

# Jurisprudence

Application de la loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction fiscale a été commise et celle à laquelle le juge statue

Conseil d'Etat  
Assemblée

16-02-2009  
n° 274000

Sommaire :

a) Un juge, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, se prononçant comme juge de plein contentieux, il lui appartient 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.

b) En l'espèce, les dispositions fixant la sanction de l'infraction ont été modifiées postérieurement à la date à laquelle l'infraction a été commise pour substituer à une amende à taux fixe une amende dont le montant peut être modulé en fonction des circonstances propres à chaque espèce sans qu'il atteigne nécessairement le plafond. Application des dispositions nouvelles qui prévoient des peines moins sévères que la loi ancienne et fixation du montant de l'amende à 3 %, le plafond étant de 5 %

Texte intégral :

Conseil d'Etat Assemblée 16-02-2009 N° 274000

Vu le pourvoi et le mémoire complémentaire, enregistrés les 9 novembre 2004 et 24 février 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE ATOM, dont le siège est 96, avenue de l'Aérodrome à Orly (94310) ; la SOCIETE ATOM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 5 août 2004 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête tendant, d'une part, à l'annulation du jugement du 24 février 2000 du tribunal administratif de Melun rejetant sa demande tendant à l'annulation de l'avis de mise en recouvrement du 25 janvier 1999 mettant à sa charge une amende de 272 216 F (41 499 €) sur le fondement de l'article 1840 N sexies du code général des impôts, d'autre part, à l'annulation de cet avis en date du 25 janvier 1999 ;

2°) réglant l'affaire au fond, de prononcer, à titre principal, la décharge ou, à titre subsidiaire, la réduction de cette amende ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule ;

1

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu le code monétaire et financier ;

Vu la loi du 22 octobre 1940 modifiée par l'article 80 de la loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988 ;

Vu la loi n° 2005-882 du 5 août 2005 ;

Vu l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 ;

Vu l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités ;

Vu l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Florian Blazy, auditeur,
- les observations de Me Blanc, avocat de la SOCIETE ATOM,
- les conclusions de Mme Claire Legras, rapporteur public,
- les nouvelles observations de Me Blanc, avocat de la SOCIETE ATOM ;

**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 €) ; 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 €) 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

2

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 premier lieu, que le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 1840 N sexies du code général des impôts dans leur rédaction en vigueur à la date des faits seraient

3

incompatibles avec les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne peut être utilement invoqué dès lors, qu'ainsi qu'il a été ci-dessus, pour fixer le montant de l'amende, il est fait application des dispositions 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 dans leur rédaction en vigueur à la date de la présente décision ;

**Considérant**, en deuxième lieu, que le procès-verbal dressé par l'administration fiscale le 18 juin 1998 comporte en annexe la liste des virements en espèces, constitutifs de l'infraction, figurant sur les comptes ouverts par la SOCIETE ATOM auprès de trois organismes bancaires ; que si le défaut de désignation de l'identité du débiteur des sommes versées en espèces à la SOCIETE ATOM dans le procès-verbal établi par le service doit, le cas échéant, être pris en compte pour apprécier si l'administration apporte la preuve qui lui incombe des éléments constitutifs de l'infraction, ce défaut demeure, en revanche, par lui-même sans influence sur la régularité de la procédure suivie par le service ; qu'en tout état de cause, l'instruction du 23 mars 1983, dont se prévaut la SOCIETE ATOM, se borne à indiquer que le procès-verbal doit « contenir, si possible, tous les éléments indispensables à l'identification de chaque contrevenant » et ne met ainsi à la charge de l'administration aucune obligation dont la méconnaissance entacherait d'irrégularité la procédure qu'elle a suivie ;

**Considérant**, en troisième lieu, qu'il résulte de l'instruction que la SOCIETE ATOM a perçu des paiements en espèces pour des montants supérieurs aux seuils fixés par les 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, en raison de transactions portant sur des fruits et légumes, qui sont des objets mobiliers entrant dans le champ d'application de ces dispositions ; que ces faits sont de nature à justifier la sanction, nonobstant la circonstance que les versements en cause provenaient d'un seul client, qualifié par la SOCIETE ATOM elle-même « d'entreprise mauritanienne », dont le siège social est situé à l'étranger et qui n'était donc pas tenu de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés en France en vertu du code de commerce français ;

**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 €), 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 € ;

*Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :*

**Considérant** qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 1 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative au titre de la procédure suivie tant devant le Conseil d'Etat que devant la cour administrative d'appel ;

Décide :

**Article 1er** : L'arrêt du 5 août 2004 de la cour administrative d'appel de Paris et le jugement du 24 février 2000 du tribunal administratif de Melun sont annulés.

**Article 2** : L'amende mise à la charge de la SOCIETE ATOM est fixée à un montant s'élevant à 3 % des sommes indûment réglées en numéraire, soit 24 899 €.

**Article 3** : La SOCIETE ATOM est déchargée de la différence entre le montant de l'amende

mise à sa charge par l'avis de mise en recouvrement en date du 25 janvier 1999 et celui fixé à l'article 2 ci-dessus.

**Article 4** : L'Etat versera à la SOCIETE ATOM une somme de 1 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**Article 5** : Le surplus de la demande présentée par la SOCIETE ATOM devant le tribunal administratif de Melun est rejeté.

**Article 6** : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE ATOM et au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique.

Délibéré dans la séance du 6 février 2009 où siégeaient : M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président, Président ; M. Bernard Stirn, M. Jean-Michel Belorgey, M. Yves Robineau, Mme Yannick Moreau, Mme Marie-Dominique Hagelsteen, M. Michel Pinault, Présidents de Section ; M. Bruno Genevois, Président de Section adjoint ; M. Philippe Martin, M. Serge Daël, M. Christian Vigouroux, Présidents adjoints de la Section du Contentieux ; M. Jacques Arrighi de Casanova, M. Jean-Ludovic Silicani, M. Edmond Honorat, Mme Sylvie Hubac, M. Jean-Pierre Jouguelet, Présidents de sous-section et M. Florian Blazy, Auditeur-rapporteur.

Lu en séance publique le 16 février 2009.

**Publié au Recueil Lebon.**

**Jurisprudence citée** : Rappr. Section, avis, 5 avril 1996, Houdmond, n° 176611, p. 116.

Ab. jur., sur ce point, Assemblée, 1er mars 1991, Le Cun, n° 112820, p. 70 ; s'agissant de la même sanction, Section, 4 décembre 1992, Ministre du budget c/ Etablissements Quiblier fils, n° 118311, p. 434.

Comp., s'agissant de la nature du recours contre les sanctions infligées à des professionnels, Section, 22 juin 2007, Arfi, n° 272650, p. 263 ; s'agissant de la nature du recours contre les sanctions infligées aux agents publics, Section, 1er février 2006, Touzard, n° 271676, p. 38.

### **Conclusions du rapporteur public**

CCG1

(\*) Dans cette affaire, Mme Claire Legras a prononcé les conclusions suivantes :

« En droit pénal, la règle de la rétroactivité de la loi pénale plus douce a été exprimée pour la première fois par un avis du Conseil d'Etat du 28 Prairial An VIII aux termes duquel « en matière criminelle, il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence » (cité par A. Wermer *in* « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », RDP 1982, p. 740). Transposée au droit administratif répressif, cette règle essentielle ne soulève pas tant des difficultés de principe que des interrogations liées aux conséquences de sa prise en compte par le juge. L'affaire qui vient d'être appelée pose ainsi de manière très pure la question de la compatibilité de ce principe avec l'office du juge de l'excès de pouvoir.

**I** - Se libérer d'une dette par un paiement en espèces constitue, au-delà d'un certain seuil, un comportement répréhensible.

Depuis une loi du 22 octobre 1940, lorsque les sommes en cause excèdent un certain montant, les paiements doivent être effectués par chèque ou moyens assimilés. Cette règle figure aujourd'hui à l'article L. 112-8 du code monétaire et financier pour les « particuliers non commerçants » et à l'article L. 112-6 du même code pour toutes les autres personnes, soit, notamment, les commerçants.

Cette obligation était, à l'origine, motivée par l'idée que la compression du volume de la monnaie fiduciaire en circulation aurait pour effet de réduire les risques d'inflation. Si cette idée s'est révélée être une erreur économique, le législateur a néanmoins maintenu cette obligation pour d'autres raisons : faciliter les contrôles fiscaux ou douaniers, d'une part, lutter contre le blanchiment des capitaux, d'autre part.

Celui qui se soustrait à cette obligation est, depuis l'origine, passible d'une amende. S'agissant des commerçants, la sanction a longtemps été fixée, par l'article 1840 N sexies du code général des impôts, à 5 % des sommes indûment réglées en numéraire. Le législateur a pris soin d'indiquer que l'amende incombe pour moitié au débiteur et au créancier mais que chacun d'entre eux est solidairement tenu d'en assurer le règlement total.

Cette amende n'est pas inconnue de votre jurisprudence et deux points méritent d'être précisés d'emblée.

D'une part, si la loi l'a qualifiée d'« amende fiscale » et a précisé qu'elle est « recouvrée comme en matière de droit de timbre », il s'agit bien d'une sanction administrative, dont le contentieux relève de la juridiction administrative, mais qui n'obéit pas, en conséquence, aux règles de la procédure contentieuse fiscale (TC 22 octobre 1979, *Texier*, p. 663 ; CE, 6 janvier 1986, n° 63035 ; CE, 6 mars 1992 *SARL Guegan-Le Magnen Automatic et Quesnel* ; CE, Section, 4 décembre 1992, *Ministre du budget c/ Etablissements Quiblier fils*, p. 434 et concl. Mme le président Hagelsteen Dr. fisc. 40/93 c. 1902).

D'autre part, vous avez jugé, dans votre décision *Quiblier fils* précitée, que la contestation de l'amende de l'article 1840 N sexies du code général des impôts relève du contentieux de l'excès de pouvoir.

