

EXAMEN D'ENTREE DANS LES CRFPA - SESSION 2009

COMPOSITION JURIDIQUE

(5 heures à répartir entre les deux épreuves)

Deuxième épreuve à option :
SUJET DE PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

Documents autorisés : tous les codes sauf les « mégacodes » et les codes commentés.

Sont donc autorisés (liste non exhaustive) :

- le *Code administratif* Dalloz ;
- le *Code de justice administrative* éd. Journal officiel

Sont donc interdits :

- le *Code de justice administrative* publié par les éditions Litec avec les commentaires de Christian Huglo et Corinne Lepage ;
- le *Code de justice administrative* publié par les éditions du Moniteur avec les commentaires de Daniel Chabanol.

*
* *

Sujet

Après avoir exposé, en introduction, la procédure suivie en l'espèce, vous commenterez la décision en en dégageant les deux apports aux règles de la procédure administrative contentieuse.

Conseil d'État, 16 février 2009
Assemblée du contentieux
Société ATOM – n°274000 (sera publié au Recueil Lebon)

(...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la SOCIETE ATOM, qui exerce une activité de négoce de fruits et légumes, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant sur la période du 20 janvier 1994 au 31 décembre 1996 ; que l'administration fiscale a constaté que la SOCIETE ATOM avait perçu de ses clients des paiements en espèces d'un montant supérieur à 5 000 F en infraction aux dispositions de l'article 1er de la loi du 22 octobre 1940 et que les opérations irrégulières s'élevaient à un montant total de 5 444 331 F (829 982,91 euros) ; que, par avis de mise en recouvrement en date du 25 janvier 1999, l'administration a, sur le fondement de l'article 1840 N sexies du code général des impôts, mis à la charge de la société une amende de 272 216 F (41 499 euros) égale à 5 % des sommes indûment réglées en numéraire ; que la SOCIETE ATOM se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 5 août 2004 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 24 février 2000 par lequel le tribunal administratif de Melun a rejeté sa demande formée contre cette décision ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens du pourvoi ;

Considérant qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration et, le cas échéant, de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue ; que, par suite, compte tenu des pouvoirs dont il dispose ainsi pour contrôler une sanction de cette nature, le juge se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux ;

Considérant que la sanction encourue, en vertu des dispositions de l'article 1840 N sexies du code général des impôts alors applicable, pour inobservation des prescriptions de l'article 1er de la loi du 22 octobre 1940, a le caractère d'une sanction que l'administration inflige à un administré ; que, par suite, le recours formé contre une telle sanction est un recours de plein contentieux ; qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Paris a estimé que la demande formée par la SOCIETE ATOM devant le tribunal administratif de Melun contre l'amende qui lui avait été infligée en vertu de l'article 1840 N sexies du code général des impôts, relevait du contentieux de l'excès de pouvoir et qu'elle a statué sur l'appel contre le jugement de ce tribunal en se plaçant, non à la date de son arrêt, mais à celle de la décision de l'administration infligeant cette amende ; qu'il appartient au juge de cassation de relever d'office l'erreur ainsi commise par la cour sur l'étendue de ses pouvoirs ; que l'arrêt attaqué doit donc être annulé ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et de régler l'affaire au fond ;
Considérant qu'il ressort des termes mêmes du jugement attaqué que le tribunal administratif de Melun a estimé qu'il était saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision infligeant à la SOCIETE ATOM l'amende prévue par l'article 1840 N sexies du code général des impôts, alors que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ce recours relevait du plein contentieux ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête de la société, le jugement doit être annulé ;

Considérant qu'il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur la demande de la SOCIETE ATOM présentée devant le tribunal administratif de Melun ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 22 octobre 1940 modifié par l'article 80 de la loi du 23 décembre 1988 : "(...) Les règlements qui excèdent la somme de cinq mille francs ou qui ont pour objet le paiement par fractions d'une dette supérieure à ce montant, portant sur les loyers, les transports, les services, fournitures et travaux ou afférents à des acquisitions d'immeubles ou d'objets mobiliers ainsi que le paiement des produits de titres nominatifs et des primes ou cotisations d'assurance doivent être effectués par chèque barré, virement ou carte de paiement ou de crédit" ; qu'aux termes de l'article 1840 N sexies du code général des impôts, issu de l'article 3 de la même loi modifiée et dans sa rédaction applicable à la date de l'infraction relevée à l'encontre de la SOCIETE ATOM : "Les infractions aux dispositions de l'article 1er de la loi du 22 octobre 1940 relatives aux règlements par chèques et virements, qui prescrit d'effectuer certains règlements par chèque barré ou par virement bancaire ou postal, sont punies d'une amende fiscale dont le montant est fixé à 5 % des sommes indûment réglées en numéraire. Cette amende, qui est recouvrée comme en matière de timbre, incombe pour moitié au débiteur et au créancier, mais chacun d'eux est solidairement tenu d'en assurer le règlement total" ; que ces dispositions ont été modifiées par la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises et par l'ordonnance du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités, les infractions aux dispositions de l'article L. 112-6 du code monétaire et financier, qui ont procédé à la codification de l'article 1er de la loi du 22 octobre 1940, étant passibles désormais, en vertu des dispositions combinées de l'article 1840 J du code général des impôts et des deuxième et troisième phrases de l'article L. 112-7 du code monétaire et financier, d'une amende fiscale dont le montant ne peut excéder 5 % des sommes indûment réglées en numéraire ; que ces dispositions ont ainsi substitué une amende dont le montant maximum peut atteindre 5 % des sommes indûment réglées en numéraire à une amende qui était antérieurement égale à 5 % de ces sommes ; qu'en vertu de ces nouvelles dispositions, le montant de l'amende doit être modulé, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, sans que celui-ci atteigne nécessairement le plafond fixé par la loi ; que, dès lors, ces nouvelles dispositions issues de la loi du 2 août 2005 et de l'ordonnance du 7 décembre 2005 prévoient des peines moins sévères que la loi ancienne ; que, par suite, il y a lieu pour le Conseil d'Etat, statuant comme juge de plein contentieux sur la demande de la SOCIETE ATOM, d'appliquer ces dispositions à l'infraction commise par cette société ;

(...)

