



HAL
open science

Justice administrative, justice répressive

Christophe De Bernardinis

► **To cite this version:**

Christophe De Bernardinis. Justice administrative, justice répressive. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 2002. Français. NNT : 2002METZ001D . tel-01775880

HAL Id: tel-01775880

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01775880>

Submitted on 24 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

7428-234
UNIVERSITE DE METZ
FACULTE DE DROIT-ECONOMIE-ADMINISTRATION

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE - METZ	
N° inv	2002001D
Cote	D/MZ 02/01
Loc	

JUSTICE ADMINISTRATIVE, JUSTICE REPRESSIVE



Thèse pour le doctorat de droit public de l'Université de Metz

présentée et soutenue publiquement

par

Christophe DE BERNARDINIS

29 novembre 2002

Membres du jury

Monsieur **Patrick BENOIT**, Professeur à l'Université de Metz

Monsieur **Philippe BILLET**, Professeur à l'Université de Metz

Monsieur **Vincent CATTOIR-JONVILLE**, Professeur à l'Université de Lille 2,

Directeur de thèse

Monsieur **François COLLY**, Professeur à l'Université d'Evry, Rapporteur

Monsieur **Gabriel ECKERT**, Professeur à l'Université de Strasbourg 3, Rapporteur

Monsieur **Daniel GILTARD**, Conseiller d'Etat,

Président de la Cour administrative d'appel de Nancy

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DE METZ



031 465937 2

UNIVERSITE DE METZ
FACULTE DE DROIT-ECONOMIE-ADMINISTRATION

JUSTICE ADMINISTRATIVE, JUSTICE REPRESSIVE

Thèse pour le doctorat de droit public de l'Université de Metz

présentée et soutenue publiquement

par

Christophe DE BERNARDINIS

29 novembre 2002

Membres du jury

Monsieur **Patrick BENOIT**, Professeur à l'Université de Metz

Monsieur **Philippe BILLET**, Professeur à l'Université de Metz

Monsieur **Vincent CATTOIR-JONVILLE**, Professeur à l'Université de Lille 2,

Directeur de thèse

Monsieur **François COLLY**, Professeur à l'Université d'Evry, Rapporteur

Monsieur **Gabriel ECKERT**, Professeur à l'Université de Strasbourg 3, Rapporteur

Monsieur **Daniel GILTARD**, Conseiller d'Etat,

Président de la Cour administrative d'appel de Nancy

L'Université de Metz n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

A mon père en témoignage de reconnaissance.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACNSA	: Autorité de contrôle des nuisances sonores et aéroportuaires
AFDI	: Annuaire français droit international
AIJC	: Annuaire international de jurisprudence constitutionnelle
AJDA	: Actualité juridique droit administratif
AJFP	: Actualité juridique fonction publique
ALD	: Actualité législative Dalloz
APC	: Archives de politique criminelle
APD	: Archives de philosophie du droit
APub	: Administration publique
ART	: Autorité de régulation des télécommunications
Ass.	: Assemblée du contentieux
B et D	: Banque et Droit
BF	: Bulletin fiscal Francis Lefebvre
BGFE	: Bulletin de gestion fiscale des entreprises
BJ	: Bulletin Joly, mensuel d'information des sociétés
BJB	: Bulletin Joly Bourse et Produits financiers
BOCCRF	: Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Bull. Civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Crim.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. mensuel COB	: Bulletin mensuel Commission des opérations de bourse
CA	: Cour d'appel
CAA	: Cour administrative d'appel
Cass. civ.	: Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	: Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	: Cour de cassation, chambre sociale
CC	: Conseil constitutionnel
CCA	: Commission de contrôle des assurances
CCom	: Code du commerce
CDBF	: Cour de discipline budgétaire et financière
CDE	: Cahiers de droit européen
CDEnt	: Cahiers de droit des entreprises
C. des comptes	: Cour des comptes
CE	: Conseil d'Etat
CEd	: Code de l'éducation
CEDH	: Convention européenne des droits de l'homme
Cf.	: Confer
CGI	: Code général des impôts
Chron.	: Chronique
CJA	: Code de justice administrative
CJCE	: Cour de justice des communautés européennes
CJEG	: Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJF	: Code des juridictions financières
CMF	: Conseil des marchés financiers
CNIL	: Commission nationale de l'informatique et des libertés
COB	: Commission des opérations de bourse

COJ	: Code de l'organisation judiciaire
ComEDH	: Commission européenne des droits de l'homme
Comm.	: Commentaires
Concl.	: Conclusions
CP	: Code pénal
CPLD	: Conseil de prévention et de lutte contre le dopage
CPP	: Code de procédure pénale
CRC	: Chambres régionales des comptes
CRE	: Commission de régulation de l'électricité
CSA	: Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSP	: Code de la santé publique
CSS	: Code de sécurité sociale
CT	: Code du travail
D.	: Recueil Dalloz
DA	: Droit administratif
DAff.	: Dalloz affaires
D et P	: Revue Droit et Patrimoine
DF	: Droit fiscal
DGI	: Direction générale des impôts
DO	: Droit Ouvrier
DPen	: Droit pénal
Droits	: Droits. Revue française de théorie juridique
DS	: Droit Social
EDCE	: Etudes et documents du Conseil d'Etat
GAJA	: Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GDCC	: Grandes décisions du Conseil constitutionnel
G des Com	: Gazette des communes
GP	: Gazette du Palais
HACA	: Haute autorité de la communication audiovisuelle
IR	: Informations Rapides
JCA	: Juris-classeur administratif
JCP, E	: Juris-classeur périodique, Edition entreprise
JCP, G	: Juris-classeur périodique, Edition générale
JDI	: Journal de droit international
JO	: Journal officiel
JT	: Journal des tribunaux. Droit Européen
Justices	: Revue Justices
Lamy DEco	: Lamy droit économique
Lamy DFin	: Lamy droit du financement
Lamy Fis	: Lamy fiscal devenu Les Nouvelles Fiscales
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	: Les petites affiches
LPF	: Livre des procédures fiscales
NBB	: Notes bleues Bercy
NCPC	: Nouveau Code de procédure civile
Obs.	: Observations
OPCVM	: Organismes de placement collectif et de valeurs mobilières
PUAM	: Presses universitaires Aix-en-Provence / Marseille

PUF	: Presses universitaires de France
PUG	: Presses universitaires de Grenoble
PUT	: Presses universitaires de Toulouse
RA	: Revue administrative
RDBB	: Revue de droit bancaire et de la bourse
RDF	: Revue de droit fiscal
RDP	: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	: Revue de droit sanitaire et social
RDPCiv	: Répertoire Dalloz de procédure civile
RDPen	: Répertoire Dalloz Pénal
R du T	: Revue du Trésor
Rec. CC	: Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. CdesC	: Recueil des décisions de la Cour des comptes
Rec. CDBF	: Recueil des décisions de la Cour de discipline budgétaire et financière
Rec.CE	: Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Lebon)
REFin	: Revue économique et financière
Req.	: Requête
RFD	: Revue française décentralisation
RFDA	: Revue française de droit administratif
RFDC	: Revue française de droit constitutionnel
RFFP	: Revue française de finances publiques
RGCT	: Revue générale des collectivités territoriales
RGP	: Revue générale des procédures
RIDC	: Revue international de droit comparé
RJDA	: Revue de jurisprudence droit des affaires
RJES	: Revue juridique et économique du sport
RJC	: Revue de jurisprudence commerciale
RJF	: Revue de jurisprudence fiscale
RJS	: Revue de jurisprudence sociale
RMC	: Revue du marché commun
RPénit	: Revue pénitentiaire et de droit pénal
RPDA	: Revue pratique de droit administratif
RProc.	: Revue Procédures
RRJ	: Revue de recherche juridique. Droit prospectif
RSC	: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSés	: Revue des sociétés
RTDCom	: Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	: Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	: Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTDSS	: Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
RUDH	: Revue universelle des droits de l'homme
S.	: Recueil Sirey
SC	: Sommaires commentés
SEM	: Société d'économie mixte
TA	: Tribunal administratif
TC	: Tribunal des conflits
TGI	: Tribunal de grande instance

SOMMAIRE

Introduction	09
<u>1^{ère} partie</u>	
<i>Une justice intermédiaire dont l'objet tend vers plus de répression</i>	46
Titre 1. – <i>L'avènement des institutions disciplinaires et régulatrices</i>	49
Chapitre 1^{er}. – Une insertion comparable dans la sphère administrative	50
Chapitre 2nd. – Une insertion confuse dans la sphère juridictionnelle	99
Titre 2. – <i>L'affermissement des institutions disciplinaires et régulatrices</i>	151
Chapitre 1^{er}. – La nouvelle approche des institutions disciplinaires et régulatrices : le dépassement des catégories juridiques traditionnelles	152
Chapitre 2nd. – La nouvelle légitimité des institutions disciplinaires et régulatrices : le dépassement des clivages juridiques traditionnels	205
<u>2^{nde} partie</u>	
<i>Une justice principale dont l'office tend vers plus de répression</i>	253
Titre 1. – <i>Le développement de l'office objectif du juge administratif</i>	256
Chapitre 1^{er}. – Du contrôle administratif au contrôle financier des gestionnaires publics	258
Chapitre 2nd. – Du pouvoir de contrôler au pouvoir de mesurer la répression administrative	306
Titre 2. – <i>L'apparition d'un office plus subjectif du juge administratif</i>	352
Chapitre 1^{er}. – Du contrôle matériel au contrôle personnel des gestionnaires publics	354
Chapitre 2nd. – Du pouvoir de réduire au pouvoir de fixer la répression administrative	406
Conclusion	456
Bibliographie	465
Index	525
Table des matières	533

INTRODUCTION GENERALE

1 - La justice administrative a un objet essentiellement “restitutif” et non répressif. L'essentiel de la mission du juge vise à réparer l'atteinte à la règle et à restituer à celui que le droit protège soit la sécurité de sa situation injustement menacée, soit, si la menace s'est réalisée, ce dont il a été privé à tort. La compétence répressive du juge dans ce contentieux – c'est-à-dire la compétence qui lui permettrait de poursuivre une personne, publique ou privée, morale ou physique, afin de lui infliger une sanction – a donc, toujours et dans cette logique, été présentée comme exceptionnelle et particulière. Edouard Laferrière, par exemple, qui, par l'effort entrepris pour distinguer les différentes branches du contentieux, a fait prendre naissance à la théorie générale du contentieux administratif au cours du dernier tiers du XIXème siècle, n'identifiait la compétence répressive des juridictions administratives que relativement aux contestations ayant pour “objet immédiat non des actes ou décisions de l'autorité administrative mais certains actes émanés de particuliers et dénoncés comme illicites par l'administration qui en requiert la répression”¹. Ces actes étant ceux portant “atteinte à l'intégrité et à la destination légale de la grande voirie”² et constituant “une infraction spéciale dite contravention de grande voirie”³.

Or, si ces contraventions sont, aujourd'hui, essentiellement constituées par les atteintes portées, en violation des textes tendant à assurer la conservation des dépendances du domaine public autres que la voirie routière, soit à l'intégrité matérielle des dépendances protégées, soit à la destination de ces dépendances, elles restent fondées sur un régime pour le moins particulier dans le contentieux administratif. En effet, “le juge administratif est destiné à connaître des actions dirigées contre l'administration ; lui attribuer une compétence répressive selon laquelle il peut condamner des particuliers sur plainte de l'administration semble être

¹ E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, LGDJ, rééd., 1989, t.1, p. 20.

² *Ibid.*, p. 20.

³ *Ibid.*, p. 21.

une bizarrerie et une survivance d'un passé révolu⁴. La responsabilité des particuliers à l'égard de la puissance publique étant soumise à l'appréciation des tribunaux judiciaires⁵, il ne devrait pas exister, en principe, d'action répressive ouverte à l'administration devant les tribunaux administratifs à l'encontre des particuliers.