La société ATOM, pour Approvisionnement trafic Outre-Mer, établie à Orly et qui exerce une activité de vente de fruits et légumes a été priée, à la suite d'une vérification de comptabilité, d'acquiescer une amende de 272 216 F sur le fondement de l'article 1840 N sexies, applicable à la date des infractions, au motif qu'elle avait perçu des règlements en espèces pour de nombreuses transactions supérieures à 5 000 F, seuil applicable toujours à la même époque.

Un avis de mise en recouvrement du 25 janvier 1999 a authentifié cette dette. La société a contesté la sanction mise à sa charge devant le tribunal administratif de Melun, qui a rejeté sa demande par un jugement du 24 février 2000. La cour administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement par un arrêt en date du 5 août 2004 (publié à Dr. fisc. 2005 n° 9 comm. 262) qui vous est déféré régulièrement en cassation par la société ATOM.

**II** - Avant de l'examiner, vous devez toutefois vous interroger d'office sur l'impact éventuel de la loi d'amnistie du 6 août 2002, dont l'article 11 prévoit que sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles. Mais nous sommes convaincue que la sanction prévue à l'article 1840 N du code général des impôts ne constitue pas une sanction professionnelle au sens de l'article 11 de la loi de 2002. Votre jurisprudence, pour la présentation exhaustive de laquelle nous vous renvoyons aux conclusions de Jacques-Henri Stahl sous votre avis de Section du 10 juillet 2003, *Mme Rougeoreille*, p. 339, prend en considération l'objet de la mesure répressive pour déterminer si elle peut être qualifiée de sanction professionnelle pour l'application des lois d'amnistie. Or la sanction en cause dans notre affaire ne présente pas un caractère spécial. Elle a pour objet de défendre un objectif d'intérêt général et non de réprimer des faits qui constituent un manquement aux règles d'exercice d'une profession. Cette sanction n'entre donc pas plus dans le champ de la loi d'amnistie que les sanctions pécuniaires prononcées contre les employeurs de main d'œuvre clandestine (CE, 11 mars 1987, *OMI*, p. 124), celles qui sont infligées sur le fondement de l'ordonnance du 30 juin 1945 en matière économique (CE, 22 juin 1984, *Marcel*, T. p. 501) ou les amendes infligées aux transporteurs aériens pour n'avoir pas vérifié que leurs passagers étaient munis d'un document de voyage (CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'intérieur c/sté Air France*, n° 227834).

**III** - Le pourvoi soulève un moyen qui nous paraît fondé, selon lequel la cour aurait commis une erreur de droit en ne faisant pas application d'office de la loi pénale plus douce.

La société ATOM fait état de ce que les dispositions de la loi du 22 octobre 1940, lorsqu'elles ont été codifiées aux articles L. 112-6 et suivants du code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000, ont été modifiées pour prévoir que les contrevenants à l'interdiction du paiement en espèce de sommes excédant un certain montant sont passibles d'une amende fiscale dont le montant n'est plus fixé à 5 % des sommes indûment réglées en numéraire, mais qui désormais « ne peut excéder » ces 5 %. 5 % n'est ainsi plus un forfait, mais un plafond, en vertu de l'article L. 112-7 du code monétaire et financier.

L'article 1840 N sexies, corrélativement modifié, a pour sa part été ensuite abrogé par l'article 21 de 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, mais ses dispositions ont été reprises à l'article 1840 J actuel qui dispose que « Les infractions aux dispositions de l'article L. 112-6 du code monétaire et financier sont passibles d'une amende fiscale conformément aux dispositions des deuxième et troisième phrase de l'article L. 112-7 du même code ».

Il appartient donc désormais à l'autorité de sanction, eu égard au comportement de la personne concernée, de faire varier le montant de l'amende entre 0 et 5 %.

La société ATOM fait valoir que, ce faisant, le législateur a adouci la sanction prévue pour l'infraction qui lui est reprochée, postérieurement au moment où elle aurait été commise, et qu'en n'appliquant pas d'office et rétroactivement la loi répressive moins sévère, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit.

Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que la cour, qui ne dit rien de l'évolution du texte, s'est fondée sur celui qui était applicable au moment de l'infraction et qui prévoyait une sanction fixe de 5% des sommes indûment réglées en numéraire. Les juges d'appel ont ainsi, implicitement mais nécessairement, jugé que la loi nouvelle ne trouvait pas à s'appliquer.

**III-1** - Il est acquis, en premier lieu, que le principe de l'application immédiate du principe de la loi pénale nouvelle plus douce s'étend aux sanctions administratives (CE, 17 mars 1997, *OMI*, p. 86) comme aux sanctions fiscales (Avis CE, Section, 5 avril 1996, *Houdmond*, concl. J. Arrighi de Casanova BDCF 3/96 p. 63) et que ce principe s'adresse au juge lui-même.

L'effet immédiat de la loi pénale plus douce, sans conteste un principe fondamental du droit pénal, n'a pourtant eu, longtemps, qu'un caractère traditionnel. Elevé au rang des principes à valeur constitutionnelle en 1981 (décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, considérant n° 76, Rec. p. 15, JCP 1981.II.19701, note C. Franck, D. 1982.441, note A. Dekeuwer ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12ème éd., Dalloz, 2003, n° 30, p. 426), le Conseil constitutionnel estimant qu'il découle du principe de nécessité des peines formulé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il n'a été consacré par la loi qu'en 1992, pour être désormais inscrit à l'article 112-1 du code pénal.

La transposition de ce principe au droit administratif répressif a longtemps fait débat et vous ne l'avez d'abord appliqué qu'aux mesures dont la nature de peine était à vos yeux certaine, comme les contraventions de grande voirie (CE, Section, 23 juillet 1976, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c/ Dame Ruffenach*, p. 376) ou les amendes infligées par la Cour de discipline budgétaire et financière (CE, Section, 19 juillet 1977, *de Grailly*, p. 493), avant de l'étendre, par vos décisions précitées, à l'ensemble des sanctions administratives. L'incorporation de cette règle au bloc de constitutionnalité du droit administratif répressif paraît en outre certaine, le juge constitutionnel ayant relevé que le pouvoir de fixer les règles d'entrée en vigueur des lois qu'il édicte est reconnu au législateur « sous réserve des l'application immédiate des mesures répressives plus douces » et non pas seulement des mesures pénales plus douces (décision n° 90-277 du 25 juillet 1990, Rec. p. 70 ; décision n°

7

92-305 du 21 février 1992, Rec. p. 27).

**III-2** - Avant de revenir sur la portée et les conséquences de ce principe pour le juge, nous constaterons qu'au cas présent la sanction appliquée à la société ATOM a effectivement été adoucie par le législateur. Cela ne nous paraît pas faire de doute, pour trois raisons.

Premièrement, en pure logique, le législateur n'a pu intervenir sur le montant de la sanction encourue qu'en visant l'un de ces trois objectifs : l'alourdir, la maintenir ou l'adoucir. Il est certain que la sanction nouvelle n'est pas plus sévère. Elle n'est pas, non plus, identique à celle qui était antérieurement prévue. Par suite, nous semble-t-il, elle doit être regardée comme plus douce.

Deuxièmement, nous croyons que le passage d'une pénalité caractérisée par son taux unique et sa totale inflexibilité à une amende adaptable aux circonstances et qui varie sous un plafond égal à l'ancien taux unique ne peut être regardée que comme moins sévère. En conférant à l'administration une faculté substantielle de modulation de la sanction pécuniaire encourue en cas de paiement illégal de dettes en espèces, le législateur a modéré la répression antérieure.

Troisièmement, enfin, la question qui vous est posée aujourd'hui et qui est inédite dans votre jurisprudence nous paraît tranchée par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Avant l'intervention de la loi du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, les infractions aux législations en matière de douanes et de contributions indirectes étaient sanctionnées par des amendes exprimées en multiples de la valeur des droits fraudés ou des marchandises passibles de ces droits. En particulier, les délits douaniers de première classe étaient, en vertu de l'article 414 du code des douanes, sanctionnés par une amende égale au double de la valeur de l'objet de fraude. D'autres infractions étaient passibles d'une amende du triple, la législation sur les contributions indirectes connaissant pour sa part une sanction connue sous le nom du « quintuple droit ».

A l'époque, le juge qui se serait inquiété de cette rigidité des pénalités qu'il lui revenait d'infliger et qui aurait regretté ne pas disposer d'un pouvoir de modulation en aurait été pour ses frais. La rigueur du régime applicable lui était en effet brutalement rappelée par l'article 369-1 du code des douanes, alors applicable, selon lequel « les juges ne peuvent, à peine d'en répondre en leur propre et privé nom, modérer ni les droits ni les confiscations et amendes, non plus qu'en ordonner l'emploi au préjudice de l'administration ».

Avant la loi du 29 décembre 1977, les pénalités douanières étaient donc fixes, déterminées par un multiple de l'objet de la fraude et insusceptibles d'atténuation par le juge. Ces caractéristiques sont celles de l'ancien article 1840 N sexies.

Le législateur de 1977 a substitué à ces pénalités des peines pécuniaires dont le montant est compris entre une et trois fois l'élément à partir duquel elles sont calculées. Autrement dit, s'agissant de la sanction de l'article 414 du code des douanes, on est passé d'une sanction du double à une pénalité pouvant varier entre une et trois fois la base de calcul.

Or, peu après être revenue sur sa jurisprudence antérieure, pour juger que le principe d'application rétroactive de la loi pénale plus douce s'applique aux sanctions douanières (Cass. crim., 9 novembre 1978, Bull. crim. n° 310), la chambre criminelle a jugé que le législateur avait, par la loi du 29 décembre 1977, modifié dans un sens moins sévère le régime de la pénalité prévue par l'article 414 du code des douanes, de sorte que la loi nouvelle devait être appliquée par le juge (Cass. crim. 20 novembre 1978 Bull. crim. 1978 n° 319 (4) p. 823).

