie, la théorie générale de l’acte administratif occupe une place importante. Et c’est justifié, mais je ne peux pas évoquer cette théorie sans que me revienne à l’esprit une grosse frayeur qui m’a saisi au début de ma carrière. C’était à l’automne 1976. J’étais depuis quelques années déjà assistant en droit public, et j’avais postulé, en outre, un mandat d’assistant en droit administratif, matière que je pensais connaître suffisamment, opinion apparemment partagée par les autorités facultaires qui m’y avaient nommé. Au début de l’année académique, le titulaire du cours, Maurice-André Flamme, réunit ses assistants pour exposer ce qu’il attend d’eux : nous devons diriger les travaux pratiques attachés au cours, et les consacrer (comme les années précédentes, ai-je appris) à « la théorie générale de l’acte administratif ». Je n’ai pas bronché, mais intérieurement, quelle panique ! Je n’avais jamais entendu parler de cette théorie et j’allais devoir animer des séminaires sur elle quelques semaines plus tard ! Pire : la réunion terminée, un collègue me confie : « c’est bien comme thème de séminaire, c’est vaste, c’est un peu le pendant administratif de la théorie générale des obligations en droit civil. » Je crois être encore parvenu à rester impassible, histoire de n’avoir pas l’air idiot, mais mon affolement redoublait. La théorie des obligations en droit civil, il n’est pas possible de passer à côté : elle occupe tout un titre du Code civil, et un cours entier lui est consacré, sans doute le cours le plus fondamental de toutes les études de droit ; à l’époque il était donné par Pierre Van Ommeslaghe, dont la réputation faisait trembler tous les étudiants. Mais qu’était donc cette « théorie générale de l’acte administratif » ? Je me suis vu dans la situation qui était, paraît-il, celle de Jean-Jacques Rousseau professeur de musique, qui aurait appris la musique en même temps que ses élèves, avec seulement une ou deux leçons d’avance ; et ce n’est assurément pas en tant que musicien que son nom est passé à la postérité ! Bref, j’ai plongé aussi vite que j’ai pu sur le syllabus du cours de Flamme. Là, il y avait effectivement un chapitre sur cette théorie. Le premier passage que j’ai lu traitait de la compétence de l’auteur de l’acte ; ouf, ça, c’est simple, on en parle même dans *Tintin*¹⁹ ! Puis il était question des formalités substantielles ; ça aussi, je savais de quoi il retournait ;

18 Encore que l’arrêt *Moors* n° 244.015 du 22 mars 2019 dont un extrait est cité par Jérôme Sohier dans ses observations sous l’arrêt *Dupont* n° 140.256 du 7 février 2005 pourrait y prétendre.

19 Dans l’*Affaire Tournesol* (pp. 55 et 56), un agent de l’administration pénitentiaire bordure s’assure de l’authenticité d’un laissez-passer et de la compétence de son auteur.

idem pour le retrait ou l'acte contraire. Et ainsi de suite. De tout cela, le cours de droit administratif de Marc Somerhausen, que j'avais suivi la dernière année où il avait enseigné, en parlait. Pas en bloc, pas sous l'appellation solennelle de « théorie générale de l'acte administratif », mais par touches successives, implantées de-ci de-là au long du chemin qu'il nous invitait à suivre dans cette matière dont il m'a donné le goût (et dont il a rebuté quelques-uns de mes condisciples). On en parlait plus encore dans le cours de contentieux administratif que j'avais suivi comme option (il est devenu obligatoire l'année suivante) sans me douter que j'en deviendrais titulaire une vingtaine d'années plus tard. Ce cours était donné par Henri Buch. Après des considérations d'une haute élévation de pensée, parfois malaisées à suivre, sur la fonction de la justice dans la société, il exposait les raisons qui pouvaient entraîner l'annulation d'un acte administratif. Et j'avais étudié là à peu près tout ce que Flamme plaçait dans la théorie générale de l'acte administratif, mais « en creux ». Les causes d'annulation sont les vices dont un acte administratif peut être affecté, la théorie générale de l'acte administratif expose les vertus dont il doit être empreint. Mais quant au fond, ce sont les mêmes caractéristiques, regardées tantôt d'un côté, tantôt de l'autre. Cela m'a amené à la conviction que la théorie générale de l'acte administratif n'est pas, comme la théorie des obligations en droit civil, un corps de règles issues de la législation, mais une présentation, pédagogiquement réussie, des enseignements de la jurisprudence. Une présentation qui, en quelque sorte, retourne comme un miroir l'énoncé des arrêts du Conseil d'État : quand celui-ci annule un acte parce qu'il a été pris en dehors du délai imparti, la théorie en retient qu'un tel acte doit être pris dans ce délai.

Ma frayeur, en somme, révélait le rôle capital de la jurisprudence dans la formation du droit administratif. Moins qu'en France, sans doute, où la genèse du droit administratif s'apparente à celle de la *common law* anglo-saxonne, mais chez nous aussi, la jurisprudence – pas exclusivement celle du Conseil d'État : la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle y jouent un rôle – hante le quotidien des administrativistes, que ce soit sous sa forme brute – les arrêts –, à travers le prisme de la théorie générale de l'acte administratif, ou encore par le biais des « principes généraux du droit », dont je persiste à penser²⁰ qu'ils sont, eux aussi, des créations jurisprudentielles plus qu'une source autonome de droit²¹.