Considérant, en quatrième et dernier lieu, qu'il résulte de l'instruction que l'infraction a porté sur un montant total de 5 444 311 F (829 982,91 euros), réparti sur trois exercices ; que, toutefois, la SOCIETE ATOM fait valoir, d'une part, que les sommes reçues en espèces ont été versées sur des comptes bancaires et portées en comptabilité, de sorte que les paiements en espèces n'auraient pas eu pour finalité de permettre à la société requérante de se livrer à la fraude fiscale, d'autre part, qu'il ne lui était pas possible d'obtenir de son client, compte tenu de la situation de celui-ci, un règlement par chèque ou par virement ; qu'il n'est pas allégué par l'administration que ces versements auraient été effectués dans le cadre d'un circuit de blanchiment d'argent ; que, par suite, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de fixer le montant de l'amende à 3 % des sommes indûment réglées en numéraire, soit 24 899 euros ;

Éléments de correction

Consignes générales :

- la forme doit être satisfaisante, c'est-à-dire que les copies doivent être lisibles et écrites dans un français correct. Il ne faut donc pas hésiter à noter en dessous de la moyenne les copies comportant plus d'une dizaine de fautes d'orthographe, surtout lorsque ces fautes révèlent de trop graves lacunes en français. On peut attendre d'un avocat qu'il sache écrire le français.

- la paraphrase, que l'on rencontre assez couramment dans les copies de commentaire, doit être sévèrement sanctionnée : il ne faut pas hésiter à noter 5/20 une copie qui ne fait que recopier l'arrêt sans rien apporter. On attend des candidats à l'examen d'entrée de l'EFB qu'ils soient capables de commenter réellement un arrêt, c'est-à-dire d'expliquer clairement quel est ou quels sont le(s) problème(s) que devait résoudre le juge, quels sont les fondements de la solution retenue et de les discuter. En effet, il est inutile de produire une décision de justice devant une juridiction si on n'est pas en mesure de la mettre en perspective pour l'utiliser dans ses écritures. Et un bon avocat doit être capable de discuter l'interprétation faite d'un arrêt par son adversaire.

- le sujet est présenté accompagné de la formule suivante : « Après avoir expliqué en introduction les étapes de la procédure suivie, vous dégagerez les deux apports de l'arrêt à la procédure administrative contentieuse et soulignerez leurs justifications, en vous gardant de toute considération relative au fond. ». Par conséquent :

1) on attendra en introduction une présentation claire de la procédure suivie (cette présentation claire se trouvant d'ailleurs dans le premier considérant reproduit). De ce point de vue, une présentation chronologique s'impose.

La SOCIETE ATOM, qui exerce une activité de négoce de fruits et légumes, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité au cours de laquelle l'administration fiscale a constaté qu'elle avait perçu des paiements en espèces d'un montant supérieur à 5 000 F en infraction aux dispositions de l'article 1er de la loi du 22 octobre 1940. L'administration fiscale a donc infligé à la société une amende de 272 216 F (41 499 euros) égale à 5 % des sommes indûment réglées en numéraire.

La société ATOM a d'abord contesté cette sanction devant le tribunal administratif de Melun qui a rejeté sa demande par un jugement du 24 février 2000 que la cour administrative d'appel de Paris a confirmé par un arrêt du 5 août 2004 contre lequel la Société se pourvoit en cassation.

Jugeant qu'un tel recours est un recours de plein contentieux, le Conseil d'État relève que la Cour administrative d'appel a estimé être saisie d'un recours pour excès de pouvoir. Son arrêt est donc annulé en raison de l'erreur de droit ainsi commise. Évoquant ensuite l'affaire sur le fondement de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'État annule pour la même raison le jugement du tribunal administratif de Melun avant de régler l'affaire au fond. Statuant comme juge de plein contentieux, il décide alors de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur après la date à laquelle l'infraction a été commise. Sur le fondement de ce texte et en considération des circonstances de l'espèce, il décide de réduire le montant de l'amende en le ramenant à 3 % des sommes indûment réglées en numéraire.

➔ le montant de l'amende à laquelle a été condamnée la société ATOM a donc été ramené de 41 499 € à 24 899 €. Ce n'est pas négligeable mais cela ne justifiait pas le renvoi de l'affaire à la formation la plus prestigieuse du Conseil d'État. Si l'Assemblée du contentieux s'est prononcée, c'est parce que cette affaire lui a permis de juger :

que le contentieux des sanctions que l'administration inflige à un administré est un

contentieux de pleine juridiction, et non plus de l'excès de pouvoir, et que le juge, qui substitue sa décision à celle de l'administration, peut faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et la date à laquelle il statue.

Ces deux éléments doivent ordonner le commentaire (le libellé du sujet faisait mention des « deux apports » de l'arrêt et la rédaction de la décision est assez claire de ce point de vue). Une copie qui n'aurait traité que l'un de ces deux aspects n'a pas vocation à être notée au-dessus de la moyenne.

Cette exigence tient notamment au fait qu'il ne paraît pas déraisonnable d'attendre des candidats qu'ils aient eu connaissance de cet arrêt avant l'examen : d'une part parce que les arrêts d'Assemblée traitant de questions de procédure contentieuse sont assez rares et d'autre part parce que cet arrêt a été abondamment commenté (AJDA 2009, p. 583, chr. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; JCP A 2009, 2089, note D. Bailleul ; JCP G 2009, II 10087, note K. Grabarczyk), les conclusions ayant par ailleurs été rapidement publiées (RFDA 2009/2, p. 259). Il n'y a aucune raison de pénaliser les candidats qui prendraient appui sur ces publications, bien au contraire.

2) Du point de vue de la procédure administrative contentieuse, ce sont donc deux questions qui devaient être traitées.

Ce sont ces points, et eux seuls, qui doivent être développés dans le commentaire. J'insiste sur cet aspect car j'ai dit après chaque épreuve blanche de cette année qu'il ne fallait traiter que les aspects de procédure. Ainsi, le règlement de l'affaire au fond, s'il peut être évoqué dans l'introduction, ne doit pas être développé dans le corps du commentaire.

