

DE QUELQUES RÉFLEXIONS À PROPOS DE LA CASSATION ADMINISTRATIVE

PAR

ROBERT ANDERSEN (*)

PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ETAT
PROFESSEUR EXTRAORDINAIRE À L'U.C.L.

1. Depuis toujours, le contentieux de cassation administrative souffre d'une crise identitaire. A l'exception des auteurs des *Novelles* (1) et, plus récemment de MM. Michel Hanotiau et Marnix Van Damme, présidents de chambre au Conseil d'Etat (2), rares sont les auteurs à avoir consacré à la cassation administrative une étude tant soit peu exhaustive (3). Ce silence s'explique par le fait que, d'une manière générale, le contentieux est perçu sinon comme se confondant avec le recours pour excès de pouvoir, en tout cas comme présentant avec ce dernier une parenté telle, que sous réserve de quelques règles particulières, tout ce qui vaut pour ce dernier trouve également à s'appliquer à la cassation administrative. Tout se passe comme si celle-ci n'était qu'une sous-catégorie de celui-là, une curiosité que l'on se doit de visiter mais hâtivement, sans s'y attarder, puisque tout, ou pratiquement tout, a déjà été dit lors de l'examen du contentieux d'annulation. En quelque sorte, l'accessoire suit le principal. Et pourtant!

2. Comme le relèvent les auteurs des *Novelles* (4), la distinction entre les deux contentieux avait, à plusieurs reprises, été soulignée au cours de l'élaboration de la loi du 23 décembre 1946 organique du Conseil d'Etat. Mais, aucune disposition n'était spécialement

(*) Les opinions exprimées par l'auteur n'engagent en rien l'institution à laquelle il appartient; elles n'engagent que lui.

(1) *Novelles, Droit administratif*, T. VI, Le Conseil d'Etat, n° 1660 et s.

(2) M. HANOTIAU, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative », in *Le citoyen face à l'administration*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1990, pp. 129 et s. et M. VAN DAMME, « De Raad van State als administratieve cassatierechter », *T.B.P.* 2000/1, pp. 69 et s.

(3) Les auteurs les plus récents se contentent généralement de souligner quelques spécificités de ce contentieux et de renvoyer pour le reste au contentieux de l'excès de pouvoir.

(4) *Op. cit.*, n° 1660.

consacrée à la cassation administrative; au contraire : une seule disposition – l'article 9 – était consacrée aux deux contentieux; l'expression même de cassation administrative – pourtant utilisée lors des travaux préparatoires de la loi organique – n'y était même pas reprise; il y était seulement question d'annulation de la décision illégale; les causes d'ouverture étaient les mêmes et la seule concession consistait dans l'allusion discrète faite à la cassation administrative par l'expression quelque peu sibylline de « décisions contentieuses administratives ». Certes, le texte traduisait bien la volonté du législateur de soumettre tous les actes de l'administration à un contrôle de légalité et ce, sans distinguer selon la nature des actes, qu'il s'agisse d'actes administratifs ou d'actes juridictionnels. L'expression « décisions administratives contentieuses » était révélatrice de cette volonté de complétude : il s'agissait de viser toutes les décisions administratives à caractère juridictionnel, aussi bien celles qui émanent de juridictions dont juger est la seule activité, que d'organes d'administration active qui exercent, à côté de leurs fonctions administratives, une fonction juridictionnelle. Par contre, l'article 9 laissait irrésolue la question de la nature du contrôle exercé vis-à-vis de ces deux catégories d'actes, aux caractéristiques si différentes. La question méritait d'autant plus d'être posée que, comme il l'a été indiqué ci-dessus, l'article 9 précité n'opérait aucune distinction quant aux causes d'ouverture du recours. Le problème est-il résolu par l'article 2 de la loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 ? Le doute reste permis. Nous y reviendrons.