Autrement dit, la Chambre criminelle a jugé plus favorable une sanction qui varie du simple au triple qu'une pénalité égale au double. Si l'effet modérateur de la loi nouvelle n'était pas général, puisque le taux maximum était relevé, la capacité nouvelle du juge d'individualiser la mesure répressive en deçà du montant antérieurement encouru de manière rigide a suffi pour

que la loi nouvelle soit regardée comme plus douce. En tout état de cause, il nous semble que l'application de cette loi à des faits antérieurs à son entrée en vigueur ne peut conduire le juge à prononcer une peine excédant le plafond de la loi ancienne et qu'en ce sens, un texte permettant la modulation est nécessairement plus doux qu'un texte qui l'exclut. Dans ces conditions, et *a fortiori*, nous croyons que la loi nouvelle est, dans l'affaire dont vous êtes saisis aujourd'hui, effectivement plus douce depuis l'intervention de l'ordonnance du 14 décembre 2000.

Notre conviction en ce sens ne règle cependant pas mécaniquement la question de savoir s'il est possible de reprocher à la cour de ne pas l'avoir appliquée.

Certes, vous avez clairement indiqué, dans vos décisions *Houdmond* et *OMI*, qu'il appartient au juge, saisi de la contestation d'une sanction, de tirer les conséquences de l'adoucissement de la loi pénale, sauf à ce que l'infraction réprimée ait donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée, ce qui n'est pas le cas ici. Mais comme l'indiquait Jacques Arrighi de Casanova dans ses conclusions sous l'affaire *Houdmond*, la difficulté n'est pas tant d'affirmer que la rétroactivité *in mitius* trouve à jouer en matière de sanctions administratives, que de déterminer la portée exacte des conséquences que le juge doit en tirer.

**III-3** - Il convient, en effet, de trancher la date de référence : est-ce celle à laquelle l'administration a infligé la pénalité ou bien celle à laquelle le juge se prononce ?

Cette question pourrait sembler réglée par l'avis *Houdmond*, confirmé par la jurisprudence postérieure, qui précise que le juge se place à la date à laquelle il statue. Mais ce serait oublier que l'avis *Houdmond* portait sur des pénalités fiscales et prend soin de relever que c'est comme juge de plein contentieux que le juge de l'impôt statue. Il en va de même dans l'affaire *OMI*.

Cet aspect ressort très nettement des conclusions de Jacques Arrighi de Casanova comme des commentaires de Stéphane Austry : la prise en compte, par le juge, au moment où il statue, d'un régime répressif moins sévère intervenu postérieurement est justifiée par les larges pouvoirs de réformation dont dispose le juge fiscal, juge de plein contentieux.

Or, dans l'affaire qui vous est soumise, on pourrait tout à fait soutenir que l'administration, autorité seule chargée d'infliger la peine, ce qui n'est pas votre cas, à la différence du juge pénal, a statué conformément au texte en vigueur à la date de sa décision de sanction, et que les juges du fond, statuant comme juges de l'excès de pouvoir, par suite dépourvus de tout pouvoir de réformation, ont régulièrement apprécié la légalité de cette décision à la date de son édicton.

La question de savoir si le principe de la rétroactivité *in mitius* autorise le juge de l'excès de pouvoir à appliquer le texte plus doux en vigueur à la date à laquelle il statue ne paraît avoir fait l'objet, de votre part, que d'une décision du 28 février 1997, *Rodin*, p. 59. Cette décision tire les conséquences les plus radicales du raisonnement que nous venons sommairement d'exposer, puisqu'elle exclut la possibilité d'invoquer l'application de la loi pénale plus douce devant le juge de l'excès de pouvoir. La légalité d'une décision contestée devant ce juge s'appréciant à la date à laquelle elle a été prise, vous avez en effet jugé que l'intervention de lois faisant obstacle à ce que l'interdiction de tout ou partie des droits civiques puisse résulter de plein droit d'une condamnation pénale est sans incidence sur la légalité de la mesure de radiation des cadres prononcée avant l'entrée en vigueur de ces dispositions législatives.

Suivre, pourtant, la ligne dégagée par cette décision et écarter, compte tenu de la nature du contentieux dont vous êtes saisis, l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* nous paraît exclu, pour les trois raisons suivantes.

En premier lieu, cela ferait produire beaucoup d'effets à la qualification de la nature du recours ouvert contre la décision administrative qui procède en principe, en l'absence de texte, de l'entière liberté du juge. Celui-ci se détermine, le plus souvent, en fonction de l'objet de la contestation dont il est saisi, des caractéristiques de la matière comme des pouvoirs qu'il

lui paraît utile de se reconnaître. Ainsi, c'est de vous-mêmes que vous avez décidé que la contestation des décisions de la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques approuvant, tout en le réformant, un compte de campagne, sur le fondement de l'article L. 52-15 du code électoral, soulève « par nature » un litige de plein contentieux (CE, 1er avril 2005, *Mme Le Pen*, p. 136).

Or il nous paraît difficile d'admettre que le juge, selon les pouvoirs qu'il se reconnaît, puisse faire obstacle à l'application d'un principe constitutionnel ou conventionnel. Précisons, à cet égard, que le principe de la rétroactivité *in mitius* ne figure pas dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais qu'il est inscrit à l'article 15 § 1 du pacte des Nations-Unies sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966. Nous comprendrions donc mal qu'un texte, qualifiant le recours exercé de recours de pleine juridiction, soit nécessaire pour que le principe de la rétroactivité *in mitius* puisse s'appliquer en matière de sanctions administratives

En deuxième lieu, le juge de l'excès de pouvoir est bien tenu de prendre en considération des lois rétroactives qui affectent l'état du droit tel qu'il se présentait à la date d'intervention de la décision administrative, il suffit de songer aux lois de validation. Le cas présent est distinct, mais le législateur, adoucissant la répression, est bien réputé être rétroactivement intervenu sur le litige.

En troisième lieu, s'agissant, d'une part, d'une garantie essentielle reconnue à des personnes frappées d'une sanction ayant un caractère punitif, et eu égard, d'autre part, aux termes de l'article 15 § 1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques selon lequel « si, postérieurement à [une] infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier », qui ne différencie pas l'application de ce principe selon les modalités d'intervention du juge, nous avons le sentiment que le juge de l'excès de pouvoir ne peut faire autrement que d'appliquer le principe de rétroactivité *in mitius*. Rappelons aussi que si le Conseil constitutionnel a autorisé le législateur à instaurer des sanctions administratives, c'est à la condition d'encadrer leur prononcé par des garanties équivalentes à celles du droit pénal. Les administrés doivent donc, indépendamment de la nature du recours contentieux exercé, bénéficier de la clémence des pouvoirs publics

La cour a donc bien commis l'erreur de droit dénoncée par le pourvoi en s'abstenant de faire application du nouveau texte plus doux. Si vous partagez notre analyse, et estimez, par suite, qu'il y a lieu d'appliquer dès à présent la loi nouvelle, il nous semble que vous ne pourrez éviter de faire un pas supplémentaire et de vous interroger sur le maintien du recours pour excès de pouvoir pour contester l'amende infligée en cas de paiement en liquide et, plus largement, toutes les sanctions administratives auxquelles le principe de l'effet immédiat de la loi pénale plus douce trouve à s'appliquer. En effet, si l'on ne peut en rester au constat d'incompatibilité entre ce principe et l'office du juge de l'excès de pouvoir qui a inspiré votre décision précitée *Rodin*, celle-ci est significative de la difficulté qu'éprouve ce juge à donner toute sa portée à la rétroactivité *in mitius*.

Pour notre part, nous vous invitons, avant même de juger d'application immédiate, au cas présent, la loi nouvelle, à abandonner votre jurisprudence issue de la décision de Section *Quiblier*, pour statuer comme juge de plein contentieux. Il appartient bien au juge de cassation de relever d'office l'erreur sur le champ de leur office que commet une juridiction subordonnée qui se méprend sur la nature du recours dont elle est saisie (CE, 27 avril 2007, *Lipinski*, qui sera mentionnée aux Tables).

**III-4** - Le juge peut-il statuer comme juge de l'excès de pouvoir, dans le silence des textes, alors qu'il est confronté à une sanction qui est dans le champ d'application du principe de rétroactivité *in mitius*, issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?

A cette question, on peut envisager trois réponses.

**III-4-1** - En première analyse, l'application du principe de la rétroactivité de la loi moins

sévère par le juge de l'excès de pouvoir ne se heurte à aucun obstacle dirimant et une réponse positive pourrait ainsi être apportée. Restant dans le cadre des pouvoirs qui sont les siens, ce juge serait conduit, après avoir reconnu que c'est à bon droit que l'application du principe de rétroactivité *in mitius* est invoquée, à annuler la sanction qui lui est déférée, ce principe conduisant à remettre en cause la présomption de légalité des actes administratifs. Au cas d'espèce, après avoir censuré pour erreur de droit l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, vous devriez ainsi relever que l'administration n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation résultant du nouveau texte de l'article 1840 N sexies et regarder de ce fait comme entaché d'excès de pouvoir l'avis de mise en recouvrement en date du 22 janvier 1999.

D'autres hypothèses contentieuses se dénouent de même par une annulation automatique, c'est-à-dire par une annulation qui n'est pas le fruit de l'exercice par le juge de ses pouvoirs de contrôle mais une conséquence qui s'impose à lui.