Le cas échéant, deux confusions graves devront être sanctionnées sans hésitation :

confondre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux (ou ne pas maîtriser la distinction de ces deux recours) ;

confondre modulation de la sanction par l'administration fiscale comme permis en l'espèce par l'article 1840 J du code général des impôts et modulation des effets dans le temps de la décision du juge administratif – autrement dit, prétendre que l'arrêt Société ATOM est une application de la jurisprudence Association AC !

3) S'agissant du contenu du commentaire :

Les deux apports de l'arrêt ont vocation à servir de support au plan du commentaire. Le plan suivant attendu est donc un plan attendu :

I. La nature du contentieux des sanctions de l'administration

II. La possibilité d'appliquer une loi nouvelle plus douce

Toutefois, d'autres plans peuvent être acceptés s'ils permettent d'évoquer les deux questions traitées par l'arrêt.

Il n'est pas demandé aux candidats de faire apparaître des sous-parties (A/B) mais qu'il faut que les parties soient structurées.

Le commentaire doit développer une réflexion sur les fondements et les justifications des solutions retenues par le juge dans cet arrêt. Il faut également s'attacher à en apprécier la pertinence. Ceci peut être fait, notamment, en raisonnant a contrario et en cherchant à saisir les conséquences pratiques des solutions envisageables.

Il ne s'agit donc pas d'exiger des candidats qu'ils aient des connaissances particulières mais plutôt des réflexes et la capacité à analyser l'arrêt à commenter.

Le commentaire peut être construit comme suit :

I. La nature du contentieux des sanctions de l'administration

« il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration »

« par suite, compte tenu des pouvoirs dont il dispose ainsi pour contrôler une sanction de cette nature, le juge se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux »

Opérant un revirement de jurisprudence, l'arrêt abandonne ici le principe selon lequel, en l'absence de texte, un recours contre une sanction administrative relève du contrôle de l'excès du pouvoir (CE Ass. 1er mars 1991, Le Cun – l'arrêt que l'on peut attendre dans ce commentaire). En application de ce principe, le Conseil d'État jugeait que le contentieux, un peu suranné, de la répression du paiement en espèces était un contentieux d'excès de pouvoir (CE sect. 4 déc. 1992, Quiblier fils – solution également abandonnée par l'arrêt Société ATOM). Le contenu de la règle ayant été rappelé, on peut en étudier le fondement en montrant, par exemple, les inconvénients du REP en cette matière et les avantages du RPC.

Les inconvénients du REP)

l'application d'une loi postérieure à l'acte attaqué dans un contentieux d'excès de pouvoir, en principe, n'est pas permise : le juge doit se placer à la date à laquelle l'administration a statué ; cela conduit alors à refuser l'application de la loi nouvelle moins sévère, compte tenu de la nature d'excès de pouvoir du recours mais le respect d'une règle constitutionnelle est alors remis en cause par un choix d'opportunité fait par le juge, celui de considérer qu'on est dans un contentieux de l'excès de pouvoir.

Régime asymétrique depuis l'entrée en vigueur du nouveau dispositif : l'administration peut moduler l'amende, le juge de l'excès peut seulement annuler la décision ou rejeter la demande

Les avantages du plein contentieux)

Le plein contentieux permet au juge de se placer à la date à laquelle il statue et donc d'appliquer une loi nouvelle moins sévère

Le plein contentieux confère au juge un pouvoir de substitution de sa décision à celle de l'administration

Approfondissement du contrôle sous l'influence de la Cour EDH. Celle-ci, après avoir considéré que le contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir sur les sanctions administratives suffisait à garantir le respect de l'article 6-1 de la Convention européenne (CEDH, 30 juin 1993, n° 18.845/91, X c/ France), a fait évoluer sa jurisprudence à partir du milieu des années 1990. Elle a notamment considéré que le juge compétent pour connaître des sanctions administratives doit avoir les attributs d'un « organe judiciaire de pleine juridiction », parmi lesquels figure le pouvoir de « réformer en tous points, en fait comme en droit » (CEDH, 23 oct. 1995, Gradinger c/ Autriche) la décision. Dans le cadre de l'excès de pouvoir, l'intensité du contrôle diminue lorsque le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'administration augmente ; en plein contentieux, le juge doit calquer son pouvoir d'appréciation sur celui dont l'Administration dispose, dans la perspective de lui substituer sa propre décision. Le pouvoir de substitution n'est en effet envisageable que dans la mesure où le juge aura pu bénéficier d'une appréciation des circonstances de fait équivalente à celle de l'auteur de la décision dont la légalité est contestée. Dans son appréciation, le juge s'approprie le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité administrative, ce qui le conduit à opérer un contrôle aussi approfondi que possible dans la limite même de ce pouvoir. Contra : chronique de l'AJDA

Conséquence : la relativisation de la distinction des contentieux : la distinction devient tenue (cf. infra la chronique) ou il y a hybridation du REP

→ il ne s'agit pas d'exiger ici des candidats qu'ils fassent étalage d'une érudition à toute épreuve. Il serait souhaitable, en revanche, qu'ils remettent l'arrêt en perspective en s'interrogeant sur l'avenir du recours pour excès de pouvoir.

II. La possibilité d'appliquer une loi nouvelle plus douce

« Il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, le cas échéant, de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue »

Conditions de l'application de la loi nouvelle)

Champ d'application : l'arrêt ne vise que les sanctions infligées par l'administration à un administré, ce qui revient à exclure les sanctions disciplinaires et professionnelles dont le contentieux reste un contentieux de l'excès de pouvoir (parce qu'il est plus facile pour le juge de se substituer à l'administration dans ses rapports avec les administrés qu'avec les agents ? v. chronique ci-dessous)

Ce n'est pas sur le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce (de valeur constitutionnelle : CC, 19-20 janv. 1981, 127 DC) mais sur le principe de non-rétroactivité valant pour toutes les lois répressives, et pas seulement en matière pénale (CC 25 juill. 1990, n° 90-277 DC ; 21 févr. 1992, n° 92-305 DC) que se prononce l'arrêt. On peut évoquer ici la question de la nature des sanctions administratives.

Modalités de l'application de la loi nouvelle)

Question au second plan dans l'arrêt (« le cas échéant ») ; on peut alors se demander si le juge est dans l'obligation – ou non – d'appliquer la loi nouvelle.