3. D'emblée, il convient d'observer que le recours en annulation des actes administratifs et le recours en cassation administrative n'ont pas le même fondement constitutionnel. Comme le relève Monsieur le Procureur général émérite J. Velu dans ses conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1987 (5), le recours en annulation d'un acte administratif trouve son fondement constitutionnel dans l'article 146 de la Constitution, tandis que le recours en cassation a pour fondement les articles 145 et 146. Cette différence tient à l'objet même du recours : « A la différence du recours en annulation dirigé contre une décision contentieuse administrative qui est un recours subjectif,

(5) *A.P.T.*, 1987, pp. 301 et 302.

c'est-à-dire qui tend à assurer le respect d'un droit subjectif (en l'occurrence un droit politique), le recours dirigé contre un acte ou un règlement d'une autorité administrative est un recours objectif, c'est-à-dire un recours qui tend à assurer le respect non d'un droit subjectif, mais du droit objectif, autrement dit de la règle de droit, de la légalité ». Cette différence de fondement constitutionnel n'est pas sans conséquence. En effet, l'article 145 de la Constitution confère aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire une compétence de principe pour connaître des contestations relatives aux droits politiques. Cette compétence souffre certaines exceptions, celles établies par la loi. Il en va différemment au contentieux objectif où une telle compétence de principe n'existe pas. Au contentieux subjectif, la compétence du Conseil d'Etat dépend, d'une part, de la nature du droit en cause et, d'autre part, de l'existence d'une loi attributive de compétences au profit de la juridiction administrative qu'elle crée. En l'espèce, la loi attributive de compétences au Conseil d'Etat – actuellement l'article 14, § 2, des lois coordonnées – est conçue en des termes extrêmement larges puisque sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en cassation les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives. Autrement dit, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître, comme juge de cassation, de toutes les décisions émanant des juridictions administratives contre lesquelles un recours n'est pas expressément ouvert auprès des juridictions de l'ordre judiciaire (6).

4. La différence de régime juridique et, en tout cas, les spécificités du recours en cassation tiennent ainsi essentiellement à la nature de l'acte en cause : acte administratif, d'une part, acte juridictionnel, d'autre part. Encore faut-il préciser davantage ce dernier

(6) L'article 14, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat fait ainsi figure de « clause générale » d'attribution de compétences. Selon M. Leroy, du fait de cette disposition légale, le principe même de délimitation de compétence se trouve inversé en ce sens que « les cours et tribunaux sont compétents quand une disposition législative leur attribue expressément la connaissance d'un recours contre les décisions d'une juridiction extrajudiciaire ; à défaut de quoi c'est le Conseil d'Etat qui l'est » (*Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruylant, 2000, pp. 404 et 405). Cette opinion doit être nuancée. Il ne faut en effet pas perdre de vue que cette « clause générale » n'est exprimée que dans une loi ordinaire, celle-ci fût-elle la loi organique de l'institution. Elle ne fait donc pas obstacle à l'existence de dispositions légales particulières qui confèrent à la Cour de cassation le pouvoir de connaître de pourvois dirigés contre des décisions de juridictions administratives rendues en dernier ressort ou encore qui prévoient que de telles décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en cassation. Dans la mesure où elles constituent des exceptions à la « clause générale », ces dispositions particulières sont néanmoins d'interprétation restrictive.

concept. Celui-ci, à l'instar de toutes les notions fondamentales de la science juridique, est sujet à controverse. Il n'entre évidemment pas dans nos intentions d'aborder ce vaste sujet. Relevons simplement que la difficulté de cerner cette notion est d'autant plus grande qu'en droit administratif les mêmes organes interviennent parfois en plusieurs qualités remplissant tantôt la fonction d'administrateur, tantôt celle de juge.

L'acte juridictionnel soumis à la censure du Conseil d'Etat ne peut être que l'œuvre d'une juridiction administrative, ce qui pose la question de la nature du droit en cause. A cet égard, on rappellera que depuis l'arrêt n° 14/97 du 18 mars 1997 de la Cour d'arbitrage (7), celle-ci ne s'estime pas liée par la qualification de droit politique que le législateur donne indirectement au droit en cause en créant en dehors de l'ordre judiciaire une juridiction compétente pour connaître des contestations auxquelles il peut donner naissance, mais vérifie elle-même si cette qualification correspond à la nature même du droit.