Il existe bien un pouvoir de répression dans la sphère administrative mais celui-ci est, de façon générale, confié à l'administration et qu'il soit d'ordre disciplinaire, professionnel ou strictement administratif, il reste un pouvoir de sanction limité dans sa nature et relativement aux individus à sanctionner. Il n'y a, en ce sens, pas de possibilité d'assimilation à la règle pénale générale qui vise à sanctionner les actes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la société comme à la portée universelle qu'elle contient. La mission de répression des infractions des lois et des règlements appartient donc, par nature, au juge et, par tradition, au juge pénal. Pour autant, la défense des droits fondamentaux de la société qui avait imposé que le droit pénal s'ancre dans le paysage institutionnel sous cette forme impliquait qu'il reste un droit spécifique et autonome. Or, ce n'est plus le cas aujourd'hui car ce dernier fait l'objet d'une extension continue de son champ d'intervention et devient l'accessoire d'une multitude de lois relatives aux domaines juridiques les plus divers.

2 – Expression du pluralisme juridique touchant notre société contemporaine, cette extension du droit pénal, au même titre que d'autres logiques juridiques, ne va pas épargner la sphère de compétence administrative. Or, Il faut rappeler que “le droit administratif n'est le produit, ni d'une génération spontanée, ni d'une nécessité objective : héritage d'une longue évolution historique, il traduit un mode singulier de construction d'un Etat doté d'une forte autonomie sociale⁶. En ce sens, le système administratif a toujours disposé d'une certaine autonomie au sein de l'ordre juridique et, en tant que branche du droit, le droit administratif s'est toujours présenté sous la forme d'un *corpus* de règles spécifiques, déroatoires par rapport au droit commun. Il ne faut pas oublier le principe de base sur lequel il a été forgé : l'administration - puissance publique “ne peut être régie par les principes qui sont établis par le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier⁷. Il ne faut pas, de même, oublier que le domaine administratif a toujours été soumis à des “règles spéciales qui varient suivant

⁴ J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, LGDJ, 2^{ème} éd., 1975, t. 2, p. 450.

⁵ Voir, en ce sens, CE, 1^{er} avril 1955, Compagnie La Paternelle et Papin (Rec. CE, p. 195).

⁶ J. Chevallier, “L'évolution du droit administratif “, RDP 1998, n° spécial Les 40 ans de la Ve république, p.1794.

⁷ TC, 8 février 1873, Blanco (Rec. CE, p. 61, 1^{er} suppl., concl. David, D. 1873. 3. 17, concl., S. 1873. 3. 153, concl., GAJA).

les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés⁸, ces règles s'appuyant, elles-mêmes, sur l'existence d'un champ juridique spécialisé progressivement formalisé et systématisé par des juridictions alors intéressées à son développement.

Désormais, que ce soit dans la façon dont il est pensé comme dans la façon dont il est conçu, le droit administratif a dépassé cet état originel. Le juge administratif se trouve inséré dans ce que l'on peut appeler, aujourd'hui, un "espace juridictionnel concurrentiel"⁹. Il doit, d'abord, outre la concurrence directe du juge pénal en son domaine de compétence, faire face à l'ouverture de son champ de production sous l'essor du droit constitutionnel et du droit européen. Cette concurrence oblige le juge à une réévaluation de sa position et l'amène à être aussi efficace que ses concurrents dans la protection des libertés, "tout se passe ainsi comme si une enchère permanente existait entre les divers ordres juridictionnels"¹⁰. Si le droit administratif a toujours été traditionnellement conçu comme un droit par essence même inégalitaire, le juge administratif s'est trouvé dans l'obligation de rompre l'équilibre subtil qu'il avait élaboré dans la relation administrative et de faire passer l'exigence de protection des droits des administrés avant la défense des privilèges administratifs. Ce processus d'adaptation a tendu à renforcer l'efficacité de son contrôle juridictionnel et par là même à rapprocher son office de celui des juges de droit commun.

Le juge administratif doit, ensuite, faire face au pluralisme qui a gagné le droit étatique lui-même à travers ce que l'on peut appeler le développement de "poches d'autonomie normative"¹¹. Le droit moderne a surtout été fondé sur une conception moniste, un seul foyer de droit faisant de l'Etat la source exclusive de la normativité juridique parce que, comme le démontre Carré de Malberg, "l'Etat seul possède la puissance de conférer aux règles destinées à régir la conduite et les relations humaines cette force exécutoire spéciale qui caractérise le droit"¹². Seul l'Etat disposait, à l'origine, de cette puissance de coercition matérielle, de ce pouvoir de contrainte permettant de garantir l'exécution de la règle de droit et permettant de réprimer son inexécution. Aujourd'hui, il n'est plus le seul à disposer de ce pouvoir, le paysage normatif est bouleversé, "les foyers de droit se sont multipliés"¹³, "les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment et en tout sens"¹⁴, l'Etat n'apparaît plus que comme "un

⁸ TC, 8 février 1873, *Blanco préc.*

⁹ J. Chevallier, "L'évolution du droit administratif", *op. cit.*, p. 1801.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1802.

¹¹ J. Chevallier, "Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique", *RDP 1998*, p. 674.

¹² R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Ed. du CNRS, 1920, p. 234.

¹³ J. Chevallier, "Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique", *op. cit.*, p. 673.

¹⁴ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 52.

producteur de droit parmi les autres¹⁵. L'ordre juridique étatique fait face, désormais, à des ordres juridiques infra-étatiques fondés sur “des solidarités partielles ou locales¹⁶” qui amènent à un éclatement du champ administratif car il faut bien noter que cet éclatement se produit dans la sphère de compétence administrative et il y a, en ce sens, inmanquablement des répercussions en ce domaine.

3 - Une nouvelle image du juge administratif se profile ainsi en ce début de troisième millénaire et si elle “ne peut manquer de susciter la perplexité¹⁷”, on ne peut que relever la remise en cause de la logique d'autonomisation sur laquelle le juge administratif a construit historiquement sa jurisprudence. Il n'est plus en mesure d'agir en maître incontesté à l'intérieur d'un champ juridique spécifique et doit faire face, dans sa sphère de compétence, au développement, d'abord d'un pluralisme juridique que l'on peut qualifier d'institutionnel à travers le développement de réseaux sous-jacents au réseau étatique traditionnel (§1), mais aussi au développement d'un pluralisme juridique que l'on peut qualifier de conceptuel à travers l'émergence de nouvelles logiques juridiques dans le paysage administratif (§2).

§ 1 : *Le développement du pluralisme juridique institutionnel*

4 - Il y a des considérations variées au développement du pluralisme institutionnel ou de ce que l'on peut qualifier, à travers lui, de réseaux sous-jacents au réseau étatique traditionnel mais la plus importante est certainement “la perte de fiabilité d'un Etat qui n'apparaît plus seulement comme un instrument de promotion et de sécurisation collective mais aussi comme un agent possible d'oppression¹⁸”. Le statut et le rôle de l'Etat ainsi que l'exercice du pouvoir central sont remis en cause par les citoyens. L'image d'un “Etat dépolitisé¹⁹” se laisse entrevoir, un Etat dont certaines fonctions sont désormais assumées par des instances neutres et objectives. Jacques Chevallier évoque, à cet égard, “la substitution au modèle bureaucratique unitaire, de type monocratique, fondé sur la concentration du pouvoir de décision au sommet, d'un modèle polycentrique, c'est à dire comportant des pôles de pouvoirs différenciés et indépendants les uns des autres²⁰” et souligne la naissance d'un

¹⁵ J. Chevallier, “Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique”, *op. cit.*, p. 673.

¹⁶ *Ibid.*, p. 673.

¹⁷ J. Chevallier, “L'évolution du droit administratif”, *op. cit.*, p. 1794.

¹⁸ J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1999, p. 117.

¹⁹ J. Chevallier, “Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes”, *JCP 1986*, G, I, n°3254, § 19.

²⁰ *Ibid.*, § 19.

“mouvement d'autonomisation”²¹ où les structures s'émancipent des contraintes du niveau central en s'appuyant sur leur milieu d'intervention.

Un tel mouvement touche, aujourd'hui, directement le droit pénal qui perd ainsi sa position dominante dans la politique répressive de l'Etat. Le champ répressif “de clos est devenu un champ ouvert”²². La rigueur et la rigidité ne sont plus la règle dans le champ pénal, les trois identités qui ont forgé tout le système sont tombées en désuétude. A l'origine, la seule sanction envisagée était la peine de prison, or, si elle est encore très présente dans les faits, elle est, désormais, largement dépassée en droit par le jeu d'une diversification toujours croissante des peines directement issue du courant d'individualisation qui a pu naître à la fin du XIXème siècle. De même, le seul ensemble normatif opératoire ne peut plus se résumer à l'ensemble des normes pénales, au droit pénal proprement dit se surajoute d'autres ensembles normatifs construits selon une cohérence différente et relevant d'autres autorités. Enfin, et c'est là l'évolution la plus significative, le réseau pénal n'a plus, aujourd'hui, le monopole du droit de punir, si le réseau de distribution des peines s'identifiait au seul réseau pénal, il y a dorénavant plusieurs réseaux juridiques qui peuvent fonctionner pour un même délit. Cela entraîne conséquemment l'émergence d'une sanction non pénale par sa forme car prononcée non pas par le réseau pénal mais par des réseaux différents et sous-jacents au réseau étatique²³.

5 - Ces différents réseaux ont vu le jour suite à une certaine volonté de dessaisir l'autorité gouvernementale ou juridictionnelle à l'égard de laquelle était marquée une certaine crise de confiance. Devant l'exigence nouvelle d'adaptation des modes d'intervention publics, on a vu progressivement apparaître, dans l'univers administratif, des nouvelles structures ou institutions rendues nécessaires pour pallier le développement des activités administratives et la complexité de l'appareil bureaucratique. Cette apparition, bien sûr, met en cause les fondements de la construction de l'administration et, au-delà, la conception même de l'Etat bâtie avant tout selon un schéma unitaire et fondée sur la concentration du pouvoir de décision au sommet²⁴. Mais cela fait resurgir plus significativement les thèses liées au pluralisme

²¹ J. Chevallier, “Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, § 19.

²² J. Kluger, “L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, RSC 1995, p. 505.

²³ Voir, pour des développements plus conséquents sur la rupture de ces trois identités et l'ouverture du champ pénal : M. Delmas-Marty, Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme, PUF, 1986.

²⁴ Cela rejoint notamment la théorie kelsénienne de l'Etat de droit où dans les sociétés modernes, l'ordre juridique étatique est le seul cadre juridique de référence ; dans l'espace territorial étatique, il n'y a plus qu'un seul ordre

juridique qui avaient été soutenues par un certain nombre de théoriciens entre les deux guerres²⁵ et dont Maurice Hauriou est le plus représentatif²⁶. Certes, des structures pluralistes et diversifiées ont toujours existé pour assurer l'emprise concrète de l'administration sur la société, mais ces structures étaient liées entre elles par l'existence de deux types de liens organiques : la hiérarchie qui prend la forme de rapports de subordination directe et la tutelle qui soumet les organes personnalisés au contrôle de l'Etat. Or, les nouvelles structures sont placées hors hiérarchie, échappent à tout pouvoir d'instruction et de contrôle et disposent d'une liberté d'action juridiquement garantie. Il faudra d'abord distinguer parmi ces réseaux sous-jacents au réseau étatique, le réseau disciplinaire (A) pour voir ensuite le réseau régulateur (B).

A – Le réseau disciplinaire

6 - Le premier réseau sous-jacent à avoir vu le jour dans cette optique de dessaisissement du pouvoir de contrainte est le réseau que l'on peut qualifier de “disciplinaire“. S'il est essentiellement apparu suite à l'inadéquation ou l'impuissance du droit pénal et étatique à répondre à l'attente des citoyens, il faut noter que le pouvoir disciplinaire, “pouvoir pour un corps social de prononcer lui-même des sanctions répressives appropriées contre ceux de ses membres qui troublent l'ordre intérieur ou discréditent le corps dans l'opinion publique“²⁷, a, historiquement, toujours existé puisque tout groupe social organisé génère spontanément une discipline. Mais “qui dit pouvoir disciplinaire ne dit pas nécessairement droit disciplinaire“²⁸. Jusqu'à des périodes récentes, beaucoup de pouvoirs disciplinaires, dans certains corps professionnels ou non, ont été exercés de manière arbitraire faute de règles de droit les encadrant, ce n'est que récemment qu'une législation abondante concernant la discipline s'est développée.

juridique légitime et souverain, celui de l'Etat : toutes les normes juridiques sont censées émaner directement ou indirectement de l'Etat.

Voir, à cet égard, H. Kelsen, Théorie pure du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962.