On peut se demander s'il appartiendra au requérant de réclamer l'application de la loi nouvelle ou si le juge y procédera d'office (ce qui supposerait que le juge soit capable d'identifier toutes les situations dans lesquelles le droit a changé)

Rôle ici des avocats, dont le ministère devient obligatoire puisque l'on est dans le plein contentieux

→ La seconde partie est plus difficile à construire et il faut en tenir compte. De plus, je le redis, d'autres plans peuvent être satisfaisants. L'essentiel est que les candidats traitent intelligemment, et sans faire de confusions, les deux questions sur lesquelles porte l'arrêt.

Voici la chronique de l'AJDA :

AJDA 2009 p. 583

L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ?

Sophie-Justine Liéber, maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

Damien Botteghi, maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

L'essentiel

Le juge des sanctions que l'administration inflige à un administré est un juge de pleine juridiction qui substitue sa décision à celle de l'administration et peut faire application d'une

loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et la date à laquelle il statue. En consacrant le basculement au plein contentieux d'une partie du contentieux des sanctions administratives, l'assemblée revient sur certaines solutions jurisprudentielles antérieures.

Il fut un temps, qui n'est pas si ancien, où la sanction administrative était un suspect dont on instruisait le procès. On y voyait une intervention illégitime de l'administration, qu'il fallait tenir à distance ; le Conseil constitutionnel, notamment, y veillait (Cons. const. 11 oct. 1984, n° 84-181 DC). La doctrine acquiesçait. Jean-Marc Sauvé déduisait ainsi de ses lectures, dans les colonnes de cette revue (AJDA 2001. 16) que « historiquement, la sanction administrative n'a pas bonne presse ou plutôt pas bonne doctrine ». André de Labaudère considérait, pour sa part, que « le pouvoir d'infliger des sanctions administratives d'une autorité étrangère à l'ordre des juridictions pénales est évidemment très exorbitant et constitue une forme extrême des prérogatives susceptibles d'être reconnues à l'administration » (Traité élémentaire de droit administratif, LGDJ, 8e éd. 1980, p. 33).

De nos jours, elle est à la mode, l'actualité le prouve régulièrement. Elle paraît même être, pour les juristes impétrants, un mode d'intervention naturelle de l'administration. C'est qu'elle s'est rapidement imposée, le législateur n'y trouvant que des avantages, depuis que le juge constitutionnel en accepta le principe, sous réserve qu'y soient apportées de sérieuses garanties (Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, relative à la liberté de communication ; Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC), ce qui fut de la part du Conseil constitutionnel un acte de réalisme jurisprudentiel plus que de conviction (v. les réflexions du président B. Genevois, RFDA 1989. 671). L'ampleur prise par la sanction administrative n'avait pas été si bien anticipée et les questions qu'elle soulève ont été progressivement tranchées, d'une part sous l'influence constitutionnelle, amplifiée et précisée par le juge administratif et judiciaire, d'autre part, sous l'influence conventionnelle, qui n'a pas fini de se faire sentir en ce domaine.

S'il fallait une idée facile à retenir pour décrire le régime juridique de la répression administrative, ce serait celle de l'application de principe, mais aménagée, des règles encadrant la répression pénale. Il en va ainsi du principe de légalité des délits et des peines, qui ne s'applique que s'il existe une définition légale des fautes (CE 9 oct. 1996, Société Prigest, Lebon T. 690-738) et n'exclut pas la détermination des obligations dont la méconnaissance peut être sanctionnée par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève (CE ass. 7 juill. 2004, M. Benkerrou, AJDA 2004. 1695, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004. 913 , concl. M. Guyomar). Le principe *nulla poena sine lege*, dans ce domaine, ne signifie d'ailleurs pas que la norme ne puisse pas être réglementaire (Cons. const. 17 janv. 1989 et Cons. const. 28 juill. 1989, préc.). Il en va de même du principe de personnalité des peines (Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC) qui n'exclut pas la sanction pour le fait d'autrui, qu'il s'agisse d'une société absorbée (CE sect. 22 nov. 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, Lebon 537 , AJDA 2000. 1069 , chron. M. Guyomar et P. Collin), d'un supporter (CE 29 oct. 2007, Société sportive professionnelle Losc Lille Métropole, AJDA 2008. 919 ; D. 2008. 1381) ou d'un préposé (CE sect. 6 juin 2008, Société Tradition securities and futures, à publier au Lebon ; AJDA 2008. 1321, chron. E. Geffray et B. Bourgeois-Machureau).

Un principe, et une interrogation procédurale, restaient cependant dans l'ombre.

D'une part, la portée du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce demeurait, jusqu'à encore récemment, imprécise. Il trouve son origine, ainsi que le rappelle B. Genevois dans un précieux article consacré aux « contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois » (Mélanges Pierre Avril, p. 243), dans le dernier article du code

pénal de 1791, un avis du Conseil d'Etat du 29 prairial an VIII, qui y voyait un « principe éternel », et un arrêt de la Cour de cassation du 8 thermidor an VIII. L'affirmation constitutionnelle n'a cependant pas été évidente, car le principe a connu des tempéraments importants. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que l'abrogation de la loi, notamment dans des matières économiques ou fiscales propices à des législations temporaires, ne met pas en échec la répression des infractions passées (v. Crim. 10 nov. 1970, Von Saldern, Bull. n° 293). L'application du principe ne sera pas non plus possible si le législateur souhaite changer les modalités de la répression en recourant non pas à des peines mais à des mesures de sûreté (v., pour le détail, article de B. Genevois, préc.). La Cour de cassation ne considère ainsi pas que l'application immédiate de la loi plus douce ait une portée absolue.

