

## **LES POURVOIS EN CASSATION<sup>1</sup>**

### **Divergences et convergences**

#### **DENIS GARREAU – Colloque de la Faculté de droit de Nice du 20 juin 2013**

La comparaison des procédures contentieuses judiciaire et administrative ne peut faire l'économie d'un examen des pourvois en cassation devant la Cour de cassation et devant le Conseil d'Etat.

Ce sujet est très vaste et justifierait des développements dépassant largement les limites de cette intervention et surtout la compétence de son auteur qui se bornera donc ici à présenter son expérience du contentieux devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

Vaste, ce sujet est également d'un très grand intérêt eu égard à la relative nouveauté du contentieux de cassation devant le juge administratif. Certes, le Conseil d'Etat connaît, depuis longtemps, le pourvoi en cassation à l'égard des juridictions spécialisées telles que les juridictions ordinales ou la Cour des comptes. Mais alors que depuis deux siècles, la Cour de cassation intervient comme juge de cassation des tribunaux et des cours d'appel, il faut attendre la profonde réforme de la loi du 31 décembre 1987 et la création des cours administratives d'appel pour voir se développer considérablement le rôle du Conseil d'Etat comme juge de cassation.

Pour autant, s'il est vrai que le développement de la cassation administrative ne se fait pas sans comparaison avec la cassation judiciaire<sup>2</sup>, il serait inexact de dire que le Conseil d'Etat suit cette dernière avec un décalage de 2 siècles et que la cassation administrative ne fait qu'emprunter le chemin tracé par la cassation civile.

La réalité est plus complexe. Sur un socle commun, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, en tant que juge de cassation, ont développé, pour des raisons historiques et institutionnelles, des procédures et des techniques de contrôle comportant des différences substantielles :

- Si, pour les deux juridictions, le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire et un procès fait à un acte juridictionnel, sur cette base commune, les deux juridictions ont mis en place des procédures et conçu un office du juge de cassation qui ne sont pas semblables (I).

---

<sup>1</sup> Le pourvoi en cassation en matière pénale a été laissé en dehors du champ de cette étude, ainsi limitée à une comparaison des cassations civile et administrative.

<sup>2</sup> Cf. J. Massot, O. Fouquet, J.H. Stahl et M. Guyomar : Le Conseil d'Etat juge de cassation, Ed. Berger-Levrault, 5ème éd. 2001. Cet ouvrage procède à de nombreuses comparaisons des procédures et des techniques utilisées par les deux juridictions.

- Et si les termes du contrôle disciplinaire et de l'erreur de droit qu'exercent le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans leur fonction de juge de cassation sont proches, en revanche, la distinction du fait et du droit n'a pas du tout la même portée (II).

### **I – Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire et un procès fait à un acte juridictionnel.**

Il n'y a pas dans les textes qui régissent la procédure administrative contentieuse de définition du pourvoi en cassation. Le Président Odent écrit, dans son cours de contentieux administratif, que la fonction du juge de cassation est de « *contrôler la conformité des décisions juridictionnelles qui lui sont soumises à la règle de droit et non de trancher un litige* »<sup>3</sup>.

Cette définition est très proche de celle donnée par l'article 604 du CPC :

*« Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».*

Dans les deux cas, il s'agit donc bien de contrôler la conformité des décisions à la règle de droit et, s'agissant de la Cour de cassation, l'article L 411-2 du COJ lui interdit de connaître du fond des affaires, sauf loi contraire.

De cette particularité de la fonction du juge de cassation, le code de procédure civile tire la conséquence que le pourvoi est une voie extraordinaire de recours comme le mentionne le sous-titre III, « Voies extraordinaires de recours » du titre XVI « Voies de recours » lui-même inclus dans les dispositions communes à toutes les juridictions civiles du Livre 1<sup>er</sup>. La qualification de voie extraordinaire de recours est donc clairement affirmée, ce qui ne va pas sans conséquences.

