

DOCTRINE

Le fait en cassation administrative Établissement, appréciation, qualification et politique jurisprudentielle du Conseil d'État

Stéphane RIXHON*

Avocat au Barreau de Liège, assistant à l'Université de Liège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Introduction	388
Titre préliminaire : Prolégomènes	390
A. Les recours en cassation et en excès de pouvoir	390
1) Rappel historique	390
2) La distinction entre cassation et excès de pouvoir	392
B. La distinction entre fait et fond	393
C. La distinction entre fait et droit	394
Titre premier : le fait dans la cassation administrative	395
A. Le correct établissement du fait	395
1) Des faits qui peuvent être pris en considération	396
2) Des sources dans lesquelles les faits peuvent être vérifiés	397
3) De la motivation des jugements	399
4) De la violation de la foi due aux actes	404
5) Première conclusion intermédiaire	408
B. L'appréciation du fait	409
1) De l'absence d'appréciation des faits par les juges de cassation	409

* L'auteur tient à remercier les Professeurs Pâques et Durviaux pour leurs conseils avisés en vue de la publication du présent article qui constituait son travail de fin d'études de master en droit à l'Université de Liège.

2) De l'erreur manifeste d'appréciation	410
3) Deuxième conclusion intermédiaire	411
C. La qualification juridique du fait	411
1) De la fonction juridique	412
2) Du contrôle des notions légales floues	413
3) Troisième conclusion intermédiaire	416
Titre second: la politique jurisprudentielle du juge de cassation administrative	417
A. L'idée d'une politique jurisprudentielle	417
B. L'absence de contrôle de qualifications juridiques	419
1) Des questions techniques	419
2) De l'ingérence proportionnée dans la vie privée	421
3) Quatrième conclusion intermédiaire	425
C. Le contrôle indirect de l'erreur manifeste d'appréciation	426
1) De l'illégalité de toute erreur manifeste d'appréciation	427
2) De l'exercice de la fonction disciplinaire comme palliatif	428
3) Cinquième conclusion intermédiaire	432
En guise de conclusion	432



INTRODUCTION

1. Le Conseil d'État est un juge de la légalité. Il est admis de longue date qu'il contrôle les motifs de fait des actes administratifs qu'il examine⁽¹⁾. Lorsqu'il statue en cassation, en quoi consiste exactement le contrôle de ces motifs de fait? Telle est la question de recherche de cet article.

2. La jurisprudence de cassation du Conseil d'État depuis 1999 et la doctrine spécialisée sur la cassation judiciaire constituent les deux sources principales de notre réflexion. Elles permettent au travail d'avancer une théorie pratique, qui risque dans l'avenir de gagner en importance, puisqu'il semble clair que les entités fédérées de notre pays ambitionnent de continuer le développement de juridictions administratives régionales⁽²⁾, dans la continuité de

⁽¹⁾ Un arrêt *Gomel*, du Conseil d'État de France, rendu le 4 avril 1914, ouvre le contrôle de légalité à l'examen des motifs de fait des actes administratifs, par le jeu d'une vérification de la qualification juridique. La porte ne s'est pas refermée depuis: M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e édition, Paris, Dalloz, 2009, pp. 161-171.

⁽²⁾ Si le début d'année 2014 a été marqué par des déclarations moins équivoques, l'accord de gouvernement wallon nouveau n'indique plus à ce sujet que: «Sous réserve d'une analyse coût – bénéfice concluant à réaliser notamment à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et dans la mesure des moyens budgétaires, le Gouvernement mettra sur pied la juridiction administrative wallonne qui sera compétente pour traiter les recours contre des permis afin d'accélérer les procédures»: *Déclaration de politique régionale 2014-2019 – Oser, innover, rassembler*, p. 73.

ce qui se fait déjà en Flandre⁽³⁾. Se pencher sur les décisions du Conseil d'État, statuant en cassation, juge appelé à fixer les bornes de ces futures juridictions devient donc impératif.

3. Après les prolégomènes, l'exposé se divise en deux parties. La première consiste essentiellement à décrire la jurisprudence du Conseil d'État, juge de cassation, au regard de trois grandes manières de percevoir le fait en justice, à savoir, les notions d'établissement, d'appréciation et enfin, de qualification. La deuxième examine comment le juge se comporte lorsqu'il est face à des éléments qui, d'un point de vue théorique, sont difficiles à baliser correctement. Il s'agit alors d'examiner la politique jurisprudentielle du Conseil d'État et d'en esquisser une critique⁽⁴⁾.

4. Nous présentons brièvement, dans chaque chapitre du travail, les éléments théoriques nécessaires à la compréhension des notions utilisées. Ces exposés sont suivis de l'analyse d'arrêts de cassation administrative qui nous ont semblé importants pour illustrer nos propos. Ceux-ci sont éventuellement comparés aux solutions données par la Cour de cassation ou par le Conseil d'État statuant sur l'excès de pouvoir de l'administration dans des cas semblables. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, s'inspire tantôt du contentieux de l'excès de pouvoir, tantôt de la jurisprudence de la Cour de cassation⁽⁵⁾.

Une attention particulière est également consacrée à la langue de l'arrêt : les solutions dégagées par la jurisprudence diffèrent parfois, selon que la décision émane d'une chambre francophone ou néerlandophone. Enfin, comme le remarque la doctrine hexagonale, le Conseil d'État de France n'opère pas un contrôle identique sur toutes les juridictions administratives : en fonction de la

⁽³⁾ Parmi d'autres, mentionnons le Conseil pour les contestations d'autorisations (d'urbanisme) institué par le décret du 27 mars 2009 *tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid*, la Cour environnementale de la Région flamande, instituée par le décret du 21 décembre 2007 *tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XVI «Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen*, ou encore le Conseil de règlement des différends en matière de décisions sur la progression des études, institué par le décret du 19 mars 2004 *betreffende de rechtspositieregeling van de student, de medezeggenschap in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen*.

⁽⁴⁾ Nous avons emprunté l'expression de «politique jurisprudentielle» à P. WEIL. Ce dernier oppose la notion à celle de «jurisprudence politique» du Conseil d'État de France. La première n'est, pour l'auteur, que l'expression des choix opérés par la haute juridiction lorsqu'elle doit trancher des litiges, armée d'un droit écrit lacunaire, la seconde fait plutôt référence à une intention plus ou moins masquée du Conseil d'État, qui souhaiterait, par sa jurisprudence, imposer ses propres courants politiques à la vie publique française : «Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Ann. dr. Aix*, 1959, p. 286.

⁽⁵⁾ Le même constat est dressé par la doctrine française pour le contentieux de cassation administrative hexagonal : B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Paris, P.U.F., 2008, p. 522.

confiance (*sic* !) que l'institution accorde au juge du fond, elle opère un contrôle plus ou moins serré de la décision dont pourvoi⁽⁶⁾. Nous tâchons d'apercevoir si ce phénomène se retrouve dans la jurisprudence belge, au moment où le contentieux administratif risque de prendre une tournure régionale, avec le développement de juridictions administratives par les entités fédérées. Il est impératif de savoir exactement quel contrôle des décisions de ces juridictions le Conseil d'État, juge de cassation, peut opérer pour pouvoir apprécier leur liberté d'action. Cependant, la majorité des arrêts analysés ayant été rendus en cassation du conseil du contentieux des étrangers, il nous est difficile aujourd'hui d'en dégager des enseignements généraux.

TITRE PRÉLIMINAIRE: PROLÉGOMÈNES

5. Les distinctions utiles à la compréhension de la question sont, d'abord, celle entre la cassation et l'excès de pouvoir, ensuite, celle entre le fait et le fond, enfin, celle entre le fait et le droit.

A. Les recours en cassation et en excès de pouvoir

6. Un très bref historique du recours en cassation administrative introduit cette section. Ensuite, nous nous consacrons à la distinction plus juridique entre cassation et excès de pouvoir devant le Conseil d'État⁽⁷⁾.

1) Rappel historique

7. Dès l'origine, les travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1946 sur le Conseil d'État indiquaient, en utilisant à de nombreuses reprises le vocable «cassation administrative», que ce dernier est un «organisme régulateur des juridictions inférieures» chargé d'examiner si, «indépendamment de toute question de fait», ces dernières ont fait une correcte application de la loi⁽⁸⁾. Les remarques ne sont pourtant guère traduites par le texte de loi qui ne fait mention, à l'époque, d'une quelconque cassation, ni de la moindre spé-

⁽⁶⁾ Sur la notion de confiance, voy.: D. JACQUEMART, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 239.

⁽⁷⁾ Dans la suite de l'exposé, nous parlons indistinctement du Conseil d'État, du Conseil d'État, juge de cassation, du juge de cassation administrative. Il faut alors lire: «le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation». S'il est fait mention de la jurisprudence d'excès de pouvoir du Conseil d'État, celle-ci est mentionnée explicitement.

⁽⁸⁾ Discours du ministre de l'Intérieur Buisseret à la séance du Sénat, le 4 décembre 1946, *A.P.*, p. 174; discours du ministre de l'Intérieur Van Glabbeke à la séance de la Chambre des représentants, le 11 décembre, *A.P.*, p. 104, cités in M. SOMERHAUSEN et F.-M. REMION (dir.), *Novelles – Tome VI: Le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 572.

cificité qu'il pourrait exister dans ce recours par rapport à celui pour excès de pouvoir. Tout au plus le Conseil d'État connaît-il des «recours en annulation [contre] les actes et règlements des diverses autorités administratives *ou contre les décisions contentieuses administratives*»⁽⁹⁾.

8. La loi du 3 juin 1971 confirme qu'il existe bien des différences entre le contentieux de l'excès de pouvoir et celui de cassation. En effet, cette loi nouvelle traite notamment du renvoi devant la juridiction administrative après cassation par le Conseil d'État, et du conflit d'attribution entre juridictions administratives⁽¹⁰⁾.

9. La doctrine, quant à elle, s'accorde sur le fait que juger de la légalité d'un acte administratif est différent d'apprécier la validité d'un jugement dans le cadre d'un recours en cassation. Cependant, constatant que la jurisprudence ne semble pas marquer de différences nettes à propos de l'un ou l'autre recours, elle indique qu'il est «inutile de s'y attarder»⁽¹¹⁾. Quelques spécificités procédurales existent bien⁽¹²⁾, mais dans l'examen des motifs de fait, l'examen de la jurisprudence fait conclure à une similitude des contentieux de cassation et d'excès de pouvoir⁽¹³⁾.

10. Il faut attendre les lois du 25 mai 1999⁽¹⁴⁾ et du 15 septembre 2006⁽¹⁵⁾ pour voir émerger un véritable recours en cassation consacré dans des textes légaux. La seconde loi instaure une procédure de filtre destinée à éviter au Conseil d'État de se retrouver surchargé de recours en cassation, lui qui vient de voir la partie de son contentieux relatif aux étrangers décentralisée vers une juridiction administrative spécifique⁽¹⁶⁾. Quant à la loi du 25 mai 1999, elle reconnaît enfin pleinement la spécificité du recours en cassation, puisqu'elle

⁽⁹⁾ C'est nous qui soulignons.

⁽¹⁰⁾ M. SOMERHAUSEN et F.-M. REMION (dir.), *op. cit.*, p. 573.

⁽¹¹⁾ C. CAMBIER, *La section d'administration du Conseil d'État*, 1949, p. 53, cité *in ibid.* p. 573.

⁽¹²⁾ Ces spécificités sont mentionnées chez les auteurs des *Novelles*: *ibid.*, pp. 577-620.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, pp. 585-589; M. HANOTIAU, «Le Conseil d'État, juge de cassation administrative», *in Le citoyen face à l'administration*, Liège, Édition du Jeune barreau de Liège, 1990, pp. 142-144.

⁽¹⁴⁾ Loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'État, ainsi que le Code judiciaire, M.B., 22 juin 1999.

⁽¹⁵⁾ Loi réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du Contentieux des Étrangers, M.B., 6 octobre 2006.

⁽¹⁶⁾ Cette évolution législative a été commentée par de nombreux auteurs vers lesquels nous renvoyons le lecteur pour plus d'informations: M. KAISER, «Le Conseil d'État et la réforme du contentieux des étrangers: une 'théorie du contentieux détachable' ?», A.P.T., 2007, pp. 249-266; D. RENDERS et G. PIJKE, «La procédure en cassation administrative à l'épreuve de la pratique», *in* P. LEWALLE (dir.), *Le contentieux administratif – Questions d'actualité*, CUP, n° 105, Liège, Anthemis, 2008, pp. 65-124; J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1962-2003; M. OSWALD, «La procédure en cassation administrative ou l'itinéraire d'une requête pas comme les autres», *in* P. MARTENS (dir.), *Saisir le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme*, CUP, n° 139, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 104-117.

porte que le Conseil d'État ne connaît point du fond des affaires lorsqu'il statue contre les décisions de juridictions administratives.

11. Malgré l'arrivée de ces deux lois, la doctrine n'a, à notre connaissance, réalisé aucune étude exhaustive de la jurisprudence d'après 1999 relative à la question du contrôle des motifs de fait dans la jurisprudence du Conseil d'État statuant en cassation⁽¹⁷⁾.

2) La distinction entre cassation et excès de pouvoir

12. En excès de pouvoir, le Conseil d'État statue contre l'acte posé par l'administration, partie en cause. En cassation, l'une des parties au procès devant une juridiction administrative conteste la légalité du jugement, et entend voir celui-ci remis en question. Le premier contentieux est objectif, il ne met pas en cause des droits subjectifs ; par contre, la doctrine considérerait le contentieux de cassation comme mettant en cause des droits subjectif⁽¹⁸⁾. P. Lewalle et L. Donnay tempèrent cette affirmation en considérant que la nature – objective ou subjective – du recours en cassation dépend elle-même de la nature du recours porté préalablement devant la juridiction administrative⁽¹⁹⁾. Le caractère objectif ou subjectif du recours n'est donc qu'affaire de circonstances. La jurisprudence paraît bien avoir entériné cette dernière idée⁽²⁰⁾.

13. La cassation administrative se différencie encore par diverses spécificités procédurales, accentuées par la loi du 15 septembre 2006⁽²¹⁾. La plus fameuse est celle du « filtre », qui permet à un juge unique, sans la présence de l'auditeur, d'accepter ou de refuser de renvoyer l'affaire en cassation si le recours est irrecevable ou manifestement non fondé⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Une brève analyse d'arrêts est tout de même proposée par la doctrine actuelle, par exemple : D. RENDERS et G. PIJCKE, *op. cit.*, pp. 84-91 ; P. LEJEUNE, « Les spécificités de la cassation administrative, chronique de jurisprudence 2006-2009 », *J.T.*, 2010, pp. 185 à 191 ; E. BREWAEYS et A. DE SMET, « De cassatieprocedure voor de Raad van State – een overzicht van de rechtspraak », *T. Vreemd.*, 2011, pp. 218-240 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, pp. 1380-1385 et pp. 1487-1495 ; M. OSWALD, *op. cit.*, pp. 104-117.

⁽¹⁸⁾ J. VELU, « Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État », conclusions sous Cass., 10 avril 1987, *A.P.T.*, pp. 301-302 ; R. ANDERSEN, « De quelques réflexions à propos de la cassation administrative », in *Mélanges – Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 276-277.

⁽¹⁹⁾ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 1001-1004.

⁽²⁰⁾ C.E., 15 mai 2009, XXX, n° 193.339, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 56-87 et note É. LONCKE et G. PIJCKE, « Cassation administrative, théorie de la cause et moyen nouveau ». Cela est confirmé par C.E., 7 février 2012, XXX, n° 217.758.

⁽²¹⁾ La liste des différences anciennes a été dressée par les auteurs des *Novelles*, *supra* nos 7 et 8 ; L. DONNAY en mentionne également quelques-unes, « Quatre détails de la procédure en cassation devant le Conseil d'État à ne pas négliger », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 397-412.

⁽²²⁾ Pour l'examen de ce filtre procédural, nous renvoyons vers M. OSWALD, *op. cit.*, pp. 100-120.

14. La présente étude examine si, comme supposé par la doctrine⁽²³⁾, le Conseil d'État est plus réservé quant à l'examen des faits lorsqu'il statue en cassation que lorsqu'il rend sa décision en excès de pouvoir.

B. La distinction entre fait et fond

15. À l'image de la Cour de cassation, le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, ne connaît point du *fond* des affaires⁽²⁴⁾. Il faut différencier cette notion de celle du « fait », objet de la publication⁽²⁵⁾.

16. Si la Constitution et la loi empêchent les juges de cassation de connaître du fond des affaires, la majorité de la doctrine considère que le fait peut être regardé par ces magistrats⁽²⁶⁾. Connaître le fond, c'est « appliquer le droit au fait »⁽²⁷⁾, ce qui est interdit au juge de cassation qui ne peut que « contrôler[r] l'application du droit au fait »⁽²⁸⁾. Inversement, le juge du fond n'est pas un juge du fait⁽²⁹⁾, mais celui qui « exerce la fonction juridictionnelle

⁽²³⁾ P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, p. 881.

⁽²⁴⁾ L'article 2 de la loi du 25 mai 1999 qui modifie l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, indique : « § 2. La section statue par voie d'arrêts sur les recours en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité. Dans ce cas, elle ne connaît pas du fond des affaires », ce qui est une référence explicite à l'article 147 de la Constitution coordonnée : « Il y a pour toute la Belgique une Cour de cassation. Cette Cour ne connaît pas du fond des affaires ».

⁽²⁵⁾ Le problème et ses implications au niveau probatoire sont évoqués par A. FORIERS, « La preuve du fait devant la Cour de cassation », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 123-124.

⁽²⁶⁾ Selon la formule de Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK : « [L]a fonction et le contrôle de cassation ne se meuvent point dans les nuages [...] l'on ne peut concevoir un contrôle « de pur droit » de la correcte application du droit aux faits de la cause sans livrer ces derniers au regard du juge de la légalité », *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 121. Néanmoins, A. DE BRUYN utilise un vocabulaire qui nous paraît malheureux en évoquant que « [c]hacun s'accorde à dire que ce qui est jugé en fait est jugé souverainement et ne peut donc être contrôlé et a fortiori censuré par la Cour de cassation ». « La Cour de cassation et le fait ou... quand et comment la Cour de cassation contrôle-t-elle une appréciation en fait du juge du fond ? », in S. VAN DROOGHENBROECK et F. TULKENS (coord.), *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 43.

⁽²⁷⁾ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 24.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 30. Voy. aussi : « [L]a Cour de cassation ne juge pas en droit. Elle vérifie si la décision qui lui est soumise respecte la loi ». A. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 43. Avec E. KRINGS, nous pensons que mentionner l'exposé des motifs de la loi du 7 juillet 1865 n'est pas sans intérêt, au regard de sa grande justesse : « [L]e jugement du point de droit, quoique définitif est toujours en dehors du jugement du fond. Juger le fond de l'affaire, c'est appliquer au fait le point de droit définitivement jugé par l'arrêt qui prononce la cassation. Tel est le travail du juge du fond à qui la Cour doit renvoyer l'affaire lorsqu'elle casse la décision qui lui a été soumise » : « La cassation n'est pas un troisième degré de juridiction », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 127.