Le Conseil constitutionnel a cependant reconnu la valeur constitutionnelle de ce principe, en suscitant des réactions parfois réservées. Il a rattaché le principe - souvent qualifié de rétroactivité in mitius de la loi pénale - à celui de nécessité des peines proclamé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (qui recouvre également le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère). Il ne l'a reconnu qu'en 1981 (Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC) en censurant une disposition de la loi Sécurité et liberté au motif que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ». Le Conseil a précisé par la suite que ce principe vaut pour toutes les lois répressives, et pas seulement en matière pénale (Cons. const. 25 juill. 1990, n° 90-277 DC, cons. n° 26 ; Cons. const. 21 févr. 1992, n° 92-305 DC, cons. n° 112). Il n'a pas pour autant récidivé dans l'annulation sur ce terrain. Le juge administratif, pour sa part, a eu l'occasion de tirer les conséquences de ce principe plus tard. D'abord, par un avis d'assemblée générale du 27 mai 1993 (n° 353-429) pour des sanctions administratives, « en l'absence d'une disposition législative expresse destinée à écarter ou à aménager l'application de ce principe au nom de considérations d'intérêt général ». Ensuite par des avis contentieux, rendus dans le domaine fiscal (CE sect. 5 avr. 1996, Houdmond, Lebon 116 , concl. J. Arrighi de Casanova ; CE 17 mars 1997, Office des migrations internationales, Lebon 86 ; CE 3 déc. 1999, Makarian, Lebon T. 738-746-971-984).

La question de la nature du recours contre les décisions de sanctions n'était pas davantage stabilisée. Si le législateur, depuis les années 1980, privilégiait presque systématiquement le plein contentieux, qui permet au juge de substituer sa propre décision à celle de l'administration, le Conseil d'Etat avait posé un principe selon lequel, en l'absence de texte, un recours contre une sanction administrative relevait du contrôle de l'excès du pouvoir. C'est la portée généralement attribuée à la décision de l'assemblée du contentieux Le Cun (CE ass. 1er mars 1991, Lebon 70 ; AJDA 1991. 401 , chron. R. Schwartz et C. Maugué). Cette dernière ne comporte pourtant aucun considérant de principe ; elle repose sur un implicite, aux solides racines (CE 5 avr. 1994, Guignard, Lebon 110 ; CE 5 juin 1953, Sieur Jamet, Lebon 261, s'agissant des sanctions prononcées dans le cadre de la police des prix, CE sect. 19 déc. 1980, Hechter, Lebon 488, pour les sanctions prises par les fédérations sportives).

L'implicite faisant généralement forte impression, celui de la décision de 1991 n'a pas fait exception. Il a notamment arrêté la section du contentieux l'année suivante (CE sect. 4 déc. 1992, Quiblier fils, Lebon 434), lorsqu'elle a été appelée à connaître du contentieux, un peu suranné, de la répression du paiement en espèces. Il est en effet interdit, depuis une loi du 22 octobre 1940, d'effectuer des paiements en espèce lorsque les sommes excèdent un certain montant, le paiement devant être effectué par chèque ou moyens assimilés. La méconnaissance de cette obligation est passible d'une « amende fiscale », qui est « recouvrée comme en matière de droit de timbre » - laquelle est, malgré les nombreux sceptiques, une sanction administrative et non une sanction de nature fiscale, depuis que le Tribunal des conflits a

tranché en ce sens (T confl. 22 oct. 1979, Texier, Lebon 663). Les raisons militent pour reconnaître, en ce domaine, un contrôle de pleine juridiction, ne manquaient pas, comme l'avait remarquablement soutenu le commissaire du gouvernement Marie-Dominique Hagelsteen en 1992, lorsqu'elle affirmait que « tout porte à privilégier la voie du recours de plein contentieux », notamment la jurisprudence dite Mbakam-Cadilhac (CE sect. 27 avr. et 23 déc. 1998, Lebon 172 et 465), qui veut que les recours contre les titres exécutoires et les ordres de versement sont des contentieux de pleine juridiction par nature. Mais la section, comme le commissaire, se sentirent liés par la position de l'assemblée de l'année précédente et, malgré les différences de circonstances et la force des arguments en faveur du plein contentieux, optèrent pour la solution de l'excès de pouvoir.

La société Atom n'était pas grossiste en viande comme la société Quiblier fils, puisqu'elle tenait une activité de négoce de fruits et légumes, mais elle préférait tout autant être payée en liquide. Et comme la société Quiblier fils, elle reçut un jour un avis de mise en recouvrement, à hauteur de 5 % de la somme indûment perçue, pour ne pas avoir exigé de la société étrangère cliente un paiement par chèque ou par virement. Mais la société Atom s'aperçut, contentieux faisant, que la loi avait changé. En effet, lors de la codification de la loi du 22 octobre 1940 par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 aux articles L. 112-6 à L. 112-8 du code monétaire et financier, puis la modification corrélative des dispositions du code des impôts (création d'un article 1840 J remplaçant le précédent article 1840 N sexies), le forfait est devenu un plafond. Alors qu'il était prévu, à la date de la sanction litigieuse, que l'amende était fixée au taux invariable de 5 % des sommes indûment réglées en numéraire, depuis elle « ne peut excéder » 5 %. Bref, là où il y avait taux fixe, la modulation a été ouverte.

La société a perçu les avantages de la nouvelle formule, et s'en est prévalu, en exigeant du juge qu'on lui applique la nouvelle loi, moins sévère, même si la loi était différente quand l'administration avait mis l'amende en recouvrement. En soulevant ainsi le lièvre de la rétroactivité in mitius, elle soulevait également, sans sûrement en avoir conscience, la question de la nature du recours, l'application d'une loi postérieure à l'acte attaqué dans un contentieux d'excès de pouvoir n'étant pas, en principe, permise. La solution Quiblier fils - affaire dans laquelle il n'a jamais été question de rétroactivité in mitius - se trouvait ainsi en question.

Il faut admettre que, dès lors qu'avait été reconnue la portée pleinement constitutionnelle du principe d'application immédiate de la loi plus douce, la solution Quiblier fils tanguait, à moins de vouloir la conserver en son principe au prix, soit d'un renoncement, soit d'une contorsion.

Le renoncement aurait été de refuser l'application de la loi nouvelle moins sévère, compte tenu de la nature d'excès de pouvoir du recours - le juge devant, dans ce cadre, se placer à la date à laquelle l'administration a statué, il ne peut prendre en compte une loi postérieure. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà pu se laisser tenter par une telle réponse (CE 28 févr. 1997, Rodin, Lebon 59). Il n'est pourtant pas satisfaisant, ni même justifiable, que le respect d'une garantie constitutionnelle dépende de la nature du recours, qui est un choix du juge en opportunité dans le silence de la loi. C'est un peu raisonner à l'envers.