5. La compétence du Conseil d'Etat en matière de cassation administrative est donc totalement exclue dans deux cas : ou bien la décision n'émane pas d'une juridiction administrative, mais bien d'une autorité administrative, et dans ce cas, si le Conseil d'Etat est compétent pour en connaître, ce ne peut être qu'au contentieux de l'excès de pouvoir, ou bien on se trouve en présence d'un acte juridictionnel mais qui a trait à une contestation relative à un droit civil, auquel cas le Conseil d'Etat est totalement incompétent. S'agissant d'une contestation relative à un droit politique, la compétence du Conseil d'Etat statuant en tant que juge de cassation est exclue dans les limites qui ont été indiquées ci-dessus.

6. Ceci dit, toutes les décisions des juridictions administratives ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en cassation. Comme le précise l'article 14, § 2, précité, seules celles rendues en dernier ressort le sont. La formule évoque immédiatement celle de l'article 608 du Code judiciaire. Cette règle exclut du recours en cassation administrative, d'une part, les décisions qui sont encore sus-

(7) *R.W.* 1996-1997, pp. 1423 et s., note A. ALÉN. Voir dans le même sens C.A., arrêt n° 133/2001 du 30 octobre 2001 (*Mon. b.*, 21 décembre 2001, éd. 3, p. 44.602) et arrêt n° 26/2002 du 30 janvier 2002 (*Mon. b.*, 29 mai 2002, éd. 2, p. 3.311).

ceptibles d'un recours devant une juridiction du fond et, d'autre part, les décisions d'avant dire droit.

En ce qui concerne les premières, il y a lieu de distinguer les voies de recours ordinaires des voies de recours extraordinaires. Comme le note l'auteur du verbo « Pourvoi en cassation en matière civile » du Répertoire pratique de droit belge : « C'est à tort que l'on dit parfois qu'un pourvoi en cassation n'est admissible que lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours contre la décision attaquée. Il serait plus exact de dire que le pourvoi n'est recevable que lorsqu'il n'existe aucune voie de recours ordinaire » (8). En matière d'appel, la solution est bien établie que l'on ne peut se pourvoir contre une décision contre laquelle on a négligé d'interjeter appel. Par contre, la question demeure controversée de savoir si un jugement ou un arrêt par défaut contre lequel il n'a point été formé d'opposition peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation (9).

En ce concerne les décisions d'avant dire droit, il n'y a pas lieu de s'écarter de la solution inscrite dans l'article 1077 du Code judiciaire, en vertu duquel le recours en cassation contre de tels jugements n'est ouvert qu'après le jugement définitif (10).

7. Si le recours en annulation est un procès fait à un acte, le recours en cassation est, lui, un procès fait à un jugement. Ceci a, entre autres conséquences, qu'alors que le recours en annulation d'un acte administratif peut être formé par tout intéressé, le recours en cassation est réservé aux personnes qui ont eu la qualité de par-

(8) *R.P.D.B.*, v° « Pourvoi en cassation en matière civile », n° 47 et 48.

(9) Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat de France considère que le recours en cassation n'est recevable que s'il est exercé après l'expiration du délai de recours en opposition et, si opposition est faite, la possibilité d'exercer le recours en cassation se trouve suspendue jusqu'à ce que la juridiction saisie ait statué sur cette opposition (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, éd. Montchrestien, 1982, p. 529). La Cour de cassation belge se prononce dans le même sens, étant précisé qu'en ce cas, en vertu de l'article 1076 du Code judiciaire, le délai pour se pourvoir en cassation ne court à l'égard du défaillant qu'à compter du jour où l'opposition contre la décision rendue par défaut n'est plus admissible (J. VAN COMPERNOLLE, « Droit judiciaire privé, Les voies de recours, Examen de jurisprudence 1971 à 1985 », *R.C.J.B.*, 1987, p. 183). Selon les auteurs des *Novelles* (*op. cit.*, n° 1693), l'opposition étant, tout comme l'appel, une voie de recours ordinaire, il n'y a pas de raison d'admettre qu'une décision rendue par défaut contre laquelle il n'a pas été formé opposition puisse faire l'objet d'un pourvoi en cassation auprès du Conseil d'Etat, et ce, même après l'expiration du délai. Nous partageons leur opinion.