Il en va ainsi quand, dans certains cas d'interventions concurrentes de l'administration et du juge pénal, la légalité d'une décision administrative est subordonnée à l'existence d'une infraction pénale. L'autorité absolue de la chose jugée n'est alors pas limitée aux faits constatés par le juge pénal, mais s'étend à la qualification juridique qu'il donne à ces faits, car l'absence d'infraction priverait de base légale la décision administrative. Tel est le cas, par exemple, pour la fermeture d'un débit de boissons à la suite d'infractions aux lois et règlements régissant ces établissements (CE, Assemblée, 8 janvier 1971, *Ministre de l'intérieur c/Dame Desamis*, p. 19) ou encore pour un arrêté ordonnant l'interruption de travaux dont la réalisation est constitutive d'une infraction pénale. Un tel arrêté peut être pris par le maire dès lors que l'une des infractions mentionnées à l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme a été constatée et que l'autorité judiciaire ne s'est pas encore prononcée, mais sa légalité est subordonnée à la condition que les faits qui lui servent de fondement constituent une infraction pénale. Le juge administratif, s'il est saisi, n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à intervention d'une décision du juge pénal (CE, 22 juin 1984, *Société foncière et immobilière de Provence et autres*, n° 28386). Mais cet arrêté devient automatiquement caduc en cas de décision de non-lieu ou de relaxe – le juge administratif le regarde alors comme privé de base légale (CE, 3 janvier 1975, *SCI Cannes-Benefiat et Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme*, p. 2 ; CE, 29 juin 1977, *Ministre de l'équipement c/ SARL Resto-Strada*, T. p. 932). De même, il est fait droit à une requête dirigée contre un refus d'abrogation d'un tel arrêté, lorsque celui-ci est devenu illégal suite à l'intervention d'une décision du juge pénal classant l'affaire sans suite (CE, 23 juin 2004, *Ministre de l'équipement c/ SCI Séverine*, n° 238438).

Vous pourriez ainsi considérer que le principe de la rétroactivité *in mitius* peut utilement être invoqué devant le juge de l'excès de pouvoir et que, si son invocation est fondée, elle entraîne mécaniquement l'annulation de la sanction.

**III-4-2** - Mais cette solution nous paraît poser plusieurs problèmes et, plus fondamentalement, elle conduit selon nous le juge à méconnaître l'office que lui confie la nécessité d'assurer l'application de cette garantie importante du droit répressif.

1) On ne peut, tout d'abord, se départir de l'idée que l'annulation que vous prononceriez produit une curieuse impression. La mission du juge de l'excès de pouvoir étant de contrôler le respect de la légalité par l'administration au moment où elle prend sa décision, vous ne pouvez en effet que juger que l'administration, à cette date, est réputée avoir pris une décision illégale du fait que les dispositions répressives dont elle a fait application ont été ultérieurement adoucies.

2) Ensuite, il y a une différence fondamentale entre l'annulation que vous prononceriez ainsi et celle qui intervient, dans les hypothèses évoquées plus haut, pour tirer les conséquences d'une décision du juge pénal. Dans ces derniers cas, en effet, l'annulation clôt le litige : les mêmes faits ne pourront plus fonder une décision d'interruption de travaux ou de fermeture d'un établissement. Au cas présent, en revanche, sous réserve de questions de prescription, l'intervention du juge pourrait être suivie d'une nouvelle décision tirant les conséquences de la

chose jugée pour fixer un nouveau montant de la sanction. Le juge administratif ne pouvant fixer lui-même ce montant, sa décision sera vraisemblablement le point de départ d'une navette entre le juge et l'administration. Celle-ci aura à s'interroger, la portée de votre décision étant incertaine à cet égard, sur la question de savoir quel montant inférieur aurait été justifié.

3) Il est de même impossible d'assimiler une telle prise en compte du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce avec les autres hypothèses dans lesquelles le juge de l'excès de pouvoir se trouve confronté à des lois à effet rétroactif. En particulier, l'application d'une loi d'amnistie ou d'une loi de validation ne le conduit pas à prononcer des annulations mécaniques de même nature. L'intervention d'une loi d'amnistie postérieurement à la prise d'une décision demeure sans conséquence sur sa légalité (en plein contentieux, l'intervention d'une loi d'amnistie est de même sans incidence sur la légalité des décisions qui ont été prises antérieurement à son entrée en vigueur, CE, 3 février 1999, *Bédoian*, p. 11). Si le juge constate que les faits sanctionnés sont de ceux qui entrent dans son champ, il déclare irrecevable l'action contentieuse si la loi d'amnistie est antérieure au recours et prononce un non-lieu si la loi est postérieure au recours. L'amnistie retire son objet au recours mais elle ne conduit pas le juge à annuler la décision, donc à considérer que sa légalité est affectée par la loi d'amnistie (CE, 29 octobre 1948, *Chabaut*, p. 400 ; 29 avril 1953, *Schaaf*, p. 201).

L'intervention d'une loi de validation conduit de même le juge de l'excès de pouvoir, le cas échéant, à déclarer sans objet le recours dont il est saisi (voir, pour un non-lieu dans l'hypothèse d'une disposition législative validant l'acte en cause et s'y substituant complètement, CE, 3 novembre 1999, *Melle Le Bris et Allary*, T. p. 811 et 812).

4) Plus fondamentalement, le maintien d'un contentieux d'excès de pouvoir, parce qu'il aboutit à priver d'effet devant le juge le nouveau texte qui consacre une sanction plus douce, nous paraît s'opposer à sa mission.

Le juge administratif doit selon nous se reconnaître d'autres pouvoirs parce que le principe de rétroactivité *in mitius* lui confie un autre office : il doit appliquer la loi répressive plus douce et substituer une sanction plus faible à une sanction qui était légale au moment de son édicton. L'effet immédiat conféré à la loi pénale plus douce ne crée pas tant une illégalité, rétroactivement, qu'un droit, immédiatement, pour la personne sanctionnée.

Ainsi, nous voyons une véritable différence de nature entre une loi de validation ou une autre loi rétroactive, dont l'objet même peut être de modifier, *a posteriori*, les conditions dans lesquelles le juge apprécie la légalité d'une décision, et le principe certes dit de rétroactivité *in mitius*, mais dont l'objet est bien l'application immédiate de la loi plus douce et dont seules les conséquences sont rétroactives.

L'objet, l'intérêt du recours juridictionnel est alors de permettre au juge d'arrêter lui-même le montant de l'amende, de faire bénéficier immédiatement les administrés de l'adoucissement de la répression. Le litige ne se prête ainsi pas au pouvoir binaire qui est celui du juge de l'excès de pouvoir, qui se place à la date de la décision attaquée et ne peut que confirmer la décision si elle est légale et l'annuler si elle est illégale. D'ailleurs, pour se poser la question de l'application de la loi moins sévère, le juge de l'excès de pouvoir se déporte déjà pour ne plus se situer tout à fait à la date de la décision attaquée.

5) Au cas d'espèce, maintenir le contentieux d'excès de pouvoir tout en appliquant la rétroactivité *in mitius* nous semble en outre poser un problème aussi gênant que paradoxal.

L'article L. 112-7 du code monétaire et financier énonce désormais, nous l'avons déjà dit, que les contrevenants sont passibles d'une amende fiscale dont le montant ne peut excéder 5 % des sommes indûment réglées en numéraire.

Ce passage d'une amende égale à 5 % à une pénalité au plus de 5 % nous paraît pleinement justifier de regarder le recours exercé contre elle comme un recours de plein contentieux.

A vrai dire, tant que le montant était rigide, le juge administratif pouvait assez facilement s'en tenir à être un juge de l'excès de pouvoir : vous interprétez en effet traditionnellement la fixation de taux fixes comme signifiant que le législateur ne permet pas à l'administration, ni au juge, de moduler les sanctions (voir votre avis *Houdmond* précité, toute la jurisprudence postérieure (avis CE, 8 juillet 1998, *Fatell*, RJF 8-9/98 n° 970, avec concl. Jacques Arrighi de Casanova p. 637 ; Section, 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouet*, p. 257 et, récemment, CE, 30 novembre 2007, *Société Sideme*, RJF 2008 n° 172) et, en dernier lieu, la chronique de J. Burguburu, « Modulation des pénalités fiscales : le Conseil d'Etat persiste et signe », RJF 2/08 p. 83). Comme il n'était pas question d'une réduction, le texte antérieur se prêtait bien au recours pour excès de pouvoir.

Mais dès lors que la loi nouvelle plus douce prévoyant une modulation trouve à s'appliquer, nous verrions quelque paradoxe à continuer de qualifier la contestation de l'amende pour paiement en liquide de recours pour excès de pouvoir, en quelque sorte à fronts renversés par rapport à la situation que vous connaissez habituellement. La problématique de la modulation vous place, en effet, régulièrement dans la situation du juge de pleine juridiction qui refuse de moduler car il se heurte à une loi qu'il interprète comme fixant des *maxima*, mais qui assure le respect des exigences conventionnelles, parfois au prix d'ingénieuses constructions, en tirant de la législation applicable l'existence de taux différenciés qui permettent d'affirmer que le législateur a, lui-même, ainsi organisé la modulation. Au cas présent, continuer de statuer comme juge de l'excès de pouvoir reviendrait à refuser toute modulation, alors que la loi la permet et même y invite, et à continuer de traiter la pénalité pour paiement excessif en numéraire comme l'une de ces sanctions à taux fixe dont on sait par ailleurs qu'elles posent des difficultés, au regard de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que vous n'avez pas encore toutes résolues. Au cas particulier, il ne s'agit pas de conférer au juge un pouvoir de modulation dont l'administration ne dispose pas, mais simplement de tirer les conséquences de la faculté accordée en ce sens à l'administration par le législateur, et qui nous semble devoir être, également et naturellement, étendue au juge.

Le paradoxe de la solution inverse, consistant à rester en excès de pouvoir tout en appliquant la rétroactivité *in mitius*, est que vous n'appliquez pas réellement la loi nouvelle. Vous ne pouvez dans ce cadre que confirmer la pénalité de 5% ou accorder la décharge, continuant *de facto*, sinon en droit, à appliquer en quelque sorte la loi ancienne. Le maintien d'un contentieux d'excès de pouvoir aboutit donc à priver d'effet, devant le juge, le nouveau texte qui autorise une individualisation de la peine.