⁽²⁹⁾ Sur le statut de juge de la légalité du Conseil d'État, voy. M. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 142 et 143, et *Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1960/1, pp. 18-19. *Infra* nos 18, 19 et 20.

dans sa plénitude, il est le seul juge du fait *et* du droit⁽³⁰⁾». Le raffinement augmente encore lorsque l'on se rappelle que le Conseil d'État est – y compris dans le contentieux de l'excès de pouvoir – un juge de la *légalité*, et non pas un juge du fond au sens judiciaire, tout comme peut l'être, notamment, le Conseil du contentieux des étrangers dans certains litiges⁽³¹⁾. Un recours en cassation contre la décision d'un juge de la légalité est donc parfaitement envisageable.

17. Tout au long de ce travail, nous nous permettons une approximation dans le vocable utilisé, en considérant, par symétrie avec la cassation judiciaire, que les décisions contrôlées par le Conseil d'État sont celles de juges du fond et que le contrôle des motifs que celui-ci opère ne varie pas sur ce point⁽³²⁾.

C. La distinction entre fait et droit

18. La notion de «fait» est souvent opposée à celle de «droit» dans le syllogisme judiciaire. Le droit serait la majeure du raisonnement, la règle abstraite et détachée, le fait en serait la mineure, soit l'ensemble des éléments concrets à prendre en compte, à apprécier par le magistrat, enfin, la conclusion du syllogisme représenterait la solution juridique du litige⁽³³⁾.

19. D'éminents auteurs ont tenté de remettre en question l'opposition traditionnelle entre fait et droit mais sans beaucoup de succès dans la pratique juridique⁽³⁴⁾. Le reproche principalement formulé à l'encontre de la distinction est que le fait dont le magistrat connaît la teneur est instrumentalisé. Il ne s'agit pas d'un vrai fait, mais d'un succédané de fait, constaté par des pièces de procédure, dont l'étude se résume à un regard discret, destiné à le faire rentrer dans un moule juridique préconçu⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 30.

⁽³¹⁾ P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, pp. 1001-1004.

⁽³²⁾ Par contre, il y a bien une différence au moins à un autre niveau, puisqu'il semble que dans le contentieux subjectif, le Conseil d'État adopte une conception factuelle de la cause : C.E., 15 mai 2009, XXX, n° 193.339, R.C.J.B., 2011, pp. 56-87 et note É. LONCKE et G. PIJCKE, «Cassation administrative, théorie de la cause et moyen nouveau».

⁽³³⁾ À titre d'exemple : la loi punit de la réclusion à perpétuité l'auteur d'un assassinat (majeure). Or, X a assassiné Y (mineure). Donc X doit être puni de la réclusion à perpétuité (conclusion). De longs développements théoriques sur le syllogisme judiciaire sont donnés par F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, pp. 36-46.

⁽³⁴⁾ D'après J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction* – Iuria dicit curia, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2004, p. 28, celui qui remet le plus vivement en question la séparation entre fait et droit serait F. Rigaux, dans son ouvrage précité. J.-F. van Drooghenbroeck conteste cependant la validité théorique de la thèse de Rigaux : *ibid.*, pp. 25-62. Il souligne aussi que malgré la récusation exercée par F. Rigaux, la distinction entre fait et droit est très présente en droit positif : *ibid.*, pp. 62-89.

⁽³⁵⁾ Sur cette idée, voy. F. RIGAUX, «La notion de fait en science juridique», *Ann. dr.*, 1988, p. 4.

20. Comme en réponse à l'idée d'une distinction impossible entre fait et droit, J.-F. van Drooghenbroeck a construit sa dissertation doctorale sur le postulat qu'une séparation pragmatique entre les deux notions est envisageable. Il ne faut pas, pour lui, chercher à séparer les deux notions de manière dichotomique et caricaturale, pour en conclure très rapidement que toute distinction serait impossible. Il préfère opérer une scission entre les deux notions en raison des vertus méthodologiques importantes de cette séparation, particulièrement pour comprendre la technique de cassation⁽³⁶⁾.

TITRE PREMIER : LE FAIT DANS LA CASSATION ADMINISTRATIVE

*Ils jugeront le peuple en permanence.
Tout ce qui a de l'importance,
ils te le présenteront, mais ce qui en a moins,
ils le jugeront eux-mêmes.*

– Exode –

21. L'objet du titre premier est de déterminer la place du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État statuant comme juge de cassation. Nous commençons d'abord par examiner comment est contrôlé le fait préalablement établi au fond. Ensuite, nous étudions le sort qu'il réserve à l'appréciation des faits réalisée par les juridictions administratives. Enfin, nous nous arrêtons sur les qualifications juridiques opérées au fond, et regardons s'il est susceptible de les redresser.

A. Le correct établissement du fait

22. Avant même d'aborder les questions relatives à l'appréciation en fait et à la qualification juridique, il importe de se demander, d'une part, à quels types de faits le juge de cassation administrative peut avoir égard, et d'autre part, dans quelles sources il peut les rechercher⁽³⁷⁾. Après cela, nous abordons deux types de contrôle exercés par le juge de cassation, dans le cadre de sa fonction disciplinaire, et pour lesquels il est obligé de s'approcher au plus près du fait : le respect de la motivation et de la foi due aux actes.

⁽³⁶⁾ De plus, il rappelle que, si une distinction propre et nette peut être difficile à établir dans certaines situations, il est très souvent possible d'exposer une situation litigieuse sans la raccrocher au droit, donc, avec des éléments purement factuels : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 57-62. Le grand intérêt de cette séparation apparaît, nous semble-t-il, lorsque nous abordons des situations où il est difficile de dire si le juge devrait ou non opérer son contrôle, comme pour l'erreur manifeste d'appréciation, *infra* n° 49 ; sur la « technique de cassation », nous renvoyons à l'ouvrage de Cl. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2011, 214 p.

⁽³⁷⁾ Il revient à J.-F. VAN DROOGHENBROECK d'avoir isolé ces deux questions, *op. cit.*, p. 149.

1) Des faits qui peuvent être pris en considération

23. Selon la typologie établie par F. Rigaux et reprise par P. A. Foriers, deux grandes catégories de faits devant la Cour de cassation peuvent être identifiées, la seconde se subdivisant elle-même⁽³⁸⁾. La première comporte les faits de la cause, la deuxième comprend les faits de la procédure, devant le juge du fond, et devant le juge de cassation. Cette typologie peut, à notre sens, être utilisée pour classer également les faits devant le Conseil d'État, statuant en cassation.

24. Les faits de la cause sont «les faits matériels qui sous-tendent⁽³⁹⁾ les demandes des parties au fond»⁽⁴⁰⁾. Rappelons que les faits dans une procédure judiciaire sont sélectionnés par les parties en fonction de leur demande, ils ne sont pas censés rendre compte de toute la réalité⁽⁴¹⁾. Le même constat peut être fait dans d'autres disciplines, étrangères à la science juridique⁽⁴²⁾. Ces faits (ne) servent (qu')à donner du contenu aux notions de qualification juridique, d'appréciation souveraine du juge, de motivation, de foi due aux actes, etc.

25. Les faits de la procédure au fond sont les «faits de volonté émanant des parties ou du juge [du fond]»⁽⁴³⁾, voire «tous les faits intéressant la légalité de la procédure»⁽⁴⁴⁾. Parmi les plus importants, mentionnons la décision qui est attaquée devant le juge de cassation, les autres jugements éventuellement rendus par l'une des instances administratives, les conclusions des parties, le dossier administratif.

Enfin, les faits de la procédure en cassation sont les faits de procédure qui interviennent après le prononcé du jugement entrepris en cassation.

26. Dans la suite de notre exposé, nous nous attachons principalement aux faits de la cause et aux faits de la procédure au fond. Les faits de la procédure en cassation n'obéissent pas aux mêmes règles que les précédents : le juge de cassation les connaît pleinement, il peut trancher au fond à leur sujet⁽⁴⁵⁾.

(38) F. RIGAU (1966), *op. cit.*, pp. 97-98 et pp. 143-148 ; P. A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 128-147.

(39) *Sic.*

(40) P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 128.

(41) Ainsi, selon F. Rigaux : «la méthode juridique opère une sélection préalable des faits pertinents. La pertinence est instaurée par une relation d'appartenance entre une description conceptuelle de la situation et un concept juridique. C'est ce qu'il faut appeler la présence du droit dans le fait» : F. RIGAU (1988), *op. cit.*, p. 13.

(42) «Seuls les esprits oublieux de la structure dialogale (*sic*) de la vérité et donc convaincus de saisir le réel "tel qu'il est en lui-même" s'en scandalisent, les autres se rappelant que toute démarche de connaissance humaine se fonde sur les présupposés propres à chaque discipline» : X. DIJON, *Méthodologie juridique – l'application de la norme*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 10-11.

(43) F. RIGAU (1966), *op. cit.*, p. 146.

(44) P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 128.

(45) F. RIGAU (1966), *op. cit.*, p. 147 ; P. A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 144-145.

Étant étrangers à la technique de cassation *sensu stricto*⁽⁴⁶⁾, il nous a semblé logique de les exclure.

Concernant les faits de la procédure au fond, il faut opérer une distinction entre le jugement entrepris et les autres faits de procédure. Le premier est l'« objet propre » du recours et est interprété souverainement par le juge de cassation⁽⁴⁷⁾.

Les autres faits de la procédure au fond ainsi que les faits de la cause, sans obéir pleinement aux mêmes règles⁽⁴⁸⁾, rentrent dans la technique de cassation, et seront donc l'objet principal de notre exposé⁽⁴⁹⁾. Dans la suite de celui-ci, nous ne distinguons pas systématiquement ces deux catégories de faits.

2) Des sources dans lesquelles les faits peuvent être vérifiés

27. Le rôle du juge de cassation est de *contrôler l'application du droit au fait*⁽⁵⁰⁾. Deux fonctions de cassation sont identifiées par la doctrine : la fonction juridique⁽⁵¹⁾ et la fonction disciplinaire⁽⁵²⁾. Cette dernière tend à permettre la suppression des éventuelles « erreurs scandaleuses » par leur évidence, laissées par le juge du fond⁽⁵³⁾. Pour y parvenir, la Cour de cassation, suivie en cela par le Conseil d'État, recourt principalement à deux méthodes⁽⁵⁴⁾ : le contrôle de la motivation et la sanction de la violation de la foi due aux actes. Afin de permettre au juge de cassation de remplir correctement cette fonction, il doit pouvoir déterminer où il peut trouver les éléments nécessaires à son contrôle.

(46) Ils sont étrangers à la technique parce que le juge de cassation agit à leur sujet comme le ferait le juge du fond.

(47) F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, p. 146.

(48) À ce sujet, notamment, sur le plan probatoire : P. A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 128-143.

(49) Évoquons, pour mémoire, que la doctrine relative à la cassation judiciaire consacre de longs développements à la séparation entre fait spécialement invoqué et fait simplement allégué. Cette *summa divisio*, liée à l'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005 – décision au moins partiellement transposable à la jurisprudence de cassation administrative : E. LONCKE et G. PIJCKE, « Note sous C.E., 15 mai 2009, XXX, n° 193.339 : Cassation administrative, théorie de la cause et moyen nouveau », *R.C.J.B.*, 2011, pp. 56-87, répété par C.E., 7 février 2012, XXX, n° 217.758 – ne sera pas analysée ici, en raison de la spécificité de la matière qui nécessiterait une contribution y entièrement consacrée. Seront également exclues de nos investigations les techniques particulières de la procédure en cassation, qui sont évidemment d'une grande importance pratique. Nous pensons par exemple au moyen de pur droit, au moyen nouveau et au moyen mêlé de fait et de droit. Ces techniques peuvent être décisives, notamment pour savoir si un fait peut être présenté pour la première fois en degré de cassation. Il conviendra donc au praticien d'amender les propos ici tenus en fonction de la situation particulière à laquelle il se trouverait confronté.

(50) *Supra*, n° 16.

(51) Sur la fonction juridique, voy. *infra*, n°s 52-55.

(52) G. MARTY, *La distinction du fait et du droit – Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 363-371.

(53) *Ibid.*, p. 367.

(54) *Voy.*, *infra*, n°s 30-43.

28. Il appartient au juge de cassation de connaître, mais non de rechercher le fait⁽⁵⁵⁾. Dans la cassation judiciaire, deux écoles s'opposent⁽⁵⁶⁾. D'une part, les minimalistes – minoritaires – considèrent que seuls les faits présentés dans le jugement attaqué peuvent être contrôlés par la Cour de cassation. D'autre part, la doctrine majoritaire considère qu'il peut également avoir égard aux pièces du dossier⁽⁵⁷⁾.

Opter pour une vision restrictive, c'est courir le risque de priver d'efficacité le contrôle exercé par le juge de cassation. Le juge du fond n'aurait, dans cette situation, qu'à s'abstenir de constater un fait pour échapper à la censure⁽⁵⁸⁾.

29. Plusieurs décisions indiquent que le Conseil d'État peut avoir égard à, ou tenir compte de, certaines pièces⁽⁵⁹⁾. Il lui arrive de se tourner vers le dossier administratif pour vérifier les dires du requérant et comprendre comment le juge contrôlé est arrivé à sa décision⁽⁶⁰⁾. Avoir égard aux pièces du dossier n'implique toutefois pas que le juge de cassation puisse remettre en cause l'appréciation souveraine du juge du fond qui constate que le dossier est incomplet⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁵⁾ La formule est donnée pour la Cour de cassation mais est, à notre sens, pleinement acceptable pour le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, au moins depuis 1999. Autrefois, la jurisprudence admettait que le juge de cassation administrative, comme celui de l'excès de pouvoir, se base sur des éléments extérieurs, d'après les auteurs des *Novelles*, *op. cit.*, p. 589. L'interdiction actuelle de rechercher les faits est complétée par l'interdiction d'apprécier ceux-ci, notion qui fera l'objet de plus de développements *infra*, nos 45-48. Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 124.

⁽⁵⁶⁾ Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 137-143.

⁽⁵⁷⁾ L'expression la plus claire est celle formulée dans une note, signée R. H. (probablement Raoul Hayoit de Termicourt), sous Cass., 26 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, pp. 157-160 : « la cour, pour résoudre les questions de droit qui lui sont soumises par un pourvoi, ne peut tenir compte d'autres faits que ceux qui sont constatés par la décision attaquée, par les pièces de procédure, par les actes régulièrement soumis au juge du fond et par des documents légaux et publics dont l'examen s'imposait à ce juge et qui, pour ce motif, sont censés faire partie de la procédure. Cette [...] règle n'est pas énoncée par un texte constitutionnel ; elle se déduit du caractère de la mission de la cour ». C'est l'auteur qui souligne.

⁽⁵⁸⁾ Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 136.

⁽⁵⁹⁾ Par exemple : C.E., 8 mars 2012, XXX, n° 218.388 ; C.E., 5 octobre 2010, XXX, n° 207.908 ; C.E., 1^{er} avril 2009, XXX, n° 192.125.

⁽⁶⁰⁾ Jugé : « [a]insi que le soutient le requérant, il apparaît effectivement de l'examen du dossier administratif et plus spécialement de la comparaison de la décision attaquée du 1^{er} mars 2012 de la chambre de recours avec les conclusions du 24 janvier 2008 que l'INAMI a déposées devant cette chambre, que la décision attaquée reproduit pratiquement intégralement la thèse de l'INAMI » : C.E., 26 juin 2013, *Labaye*, n° 224.074.

⁽⁶¹⁾ C.E., 12 octobre 2010, *État belge*, n° 208.110. Une réserve doit cependant être admise : si le juge du fond a violé la foi due à un acte du dossier pour considérer que ce dernier était incomplet, la cassation redevient possible. Voy. *infra*, nos 38-43.

Quant à la thèse restrictive, elle se retrouve dans certaines décisions, tout en restant minoritaire, comme devant la Cour de cassation⁽⁶²⁾.

3) De la motivation des jugements

30. Contrairement au contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, n'examine pas la légalité des jugements par rapport à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs⁽⁶³⁾. Le juge de cassation administrative ne peut exercer de censure qu'en cas de violation de l'article 149 de la Constitution, comme il l'indique à de nombreuses reprises, parfois de manière bienveillante⁽⁶⁴⁾.

31. Encore faut-il pouvoir circonscrire le champ d'application et les effets d'une disposition constitutionnelle dont le libellé du texte – « [t]out jugement est motivé »⁽⁶⁵⁾ – ne donne pas grande explication. La doctrine commentant la jurisprudence de la Cour de cassation s'accorde pour voir, dans cette disposition, une obligation purement formelle⁽⁶⁶⁾, visant à protéger de l'arbitraire du juge du fond⁽⁶⁷⁾.

Le Conseil d'État décide donc fort logiquement que : « l'article 149 de la Constitution prescrit une règle de forme en sorte qu'un arrêt est motivé au sens de cette disposition lorsque le juge indique clairement et sans équivoque les

⁽⁶²⁾ Au moins un arrêt porte : « le juge de cassation ne peut dès lors avoir égard qu'aux seuls moyens de droit qui se fondent sur les faits constatés par l'arrêt [...] le moyen qui invite le Conseil d'État à se fonder sur des faits non repris dans l'arrêt, est mélangé de fait et de droit et partant irrecevable » : C.E., 31 mars 2009, XXX, n° 192.095, c'est nous qui soulignons.

⁽⁶³⁾ Comme le fait cependant justement remarquer M. OSWALD, un contrôle de qualification juridique de la motivation formelle imposée par la loi de 1991 est cependant possible : *op. cit.*, p. 109. En effet, si un jugement contrôle un acte individuel de manière objective, il ne se substitue pas à l'acte. Partant, si ledit jugement méconnaît la loi de 1991, il encourt la cassation : C.E., 12 mars 2013, *État belge*, n° 222.824 ; C.E., 14 octobre 2011, XXX, n° 215.766 ; C.E., 26 août 2010, *État belge*, n° 206.996. Sur la notion de qualification juridique, voy. *infra*, n°s 52-55.

⁽⁶⁴⁾ Le moyen qui invoque une violation de la loi relative à la motivation formelle sera parfois interprété de manière bienveillante comme visant l'article 149 de la Constitution. Par ex. : C.E., 4 octobre 2001, XXX, n° 99.495 ; C.E., 11 janvier 2001, XXX, n° 92.100. Cette jurisprudence d'apparence souple ne doit cependant pas tromper. Il ressort des ordonnances d'admission récentes que, comme cela se fait pour la violation de la foi due aux actes, analysée *infra*, le juge de cassation peut considérer qu'un moyen qui n'invoque pas l'article 149 de la Constitution est manifestement irrecevable, p. ex. : C.E. (o.c.), 20 septembre 2012, XXXXX, n° 9050 et n° 9053 ; C.E. (o.c.), 18 juillet 2012, XXXXX et XXXXX, n° 8781.

⁽⁶⁵⁾ La deuxième phrase de l'article 149, que nous n'examinerons pas, indique : « Il est prononcé en audience publique ».