Aucune disposition du code de justice administrative ne procède à une telle affirmation. Au contraire, en classant le pourvoi en cassation dans les voies de recours, au même titre que l'appel (cf. L 811-1 et L 821-1), et en les distinguant des « autres voies de recours » que sont l'opposition, la tierce-opposition, le recours en rectification d'erreur matérielle et le recours en révision, le CJA pourrait être compris comme classant le pourvoi en cassation dans les recours ordinaires. Les recherches de jurisprudence ne font pas apparaître que le Conseil d'Etat emploie l'expression de voie de recours extraordinaire à propos du pourvoi. Cette expression figure cependant dans deux arrêts l'un de section du 16 mai 2012 pour qualifier le recours en révision<sup>4</sup> et l'autre, dans un arrêt du 20 février 2012 qui, à propos de l'épuisement des voies de recours, utilise la distinction « voies de recours ordinaires et extraordinaires »<sup>5</sup>, sans autre précision.

Pour autant, le pourvoi en cassation en matière administrative est certainement une voie de recours extraordinaire par rapport à la voie de l'appel à raison de la procédure suivie et de ce que le pourvoi en cassation est fondamentalement, comme en matière civile, un procès fait à un acte.

---

<sup>3</sup> Cf. R. Odent, Cours de contentieux administratif, p. 2058, Les cours de droit.

<sup>4</sup> CE, Section, 16 mai 2012, n° 331346.

<sup>5</sup> CE, 20 février 2012, n° 353134, mentionné aux tables du recueil.

Ce qui caractérise en effet le pourvoi en cassation en matière civile comme en matière administrative, c'est le fait qu'il n'est pas demandé au juge de cassation de régler un litige en condamnant à faire ou à payer, en prononçant la nullité d'un contrat ou d'une clause contractuelle, en ordonnant telle ou telle mesure. Le juge de cassation « *casse et annule* », pour la Cour de cassation, « *annule* », pour le Conseil d'Etat, une décision juridictionnelle. Le règlement du litige ressort du juge du fond qui, particularité de la procédure administrative, peut être le Conseil d'Etat lui-même, statuant après annulation et cette fois comme juge du fond, selon l'article L 821-2 du code de justice administrative.

Ces principes ont des conséquences quant à la procédure de pourvoi et quant à l'office du juge.

### **A – La procédure de cassation.**

Les procédures de cassation ne suivent pas l'ensemble des principes et les règles applicables aux juridictions du fond.

- Certes, la Cour de cassation est, en principe, soumise aux dispositions communes à toutes les juridictions, fixées par le Livre 1<sup>er</sup> du code de procédure civile, notamment aux principes directeurs du procès énumérés au chapitre 1<sup>er</sup> du Titre 1<sup>er</sup>. Ainsi, est-elle tenue de respecter l'article 16 relatif au principe du contradictoire mais, pour des raisons tenant à son contrôle, les dispositions relatives aux faits (section 3) et aux preuves (section 4) lui sont étrangères.

L'article 2 du code de procédure civile selon lequel « *les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent* », n'est que partiellement applicable à la procédure en cassation dans la conduite de laquelle les parties ne jouent qu'un rôle mineur.

En effet, devant la Cour de cassation, la procédure est fixée de manière précise par les articles 605 à 618-1 et 973 et s. du CPC qui déterminent les conditions d'ouverture du pourvoi et la procédure. Après dépôt des mémoires dans les délais impartis par le code, la procédure est menée par la juridiction avec la désignation d'un rapporteur, le dépôt d'un rapport, l'avis de l'avocat général et la fixation de l'audience. Il n'y a pas de mise en état.

- Pour les juridictions administratives, le principe dit inquisitorial est que le juge dirige l'instruction et qu'il la dirige seul. Ce principe n'est pas affirmé, en tant que tel dans le code de justice administrative, mais il ressort clairement de la jurisprudence<sup>6</sup>.

Devant le Conseil d'Etat, la procédure en cassation est également fixée de manière précise par les articles 611-20 et s. du CJA notamment. Là encore, après dépôt des mémoires, la procédure est menée par la juridiction avec la désignation d'un rapporteur, le dépôt d'un rapport, l'examen du dossier par un réviseur, puis la sous-section d'instruction avant la transmission du dossier à un rapporteur public et son inscription à une audience de sous-sections réunies, de la section du contentieux ou de l'assemblée du Conseil d'Etat.

Dans leurs grandes lignes, ces deux procédures sont semblables à cela près qu'avec la transmission aux avocats du rapport dans sa partie publique et de l'avis écrit de l'avocat général, la procédure suivie par la Cour de cassation est plus transparente pour le justiciable.

Mais surtout, le caractère extraordinaire du pourvoi en cassation a deux conséquences principales que l'on retrouve dans les deux procédures :

- l'accès au juge de cassation est restreint.