**III-4-3** - D'un mot enfin, indiquons qu'il paraît difficile d'imaginer des solutions hybrides évitant de généraliser le basculement que nous vous proposons. On pourrait théoriquement imaginer que le juge des sanctions administratives demeure un juge de l'excès de pouvoir et ne devienne juge de plein contentieux qu'en fonction de la nature des conclusions du requérant, dans la ligne de votre jurisprudence *Lafage* (CE, 8 mars 1912, *Lafage*, p. 348), ou encore selon que le principe de rétroactivité *in mitius* doive ou non recevoir application. Mais ces hypothèses nous paraissent immédiatement disqualifiées par leur instabilité – la nature du contentieux pourrait changer en cours d'instance, si la loi pénale plus douce intervient après la saisine du juge ou si des juges successifs ne portent pas la même appréciation sur le caractère moins sévère de cette loi. L'application des règles relatives au ministère d'avocat serait complexe. Et surtout, il nous semble exclu, de faire dépendre des conclusions du requérant l'application d'un principe fondamental du droit répressif.

**IV** - Ainsi, la prise en compte du principe d'application immédiate de la loi moins sévère vous conduit selon nous à reconsidérer la manière dont vous concevez votre office en matière de sanctions administratives. Pour que vous puissiez disposer des pouvoirs de réformation, ou plutôt de substitution, nécessaires à la mise en œuvre de ce principe, qui vous porte à vous intéresser à une situation juridique et non plus à la seule légalité de la décision de sanction, vous devez affirmer que le contentieux des sanctions administratives relève du plein contentieux. Il faut que le juge confronté à la rétroactivité *in mitius* puisse non seulement contrôler l'adéquation de la sanction au manquement commis, mais aussi se substituer éventuellement à l'administration pour fixer lui-même la sanction adéquate.

Nous ne ferons pas ici le tableau ni la théorie du partage entre les contentieux de l'excès de pouvoir et de la pleine juridiction (voir, sur cette question, Fabrice Melleray, « Essai sur la structure du contentieux administratif français », LGDJ, 2001). Nous nous bornerons à nous référer aux analyses particulièrement éclairantes du Président Heilbronner dans un article paru au Dalloz 1953, reprises et amplifiées par Président Genevois dans ses conclusions sous votre décision de Section du 8 janvier 1982, *Aldana Barrena*, p. 8. Lorsque le texte ne l'impose pas, le choix entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux « est rarement le fruit d'une théorie juridique ; le juge appréhende les faits avec le souci d'apporter une solution pratique, et la psychologie du magistrat a son importance. La mission qui lui est dévolue ou qu'il estime lui être dévolue, mission plus ou moins importante selon les matières, voilà ce qui est la clé des solutions jurisprudentielles ». Dans ses conclusions sous votre décision de Section du 23 novembre 2001, *Cie nationale Air France*, p. 576, notre collègue Isabelle de Silva relevait que cette approche pragmatique s'était confirmée s'agissant des sanctions plus récemment instituées, l'application du régime de plein contentieux « relevant moins d'une « nature profonde » du recours » que de la préoccupation « de donner au juge des moyens adaptés à sa mission, pour une bonne administration de la justice et la prise en compte des intérêt du justiciable et des prérogatives de l'administration ». Il appartient donc au juge administratif de déterminer quelle doit être l'étendue de ses pouvoirs dans chaque domaine du contentieux.

**IV-1** - Si vous nous suivez, ce sont toutes les sanctions administratives pour lesquelles le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce trouve à s'appliquer qui relèveront d'un recours de pleine juridiction.

Nous apporterons à cet égard trois précisions pour mieux cerner la portée de cette évolution jurisprudentielle, dont nous mesurons l'importance doctrinale, mais dont les conséquences pratiques sont aujourd'hui plus limitées.

**IV-1-1** - En premier lieu, les décisions par lesquelles vous avez confirmé votre jurisprudence selon laquelle le recours de principe contre une sanction administrative est un recours pour excès de pouvoir (CE, 5 avril 1944, *Guignard*, p. 110, en matière de réglementation des prix ; CE, 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson*, p. 83) sont marquées par le contexte historique dans lequel elles ont été rendues.

Concluant en 1992 dans l'affaire *Quiblier*, Mme le président Hagelsteen observait que tout portait déjà à privilégier la voie du recours du plein contentieux, notamment votre jurisprudence dite « *Mbakam-Cadilhac* » issue des décisions de Section des 27 avril et 23 décembre 1988 (respectivement publiées au Recueil p. 172 et 465) relatives à la contestation des ordres de recettes et des états exécutoires, qui relève du plein contentieux, la nature fruste de la procédure applicable pour l'amende de l'article 1840 N sexies, ou encore son caractère de sanction pécuniaire.

Toutefois, le commissaire, comme votre Section, ont été arrêtés par la décision d'Assemblée du 1er mars 1991, *Le Cun*, p. 70, AJ 1991 p. 358, chron. R. Scwhartz et C. Maugué, RFDA 1991 p. 613, concl. Mme de Saint Pulgent ; RTD com. 1991, p. 582, obs. J. Dubarry. Cette décision a été interprétée comme jugeant qu'en l'absence de texte, les sanctions administratives sont en principe contestées par la voie du recours pour excès de pouvoir, quand bien même elles ont un caractère pécuniaire. Il s'agissait dans cette affaire de sanctions prononcées par l'ex-Conseil des bourses de valeur et le législateur n'avait pas qualifié la nature du recours dont elles étaient l'objet.

Pour dire la vérité, nous ne sommes pas sûre que votre décision *Le Cun* excluait nécessairement la voie du plein contentieux pour l'amende dont il est question aujourd'hui.

Ainsi, ni le texte ni le fichage de la décision d'Assemblée ne posent de principe selon lequel, faute de texte, le recours contre une sanction administrative est nécessairement un recours pour excès de pouvoir. Cela nous paraît logique : ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, le juge administratif nous semble disposer, par principe, en l'absence de texte, de la liberté de

dire de quel type de contentieux il est saisi en fonction des considérations qui déterminent le rôle qu'il doit jouer.

Nous croyons, en réalité, que la décision *Le Cun*, même s'il s'agit d'une décision d'Assemblée est assez fortement marquée par le contexte dans lequel elle est intervenue. Le législateur qualifiait alors de plus en plus systématiquement les contentieux noués sur les mesures prises par les autorités administratives indépendantes de contentieux de pleine juridiction. Cette pratique s'est, vous le savez, généralisée ; nous y reviendrons dans un instant. Le Conseil constitutionnel avait marqué l'importance de l'existence d'un recours de plein contentieux dans sa décision relative à la loi sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel du 17 janvier 1989. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, enfin, était interprétée comme impliquant l'exigence d'un recours de pleine juridiction s'agissant des sanctions.

La décision *Le Cun*, qui maintient la possibilité de qualifier d'excès de pouvoir le recours exercé contre une sanction pécuniaire, a entendu, dans ce contexte, marquer l'idée que le recours pour excès de pouvoir persiste à être une voie efficace pour assurer la garantie des droits, en décidant solennellement de retenir, par ailleurs, en la matière, un plein contrôle de proportionnalité. Cette idée d'efficacité du recours pour excès de pouvoir nous paraît exacte sous réserve, évidemment, que le principe de la rétroactivité *in mitius* trouve bien à s'appliquer. En outre, l'Assemblée n'a pas été désireuse de doter le juge administratif, en la matière, du pouvoir de se substituer à un organe disciplinaire dans une matière complexe.

Dans ces conditions, la décision *Le Cun* n'impliquait pas nécessairement, par elle-même, la solution dégagée par la Section en 1992. Elle ne contient pas, à nos yeux en tout cas, le principe de l'ouverture, en toute hypothèse, du seul recours pour excès de pouvoir lorsqu'est contestée une sanction.

En outre, c'est important, la question de la prise en compte du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce ne s'est posée ni dans l'affaire *Le Cun* ni dans l'affaire *Quiblier* ; les cas d'espèces ne conduisaient pas à l'aborder et, si ce principe ancien était bien connu du juge administratif, sa consécration en matière de sanctions administratives et fiscales est, nous l'avons vu, intervenue plus tard, dans la deuxième moitié des années 1990.

A tous égards, la présente affaire vous invite donc à aborder sous un jour différent la question des pouvoirs du juge administratif en matière de sanctions administratives.

**IV-1-2** - En deuxième lieu, l'extension remarquable conférée au contentieux de pleine juridiction, sous la double influence du juge et du législateur, est particulièrement nette en matière de sanctions administratives. La portée pratique du passage au plein contentieux que nous vous proposons s'en trouve relativisée.

Plusieurs solutions jurisprudentielles ont concrétisé la faveur dont bénéficie le plein contentieux. Nous ne citerons que la plus récente et l'une des plus remarquables d'entre elles (vous avez notamment classé dans la pleine juridiction le contentieux de la reconnaissance de la qualité de personne handicapées par les nouvelles commissions des droits et de l'autonomie, avis CE 6 avril 2007, *Douwens Prats*, p. 153, celui des autorisations de plaider, CE, Ass., 26 juin 1992, *Mme Lepage-Huglo*, p. 246, ou celui des comptes de campagne, décision précitée *Le Pen*), votre décision d'ouvrir aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif et qui entendent en contester la validité la voie du recours de plein contentieux (CE, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*).

Par ailleurs, les dispositions législatives désignant le recours de pleine juridiction comme celui par lequel des décisions de sanctions peuvent être déférées au juge administratif se sont multipliées et leur convergence est remarquable. Ainsi, dans l'état du droit, c'est par un recours de pleine juridiction que peuvent être contestées les sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité des marchés financiers, la Commission nationale de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance, la Commission de régulation de l'énergie, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des

postes, la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Il en va de même pour les sanctions prononcées par divers organismes collégiaux à compétence nationale, comme l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, ou, du fait d'ailleurs de dispositions plus anciennes, pour les sanctions pécuniaires décidées par différents ministres – citons par exemple les amendes infligées par le ministre de l'aviation civile pour manquement à diverses obligations déterminées par le code de l'aviation civile ou par le ministre du logement à certaines associations ou encore celles que peut prononcer en matière de gaz naturel, le ministre chargé de l'énergie. Rappelons aussi que c'est du juge de plein contentieux que relevaient, sous l'empire de la loi du 19 juillet 1977, les sanctions prononcées par le ministre de l'économie après avis de la commission de la concurrence, et qu'il en va de même pour les sanctions décidées par le Conseil de la concurrence en application de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Et le Pr. Chapus de saluer la consécration d'un « recours objectif de plein contentieux » qui permet au juge d'aller au-delà de l'annulation en tirant lui-même les conséquences de cette dernière « et, par là-même, en statuant aussi pleinement que possible sur le litige » (Droit du contentieux administratif, § 268, Montchrétien, 2008, 13ème édition).