La contorsion aurait consisté à ouvrir une exception dans le seul cas où est invoqué le bénéfice de l'application de la loi pénale la plus douce, tout en restant dans un cadre d'excès de pouvoir. Il arrive en effet que le juge de l'annulation prenne en considération des lois postérieures ; il est même tenu de le faire lorsqu'il s'agit d'une loi d'amnistie ou de validation (si elle est légale). Il prend même parfois en considération des faits postérieurs, notamment pour apprécier le détournement de pouvoir. Le juge lit alors la décision attaquée à la lumière d'événements postérieurs, desquels dépend la solution du litige. Le parallèle pouvait être tentant, mais ne

pouvait l'emporter. Dans ces cas, en effet, le juge ne fait pas application de la loi postérieure, il la prend en compte, en tirant les conséquences qui s'en déduisent sur l'objet du litige, dont la qualification ne se trouve en rien modifiée. S'il s'agit de validation ou d'amnistie, l'issue du contentieux est un non-lieu, non un rejet, autrement dit le fond du litige ne se trouve pas entamé. L'application aux faits d'un texte postérieur aurait constitué une exception d'une tout autre ampleur, dont on voit mal la compatibilité avec l'orthodoxie de l'excès de pouvoir.

Il fallait donc raisonner autrement et adapter le contrôle à la garantie et non faire dépendre la garantie du contrôle. Le plein contentieux, qui permet au juge de se placer à la date à laquelle il statue, s'imposait alors, si l'on admet la prémisse, que l'on espère partagée des juristes, que la logique contentieuse est un impératif. Le plein contentieux résout en effet le problème de l'application de la loi pénale plus douce. C'est le sens de la proposition du rapporteur public, qui invitait l'assemblée à reconnaître une telle compétence au juge lorsque la sanction en cause entraine dans le champ d'application de la rétroactivité *in mitius*. Dans son esprit, il n'était pas juste question de l'invocation du principe dans telle ou telle affaire, mais de la possibilité qu'il trouve à s'appliquer par nature, compte tenu de la sanction en cause. L'option était donc déjà très large. Et elle était justifiée par les faits soumis à la juridiction, Claire Legras considérant que, « fors le problème de l'*in mitius*, le tournant jurisprudentiel [...] ne [lui paraissait] pas s'imposer, parce qu'aucune règle supralégislative ne l'exige et, d'autre part, parce qu'aujourd'hui, le recours pour excès de pouvoir n'implique pas par lui-même une intensité de contrôle plus réduite qu'en pleine juridiction ».

L'assemblée l'a suivie en abandonnant la jurisprudence Quiblier fils. Elle a, dans son élan, saisi l'occasion qui la réunissait pour revenir également sur la position Le Cun et faire glisser un pan du droit, celui des sanctions infligées par l'administration à ses administrés, du recours en excès de pouvoir au recours de pleine juridiction. Dans la décision, la question de l'application immédiate de la loi moins sévère est en effet reléguée au second plan. On y trouve d'abord un principe, opposé à celui implicitement tiré de la jurisprudence Le Cun, selon lequel « il appartient au juge, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration » puis, « le cas échéant », c'est-à-dire si le problème se pose, « de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur » postérieurement à la sanction. On remarque que le projet ne porte trace ni du principe de la rétroactivité *in mitius* en tant que tel ni de son assise constitutionnelle (l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen).

Le renversement est net, et sa portée pourrait inquiéter, si une analyse plus précise ne montrait ses limites.

D'abord, toutes les sanctions ne basculent pas en plein contentieux. S'il ne s'agit certes pas que des seules sanctions pécuniaires, ce qui aurait été envisageable, il n'est en revanche question que des sanctions infligées par l'administration à un administré, ce qui revient à exclure les sanctions disciplinaires et professionnelles, le lien des agents publics et des professions réglementées avec l'administration étant d'une nature particulière. On sait d'ailleurs que la section du contentieux s'est récemment prononcée dans ces deux catégories de contentieux spécifiques, pour réaffirmer, d'un côté, l'existence d'un contrôle restreint, qualifié de disproportion manifeste, de l'adéquation d'une sanction à une faute d'un agent public (CE sect. 1^{er} févr. 2006, Touzard, Lebon 38 (1)) et pour évoluer, d'un autre côté, vers le contrôle entier, qualifié de disproportion, du choix de la sanction par l'administration d'un professionnel, autrement dit le dispositif de la décision administrative (CE sect. 22 juin 2007, Arfi, à publier au Lebon). Ces deux décisions ne sont pas remises en cause par la décision société Atom, ce qui ne veut bien sûr pas dire que la question de leur pérennité ne se posera pas le moment venu. On doit cependant rappeler que le Conseil d'État s'est jusqu'à présent refusé à appliquer

en matière de discipline professionnelle la rétroactivité *in mitius* en raison « de la nature propre de la répression disciplinaire » qui autorise à « tenir compte de tout fait, même non pénalement sanctionné, qui, en raison de sa nature et de sa gravité, est contraire aux devoirs professionnels » (CE 8 nov. 1999, Guiton, Lebon T. 699-1000). Bien envisager les contours d'un recours de plein contentieux conduisant le juge à se substituer à l'administration pour qualifier de faute un comportement lorsque n'existe pas de liste d'infractions nous paraît bien difficile. Cette étape, qui exigerait du juge qu'il administre des agents de son prétoire, nécessitera à l'évidence de l'imagination.

Nous ne croyons pas non plus qu'il faille voir dans cette décision une modification de la lecture conventionnelle que conduit le Conseil d'État en matière de nature du contrôle juridictionnel. On sait en effet qu'il existe un débat sur la portée de l'exigence par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'un recours effectif. Depuis la décision d'assemblée Didier (CE 3 déc. 1999, AJDA 2000. 172, chron. M. Guyomar et P. Collin), l'article 6 peut, dans une certaine mesure, s'appliquer dès la phase administrative d'une procédure, à condition qu'il s'agisse d'une accusation en matière pénale (a contrario, CE ass. 3 déc. 1999, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, Lebon 397; AJDA 2000. 172). Il s'agit cependant d'une dérogation qui n'a pas vocation à faire basculer dans le champ des règles applicables au procès contentieux l'ensemble des sanctions administratives. Le principe reste que l'article 6 ne s'applique pas a priori aux procédures administratives alors même qu'elles relèvent du champ matériel de ses stipulations (CE sect., avis, 31 mars 1995, Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric, Lebon 154). Si les règles du procès équitable doivent être respectées, c'est seulement une fois le juge saisi (v. les remarquables conclusions de M. Guyomar sur la décision CE sect. 27 oct. 2006, Parent). Si les décisions sont prises par des autorités administratives, qui relèvent du champ matériel de l'article 6 § 1 mais qui ne remplissent pas elles-mêmes les exigences de cet article, elles doivent subir le contrôle d'un « organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article » (v., entre autres, CEDH 10 févr. 1983, Le Compte et Albert c/ Belgique, Série A, n° 58, p. 16 § 29; CEDH 21 févr. 1984, Ozturk c/ Allemagne, Série A, n° 73, p. 18; CEDH 13 mai 2003, Chevrol c/ France, § 77).