⁽⁶⁶⁾ F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, pp. 312-313.

⁽⁶⁷⁾ Le justiciable, face à un jugement motivé, se verrait gardé de l'arbitraire du magistrat du fond : F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 465.

raisons, fussent-elles erronées ou illégales, qui l'ont déterminé à statuer comme il l'a fait»⁽⁶⁸⁾.

M. Dumon indique, avec raison selon nous, que le juge du fond ayant respecté les règles de forme a bien appliqué l'article 149 de la Constitution et n'encourt donc pas la censure de la Cour de cassation. Si le jugement critiqué contient des raisons illégales, il appartient au requérant d'invoquer les dispositions légales violées et non pas l'obligation de motivation⁽⁶⁹⁾.

32. D'après la doctrine judiciaire, la motivation de l'article 149 de la Constitution doit rencontrer quatre exigences⁽⁷⁰⁾ : premièrement, le juge a l'obligation de répondre aux conclusions des parties⁽⁷¹⁾, deuxièmement, il ne peut rendre de décision dépourvue de motifs, troisièmement, il ne peut non plus donner de motifs contradictoires avec son dispositif, enfin, il ne peut pas donner de motifs contradictoires entre eux⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁸⁾ Par ex. : C.E., 19 novembre 2012, *Adamis*, n° 221.400 ; C.E., 8 mars 2012, XXX, n° 218.388 ; C.E., 19 novembre 2009, XXX et ZZZ, n°s 198.036 et 198.037 ; C.E., 22 octobre 2009, XXX, n° 197.190 ; C.E., 26 juin 2009, XXX, XXX, XXX et XXX, n°s 194.752 et 194.753 ; C.E., 31 mars 2009, XXX, n° 192.095 ; C.E., 17 décembre 2008, *Habnoun*, n° 188.926. La formulation peut surprendre. D'après F. Rigaux, les raisons illégales ou, « motifs illégaux », sont ceux qui, erronés en droit, peuvent être suppléés par le juge de cassation, tant que l'insuffisance ou l'imprécision des constatations de fait du juge du fond n'interdisent pas au juge suprême de corriger la « partie juridique » de la motivation : F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, p. 313. Sur cette notion de suppléance, voy. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 6a ed. *Riveduta e corretta*, Padova, Cedam, 1959, n° 293 : « “La Cour de cassation”, affirme le professeur Satta, “n’a pas à exprimer de jugement théorique sur la perfection de la sentence elle-même”. Le demandeur ne justifie d’un intérêt à obtenir la cassation de la décision entreprise que si celle-ci “a eu un effet pratique auquel la loi ne consentait pas ; que si, au contraire, la modification apportée par la décision à la situation respective des parties était précisément celle-là qui devait résulter de la loi, il est sans importance que le juge ait atteint cette conclusion par des raisonnements incorrects ou de fausses interprétations” », cité *ibid.*, p. 161.

⁽⁶⁹⁾ F. DUMON, *op. cit.*, p. 466.

⁽⁷⁰⁾ F. RIGAUX (1966), pp. 314-335 ; F. DUMON, *ibid.*, p. 466 et p. 470.

⁽⁷¹⁾ Pour un exemple flagrant d'absence de prise en compte de certaines conclusions et, partant, d'une cassation administrative sur cette base : C.E., 26 juin 2013, *Labaye*, n° 224.074. Cette obligation n'impose pas au juge de répondre individuellement à chaque argument, comme le relève F. DUMON, en soulignant la difficulté de parfois différencier moyen et argument : *ibid.*, p. 466. Dans la jurisprudence du Conseil d'État, cette optique se retrouve également. Ainsi, jugé que « si le juge doit répondre explicitement ou implicitement à toute demande, à toute exception, toute défense et tout moyen formulé par les parties, il n'est pas tenu de les examiner un à un, mais il suffit que de l'ensemble de la décision apparaissent les raisons pour lesquelles la demande, l'exception, la défense ou le moyen ont été accueillis ou rejetés » : C.E., 17 décembre 2008, *Habnoun*, n° 188.926. Au moins un arrêt casse cependant un jugement pour non-réponse à un « argument » : C.E., 12 mai 2011, *État belge*, n° 213.232. La lecture de cet arrêt fait toutefois ressortir l'importance de cet « argument » qu'il est possible d'assimiler à un moyen.

⁽⁷²⁾ Les trois premières occurrences entraînent fort logiquement la cassation. Pour la contradiction entre motifs, F. RIGAUX remarque justement que la censure de ce vice va plus loin que les trois premiers, même s'il s'agit d'une forme traditionnelle de contrôle des motifs par le juge de cassation. Le grand auteur indique qu'une contradiction entre motif et dispositif équivaut à l'absence de motif, alors que la contradiction entre deux motifs est un vice beaucoup plus difficile à détecter, qui oblige à une analyse de fait bien plus grande. En effet, dans ce cas, le dispositif s'appuierait sur un motif

Le Conseil d'État paraît adopter cette vision de l'article 149 de la Constitution⁽⁷³⁾.

33. L'article 149 de la Constitution serait susceptible de provoquer la censure d'autres erreurs dans le raisonnement du juge du fond. C'est ce qu'a un temps décidé la Cour de cassation, avant de revenir à plus d'orthodoxie, sous l'insistance de son parquet général⁽⁷⁴⁾.

La Cour de cassation a ainsi censuré, pour défaut de motivation formelle : la décision ne bénéficiant pas de motifs adéquats⁽⁷⁵⁾, étant entachée d'une contradiction logique⁽⁷⁶⁾ ou souffrant d'un défaut de base légale⁽⁷⁷⁾.

34. Tout comme la Cour de cassation, le Conseil d'État propose parfois une interprétation originale de l'article 149 de la Constitution. Il nous semble possible d'identifier trois voies de censure particulières. Premièrement, il lui arrive de vérifier si le juge contrôlé a respecté son obligation de prendre en considération l'ensemble des faits. Deuxièmement, il peut également vérifier si le juge a procédé à un établissement matériellement correct des faits. Troisièmement, il peut enfin procéder à un contrôle de fond, ou tout au moins, faisant

correct mais en contradiction avec un autre motif. «[Q]uand le dispositif s'appuie légalement sur un motif, ne suffirait-il pas d'écarter l'autre qui les contredit tous deux? Ou, si l'on préfère, le choix opéré dans le dispositif ne lève-t-il pas la contradiction dont la motivation limitée à elle-même paraissait entachée?» se demande l'auteur, *op. cit.*, pp. 330-331. Pour un exemple d'une censure d'un jugement aux motifs contradictoires: C.E., 13 juillet 2012, C.G.R.A., n° 220.321. Dans le même sens que pour la contradiction entre motifs, il semble acquis de longue date – et, selon nous, de façon tout aussi peu justifiée théoriquement que pour le vice précédent – que la motivation ne peut pas être ambiguë, c'est-à-dire sujette à au moins deux interprétations dont une au moins est illégale: F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, pp. 324-325; Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 358-359. F. DUMON admet la censure des motifs ambigus: *op. cit.*, p. 466.

⁽⁷³⁾ Il est difficile d'établir clairement si certains arrêts se refusent à exercer l'un des quatre contrôles identifiés ou, ce qui est plus probable, si le moyen n'est simplement pas rédigé de manière telle qu'il permette au Conseil d'État d'exercer l'un de ces quatre contrôles. Par ex.: C.E., 22 octobre 2009, XXX, n° 197.190.

⁽⁷⁴⁾ F. DUMON, *op. cit.*, pp. 466-470.

⁽⁷⁵⁾ Ce contrôle permettait à la Cour de cassation d'interpréter les conclusions déposées devant elle, sans toutefois que le juge suprême ne se reconnaisse explicitement ce pouvoir, d'après F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, p. 329. Comme elle manquait de précision, cette notion de réponse adéquate a été remplacée par l'exigence d'une «relation entre le point de droit ou de fait jugé, ou le moyen auquel le juge répond, et les motifs énoncés», selon Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 259. Dans ce sens aussi: F. RIGAUX, «La Cour de cassation et la cohérence de l'ordre juridique positif», in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 754-755.

⁽⁷⁶⁾ La «logique» est entrée dans la jurisprudence de cassation en 1962: Cass., 18 septembre 1962, *Pas.*, 1963, I, pp. 80-83. Elle «concerne le raisonnement, les opérations de l'intelligence, la manière dont les idées et les choses s'enchaînent, découlent les unes des autres», F. DUMON, *op. cit.*, p. 469. La légitimité du contrôle de ce vice a cependant été contestée par F. Dumon, puisqu'il forçait, selon lui, le juge suprême à apprécier le fait, *ibid.*

⁽⁷⁷⁾ Voy. *infra*, n° 35.

la part belle à une très large analyse des faits, sous le couvert de l'article 149 de la Constitution.

35. Première utilisation originale de l'obligation de motivation formelle, certains arrêts ont décidé de vérifier que «la juridiction de fond a bien pris en considération l'ensemble [des faits] qui lui ont été présentés»⁽⁷⁸⁾. Cette obligation ressemble à celle qui impose au juge du fond de fournir une base légale à sa décision⁽⁷⁹⁾.

D'origine française, la théorie du défaut de base légale permet au juge de cassation de connaître le moyen qui reproche à une décision de ne pas avoir exposé les «éléments de fait nécessaires pour justifier l'application de la loi»⁽⁸⁰⁾. La doctrine française distingue ce vice de fond du contrôle de la motivation, qui n'est qu'un vice de forme⁽⁸¹⁾, à la différence des auteurs belges, qui rattachent le contrôle de la base légale au prescrit de l'article 149 de la Constitution⁽⁸²⁾. F. Dumon estime, à raison selon nous, qu'assimiler le défaut de base légale à la motivation est «périlleux», et que le juge de cassation devrait uniquement contrôler celui-ci par le biais de la qualification juridique⁽⁸³⁾. En effet, le juge qui opère une qualification sur base d'un constat de fait incomplet viole la notion légale utilisée, mais aucunement la motivation⁽⁸⁴⁾.

Quoi qu'il en soit, le juge de cassation administrative qui décide de vérifier s'il y a bien eu prise en compte des faits – qu'il le fasse par le biais de la motivation ou par celui de la qualification juridique – ne s'approche pas desdits faits d'une manière excessive au regard de la technique de cassation. Via ce procédé, les faits sont contrôlés d'une façon analogue à ce qu'ils le seraient par une vérification des qualifications juridiques, mais simplement par un cheminement différent⁽⁸⁵⁾.

36. Plus originale, bien que minoritaire, est la position adoptée par le Conseil d'État dans un arrêt *Bertrand*⁽⁸⁶⁾. Dans cette affaire, alors que le moyen

⁽⁷⁸⁾ C.E., 11 janvier 2001, XXX, n° 92.100; C.E., 18 mai 2000, XXX, n° 87.394. La formule est également présente dans : C.E., 12 mai 2003, XXX, n° 119.258 et C.E., 8 février 2002, XXX, n° 103.423, mais ne se rattache pas à un moyen pris de la violation de la motivation du jugement.

⁽⁷⁹⁾ Dans ce sens, nous semble-t-il : J. BORÉ et L. BORÉ qui visent comme premier cas d'ouverture à cassation pour défaut de base légale, les cas de «constatation incomplète du fait», *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2008, pp. 441-444.

⁽⁸⁰⁾ E. FAYE, *La Cour de cassation – Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1903, pp. 133-134.

⁽⁸¹⁾ Voy. tout de même J. BORÉ et L. BORÉ qui considèrent que le défaut de base légale est un vice de forme en s'appuyant... sur l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence belge : *op. cit.*, pp. 435-436.

⁽⁸²⁾ F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, pp. 310-311.

⁽⁸³⁾ F. DUMON, *op. cit.*, p. 467.

⁽⁸⁴⁾ Sur la qualification juridique, voy. *infra*, n°s 51-60.

⁽⁸⁵⁾ Le chemin est différent et critiqué par F. Dumon, pour son manque d'orthodoxie, voy. *supra*, n° 35.

⁽⁸⁶⁾ C.E., 27 mars 2002, *Bertrand*, n° 105.197.

est pris de la violation de l'article 149 de la Constitution, la haute juridiction décide qu'elle doit « strictement limiter son contrôle à la vérification de l'exactitude matérielle des faits »⁽⁸⁷⁾. En se reconnaissant ce pouvoir le Conseil d'État réduit considérablement la frontière de sa censure avec le fond de l'affaire : il va plus loin que le simple *contrôle* de l'application du droit au fait.

À titre de comparaison la Cour de cassation belge refuse de contrôler la matérialité des faits⁽⁸⁸⁾. Son homologue français adopte la même voie⁽⁸⁹⁾. Le Conseil d'État français, statuant en cassation, opère par contre ce contrôle⁽⁹⁰⁾. Il est de tradition que le juge de l'excès de pouvoir belge sanctionne l'administration n'ayant pas établi correctement les faits⁽⁹¹⁾. Devant la divergence de possibilités, il peut paraître difficile au juge de cassation administrative de savoir s'il doit, ou non, contrôler cette irrégularité. À notre sens, une telle sanction n'a pas sa place en cassation, qu'elle soit judiciaire ou administrative. Elle ne rentre pas dans le prescrit de l'article 149 de la Constitution et oblige le juge de cassation à s'aventurer dans les limbes du fond de l'affaire pour être appliquée⁽⁹²⁾.

Il ne paraît pas ressortir de la jurisprudence de cassation administrative que la solution dégagée par l'arrêt *Bertrand* soit celle suivie en principe par le Conseil d'État. La solution a même été explicitement rejetée par un arrêt *Depasse*⁽⁹³⁾.

37. Enfin, la troisième manière originale – et également isolée – d'interpréter l'article 149 de la Constitution est celle de l'arrêt *Jacobs*⁽⁹⁴⁾. Dans cette décision, le juge semble pousser plus loin que jamais le contrôle de fait, sur base du respect de la motivation. Il s'agit d'un arrêt statuant en cassation contre une

(87) Le Conseil d'État réitère la formule dans une série d'arrêtés du même jour alors que, cette fois, le moyen n'était pas pris de la violation de l'article 149 de la Constitution : C.E., 9 octobre 2006, *Akhechaa*, n° 163.310 ; C.E., 9 octobre 2006, *Akhechaa et Bekkour*, n° 163.308 ; C.E., 9 octobre 2006, *Bekkour et Azzouz*, n° 163.307 ; C.E., 9 octobre 2006, *Akhechaa*, n° 163.306.

(88) Cl. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 93.

(89) J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, pp. 381-382.

(90) F. COLIN, *op. cit.*, p. 785.

(91) C.E., 24 octobre 1949, *Doevenspeck*, n° 140. Voy. aussi : P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, pp. 1067-1069.

(92) L'absence de contrôle ne signifie toutefois pas que l'établissement incorrect des faits par le juge du fond échapperait d'office à la censure. Dans une certaine mesure, l'invocation d'une violation de la foi due à un acte de procédure pourrait rattraper l'illégalité du juge contrôlé. En ce sens, J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, p. 411. Sur la notion de violation de la foi due aux actes, voy. *infra*, nos 38-43.

(93) L'arrêt indique que « le moyen examiné n'est pas recevable en ce qu'il se fonde sur l'inexactitude matérielle des faits » : C.E., 28 juin 2005, *Depasse*, n° 146.837. L'interdiction de connaître d'une erreur de fait, assimilée au fond de l'affaire, est notamment répétée quelques années plus tard : C.E., 11 décembre 2008, *État belge*, n° 188.716.

(94) C.E., 17 février 2009, *Jacobs*, n° 190.521. Sur les faits de cet arrêt, voy. E. LONCKE, « Een eerste administratieve cassatie in onderwijsaangelegenheden », in K. WAUTERS (éd.), *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar – Diversiteit in eenheid*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 225-247.

décision du *Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen*. Pour le Conseil d'État, la juridiction administrative doit établir sur quels faits elle se base pour prendre sa décision, afin que cette dernière soit « compréhensible et acceptable » et pour permettre au juge de cassation de déterminer si la loi a été correctement appliquée⁽⁹⁵⁾. Sans s'arrêter à cette formule déjà exorbitante du considérant de base en la matière, le Conseil d'État exerce dans la suite de l'arrêt un contrôle très poussé des faits. Il remarque que la décision d'échec s'est fondée sur un simple critère mathématique, sans tenir compte de circonstances spéciales, comme le prévoyait l'article 36 du règlement des examens. Il finit par casser la décision attaquée.

En France, l'étendue du contrôle dans une telle décision par rapport à d'autres, où la censure est clairement plus restreinte, peut s'expliquer par le degré de confiance que le Conseil d'État accorde au juge du fond. S'il s'agit d'une juridiction centrale, alors la confiance est élevée et le contrôle restreint. S'il s'agit d'une juridiction décentralisée, c'est l'inverse⁽⁹⁶⁾. Même si l'idée est séduisante dans le paysage belge, elle ne nous convainc cependant pas, étant donné que des arrêts contrôlant une autre juridiction flamande donne à l'article 149 de la Constitution son sens classique, formel⁽⁹⁷⁾.

Il faut remarquer que le Conseil d'État semble être, par la suite, revenu à plus de classicisme dans son appréciation de l'article 149. La même chambre, composée des mêmes conseillers et statuant sur base du rapport du même auditeur, contre la même juridiction administrative que dans l'arrêt *Jacobs*, a rendu des décisions en sens contraire⁽⁹⁸⁾. Tout juste les arrêts imposent-ils ici au juge de donner une motivation claire et sans équivoque⁽⁹⁹⁾. Pour le reste, ils semblent avoir fait une interprétation stricte de cet article 149.

4) De la violation de la foi due aux actes

38. Le Conseil d'État exerce une autre forme de contrôle disciplinaire que la motivation des jugements, par la voie de la notion de « violation de la foi due aux actes ». Consacrée par les articles 1319, 1320, 1321 et 1322 du Code

⁽⁹⁵⁾ Jugé : « De motivering moet aantonen op welke feiten de rechter steunt en welke gedachtegang hij volgt om zijn beslissing te nemen, zodat die beslissing voor de partijen verstaanbaar en aanvaardbaar is en zij bovendien kunnen nagaan of zij een rechtsmiddel kunnen aanwenden en zodat de Raad van State in voorkomend geval zijn opdracht als cassatierechter naar behoren kan uitoefenen en nagaan of de wet correct werd toegepast ». Le considérant de l'arrêt est donc particulièrement éloigné de la formule classique, évoquée *supra*, n° 18.

⁽⁹⁶⁾ Voy. D. JACQUEMART, *op. cit.*, p. 239.

⁽⁹⁷⁾ Par ex. : C.E., 12 octobre 2012, *Province de Brabant flamand*, n° 220.991 ; C.E., 12 octobre 2012, *Ville d'Anvers*, n° 220.989 en urbanisme.

⁽⁹⁸⁾ C.E., 22 septembre 2011, *Kenis*, n° 215.282 ; C.E., 7 octobre 2010, *El Mesbahi*, n° 207.973.