²⁵ Par ex., S. Romano, L'ordre juridique, Dalloz, 1975 ou G. Gurvitch, L'idée de droit social, Sirey, 1932 qui évoquent le pluralisme de différents ordres juridiques.

²⁶ Voir, en ce sens, la célèbre théorie de l'institution développée dans les différents manuels de l'auteur, par exemple : Précis de droit constitutionnel (Sirey, 2^{ème} éd., 1929) où réexamen des rapports droit - Etat à la lumière de la théorie de l'institution ou encore Précis de droit administratif et de droit public (Sirey, 13^{ème} éd., 1933) où la théorie de l'institution est notamment à l'origine de l'existence d'un droit disciplinaire interne.

²⁷ J. Brethe de la Gressaye, “Discipline“, RDP Civ, 1978, p. 1, n° 1.

²⁸ J. Pralus-Dupuy, “Discipline“, RDPen, 1997, p. 2.

Si la discipline a été de tout temps inhérente au fonctionnement de certaines institutions²⁹ et si le législateur a compris très vite la nécessité de doter de règles disciplinaires certains corps judiciaires ou administratifs³⁰, ce n'est qu'à partir de 1945 qu'il a été concrètement amené à réglementer ce pouvoir disciplinaire. Il l'a fait d'abord lorsque plusieurs professions libérales furent organisées en ordres professionnels³¹, en corps professionnels³² ou en corps uniques et obligatoires dotés d'une chambre de discipline³³. Puis le nombre de professions dont les membres sont obligatoirement regroupés dans un corps institué ou reconnu par l'Etat n'a cessé d'augmenter que ce soit à travers les professions libérales ou commerciales³⁴ ou à travers l'extension de la fonction publique qui, depuis 1983, comprend d'autres fonctionnaires que ceux de l'Etat³⁵. De même, si le pouvoir disciplinaire du chef

²⁹ Par ex., dans des institutions telles que l'armée, la prison, l'école.

³⁰ C'est sous le Consulat et l'Empire que le droit disciplinaire est réapparu, par ex., pour la profession d'avocat dont les ordres furent reconstitués (décret du 14 décembre 1810, Coll. Duvergier, t. 10, p. 236) ou encore certains officiers ministériels, alors fonctionnaires publics et groupés en compagnies dotées d'une chambre de discipline comme, par ex., les notaires (loi du 25 ventose an XI, Coll. Duvergier, t. 1, p. 16).

³¹ Cf. En ce sens, ord. n° 45-919 du 5 mai 1945 (JO 6 mai 1945, p. 2569) instituant l'ordre des *pharmaciens* ; ord. n° 45-2138 du 19 septembre 1945 (JO 21 septembre 1945, p. 5938) instituant l'ordre des *experts comptables* et *comptables agréés* ; ord. n° 45-2184 du 24 septembre 1945 (JO 28 septembre 1945, p. 6083) relative à l'exercice et à l'organisation des professions de *médecin, chirurgien dentiste et sage femme* ; loi n° 46-942 du 7 mai 1946 (JO 8 mai 1946, p. 3889) instituant l'ordre des *géomètres experts* ; loi n° 47-5664 du 23 juillet 1947 (JO 24 juillet 1947, p. 8375) relative à l'institution d'un ordre national des *vétérinaires* ; loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture (JO 4 janvier 1977, p. 71) instituant l'ordre des *architectes* ; loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (JO 5 janvier 1972, p. 131) portant réformation de la profession d'*avocat*.

Il faut ajouter, dernièrement, la création de l'ordre des *masseurs-kinésithérapeutes* et des *pédicures-podologues* (loi n° 95-116 du 4 février 1995 (JO 5 février 1995, p. 1992) portant diverses dispositions d'ordre social).

³² Cf. En ce sens, les professions d'officiers ministériels et les ord. n° 45-2590, n° 45-2591, n° 45-2592, n° 45-2593 du 2 novembre 1945 (JO 3 novembre 1945, p. 7160, 7161, 7162 et 7163) respectivement relatives au statut des *notaires, avoués près les cours d'appel, huissiers* et *commissaires-priseurs*.

Il faut y ajouter, bénéficiant d'un statut particulier, les *greffiers des tribunaux de commerce* (loi n° 87-550 du 16 juillet 1987 (JO 19 juillet 1987, p. 8071) relative aux juridictions commerciales et au mode d'élection des délégués consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie,) et les *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* (ord. du 10 septembre 1817 (Coll. Duvergier, t. 21, p. 216) fixant le statut des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et décret n°88-1087 du 30 novembre 1988 (JO 2 décembre 1988, p.14995) modifiant l'ord. préc.).

³³ C'est le cas, par ex., pour la profession d'*infirmiers* ou d'*infirmières* en vertu de la loi n° 80-527 du 12 juillet 1980 (JO 13 juillet 1980, p. 1758) modifiant certaines dispositions du Code de la santé publique (CSP) relatives à l'exercice de la profession d'infirmier ou d'infirmière et de certaines autres professions d'auxiliaires médicaux. Voir, à cet égard, art. L. 482-5 CSP.

³⁴ Par ex., pour les professions d'*agents de change devenus les sociétés de bourse* (loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 (JO 23 janvier 1988, p. 1111) relative aux bourses de valeur), les *commissaires aux comptes* (décret n° 69-810 du 12 août 1969 (JO 29 août 1969, p. 8668) portant règlement d'administration publique et relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes des sociétés) ou encore les *conseils en propriété industrielle* (décret n° 97-863 du 17 septembre 1997 (JO 24 septembre 1997, p. 13843) relatif à la qualification professionnelle en matière de propriété industrielle et au régime disciplinaire des conseils en propriété industrielle et modifiant le code de la propriété intellectuelle).

³⁵ Voir, pour les différents régimes disciplinaires :

d'entreprise ne trouva, longtemps, d'autres limites à son exercice que celles posées par la pratique et la jurisprudence, il est aujourd'hui clairement réglementé³⁶. Le droit disciplinaire et la répression qu'il induit apparaissant même dans les institutions régulatrices que Joëlle Pralus-Dupuy qualifie, à cet égard, plutôt d' "institutions néocorporatistes"³⁷.

7 - En un quart de siècle, le paysage du droit disciplinaire s'est profondément modifié, "le droit disciplinaire est sorti des catacombes"³⁸ pour arriver "au grand jour"³⁹. C'est ce droit et cette répression disciplinaire qui marquent, en premier lieu, cette remise en cause des structures traditionnelles. On met en place des structures spéciales plus à même de répondre à ce souci primordial d'efficacité pratique et concrète marqué par la socialisation de notre société. Ces dispositifs, malgré leurs différences de formes et de lieux, établissent alors, comme l'affirme Michel Foucault, une "infra-pénalité"⁴⁰ et "quadrillent un espace que les lois laissent vide [...] qualifiant et réprimant un ensemble de conduites que leur relative indifférence faisait échapper aux grands systèmes de châtement"⁴¹. Ce qui est révélateur à propos de ces dispositifs professionnels, c'est, comme le note Hervé Detton, le fait que l'on soit "en présence de lourdes machines administratives"⁴² et "chaque profession organisée tend à constituer un ordre juridique spécial, avec son gouvernement, ses services, son droit disciplinaire et ses autorités juridictionnelles, sa compétence réglementaire et

- loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (JO 12 janvier 1984, p. 271) portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

- loi n° 84-56 du 26 janvier 1984 (JO 27 janvier 1984, p. 441) portant dispositions statutaires à la fonction publique territoriale.

- loi n° 86-35 du 9 janvier 1986 (JO 11 janvier 1986, p. 535) portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

³⁶ En vertu de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 (JO 6 août 1982, p. 2518) relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

³⁷ J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", RSC 2000, p. 547.

Voir, à cet égard, C. Hannoun, "La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néocorporatisme", RTDCom 1989, p. 417 et suiv. ; C. Laviolle, "De la déontologie boursière, réflexion sur la renaissance du droit professionnel" in Déontologie et droit, Presses de l'IEP Toulouse, 1994, p. 164 et suiv.

³⁸ F. Delpérée, "Le droit disciplinaire. Unité ou diversité ?", RTDH 1995, n° spécial "Convention européenne des droits de l'homme et droit disciplinaire", p. 343.

Voir, pour des développements plus conséquents, les thèses de M. Lascombe, Les ordres professionnels, thèse Strasbourg, 1987 et J. P. Carton, Le droit disciplinaire professionnel, thèse Lille, 1995.

³⁹ F. Delpérée, "Le droit disciplinaire. Unité ou diversité ?", *op. cit.*, p. 343.

⁴⁰ M. Foucault, Surveiller et punir, Gallimard, 1975, p. 180.

⁴¹ *Ibid.*, p. 180.

⁴² H. Detton, "La protection par le Conseil d'Etat des droits de l'individu dans l'organisation professionnelle", EDCE 1952, p. 54.

administrative⁴³, l'auteur évoque même la notion de “service public corporatif doté de son organisation professionnelle⁴⁴”.

Le réflexe premier à propos de cette nouvelle vision du droit disciplinaire aurait été de l'inclure dans la sphère privée mais il est remarquable de noter l'avènement d'un mouvement qui allait profondément renouveler la conception de ses professions pendant la période de la guerre et celle de la libération. Ce mouvement, c'est celui, comme le souligne René Savatier, qui, “allant du droit privé au droit public⁴⁵” rend “au particulier la notion de son rôle dans la cité⁴⁶” et qui marque l'idée que l'ensemble de ses professions assume, en réalité, une mission d'ordre général qui ne peut avoir qu'un caractère de droit public ou administratif. Bien sûr, le contrôle juridictionnel du pouvoir des professions reste partagé entre les tribunaux judiciaires et la juridiction administrative mais ce partage n'est pas égal, le Conseil d'Etat y joue, paradoxalement, un rôle prépondérant.

8 - Le mouvement ainsi défini est directement à l'origine de la démarche prétorienne par laquelle le juge administratif allait s'assujettir l'ensemble de ses professions. Jean Rivero souligna, à juste titre, en évoquant les organismes professionnels, comités d'organisation ou ordres, le caractère “particulièrement remarquable⁴⁷” de “l'effort du juge pour soumettre à la règle les organismes neufs, peu portés à la respecter, étant donné le climat idéologique dans lequel ils ont pris naissance⁴⁸”. Le Conseil d'Etat a, en effet, rappelé “qu'ils sont liés par l'éthique commune et le respect des libertés primordiales⁴⁹”. Il y a, de la sorte, une similitude entre l'action de la Cour suprême aux Etats-Unis et celle du Conseil d'Etat, car, si “l'une avait à maintenir, contre les possibles divergences que la forme fédérale facilite, ce minimum d'unité dans la conception du monde sans lequel l'unité de l'Etat ne peut se maintenir⁵⁰”, dans l'Etat unitaire, “l'affirmation d'un idéal commun n'est pas moins nécessaire ; et si cet idéal n'a pas grand chose à redouter des collectivités locales décentralisées [...] la menace peut venir,

⁴³ H. Detton, “La protection par le Conseil d'Etat des droits de l'individu dans l'organisation professionnelle”, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁵ R. Savatier, “La juridiction disciplinaire médicale. Epreuve vécue d'un pouvoir disciplinaire organisé à l'intérieur d'une profession”, *Mélanges Brethe de la Gressaye*, Ed. Bière, 1967, p. 736.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 736.

⁴⁷ J. Rivero, “Le juge administratif français : un juge qui gouverne”, *D. 1951*, chron., p. 22 et in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 307.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 22 ou p. 307.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 22 ou p. 307.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 22 ou p. 307.

aujourd'hui surtout, des collectivités professionnelles organisées, voire des entreprises personnalisées dont l'idéologie technocratique risque d'être le climat naturel⁵¹.

De ce fait, on peut noter que le juge administratif définit et maintient une certaine conception des choses pour préserver l'unité de l'Etat. L'institutionnalisation de ses "républiques particulières"⁵² ne pouvait finalement se construire qu'à l'intérieur de l'Etat qui la contrôle. Ainsi, "quand les professions libérales forment des ordres étrangers au service judiciaire, c'est devant le Conseil d'Etat que le contrôle de leur décision disciplinaire va se trouver établi"⁵³. Le juge administratif allait donc voir entrer dans son univers tout un ensemble de contentieux disciplinaires marquant d'abord le désaveu du juge pénal en la matière mais concrétisant, finalement, le rôle du juge administratif. Ce que le Conseil d'Etat avait su réaliser au regard de l'administration en protégeant les droits individuels et les libertés publiques, il allait également le réaliser à l'égard des organisations professionnelles. C'est donc le réseau disciplinaire qui marque, en premier lieu, la remise en cause des structures traditionnelles mais il y a un phénomène encore plus récent qui va témoigner de ce désaveu du réseau étatique classique : la création du réseau régulateur à travers l'institution des autorités administratives indépendantes.