(10) *Novelles*, *op. cit.*, n° 1694 et M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 140. La distinction entre jugement définitif et jugement d'avant dire droit suscite bien des difficultés, singulièrement dans le cas des jugements mixtes (voir notamment J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 183 et 184). Une décision définitive sur incident, par laquelle le juge a épuisé sa juridiction, est susceptible d'un pourvoi immédiat en cassation. La jurisprudence du Conseil d'Etat est fixée en ce sens (voir notamment C.E., arrêts n° 72.171, du 3 mars 1998; n° 82.273 du 16 septembre 1999, n° 88.873, du 11 juillet 2000 et n° 101.771, *Jacmin*, du 12 décembre 2001).

tie dans l'instance ayant donné lieu au jugement entrepris. Encore faut-il que celui-ci leur cause grief et que la cassation soit susceptible de les placer dans une situation plus favorable. Le cercle des requérants est donc moins étendu en matière de cassation administrative qu'en matière de recours en annulation des actes administratifs (11). Est-il besoin d'ajouter que la juridiction *a quo* n'est pas partie en cassation (12). Il en va de même des membres de cette juridiction.

8. Autre différence : alors que l'arrêt d'annulation d'un acte administratif a l'autorité absolue de la chose jugée, l'arrêt par lequel le Conseil d'Etat casse la décision d'une juridiction administrative a seulement une autorité relative de chose jugée (13). Cette solution est traditionnelle, même si elle est parfois contestée en doctrine (14).

9. La cassation peut être totale ou partielle. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, il est de principe que l'annulation d'une décision, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée, est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base et qu'elle laisse subsister, comme coulées en force de chose jugée, toutes les dispositions non attaquées par le recours, à moins que ces dernières ne se rattachent aux chefs annulés par un lien d'indivisibilité et de dépendance nécessaire (15).

(11) Dans certains cas, le législateur étend le cercle des requérants en cassation à des personnes qu'il estime avoir un intérêt à la solution du litige, bien qu'elles n'aient pas été parties au procès devant la juridiction *a quo*. Tel est le cas en matière de cumul médico-pharmaceutique et de résistance armée. Dans le même ordre d'idée, le Conseil d'Etat admet, dans certains cas que l'Etat ou des organismes publics décentralisés puissent former un pourvoi dans l'intérêt de la loi (*Novelles, op. cit.*, n° 1686 et 1689; M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 140).

(12) Voir récemment encore C.E., arrêt n° 101.771, *Jacmin* du 12 décembre 2001. Sur les conséquences qui s'ensuivent, voir M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruylant, 2000., pp. 409-410.

(13) *Novelles, op. cit.*, p. 638, n° 1874; J. SALMON, *Conseil d'Etat*, 1^{ère} éd., Bruylant, 1987, p. 367 et M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 154. La même solution est appliquée par le Conseil d'Etat de France (voir notamment R. ODENT, « Contentieux administratif », *Les cours de droit*, p. 1331 et R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 531). Il en va de même en matière de cassation civile, la cassation prononcée n'ayant d'effet, en principe, qu'à l'égard des parties à l'instance en cassation (*R.P.D.B.*, eod. verbo, n° 558).

(14) J. SALMON, eod. cit. et P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, éd. de la Faculté de droit de Liège, 1997, n° 438. En ce qui me concerne, il me paraît que cette solution est justifiée dans la mesure où la cassation administrative s'inscrit dans le cadre du contentieux des droits subjectifs.

(15) C.E., arrêts des 19 avril 1956, n° 5070, *Beigler* et 8 juillet 1965, n° 11.376, *sprl Dep.* La même solution est appliquée par la Cour de cassation en matière civile. Elle est justifiée par la considération que la solution contraire aurait pour effet d'obliger le juge de renvoi à statuer à nouveau sur des chefs de contestation définitivement réglés par une ou plusieurs dispositions qui

10. Comme en matière de cassation civile, « en cas d'annulation d'une décision contentieuse administrative, l'affaire est renvoyée devant la juridiction qui a rendu la décision annulée, sauf les exceptions prévues par la loi » (16). Ainsi donc, le renvoi est la règle et l'annulation sans renvoi, l'exception. L'exception la plus importante est celle où, après cassation, il n'y a plus rien à juger (17).