---

6 Cf. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13ème éd., n° 958 p. 837 ; pour un exemple du rôle du juge dans la preuve du fait : CE, 26 novembre 2012, n° 354108, publié au Recueil.

- le pourvoi ne présente aucun caractère suspensif d'exécution sauf texte contraire.

### **1) – Les restrictions à l'accès au juge de cassation.**

Ces restrictions se manifestent principalement par la création d'une procédure d'admission des pourvois. Cette procédure, inaugurée par le Conseil d'Etat avec la réforme de 1987, a ensuite été adoptée par la Cour de cassation avec la loi organique du 25 juin 2001.

Mais la conception de ces deux procédures est différente selon les juridictions.

- La procédure d'admission (L 822-1 et R 822-2 et s. CJA) devant le Conseil d'Etat est conçue comme un filtre destiné à éliminer les pourvois irrecevables ou qui ne serait fondé sur aucun moyen sérieux. En effet, dès le dépôt de la requête et mémoire ou du mémoire complémentaire, le dossier est examiné par le président de la sous-section d'instruction qui peut alors décider d'admettre le pourvoi immédiatement ou après instruction par un rapporteur, ou de mettre le pourvoi à l'examen d'une formation de jugement qui décide alors, à la suite d'une audience, l'admission ou la non-admission. Cette phase n'est pas contradictoire et ce n'est qu'après l'admission, que l'instruction contradictoire commence avec la communication aux parties en défense du pourvoi et du mémoire produit par le demandeur à la cassation.

- La procédure d'admission devant la Cour de cassation est conçue comme une orientation vers une formation restreinte de 3 juges qui, après une instruction contradictoire et normale, déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation, selon l'article 1014 du CPC, dont la rédaction est très proche de celle de l'article L 822-1 du CJA.

A la différence du Conseil d'Etat, en cas d'orientation vers une non-admission, le rapporteur devant la Cour de cassation communique aux avocats les motifs pour lesquels il estime que le pourvoi ne doit pas être admis, dans un rapport dit de non-admission. Il en résulte qu'un dialogue peut s'instaurer avec la juridiction et déboucher sur une réorientation du pourvoi vers une procédure ordinaire et il arrive que cette réorientation débouche sur une cassation<sup>7</sup>.

Mais, aussi bien pour le Conseil d'Etat que pour la Cour de cassation, l'arrêt de non-admission n'est pas motivé, autrement que par l'affirmation de ce que le ou les moyens ne justifient pas l'admission du pourvoi.

### **2) – L'absence de caractère suspensif du pourvoi.**

La deuxième conséquence du caractère extraordinaire des pourvois en cassation en matière civile et en matière administrative, est l'absence d'effet suspensif d'exécution de la procédure. Mais, les deux juridictions en tirent des conséquences totalement différentes :

- Pour la Cour de cassation, puisque le pourvoi n'est pas suspensif, sauf dispositions expresses<sup>8</sup>, et qu'il s'agit d'une voie extraordinaire de recours, le demandeur au pourvoi doit exécuter l'arrêt attaqué s'il y a matière à exécution. L'article 1009-1 du CPC n'en fait pas une cause d'irrecevabilité du pourvoi mais offre au défendeur la faculté de solliciter la radiation du pourvoi du rôle de la Cour et cette radiation est prononcée sauf dans le cas où il est justifié de ce que l'exécution aurait des conséquences manifestement excessives.

---

7 D. Garreau : Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation, Dalloz 2012, p. 1137.

8 Divorce : 1086 CPC ; déclaration d'absence : 1069 CPC ; nationalité : 1045 CPC.

Comme correctif aux conséquences de cette absence d'effet suspensif du pourvoi en cassation, l'article 1009 du CPC permet d'obtenir, par une déclaration d'urgence du premier président, une réduction des délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces, à l'expiration desquels le président de la Chambre fixe la date de l'audience.

- Le Conseil d'Etat se préoccupe beaucoup moins de tirer les conséquences de l'absence d'effet suspensif des pourvois et il n'y a pas de texte prévoyant, par exception, un effet suspensif. L'exécution de l'arrêt attaqué n'est pas plus une condition de recevabilité du pourvoi et il n'existe aucune procédure de radiation de rôle.

