


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 

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 prévaluée, 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. 1er 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'Etat 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'Etat 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, *Schmautzer 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'Etat 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'Etat 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 coeur 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'Etat persiste et signe*, RJF 2/08 p. 83). En appliquant la règle nouvelle, qui permet la modulation, le Conseil d'Etat 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'Etat, 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'Etat 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...

Mots clés :

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Recours en plein contentieux * Sanction infligée par l'administration à un administré

SANCTION ADMINISTRATIVE * Procédure * Contestation * Pouvoir du juge

CONTRIBUTION ET TAXE * Fiscalité nationale * Procédure fiscale * Amende

(1) La pérennité de cette décision peut certes se poser compte tenu de l'extension du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention en matière de fonction publique, par une décision postérieure à l'affaire *Touzard* (CEDH 19 avr. 2007, n° 63235/00, *Eskelinen c/ Finlande*, AJDA 2007. 1360 ).

AJDA © Editions Dalloz 2009