B – Le réseau régulateur

9 - Sans revenir sur la genèse historique des autorités administratives indépendantes⁵⁴, on peut relever le fait que ces dernières ont en commun, selon une définition couramment admise, "d'agir au nom de l'Etat sans être subordonnés au Gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leur mission, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge"⁵⁵. En ce sens, leur action a toujours été inscrite dans la perspective de l'exercice du pouvoir exécutif central et présentée comme une "forme d'auto-limitation de ce pouvoir"⁵⁶. Un débat théorique existe quant à savoir si ces autorités constituent un démembrement de la puissance publique ou si elles sont placées hors de cette puissance publique et, si le débat n'est pas totalement

⁵¹ J. Rivero, "Le juge administratif français : un juge qui gouverne", *op. cit.*, p. 22 ou p. 307.

⁵² R. Savatier, "La juridiction disciplinaire médicale. Epreuve vécue d'un pouvoir disciplinaire organisé à l'intérieur d'une profession", *op. cit.*, p. 736.

⁵³ *Ibid.*, p. 736.

⁵⁴ Voir, par ex., C. Teitgen-Colly, "Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution" in Les Autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 21 et suiv.

⁵⁵ Considérations générales du Conseil d'Etat sur *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, La documentation française, 2001, p. 257.

clos, il y a néanmoins accord général sur le fait que ces autorités “ne sont pas des démembrements de l'Etat mais l'attribut indispensable de l'Etat moderne en ce qu'elles assurent une nouvelle forme de son activité, de son intervention, la régulation, qui par delà sa composante apolitique, présente des caractéristiques fonctionnelles spécifiques par rapport à l'administration classique des affaires publiques”⁵⁷.

Si l'autorité administrative indépendante est, dans une société en changement, une formule intéressante à la fois de protection des libertés et de régulation sociale, c'est la fonction régulatrice qui est, aujourd'hui, prédominante. Comme peut le relever Michel Gentot, “certaines autorités administratives indépendantes qui n'étaient pas conçues initialement pour réguler un marché et se situaient très clairement sur le terrain des libertés publiques [...] ont désormais, par l'effet des évolutions technologiques et commerciales, affaire aux marchés. Elles deviennent dans une certaine mesure des institutions de marché”⁵⁸. C'est le cas, par exemple, du Conseil supérieur de l'audiovisuel créée pour veiller au pluralisme de l'information⁵⁹ et amené, aujourd'hui, à réguler le marché audiovisuel. Il en va de même pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés créée pour préserver les droits des citoyens au respect de leur vie privée et de leur liberté devant le développement des fichiers et de l'informatisation⁶⁰. Depuis lors, l'information nominative a acquis une valeur marchande, les fichiers s'achètent ou se vendent, les fichiers de clientèle ou de clients à prospector sont devenus un véritable enjeu commercial dans le champ de la libre concurrence ce qui place de plus en plus l'autorité du secteur comme une institution de marché, comme une autorité régulatrice.

10 - C'est cette fonction même de régulation que l'on retiendra, tout au long de l'étude, à travers les autorités administratives indépendantes car autant il peut être difficile de dresser la liste de ces dernières⁶¹, autant il est relativement aisé de dresser celle des autorités de

⁵⁶ F. Gazier et Y. Cannac, “Les autorités administratives indépendantes”, EDCE 1983-84, n° 35, p. 27, 28 et 37.

⁵⁷ M. Gentot, “Marchés et autorités administratives indépendantes”, LPA 2001, 17 septembre, n° 185, n° spécial “*La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*”, p. 10.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁹ Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 (JO 18 janvier 1989, p. 9822) modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁶⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (JO 7 janvier 1978, p. 227) relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶¹ Voir, en ce sens, l'inventaire dressé par le Conseil d'Etat qui conduit à répertorier 34 organismes pouvant être juridiquement qualifiés d'autorités administratives indépendantes in *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, op. cit.*, p. 300 et suiv.

Voir aussi, M. Jodeau-Grymberg, “Autorités administratives indépendantes, un essai de recensement”, Les cahiers de la fonction publique et de l'administration 2000, mai.

régulation⁶² dans la mesure où leur qualification institutionnelle est indifférente et où il suffit de repérer un organisme indépendant en charge de l'équilibre d'un secteur particulier, pour affecter à celui-ci la qualification d'autorité de régulation⁶³. Même si “le concept de régulation ne se laisse pas aisément définir⁶⁴, il peut, dans une première acception, s'identifier à une “technique d'intervention de nature politique dans un secteur qui le requiert parce que les intérêts de la nation sont en jeu⁶⁵. Cette définition donne une nature politique à la régulation et ne permet pas de la détacher des organes de l'Etat. Il y a, cependant, une deuxième acception qui ferait de la régulation “le garde-fou du fonctionnement spontané d'un secteur technique particulier⁶⁶ et amènerait cette dernière à être simplement spécialisée à un secteur étant donné les spécificités, la technicité, voire l'opacité de ce dernier. L'action régulatrice deviendrait, dans sa définition la plus couramment admise, une action “intermédiaire entre la

⁶² On peut citer, pour des missions de régulation au sens donné à ce terme précédemment à travers le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner le fonctionnement :

-- le *Conseil de la concurrence*, créé par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (JO 9 décembre 1986, p.14773) relative à la liberté des prix et de la concurrence, pour la régulation du fonctionnement de la concurrence dans toute activité de production de biens et services.

-- la *Commission des opérations de bourse* (COB) créée par l'ord. n° 67-833 du 28 septembre 1967 (JO 29 septembre 1967, p. 9589) instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse et le *Conseil des marchés financiers* (CMF) créé par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 (JO 4 juillet 1996, p. 10063) de modernisation des activités financières, pour la régulation des marchés financiers.

-- la *Commission bancaire* et le *Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* (CECEI) créées par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 (JO 25 janvier 1984, p. 390) relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, pour la régulation du secteur des banques et entreprises d'investissement.

-- la *Commission de contrôle des assurances* (CCA) et la *Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance* (CCMIP), créées par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 (JO, 3 janvier 1990, p.63) portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché, pour la régulation du secteur des assurances.

-- l'*Autorité de régulation des télécommunications* (ART), créée par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 (JO 27 juillet 1996, p. 11384) de réglementation des télécommunications, pour la régulation de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications.

-- la *Commission de régulation de l'électricité* (CRE), créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (JO 11 février 2000, p. 2143) relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, pour la régulation à l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité.

-- le *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) créé par la loi n° 89-25 préc. du 17 janvier 1989 pour la régulation du secteur de l'audiovisuel.

-- la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) créée par la loi n° 78-17 préc. du 6 janvier 1978 pour la régulation, aujourd'hui, du secteur de l'information nominative, laquelle a acquis depuis vingt ans une certaine valeur marchande.

⁶³ En ce sens, M.-A. Frison-Roche, “Le droit de la régulation“, D. 2001, chron., p. 615.

⁶⁴ Considérations générales du Conseil d'Etat sur “Les autorités administratives indépendantes“, Rapport public 2001, *op.cit.*, p. 279.

⁶⁵ M.-A. Frison-Roche, “Les différentes définitions de la régulation“, LPA 1998, 10 juillet, n° 82, n° spécial “La régulation : monisme ou pluralisme“, p. 5.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 5.

détermination des politiques elles-mêmes et la gestion proprement dite⁶⁷ ou, dans un sens plus large, “l'action des mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence⁶⁸.”

11 - Cette vision régulatrice pose l'intervention des autorités nouvelles dans une perspective de comparaison avec le contrôle juridictionnel classique. L'hypothèse retenue repose sur l'idée que les autorités régulatrices empiéteraient plutôt, “sur la sphère de compétence du juge, réalisant dans certains secteurs de l'activité sociale un mode de régulation indispensable⁶⁹ que “la justice n'est pas capable de satisfaire faute d'avoir su ou pu s'adapter aux évolutions complexes⁷⁰”. Il est certain que la justice présente des handicaps qui affaiblissent son rôle : son coût, sa lenteur, la complexité de ses procédures, l'incertitude des effets de ses décisions. Comme l'efficacité de ce canal de régulation apparaît insuffisant, on conçoit donc la nécessité de solutions de remplacement. A cet égard, il est intéressant de noter les similitudes qui s'imposent entre le droit produit par ces autorités régulatrices et les autorités disciplinaires.

Elles résultent selon Jean-Louis Autin, de deux ordres de considérations : d'abord, sur le plan matériel, “les autorités administratives indépendantes disposent dans leur secteur d'activité du pouvoir de fixer les règles du jeu, de définir des normes de comportement obligatoire, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution, en l'occurrence le bon fonctionnement de l'économie de marché ainsi que l'organisation et la discipline des professions de la communication⁷¹”. Mais les similitudes sont encore plus significatives sur le plan formel, car l'auteur souligne, en reprenant le vocabulaire d'Hauriou, qu'il “appartient très largement aux dites autorités [...] de réprimer les écarts de conduite par rapport aux normes édictées sous la seule sanction de la force de coercition dont elles disposent⁷²”. Il y a, en ces points, un rapprochement entre les deux formes d'autorités qui est d'autant plus significatif si on observe la manière dont ces organismes ont été insérés dans la sphère administrative et assujettis, conséquemment, au contrôle du juge administratif.

⁶⁷ En ce sens, F. Gazier et Y. Cannac, “Les autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, p. 20, 30 et 34 et J.-L. Autin, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation”, RDP 1988, p. 1214.

⁶⁸ Cf. M. Crozier, Etat modeste, Etat moderne, Fayard, 1987, p. 123, cité par J.-L. Autin, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation”, *op. cit.*, p. 1214 et par le Conseil d'Etat in Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, *op. cit.*, p. 279.

⁶⁹ J.-L. Autin, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes, un autre mode de régulation”, *op. cit.*, p. 1214.

⁷⁰ M.-J. Guesdon, Les autorités administratives indépendantes, LGDJ, 1991, p. 7.

⁷¹ J.-L. Autin, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes, un autre mode de régulation”, *op. cit.*, p. 1226.

⁷² M. Hauriou, Principes de droit public, Sirey, 1^{ère} éd., 1910, p. 128.

12 - On peut noter, comme Jean-Marc Sauvé, en rattachant autorités régulatrices et autorités disciplinaires, que “ces nouvelles institutions correspondent en effet à une vision nouvelle et plurielle de l'intérêt général et de la société. Celle-ci est plus complexe et segmentée, celui-là, l'intérêt général, au lieu d'être unique, absolu, univoque et d'être exprimé par le seul souverain, comme le postule la théorie rousseauiste, est plus relatif, plus transactionnel, plus respectueux de l'autonomie des acteurs sociaux et doit s'apprécier davantage par secteur d'activité en procédant à la pesée contradictoire des intérêts en présence”⁷³. Nées de la méfiance du pouvoir politique et du pouvoir administratif, ces institutions, qu'elles soient disciplinaires ou régulatrices, expriment une sorte de soupçon à l'égard des organes ou modes d'action traditionnels de l'Etat qui ne dispose plus du même crédit de confiance. Ces autorités sont donc investies de pouvoirs nouveaux qui empruntent à la fois à l'exécutif et aux autorités juridictionnelles. Il faut dépasser, à cet égard, la question de la qualification juridictionnelle de l'ensemble des autorités intervenant dans ces secteurs, l'activité de ces dernières amène à revoir les catégories juridiques traditionnelles comme les clivages juridiques jusque là établis tout en sachant que leur domaine d'intervention reste celui de la sphère de compétence administrative.