⁽⁹⁹⁾ Le considérant dit : « duidelijk en ondubbelzinnig ».

civil, ce concept se rapproche de la théorie française de la dénaturation, basée sur l'article 1134 du Code civil⁽¹⁰⁰⁾, et non reçue par notre droit⁽¹⁰¹⁾.

39. Les deux théories sont utilisées, en Belgique et en France, tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État. Elles permettent de censurer la décision du juge du fond qui aurait mal interprété un *acte* porté devant lui⁽¹⁰²⁾. La doctrine administrative française ajoute qu'un *fait* peut être également dénaturé⁽¹⁰³⁾. Quant à la doctrine administrative belge, elle laisse parfois sous-entendre que la *dénaturation* d'un *fait* pourrait également entraîner une cassation dans notre pays⁽¹⁰⁴⁾. La doctrine judiciaire belge est plus mesurée, puisqu'elle constate que la Cour de cassation ne peut faire usage de la théorie de la violation de la foi due aux actes que si elle est face à un acte qui doit être écrit et destiné à faire preuve⁽¹⁰⁵⁾. Le Conseil d'État, statuant en cassation, reçoit en tout cas pleinement la théorie de la foi due aux actes, en étant plutôt formaliste dans l'exigence de rédaction du moyen par le requérant⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Au sujet de la dénaturation dans le contentieux administratif français, voy. F. COLIN, « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif », *R.D.P.*, 2000, pp. 779-827.

⁽¹⁰¹⁾ Voy. tout de même quelques arrêts mentionnés par J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, pp. 1382-1383. Il ne nous semble pas que ces arrêts démontreraient la réception de la théorie en question dans notre ordre juridique. Influence doctrinale française oblige, le Conseil d'État belge indique parfois qu'est violée la foi due à un acte, lorsque celui-ci a été dénaturé : p. ex., C.E., 5 octobre 2011, *État belge*, n° 215.580 ; C.E., 11 décembre 2008, *État belge*, n° 188.716.

⁽¹⁰²⁾ F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, p. 279. Voy. cependant : F. DUMON, qui considère qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une interprétation : *op. cit.*, pp. 470-477.

⁽¹⁰³⁾ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 354 : C.E. fr., 4 janvier 1952, *Dr Simon* ; C.E. fr., 22 février 2002, *Shell*. Ces arrêts sont cependant si brièvement motivés qu'il nous paraît difficile d'établir exactement si la « dénaturation des faits » supposée ne pourrait être également constitutive d'une autre illégalité pouvant entraîner la cassation devant le Conseil d'État de Belgique. D'après la doctrine, la censure basée sur la dénaturation des faits devant le Conseil d'État serait un point de démarcation entre la cassation judiciaire (qui refuse ce motif, au profit des seuls *actes*) et la cassation administrative : F. COLIN, *op. cit.*, pp. 780-781.

⁽¹⁰⁴⁾ Par exemple : J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, pp. 1491-1492 ; M. OSWALD, *op. cit.*, p. 111. L'assertion ne paraît pas appuyée en jurisprudence. Quant au terme de « dénaturation » en jurisprudence belge, il est parfois utilisé dans les écrits de procédure des parties, par ex. : C.E., 12 mars 2013, *État belge*, n° 222.824 ; C.E., 20 novembre 2012, XXX, n° 221.428 ; C.E., 23 janvier 2008, XXX, n° 178.831, et au Conseil d'État lui-même, par ex. : C.E., 5 octobre 2011, *État belge*, n° 215.580 ; C.E., 11 décembre 2008, *État belge*, n° 188.716, il ne paraît toutefois pas qu'une théorie autonome de dénaturation des faits existe en droit belge positif.

⁽¹⁰⁵⁾ Les actes qu'accepte de contrôler la Cour de cassation sont cependant nombreux et ne s'arrêtent aucunement à des contrats ou des actes de droit privé, comme le laisserait présager le libellé des dispositions légales : Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 251-252. Sur la question de la faiblesse théorique des articles du Code civil invoqués par le juge de cassation : F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, pp. 285-288.

⁽¹⁰⁶⁾ Le moyen est irrecevable à défaut d'invoquer les bons articles : C.E., 3 décembre 2012, *Adamis*, n° 221.604 et n° 221.605 ; C.E., 19 novembre 2012, *Adamis*, n° 221.400 et particulièrement : C.E., 20 octobre 2010, XXX, YYY, n° 208.283.

40. Le Conseil d'État a, par exemple, évalué si avait été violée la foi due à un arrêté ministériel⁽¹⁰⁷⁾, à un arrêt⁽¹⁰⁸⁾, à des écrits de procédure⁽¹⁰⁹⁾, à une lettre⁽¹¹⁰⁾, à l'avis d'une commission⁽¹¹¹⁾ ou encore aux propos d'un requérant, consignés dans un rapport d'audition⁽¹¹²⁾. La Cour de cassation refuse toutefois de connaître de la violation de la foi due à une photographie⁽¹¹³⁾. Il ne nous a pas été possible d'identifier si cette jurisprudence est transposable au contentieux administratif. Nous pouvons, à ce sujet, nous risquer à l'interprétation suivante : le Conseil d'État examine si la foi due « aux pièces du dossier administratif⁽¹¹⁴⁾ » n'a pas été violée. Or, le dossier administratif peut contenir toutes sortes de documents, y compris des éléments iconographiques. Donc, en utilisant un terme général relatif « aux pièces du dossier », le Conseil d'État a entendu inclure également les documents non écrits. Il n'y a, en effet, pas de raison de censurer l'erreur lorsqu'elle repose sur un support écrit, et d'épargner celle-ci quand elle est contenue dans autre chose que des lettres et des mots. Ainsi, comme pour des images et des tableaux de chiffres, même le texte le plus clair a besoin d'être *interprété* pour rentrer dans le raisonnement juridique⁽¹¹⁵⁾. La violation de la foi due à une simple photo, par une interprétation manifestement erronée, est donc, à notre sens, parfaitement concevable en théorie.

41. Dans quelle situation la Cour de cassation peut-elle censurer le jugement porté devant elle sur base de la violation de la foi due aux actes ? Cette réponse a évolué en fonction des époques, comme l'a décrit J.-F. van Drooghenbroeck⁽¹¹⁶⁾. En 1939, la Cour de cassation décide d'opérer un contrôle minimum des actes, laissant un pouvoir souverain au juge du fond pour les interpréter, tant que celui-ci motive sa décision⁽¹¹⁷⁾. Elle décide ensuite d'exercer un contrôle plus serré des actes, avant de limiter de nouveau son contrôle, à l'horizon des années '80. Jusqu'aux années 2000, la Cour censure encore un jugement qui méconnaît le « sens et la portée » de l'acte et non pas ses termes. Elle ne censure plus aujourd'hui que la décision du juge du fond faisant

⁽¹⁰⁷⁾ C.E., 12 mai 2011, *État belge*, n° 213.233.

⁽¹⁰⁸⁾ C.E., 12 octobre 2010, *État belge*, n° 208.104.

⁽¹⁰⁹⁾ C.E., 7 mai 2013, XXX, n° 223.429.

⁽¹¹⁰⁾ C.E., 15 mai 2009, XXX, n° 193.354.

⁽¹¹¹⁾ C.E., 19 octobre 2011, XXX, n° 215.834.

⁽¹¹²⁾ C.E., 10 mai 2012, XXX, n° 219.314.

⁽¹¹³⁾ X., « Note sous Cass., 26 janvier 2005, P.04.0928.F. : La violation de la foi due aux actes n'est pas l'incrédulité mais le mensonge », *Rev. dr. pén.*, 2005, pp. 1098-1102. Dans la décision commentée, et selon sa jurisprudence habituelle, la Cour suprême assortit son refus de contrôler la foi due à une photographie, d'une réserve : « il ne pourrait y avoir de violation de la foi due à une photographie annexée à un écrit que dans la mesure où cette photo forme un ensemble avec le texte qui la commente ».

⁽¹¹⁴⁾ C.E., 23 mars 2011, XXX, n° 212.197.

⁽¹¹⁵⁾ Pour une critique de la « doctrine du sens clair », voy. P. DELNOY, *op. cit.*, pp. 89-95 et pp. 191-192.

⁽¹¹⁶⁾ *Op. cit.*, pp. 119-122.

⁽¹¹⁷⁾ Cass., 13 juillet 1939, *Pas.*, 1939, I, pp. 366-369.

« mentir »⁽¹¹⁸⁾ l'acte, donnant à ce dernier une interprétation inconciliable avec ses termes⁽¹¹⁹⁾.

Dans le contentieux administratif, il est en tout cas certain que le contrôle de la violation de la foi due aux actes ne peut permettre au juge de cassation de substituer sa propre appréciation à celle du juge du fond⁽¹²⁰⁾. C'est seulement lorsque, comme dans le contentieux judiciaire, le juge administratif a fait « mentir » l'acte que l'illégalité apparaît⁽¹²¹⁾. À l'image de ce que faisait la Cour de cassation à une certaine époque, une jurisprudence administrative minoritaire sanctionne l'interprétation incompatible avec le « sens et la portée » de l'acte⁽¹²²⁾. Plus abondantes sont par contre les décisions qui utilisent l'expression d'interprétation « inconciliable avec les termes » de l'acte⁽¹²³⁾.

42. Le contrôle opéré peut ne pas être si limité que ce que les mots employés par la jurisprudence peuvent laisser croire. Par exemple, si les arrêts n° 215.564 et n° 216.597 utilisent le vocable relatif à l'incompatibilité de l'interprétation avec les « termes » de l'acte, c'est sans doute bien plus vers le sens et la portée de l'acte dont la violation de la foi est invoquée qu'il faut trouver l'incompatibilité entraînant une illégalité, en l'espèce. Inversement, sanctionner une interprétation inconciliable avec les termes de l'acte peut conduire le Conseil d'État à exercer un contrôle sévère d'un jugement. Dans le plus strict respect de la technique de cassation, le Conseil d'État peut pudiquement se retrancher derrière la répartition des fonctions et décider qu'« il [ne lui] appartient pas [...] de substituer son appréciation à celle du juge administratif pour déterminer si l'utilisation du terme 'mariée' plutôt que 'fiancée' revêtait une importance particulière, pour celui-ci, concernant la contradiction relevée [...] ». Il suffit de constater que le moyen pris de la violation de la foi due aux actes est fondé »⁽¹²⁴⁾.

43. Enfin, il convient d'indiquer que les erreurs dans la matérialité des faits peuvent être sanctionnées par le mécanisme du respect de la foi due aux actes, mais seulement si cette erreur est également constitutive de dénaturation⁽¹²⁵⁾. Si le juge du fond a commis une erreur dans son établissement des

⁽¹¹⁸⁾ L'expression est popularisée par F. DUMON, *op. cit.*, p. 470.

⁽¹¹⁹⁾ Il s'agit d'un contrôle en principe encore plus limité que celui qui consistait à censurer le jugement incompatible avec le sens et la portée, puisque seule la violation grave de ce qui est exprimé textuellement dans l'acte peut conduire à la cassation, contrairement à avant où la violation du sens ou de la portée de l'acte était suffisant.

⁽¹²⁰⁾ Par ex. : C.E., 26 février 2013, XXX et XXX, n° 222.628 ; C.E., 28 juin 2012, XXX, n° 220.069.

⁽¹²¹⁾ Parmi une multitude : C.E., 21 mars 2013, XXX, n° 222.940 ; C.E., 17 janvier 2013, XXX, n° 222.112 ; C.E., 26 juin 2012, XXX, n° 219.969 ; C.E., 7 juin 2012, Abarou, n° 219.652.

⁽¹²²⁾ C.E., 7 décembre 2010, XXX, n° 209.553.

⁽¹²³⁾ Not. : C.E., 5 octobre 2011, XXX, n° 215.564 ; C.E., 12 octobre 2010, État belge, n° 208.104.

⁽¹²⁴⁾ C.E., 10 mai 2012, XXX, n° 219.314.

⁽¹²⁵⁾ Not. : C.E., 24 janvier 2011, État belge, n° 210.645 ; C.E., 29 octobre 2010, XXX, n° 208.592 ; C.E., 15 mai 2009, XXX, n° 193.354. Il revient à J. BORÉ et L. BORÉ d'avoir magis-

faits, en mentionnant, par exemple, qu'une personne était présente à un certain endroit alors que ce n'était pas le cas, le Conseil d'État ne pourra pas la censurer⁽¹²⁶⁾, sauf si elle est à la fois une violation de la foi due aux actes. C'est notamment le cas si l'absence de la personne est rapportée par un document du dossier administratif.

5) Première conclusion intermédiaire

44. Chaque pièce de procédure et chacun des éléments de la cause peuvent servir de base au contrôle du Conseil d'État, juge de cassation. Ce dernier ne doit aucunement se limiter à exercer sa censure sur le seul texte du jugement contrôlé.

Sans pouvoir connaître du fond des affaires, la haute juridiction exerce un regard critique des décisions contestées, lorsque ces dernières contiennent des erreurs scandaleuses. Il s'agit de la « fonction disciplinaire » et elle s'exerce principalement par la vérification de la motivation du jugement et de la violation de la foi due aux actes de procédure.

Comme devant la Cour de cassation, l'obligation de motivation des jugements, prévue par l'article 149 de la Constitution, doit s'entendre de manière stricte et formelle devant le Conseil d'État. Ainsi, avancer l'illégalité d'un motif ne viole pas la disposition constitutionnelle. Une jurisprudence minoritaire semble toutefois tirer de cette disposition une obligation plus étendue pour le juge du fond. La base légale, voire l'exactitude matérielle, ont été ainsi examinées par certaines décisions. Il nous a même paru possible de repérer dans un arrêt *Jacobs*, les germes d'un véritable contrôle du fond de l'affaire. Ces décisions restent toutefois isolées.

Quant à la violation de la foi due aux actes, il s'agit d'une appréciation si erronée des termes de l'acte qu'elle fait « mentir » ce dernier. Si la notion d'acte paraît devoir être assez largement interprétée par le Conseil d'État, il n'est pas sûr qu'elle recouvre tout fait généralement quelconque ni même celle d'actes qui ne présenteraient pas le caractère d'un écrit, malgré notre critique à ce sujet.

tralement énoncé la différence entre la théorie française de la dénaturation et l'erreur matérielle, et explicité quand cette dernière, croisée avec une dénaturation, entraîne l'illégalité. Ainsi: «[l]a dénaturation peut découler d'une erreur matérielle dans la lecture ou la citation de l'écrit». «Mais l'erreur matérielle est toujours involontaire et elle peut être réparée par le juge du fond sans porter atteinte à son appréciation du litige. Au contraire, la dénaturation peut être, soit involontaire et procéder d'une erreur grossière dans la lecture ou l'interprétation d'un document, soit délibérée et répondre au désir du juge de statuer dans le sens qu'il estime équitable, en modifiant la convention ou en forçant le document pour en tirer la preuve qu'il recherche. D'autre part – et c'est là la différence essentielle –, la dénaturation, lors même qu'elle porte sur un document qui ne s'impose pas au magistrat, fausse l'appréciation du juge; elle exerce une influence directe sur le raisonnement judiciaire et, partant, sur la solution du procès.», *op. cit.*, pp. 449-450.

⁽¹²⁶⁾ Excepté si un contrôle tel que pratiqué dans l'arrêt *Bertrand*, évoqué *supra*, n° 36, est effectué.

B. L'appréciation du fait

45. Après l'établissement mais avant la qualification, le juge du fond procède à l'appréciation des faits. Le contrôle réservé à cette notion par le Conseil d'État fait l'objet des prochains développements.

1) De l'absence d'appréciation des faits par les juges de cassation

46. L'appréciation des faits est cette opération située, dans le raisonnement juridique, en aval de la constatation des faits, et en amont de la qualification juridique de ces derniers⁽¹²⁷⁾. Il y a appréciation en fait tant que le pouvoir qui l'a exercée n'a pas introduit dans son raisonnement un élément de droit⁽¹²⁸⁾. Si c'était le cas, l'appréciation se muerait alors en qualification⁽¹²⁹⁾. Ainsi, si X a vendu sa voiture à Y, en lui cachant que le compteur avait été trafiqué, le juge porte une appréciation en considérant que X a caché la vérité à Y dans le but d'obtenir son consentement, mais il opère une qualification juridique s'il considère que ce mensonge est constitutif de dol.

47. Tant la Cour de cassation que le Conseil d'État, jugent de l'excès de pouvoir, se refusent à substituer leur propre appréciation à celle donnée dans la décision qu'ils entendent contrôler. Une justification différente explique cette absence de contrôle, suivant que l'on se trouve devant l'un ou l'autre contentieux.

La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction et l'interdiction d'apprécier les faits en est la conséquence logique. J.-F. van Drooghenbroeck considère qu'il faut s'attacher, dans l'expression précitée, au terme «juridiction»⁽¹³⁰⁾. En appréciant le fait, la Cour connaîtrait du fond de l'affaire et ne se limiterait donc plus à contrôler l'application du droit au fait. À l'opposé, le juge du fond jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits⁽¹³¹⁾.

(127) J. CHEVALLIER, «Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles», *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, pp. 16-18.

(128) A. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 45.

(129) Sur la notion de qualification juridique, voy. *infra*, n° 51-59.

(130) C'est-à-dire : «application du droit au fait», *supra*, n° 15. L'idée d'un troisième degré de juridiction n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 142-146.

(131) Sur cette notion, le commentaire donné par F. RIGAUX (1966) jouit d'une telle clarté qu'il mérite d'être reproduit *in extenso* : «[p]our autant que la légalité du jugement du fait ne soit pas elle-même contestée, la Cour de cassation est liée par les constatations du juge du fond. Telle paraît être aussi la signification correcte d'une expression dont on a abusé : celle de souverain pouvoir d'appréciation du juge du fond. L'expression ne signifie pas, comme on le donne souvent à entendre que le juge du fond jouirait d'un «domaine réservé», échappant à tout contrôle de la Cour de cassation, ce que, par opposition au «droit», on appellerait «fait», domaine intangible et délimité une fois pour toutes. Non, *pouvoir souverain du juge du fond* désigne ce qui, dans une procédure en cassation particulière, est à l'abri de toute discussion. Nous retrouvons ici les *limites formelles* du contrôle de la Cour : les griefs que le demandeur en cassation n'a pas régulièrement fait

Le juge de l'excès de pouvoir refuse pareillement de contrôler l'appréciation en fait réalisée par l'administration. L'on peut voir cette absence de contrôle comme une expression de la répartition entre la fonction du juge et celle de l'administration active. La mission de l'administration consiste, pour commencer, par dire le droit⁽¹³²⁾, puis de choisir politiquement, parmi les solutions légalement envisageables, laquelle sert le mieux l'intérêt général⁽¹³³⁾. Celle du juge est de «rétablir l'ordre juridique» et s'achève lorsqu'il a dit le droit. Partant, apprécier les faits, au regard de l'intérêt général, dépasse la mission du juge de l'excès de pouvoir.

48. Devant ces deux exemples, il est logique que le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, se refuse à substituer sa propre appréciation des faits à celle posée souverainement par le juge administratif⁽¹³⁴⁾.