En revanche, le CJA, qui ne prévoit aucune procédure d'urgence, permet de solliciter du Conseil d'Etat qu'il ordonne le sursis à l'exécution de la décision qui fait l'objet du pourvoi (R 821-5 du CJA).

Le paradoxe est que l'examen de ces procédures laisse penser que la pratique judiciaire est de ne pas exécuter spontanément les arrêts frappés de pourvoi de sorte que la Cour de cassation aurait dû mettre en place une procédure incitative à cet effet ; au contraire, la pratique administrative serait d'exécuter spontanément de sorte que le Conseil d'Etat aurait dû mettre en place une procédure de sursis à exécution. Mais la pratique du contentieux administratif montre que la réalité est inverse.

### **B – La nature du pourvoi en cassation a nécessairement des conséquences sur l'office du juge de cassation.**

Alors que l'office du juge de cassation judiciaire fait l'objet de dispositions textuelles précises dans les articles 619 à 629 du CPC, c'est au fil de sa jurisprudence que le Conseil d'Etat a défini son office de juge de cassation.

Outre la restriction de son contrôle qui résulte de la fonction du juge de cassation (cf. infra. la question des cas d'ouverture), le fait que le pourvoi soit une voie extraordinaire de recours et qu'il soit un procès fait à un acte juridictionnel a deux conséquences notamment :

- Il y a d'abord une cristallisation du litige en cassation.
- Le juge se voit doter de moyens de sauvetage de la décision.

#### **1) – La cristallisation du litige s'exprime simplement par l'impossibilité de soutenir des moyens nouveaux et de produire des pièces nouvelles.**

L'irrecevabilité des pièces nouvelles est absolue en cassation avec une certaine ambiguïté devant le Conseil d'Etat où il arrive que les parties produisent une pièce nouvelle non pas à l'appui du pourvoi mais pour soutenir la discussion au fond après cassation, pour le cas où le Conseil d'Etat déciderait de régler l'affaire au fond. Et cette production peut parfois influencer sur l'analyse du juge administratif de cassation en démontrant un mal jugé.

La question des moyens nouveaux est plus complexe.

La qualification de moyen nouveau n'est pas toujours évidente et est étroitement dépendante de la manière dont les conclusions ont été développées devant les juges du fond. Mais les deux juridictions semblent déjà s'accorder sur la définition du moyen, qui est l'articulation d'un fait ou d'un ensemble de faits avec une règle de droit et dont une conclusion juridique est tirée. L'argument, qui vient au soutien d'un moyen, n'est pas un moyen :

*« Le moyen, auquel les juges sont tenus de répondre, n'a pas de définition légale, mais il peut être décrit comme étant un raisonnement qui, partant d'un fait, d'un acte ou d'un texte, aboutit à une conclusion juridique propre à justifier une prétention présentée en demande ou en défense.*

*A défaut, l'énonciation que le demandeur en cassation reproche aux juges du fond d'avoir passé sous silence est un argument qui n'oblige pas le juge à répondre. La Cour de cassation utilise souvent le terme de « simple argument », qu'elle oppose au moyen proprement dit »<sup>9</sup>.*

Mais les conséquences qu'attachent les deux juridictions au moyen nouveau sont différentes :

- La Cour de cassation le déclare constamment irrecevable par application littérale de l'article 619 du CPC.

- Après l'avoir déclaré pendant longtemps irrecevable, le Conseil d'Etat a modifié sa jurisprudence. Depuis un arrêt du 24 novembre 2010<sup>10</sup>, le Conseil d'Etat considère que le moyen nouveau n'est pas irrecevable mais inopérant. La raison de cette modification de la jurisprudence tient sans doute dans le souci du Conseil d'Etat d'éviter d'avoir à appliquer l'article R 611-7 du CJA qui l'oblige, en principe, à appeler la contradiction lorsqu'il relève l'irrecevabilité d'un moyen.

Enfin, les exceptions à cette irrecevabilité/inopérance des moyens nouveaux ne sont pas exactement les mêmes devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat :

- Le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation admettent d'abord et c'est tout à fait logique la recevabilité/opérance des moyens nés de la décision attaquée et c'est d'ailleurs expressément prévu, pour la Cour de cassation par l'article 619 du CPC.

- Ils admettent aussi la recevabilité/opérance des moyens d'ordre public, sachant que les deux juridictions n'ont pas nécessairement la même définition du moyen d'ordre public.