13 – Que ce soit les autorités disciplinaires ou les autorités régulatrices, elles empiètent, indistinctement, sur la sphère de compétence du juge administratif de droit commun. Il n'y a pas substitution au juge car, si la justice administrative apparaît parfois vieillie par rapport à l'ensemble de ses institutions nouvelles recherchées par la société d'aujourd'hui et si des craintes peuvent être légitimement formulées, elles ne doivent pas être exagérées. Les autorités régulatrices, auxquelles il faut adjoindre les autorités disciplinaires, sont “des compléments beaucoup plus que des substituts aux juridictions”⁷⁴, et il faut préciser que “leur rôle est à la fois plus étroit et plus large que celui du juge”⁷⁵. Plus large car, outre le fait d'infliger des sanctions, il leur appartient de dégager une déontologie, parfois de régler, d'exercer en quelque sorte, une magistrature morale. Plus étroit, aussi, car chaque institution reçoit un domaine d'intervention spécialisé et bien délimité, tout à fait différent de la vocation générale des juridictions administratives.

Le rôle de ces nouvelles formes d'autorités, qu'elles soient professionnelles, disciplinaires ou régulatrices, diffère de celui du juge administratif mais il faut bien relever

⁷³ J.-M. Sauvé, “Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives”, *AJDA* 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*”, p. 118.

⁷⁴ B. Stirn, “Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation”, *AJDA* 1990, p. 593.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 593.

que leur développement profite à ce dernier puisque celui-ci est clairement amené à participer à ce mouvement de régulation juridictionnelle plus développée. Comme le souligne Jacques Chevallier, “de manière générale, le juge administratif apparaît de plus en plus comme une instance intégrative de substitution, la nouvelle force centripète d'unification appelée à compenser le développement des tendances centrifuges au sein de l'administration”⁷⁶. Le rattachement de ces institutions à l'administration est attesté et garanti par le contrôle du juge administratif. Le contrôle juridictionnel relaye en quelque sorte les anciens liens hiérarchiques ou de tutelle devenus insuffisants ou inefficaces pour assurer le maintien de l'unité. On peut en déduire que “la manière dont le Conseil d'Etat s'est assuré le contrôle juridictionnel des organes en cause à travers la qualification d'autorités administratives indépendantes ressemble en effet étrangement à la démarche prétorienne par laquelle il s'était assujéti quelques décennies plus tôt les comités d'organisation et les ordres professionnels investis eux aussi, mais selon la technique différente de la personnification juridique, d'un pouvoir professionnel et disciplinaire”⁷⁷.

14 – De manière corrélatrice, il est significatif de souligner, sous l'influence des jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles, le rapprochement des autorités en cause par l'émergence progressive d'un droit processuel commun de la sanction. Ce droit processuel permet d'aller au-delà de la dichotomie classique, sur un plan purement organique, entre autorités et juridictions mais il permet aussi, d'aller, sur un plan plus matériel, au-delà de la distinction entre sanctions disciplinaires et sanctions administratives en privilégiant un droit plus général de la répression sur la base, avant tout, de leur “caractère punitif commun”⁷⁸ mais aussi de “l'effet d'entraînement résultant du rapprochement de leur régime juridique”⁷⁹. Des appels sont, de même, émis pour consacrer, comme peut l'évoquer Michel Dobkine⁸⁰, un régime unifié des sanctions pécuniaires rendant “caduques les distinctions traditionnelles entre sanctions administratives et pénales”⁸¹ et permettant notamment à l'autorité judiciaire “d'user de ce must juridique : la sanction pécuniaire exécutoire, justiciable d'un recours non suspensif d'exécution, sans inscription au casier judiciaire”⁸².

⁷⁶ J. Chevallier, “Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, § 22.

⁷⁷ J.-L. Autin, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes, un autre mode de régulation”, *op. cit.*, p. 1226.

⁷⁸ H.-M. Crucis, “Sanctions administratives”, *JCL Adm*, 1999, fasc. 108-40, p. 7.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁰ M. Dobkine, “L'ordre répressif administratif”, *D. 1993*, chron., p. 158.

⁸¹ *Ibid.*, p. 158.

⁸² *Ibid.*, p. 158.

L'émergence de ce droit plus général de la répression, s'il rapproche déjà les procédures disciplinaires des procédures régulatrices, rapproche aussi, significativement, ces procédures de celles du juge administratif de droit commun rendant encore plus perceptible cette évolution répressive affectant la justice administrative dans son ensemble. Finalement, c'est cette dernière qui est amenée à emprunter ces voies nouvelles de régulation, c'est la justice administrative dans son ensemble qui exploite ce besoin de répression ce qui aura foncièrement des conséquences sur l'office général du juge administratif. Ces réseaux infra-étatiques, présents à l'intérieur même de la sphère administrative, sont en mesure d'apporter une certaine évolution dans la façon dont doit être conçue la justice administrative. Si ce développement du pluralisme institutionnel amène à une telle évolution, il est accompagné du développement conjoint d'un pluralisme qu'on a qualifié de conceptuel eu égard à l'émergence de nouvelles logiques juridiques dans le paysage administratif.

§ 2 : *Le développement du pluralisme conceptuel*

15 - Evoquer le système français de contentieux administratif, c'est parler, à l'origine, de modèle, de promotion de l'Etat de droit puisqu'un tel système permettait d'assujettir l'administration au respect du droit ou de censurer l'inaction ou l'action irrégulière de l'administration. La soumission de l'Etat au droit et la limitation des pouvoirs des gouvernants étaient considérées comme des garanties décisives pour les administrés et donnaient à la justice administrative une image, de ce fait, positive. Conçu comme un corps de règles juridiques indépendantes, le droit administratif fondait la dérogation de ses règles par rapport à celles de droit commun sur l'idée d'une différence irréductible de situation, entre l'administration, détentrice du monopole de la contrainte, et l'administré. C'est cette logique que Napoléon, véritable fondateur de la justice administrative à bien des égards, assigna à une justice dont le caractère retenu n'excluait point à ses yeux les garanties et le sérieux ordinairement attachés à la procédure juridictionnelle : "Je veux, disait l'Empereur en 1806, instituer un corps demi-administratif, demi-judiciaire, qui réglera l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'Etat"⁸³. La justice administrative procédait, ainsi, de la conviction que le juge administratif devait être un juge "ayant l'esprit de l'administrateur, un juge conscient que ces décisions doivent être un complément de l'action administrative"⁸⁴. En d'autres termes, et en reprenant une formule mainte fois reprise au cours

⁸³ Napoléon, *Pensées politiques et sociales* (rassemblées et présentées par A. Dansette), Flammarion, 1969, p.107.

⁸⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 1998, 7^{ème} éd., p. 36.

des temps : statuer en matière de contentieux administratif, “c'est encore administrer”⁸⁵. On a souvent parlé, à cet égard, des réticences du juge à rentrer en conflit direct avec l'administration, de “justice complaisante” ou encore de “privilège de juridiction” au profit de l'administration⁸⁶. Pus qu'une véritable émanation du pouvoir judiciaire, la justice administrative restait seulement une partie ou une branche spécialisée de l'administration.

16 - Certes, à mesure que la censure juridictionnelle prenait acte, à mesure qu'elle se développait en même temps que l'évolution des mœurs, on allait dépasser le stade de cette justice “préoccupée à l'excès de ses besoins et de ses convenances”⁸⁷. Le juge administratif prenait progressivement acte non seulement des difficultés de l'action administrative mais bel et bien aussi des droits et intérêts des particuliers. On tendait ainsi vers un équilibre entre les besoins de l'administration et le respect des droits et intérêts privés et c'était là la logique même qui prédisposait aux décisions du juge administratif. Le Conseil d'Etat, artisan de son élaboration était vénéré et imité. Ne pouvons-nous pas affirmer, pour reprendre, par exemple, les formules prêtées par Jean Rivero au “Huron juriste” lorsqu'il évoquait le Conseil d'Etat à cet égard : “N'est-ce pas lui, et lui seul, qui a mis un terme au vieux dogme de l'irresponsabilité du souverain ? N'est-ce pas lui qui a interdit aux gouvernements de dresser, entre leurs actes et le juge, le mur du mobile politique ? N'est-ce pas lui qui a dépouillé les ministres, à son profit de leur qualité de juge ? N'est-ce pas lui, qui au-delà de la règle écrite, a formulé ces principes généraux du droit qui tiennent de lui seul leur autorité ?”⁸⁸.

Pour autant, dans tout droit applicable à l'administration, et, par la-même, tout contrôle juridictionnel qui s'exerce sur l'administration, il reste “un aspect d'auto-limitation à prendre en considération”⁸⁹. L'auto-limitation dont fait encore preuve le juge administratif n'est, désormais, plus approuvée mais plutôt dénoncée comme contraire aux exigences de l'Etat de droit. Promu au rang de “contrainte axiologique s'imposant à tout Etat”⁹⁰, l'Etat de droit est devenu une référence incontournable, un des attributs substantiels de l'organisation politique, il a, en quelque sorte, quitté “le terrain aride de la dogmatique juridique”⁹¹ et s'est transformé

⁸⁵ Formule utilisée par P.-P.-N. Henrion de Pensey, De l'autorité judiciaire en France, Ed. Barrois, 1818.

⁸⁶ Voir, à ce sujet, la thèse de P. Sandevour, Etudes sur le recours de pleine juridiction, LGDJ, 1964.

⁸⁷ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 37.

⁸⁸ J. Rivero, “Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif”, EDCE 1979-80, p. 28.

⁸⁹ J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, LGDJ, 1970, p. 10.

⁹⁰ J. Chevallier, L'Etat de droit, *op. cit.*, p. 117.

⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

en “figure imposée du discours politique”⁹². Si la théorie a été forgée à la fin du XIXème siècle pour répondre à l'exigence de fondation du droit public, elle a ensuite connu de sensibles inflexions. On a dépassé la conception purement formelle qui reposait sur l'idée de hiérarchie des normes pour une conception plus substantielle privilégiant la garantie des libertés fondamentales. Or, il faut noter que le droit administratif n'est plus le seul corps de règles à s'appliquer dans sa sphère de compétence, le juge administratif n'est plus l'unique producteur du droit administratif, il doit faire face, aujourd'hui, à d'autres “savoirs juridiques” qui s'appuient directement sur cette conception de l'Etat de droit et qui sont de nature à affecter le domaine de l'administration. On ne sait encore s'il faut parler de confrontation, d'affrontement ou de composition mais il y a bel et bien concurrence avec des juridictions et des productions juridiques différentes qu'elles soient constitutionnelle⁹³, communautaire⁹⁴ et européenne⁹⁵, judiciaire en général ou pénale en particulier. Cette concurrence s'établit ainsi au niveau supra-étatique (A) comme au niveau infra-étatique (B).

A – La concurrence supra-étatique

17 - Voulue ou subie, l'influence des juges communautaire et européen se fait de plus en plus sentir sur les juridictions françaises et le juge administratif ne peut être que fortement

⁹² J. Chevallier, L'Etat de droit, *op. cit.*, p. 7.

⁹³ Cf. Notamment, J. Robert, “Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel, propos et variations”, RDP 1987, p. 1151 et suiv. et “Droit administratif et droit constitutionnel”, RDP 1998, p. 971 et suiv. ; P. Terneyre, “Le juge administratif et le juge constitutionnel” in Le juge administratif à l'aube du XXIème siècle, PUG, 1995, p. 423 et suiv. ; O. Schrameck, “Droit administratif et droit constitutionnel”, AJDA 1995, n° spécial, p. 34 et suiv. ; L. Favoreu, “L'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit”, Mélanges Hamon, Economica, 1982, p. 235 et suiv. ou encore Ouvrage collectif, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ-Montchrestien, 1988.

⁹⁴ Cf. Notamment, V. Coussirat-Coustère, “Le juge administratif et le droit communautaire. Difficultés anciennes et résistances nouvelles”, Pouvoirs 1988, n° 46, p. 85 et suiv. ; F. Grevisse et J.-C. Bonichot, “Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres”, Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p. 297 et suiv. ; C. Debouy, “Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français”, JCP 1992, I, n° 3616 ; P. Sabourin, “Le Conseil d'Etat face au droit communautaire. Méthodes et raisonnements”, RDP 1993, p. 397 et suiv. ; G. Le Chatelier, “Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif”, AJDA 1996, n° spécial, p. 97 et suiv.