2) De l'erreur manifeste d'appréciation

49. Dans sa dissertation doctorale, D. Lagasse a donné à l'erreur manifeste d'appréciation la définition suivante : «*c'est la contradiction non seulement évidente mais aussi inexpliquée entre la décision administrative et les faits de la cause*⁽¹³⁵⁾, contradiction qui est le plus souvent révélée par le dossier administratif ou les pièces de procédure, mais ce n'est pas toujours le cas. La décision entachée d'erreur manifeste d'appréciation est donc celle qui est à première vue incompréhensible et que l'administration n'a pas pris la peine de justifier alors qu'elle aurait peut-être pu l'être : aucune motivation spéciale dans l'acte lui-même ou bien dans le dossier ne vient expliquer ce qui apparaît *a priori* comme une aberration»⁽¹³⁶⁾.

Alors que le juge de l'excès de pouvoir censure les erreurs manifestes d'appréciation commises par l'administration, la Cour de cassation refuse de

valoir ou ceux que, par son attitude devant le juge du fond, il a empêché de naître sont soustraits à l'examen de la Cour. En ce qui concerne ces griefs et dans les limites du contrôle auquel elle est soumise, la décision entreprise est souveraine», *op. cit.*, pp. 144-145.

⁽¹³²⁾ Sous le contrôle éventuel du juge *a posteriori*.

⁽¹³³⁾ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif – Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 22.

⁽¹³⁴⁾ Parmi d'innombrables arrêts, voy. : C.E., 21 mars 2013, XXX, n° 222.940 ; C.E., 12 mars 2013, *État belge*, n° 222.824 ; C.E., 28 juin 2012, XXX, n° 220.069 ; C.E., 8 mars 2012, XXX, n° 218.385 ; C.E., 8 mars 2012, XXX, n° 218.382 ; C.E., 13 octobre 2010, XXX, n° 208.120 ; C.E., 12 octobre 2010, *État belge*, n° 208.110 ; C.E., 28 juin 2010, XXX, n° 205.935 ; C.E., 14 avril 2010, XXX, n° 202.937 ; C.E., 23 décembre 2009, XXX, n° 199.222 ; C.E., 24 mars 2009, XXX, n° 191.750 ; C.E., 17 décembre 2008, *Amouh*, n° 188.930.

⁽¹³⁵⁾ C'est l'auteur qui souligne.

⁽¹³⁶⁾ D. LAGASSE, *op. cit.*, p. 376. L'auteur ajoute, à la page suivante, que l'erreur manifeste d'appréciation peut donc apparaître comme un vice de forme ou comme un vice de fond. Dans le premier cas, les circonstances exceptionnelles explicitées correctement auraient justifié l'erreur apparente. Dans le second cas, l'erreur était injustifiable, le pouvoir d'appréciation a été «usurpé» et, partant, le dispositif de la décision est entaché d'erreur.

connaître celles du juge du fond, ou plutôt, la notion est étrangère à sa jurisprudence⁽¹³⁷⁾.

Devant le Conseil d'État, statuant en cassation, l'erreur manifeste d'appréciation est couramment invoquée par les plaideurs, mais systématiquement rejetée par la haute juridiction, au moins depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 mai 1999, consacrant l'interdiction pour le juge de cassation administrative de connaître du fond des affaires⁽¹³⁸⁾. Autrefois, la doctrine avait cru apercevoir un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du juge de cassation administrative⁽¹³⁹⁾.

3) Deuxième conclusion intermédiaire

50. Le juge de cassation ne connaît pas du fond de l'affaire. Cette assertion prend tout son sens lorsqu'il s'agit de contrôler l'appréciation réalisée par le juge du fond. Le Conseil d'État refuse ainsi de remettre en question les appréciations en fait exercées par les juridictions administratives, y compris lorsque ces dernières ont commis une erreur manifeste. La jurisprudence est unanime à ce sujet. Au moins depuis la réforme de 1999, le juge de cassation administrative n'a, semble-t-il, pas reconnu une seule fois qu'il disposait d'une compétence à ce sujet.

C. La qualification juridique du fait

51. Après avoir traité de l'établissement et de l'appréciation factuelle par le juge du fond et de son contrôle par le juge de cassation, il nous reste à examiner une étape fondamentale du raisonnement juridique, à savoir, celle de la qualification en droit. Nous commençons par expliquer en quoi consiste la mission assignée au juge de cassation et son rôle au regard du contrôle de qualification. Après cela, nous essayons de voir si cette censure est encore possible lorsque la haute juridiction a égard à des notions non définies par la loi.

⁽¹³⁷⁾ Est-ce à dire que le juge du fond ne pourrait commettre juridiquement d'erreur manifeste d'appréciation? Sur cette éventualité, voy. *infra*, n°s 80-90.

⁽¹³⁸⁾ Voy. par ex.: C.E., 22 octobre 2009, XXX, n° 197.190; C.E., 19 mars 2009, XXX, n° 191.689; C.E., 27 janvier 2009, XXX, n° 189.844; C.E., 17 décembre 2008, *Habnoun*, n° 188.926; C.E., 20 octobre 2008, *Georges*, n° 187.200; C.E., 20 avril 2007, XXX, n° 170.261. Mentionnons, pour mémoire, que le plaideur demandant à la chambre d'admission des recours de censurer une telle erreur, s'exposerait au rejet de sa demande, comme manifestement irrecevable, p. ex.: C.E. (o.c.), 18 juillet 2012, XXXXX et XXXXX, n° 8781.

⁽¹³⁹⁾ J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, p. 1382, particulièrement à la note n° 1. Les auteurs citent deux arrêts, à savoir C.E., 16 juin 1993, XXX, n° 43.358 et C.E., 23 avril 1981, *C.P.A.S. Maasmechelen*, n° 21.108. Le premier de ces deux arrêts n'est malheureusement pas disponible au *Recueil* des arrêts du Conseil d'État. Le second opère, à notre sens, un contrôle de proportionnalité et du raisonnable, plutôt que de l'erreur manifeste d'appréciation. Si ces notions sont voisines, elles ne se confondent pas. Voy. *infra*, à leur sujet.

1) De la fonction juridique

52. Le juge de cassation est établi pour maintenir l'unité de la jurisprudence. C'est ce que G. Marty a nommé la « fonction juridique » du juge de cassation⁽¹⁴⁰⁾. Dans cette mission figure notamment celle de contrôler les qualifications juridiques opérées par le juge du fond⁽¹⁴¹⁾.

53. Pour rappel, la qualification est, selon J. Chevallier, cette troisième étape du raisonnement juridique, située après l'établissement des faits et leur appréciation⁽¹⁴²⁾. En théorie, « [q]ualifier les faits en droit, c'est déterminer le concept juridique qui les englobe »⁽¹⁴³⁾.

Tant dans l'appréciation que dans la qualification, le juge est amené à porter un certain regard sur les faits. Il y a appréciation lorsque ce regard n'introduit pas dans le raisonnement un élément juridique⁽¹⁴⁴⁾. À l'inverse, il y a qualification lorsque le juge tire des conséquences juridiques de son raisonnement⁽¹⁴⁵⁾. La frontière entre les deux notions peut être subtile, mais il importe de la cerner au mieux, attendu que le juge de cassation n'exercera aucun contrôle de l'appréciation souveraine du juge du fond quand il censurera les erreurs de qualification de celui-ci.

Une illustration de ce principe a été donnée par le Conseil d'État, lorsqu'il affirme que, comme juge de cassation, il ne lui appartient pas d'apprécier la force probante d'une signature. Cependant, il lui revient de vérifier que le juge n'a pas violé la notion légale de « signature électronique avancée » telle que définie à l'article 2, deuxième alinéa, 2°, de la loi du 9 juillet 2001⁽¹⁴⁶⁾.

54. Les exemples de requalifications opérées par le Conseil d'État sont innombrables. Encourt la cassation, la commission d'appel qui fait prévaloir une appréciation abstraite sur une appréciation concrète de la pratique médicale, en contravention avec l'article 73 de la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités⁽¹⁴⁷⁾. Est également censuré,

⁽¹⁴⁰⁾ G. MARTY, *op. cit.*, pp. 364-367. Sur le paradoxe que peut rencontrer ce principe dans un État de droit, comme le nôtre, qui tolère la pluralité des juges suprêmes et leur inévitable concurrence dans cette mission, criante lorsque l'on traite d'une cassation *administrative*, à côté de la cassation *judiciaire*, voy. P. MARTENS, « Existe-il un droit fondamental à l'unicité de la justice ? La Cour européenne des droits de l'homme valide un système faisant coexister des décisions judiciaires incompatibles : est-ce bien raisonnable ? », <http://www.justice-en-ligne.be>, 2011, consulté en ligne le 20 mars 2014.

⁽¹⁴¹⁾ G. MARTY, *op. cit.*, p. 204.

⁽¹⁴²⁾ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁽¹⁴³⁾ P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 278. Il s'agit, chez les logiciens, du *jugement* qui réalise la synthèse entre le *sujet* – un donné factuel – et le *prédicat* – un concept se rapportant pour partie au donné factuel.

⁽¹⁴⁴⁾ Voy. *supra*, n° 46.

⁽¹⁴⁵⁾ A. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 45.

⁽¹⁴⁶⁾ C.E., 24 septembre 2010, XXX, n° 207.655.

⁽¹⁴⁷⁾ C.E., 31 mai 2006, Zangerle, n° 159.421.

le juge administratif qui ajoute – *contra legem* – une condition pour donner un certain effet juridique à un acte⁽¹⁴⁸⁾. Est frappée de cassation également, la décision qui méconnaît la définition et la portée juridique de renvoi, d'expulsion, de refoulement et d'ordre de quitter le territoire⁽¹⁴⁹⁾. Le Conseil d'État contrôle encore que la commission pour l'aide financière aux victimes a qualifié correctement le bon type de « victime » prévu à l'article 31-1° de la loi du 1^{er} août 1985 portant des mesures fiscales et autres⁽¹⁵⁰⁾. Il censure également la décision du *Raad voor Vergunningsbetwistingen* qui méconnaît la notion d'autorités administratives accordant les permis qui sont concernés par le dossier, prévue à l'article 4. 8. 16, § 1^{er}, 2°, du *Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening*⁽¹⁵¹⁾.

55. Il est primordial de rappeler, à ce stade, que la rédaction du moyen revêt une grande importance comme le remarquent D. Renders et G. Pijcke en soulignant que le Conseil d'État est impuissant à redresser la décision attaquée si le moyen invoque l'erreur d'appréciation ayant conduit à une non-reconnaissance du statut de réfugié. La même juridiction peut agir, par contre, si une violation de la notion légale de réfugié est supposée violée⁽¹⁵²⁾.

2) Du contrôle des notions légales floues

56. Lorsque la loi utilise un terme particulier et y attache une définition, il n'est pas difficile de savoir que nous avons affaire à une notion légale. *Idem* lorsqu'un mot appartient au lexique juridique classique, comme un usufruit.

57. L'opération devient plus difficile lorsque le concept n'est pas défini par la loi, mais est seulement mentionné par elle. Longtemps, la doctrine administrative a considéré qu'une notion imprécise dans une loi ouvre un pouvoir discrétionnaire à l'autorité. Nous soutenons D. Lagasse lorsqu'il avance que, pour lui, il est impossible de déterminer à quel moment une notion devient suffisamment précise pour entraîner le contrôle⁽¹⁵³⁾. L'auteur remarque, de plus, la non-effectivité en jurisprudence de cette distinction théorique. En effet, le juge de l'excès de pouvoir contrôle très souvent la légalité de notions qui peuvent apparaître comme floues⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ C.E., 6 avril 2011, *État belge*, n° 212.495.

⁽¹⁴⁹⁾ C.E., 9 mars 2012, *État belge*, n° 218.401.

⁽¹⁵⁰⁾ C.E., 26 avril 2012, *Martin*, n° 219.075.

⁽¹⁵¹⁾ C.E., 7 juin 2013, *Commune de Mortsels*, n° 223.770.

⁽¹⁵²⁾ D. RENDERS et G. PIJCKE, *op. cit.*, pp. 88-89 ; dans le même sens, Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK évoquent une opération de contrôle de « la conformité au droit des déductions juridiques que le juge du fond a tirées des faits qu'il a souverainement constatés » avant de citer de nombreux exemples, *op. cit.*, pp. 271-275.

⁽¹⁵³⁾ D. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 249-251.

⁽¹⁵⁴⁾ De manière exemplative, l'auteur cite comme notion légale « floue » et contrôlée par le juge : le « groupe de maisons », la « modification sensible du relief du sol », le « commencement de travaux », les « travaux d'intérêt national », la « petite industrie », la « zone nettement agricole »,

La doctrine judiciaire semble avoir moins de difficultés à considérer que tout mot, même usuel, est contrôlable par la Cour de cassation pourvu qu'il soit utilisé par la loi. G. Marty disait, à ce sujet, dès 1929 : « par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion. [...]. Remarquons que la solution doit être la même quelle que soit la notion envisagée et qu'il n'y a nullement à distinguer suivant la nature de la notion considérée. [...]. [L]a terminologie légale compren[d] à côté de mots et de notions relevant spécialement de la technique juridique, tels que hypothèque, testament, usucapion, etc., des mots et des notions appartenant, soit à la vie courante, soit à la vie de certains milieux particuliers [...]. Mais cela importe peu au point de vue du contrôle de la qualification par la Cour suprême. En effet, du moment qu'un mot, même usuel, est employé par la loi, la notion correspondante quoique tirée de la vie courante devient notion légale »⁽¹⁵⁵⁾.

La jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, contrôlant en principe ces notions floues, il était naturel que le juge de cassation administrative exerce également sa censure sur des décisions qui ne respecteraient pas une qualification établie sur cette base. Ainsi, sera par exemple frappée de cassation la décision qui méconnaîtrait la notion légale de fraude prévue à l'article 13 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers⁽¹⁵⁶⁾.

58. Un type de notion floue ou mal définie mérite de retenir un peu plus notre attention. Il s'agit des « standards ». En France, S. Rials qui y a consacré sa dissertation doctorale en donne la définition suivante : « le standard est un concept indéterminé, ayant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type moyen de conduite »⁽¹⁵⁷⁾. Retenons qu'il s'agit essentiellement des adjectifs destinés à poser une certaine unité de mesure à appliquer à un substantif : ainsi les « grands », « petits », « normaux », « manifestes »... peuvent à notre sens être nommés *standards*.

Pour S. Rials, le caractère indéterminé des standards n'ouvre aucun pouvoir discrétionnaire, ni à l'administration, ni au juge chargé d'appliquer le texte car un tel pouvoir discrétionnaire ne peut être trouvé que dans une source formelle de la loi, qui indique que le juge ou l'administration « peut » faire quelque chose. Pour l'auteur, le standard utilisé dans une loi est une *notion légale* et donc, d'un point de vue théorique, il appartient au juge de cassation

la « partie rurale ou agglomérée de commune », l'« habitation insalubre », l'« habitation menaçant ruine », l'« inconduite notoire dans la vie privée », le fait de « s'adonner habituellement à la boisson », le « fonctionnaire méritant », la personnalité particulièrement compétente » : *ibid.*, pp. 258-259.

⁽¹⁵⁵⁾ G. MARTY, *op. cit.*, pp. 205-206.

⁽¹⁵⁶⁾ C.E., 7 décembre 2010, XXX, n° 209.553.

⁽¹⁵⁷⁾ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1980, p. 47.

de contrôler ce concept en dernier ressort⁽¹⁵⁸⁾. S. Rials remarque pourtant que, dans le contentieux français, le standard est, sauf exception, laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond, sans être soumis au contrôle de qualification du juge de cassation⁽¹⁵⁹⁾.

59. Qu'en est-il en droit belge? Il nous semble que la thèse de S. Rials y est parfaitement recevable. Les notions de qualification et d'appréciation, comme les rôles assignés à l'administration ainsi qu'au juge, d'excès de pouvoir ou de cassation se retrouvent *mutatis mutandis* dans notre ordre juridique. Quant à la jurisprudence, elle nous semble divisée sur la question de savoir s'il faut ou non contrôler en cassation sur cette base.

Dans l'arrêt n° 100.059, le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation contre la décision de la commission permanente de recours des réfugiés⁽¹⁶⁰⁾, a interprété le terme «manifestement», inscrit dans la loi⁽¹⁶¹⁾, et en a tiré toutes les conséquences utiles⁽¹⁶²⁾.

D'autres standards échappent par contre à la censure du Conseil d'État. Ainsi, par exemple, il ne contrôle pas le délai «raisonnable»⁽¹⁶³⁾. Il faut cependant préciser que si cette absence de contrôle est critiquable, parce que le délai «raisonnable» est, selon nous, une notion légale que le juge devrait normalement soumettre à examen⁽¹⁶⁴⁾, le Conseil d'État ne doit logiquement exercer de censure que sur les dispositions que le juge du fond devait appliquer⁽¹⁶⁵⁾. C'est donc avec

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, pp. 221-226, 245 et 280-282.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 251.

⁽¹⁶⁰⁾ Il est possible d'émettre un doute quant à la nature de la commission – autorité ou juridiction – et, partant, du caractère de recours en cassation de la décision du Conseil d'État dans le litige. La haute juridiction utilise, en effet, le terme «annulation» et ne spécifie pas explicitement qu'elle statue en cassation, comme elle le fait habituellement. La doctrine majoritaire et le législateur, notamment dans les travaux parlementaires de la loi du 16 mars 2005, semblent cependant considérer la commission comme une juridiction. Nous ne pouvons que renvoyer à la doctrine spécialisée pour tenter de trancher cette question, p. ex.: J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, pp. 1369-1496.

⁽¹⁶¹⁾ Il s'agit de l'article 57/12, aujourd'hui abrogé, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, tel que modifié par l'article 18 de la loi du 6 mai 1993, qui porte: «[L]orsque le président ou l'assesseur délégué par lui estime, après consultation de la requête, que le recours est irrecevable ou manifestement non fondé [...]».

⁽¹⁶²⁾ La haute juridiction décide «qu'est manifeste, ce dont l'existence ou la nature s'impose à un esprit raisonnable avec une force de conviction telle que de plus amples investigations n'apparaissent pas nécessaires». Partant, le jugement qui «a examiné les nombreux arguments contenus dans le recours écrit contre la décision du Commissaire général et les deux articles de presse originaux déposés par la requérante» et «a, à cette occasion, pris contact avec la rédaction du journal concerné à XXX, [et qui] a procédé à des recherches sur Internet et [qui] a écarté les documents déposés pour manque de fiabilité», n'a pas pu considérer la demande comme manifestement non fondée, et a donc violé cette notion légale: C.E., 23 octobre 2001, XXX, n° 100.059.

⁽¹⁶³⁾ C.E., 24 avril 2002, *Defalque*, n° 105.838.

⁽¹⁶⁴⁾ Voy. *infra*, nos 72-78, *mutatis mutandis* notre étude de la proportion, dans le titre 2.