- Le Conseil d'Etat n'admet pas l'opérance du moyen de pur droit à la différence de la Cour de cassation<sup>11</sup>.

Devant la Cour de cassation, la recevabilité du moyen de pur droit est expressément prévue par l'article 619 du CPC.

En l'absence de texte analogue, le Conseil d'Etat s'en tient à une conception très stricte du rôle du juge de cassation qui ne doit se prononcer que sur des moyens qui ont été soumis aux juges du fond<sup>12</sup>.

## **2) – La circonstance que le pourvoi en cassation soit un procès fait à un acte, justifie la mise en œuvre de procédés de sauvetage de la décision attaquée.**

- Tout d'abord, au titre du sauvetage de la décision attaquée, les deux juridictions mettent en œuvre la théorie dite de l'erreur causale selon laquelle l'erreur d'un motif ne peut conduire à la censure du dispositif de la décision, c'est-à-dire à la cassation que si le motif erroné a été déterminant pour ce dispositif.

Il en résulte qu'en cas de pluralité de motifs pouvant également justifier le dispositif, c'est-à-dire en présence de motifs qui sont surabondants, le juge de cassation peut rejeter le pourvoi, après mention de l'erreur entachant le motif critiqué mais en considérant que le

---

<sup>9</sup> Droit et pratique de la cassation en matière civile, n° 532, p. 220, 3ème éd. LexisNexis ; Massot et al., n° 63 p. 93.

<sup>10</sup> n° 325195, T. 922 ; cf. également : CE 20 février 2013, Req. n° 336594.

<sup>11</sup> Massot et al. n° 103, p. 144.

<sup>12</sup> Massot et al. n° 105, p. 146.

moyen qui critique « à juste titre » un motif surabondant est inopérant. C'est ce qu'exprime très directement l'alinéa 2 de l'article 620 du CPC pour la Cour de cassation :

*« Elle peut rejeter le pourvoi (...) en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».*

La mise en œuvre de la théorie de l'erreur causale a connu des développements considérables devant le Conseil d'Etat, en matière de cassation d'excès de pouvoir. Alors qu'auparavant en cas de pluralité de motifs justifiant le dispositif d'annulation d'un acte administratif, le juge de cassation décidait de rejeter le pourvoi dès lors qu'un seul des motifs retenus était valable<sup>13</sup>, le Conseil d'Etat s'impose maintenant, notamment pour des raisons tirées de l'autorité de la chose jugée, de censurer celui ou ceux des motifs qui sont erronés<sup>14</sup>. D'une certaine manière, c'est ce que fait la Cour de cassation lorsqu'elle utilise une formule de ce type :

*« abstraction faite du motif à juste titre critiqué par la première branche du moyen, mais qui est surabondant »<sup>15</sup>,*

ou encore :

*« que par ce seul motif, et abstraction faite du motif erroné mais surabondant critiqué par la première branche du moyen, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »<sup>16</sup>.*

Mais la Cour de cassation n'utilise ce procédé que pour rejeter les pourvois et si les parties savent alors que le motif de l'arrêt attaqué était erroné, elles ne trouvent pas dans l'arrêt la raison de son invalidation.

- Dans certaines conditions qui sont d'ailleurs un peu différentes selon les juridictions, le juge de cassation peut censurer un motif erroné mais confirmer cependant le dispositif de la décision attaquée par une substitution de motifs.

Mais les deux juridictions suprêmes n'utilisent pas ce procédé de la même manière. En application de l'article 620 du CPC, la Cour de cassation exige que le motif substitué soit un motif de pur droit, ce qui, à mon sens, rapproche la substitution de motifs du procédé de la substitution de base légale. En revanche, le Conseil d'Etat qui n'utilise pas la notion de moyen de pur droit, exige que le motif substitué réponde, soit à un moyen d'ordre public, soit à un moyen soulevé devant les juges du fond<sup>17</sup>.

## **II – Le juge de cassation n'est pas juge du fait.**

Des divergences sensibles se manifestent entre les deux juges de cassation dans l'étendue de leur contrôle.

Certes, ces juges ne sont pas juges du fait mais, pour le Conseil d'Etat, la souveraineté des constatations et appréciations de fait des juges du fond n'est pas un obstacle absolument insurmontable.

---

<sup>13</sup> CE, 30 décembre 2002, Commune de Talloires, Rec. p. 511.

<sup>14</sup> CE, Section, 22 avril 2005, n° 257877, Commune de Barcarès, Rec. p. 170.