En cas de cassation avec renvoi, le greffier du Conseil d'Etat envoie l'expédition de l'arrêt avec le dossier à la juridiction devant laquelle l'affaire est renvoyée. Celle-ci est saisie de plein droit par cet envoi (18). Il s'ensuit que les parties n'ont pas à prendre l'initiative de porter à nouveau l'affaire devant la juridiction de renvoi. Cette dernière retrouve sa plénitude de juridiction pour statuer sur l'affaire avec toutefois cet important correctif inscrit à l'article 15 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qu'elle est tenue de se conformer à l'arrêt d'annulation sur le point de droit qui a été tranché par celui-ci. Cette obligation de se conformer à la chose jugée est toujours immédiate, ce qui constitue une différence notable avec la situation en matière civile où l'obligation n'existe qu'après une seconde cassation, dans les conditions prévues aux articles 1119 et 1120 du Code judiciaire.

Autre différence : en matière de cassation civile, le renvoi a lieu, en règle générale, devant une juridiction souveraine du même rang que celle qui a rendu la décision attaquée, (19) tandis qu'en matière de cassation administrative il n'existe pas de règle semblable, l'affaire étant normalement renvoyée devant la juridiction même dont la décision a été cassée siégeant, en principe, dans la même composition. Il existe toutefois de nombreuses dispositions législatives particulières qui désignent comme juridiction de renvoi soit la même juridiction que celle dont la décision a été annulée, mais autrement composée, soit une autre chambre de la même juridiction, soit la même juridiction dans la même composition, soit encore une autre

sont sans relation avec le moyen qui a déterminé la cassation (A. FETTWEIS, « Manuel de procédure civile », *Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège*, 1985, pp. 560 et 561).

Est également commune aux deux hautes juridictions, la solution selon laquelle la cassation d'une décision entraîne l'annulation des décisions qui sont la conséquence nécessaire du dispositif cassé, et cela même si aucun pourvoi n'a été introduit contre ces dernières.

(16) Article 38, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

(17) *Novelles*, *op. cit.*, n^{os} 1880 et 1890. Sur les autres cas, voir les numéros 1880 à 1888 des *Novelles* ainsi que M. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 160 et 161.

(18) Article 38, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

(19) Article 1110, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

juridiction de même degré (20). La composition de la juridiction de renvoi doit également être différente lorsque le Conseil d'Etat, pour des motifs propres à la cause, a ordonné qu'il en soit ainsi (21).

Le renvoi après cassation avec obligation de la juridiction de renvoi de se conformer au point de droit tranché par le Conseil d'Etat constitue une originalité du recours en cassation administrative, même s'il est vrai que, comme l'observe P. Lewalle, l'auteur d'un acte administratif annulé par le Conseil d'Etat est tenu, en cas de décision nouvelle, de respecter l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'arrêt d'annulation (22).

11. Une autre différence encore avec le recours en annulation est qu'en l'état actuel de la législation, le recours en cassation ne peut être assorti d'une demande de suspension de l'exécution du jugement ou de l'arrêt faisant l'objet du pourvoi. La jurisprudence est, sur ce point, constante (23). Sans doute faut-il trouver la raison d'être de cette différence dans le crédit dont bénéficie le juge et surtout dans les garanties qui entourent l'œuvre de justice.

12. On en arrive à la question cruciale de l'étendue du contrôle exercé par le Conseil d'Etat en tant que juge de cassation. Le contrôle est-il le même que celui exercé par la haute juridiction administrative au contentieux de l'excès de pouvoir et, dans l'affirmative, quelles sont les différences ? Comme il a été relevé au début de cet article, les causes d'ouverture du recours étaient, dans le texte original de l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946, exactement les mêmes, à savoir « violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir » et, en dépit de déclarations expresses en faveur d'un contrôle spécifique, l'intention du législateur d'adopter cette solution ne transparaissait nullement dans le libellé de l'article où le terme de « cassation administrative » ne figurait même pas. Ainsi, la question restait, en droit belge, entièrement ouverte et sa solution était laissée à l'appréciation du Conseil d'Etat lui-même.