La Cour utilise, en version française, les termes de « recours de pleine juridiction », quand la version anglaise (v., not., CEDH 23 oct. 1995, Schmutz c/ Autriche, § 36) utilise le verbe *to quash*, qui évoque davantage l'infirmité que la réformation. Qu'en déduire en langue contentieuse administrative ? Pas nécessairement l'existence d'un recours de plein contentieux, même si l'on a pu noter de la part du Conseil d'État une hésitation au début, lorsque le débat était encore mal défriché (CE ass. 6 mai 1976, avis n° 317341, en matière de répression des ententes et des positions dominantes, seul un recours de pleine juridiction permet de répondre aux exigences de l'article 6). Il faut en fait que le recours permette au juge de connaître complètement des éléments de fait et de droit pour que la sanction soit utilement contestée. Ce qui est nécessaire, c'est que le juge puisse faire échec à une sanction disproportionnée : le contrôle normal est, à cet égard, une nécessité - le contrôle restreint, de l'erreur manifeste ou de la disproportion manifeste, nous semblant ici insuffisant (v., en sens contraire, J.-C. Bonichot, Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, AJDA 2001. 73, qui considère que la qualification juridique des faits opérée, même avec un contrôle restreint, peut être suffisante).

Or le choix du contrôle des motifs d'une décision administrative est à la discrétion du juge ; par une image aussi frappante qu'amusante, B. Seiller (Droit administratif, t. II, Flammarion, 2e éd. 2005, p. 234) affirmait que le juge se comporte en matière de contrôle des motifs à la manière du « Nautilus pompilius, céphalopode marin disposant de ballasts pour choisir la profondeur où il se laisse dériver ». Force est ainsi de constater que la décision Le Cun, si elle

avait conservé l'excès de pouvoir, avait opté pour un contrôle normal et que tel est également le cas, depuis la décision Arfi, pour les sanctions des professions réglementées. Ce contrôle permet une intervention adéquate et suffisante du juge. Ainsi que le dit J.-C. Bonichot : « que le juge puisse lui-même réformer la décision attaquée - ce qui n'exclut évidemment pas d'ailleurs qu'il l'annule - est peut-être opportun, mais ne peut être présenté en soi comme une garantie et encore moins comme une garantie nécessaire » (art. préc.). Du point de vue des protections de l'administré en effet, un recours en plein contentieux n'est pas supérieur à un recours en excès de pouvoir où le juge exerce la plénitude de ses compétences, de qualification juridique et de contrôle de proportionnalité par un entier contrôle. Le choix du plein contentieux relève, à cet égard, moins d'enjeux strictement juridiques que d'un souci d'efficacité ; il renvoie à la volonté du juge de se substituer à l'administration, au prix d'un positionnement que l'on peut se risquer à qualifier de politique.

Par ailleurs, nous ne voyons pas davantage dans cette décision une réticence face à l'excès de pouvoir, qui serait paradoxale à une époque où le juge a doté cet outil de sophistications remarquables : reconnaissance d'un pouvoir d'abrogation, au besoin à effet différé (CE ass. 11 mai 2004, AC !, Lebon 197) ; pouvoir de réformation interprétative (CE 25 mars 2002, Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin, Lebon 110) ; possibilité pour l'administration de demander au juge de substituer un motif, de droit ou de fait, à celui dont la décision attaquée est entachée (CE sect. 6 févr. 2004, Hallal, Lebon 48) ; possibilité, également, de modifier une base légale erronée (CE sect. 3 déc. 2003, Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi, Lebon 480).

S'il ne faut certes pas, à notre sens, y voir de la défiance, il faut sûrement y voir l'effet - redouté par les uns (M. Bernard, Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?, AJDA 1995. 190), attendu par les autres (J.-M. Woehrling, Vers la fin du recours pour excès de pouvoir, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 777) - de l'hybridation continue de l'excès de pouvoir et du plein contentieux. On ne peut pas, en effet, manquer de noter que les nouveaux outils de l'excès de pouvoir relèvent pour la plupart d'une logique de pleine juridiction. Ainsi, la décision Hallal est-elle l'acclimatation, en excès de pouvoir, d'une possibilité ouverte devant le juge de plein contentieux (CE sect. 23 nov. 2001, Compagnie nationale Air France, Lebon 576). De même, la prestigieuse décision AC ! modernise l'office du juge de l'excès de pouvoir en empruntant les habits de l'administration ou de son double juridictionnel qu'est le juge de plein contentieux. Le juge de l'injonction, depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, est tout autant un juge de la situation litigieuse, et non plus de la décision litigieuse. Tout comme l'est le Conseil d'État qui, par des motifs qui constituent le soutien nécessaire d'un dispositif d'annulation, explique à l'administration les conséquences de cette annulation et les obligations qui en découlent (CE ass. 29 juin 2001, Vassilikiotis, Lebon 303 , concl. F. Lamy ; AJDA 2001. 1046, chron M. Guyomar et P. Collin) ou laisse à l'administration un délai pour faire un choix qu'il détermine (CE sect. 27 juill. 2001, Titran, Lebon 411 , LPA 2001 n° 212, p. 12, note Damarey ; AJDA 2001. 1053, chron M. Guyomar et P. Collin).