20 À peu près comme Maxime Chomé dans sa note sous l'arrêt n° 146.260, 20 juillet 2005, *Gilbert* (1.5.1).

21 Je ne reviens pas sur cette question, sur laquelle je me suis exprimé dans *Les règlements et leurs juges* (pp. 164 à 166), dans mon précis de *Contentieux administratif* (5^e éd., Limal, Anthemis, 2011, pp. 436 à 439), et dans un colloque (« Principes, principes généraux du droit et créations jurisprudentielles », in *La jurisprudence des autorités juridictionnelles – Source de droit ?*, Institutul European, Iasi – Roumanie –, 2013, pp. 49 à 64). L'opinion est peut-être minoritaire, mais c'est la mienne, et cela la restera aussi longtemps qu'on ne parviendra pas à établir l'existence d'un principe général sans l'étayer d'une décision de justice. J'estime, en libre-exaministe que, comme le disait Henri Poincaré, la pensée ne doit jamais se soumettre qu'aux faits eux-mêmes, et le fait, en l'occurrence, c'est que les thuriféraires des principes généraux ne les identifient comme tels qu'après qu'un juge les a « consacrés » ou « reconnus ». Là, je préfère dire « créés », quand bien même ce n'est pas de toutes pièces.

Au moment où le présent ouvrage sort de presse, le nombre d'arrêts rendus par le Conseil d'État approche des 250.000. S'y aventurer sans guide serait aussi aventureux qu'être parachuté sans carte dans la forêt palombienne à la recherche d'un marsupilami. Très vite, les membres de l'institution ont compris qu'un guide était indispensable ; les tables dites « Dumont-Baeyens » ont joué ce rôle aussi longtemps que les arrêts étaient publiés sur papier. Et pour la jurisprudence à partir de 1994, intégralement disponible sur le site du Conseil d'État, un moteur de recherche en *plain text* rend de précieux services pour qui sait le manier, et la banque de données *Juridict* permet, avec un peu d'habitude, au travers d'une arborescence qui compte jusqu'à une dizaine de niveaux (mais qui est différente en français et en néerlandais...) et qui évolue fréquemment, de retrouver les décisions afférentes à la plupart des problématiques. Mais ces outils de recherche, dont l'utilité est certaine, n'indiquent pas, ou pas clairement, quelle place les arrêts occupent dans la mouvance jurisprudentielle.

Car celle-ci est incessante, et d'une évolution qui n'est pas linéaire, mais dialectique : tel arrêt qui condamne une pratique administrative jusque-là non contestée oblige l'administration à modifier son comportement ; du coup, les administrés s'y prennent autrement, mais leurs initiatives induisent de nouvelles réactions de l'administration et de nouveaux recours s'ensuivent, puis de nouveaux arrêts. L'objectif de la justice, qu'elle soit administrative ou autre, est d'apporter la paix judiciaire. Elle l'atteint généralement, mais dans le monde en perpétuel changement qui est le nôtre, toute stabilisation est précaire, car on peut rarement garantir que l'équilibre d'aujourd'hui ne sera pas demain la source d'un désordre que nul ne prévoyait. Il est, dans ce cheminement tortueux, des décisions qui balisent les méandres, des décisions dont l'après diffère résolument de l'avant, et dont la consultation est un passage obligé pour qui s'intéresse à la problématique concernée. C'est ainsi qu'aucune étude un peu détaillée sur la responsabilité des pouvoirs publics ne peut passer l'arrêt *La Flandria* sous silence, même un siècle plus tard. Ces arrêts-là méritent d'être qualifiés de « grands », et c'est une sélection de ceux-ci qui figure dans les pages qui suivent, assortis de commentaires qui en explicitent la portée et les situent dans l'évolution jurisprudentielle.

L'intérêt d'une telle publication est certain. À l'avenir celui qui voudra citer un de ces arrêts ne devra plus s'interroger sur la pertinence de cette référence. Car un arrêt pris au hasard a peu de chance d'être un de ces « grands » ; il peut être un arrêt de routine – qui répète ce qui a déjà été écrit plusieurs fois –, un arrêt isolé – dont nul ne sait s'il le restera... –, un arrêt qui relève d'un courant jurisprudentiel minoritaire, un arrêt aberrant – eh oui ! ça existe –, ou encore un arrêt encombré de considérations surabondantes qui s'apparentent

à des pages de doctrine sans rapport direct avec la question à trancher²². À ces deux dernières catégories d'arrêts, le mieux qu'on puisse souhaiter, c'est oublier. À leurs auteurs aussi...

Il existe assurément plus de « grands » arrêts que la septantaine reproduite dans ce volume. Mais il faut savoir se limiter : un arrêt par année d'existence du Conseil d'État, c'est une mesure raisonnable. Et puis – sait-on ? –, la présente publication lancera peut-être une dynamique qui amènera ses auteurs, leurs disciples et leurs successeurs, à renouveler l'opération dans trente ou cinquante ans.

Michel Leroy
Président de chambre émérite au Conseil d'État
Chargé de cours honoraire à l'Université libre de Bruxelles

²² Il serait possible d'écrire un contre-traité de droit administratif en se basant sur des citations authentiques de décisions de justice, mais contenant des aberrations qui vaudraient un échec cuisant à tout étudiant qui les exposerait à l'examen. Mais l'ampleur du travail serait hors de proportion avec son intérêt.