(20) Sur la diversité de ces solutions, voir M. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 155 à 157.

(21) J. SALMON, *op. cit.*, p. 369.

(22) P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 541 et 542. Une différence essentielle subsiste néanmoins : l'autorité administrative n'est liée par l'autorité de la chose jugée que si elle est tenue ou décide de sa propre initiative de prendre une décision nouvelle à la suite de l'arrêt d'annulation.

(23) La même solution de principe est applicable en matière de cassation civile (art. 1118 du Code judiciaire).

Ceci dit, l'impression générale qui se dégageait de la jurisprudence de la Haute juridiction administrative antérieure à la loi modificative du 25 mai 1999 était qu'il n'y avait guère de différences quant à l'étendue du contrôle exercé, même pas au niveau du contrôle du fait (24).

La loi modificative précitée est-elle de nature à modifier radicalement cet état de chose ? Nous sommes enclins à le croire. D'abord, un texte distinct est consacré au recours en cassation : il s'agit de l'article 14, § 2, des lois coordonnées qui le cite, cette fois expressément. Ensuite, il indique comme cause d'ouverture du recours la contravention à la loi et la violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, soit les mêmes causes que celles qui, aux termes de l'article 608 du Code judiciaire, donnent ouverture au recours en cassation judiciaire. Certes, la section de législation a émis l'avis que « les expressions 'violation de la loi' et 'excès de pouvoir' sont synonymes et englobent toutes les illégalités possibles, ce qui risque de provoquer d'inutiles interrogations sur la nature des moyens qui peuvent être admis dans chacun des deux contentieux » et en déduit que « la modification des lois coordonnées ne permettra sans doute pas, dans la pratique, d'opérer la distinction voulue entre le pourvoi en cassation et le recours en annulation ». Selon nous, ce changement de formulation qui, répétons-le, est visiblement inspiré de la rédaction de l'article 608 du Code judiciaire, traduit sans équivoque la volonté du législateur de voir, à l'avenir, s'établir une différence mieux marquée entre les deux types de recours, notamment quant à l'étendue du contrôle exercé sur les faits. On en trouve la confirmation dans la finale de l'article 14, § 2, précité qui dispose : « Dans ce cas, elle ne connaît pas du fond des affaires ». La source d'inspiration de cette disposition est, à nouveau, visible. Il s'agit de l'article 147, alinéa 2, de la Constitution qui, en s'exprimant en ces termes, entend signifier que la Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Son rôle est de faire la police des jugements.

La modification législative intervenue constitue, à nos yeux, un appel pressant du législateur au Conseil d'Etat afin que celui-ci exerce sur les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives un contrôle plus restreint que sur les

(24) *Novelles*, *op. cit.*, n^{os} 1712 et 1714 et M. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 143 et 144.

actes et règlements des autorités administratives, en s'inspirant davantage de la jurisprudence de la Cour de cassation, ceci pour des raisons d'ordre théorique mais également pour des raisons plus pragmatiques, en l'occurrence le souci de résorber l'arriéré (25).

13. Dans quel sens, la jurisprudence du Conseil d'Etat pourrait-elle évoluer en vue de tenir compte de cette invitation (26)? D'abord, il nous paraît que le contrôle du Conseil d'Etat ne devrait plus s'étendre au détournement de pouvoir, cette cause d'ouverture n'étant plus mentionnée à l'article 14, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (27). La même solution prévaut en droit français. Elle trouve sa justification dans le crédit dont doivent bénéficier les juges, même non professionnels, et dans les garanties qui entourent l'œuvre de justice (28). Si, comme il se conçoit aisément, la jurisprudence en la matière est rarissime, certains arrêts récents continuent néanmoins à mentionner le détournement de pouvoir comme cause d'ouverture du pourvoi en cassation (29).