⁽¹⁶⁵⁾ Voy. *supra*, le parallèle avec la question de la motivation des jugements: seul l'article 149 est applicable devant le juge du fond, ce dernier ne devant pas connaître de la loi de 1991...sauf si

justesse que le juge de cassation rejette un moyen pris de la violation du principe général du *raisonnable*. Ce dernier principe s'impose, en effet, à la seule administration⁽¹⁶⁶⁾. Partant, il ne peut être reproché au juge du fond de l'avoir méconnu.

3) Troisième conclusion intermédiaire

60. La principale mission du juge de cassation consiste en l'exercice de sa fonction juridique. Le contrôle des qualifications en constitue une partie essentielle. Ainsi, à la différence de la censure de l'appréciation erronée, domaine dans lequel le Conseil d'État est sans juridiction, ce dernier exerce un contrôle complet des qualifications. Les deux notions sont pourtant assez proches concrètement, mais interviennent à une étape différente du raisonnement juridique. L'appréciation est antérieure et la qualification fait intervenir une conséquence légale au regard qu'elle porte sur le fait.

D'une manière générale, lorsque la loi utilise un vocable, qu'il soit de sens usuel ou technique, précis ou imprécis, il appartient au juge du fond de l'interpréter et au juge de cassation de contrôler cette interprétation. Des notions légales floues ou imprécises doivent donc être examinées minutieusement par le Conseil d'État, à condition, bien sûr que le juge du fond ait eu l'obligation d'appliquer la norme en question. Ainsi, les principes généraux de bonne administration ou la loi sur la motivation formelle ne s'appliquant pas au juge administratif, il ne peut lui être reproché d'avoir méconnu ces législations.

Le contrôle des qualifications juridiques de concepts flous semble pouvoir trouver une limite partielle dans les standards. Ces notions « moyennes », de « bon sens », comme le sont le délai « raisonnable » ou l'irrecevabilité « manifeste » échappent parfois à la censure du juge de cassation administrative alors que, concepts légaux, ils devraient pouvoir, à notre sens, être pleinement contrôlés par le Conseil d'État. Nous avons cependant au moins l'exemple de l'arrêt n° 100.059, qui opère un contrôle serré de la notion : « manifeste ». Il faut garder à l'esprit cette porte ouverte laissée par la haute juridiction en entrant dans la deuxième partie de ce travail.

le juge du fond est un juge de la légalité objective, auquel cas, il s'expose à cassation s'il méconnaît la notion légale de motivation formelle contenue dans la loi de 1991, lors d'une qualification.

⁽¹⁶⁶⁾ C.E., 16 juin 2006, *Malolepszy*, n° 160.236.

TITRE SECOND : LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DU JUGE DE CASSATION ADMINISTRATIVE

*Créon : Je commets une injustice
quand je fais respecter mon pouvoir ?*

*Hémon : Tu le fais mal respecter en foulant
aux pieds les honneurs dus aux dieux.*

– Antigone, SOPHOCLE –

61. Dans la première partie de notre étude, nous avons essayé de montrer l'importance du fait dans la jurisprudence de cassation administrative.

La deuxième partie de la contribution revient sur une notion aperçue plusieurs fois dans les pages précédentes. Il s'agit de la « politique jurisprudentielle » du Conseil d'État. Après avoir défini la notion et s'être questionné sur son effectivité, nous examinons plusieurs illustrations de politiques jurisprudentielles, à savoir : le sort réservé aux questions techniques, à la proportionnalité et à l'erreur manifeste d'appréciation. Nous questionnons le choix opéré par le juge, soit contrôle de la décision de fond, soit absence de contrôle de celle-ci, au regard des objectifs du juge, des principes dégagés dans la première partie et enfin, de l'éventuelle obligation internationale qui lui imposerait d'agir dans un sens donné.

A. L'idée d'une politique jurisprudentielle

62. J.-F. van Drooghenbroeck indique que la Cour de cassation porte parfois son contrôle au-delà ou en deçà de ce qu'une séparation bien entendue entre fait et droit indiquerait⁽¹⁶⁷⁾. C'est, pour l'auteur, la « politique de cassation » de la Cour qui trace la frontière de son contrôle, plus qu'une distinction théorique, parfois ténue, entre fait et droit⁽¹⁶⁸⁾. Ainsi, la Cour utilise la marge de manœuvre laissée à sa disposition pour étendre ou restreindre sa censure dans des situations où qualification et appréciation semblent se confondre⁽¹⁶⁹⁾. S. Rials, lorsqu'il analyse le contentieux administratif français, évoque les choix opérés par le Conseil d'État de France lorsqu'il s'agit de contrôler l'application des standards effectuée par le juge du fond. Le standard relevant pour lui de la notion légale, son absence de contrôle en cassation n'est qu'affaire de politique jurisprudentielle du Conseil d'État. Partant, lorsque la doctrine essaie

⁽¹⁶⁷⁾ Il écrit que la distinction classique entre fait et droit doit s'entendre d'une façon pragmatique, voy. *supra*, n^{os} 19 et 20.

⁽¹⁶⁸⁾ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, not. : pp. 72-73, p. 105, p. 124, pp. 126-127.

⁽¹⁶⁹⁾ Pour l'auteur, un exemple peut se trouver dans le contrôle de la motivation – logique du raisonnement et dans celui de la foi due aux actes. Dans les deux cas, en s'appuyant sur les mêmes textes, la Cour a pratiqué un contrôle d'une intensité très différente selon les époques, *supra*, n^{os} 31-33 et 41. *Ibid.*, pp. 106-112.

d'apporter un fondement théorique à cette situation, elle commet pour l'auteur une confusion entre fait et droit, par « hypertrophie du fait »⁽¹⁷⁰⁾.

63. G. Canivet et N. Molfessis ont récemment consacré un article à la notion de « politique jurisprudentielle ». Pour ces auteurs, l'on parle d'un tel concept lorsque le juge décide de regarder une situation sociale particulière et agit sur celle-ci par sa décision⁽¹⁷¹⁾. À suivre ces auteurs, la politique jurisprudentielle répond à une nécessité pratique⁽¹⁷²⁾ : elle a « vocation à relier entre elles les décisions passées et les décisions futures »⁽¹⁷³⁾, à consacrer l'intelligibilité du droit.

À consulter également, l'article de P. Weil, écrit il y a cinquante ans, qui découvre la distinction entre « politique jurisprudentielle » et « jurisprudence politique ». La première notion aborde plutôt les choix jurisprudentiels opérés par le juge, liés à des « facteurs d'ordre technique » sans pour autant être guidé par une idéologie déterminée. La seconde prolonge la première, mais en y ajoutant un objectif plus large, holistique et cohérent⁽¹⁷⁴⁾.

Cette distinction établie, nous pensons que les buts fixés à la « politique jurisprudentielle » chez G. Canivet et N. Molfessis relèvent davantage de la « jurisprudence politique » au sens où l'entendait P. Weil.

64. D. Lagasse indique avec raison qu'affirmer l'existence d'une politique jurisprudentielle n'a qu'une vertu descriptive des décisions de justice, et non explicative du fondement théorique qui sous-tend celles-ci⁽¹⁷⁵⁾. Un problème se dessine en filigrane : « [u]n choix opportun de politique juridique pourra [...] résulter de dispositifs techniquement discutables : la politique jurisprudentielle peut impliquer l'annexion de la règle de droit à une fin, au risque, à travers son instrumentalisation, de la déformation ou de son dévoiement. Les logiques politiques et les logiques techniques peuvent ne pas s'entendre »⁽¹⁷⁶⁾.

65. Dans la suite de l'ouvrage, nous ne retenons de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État, que le volet relatif aux choix que la haute juridiction pose pour opérer le contrôle de certains concepts, à l'exclusion de toute question de « jurisprudence politique » identifiée par P. Weil. Nous étudions donc, dans la deuxième partie de ce travail, l'articulation qui existe entre les

⁽¹⁷⁰⁾ S. RIALS, *op. cit.*, not. p. 353. L'auteur parle d'une « idéologie du fait », qui confond, dans la doctrine, le travail concret du juge, parfois guidé par des politiques jurisprudentielles, et le fondement théorique de notions qui devraient guider son œuvre, telles que le « droit », le « pouvoir normatif » et le « travail juridictionnel ».

⁽¹⁷¹⁾ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélange en l'honneur de Jacques Boré – La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 79-80.

⁽¹⁷²⁾ Une triple nécessité, en réalité, respectivement vis-à-vis de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine : *ibid.*, pp. 84-89.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, p. 86.

⁽¹⁷⁴⁾ P. WEIL, *op. cit.*, p. 286.

⁽¹⁷⁵⁾ D. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 273-274.

⁽¹⁷⁶⁾ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 84.

choix de politique jurisprudentielle et les ressources théoriques qui doivent guider le travail du juge de cassation administrative⁽¹⁷⁷⁾.

66. Nous commençons par revenir sur la dernière notion abordée dans la première partie, à savoir, celle de la qualification. Pour rappel, le juge de cassation doit théoriquement opérer un contrôle plein dans ce domaine, au regard de sa mission. Cependant, il existe des situations où le juge décide de s'abstenir de contrôler si l'opération de qualification a correctement été exercée par le juge du fond.

Dans un deuxième temps, c'est à la notion d'erreur manifeste d'appréciation que nous consacrons les développements suivants. Celle-ci est croisée avec la jurisprudence *Dulaurans* de la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁷⁸⁾. Cet arrêt inciterait le juge de cassation à corriger les erreurs d'appréciation commises par le juge du fond. Il nous faut donc examiner si la jurisprudence actuelle du Conseil d'État est conforme aux obligations conventionnelles de la Belgique et si un contrôle indirect des erreurs grossières n'est pas déjà pratiqué par d'autres voies, compatibles avec la Convention.

B. L'absence de contrôle de qualifications juridiques

67. Le juge de cassation contrôle l'application du droit au fait. Il veille, dans ce cadre, au respect, par le juge du fond, des qualifications que ce dernier opère dans le plus strict cadre de sa mission juridique. Cependant, le contrôle du juge de cassation s'arrête parfois aux portes de la qualification, pour une raison de « politique jurisprudentielle ». Il peut, en effet, sembler difficile à celui-ci d'exercer une censure efficace, intelligente, voire utile, de certaines notions légales. Il peut éventuellement être tenté, dans ce cas, de contrôler de manière limitée le jugement qu'il est chargé de vérifier. C'est dans ce cadre que nous observons, dans un premier temps, le contrôle opéré sur des questions techniques et, dans un second temps, celui de la proportionnalité des atteintes à la vie privée.

1) Des questions techniques

68. La doctrine a identifié plusieurs situations où le juge de la légalité refuse de contrôler une qualification⁽¹⁷⁹⁾. Attachons-nous plus avant au contrôle

⁽¹⁷⁷⁾ Sur cette même ligne, voy. D. LAGASSE, qui entend « se demander [...] si les motivations du contrôle [...] sont bien conformes à quelques fondements théoriques acceptables », *op. cit.*, pp. 274-275.

⁽¹⁷⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, req. n° 34553/97.

⁽¹⁷⁹⁾ S. RIALS évoque la réserve technique, la réserve de fonction publique et la réserve de haute police, *op. cit.*, pp. 239-244. Nous nous bornons à exposer la première, les deux autres se prêtant moins au jeu du contentieux de cassation. D. LAGASSE fait également mention de l'absence de contrôle des questions techniques : *op. cit.*, p. 269.

exercé sur les décisions techniques de spécialistes. Par « technique », la doctrine a considéré qu'il fallait entendre des situations où il est imposé au juge de faire preuve de connaissances allant au-delà de celle d'un « honnête homme » afin de pouvoir trancher la question⁽¹⁸⁰⁾. Peuvent, selon nous, être des décisions techniques qui échappent au contrôle plein de qualification, celles qui relèvent du débat scientifique, mais également celles relatives au domaine de l'art⁽¹⁸¹⁾.

Ainsi, lorsqu'il s'agit, par exemple, de dire si la notion légale – mais technique – d'*invalidité* a, ou non, été violée, le Conseil d'État fait un pas de côté, en rappelant qu'il ne lui appartient pas de prendre parti dans des controverses d'ordre médical⁽¹⁸²⁾.

69. Pour cerner clairement l'absence de contrôle des questions techniques, il faut cependant opérer une distinction importante. Si l'avis technique ne peut être remis en cause par le juge de cassation, encore faut-il que le juge du fond *en tire des conséquences légalement admissibles*. Encourt la cassation, la décision qui « rejete l'exception d'irrecevabilité de l'État belge au motif que le rapport du médecin conseil ne constitue qu'un avis et en décidant que le demandeur en cassation ne pouvait motiver la décision d'irrecevabilité en s'y référant simplement » alors que le régime juridique est celui de l'article 9ter, § 3, 4°, de la loi du 15 décembre 1980, qui « ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative lorsque l'avis du fonctionnaire médecin conclut que le demandeur de l'autorisation de séjour ne souffre manifestement pas d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique et que, partant, la maladie alléguée ne rentre manifestement pas dans le champ d'application de l'article 9ter, § 1er, de la loi »⁽¹⁸³⁾. Nous sommes ici face à un problème de qualification juridique d'une suite procédurale qu'il convient de donner à un rapport, et pas devant le rapport d'expert lui-même.

70. Nous croyons pouvoir discerner de l'absence de contrôle des notions techniques un aveu d'humilité du juge qui refuse d'être autre chose qu'un simple honnête homme chargé de rendre la justice⁽¹⁸⁴⁾. Posons maintenant une question : une erreur grave d'expert technique est, dans le contentieux de l'*excès de*

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibid.*, pp. 239-242. L'expression d'*honnête homme* est ici empruntée à D. LAGASSE, *op. cit.*, p. 269. Signalons juste que la marge de manœuvre que peut se laisser le juge devant le manque de précision d'une telle notion peut justifier la rédaction d'un autre travail à elle seule.

⁽¹⁸¹⁾ L'assertion n'est vraie que depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1989 qui censure la décision de la cour d'appel de Liège, qui décidait qu'une photographie n'est couverte par le droit d'auteur que si elle est une œuvre artistique devant être « une production personnelle qui révèle une préoccupation d'art, un effort en vue de réaliser un idéal esthétique » : Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 908.

⁽¹⁸²⁾ C.E., 17 octobre 2005, *Maenhout*, n° 150.286 ; C.E., 17 octobre 2005, *Marchand*, n° 150.285.

⁽¹⁸³⁾ C.E., 11 juin 2013, *État belge*, n° 223.806.

⁽¹⁸⁴⁾ Cette idée est également présente chez P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 62-63.

pouvoir, redressée par la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation⁽¹⁸⁵⁾. Mais le juge de *cassation* refuse de connaître ce type de moyen⁽¹⁸⁶⁾. Est-ce dire que la décision qui prend fait et cause pour un avis technique, même gravement vicié, ne peut être censurée par le Conseil d'État, statuant en cassation? Nous ne le pensons pas. D'un point de vue théorique, ce juge reste, en principe, maître du contrôle des qualifications, même s'il s'y refuse pour une raison pragmatique. Nous supposons qu'il pratique tout de même le contrôle d'un « honnête homme ». Or, si l'honnête homme ne se mêle pas de controverses techniques, il lui est permis tout de même d'exercer un regard critique, à la marge, sur une matière. Il n'est pas inconcevable alors qu'il remarque les erreurs si grossières qu'elles apparaissent à tout un chacun. Cependant, puisque l'erreur manifeste d'appréciation n'est pas recevable en cassation, l'on peut penser à s'appuyer sur un autre concept, pleinement admis devant la Cour de cassation: le contrôle marginal⁽¹⁸⁷⁾.

71. J. Ronse écrit, à propos du contrôle marginal, qu'il vise les cas où la censure judiciaire ne peut être exercée pleinement parce qu'elle devrait se fonder sur une conception personnelle du juge⁽¹⁸⁸⁾. Il s'agit, pour l'auteur, d'uniquement encadrer par la bonne foi, l'usage qui est fait du pouvoir « discrétionnaire » du décideur contrôlé⁽¹⁸⁹⁾. Au regard de ce qui précède, le Conseil d'État doit pleinement pouvoir, selon nous, au moins exercer une censure des erreurs grossières de l'expert technique sur base de son pouvoir de contrôle des qualifications juridiques.

2) De l'ingérence proportionnée dans la vie privée

72. Il arrive au Conseil d'État de donner une raison explicite à son absence de contrôle en certaines matières. Ainsi, pour vérifier si l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été bien appliqué par le juge du fond, le Conseil d'État statuant en cassation refuse, en principe, d'opérer le test de proportionnalité de l'atteinte à la vie privée au motif que cela lui imposerait d'*apprécier* les faits, ce pour quoi il est sans juridiction⁽¹⁹⁰⁾.

(185) S. RIALS, *op. cit.*, p. 240.

(186) Voy. *supra*, n° 49.

(187) J. RONSE, «Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé», in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 403-414.

(188) *Ibid.*, p. 404.

(189) *Ibid.*, p. 414.

(190) C.E., 7 juin 2012, XXX, n° 219.647 ; C.E., 19 novembre 2009, XXX et ZZZ, n° 198.036 et n° 198.037 ; C.E., 26 juin 2009, XXX, XXX, XXX et XXX, n° 194.752 et n° 194.753. Cette jurisprudence peut être rapprochée, à notre sens, d'un attendu de la Cour de cassation qui refuse d'appliquer un test de proportionnalité sur une autre disposition de la Convention, au motif qu'il s'agirait d'une appréciation factuelle: « Attendu que, dans les limites fixées par la loi et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge détermine souverainement

73. L'explication ne nous paraît guère convaincante. Le test de proportionnalité de l'article 8 fait, en effet, pleinement partie de la notion légale de vie privée, ou plutôt, de restriction légale à celle-ci. Il s'agit certainement d'un standard⁽¹⁹¹⁾, concept pour lequel le juge de cassation peut souffrir de réticences à l'idée d'exercer un contrôle⁽¹⁹²⁾. Ainsi, contrôler la proportionnalité impose au juge de cassation de s'approcher du fait au plus près; il ne touche pourtant pas au fond en le faisant⁽¹⁹³⁾. Il ne porte pas non plus d'appréciation sur les faits lorsqu'il teste la proportionnalité d'une mesure, du moins si nous nous en tenons à la définition qu'il nous a semblé bon de dégager de cette notion précédemment⁽¹⁹⁴⁾.

74. Il est possible d'objecter que le contrôle de proportionnalité relève de l'articulation entre, d'une part, l'objet de la décision administrative et, d'autre part, ses motifs⁽¹⁹⁵⁾. Ainsi, la notion échappe au contrôle de qualification juridique effectué sur lesdits motifs de fait.

Nous ne retenons pas cette théorie dans le cas qui nous occupe, à savoir, celui de la question de la proportionnalité de l'entrave à une liberté fondamentale. Selon nous, admettre cette théorie en l'espèce reviendrait à confondre deux moments du contrôle de légalité. Dans un premier temps, l'administration prend un acte ou commet un fait qui n'est pas conforme avec le principe de proportionnalité. Selon l'analyse que nous venons d'évoquer, la proportionnalité repose bien dans l'objet, ou le dispositif, de la décision de l'administration.