Cette extension conférée au plein contentieux nous paraît répondre à la retenue que vous pourriez éprouver à devoir statuer en tant que juge du plein contentieux s'agissant de sanctions prononcées dans des domaines sensibles ou d'une grande technicité. Le pouvoir de réformation s'exerce en effet dans les contentieux les plus divers. En outre, la pleine juridiction se caractérise par une plasticité qui peut permettre au juge de ne pas épuiser ses prérogatives et, notamment, de ne pas faire usage de son pouvoir de réformation s'il estime que les circonstances de l'espèce ne le lui permettent pas (voir en matière d'installations classées, 20 avril 2005, *Société des sablières et entreprises Morillon-Courol*, n° 246690 ; et, prononçant un renvoi devant l'administration pour déterminer les bases de liquidation d'une pension, 7 décembre 1992, *Basmat*, T. p. 752).

**IV-1-3** - Enfin, en l'état de votre jurisprudence, le passage au plein contentieux ne s'appliquerait pas à tout le champ du contentieux de la répression devant le juge administratif.

Il ne nous paraît pas possible de cantonner ce basculement aux sanctions pécuniaires. Nous l'avions un temps envisagé, votre jurisprudence incitant à considérer que le contentieux des dettes et créances publiques a vocation à être un contentieux de pleine juridiction (voir votre jurisprudence précitée *Mbakham-Cadilhac*, mais aussi CE, 22 juillet 1994, *Centre hospitalier Gérard-Marchant*, n° 118155, jugeant que le recours en annulation d'une décision majorant la redevance due par un médecin en raison de l'occupation d'un logement dans l'enceinte de l'hôpital est un recours de plein contentieux « par sa nature »).

Mais, cette solution de cantonnement est impossible à justifier, dès lors que c'est l'applicabilité du principe de rétroactivité *in mitius* qui justifie que le juge se reconnaisse un pouvoir de réformation et non la modalité, pécuniaire ou non, que prend une sanction ; en outre, il est exclu que vous abordiez de manière différente les sanctions prononcées par une même autorité administrative selon qu'elles ont ou non un caractère pécuniaire.

En revanche, la solution que nous vous proposons n'inclurait pas, en l'état de votre jurisprudence, le contentieux des sanctions infligées aux fonctionnaires ou à des professionnels par les diverses juridictions disciplinaires, qui se traduit non par le prononcé d'amendes, mais par celui de sanctions disciplinaires professionnelles sans caractère pénal.

Il est certain que la sanction disciplinaire répond à une démarche et à un contexte juridique différents et que cette différence de nature peut conduire à reconnaître que les exigences propres à la matière pénale ne sont pas, *ipso facto*, celle de la répression disciplinaire.

En particulier, la question de la qualification se pose de façon beaucoup moins déterminante en droit disciplinaire qu'en droit pénal puisque la faute disciplinaire est définie avec la plus grande souplesse. Comme l'écrit le Président Odent à la p. 2105 de son cours, « En droit

public disciplinaire, ou bien le droit écrit ne comporte aucune définition des fautes professionnelles qui pourraient être commises, ou bien la définition des obligations dont le respect s'impose aux intéressés est vague et n'est, en tout état de cause, pas limitative ». Le droit disciplinaire n'applique donc pas le principe de légalité des délits.

Ces caractéristiques spécifiques du droit disciplinaire vous ont conduits à maintenir un contrôle de la disproportion manifeste pour les sanctions infligées aux fonctionnaires (Section, 1er février 2006, *Touzard*, p. 38). S'agissant de l'application immédiate de la loi plus douce, vous avez également marqué la particularité des sanctions disciplinaires. Dans une décision du 8 novembre 1999, *Guiton*, T. p. 619, vous avez ainsi relevé qu'eu égard à la nature propre de la répression disciplinaire, la rétroactivité *in mitius* ne trouve pas à s'appliquer pour faire échapper à la sanction un pharmacien ayant manqué à ses devoirs professionnels (voir Cass, ch. réunies, 9 novembre 1852, Sirey 1958 I, 610 *ad notam*).

Ajoutons que, du moins en matière de contentieux disciplinaire des agents publics, les textes relatifs aux sanctions nous paraissent caractérisés par une grande stabilité qui s'explique notamment par le pouvoir d'appréciation laissé à l'administration, de sorte qu'apparaissent comme plus hypothétiques les cas dans lesquels l'invocation de la rétroactivité *in mitius* aurait un sens, la disparition des sanctions maximales de la révocation ou la mise à la retraite d'office, ou encore la modification d'une sanction intermédiaire, par exemple, l'abaissement du quantum de la mesure d'exclusion temporaire.

**IV-2** - Sous ces réserves, le tournant jurisprudentiel que nous vous proposons est certes important. Nous ne vous cachons donc pas que, fors le problème de l'*in mitius*, il ne nous paraissait pas s'imposer, d'une part, parce qu'aucune règle supra-législative 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. Néanmoins, faire relever les sanctions administratives de l'office du juge de pleine juridiction présente de nombreux avantages.

**IV-2-1** - En premier lieu, le juge constitutionnel et la Cour de Strasbourg, s'ils ont marqué une préférence pour le recours de pleine juridiction en matière de sanctions administratives, ne l'exigent pas.

Le Conseil constitutionnel a rappelé à plusieurs reprises le cadre juridique dans lequel doit prendre place tout système de sanctions administratives. Comme l'explique le président Genevois, commentant la décision du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel (dans un article paru à la RFDA mars-avril 1989, p. 221), la constitutionnalité des sanctions administratives ne peut être appréciée *in abstracto* ; elle est fonction de l'existence de « mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Parmi celles-ci, on trouve naturellement des règles de fond, mais aussi des règles de procédure. Les premières se rattachent à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui énonce des principes qui valent non seulement pour le droit pénal, mais encore pour « toute sanction ayant le caractère de punition ». Ces principes, ceux de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, dont découle l'effet immédiat conféré à la loi pénale plus douce, de non-rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère s'imposent donc au législateur et constituent une référence pour le juge amené à statuer sur des sanctions administratives.

Par ailleurs, le juge constitutionnel s'intéresse aussi aux garanties qui sont offertes postérieurement au prononcé de la sanction et la notion de pleine juridiction est apparue de manière explicite dans sa jurisprudence. Dans sa décision du 17 janvier 1989 relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, comme dans sa décision du 25 février 1992 (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 ; décision n° 92-307 DC du 25 février 1992), s'agissant de l'amende instituée à l'encontre du transporteur routier qui introduit en France des étrangers non munis des titres requis, il a ainsi relevé que l'existence d'un recours de pleine juridiction constitue une garantie essentielle en matière de sanctions administratives à caractère pécuniaire. Il ne s'en déduit cependant pas qu'il s'agit d'une garantie nécessaire de la conformité à la Constitution d'une loi instaurant un régime de sanctions, comme votre

Assemblée l'a admis dans la décision *Le Cun*. Ainsi que l'explique le président Genevois dans son commentaire précité, le juge constitutionnel a ainsi voulu indiquer quelle est l'étendue du contrôle que le juge doit pouvoir exercer afin de vérifier, notamment, le respect du principe de proportionnalité.

La Cour de Strasbourg va plus loin, mais vous ne déduisez pas davantage de sa jurisprudence, qui donne lieu à des interprétations doctrinales variées, que le juge qui statue en matière de sanctions administratives doit disposer des pouvoirs du juge de plein contentieux, notamment celui de réformer la décision attaquée.

La Cour affirme que les sanctions administratives susceptibles d'entrer dans la catégorie des accusations en matière pénale doivent subir le contrôle d'un « *organe judiciaire de pleine juridiction* » (CEDH, 10 février 1983, *Albert et le Compte c/ Belgique*, série A n° 58 §28 ; CEDH, 17 décembre 1996, *Terra Woningen BV c/Pays-Bas*, Rec. 1996-VI § 52). Elle a précisé, notamment dans un arrêt du 23 octobre 1995, *Schmautzer c/ Autriche*, série A n° 328, § 36, que cet organe doit avoir « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit la décision entreprise ». Cette formule a été reprise depuis dans un arrêt du 4 mars 2004, *Silverster's Horeca service c/ Belgique*, la Cour estimant que la cour d'appel de Bruxelles ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 6, car son pouvoir se limitait à examiner la réalité des amendes fiscales, sans être compétente pour apprécier l'opportunité ou accorder une remise complète ou partielle de celles-ci (§ 27 à 30).

Si, en conséquence, les juges nationaux saisis d'un litige entrant dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la convention doivent pouvoir exercer un entier contrôle sur tous les éléments, de droit comme de fait, vous n'interprétez pas cette exigence de la Cour comme impliquant qu'ils aient un pouvoir de réformation des sanctions administratives. Selon votre jurisprudence, un recours pour excès de pouvoir suffit à satisfaire aux exigences de plénitude de juridiction qui découlent de l'article 6 dès lors que le contrôle du juge sur le bien fondé de la sanction est complet, c'est-à-dire qu'il ne s'en tient pas à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Et la notion de pleine juridiction au sens de la CEDH n'exige pas, selon vous, que le juge dispose d'un pouvoir de modulation ni même de substitution.