⁹⁵ Cf. Notamment, J.-F. Flauss, “Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme”, AJDA 1983, p. 387 et suiv. ; R. Abraham, “Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français”, RFDA 1990, p. 1053 et suiv. et “L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme [...] en droit interne”, RUDH 1991, n°7-9, p. 275 et suiv. ; J.-P. Costa, “La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat de France”, RTDH 1990, p. 126 et suiv. et “L'application par le Conseil d'Etat de la Convention européenne des droits de l'homme”, RTDH 1997, p.395 et suiv. ; L. Sermet, Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français, Economica, 1996.

interpellé par cette “européanisation rampante de notre droit administratif”⁹⁶. Si le droit communautaire et le droit européen n'ont pas le même champ d'application, ils peuvent, à l'occasion de leur mise en œuvre dans le domaine du droit administratif, produire, au-delà de leurs incidences croisées⁹⁷, un “effet de synergie, ou pour le moins de conjugaisons de leurs influences respectives”⁹⁸. C'est le cas, par exemple, lorsqu'on regarde les exigences posées par les deux Cours européennes quant à l'étendue du contrôle à exercer par le juge national, d'une part, en vertu du droit à un procès équitable au sens de la Convention européenne et, d'autre part, en vertu du droit à un recours juridictionnel effectif au sens de la jurisprudence communautaire. De façon générale, cette nouvelle interprétation est directement issue de la volonté communautaire de faire adopter une certaine “éthique juridictionnelle”⁹⁹ (1) et de l'introduction par le juge des droits de l'homme d'une nouvelle logique dans l'interprétation du droit, logique que certains auteurs qualifient, à cet égard, de logique “floue”¹⁰⁰ par rapport à la logique classique et formelle (2).

1. L' “éthique juridictionnelle” du juge communautaire

18 - Dans une phase initiale, les rapports entre le juge administratif et le juge communautaire se sont plutôt développés sous le signe de l'ambiguïté et du malentendu. Le Conseil d'Etat était, en effet, fortement opposé aux principes dégagés par le juge communautaire et on a souvent évoqué, à cet égard, une certaine “guerre des juges”¹⁰¹. Pour autant, il y avait là une lecture exagérément conflictuelle entre le juge administratif et le juge communautaire. Sans revenir sur les principes de base d'applicabilité directe ou de primauté

⁹⁶ J.-F. Flauss, “Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif”, AJDA 1996, n° spécial, p. 157.

⁹⁷ Voir, à cet égard, pour une analyse détaillée, J.-C. Bonichot, “L'application de la CEDH par les juridictions nationales par l'intermédiaire de la CJCE”, RUDH 1991, p. 317 et suiv. et “La Cour de justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe” in Quelle Europe pour les droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 93 et suiv. ou encore, pour une présentation plus synthétique, J. Pipkorn, “La communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme”, RTDH 1993, spéc., p. 223 et suiv.

⁹⁸ J.-F. Flauss, “Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif”, *op. cit.*, p. 157.

⁹⁹ F. Grevisse et J.-C. Bonichot, “Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres”, *op. cit.*, p. 212.

¹⁰⁰ Voir, en ce sens, M. Delmas-Marty, Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme, *op. cit.* et “Vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, D. 1988, chron., p. 221 et suiv.

¹⁰¹ Voir, notamment, R. Kovar, “Le Conseil d'Etat et le droit communautaire, de l'état de guerre à la paix armée”, D. 1990, chron., p. 57 et suiv. ; J.-C. Bonichot, “Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des communautés européennes”, RFDA 1989, p. 579 et suiv.

du droit communautaire, il faut marquer le fait que si le juge communautaire a pris soin de rappeler qu'il appartenait à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire¹⁰², cette autonomie procédurale des Etats membres n'est, en réalité, pas absolue.

C'est ainsi qu'à travers le mécanisme communautaire de coopération juridictionnelle et tout en manifestant son souci de respecter les compétences des Etats membres en matière d'organisation judiciaire et d'édiction des règles de procédure, le juge communautaire a, très tôt, assigné certaines limites aux compétences nationales¹⁰³. Dans une première approche, on pouvait penser que l'équilibre entre les exigences inhérentes à la primauté du droit communautaire et le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des droits nationaux se traduisait seulement par l'obligation, pour le droit procédural des Etats membres, d'ouvrir les recours juridictionnels existants, en cas d'illégalité pour violation du droit interne, aux hypothèses de violation du droit communautaire. L'effectivité de la protection juridictionnelle correspondait à l'exigence que soit assurée la protection des droits des justiciables en cas de violation du droit communautaire "dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national"¹⁰⁴ étant entendu que le droit communautaire n'était pas censé imposer la création d'autres voies de droit que celles existant en droit national. En d'autres termes, le juge communautaire s'était, à travers cela, d'abord contenté d'exiger que les règles nationales, appliquées aux litiges dans lesquels le droit communautaire est en cause, ne soient pas plus défavorables que lorsqu'il s'agit de statuer sur un litige purement interne.

19 - Ce point d'équilibre a, dans une seconde approche, été dépassé dans la mesure où la protection juridictionnelle des droits issus du droit communautaire ne devait plus simplement être identique à celle utilisée pour les litiges purement internes mais qu'elle devait, progressivement et dans l'absolu, être effectivement protectrice en ce sens que les droits et obligations découlant du droit communautaire devaient toujours faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de nature à permettre au juge interne de vérifier que la règle

¹⁰² Cf. Par ex., CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BVE contre Produktschap voor Siergevassen*, aff. 45/76 (Rec. CJCE, p. 2043) ou CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe Centralfinanz*, aff.33/76 (Rec. CJCE, p. 1997).

¹⁰³ Voir, par ex., à cet égard, le rapport général de J. Boulouis au VI^e congrès international de droit européen à Luxembourg, "La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire", Carl Heymanns Verlag 1973, p. 41 et suiv.

communautaire est correctement appliquée. La porte était ainsi ouverte à l'exigibilité d'un renforcement des mécanismes procéduraux établis par le droit national. Le juge administratif français a, en ce sens, explicitement été invité, pour le respect des droits reconnus par l'ordre juridique communautaire aux ressortissants des Etats membres, à utiliser son pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration¹⁰⁵. De manière plus générale, il a surtout été invité à étendre son contrôle juridictionnel dans plusieurs directions. La Cour de justice a, par exemple, affirmé la nécessité de l'adoption d'un contrôle juridictionnel efficace à travers la question du degré de ce contrôle par le juge national¹⁰⁶. Or, cette nécessité a été prise en considération par le Conseil d'Etat, dès lors qu'était en cause l'exercice d'un droit garanti par une réglementation communautaire, pour décider d'exercer un contrôle normal dans un domaine où le contrôle exercé était habituellement restreint¹⁰⁷.

Il faut relever, enfin, que cette influence du juge communautaire ne doit pas être perçue à travers une image impérialiste et envahissante de ce dernier. Il ne se borne qu'à veiller à l'application du droit communautaire et à dégager les nécessités qui en découlent. Il ne faut pas oublier que l'influence communautaire est cantonnée à la mise en œuvre ou la protection de droits reconnus par la communauté. On arrive à une situation qui, comme le note Christian Debouy, est "des plus curieuses : le juge administratif ressemble à un Janus qui, tel le Dieu des Portes à Rome, possède deux visages : un visage de juge interne avec une procédure particulière, et un visage de juge communautaire conduisant alors à l'application d'une procédure comportant des pouvoirs accrus"¹⁰⁸. Pour autant, le mécanisme de coopération juridictionnelle ainsi développé par le juge communautaire conduit à imposer une "certaine éthique juridictionnelle"¹⁰⁹ et conduit notamment à ce que le dualisme procédural initial arrive "à terme vers un monisme qui fera apparaître avec éclat les effets de l'intégration communautaire sur la pratique procédurale du juge administratif"¹¹⁰. Comme le notent Fernand Grevisse et Jean-Claude Bonichot, "c'est à une réflexion d'ensemble des européens

¹⁰⁴ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, aff. 158/80 (Rec. CJCE, p. 1805).

¹⁰⁵ Cf. En ce sens, CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. 213/89 (Rec. CJCE, I-2433, AJDA 1990, p.832, note P. Le Mire, RFDA 1990, p. 912, note J.-C. Bonichot, RMC 1990, p. 912, note D. Simon et A. Barav, Rev.Jur.Ouest 1991, n° 1, p. 73, note P. Olive, GP 1991, 1, doct., p. 90).

¹⁰⁶ Voir, par ex., CJCE, 15 mai 1986, *Mme Johnston contre Chief Constable of the royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84 (Rec. CJCE, p. 1651, RFDA 1988, p. 691, note L.Dubouis, RMC 1988, p. 34, note D. Maidani, P. Pomiès et J.-C. Bonichot) et CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels de football contre Heylens*, aff. 222/86 (Rec. CJCE, p.4097, RFDA 1988, p. 691, obs. L. Dubouis, JDI 1988, p. 517, obs. M.-C. Boutard-Labarde, RJES 1988, n° 5, p. 3, obs. J.-C. Bonichot).

¹⁰⁷ Cf. CE, 24 octobre 1990, *Alfredo Ragusi* (AJDA 1991, p. 322, concl.Abraham et note F.Julien-Laferrière).

¹⁰⁸ C. Debouy, "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", *op. cit.*, § 27.

¹⁰⁹ F. Grevisse et J.-C. Bonichot, "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres", *op. cit.*, p. 212.

sur la fonction de juge, son statut et sur les pouvoirs qui sont les siens que conduit doucement la jurisprudence de la Cour dont les incursions dans l'organisation comme dans le fonctionnement des juridictions nationales sont et seront avec le temps de plus en plus nombreuses¹¹¹. On retrouve, à côté de cette influence communautaire sur la fonction de juge en général, celle, plus spécifique, du juge européen à travers le développement d'une logique juridique particulière que l'on a alors qualifiée de "floue" par opposition à la logique formelle jusque là utilisée.

2. La logique "floue" du juge européen

20 - L'importance des incidences que pouvait comporter l'application de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif a longtemps été sous-estimée. En effet, si on prend à la lettre son l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui traite spécifiquement des procédures juridictionnelles¹¹², on ne peut que soustraire son application au contentieux administratif puisque les dispositions de cet article ne concernent que des procès relatifs à des droits et obligations de caractère civil et aux poursuites pénales. Quant aux autres dispositions qui pouvaient toucher directement la compétence du juge administratif¹¹³, elles ne faisaient que confirmer des principes depuis longtemps consacrés par le droit interne. Pour autant, la jurisprudence interprétative de la Commission et de la Cour européenne allait étendre le champ d'application de ses dispositions au contentieux administratif amenant des retombées non négligeables dans des domaines traités alors uniquement par le juge administratif. Les garanties européennes se trouvaient ainsi étendues au procès administratif à travers l'élaboration d'un véritable ordre public démocratique européen¹¹⁴.

¹¹⁰ C. Debouy, "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", *op. cit.*, § 28.

¹¹¹ F. Grevisse et J.-C. Bonichot, "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres", *op. cit.*, p. 212.

¹¹² En vertu de cet article, "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ou, dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice".

¹¹³ Par ex., la liberté de réunion et d'association de l'art. 11 CEDH ou la liberté d'expression de l'art. 10 CEDH.

¹¹⁴ Expression employée par la Cour européenne elle-même : CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou contre Turquie*, série A, n° 310 (AJDA 1995, p. 723, obs. J.-F. Flauss, JCP 1996, G, I, n° 3910, n° 1, obs. F. Sudre).

Si on tient compte, de plus, du fait que la Convention est directement applicable en droit interne et qu'elle peut donc être utilement invoquée au soutien de tout recours dirigé contre un acte réglementaire aussi bien que contre une décision individuelle, que, de même, le juge administratif ne peut plus écarter sans l'examiner au fond un moyen tiré de la Convention qui se heurterait à une disposition législative postérieure puisque la Convention prime désormais la loi interne et, *a fortiori*, le règlement¹¹⁵, on voit là que l'application de la jurisprudence européenne par les instances de Strasbourg est bien en mesure de modifier profondément le paysage judiciaire français.

21 - Pour appliquer de manière dynamique les dispositions de la Convention, notamment l'article 6 en notre matière, la Cour et la Commission européenne ont usé, pour cela, de méthodes d'interprétation originales basées sur des notions autonomes, indépendantes des qualifications nationales¹¹⁶. Les notions en cause doivent être interprétées dans un sens européen commun à tous les Etats membres et non pas en référence au droit interne de l'Etat défendeur ce qui permet à la Cour européenne de fixer un large domaine d'application. De même, cette dernière ne se limite pas à un contrôle de la matérialité des faits et prend également en considération d'autres facteurs comme la finalité de la mesure prise, l'effectivité de la garantie et la proportionnalité des atteintes légitimes à certaines libertés. Le contrôle va aussi au-delà des garanties formelles puisqu'une décision peut, par exemple, être sanctionnée pour procès non équitable alors même que toutes les garanties formelles auraient été respectées¹¹⁷. Enfin, la Cour européenne procède à une approche globale du procès, c'est l'ensemble de la procédure qui permet d'apprécier le caractère équitable, il n'y a pas de limitation à un seul stade de la procédure.