Dans un deuxième temps, l'acte ou le fait est entrepris devant un juge administratif qui est chargé de contrôler la juste application de la liberté fondamentale en cause. Remarquons que tant le Conseil d'État, statuant en excès de pouvoir que le juge judiciaire censurent un acte administratif ou un fait de l'administration qui viole le principe de proportionnalité dans une telle circons-

en fait la sanction qu'il considère être proportionnée à la gravité des infractions déclarées établies; Que, dans la mesure où il invoque que les sanctions sont disproportionnées aux faits mis à charge, le moyen, en cette branche, revient à critiquer l'appréciation de fait par la commission d'appel»: Cass., 8 novembre 1996, n° F-19961108-9. Cet attendu laisse tout de même perplexe, puisque le moyen invoque une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, disposition qui ne tolère aucune analyse de proportionnalité, contrairement à ce que laisse entendre la Cour de cassation.

⁽¹⁹¹⁾ Sur cette notion, voy. *supra*, n°s 58 et 59.

⁽¹⁹²⁾ Cette idée est exprimée dans la doctrine administrative française: S. RIALS, *op. cit.*, p. 251. Nous avons émis un doute quant à sa recevabilité dans la jurisprudence belge, lors de l'examen du contrôle de la notion légale «manifestement non fondée», ainsi que celle de «délai raisonnable», *supra*, n° 59.

⁽¹⁹³⁾ Sur la distinction entre fait et fond, voy. *supra*, n°s 15-17.

⁽¹⁹⁴⁾ Sur cette notion, voy. *supra* n° 46. Pour rappel: tant l'appréciation que la qualification oblige le juge à porter un certain regard sur le fait. Cependant, dans la qualification, et à la différence majeure de la simple appréciation, il y a, à la suite de ce regard, une conséquence tirée «en droit»: A. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 45.

⁽¹⁹⁵⁾ Voy. D. DÉOM, «Le pouvoir discrétionnaire: vieillard chancelant ou force vive du droit administratif», in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 202-203.

tance⁽¹⁹⁶⁾. Le juge administratif contrôlé par le Conseil d'État, juge de cassation, doit logiquement exercer le même contrôle puisqu'il exerce la même fonction⁽¹⁹⁷⁾. Or, à ce stade du raisonnement, l'article 8 de la Convention repose tout entier dans les motifs de droit que le juge du fond doit prendre en compte. Les conditions de son application, y compris la proportionnalité, sont présentes dans les motifs de fait. L'objet, ou le dispositif, de la décision contrôlée n'est donc pas en cause car il ne s'agit pas de vérifier si la décision du juge du fond est disproportionnée, mais de s'assurer que ce dernier n'a pas méconnu la notion légale de vie privée telle que devait l'appliquer l'autorité. Ce contrôle ne peut être pleinement réalisé qu'en vérifiant que la notion légale d'ingérence disproportionnée n'a pas été violée. Autrement dit, c'est au juge du fond que revient le devoir d'apprécier souverainement les faits, mais son appréciation souveraine cesse lorsqu'il doit tirer la conséquence légale de son appréciation, à savoir : la conclusion que l'ingérence dans le droit fondamental est proportionnée ou non. Il revient ensuite au Conseil d'État, juge de cassation, d'exercer son contrôle sur la qualification juridique du juge du fond.

75. Devant l'absence de contrôle des questions techniques, nous avons soulevé l'existence d'une politique jurisprudentielle pragmatique, fondée sur le fait que le juge ne s'improvise pas expert. Face au défaut de contrôle de la proportionnalité, une autre raison de politique jurisprudentielle peut être, selon nous, avancée. Il s'agit de se poser la question de l'*utilité* du contrôle de cassation selon le Commissaire du gouvernement près du Conseil d'État de France, P. Hubert. Il indique qu'«il faut faire confiance aux juges de fond sur les questions même les plus importantes lorsque le juge de cassation *ne peut rien apporter d'autre qu'un point de vue différent sur l'affaire*»⁽¹⁹⁸⁾. L'on pourrait alors déduire de l'absence de contrôle de proportionnalité, un refus légitime du juge de cassation de substituer son regard subjectif à la vision d'un juge du fond. Deux critiques nous viennent à l'esprit. Premièrement, la recherche d'un critère d'utilité se base sur une prémisse à laquelle nous n'adhérons pas. P. Hubert considère, en effet, qu'il n'est tout simplement pas possible de faire une différence entre qualification et appréciation : les deux notions se confondraient si fort, en pratique, qu'aucune distinction intelligible ne pourrait être établie⁽¹⁹⁹⁾. À notre sens, ce postulat n'est pas tenable. À l'image des opposants à une séparation radicale entre les notions de fait et de droit⁽²⁰⁰⁾, P. Hubert s'appuie sur des situations particulières pour considérer, d'une manière générale, que la dis-

(196) Parmi d'innombrables : C.E., 21 mars 2011, *Romagnolo*, n° 212.163 ; Liège, 13 octobre 2010, n° 2010/RG/1134.

(197) Voy. à ce sujet *supra*, n°s 15-17.

(198) A. BOURREL, « Note sous C.E. fr., 3 juillet 1998, *M^{me} Salva-Couderc* : L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer "appréciation souveraine" et "qualification juridique des faits" ? », *R.F.D.A.*, 1999, p. 117. C'est nous qui soulignons.

(199) *Ibid.*, p. 113.

(200) À ce sujet, voy. *supra*, n°s 19-20.

inction n'est pas consistante, sans prendre en compte la majorité des situations où les deux opérations peuvent se distinguer. La séparation entre fait et droit n'est pas toujours aisée à établir, mais cela ne signifie pas qu'une séparation théorique, à grande vertu pratique est dépourvue de tout fondement⁽²⁰¹⁾. En d'autres termes, il n'y a pas lieu de rejeter une théorie dans son entièreté parce qu'elle est, dans de rares situations, difficile à mettre en œuvre. Deuxièmement, avec A. Bourrel, nous pensons qu'attacher à l'opération de qualification une telle obligation d'utilité, revient à déformer l'une des missions du juge de cassation, à savoir, celle de protection du justiciable⁽²⁰²⁾. Partant, il ne nous est pas possible de reconnaître que le critère d'utilité justifierait l'absence d'un contrôle de proportionnalité en cassation.

76. Un arrêt du Conseil d'État statuant en cassation semble ne pas exclure la possibilité d'un contrôle de la proportionnalité⁽²⁰³⁾. Comme elle statue en matière d'accès au territoire, la haute juridiction commence, dans cet arrêt, par rappeler le principe de souveraineté de l'État et ses conséquences par rapport au droit au respect de la vie privée⁽²⁰⁴⁾. Elle ajoute ensuite : « dat, wat betreft de vereiste van proportionaliteit, het bestuur een afweging dient te maken tussen het algemene belang van de staat enerzijds en het individuele belang van de om verblijf verzoekende vreemdeling anderzijds »⁽²⁰⁵⁾. Elle conclut cependant à l'absence d'ingérence dans la vie privée et familiale du requérant, ne pratiquant donc pas elle-même le test de proportionnalité, postérieur à la

⁽²⁰¹⁾ Remarquons que le Conseil d'État de France a également eu quelques réticences à utiliser ce critère d'utilité. Dans son arrêt, il évoque les distinctions classiques que nous avons utilisées tout au long de notre travail, plutôt que celle proposée par P. Hubert.

⁽²⁰²⁾ A. BOURREL, *op. cit.*, p. 127. Il convient toutefois de remarquer que ce raisonnement revient à rattacher la mission disciplinaire du juge de cassation au contrôle des qualifications, et pas uniquement à celle du correct établissement des faits, comme nous l'avions supposé dans la première partie. Cette idée ne nous semble pas dépourvue de sens, même s'il convient de remarquer la particularité d'un contrôle de qualification « disciplinaire ».

⁽²⁰³⁾ C.E., 21 septembre 2009, XXX, n° 196.233, considérant n° 2.2.3.2. Cette jurisprudence peut être rapprochée d'une décision de cassation judiciaire : Cass., 27 février 2001, n° P.99.0706.N. Le moyen invitait la Cour de cassation à censurer une mesure pour atteinte disproportionnée à l'article 8 de la Convention ; le juge suprême répond qu'il n'y a pas d'ingérence du tout dans le droit à la vie privée. La lecture de l'arrêt laisse tout de même penser que le juge suprême n'écarte pas d'office la possibilité de lui-même pratiquer le test de proportionnalité. Dans le sens d'une lecture de l'arrêt comme envisageant la proportionnalité de la mesure, voy. : P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Cassatie en geheime camera's : meer gaten dan kaas », *Panopticon*, 2001, pp. 311-312.

⁽²⁰⁴⁾ La matière du séjour des étrangers, touchant à la souveraineté de l'État, laisse peu de place à la vie privée du migrant. Certes, il se voit reconnaître l'existence de ce droit, mais concrètement, celui-ci est réduit à assez peu de chose. L'on comprend alors pourquoi la question est relativement vite réglée par le Conseil d'État. Sur cette matière, voy. p. ex. : P.-F. DOCQUIR, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ? », *Rev. trim. D.H.*, 2004, pp. 921-950.

⁽²⁰⁵⁾ Nous traduisons par : « Qu'en ce qui concerne l'exigence de proportionnalité, l'autorité doit faire la balance entre l'intérêt général de l'État et l'intérêt individuel de l'étranger qui demande à rester ».

reconnaissance de ladite ingérence dans le raisonnement que nécessite l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

77. Les arrêts majoritaires refusent d'effectuer le test de proportionnalité par un considérant lapidaire⁽²⁰⁶⁾ : « le Conseil du contentieux des étrangers a vérifié le critère de nécessité et n'a pas violé ledit article 8 ». À l'opposé, l'arrêt du 21 septembre 2009 expose en détails le raisonnement complet qui devra être le sien pour analyser s'il y a infraction à l'article 8 de la Convention, en terminant par une mention explicite à la proportionnalité.

78. Dans l'arrêt du 21 septembre 2009, le Conseil d'État paraît se réserver la possibilité d'opérer un contrôle plein des notions légales, tout en s'abstenant de toucher aux questions de fond, laissées à l'appréciation souveraine du juge inférieur. Pratiquerait-il, le cas échéant, un simple contrôle marginal de la proportionnalité ? Nous ne le pensons pas car la proportionnalité n'a rien de technique ; il s'agit d'une notion pleinement juridique, même si son application concrète nécessite une certaine subjectivité. Partant, le Conseil d'État n'aurait aucune justification pour ne pas pratiquer un contrôle complet en la matière. Cela ne signifie pas non plus que l'analyse de proportionnalité pourrait être aussi étendue *de facto* que celle du juge de plein contentieux. En effet, le contrôle *entier* de proportionnalité devrait s'accommoder de l'appréciation souveraine réalisée préalablement, sans pouvoir nullement la remettre en cause. Cela limite la censure de cassation au seul constat éventuel d'une mauvaise conclusion réalisée par le juge du fond, à partir de son appréciation souveraine, entre proportionnalité et disproportionnalité de l'ingérence. C'est seulement au prix de la recherche de ce fragile équilibre que doit s'entendre le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge de cassation.

3) Quatrième conclusion intermédiaire

79. Dans le titre premier, nous avons présenté le rapport au fait dans la jurisprudence de cassation administrative comme un triptyque :

- établissement : simple contrôle par l'exercice de la fonction disciplinaire du juge du fond ;
- appréciation : absence de contrôle de la décision du juge du fond ;
- qualification : contrôle juridique total du juge du fond.

La première partie du titre deux nous oblige à nuancer cette présentation. La question « technique » ainsi que le standard de proportionnalité de l'atteinte à la vie privée sont des concepts qui nécessitent, selon nous, une qualification juridique. Le contrôle exercé par le juge de cassation doit donc logiquement être total. Vu qu'il ne l'est pas, nous supposons donc qu'un motif de politique

(206) Voy. *supra*, n° 72.

jurisprudentielle porte cette absence de censure que devrait subir le juge du fond.

Pour la question technique, nous pensons que l'absence de contrôle à son sujet est liée à une sorte d'humilité du juge, qui refuse de remettre en cause le savoir scientifique exprimé par un connaisseur dans son domaine. Cela ne signifie cependant pas qu'un blanc-seing soit laissé au juge du fond. D'abord, comme l'enseigne l'arrêt État belge, du 11 juin 2013, si le juge ne tire pas les conséquences légalement admises – en l'espèce, procédurales – alors le juge de cassation pourra censurer le jugement entrepris. Ensuite, nous pensons que si une erreur grossière est présente dans le rapport technique, le juge devra contrôler celui-ci à la marge, en honnête homme, capable de discerner les fautes flagrantes, même dans un domaine qu'il ne maîtrise pas particulièrement comme praticien du droit. Le fondement du contrôle est alors identique à celui qui avait justifié la licence : la pratique d'un simple regard d'honnête homme.

En ce qui concerne la proportionnalité – autre notion justifiant qualification juridique, selon nous – le Conseil d'État considère, dans sa jurisprudence majoritaire, qu'il s'agit d'une notion de fait soumise au pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond. La doctrine française a émis l'idée que, plutôt que de chercher à savoir si un standard relève de l'appréciation ou de la qualification, il fallait se demander si le contrôle du juge de cassation pouvait se révéler utile. Nous ne pouvons cependant pas adhérer à cette thèse, considérant comme floue la barrière entre appréciation et qualification, pour y substituer une notion tout aussi insatisfaisante, à notre sens. Le Conseil d'État, juge de cassation, doit donc, selon nous, opérer un contrôle de la qualification de l'atteinte proportionnelle à la vie privée, en se basant sur l'appréciation des faits souverainement réalisée préalablement par le juge du fond.

C. Le contrôle indirect de l'erreur manifeste d'appréciation

80. Le Conseil d'État, juge de cassation, refuse d'exercer une censure de l'erreur manifeste d'appréciation du juge du fond⁽²⁰⁷⁾. Il nous faut examiner, dans un premier temps, si cette absence de contrôle est conforme au droit au procès équitable⁽²⁰⁸⁾. Dans la négative, nous devons déterminer si le juge procède, ou devrait procéder, à un contrôle (de l'erreur manifeste) d'appréciation, afin de rendre sa jurisprudence conforme à cette liberté fondamentale. Cet examen est l'occasion d'apprécier si l'exercice de la fonction disciplinaire ne peut constituer une sorte de contrôle indirect de l'appréciation⁽²⁰⁹⁾, susceptible de remplir les qualités nécessaires afin de respecter le droit au procès équitable.

⁽²⁰⁷⁾ Voy. *supra*, n° 49.

⁽²⁰⁸⁾ La conformité au droit au procès équitable est, pour rappel, examinée au regard de l'arrêt *Dulaurans* : Cour eur. D.H., arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, req. n° 34553/97.

⁽²⁰⁹⁾ Sur la fonction disciplinaire, voy. *supra*, n°s 22-44.

1) De l'illégalité de toute erreur manifeste d'appréciation

81. Le Conseil d'État ne redresse pas les erreurs d'appréciation commises par les juridictions administratives inférieures, fussent-elles être qualifiées de manifestes⁽²¹⁰⁾. Nous examinons maintenant ce constat sous le prisme de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Dulaurans contre France*. Ce dernier sanctionne l'erreur manifeste d'appréciation commise par la Cour de cassation française ! Il est donc permis de se demander si une politique jurisprudentielle conduisant au rejet de l'erreur manifeste d'appréciation n'entraîne pas *ipso facto* à violer la Convention européenne des droits de l'homme⁽²¹¹⁾.

82. L'arrêt de la Cour de cassation française a été sanctionné par la juridiction strasbourgeoise sur base de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Il convient donc de vérifier que cette disposition est applicable devant le juge de cassation administrative. Le Conseil d'État a déjà considéré que tel n'était pas le cas⁽²¹²⁾, mais il faut, à notre sens, limiter cette solution au cas d'espèce. La haute juridiction se montre, en effet, terriblement circonstanciée dans cette décision où un droit civil au sens du texte européen n'était pas en jeu. Ce constat n'empêche pas la Convention de s'appliquer, en principe, dans le contentieux de la cassation administrative.

83. Le premier enseignement à tirer de l'arrêt *Dulaurans* est que le Conseil d'État doit se garder de commettre une erreur manifeste d'appréciation dans son propre jugement⁽²¹³⁾. Un autre enseignement, plus audacieux, que l'on peut déduire de l'arrêt, serait celui qu'un juge de cassation se doit de corriger les erreurs manifestes d'appréciation commises par les juges du fond, et que l'absence de contrôle à ce sujet viole également la Convention⁽²¹⁴⁾. La doctrine française a considéré avec inquiétude que cela reviendrait finalement à remettre en cause le rôle traditionnel du juge de cassation⁽²¹⁵⁾. L'on peut en

⁽²¹⁰⁾ Voy. *supra*, n° 49.

⁽²¹¹⁾ En ce sens, p. ex. : J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », *D.*, 2001, p. 934.

⁽²¹²⁾ C.E., 10 mai 2012, *Fumal*, n° 219.316.

⁽²¹³⁾ Nous rappelons utilement que le juge de cassation ne pratique en principe pas d'appréciation des faits, ce qui devrait l'empêcher de commettre des erreurs manifestes à ce sujet. C'est sans compter l'interprétation autonome du droit de la Convention. Il a tout de même été écrit que l'usage du vocable « erreur manifeste d'appréciation » était assez étrange, puisque réservé en principe à la justice administrative et peu connue de la Cour de Strasbourg : J.-P. MARGUÉNAUD, « De quelques observations de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation française », *RTD civ.*, 2000, p. 440.

⁽²¹⁴⁾ La théorie consistant à tirer de l'arrêt une obligation de redresser les erreurs d'appréciation vient, au moins pour partie, du vocable utilisé par la Cour de Strasbourg pour sanctionner l'arrêt de la Cour de cassation, à savoir « erreur manifeste d'appréciation », alors que la Cour de cassation n'apprécie précisément pas les faits : Th. CLAY, « Le contrôle de la Cour EDH de la nouveauté du moyen invoqué devant la Cour de cassation », *D.*, 2000, p. 888.

⁽²¹⁵⁾ Not. A. PERDRIAU, « La Cour EDH se reconnaît le droit de contrôler si le rejet d'un moyen nouveau par la Cour de cassation française est (ou non) contraire au 'droit à un procès équitable' », *J.C.P.*, 2000, p. 1256.

effet se poser la question de savoir quelle place il reste à une justice de cassation refusant d'apprécier les faits, et chargée d'appliquer une Convention qui exige de cette dernière qu'elle recherche si une erreur d'appréciation des faits n'a pas été commise.

84. Dans le dernier chapitre, nous considérons comme admise l'interprétation large de l'arrêt *Dulaurans*. À partir de cela, nous nous demandons si, au regard de la jurisprudence de cassation administrative actuelle, une inflexion s'impose pour le Conseil d'État afin de se conformer à l'arrêt strasbourgeois. Nous examinons donc si un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation doit être exercé par lui, ou si des palliatifs peuvent être trouvés dans la jurisprudence actuelle.