14. En ce qui concerne le contrôle du fait, nul ne contestera que la distinction entre le fait et le droit se heurte à des difficultés quasi-insurmontables. Il n'empêche qu'une révision de la jurisprudence en la matière est également possible et souhaitable. Ainsi, si, de manière traditionnelle, le Conseil d'Etat contrôle l'exactitude matérielle des faits, un tel contrôle ne devrait pouvoir s'exercer que sur la base des pièces qui ont été soumises au juge du fond et auxquelles celui-ci a dès lors pu avoir égard. Que le juge de cassation doit en outre vérifier si ces faits ont été correctement qualifiés et

(25) Voir, en ce sens, M. LEROY, *op. cit.*, p. 406.

(26) On notera que la Cour d'arbitrage a été saisie d'un recours en annulation partielle de l'article 14, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, tel que modifié par l'article 2 de la loi du 25 mai 1999 fondé sur ce qu'en disposant que le Conseil d'Etat ne connaît pas, en tant que juge de cassation, du fond des affaires, les dispositions légales attaquées violent l'égalité entre justiciables en privant ceux qui introduisent un recours en cassation devant une juridiction administrative d'un contrôle portant à la fois sur le droit et le fait. Le recours a été rejeté par l'arrêt n° 46/2001 du 18 avril 2001 (*Mon. b.*, du 5 mai 2001, 2^e éd., p. 14.796) pour le simple motif qu'en l'occurrence, ce n'était pas l'article 14, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui était applicable, mais bien l'article 14, § 1^{er}. Aucun enseignement ne peut dès lors être tiré de cet arrêt.

(27) Abordant la même question M. VAN DAMME (*op. cit.*, p. 77) estime ne pouvoir déduire avec certitude de l'omission du détournement de pouvoir l'exclusion de cette cause d'ouverture du recours en cassation.

(28) Sur ce point, voir R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 540 et A. DAMIEN et J. BORÉ, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *R.F.D.A.*, 6 (5), septembre-octobre 1990, p. 789.

(29) Voir notamment C.E., arrêt n° 104.544 du 11 mars 2002.

qu'il ne peut substituer son appréciation des faits à celle du juge du fond (selon la formule consacrée, ce dernier apprécie souverainement les faits), tout le monde en convient. La frontière qui sépare « l'appréciation souveraine » de « la qualification juridique des faits » est toutefois, la plupart des auteurs en font la remarque, des plus floues (30). Certains arrêts récents admettent même que le juge de cassation contrôle la dénaturation éventuelle des faits par le juge du fond. Un tel contrôle s'accorde cependant mal avec l'appréciation souveraine des faits dont dispose en principe au juge du fond. Aussi, un tel contrôle doit-il s'exercer avec la plus grande prudence (31).

Comme on peut le constater, l'étendue du contrôle qui est et pourrait être exercé par le Conseil d'Etat statuant au contentieux de la cassation est variable : il s'agit là d'un problème qui relève de la politique jurisprudentielle de la Haute juridiction administrative (30bis).

15. Une autre particularité encore du recours en cassation administrative doit être mentionnée : il s'agit de l'irrecevabilité des moyens nouveaux et des pièces nouvelles. Le principe trouve sa justification dans le rôle exercé par le Conseil d'Etat en matière de cassation administrative, qui est de juger des jugements. Le juge du fond ne saurait en effet encourir nul reproche pour ne pas avoir statué sur des moyens qui ne lui ont pas été soumis ou pour ne pas avoir eu égard à des pièces qui n'ont pas été produites. Les moyens, irrecevables parce que nouveaux, peuvent aussi bien être pris de la contravention à la loi que de la violation des formes substantielles

(30) En ce qui concerne la difficulté de démêler ces deux concepts l'un de l'autre, voir notamment R. ODENT, *op. cit.*, pp. 1326 et s. Selon cet auteur, « les limites qui séparent l'appréciation des faits et leur qualification juridique sont aussi incertaines en théorie qu'en pratique. Le juge de cassation doit donc se fixer à lui-même des directives et, selon la portée qu'il donne aux notions complémentaires d'appréciation souveraine des faits et de faits de nature à justifier légalement une décision juridictionnelle, il s'en remet plus ou moins complètement aux juridictions subordonnées ou, au contraire, contrôle effectivement leur activité ». Voir également « L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer 'l'appréciation souveraine' et 'qualification juridique des faits' », conclusions de P. HUBERT, *Commissaire du gouvernement* sous C.E. fr. arrêt du 3 juillet 1998, *Madame Salva-Couderc, R.F.D.A.*, 15 (1) janvier-février 1999, pp. 112 et s.