Voir, aussi, A. Kiss, "La Convention européenne a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?", Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 493 et suiv..

¹¹⁵ Cf. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo* (Rec. CE, p.190, concl. Frydman, AJDA 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, p. 788, note D. Simon, D. 1990, p. 135, note P. Sabourin, JDI-Clunet 1990, p. 5, note F. Dehaussy, JCP 1989, G, II, n° 21371, concl., LPA 1989, 11 décembre, p. 11, note G. Lebreton, RFDA 1989, p.813, concl., note B. Genevois, RFDA 1990, p. 267, obs. D. Ruzié, RMC 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume, RTDE 1989, p. 771, concl., note G. Isaac).

¹¹⁶ Voir, sur les méthodes d'interprétation, F. Matscher, "Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle - Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne" et F. Sudre, "Le recours aux notions autonomes" in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant et Némésis, 1998, p. 15 et suiv. et p. 93 et suiv. ; J.-C. Soyer, "La loi nationale et la CEDH", Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 125 et suiv. ; O. Jacot-Guillarmod, "Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, ss. la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, 1995, p. 83 et suiv.

¹¹⁷ C'est le cas, par ex., de l'obligation de motiver les décisions de justice.

Ces méthodes d'interprétation présentent, ainsi, une certaine originalité par rapport au raisonnement juridique traditionnel national et introduisent, conséquemment, dans l'ordre interne, une autre logique juridique qui en raison de la gradation qu'elle introduit va relever de ce que certains auteurs qualifient, comme on l'a déjà signalé, de "logique floue". Selon, par exemple, Mireille Delmas-Marty, la logique floue dépasse la logique formelle de type binaire et "consiste à admettre qu'entre l'appartenance (principe d'identité) et la non-appartenance (principe du tiers exclu), il y a place pour des situations intermédiaires correspondant à des degrés d'appartenance"¹¹⁸. C'est ainsi que l'on peut arriver à cerner, par exemple, la notion européenne de "matière pénale"¹¹⁹ car, selon l'auteur, "une même norme juridique peut ne pas appartenir à l'ensemble "droit pénal national" qui fonctionne selon une logique formelle de type binaire et pourtant être qualifiée par la Cour européenne de "matière pénale" parce qu'elle appartient, à un degré jugé suffisant par la Cour, à la tradition pénale commune des Etats membres"¹²⁰.

Cette démarche pragmatique bouleverse ainsi les champs d'application prédéterminés et conduit à brouiller les frontières entre les contentieux. Les catégories internes à travers lesquelles le droit a été pensé sont pour ainsi dire malmenées et parmi ces catégories, il faut bien sûr relever la plus importante à savoir la distinction entre le droit privé et le droit public. Finalement, l'intervention des juges communautaire et européen s'est matérialisée par une demande accrue d'effectivité, certes, des droits de l'homme mais, aussi, à travers eux, des droits procéduraux. Il y a inmanquablement des répercussions sur la sphère de compétence administrative et la façon dont le juge administratif va devoir assurer son office¹²¹ d'autant plus qu'à cette concurrence supra-étatique va s'ajouter une concurrence infra-étatique.

Cf. CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz contre Espagne*, série A, n° 303-A, § 29 et CEDH, 9 décembre 1994, *Hilani contre Espagne*, série A, n° 303-B, § 27 (*Justices* 1996-3, p. 236, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss).

¹¹⁸ M. Delmas-Marty, "Vers une autre logique juridique à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 223.

¹¹⁹ Cf. Notamment, M. Delmas-Marty, "La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : flou du droit pénal", *RSC* 1987, p. 819 et suiv. ou "Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain", *D.* 1986, p. 27 et suiv.

¹²⁰ M. Delmas-Marty, "Vers une autre logique juridique à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 223.

¹²¹ Voir, notamment, F. Sudre, "L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", *Mélanges Lambert*, Bruylant, 2000, p. 821 et suiv.

B – La concurrence infra-étatique

22 - Le juge administratif doit faire face, sur un plan interne, à l'émergence et à l'essor, dans sa sphère de compétence, du juge constitutionnel, juge des droits fondamentaux au même titre que peuvent l'être les juges communautaire et européen (1) mais il doit aussi faire face, devant son incapacité, aujourd'hui, à répondre à certains besoins, à l'irruption du juge pénal dans un domaine qu'il était, jusque là, seul à maîtriser (2).

1. *La concurrence du juge constitutionnel*

23 - Il y a, à l'origine, un certain nombre d'oppositions entre les droits constitutionnel et administratif. Nonobstant l'opposition traditionnelle entre un droit administratif dont les principes directeurs étaient dégagés par la jurisprudence et un droit constitutionnel essentiellement écrit et au-delà des logiques institutionnelles, il faut ainsi souligner, comme Georges Vedel, l'opposition initiale entre la stabilité et le développement progressif du droit administratif et les ruptures et les changements profonds qui caractérisent les dispositions constitutionnelles¹²². L'auteur relevant, en particulier, que les évolutions lentes de la législation administrative et les progrès de la jurisprudence administrative pouvaient être regardés pour l'essentiel comme détachables des secousses successives résultant d'événements "politico-institutionnels"¹²³.

Pour autant, les perspectives se sont fortement modifiées, le droit constitutionnel s'est affirmé par sa stabilité alors que le droit administratif, à l'inverse, s'est trouvé progressivement l'objet de brusques mutations comme, par exemple, à travers la politique de décentralisation. Dans le même sens, il faut relever que le droit administratif écrit a considérablement proliféré et, qu'à l'inverse, le droit constitutionnel ne se résume plus à un droit écrit puisque son juge a, ces dernières années, dégagé un véritable *corpus* de principes jurisprudentiels qui s'imposent pour l'interprétation des dispositions constitutionnelles tant au législateur qu'au juge administratif. Aujourd'hui, il y a immanquablement une correspondance qui s'impose entre les deux droits qui "diffèrent plus par la nature des phénomènes qu'ils régissent que par des disparités fondamentales de structure et de méthodes"¹²⁴.

¹²² G. Vedel, "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge", Mélanges Waline, LGDJ, 1974, p. 777 et suiv.

¹²³ *Ibid.*, p. 777.

¹²⁴ O. Schrameck, "Droit administratif et droit constitutionnel", *op. cit.*, p. 37.

24 - Si le juge administratif intervient d'abord à plusieurs titres dans le champ constitutionnel¹²⁵, à l'inverse, le Conseil constitutionnel est également en mesure d'agir dans le champ administratif. Il peut toucher des notions essentielles de l'organisation et du droit administratif dès lors que la Constitution y fait directement ou indirectement référence mais il peut surtout interpréter des dispositions touchant le droit administratif, lorsqu'il apprécie la conformité des lois qui lui sont soumises aux règles et principes généraux de valeur constitutionnelle. De cette manière, le droit constitutionnel est à même de produire des effets dans presque toutes les branches du droit administratif que ce soit, par exemple, en matière de sanctions administratives¹²⁶, de responsabilité administrative¹²⁷ ou encore de droit public économique¹²⁸. Il faut bien noter, à cet égard, que les rapports entre les deux juridictions sont plutôt interactifs que concurrentiels puisque chacune contribue au bon fonctionnement voire au renforcement de l'autre sur la base d'une perspective commune, à savoir la définition et la garantie des droits fondamentaux des individus¹²⁹.

En ce sens, le Conseil constitutionnel s'est attaché à garantir l'existence et la légitimité du juge administratif en constitutionnalisant son indépendance et sa spécificité. Pour cela, il a d'abord donné valeur constitutionnelle à son indépendance et au caractère spécifique de ces fonctions empêchant ainsi le législateur ou le gouvernement de censurer ces décisions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges¹³⁰. Il lui a, ensuite, reconnu un domaine de compétence constitutionnellement garanti puisqu' "à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publiques, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous

¹²⁵ Par ex., à travers le développement du contrôle de conventionnalité par lequel le juge administratif est en mesure de modifier la portée même de la loi et de procéder à un véritable contrôle matériel de constitutionnalité.

¹²⁶ Voir, à cet égard, F. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, 1993.

¹²⁷ Cf. S. Dion Loye, "Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité", LPA 1992, 29 juillet, p. 11 et suiv. ; M.-A. Latournerie, "Responsabilité publique et Constitution", Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 352 et suiv. ; M. Paillet, "Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français", Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 259 et suiv.

¹²⁸ Voir, notamment, à propos du contentieux des autorités régulatrices : J.-L. Autin, "Les autorités administratives indépendantes et la Constitution", RA 1988, p. 333 et suiv. ; C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", RDP 1990, p. 152 et suiv.

¹²⁹ En ce sens, P. Terneyre, "Le juge administratif et le juge constitutionnel", *op. cit.*, p. 427.

¹³⁰ Cf. CC, 80-119 DC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs (Rec. CC, p. 46, RJC, p. 1-83, JO, 24 juillet 1980, GDCC, n° 29, AJDA 1980, p. 602, note G. Carcassone, RDP 1980, p.1658, note L. Favoreu, D. 1981, IR, p. 356, note L. Hamon, JCP 1981, G, II, n°19603, note Nguyen Quoc Dinh, GP 1981, 8-10 et 11-12 février, note Perrier-Daville, RA 1981, p. 33, note R. Etien et M. De Villers).

leur autorité ou leur contrôle¹³¹. Certes, dans la mise en œuvre du principe fondamental de la compétence propre de la juridiction, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'apporter un aménagement précis et limité aux règles de compétence juridictionnelle en unifiant l'ensemble d'un contentieux spécifique au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé¹³² mais, comme peut l'expliquer René Chapus, "lui reconnaître un domaine de compétence constitutionnellement garanti, c'est – implicitement mais certainement – fonder son existence sur la Constitution et, par suite, exclure que sa suppression puisse être décidée autrement que par une loi constitutionnelle ; ce qui n'est pas sans importance, s'agissant d'une juridiction qui pourrait ne pas exister, même si elle représente le modèle de juridiction administrative le plus ancien, le plus achevé et le plus universellement connu"¹³³.

25 - Une autre forme de constitutionnalisation s'attache aux exigences nouvelles en matière de procédure administrative. C'est grâce à l'intervention toujours plus en avant du législateur en ce domaine qui ne relevait, s'agissant de l'administration de l'Etat, que du pouvoir réglementaire, qu'a pu s'opérer cette constitutionnalisation par une sorte "d'effet de ricochet du contrôle de constitutionnalité"¹³⁴. On est dans l'hypothèse où la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée pour des motifs tenant en particulier à l'atteinte portée aux droits fondamentaux des individus. En ce cas, le juge considère que la disposition est conforme si les justiciables sont en mesure d'exercer un recours effectif devant le juge administratif. Par exemple, si le législateur peut doter une autorité régulatrice d'un pouvoir de sanction, c'est à la seule condition d'assortir l'exercice de ce pouvoir de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis¹³⁵. Parmi ces

¹³¹ CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, considérant n° 15 (Rec. CC, p. 8, RJC, p. I-303, JO 25 janvier 1987, GDCC, n°41, AJDA 1987, p. 345, note J. Chevallier, RFDA 1987, p. 287, note B. Genevois, p. 301, note L. Favoreu, RDP 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet, RDP 1989, p. 482, chron.L.Favoreu, AJJC 1987, p.600, chron. B. Genevois, GP 1987, 18-19 mars, p.209, note C. Lepage-Jessua, 31 mars, p. 253, note A.Viala, D. 1988, p.117, note F.Luchaire, JCP 1987, G, II, n°20854, note J.-F. Sestier, RA 1988, p. 29, note J.-M. Sorel, Pouvoirs 1987, p. 170 et p. 180, chron. J. Gicquel et P. Avril, LPA 1987, 13 février, p. 21, note V. Sélinsky, JCP 1987, CDEnt, n° 26, p. 30, note D. Rousseau).

¹³² *Ibid.*

¹³³ R.Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 47.