<sup>15</sup> Cass. Soc., 17 novembre 1977, n° 76-13936.

<sup>16</sup> Cass. Civ. 2ème, 16 mai 2013, n° 12-1320.

<sup>17</sup> Massot et al. n° 116, p. 157.

**A – Il faut d’abord admettre que, dans leur généralité, les cas d’ouverture à cassation employés par le Conseil d’Etat et la Cour de cassation sont très proches même s’ils peuvent emprunter des contenus différents.**

**1)** – Les deux juridictions exercent un contrôle dit « disciplinaire » qui s’exercent non pas tant sur le fond du droit et sur la validité du dispositif que sur la régularité externe de la décision attaquée, pour reprendre une expression empruntée au contentieux de l’excès de pouvoir.

A ce titre, les juges de cassation contrôlent, dans des termes proches, la régularité de la procédure suivie ainsi que les exigences de forme de la décision attaquée, notamment l’existence d’une motivation.

**2)** – C’est au titre de l’erreur de droit et du contrôle de qualification que des différences de conception peuvent apparaître.

- L’erreur de droit, au sens strict du terme, c’est-à-dire le refus d’application, la fausse application ou la fausse interprétation, est contrôlée dans les mêmes termes par les deux juridictions.

- La question est plus délicate pour l’erreur de qualification qu’à la différence de la Cour de cassation, le Conseil d’Etat ne distingue pas toujours de l’erreur de droit. Sommairement définie, la qualification est l’opération consistant à faire entrer un fait ou un ensemble de faits dans une catégorie juridique dans le but de permettre l’application d’une règle de droit. Si la Cour de cassation retient l’erreur de qualification dont il tire une violation de la règle de droit, en revanche, le plus souvent, le Conseil d’Etat se borne à retenir l’erreur de droit.

- La différence la plus notable entre les deux contrôles de cassation relatifs à l’erreur de droit est constituée par le manque de base légale que la Cour de cassation retient couramment et que le Conseil d’Etat ignore.

La Cour de cassation définit le manque de base légale comme l’insuffisance des constatations de fait nécessaires à l’application de la règle de droit. L’illustration la plus notable de ce cas d’ouverture était, lorsque la Cour de cassation en assurait un contrôle, relative à l’article 242 du code civil :

*« Le divorce peut être demandé par l’un des époux lorsque des faits constitutifs d’une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint **et** rendent intolérable le maintien de la vie commune ».*

Dès lors que les juges du fond omettaient de constater que les faits relevés et constitutifs d’une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, rendaient intolérable le maintien de la vie commune, la cassation était prononcée pour manque de base légale.

Ce cas d’ouverture est extrêmement important dans la jurisprudence de la Cour de cassation et il sanctionne les décisions qui, par leur motivation insuffisante, ne mettent pas le juge de cassation en mesure d’exercer son contrôle.

Le Conseil d’Etat ne connaît pas le manque de base légale comme cas d’ouverture distinct. Dans sa jurisprudence, le grief est rattaché soit à une insuffisance de motivation, ce qu’il est certainement, soit à une erreur de droit, ce qu’il est également.

Mais, au-delà de ce qui n’est qu’une manière différente de nommer et d’appliquer les mêmes concepts du contrôle de cassation, c’est dans le contrôle du fait que se manifeste le plus clairement la différence entre la Cour de cassation et le Conseil d’Etat.



## **B – Le contrôle du fait : le principe de la souveraineté des juges du fond.**

Parler de contrôle du fait pour un juge de cassation pourrait être énoncer une contradiction. Tant la définition donnée par le Président Odent de la fonction du juge de cassation que l'article 604 du code de procédure civile déjà cité exclut, par principe, toute contrôle des constatations et appréciations de fait opérées par les juges du fond. Ce principe dit de la souveraineté des juges du fond est pleinement affirmé tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat.

Cependant, une fois posé, ce principe n'est pas absolu.

**1) – En premier lieu, les deux juridictions s'accordent à dire que si les juges du fond sont souverains dans leurs constatations et appréciations de fait, ces constatations et appréciations ne doivent pas procéder de la dénaturation** d'une pièce versée au dossier, qu'il s'agisse d'un acte contractuel ou d'un élément de preuve. Et les deux juridictions s'accordent sur la définition de la dénaturation qui est la méconnaissance flagrante du sens clair, précis et univoque de la pièce produite dans le débat.