(31) Le contrôle de la dénaturation en cassation s'apparente à celui de l'erreur manifeste d'appréciation en excès de pouvoir (« Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 13^e éd., Dalloz, 2001, *Commentaire sous C.E. fr.*, arrêt du 2 février 1945, *Moineau*, p. 370). Voir également l'étude exhaustive de F. COLIN, « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif », *Revue de droit public* 2000, pp. 779 et s.

(30bis) Sur l'incidence de la récente modification de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, quant à l'étendue du contrôle exercé par le Conseil d'Etat en tant que juge de cassation, voir récemment C. DEBROUX extraits du rapport dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 100.814, du 14 novembre 2001, *A.P.T.* 2001/4, pp. 292 et 293.

ou prescrites à peine de nullité. Ce principe doit cependant être nuancé (32) et comporte deux exceptions : sont recevables les moyens énonçant des irrégularités qui affectent le jugement *a quo* et que le demandeur en cassation s'est trouvé dans l'impossibilité d'invoquer plus tôt, leur existence ne lui ayant été révélée que par la notification qui lui a été faite du jugement *a quo* ou par la consultation du dossier administratif au greffe du Conseil d'Etat; sont également recevables, bien que nouveaux, les moyens d'ordre public (33).

Cette irrecevabilité de principe des moyens nouveaux est renforcée par l'exigence de procédure en vertu de laquelle le requérant devant le Conseil d'Etat doit, sous réserve des moyens d'ordre public qui peuvent être invoqués à tous les stades de la procédure, soulever les autres moyens dans des délais de rigueur, ici également sous peine d'irrecevabilité.

16. Les différences – importantes – qui ont été ci-dessus passées en revue ne doivent pas pour autant masquer les points de convergence – nombreux – entre les deux contentieux. Notre propos est seulement de faire sortir le contentieux de cassation de l'anonymat dans lequel le succès du contentieux d'annulation l'a, avec la complicité de la doctrine, maintenu. L'intention n'est certes pas de rendre les deux contentieux étanches (34), mais bien de mettre en exergue l'originalité du recours en cassation administrative et de relayer le vœu exprimé par le législateur en 1999 de voir la jurisprudence du Conseil d'Etat évoluer dans un sens plus conforme à son rôle spécifique de juge de cassation, en s'inspirant à cet effet de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il ne pouvait y avoir de meilleure occasion pour se livrer à cette réflexion que l'hommage – combien mérité – à rendre à un « avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat ».

(32) Voir *Novelles*, *op. cit.*, n^{os} 1.719 et 1.720.

(33) En matière de cassation civile, les moyens d'ordre public ne peuvent être soulevés, pour la première fois, devant la Cour de cassation, qu'à la condition qu'ils résultent de pièces déjà produites devant les premiers juges (A. FETTWIS, *op. cit.*, p. 552), le Conseil d'Etat de France adopte la même solution : le moyen d'ordre public ne peut être invoqué, pour la première fois, devant le Conseil d'Etat que si, d'après les pièces du dossier, le juge du fond se trouvait à même de le constater (A. DAMIEN et J. BORÉ, *op. cit.*, p. 781).

(34) En droit belge, comme en droit français, rien ne s'oppose à ce que le Conseil d'Etat, saisi d'un recours en cassation d'un acte qualifié de juridictionnel, se considère comme valablement saisi d'un recours pour excès de pouvoir si l'acte peut être requalifié d'acte administratif. Comme l'observe cependant P. LEWALLE (*op. cit.*, p. 544), l'erreur de qualification commise au départ risque d'avoir des répercussions négatives sur l'issue du procès.