2) De l'exercice de la fonction disciplinaire comme palliatif

85. En supposant que l'arrêt *Dulaurans* exigerait du juge de cassation qu'il redresse les erreurs manifestes des magistrats contrôlés par lui, nous n'avons pas encore déterminé ce que la Cour européenne entendait par « erreur manifeste d'appréciation ». La notion n'étant familière ni du contentieux judiciaire, ni même des recours strasbourgeois, il faut tenter au moins brièvement de la délimiter⁽²¹⁶⁾.

86. La Cour de cassation française a vu son arrêt critiqué par la Cour européenne des droits de l'homme parce qu'elle avait rejeté un moyen comme nouveau alors que les faits et le droit invoqués l'étaient déjà dans les écrits de procédure devant les juridictions inférieures. Seul « le regard porté sur les circonstances factuelles de l'espèce »⁽²¹⁷⁾ était différent, ce qui constituait apparemment une violation de la procédure de cassation. Comme le relève justement R. Perrot, c'est d'abord le manque de motivation de la Cour de cassation de France qui est sanctionné⁽²¹⁸⁾. Nous sommes face à une erreur apparemment grave, qui ne peut être expliquée par la motivation donnée, mais qui aurait éventuellement pu l'être via un développement plus explicite de la Cour de cassation de France. Cette idée en évoque une autre : D. Lagasse, dans sa dissertation doctorale, relève qu'il est possible de définir l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration belge comme étant soit une erreur matériellement injusti-

⁽²¹⁶⁾ Sur la nature essentiellement propre au contentieux administratif de la notion d'erreur manifeste d'appréciation, voy. : J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 440 ; Th. CLAY, *op. cit.*, p. 888.

⁽²¹⁷⁾ A. PERDRIAU, *op. cit.*, p. 1256.

⁽²¹⁸⁾ R. PERROT, « Procédure de l'instance : jugement et voie de recours. Procédures civiles d'exécution », *RTD civ.*, 2000, p. 636. Voy. le considérant n° 38 de l'arrêt *Dulaurans* : « En tout état de cause, la Cour note que la Cour de cassation n'a pas davantage expliqué sa position, et n'a pas opéré une distinction entre le raisonnement développé par la requérante devant les trois juridictions saisies, comme le fait maintenant le Gouvernement. L'absence de toute autre motivation amène la Cour à conclure que la seule raison pour laquelle la Cour de cassation rejeta le moyen en question était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation ».

fiable, soit un acte en tout cas formellement injustifiée⁽²¹⁹⁾. Gardons-nous d'une assimilation hâtive, puisque les deux concepts interviennent dans des situations différentes : autre pays, autre branche du droit, autre nature de contrôle exercé, autre nature de l'organe contrôlé⁽²²⁰⁾. Retenons simplement que ces deux définitions se rejoignent quant à l'interprétation limitative qu'il semble permis d'en faire : il s'agit vraiment d'erreurs manifestes, contrairement à une définition parfois plus large, utilisée par le Conseil d'État dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Ce dernier donne parfois une portée si large à l'erreur manifeste, que cette dernière a plutôt tendance à servir d'excuse à un contrôle d'opportunité⁽²²¹⁾. La véritable erreur manifeste d'appréciation, dit D. Lagasse dans sa dissertation doctorale, s'apparente à une violation de la loi, justement par son caractère *manifeste*, qui rend objective l'appréciation au départ subjective de l'autorité⁽²²²⁾. Partant, il nous semble que la Cour européenne a entendu sanctionner uniquement une erreur très grossière, au moins sur la forme⁽²²³⁾. La décision *Dulaurans* ne peut donc fournir la source d'un discours qui entendrait remettre en cause l'édifice de cassation, en confiant à la Cour de cassation le soin de contrôler toute appréciation de fait en général⁽²²⁴⁾.

(219) Pour rappel : « c'est la contradiction non seulement évidente mais aussi inexpliquée entre la décision administrative et les faits de la cause, contradiction qui est le plus souvent révélée par le dossier administratif ou les pièces de procédure, mais ce n'est pas toujours le cas. La décision entachée d'erreur manifeste d'appréciation est donc celle qui est à première vue incompréhensible et que l'administration n'a pas pris la peine de justifier alors qu'elle aurait peut-être pu l'être : aucune motivation spéciale dans l'acte lui-même ou bien dans le dossier ne vient expliquer ce qui apparaît *a priori* comme une aberration », *op. cit.*, p. 376.

(220) Respectivement : Belgique, France ; droit administratif, droits de l'homme ; excès de pouvoir, recours visant à assurer le respect de la Convention ; administration, juge de cassation.

(221) L'auteur utilise l'expression d'erreur manifeste à « l'évidence contestable », et épingle cinq catégories de cas où il est possible de constater le phénomène. Ainsi, lorsque l'arrêt est rendu sur avis contraire (ex. : C.E., 5 mars 1980, *Hermans*, n° 20.153) ; lorsque l'arrêt contredit la décision de première instance (ex. : C.E. fr., 21 janvier 1977, *Dridi*) ; lorsque l'arrêt est précédé d'un examen minutieux (ex. : C.E., 3 janvier 1968, *De Reuse*, n° 12.745) ; lorsque l'arrêt porte sur certaines matières, comme l'évaluation d'aptitudes professionnelles (ex. : C.E., 24 mai 1974, *Wittamer*, n° 16.440) ; lorsque le juge laisse entendre que c'est à lui que l'acte attaqué doit apparaître exempt d'erreur (ex. : C.E., 25 juillet 1969, *Wintraecken*, n° 13.121) : D. LAGASSE, *ibid.*, pp. 498-507.

(222) *Ibid.*, pp. 359-361, pp. 369-371 et pp. 373-378.

(223) La grossièreté de l'erreur, pour rappel, peut toucher au fond de la décision ou, comme en l'espèce, à la forme. La motivation est ici tellement lacunaire que la décision d'apparence inexpliquée – mais potentiellement explicable – de la Cour de cassation de France est sanctionnée.

(224) Nous avons cru pouvoir lire un tel discours dans l'écrit du Procureur général près la Cour de cassation de France, J.-F. BURGELIN, *op. cit.*, pp. 933-934. La lecture « catastrophiste » de l'arrêt *Dulaurans* a vivement été critiquée dans la doctrine belge. Ainsi : « [p]ar l'expression "*erreur manifeste d'appréciation*" [la Cour EDH] n'a nullement voulu entendre qu'elle se substituait à la plus haute juridiction civile française afin d'apprécier à son lieu et place ce que devait être en l'espèce le sens de la décision, comme si la Cour de cassation avait manifestement commis une erreur en considérant qu'il s'agissait d'un moyen nouveau invoqué par la requérante, dès lors insusceptible d'appréciation devant elle. Elle signifie plutôt que l'erreur manifeste commise par la juridiction française résulte de la manière dont elle a apprécié le pourvoi formé par la requérante. [...] La Cour EDH stigmatise donc la faiblesse de la méthode qui déteint directement sur le sens de la conclusion. Sans

87. Une lecture médiane de l'arrêt *Dulaurans* est également possible : le juge de cassation ne doit pas contrôler toutes les appréciations en fait du juge du fond mais il doit tout de même redresser les erreurs manifestes de ce dernier. Cette lecture ne remet pas en cause l'édifice de cassation, comme il a pu être écrit pour la thèse précédemment évoquée⁽²²⁵⁾. Son contrôle est affaire de politique jurisprudentielle et peut tout aussi bien être fondé en cassation qu'en excès de pouvoir. Cette sanction s'appuie sur la délimitation entre le fait et le droit⁽²²⁶⁾, et tant qu'elle est circonscrite à la seule censure de l'erreur véritablement manifeste, elle n'empiète pas sur le pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond⁽²²⁷⁾.

88. Est-il pour autant nécessaire, voire souhaitable, que le contrôle de l'erreur manifeste du juge du fond soit effectué par le Conseil d'État, juge de cassation ? Nous ne le pensons pas. En effet, permettre la censure d'une décision de justice sur cette base entraînerait, à notre sens, un risque d'ouverture à cassation des décisions simplement inopportunes selon les critères du juge de cassation administrative, plutôt que véritablement entachées d'erreur *manifeste*⁽²²⁸⁾. P. Martens rappelle à ce sujet que : « l'évidence parfois est d'autant plus hautement proclamée que l'opinion défendue est discutable⁽²²⁹⁾. De plus, les instruments utilisés par le Conseil d'État pour exercer sa fonction disciplinaire permettent déjà, à notre sens, d'exercer un redressement des fautes grossières dans l'appréciation du juge, même si leur utilisation est moins souple que le moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation⁽²³⁰⁾.

89. L'obligation de respecter la motivation, prévue à l'article 149 de la Constitution, et l'interdiction faite au juge du fond de dénaturer les actes devant lui présentés constituent, selon nous, un moyen efficace de remédier aux erreurs manifestes d'appréciation du juge du fond. Un tel contrôle *indirect*⁽²³¹⁾ des fautes grossières du juge constitue le moyen le plus efficace pour remédier, dans le strict respect de la répartition des fonctions entre cassation et juridiction⁽²³²⁾, aux erreurs judiciaires commises par les juges administratifs⁽²³³⁾. Le Conseil

doute la conventionnalité de la décision nationale eût-elle été admise si son raisonnement constitutif s'était fondé sur une appréciation plus développée et circonstanciée des arguments en sa faveur » : P. MUZNY, « Standards jurisprudentiels de la Cour EDH et droit comparé : une question de rationalité », *Ann. dr.*, 2003, p. 72.

⁽²²⁵⁾ Voy. *supra*, n° 83.

⁽²²⁶⁾ Voy. *supra*, n°s 18-20.

⁽²²⁷⁾ D. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 359-361, pp. 369-371 et pp. 373-378.

⁽²²⁸⁾ Voy. *supra*, n° 86, les exemples donnés par D. Lagasse.

⁽²²⁹⁾ P. MARTENS, *op. cit.*, p. 60.

⁽²³⁰⁾ Des exemples, examinés *supra*, n°s 33-37 et 42, ont tout de même démontré qu'un détournement de ces moyens rigides était envisageable.

⁽²³¹⁾ La voie directe étant celle du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

⁽²³²⁾ Voy. *supra*, n°s 15-17 et 42.

⁽²³³⁾ Nous renvoyons au texte de M.-A. FRISON-ROCHE, et, plus spécifiquement, au chapitre sur la « conception procédurale de l'erreur judiciaire », seule conciliable, selon elle, avec les autres prin-

d'État l'a, à notre avis, bien compris, puisque s'il fait des instruments de la fonction disciplinaire un usage modéré. Ainsi, dans sa jurisprudence majoritaire⁽²³⁴⁾, il les utilise essentiellement de manière à éviter que des erreurs grossières ne subsistent⁽²³⁵⁾. La motivation exigée ne tolère pas l'absence de réponse ou la contradiction, pas plus, bien souvent, que l'explication trop légère du juge du fond de certains faits que ce dernier devait prendre en compte. Avec le contrôle de la violation de la foi due aux actes, il sanctionne des incompatibilités manifestes entre l'interprétation donnée à un acte et son libellé ou sa portée. Nous pensons même qu'il n'exclut pas de censurer l'interprétation donnée à un acte iconographique, si cette dernière est incompatible avec ledit acte. Le contrôle indirect allie donc rigueur imposée au juge et formalisme bien entendu, propre à la technique de cassation.

90. Sans jamais substituer sa propre appréciation à celle du juge du fond⁽²³⁶⁾, le Conseil d'État exerce, à notre sens, aujourd'hui, par le jeu de sa fonction disciplinaire, une censure efficace des erreurs grossières commises dans la décision attaquée. De la sorte, les erreurs manifestes d'appréciation peuvent déjà être réparées dans la plupart des cas, sans avoir besoin de recourir à cette voie procédurale⁽²³⁷⁾. Il revient au plaideur d'agir avec suffisamment de méthode pour que soient sanctionnées les erreurs de ce type, le tout, dans le plus strict respect du droit au procès équitable.

cipes qui doivent gouverner le procès: «L'erreur du juge», *RTD civ.*, 2001, pp. 824-826 et p. 830 pour un bref commentaire de l'arrêt *Dulaurans*.

⁽²³⁴⁾ Voy. *supra*, n° 44.

⁽²³⁵⁾ La formule utilisée par M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS est, à cet égard, pour le moins percutante: «Le juge de cassation peut ainsi censurer des erreurs grossières du juge du fond dans les domaines où celui-ci dispose d'un pouvoir «souverain». Le contrôle de la dénaturation en cassation s'apparente à celui de l'erreur manifeste d'appréciation en excès de pouvoir», *op. cit.*, p. 355.

⁽²³⁶⁾ *Contra*: nous avons eu l'occasion de rencontrer quelques situations où le contrôle exercé lors de l'exercice de la fonction disciplinaire finit par entraîner une substitution de l'appréciation réalisée par le juge du fond au profit de celle du Conseil d'État. Voy. *supra*, nos 36 et 37, à ce sujet. À une certaine époque, la Cour de cassation exerçait aussi un contrôle si poussé qu'il ne laissait pas indemne l'appréciation souveraine du juge du fond: F. RIGAUX (1966), *op. cit.*, p. 284.

⁽²³⁷⁾ Une étude rigoureuse de la jurisprudence pourrait éventuellement laisser apparaître une différence d'intensité dans le contrôle direct ou indirect des erreurs grossières. Cela ne nous paraît pas, *per se*, problématique. Un bémol serait cependant à formuler. Il est en effet probable qu'un type d'erreur manifeste d'appréciation, qui soit contrôlable en excès de pouvoir, ne sorte pas des bornes de l'erreur proprement manifeste et ne puisse rentrer dans l'analyse du juge de cassation. Nous pensons, par exemple, au cas d'une dénaturation de faits non reproduits sur support matériel. Régler ce problème nous demanderait cependant des développements qui sortiraient du cadre de ce travail. Pour le surplus, si le plaideur se trouvait dans une situation ne rentrant *a priori* que dans le champ d'application de l'erreur manifeste, alors il pourrait encore, nous semble-t-il, chercher la lumière d'un salut dans les interprétations minoritaires, exposées au titre premier, des deux voies procédurales de la fonction disciplinaire.

3) Cinquième conclusion intermédiaire

91. L'arrêt *Dulaurans* ne remet, à notre sens, pas en cause le principe d'un juge de cassation ne connaissant pas de l'appréciation en fait réalisée par le juge du fond. Nous n'avons pas tranché la question de savoir si cet arrêt interdit simplement au juge de cassation de commettre des erreurs manifestes, ou s'il impose également à ce juge de redresser les erreurs commises par les juridictions du fond. En admettant que ce soit le cas, il faut circonscrire dans ses justes limites une telle erreur.

Est manifeste la seule erreur très grossière du juge, au moins commise sur le plan formel ; l'on peut donc considérer, à notre sens, que cette dernière est déjà redressée lors de l'exercice de la fonction disciplinaire effectué par le Conseil d'État. Partant, étendre le contrôle du juge de cassation à toute « erreur manifeste d'appréciation » n'est pas souhaitable. Il appartient au demandeur en cassation de démontrer que la lacune laissée dans le jugement rentre dans le concept d'obligation de motivation ou de violation de la foi due à un acte. Dans la majorité des cas, cette démonstration est possible, bien que plus complexe que celle de démontrer l'erreur manifeste d'appréciation en raison de la rigidité de ces deux notions.

EN GUISE DE CONCLUSION

92. Lorsque le Conseil d'État statue en cassation, en quoi consiste exactement le contrôle des motifs de fait qu'il exerce sur la décision du juge du fond ?

93. Pour répondre à cette question, dans la première partie de notre travail, nous avons démontré que le contrôle opéré par le Conseil d'État est différent, suivant qu'il s'agit de vérifier si le juge du fond a correctement établi les faits, qu'il les a justement appréciés et qu'il les a adéquatement qualifiés juridiquement.

94. Le contrôle opéré sur l'établissement des faits est de faible ampleur. Il n'intervient que lorsqu'il y a erreur grossière du juge du fond, et seulement lorsque celle-ci constitue une violation de la foi due aux actes ou de la motivation formelle des jugements. Encore faut-il s'entendre sur l'étendue de ces deux notions. Une jurisprudence majoritaire sanctionne avec réserve les jugements qui contreviennent à celles-ci, mais une jurisprudence minoritaire ouvre parfois plus grand la porte à un contrôle de l'établissement des faits par le juge du fond.

Le contrôle opéré sur l'appréciation des faits est nul. Pour la jurisprudence unanime, apprécier les faits relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond.

Le contrôle opéré sur la qualification des faits est total. La fonction première d'un juge de cassation étant de garantir le maintien de l'unité de la juris-

prudence, cette solution s'impose à elle-même. Toute notion légale, définie par la loi ou simplement mentionnée par elle, utilisant des termes techniques ou de la vie courante, précis ou imprécis, est en principe contrôlée.

95. Dans la deuxième partie de notre travail, nous avons confronté la théorie développée avec des situations spécifiques où le Conseil d'État décide d'agir d'une manière autre que celle que lui recommande l'application du trip-tique ainsi énoncé. Ces situations ressortant, à notre sens, de politiques jurisprudentielles du Conseil d'État, n'ont pas pour fondement principal une règle de droit, mais un objectif plus pragmatique.

96. Première illustration de politique jurisprudentielle : le sort réservé aux questions techniques. Ces dernières sont des notions légales, mais pour éviter à la haute juridiction de s'engager sur le terrain glissant des controverses scientifiques, elle décide de ne pas contrôler la substance même de ces notions, ou alors uniquement à la marge.

Deuxième illustration : le test de proportionnalité dans l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État refuse le plus souvent d'exercer un contrôle au motif que celui-ci lui imposerait de remettre en question l'appréciation souveraine du juge du fond. Nous avons démontré que la proportionnalité de l'article 8 relève cependant également des notions légales que le juge de cassation doit théoriquement contrôler. La jurisprudence des chambres flamandes semble suivre cette voie en ne rejetant plus l'intégralité du test de proportionnalité dans le concept d'appréciation souveraine.

Troisième illustration : l'erreur manifeste d'appréciation. Cette dernière n'est pas contrôlée par le Conseil d'État mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut très bien considérer que ne pas relever de telles erreurs constitue une violation du droit au procès équitable. Le Conseil d'État n'encourt cependant pas de risques majeurs d'une censure sur cette base car, par le jeu de son contrôle de motivation formelle et de son contrôle du respect de la foi due aux actes, il peut redresser les erreurs commises par le juge du fond, y compris dans un domaine touchant à l'appréciation des faits.

97. Depuis 1999, le Conseil d'État a développé une jurisprudence originale quant au contrôle des motifs de fait. Plus rigoureux qu'en excès de pouvoir, la haute juridiction suit de manière cohérente les principes théoriques qu'elle s'est elle-même fixée, inspirée en cela par la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation. La rigueur dans le raisonnement général ne l'empêche pas de s'adapter à certaines situations en développant des choix de politiques jurisprudentielles aux contours variés, qu'il y a lieu d'identifier afin de comprendre au maximum la jurisprudence de cassation administrative.