Il peut s'agir de la méconnaissance d'une clause contractuelle qui fait dire aux parties ce que, à l'évidence, elles n'ont pas entendu dire ou de la méconnaissance d'un élément de preuve.

**2) – Au-delà de ce contrôle de la dénaturation des pièces sur lequel les deux juridictions s'accordent, il y a une importante divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui s'exprime à travers le contrôle qu'exerce le Conseil d'Etat de l'exactitude matérielle des faits et de la dénaturation des faits.**

- En effet, indépendamment de la dénaturation de pièces, il arrive au Conseil d'Etat, certes peu fréquemment, de prononcer une cassation pour inexactitude matérielle des faits relevés par les juges du fond. Ce cas d'ouverture, qui renvoie directement à celui que l'on connaît dans le contentieux de l'excès de pouvoir, exige d'abord que le fait relevé par les juges du fond soit « matériellement inexact » et que cette inexactitude ressorte des pièces soumises aux juges du fond.

En réalité, ce cas d'ouverture est très proche de celui de dénaturation des pièces que les deux juridictions emploient. En effet, dès lors que l'inexactitude matérielle ressort des pièces du dossier, l'erreur ainsi commise par le juge du fond procède d'une méconnaissance de l'une de ces pièces, au besoin par omission, ce que confirme l'examen attentif des jurisprudences.

- Alors que l'inexactitude matérielle va concerner la constatation du fait, beaucoup plus original est le cas d'ouverture employé par le Conseil d'Etat, de dénaturation des faits qui vise, non la constatation des faits mais leur appréciation.

A travers ce cas d'ouverture que refuse absolument la Cour de cassation, le Conseil d'Etat se réserve de censurer les appréciations de fait qu'il estime manifestement erronées. Evidemment, ce cas d'ouverture ne va pas sans rappeler le contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation qu'exerce le juge de l'excès de pouvoir. Et c'est notamment dans les domaines où le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint que le Conseil d'Etat va contrôler la dénaturation des faits par une sorte de contrôle restreint au carré. Ainsi, en est-il dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique. En cas de pourvoi de l'agent public sanctionné, le Conseil d'Etat va exercer un contrôle de qualification de la faute mais va laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond, sauf dénaturation des faits, le choix de la sanction, choix lui-même contrôlé par l'erreur manifeste.

Le Président Arrighi de Casanova<sup>18</sup> explique ce cas d'ouverture par des raisons historiques. Initialement, le Conseil d'Etat exerçait un contrôle de cassation sur des juridictions spécialisées dont un grand nombre étaient composées de magistrats non professionnels, notamment les juridictions ordinaires. Et il aurait alors souhaité conserver un certain contrôle sur les appréciations de fait, contrôle qu'il ne pouvait ensuite abandonner.

Ce cas d'ouverture, à géométrie éminemment variable, confirme que le Conseil d'Etat, juge de cassation, n'entend pas s'enfermer dans une technique trop rigide.

**En effet, et ce sera ma conclusion**, si les deux juges de cassation ont considérablement rapproché leurs procédures, au point de permettre leur comparaison, si les techniques de contrôle se sont également rapprochées, ce rapprochement a, en l'état, des limites certaines. A raison de sa proximité avec l'administration qu'il juge, de l'ancienneté de son rôle de juge du fond comme juge d'appel, du maintien de sa fonction de juge du fond de premier et dernier ressort à l'égard de certains actes et aussi de la faculté qui lui est offerte de régler l'affaire au fond après cassation, le Conseil d'Etat, même juge de cassation, reste juge du fond et se réserve ainsi, par la souplesse de sa technique de cassation, la faculté de censurer les décisions qu'il estime procéder d'un mal jugé.

A cet égard, sont très révélateurs les termes utilisés par les deux juridictions. Alors que pour la Cour de cassation, « *il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que ...* », pour le Conseil d'Etat, « *il résulte des pièces du dossier que ...* »

Cette référence aux énonciations ou aux constatations de l'arrêt d'un côté, aux pièces du dossier de l'autre montre bien que l'ampleur du contrôle opéré en cassation n'est pas la même au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Denis GARREAU  
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

---

<sup>18</sup> J. Arrighi de Casanova, Le filtrage des recours devant le Conseil d'Etat, Justice et Cassation 2013, Dalloz.