Nous ne saurions dire s'il faut se réjouir ou se désoler de cette évolution. Après tout, le débat sur la pérennité de l'excès de pouvoir est presque aussi ancien que le droit administratif. Quand ne rappelle-t-on pas que le doyen Hauriou déplorait la mise à mort du recours pour excès de pouvoir dès 1912 (comm. sous CE 29 nov. 1912, Boussuge, Lebon 1128 ; GAJA n° 28GAJA1520050027), allant jusqu'à faire remonter le crime à l'arrêt Cadot (CE 17 mars 1892, Lebon 1148) ? C'est dire s'il faut se méfier, en ce domaine, des oraisons hâtives et des oracles. Notre sentiment est que la tentation de ce crime est au cœur du droit administratif et nous nous réjouissons plutôt qu'en faisant le choix d'affirmer le principe du plein contentieux, sans faire le détour par l'exigence constitutionnelle de la rétroactivité in mitius de la loi pénale, l'assemblée ait privilégié au symbole le réalisme jurisprudentiel. La catégorie nous semble en

effet moins importer que le souci de l'efficacité contentieuse et l'idée, qui irrigue la décision commentée, que le juge est le juge d'une situation qu'il saisit au travers de la légalité de l'acte contesté, et non tant le juge de ce seul acte, nous paraît adaptée à la modernité de l'action du juge. C'est, à nos yeux, le sens du courant que l'on peut apercevoir, celui d'une jurisprudence privilégiant le plein contentieux objectif - personne n'a pu manquer de constater que l'ouverture d'un recours au bénéfice des tiers évincés de la conclusion d'un contrat administratif a emprunté la voie de la pleine juridiction, quand l'excès de pouvoir était, depuis bien longtemps, souhaité par la doctrine (v. J. Waline, *Contrats et recours pour excès de pouvoir*, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007, p. 859).

Ce sont ces mêmes préoccupations qui ont, selon nous, guidé la haute juridiction. Il faut en effet bien reconnaître, comme l'a souligné le rapporteur public, l'empreinte dans l'arrêt *Le Cun* d'un contexte particulier ; elle a même exprimé des doutes sur la portée même de cette décision, qui a souvent été présentée comme une défense de l'excès de pouvoir, ce joyau du droit administratif ayant pu alors sembler être injustement remis en cause. Les commentateurs autorisés de la décision (AJDA 1991. 358) avaient ainsi acquis la conviction que l'assemblée avait « voulu revenir à ce qui lui paraissait être le droit commun, et ne pas laisser croire que ce contentieux de l'excès de pouvoir n'offrait pas de garanties réelles aux administrés alors qu'au contraire il a historiquement permis de soumettre très étroitement l'administration à son contrôle ». M. de Saint-Pulgent, concluant sur l'affaire *Le Cun*, confessait pour sa part éprouver « la plus forte répugnance à admettre que le recours pour excès de pouvoir puisse ne pas présenter de garanties suffisantes pour les personnes faisant l'objet de sanctions non professionnelles ».

On ne peut pas dire que le législateur ait partagé la préoccupation du Conseil. Systématiquement, la loi a opté pour le plein contentieux quand il était question de contestation d'une sanction. Le juge administratif, lui-même, avait pris des libertés, avec le temps de plus en plus nombreuses. La décision est donc loin d'entraîner un glissement tectonique et ses conséquences pratiques ne sont pas excessives, quoiqu'elles ne soient pas négligeables ; ainsi, certains contentieux vont désormais exiger le ministère d'avocat - on peut penser au contentieux du permis de conduire, dont on connaît l'importance quantitative.

Il faut noter que le choix du plein contentieux évitait, dans l'affaire litigieuse, de trancher la question des sanctions à taux fixe, qui fait l'objet de vifs débats (v., not., J. Burguburu, *Modulation des pénalités fiscales : le Conseil d'État persiste et signe*, RJF 2/08 p. 83). En appliquant la règle nouvelle, qui permet la modulation, le Conseil d'État n'avait en effet pas à statuer sur la légalité du dispositif antérieur, qui ne permettait pas de modulation, ce que le requérant contestait.

On sait en effet que demeure une inquiétude constitutionnelle, puisque le principe de la proportionnalité, issue de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, peut conduire à censurer les sanctions automatiques lorsque, eu égard à leur quantum ou leur nature, elles risquent de déboucher nécessairement sur une méconnaissance de ce principe (Cons. Const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, sur la peine d'interdiction du territoire dont devaient être de plein droit assortis les arrêtés de reconduite à la frontière). On sait aussi que la préoccupation conventionnelle est majeure et que des doutes planent encore. Le Conseil d'État, en l'état de sa jurisprudence, n'a pas décelé dans la jurisprudence européenne une condamnation de principe de la sanction automatique, si l'on regarde notamment l'arrêt *Malige* (CEDH 23 sept. 1998, D. 1999. 154). Le droit au recours n'impliquerait pas que le juge, qui doit avoir plénitude de juridiction, soit tenu de moduler le montant d'une sanction lorsque la loi elle-même fixe différents niveaux de pénalités correspondant à la gravité des agissements connus. Telle est la position actuelle du juge administratif (CE 8 juill. 1998, *Fattell, Lebon T. 906*, concl. J. Arrighi

de Casanova ; CE sect. 28 juill. 1999, GIE Mumm-Perrier-Jouët, concl. J.-C. Bonichot, AJDA 1999. 783, chron. P. Fombeur et M. Guyomar , à propos des sanctions pécuniaires prévues par le code du travail pour l'emploi d'étrangers dans des conditions irrégulières), insensible à l'initiative du juge judiciaire, qui a anticipé une exigence future (Com. 29 avr. 1997, Ferreira, Bull. cass. IV, n° 110, D. 1997. 134 ; Com. 22 févr. 2000, Mme Ferrière, Bull. Cass. IV, n° 37).

La position actuelle du Conseil d'État sur la question de la modulation des sanctions confirme, notons-le pour finir, la cohérence de sa lecture de l'article 6 : dès lors qu'il n'est pas interprété comme impliquant l'existence de pouvoirs de pleine juridiction au sens du droit interne, comprenant un pouvoir de substitution, il ne peut l'être davantage comme requérant une modulation des sanctions. L'excès de pouvoir s'oppose en effet à toute possibilité de modulation. Si on lit à l'inverse la jurisprudence de la Cour dans le sens de l'exigence d'un recours de pleine juridiction, une autre réponse à la question de la modulation s'imposerait alors. Histoire à suivre...