En outre, au cas d'espèce, le fait que le nouveau texte de l'article 1840 N sexies ouvre à l'administration un pouvoir de modulation constituerait un élément favorable dans le sens de la compatibilité du dispositif avec la convention européenne. La cour n'a pas dégagé, à cet égard, une règle générale, fidèle à son raisonnement et à la technique de rédaction de ses arrêts, qui énoncent plusieurs éléments dont la combinaison permet ou non de reconnaître la compatibilité avec la convention. Elle tient cependant compte du fait que le législateur ait lui-même modulé la sanction en fonction de la plus ou moins grande gravité du comportement incriminé, comme elle l'a indiqué dans un arrêt du 23 septembre 1998, *Malige c/France*, D. 1999, p. 154, obs. B. Lamy et J.-F. Renucci, RJF 11/98 n° 1384, rendu à propos de la sanction de retrait de points du permis de conduire.

**IV-2-2** - En deuxième lieu, le juge de l'excès de pouvoir a bénéficié d'avancées qui ont profondément modifié les conditions de son intervention et, par voie de conséquence, métamorphosé la distinction des contentieux. La frontière entre recours de plein contentieux et recours en excès de pouvoir s'est estompée au fur et à mesure de l'affirmation d'une approche concrète et pragmatique de l'office du juge de l'excès de pouvoir, fruit d'évolutions législatives et jurisprudentielles qui se sont placées sous le signe de l'utilité de son intervention. A bien des égards, il existe aujourd'hui une grande porosité entre ce que sont les offices respectifs du juge de l'excès de pouvoir et du juge de plein contentieux.

Ainsi, il est désormais permis au juge de l'excès de pouvoir de ne plus se borner à la simple annulation de la décision attaquée. La loi du 8 février 1995 a en effet institué une procédure d'injonction concomitante au prononcé de la décision de justice. Au sein d'une même décision, le juge de l'exécution prend ainsi le relais du juge de l'excès de pouvoir et, pour apprécier les implications nécessaires d'un jugement ou d'un arrêt, il se place, comme en plein contentieux, à la date de la décision juridictionnelle (CE, 4 juillet 1997, *Epoux Bourezak*, p. 278 ; avis CE, Section, 30 novembre 1998, *Berrad*, p. 451). Selon la formule éloquent de C. Charles (« Dix

ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », Dr. adm. 2005 n° 4, p. 10), le juge de l'excès de pouvoir a ainsi été conduit « à devenir un juge de la situation litigieuse, qu'il apprécie dans son ensemble, et non plus seulement un juge de l'acte litigieux ». Il peut même décider d'indiquer à l'administration, de son propre chef, la portée de l'annulation qu'il prononce et les conséquences, notamment transitoires, qui doivent en être tirées, (CE, Assemblée, 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, p. 303).

Utilisant un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire de codification comme un recours en interprétation, vous avez été jusqu'à exercer un pouvoir de réformation interprétative (CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, p. 110).

Il entre aussi, désormais, dans l'office du juge de l'excès de pouvoir de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse (CE, Assemblée, 11 mai 2004, *AC !*, p. 197), ce qui équivaut à reconnaître à ce juge un pouvoir d'abrogation, au surplus à effet différé, que, comme le remarque Jacques Arrighi de Casanova, « seule l'administration et le juge de plein contentieux pouvaient jusque là exercer » (« Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11).

Par ailleurs, depuis votre décision de Section *Arfi* du 22 juin 2007, vous exercez un contrôle entier de proportionnalité en matière de sanctions professionnelles, reprenant et généralisant la solution consacrée par votre arrêt *Le Cun* s'agissant du Conseil des bourses de valeurs. Le contrôle de proportionnalité, normalement assuré par le juge de pleine juridiction, l'est donc aussi par le juge de l'excès de pouvoir.

Enfin, vous considérez que l'office du juge de l'excès de pouvoir peut aussi être d'éviter des annulations non justifiées. Particulièrement significatif du renouveau orchestré ces dernières années et de la mise au premier plan des préoccupations de réalisme et d'efficacité est l'abandon de la jurisprudence dite *Urssaf du Jura* (section, 22 juillet 1976, *Ministre du travail c/ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociales et d'allocations familiales du Jura*, p. 362) et la possibilité reconnue à l'administration de faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision (Section 6 février 2004, *Hallal*, p. 48). Alors que, par votre décision de Section du 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, p. 576, vous aviez ouvert cette possibilité devant le juge de plein contentieux, dans le cadre de l'office qui est le sien, et qu'on avait pu croire qu'elle y resterait cantonnée, vous n'avez pas hésité à aller au-delà au nom de l'efficacité de l'intervention du juge.

Le juge de l'excès de pouvoir n'est plus le juge du contrôle restreint, le recours pour excès de pouvoir n'est plus « un mécanisme supplétif des limites du plein contentieux » (Jean-Marie Woehrling, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 777). Ayant accompli une mission historique d'assujettissement au principe de légalité de l'ensemble de l'action administrative, il conserve de belles perspectives, comme le pensait en 1995 Michel Bernard (« Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995 p. 190), actualisant l'oraison funèbre célèbre du doyen Hauriou (Commentant votre décision du 29 novembre 1912, *Boussuge*, p. 1128, *GAJA* n° 28) et concluant, néanmoins, que l'étoile du recours pour excès de pouvoir ne palissait pas.

Malgré l'extension du plein contentieux objectif, sous la double influence de la jurisprudence et du législateur, l'excès de pouvoir conserve en effet un vaste domaine : le contentieux de l'annulation des actes réglementaires, celui des mesures d'éloignement, le déféré préfectoral, le contrôle de certaines mesures de police. Irremplaçable pour permettre à des tiers n'ayant pas un intérêt subjectif dans une affaire de faire valoir des considérations de légalité objective, il demeure l'« instrument mis à la portée de tous pour la défense d'une légalité méconnue », selon l'expression de M. Pichat dans ses conclusions sous votre décision *Lafage*.

Si la nécessité de faire application de la loi nouvelle plus douce aux sanctions soumises au principe de nécessité des peines ne se présentait pas, le juge de l'excès de pouvoir serait ainsi un juge parfaitement efficace en matière de répression administrative. Rien, en effet, n'exige

sinon que le juge de la sanction puisse disposer d'un pouvoir de réformation. De son côté, le juge du plein contentieux fait quant à lui parfois preuve de retenue, estimant par exemple qu'il ne lui appartient pas de moduler les sanctions à taux fixes dont il est saisi.

**IV-3** - Néanmoins, la solution qui nous paraît commandée par les exigences de l'application de la rétroactivité *in mitius* comporte d'autres avantages nombreux et majeurs qui, pour certains, suffisent à la justifier.

**IV-3-1** - Le premier d'entre eux est évident. En tant que juge de plein contentieux, vous serez en mesure de clore le litige et vous répondrez ainsi mieux au souci légitime de l'efficacité et de l'utilité de l'intervention du juge administratif. Les avancées propres au juge de l'excès de pouvoir que nous avons rappelées montrent combien votre approche de l'office du juge s'est faite concrète et pragmatique et l'attention que vous accordez aux conséquences négatives liées au décalage temporel de son intervention.

Cette exigence d'efficacité nous semble devoir tout particulièrement animer le juge des sanctions administratives. L'accroissement important du pouvoir de sanction de l'administration qui, selon certains auteurs, trouve « difficilement ses marques dans un état de droit » (Franck Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et du droit européen », RFDA, janv.-fév. 1997), procède en effet du souhait pragmatique d'une efficacité gestionnaire dans la répression de certains faits. La légitimité même des sanctions administratives est ainsi liée à l'efficacité qui caractérise leur prononcé, mais aussi la phase ultérieure, sans bien sûr que soit amoindrie la protection des droits fondamentaux.

Vous avez, en d'autres occasions, marqué l'importance que vous accordiez à cette efficacité de la sanction administrative. Dans votre décision de Section du 22 novembre 2000, *Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, p. 537, attentifs au caractère réaliste, efficace, simple et rapide de la répression administrative et « eu égard à la mission de régulation dont est investi le Conseil des marchés financiers », vous avez ainsi estimé que le principe de personnalité des peines ne faisait pas obstacle à ce qu'une société soit condamnée à une sanction pécuniaire à raison du manquement commis par une société qu'elle avait absorbée.

Le plein contentieux répond mieux à la volonté qui est la vôtre que le juge des sanctions administratives soit efficace et rapide.

Ainsi, dans le cadre de votre jurisprudence précitée *Air France*, l'administration peut demander au juge du plein contentieux le maintien d'une sanction en avançant un nouveau motif qui n'est pas nécessairement fondé sur la situation existant à la date du prononcé de la mesure initiale. Vous évitez ainsi que, par une annulation, soit reposée la question de l'opportunité de la sanction si celle-ci apparaît comme évidente.

Et, d'une manière générale, malgré ses nouvelles prérogatives en matière d'injonction, les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir restent sensiblement plus limités que ceux du juge de pleine juridiction. Cela est particulièrement net dans le domaine qui nous occupe aujourd'hui. Si le juge de l'excès de pouvoir annule une sanction en raison d'une disproportion entre la gravité de la sanction et celle de la faute, ou parce qu'une loi moins sévère est intervenue, il ne pourra pas prescrire à l'administration d'infliger une nouvelle sanction moins sévère que la précédente. Le juge du plein contentieux, dans la même situation, peut prononcer lui-même une telle sanction ou réformer une sanction excessive (CE, Assemblée, 11 mars 1994, *La Cinq*, p. 117).

Au total, l'intervention du juge du plein contentieux nous paraît garantir une prise en compte équilibrée des intérêts du justiciable et des prérogatives de l'administration.

Certes, l'excès de pouvoir permet au requérant d'obtenir l'annulation pure et simple de la sanction qui le frappe et de gagner du temps. Toutefois, il bénéficiera, en pleine juridiction, d'une issue contentieuse plus rapide, avec cette garantie fondamentale qu'il est exclu que l'exercice par la personne sanctionnée de son droit de recours puisse conduire à aggraver sa

situation. L'unification des pouvoirs du juge des sanctions administratives contribuera aussi à l'intelligibilité du droit en donnant une plus grande cohérence à un domaine encore caractérisé par un enchevêtrement de règles.

**IV-3-2** - Le deuxième avantage induit par le passage au plein contentieux est de garantir plus sûrement la compatibilité avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la constitutionnalité de dispositifs de sanctions disparates, anciens, souvent frustes, pour laquelle le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité vous conduira à jouer un rôle nouveau. Si le recours de pleine juridiction ne nous paraît pas exigé, nous avons vu qu'il fait l'objet d'appréciations favorables de la part de la juridiction constitutionnelle et de la Cour de Strasbourg.

**IV-3-3** - Troisièmement, et pour finir, soumettre les sanctions administratives à un recours de plein contentieux conduit à rapprocher les pouvoirs du juge administratif de ceux de son homologue pénal dans un domaine qui correspond à une modalité remarquable, sinon anormale, du pouvoir d'intervention de l'administration. La doctrine y voit de manière assez unanime « une forme extrême des prérogatives susceptibles d'être reconnues à l'administration » (Laubadère, Gaudemet, Venezia, Traité de droit administratif, LGDJ, 11ème éd., 1990, p. 594).

Il est certain qu'il existe une spécificité de l'acte répressif administratif qui déborde les fonctions traditionnelles de l'administration. Sans aller à jusqu'à y voir une anomalie, nous pensons que la légitimité des sanctions dépend notamment de la possibilité qu'intervienne un juge muni de pouvoirs « se rapprochant le plus possible de ceux du juge pénal » (Catherine Mamontoff, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la CEDH et ses implications en droit interne », RFDA sept-oct. 1999, p. 1004).

Néanmoins, nous considérons que rien n'impose une assimilation complète et qu'il est normal que le juge administratif se pose au cas par cas la question des modalités selon lesquelles il prend en compte les garanties du procès pénal. L'équivalence entre celles-ci et celles dont doit bénéficier le requérant qui conteste une sanction administrative devant le juge administratif n'a pas vocation à être parfaite parce qu'elle n'est pas évidente. Comme le rappelle Franck Moderne (« La sanction administrative », RFDA 2002 p. 483), avec la sanction administrative, « il ne s'agit pas d'assurer par la répression pénale le respect des valeurs essentielles d'une société mais de veiller au fonctionnement correct d'un secteur ou d'une activité ». Ce caractère pragmatique des sanctions administratives explique que le juge administratif et le juge pénal restent investis de missions fondamentalement différentes.

Avant d'en revenir au pourvoi, nous vous indiquerons d'un mot que la solution que nous vous proposons, malgré sa portée, ne nous paraît pas se prêter à une dérogation à l'application rétroactive de règle jurisprudentielle nouvelle. Cette règle ne limite évidemment pas le droit au recours et elle ne porte aucune atteinte à l'impératif de sécurité juridique, pour reprendre les deux hypothèses dégagées dans votre décision *Tropic travaux*. Elle est certes de nature à avoir un impact sur des instances en cours, mais n'est pas par elle-même source de contentieux nouveaux. Enfin, si l'on considère qu'elle découle des exigences liées à la prise en compte de la rétroactivité *in mitius*, il paraît difficile de proposer une telle modulation.

**V** - Si, pour revenir au cas d'espèce, vous partagez notre analyse, l'arrêt attaqué ne pourra échapper à l'annulation. Statuant comme juges d'appel, vous serez nécessairement conduits à censurer le jugement du tribunal administratif de Melun en date du 24 février 2000 pour le même motif puis, dans le cadre de l'évocation, à statuer sur les moyens développés par la société ATOM, sur le fondement de la loi nouvelle et comme juge de plein contentieux.

**V-1** - La société requérante soutient, premièrement, que l'absence de modulation de la pénalité doit conduire à écarter l'application de la loi ancienne sur le terrain de l'article 6, §1 de la CEDH. Certes, ce moyen pourrait théoriquement, sous certaines conditions, permettre au requérant d'obtenir entièrement gain de cause. Toutefois, il faut s'en tenir au fond de sa critique et comprendre qu'il conteste le fait que son juge ne soit pas à même de moduler la sanction qui lui a été infligée. Ce moyen ne peut donc qu'être écarté puisque la loi nouvelle,

précisément, autorise désormais l'individualisation de la sanction par l'administration comme par le juge.

**V-2** - Il est ensuite soutenu, deuxièmement, au titre d'une contestation de la régularité de la procédure de sanction, que le procès-verbal établi le 18 juin 1998 par le vérificateur et qui récapitule les opérations irrégulières ne mentionne pas l'identité du client de la société ATOM qui avait procédé à des paiements en liquide. Vous jugez cependant que ce type de procès-verbal établi par l'administration constitue seulement une pièce du dossier dont elle peut se prévaloir pour apporter la preuve qui lui incombe des agissements de la personne concernée de nature à justifier l'application de l'amende (voir pour l'ancienne amende de l'article 1740 ter du code général des impôts CE, 21 avril 1989, *Ezan*, RJF 6/89 n° 713 ; pour une preuve non apportée : CE, 28 avril 1993, *Sté Renoud-Lias Carruel et Cie*, RJF 6/93 n° 865 ; CE, 14 avril 1995, *Sté Aubanaise de fruits et légumes Safel*, RJF 6/95 n° 749). Par suite, par elle-même, l'absence sur le procès-verbal de l'identité de l'auteur des versements en espèces n'est pas de nature à entraîner l'annulation de la sanction infligée à la société ATOM. Quant à l'instruction du 23 mars 1983 dont elle se prévaut, elle se borne en tout état de cause à indiquer que le procès-verbal doit « *contenir, si possible, tous les éléments indispensables à l'identification de chaque contrevenant* » et ne met ainsi à la charge de l'administration aucune obligation dont la méconnaissance entacherait d'irrégularité la procédure qu'elle a suivie.

**V-3** - La société ATOM fait valoir, troisièmement, que l'auteur unique de l'ensemble des versements – cette deuxième partie de sa thèse réduisant la portée de la première sur l'absence de l'identité de l'auteur sur le procès-verbal – est mauritanien, de sorte que les dispositions de l'article L. 112-6 du code monétaire et financier ne lui seraient pas applicables. Vous avez cependant déjà jugé que la circonstance que les clients auteurs de versements en liquides auraient été des ressortissants étrangers ne disposant pas de compte bancaire et de chéquier ne saurait disqualifier les infractions constatées aux dispositions qui prohibent les paiements excessifs en numéraire (*Sté Renoud-Lias Carruel et Cie*, précitée). Si, par ailleurs, en cassation, la société ATOM indique que le b) de l'article L. 112-6 excepte de l'interdiction de paiement en liquide les règlements faits par des particuliers non commerçants aux commerçants, et suggère l'idée que le client mauritanien serait un « particulier non commerçant », il ressort d'un courrier du 19 juin 1998 au dossier que le gérant de la société ATOM qualifiait lui-même l'auteur des versements d'« entreprise mauritanienne ». Il ne s'agissait donc pas d'un particulier non commerçant au sens de la loi, ce que nous paraissent confirmer les montants en cause, dont nous allons vous entretenir dans un instant.

**V-4** - Reste, enfin, la critique de la proportionnalité de la sanction, qui vous permettra de jouer votre rôle nouveau de juge de plein contentieux. Il vous faudra vous déterminer au regard de l'échelle variant désormais entre 0 et 5 %, sans évidemment que vous disposiez de points de comparaison pour vous prononcer.

Il résulte de l'instruction qu'en 1994 la société ATOM a reçu treize paiements en liquide, pour des montants compris entre 40 000 et 120 000 F ; pour l'année 1995 il s'agit de 31 paiements et de montants variant entre 30 000 et 187 000 F ; en 1996 ont eu lieu 20 paiements, l'échelle s'étendant entre 30 500 et 229 570 F. Sur les trois exercices en litige, l'infraction a porté au total sur un montant de 5 444 311 F.

Certes, ces infractions présentent une gravité certaine, du fait de leur fréquence et du caractère élevé des montants en cause. Nous vous rappelons que la limite, de 5 000 F à l'époque des faits, est aujourd'hui de 1 100 €. Pour autant, elles ne justifient pas selon nous que soit maintenue l'amende à son taux le plus élevé, soit celui infligé à l'origine par l'administration, de 5 % des montants en question.

En effet, il ne résulte pas de l'instruction et il n'est pas allégué que la société ATOM aurait dissimulé tout ou partie des sommes qu'elle a perçues en liquide ou que le dossier laisserait présumer un circuit de blanchiment. Par ailleurs, l'administration n'apporte aucun élément permettant de rapporter le montant de l'infraction à celui du chiffre d'affaires de la société et il ne résulte pas de l'instruction que celle-ci ci aurait accepté des paiements en liquide d'autres

clients. Enfin, la société fait état de manière suffisamment précise et crédible des difficultés à se faire payer par son client mauritanien par chèque ou par virement. Il ressort il est vrai d'une étude récente du FMI que le système bancaire est particulièrement peu développé en Mauritanie avec 20 comptes de dépôt pour 1 000 habitants contre 423 en moyenne pour les pays à faible revenu. Au total, ces circonstances, si elles ne font pas obstacle à l'application de l'amende, nous paraissent de nature à justifier que vous rameniez celle-ci à 3% des sommes indûment réglées en numéraire.

Vous ferez droit à la demande de frais irrépétibles de la société ATOM à hauteur de 1000 €.

Et, par ces motifs, nous concluons :

à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 5 août 2004 et du jugement du tribunal administratif de Melun en date du 24 février 2000 ;

à ce que la sanction mise à la charge de la société ATOM soit fixée à un montant de 3 % des sommes indûment réglées en numéraire ;

et à ce que soit mis à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 1 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. »

**Composition de la juridiction** : M. Jean-Marc Sauvé, Président. - M. Florian Blazy, Rapporteur. - Mme Claire Legras, Rapporteur public. - Me Blanc, avocat

**Décision attaquée** :

**Texte(s) appliqué(s)** :