¹³⁴ O.Schrameck, "Droit administratif et droit constitutionnel", *op.cit.*, p. 39.

¹³⁵ Voir, par ex., CC, n°88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* (Rec. CC, p. 18, RJC, p. I-339, JO 18 janvier 1989, GDCC, n° 42, Pouvoirs 1989, n° 50, p. 193 et 197, chron. P. Avril et J. Gicquel, RA 1989, p. 223, note J.-L. Autin, RDP 1989, p. 429, chron. L. Favoreu, RFDA 1989, p. 214, note B. Genevois, AJJC 1989, p.481, chron. B. Genevois, JCP 1994, G, II, n°22350, note M.-C. Rouault) ou CC, n°89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la*

mesures, on peut citer, par exemple, la capacité du juge d'être saisi dans un délai raisonnable, de suspendre temporairement les effets de l'acte, de l'annuler ou d'en réparer les conséquences dommageables.

26 - Au total, la constitutionnalisation du droit administratif a fait du juge administratif, au même titre que le juge judiciaire, une institution de nature à assurer la garantie des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à toutes les personnes physiques et morales. Cela a bien sûr été permis par l'attitude consentante de ce dernier vis-à-vis de l'autorité de la chose jugée et de la jurisprudence constitutionnelle. Or, il faut bien noter, au départ que, si les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles, administratives notamment dans leurs dispositifs comme leurs motifs¹³⁶, il est rare, que les conditions de la chose jugée soient strictement réunies d'autant plus que cette autorité reste limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi soumise au contrôle¹³⁷. Il n'y a donc, souvent, aucune obligation juridique de respect des décisions constitutionnelles pour le juge administratif. Cela n'a pas empêché ce dernier de tenir compte des interprétations du juge constitutionnel et même d'aller jusqu'à exercer son contrôle au regard de normes ou de principes dont le Conseil constitutionnel a déclaré pleine valeur constitutionnelle¹³⁸.

La concurrence de la juridiction constitutionnelle, au même titre que celle des juridictions communautaire et européenne, transforme, aujourd'hui, la logique du droit administratif : alors que celui-ci était traditionnellement fondé sur une harmonie subtile entre la protection des droits individuels et la défense de l'intérêt général, il évolue de plus en plus, comme le note René Chapus, vers "un droit des libertés publiques"¹³⁹. Pour l'auteur, "la juridiction administrative tend à répondre à la façon dont elle est de plus en plus communément conçue : "une juridiction des droits de l'homme"¹⁴⁰. C'est, notamment, devant

transparence du marché financier (Rec. CC, p. 71, RJC, p. I-365, JO 1^{er} août 1989, *Pouvoirs* 1990, n° 52, p. 19, chron. P. Avril et J. Gicquel, *RFDA* 1989, p. 671, note B. Genevois, *AJJC* 1989, p. 481, chron. B. Genevois).

¹³⁶ Eu égard à l'art. 62 al. 2 C° selon lequel : "Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".

¹³⁷ Voir, en ce sens, P. Terneyre, "Le juge administratif et le juge constitutionnel", *op. cit.*, p. 440 et 441.

¹³⁸ Cf. Par ex., outre les références préc., B. Mercuzot, "L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative", in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p.177 et suiv. ; F. Gazier, M. Gentot et B. Genevois, "La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel", *EDCE* 1988, n° 40, p. 151 et suiv.

¹³⁹ R. Chapus, "L'administration et son juge. Ce qui change", *EDCE* 1992, n° 43, p. 259 et in *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 15.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 15.

la formation d'une image de marque négative de la justice administrative¹⁴¹ et les remises en cause de ses juridictions concurrentes, que le Conseil d'Etat va se situer davantage par rapport à l'institution juridique et à la fonction judiciaire dans son ensemble que par rapport à l'administration. Tout se passe comme si "le Conseil d'Etat avait cherché à reprendre l'initiative sur le terrain des libertés en confortant une image de marque libérale quelque peu érodée"¹⁴² ou comme si "le souci de défense des privilèges administratifs passait au second plan derrière l'exigence de protection des droits des administrés"¹⁴³. En d'autres termes, le juge n'entend pas "être en retard de libéralisme"¹⁴⁴ et, en ce sens, l'accent va être mis sur le renforcement de l'efficacité du contrôle juridictionnel, ce dernier devenant marqué en cela par un désaveu croissant de l'administration. Pour autant, si un tel renforcement de l'efficacité du contrôle juridictionnel est souhaité ou imposé par les juridictions des droits de l'homme, il reste encore insuffisant si l'on fait référence au développement et à la concurrence de plus en plus poussée du juge pénal dans la sphère de compétence administrative.

2. La concurrence du juge pénal

27 - La responsabilité des fonctionnaires, des agents de l'administration et, plus largement, des agents publics a longtemps trouvé à s'exercer sous le contrôle de son juge naturel, le juge administratif. Tout en se démarquant du droit commun, ce dernier a su assigner "une véritable fonction sociale"¹⁴⁵ à la responsabilité administrative dans le sens d'une meilleure protection accordée aux victimes de l'administration. Les adaptations successives de sa jurisprudence ont permis d'apporter les réponses adéquates aux revendications de la société tout en intégrant les exigences liées aux nécessités du fonctionnement des services administratifs. C'est ainsi que la recherche d'une meilleure indemnisation a conduit le juge à passer d'une irresponsabilité de la puissance publique à un régime de responsabilité de l'administration pour faute puis à un régime sans faute et, plus récemment, à la recherche de nouveaux terrains de faute et de responsabilité. A travers cette évolution, la responsabilité a été progressivement déplacée de l'individu vers la société, à la

¹⁴¹ Voir, à cet égard, notamment, le numéro spécial consacré par la revue Pouvoirs 1988, n° 46, "Droit administratif. Bilan critique".

¹⁴² J.Chevallier, "L'évolution du droit administratif", *op. cit.*, p. 1807.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 1806.

¹⁴⁴ C. Debbasch, "Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ?", Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 129.

¹⁴⁵ F. Galletti, Le juge pénal. Nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus, L'Harmattan, 2000, p. 18.

responsabilité proprement dite, qui repose sur la faute et appelle à une certaine prudence, a succédé une solidarité qui s'appuie sur la notion de risque et appelle à la prévention dans une logique du recours à l'assurance¹⁴⁶. Il y a là un système qui permet donc d'indemniser la victime sans pour autant mettre en cause le fonctionnement de l'administration.

Le droit administratif classique a permis, de longue date, d'établir la responsabilité d'un agent public devant le juge pénal¹⁴⁷. Toute faute constitutive d'une infraction pénale, même s'il s'agissait d'une faute de service, permettait la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'agent, mais non celle de l'administration. En pratique, cependant, le juge pénal n'avait guère l'opportunité d'agir, n'étant compétent que pour connaître de l'action publique dirigée contre l'agent et, concernant l'action civile, ne pouvant en juger que dans la mesure où elle était dirigée contre l'agent auteur d'une faute personnelle. Sa compétence disparaissant lorsque l'action civile était dirigée, soit contre l'agent, auteur d'une faute de service, soit contre l'administration prise comme civilement responsable de son agent.

28 - Mais si la responsabilité individuelle des agents n'est donc pas absente au sein du système administratif, ce dernier privilégie largement la faute de service, faute impersonnelle et occulte ainsi les responsabilités individuelles. Or, il faut prendre ici la mesure, qu'à bien des égards, la réparation financière du dommage ou le droit administratif réparateur ne répondent plus à la mutation contemporaine des pratiques sociales en matière de responsabilité. Les victimes de l'administration ne se satisfont plus d'un système de responsabilité administrative qui semble faire échapper aux auteurs la responsabilité de leurs actes. Elles souhaitent voir engager plus nettement la responsabilité des agents à côté de celle de l'administration et s'attachent à voir authentifier le dommage subi comme à voir sanctionner l'infraction en cause. Or, le procès administratif ne permet pas de répondre à de telles revendications en personnalisant les responsabilités et est souvent perçu, à cet égard, comme un faux procès, "un procès entre gens de bonne compagnie"¹⁴⁸.

Les causes d'une telle évolution sont multiples et complexes, à l'incompréhension de la logique de la responsabilité administrative s'ajoutent des causes d'ordre conjoncturel relevant d'événements qui ont durement traumatisé l'opinion publique et qui ont amené à une volonté

¹⁴⁶ Voir, pour une analyse plus complète de cette évolution : F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986 ou F. Ewald, "Responsable mais pas coupable", *Le magazine littéraire* 1998, juillet-août, p. 46.

¹⁴⁷ Cf. TC, 14 janvier 1935, *Thépaz* (Rec. CE, p. 224, S. 1935. 3. 17, note R. Alibert, GAJA).

¹⁴⁸ J. Hermann, "Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?", *D. 1998*, chron., p. 196.

de reconnaissance de culpabilité¹⁴⁹. D'autres, d'ordre structurel, résulteraient du fait que la société contemporaine est rentrée dans ce que les travaux de François Ewald stigmatisent comme le troisième âge du droit de la responsabilité : l'ère de la sécurité dans laquelle la société souhaite non seulement être indemnisée mais aussi voir sanctionner les responsables¹⁵⁰. En cela existe un réel refus d'assumer les risques de la vie sociale ou les cas d'imprévisibilité ou de force majeure, voire le risque inhérent à toute activité humaine. A partir de là, les administrés cherchent un responsable et hésitent de moins en moins à engager la responsabilité pénale de l'administration dans des cas qui, auparavant, auraient été considérés comme relevant d'un certain aléa ou d'un certain imprévu.

29 - En se posant comme un juge de la réparation et surtout de l'indemnisation, le juge administratif a laissé de côté cet aspect important de la responsabilité : l'imputation du dommage à un responsable précisément identifié et l'application d'une sanction à l'auteur de ce dommage. L'action du juge administratif ne correspond plus à la volonté des justiciables et comme peut le noter Jean Rivero, "quel que soit la perfection d'un système de normes juridiques, la vertu éthique des solutions qu'il consacre, la qualité intellectuelle des concepts qu'il utilise, s'il s'avère inapte à régir le réel, il n'est qu'un jeu ou pire, une hypocrisie, consciente ou non, un écran de fumée tendu devant le règne des forts"¹⁵¹. Le vide ainsi laissé par l'absence de véritable sanction publique a ouvert "un champ d'intervention possible à tout autre juge qui saurait être le juge de la sanction"¹⁵², la responsabilité pénale a pour ainsi dire trouvé sa place. Le juge pénal apparaît comme une sorte de palliatif à la carence administrative et voit ainsi ses prérogatives étendues par rapport à l'administration.

Au-delà de la simple observation du phénomène de "l'irruption du juge pénal dans le paysage administratif"¹⁵³, il faut relever que son intervention ne se développe pas à l'intérieur du droit administratif mais bel et bien à l'écart du droit administratif. Ce sont le plus souvent des lois qui n'ont pas, au départ, un objet administratif qui vont permettre de sanctionner la responsabilité pénale de l'administration par le truchement de ses agents ou de ses personnes morales. Cela a débuté, sous l'office du nouveau Code pénal, par un renforcement progressif

¹⁴⁹ On peut citer, par ex., les affaires du sang contaminé, les catastrophes naturelles telle que celle de Vaison-la-Romaine ou les accidents comme l'effondrement du stade de Furiani.

¹⁵⁰ Voir, en ce sens, F. Ewald, "Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions", Rapport à B. Kouchner, Ministre de la Santé et de l'Action humanitaire, 1992.

¹⁵¹ J. Rivero, "Sanction juridictionnelle et règle de droit", Mélanges Juliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p.466.

¹⁵² F. Galletti, Le juge pénal. Nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵³ Cf. F. Thiriez, L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif, AJDA 1999, n° spécial, p.105.

de la responsabilité pénale des agents publics directement à travers le contenu de l'action administrative¹⁵⁴ ou indépendamment de son contenu¹⁵⁵. Puis le législateur, au moyen d'un amendement parlementaire et contre l'avis du gouvernement, a décidé d'étendre la responsabilité pénale aux personnes morales de droit public¹⁵⁶ même si cette dernière n'était alors susceptible d'être engagée qu'à propos de certaines personnes publiques¹⁵⁷ ou certaines activités¹⁵⁸ et sous la condition, enfin, que les infractions visées soient prévues dans un texte spécifique. Il n'y a, finalement, de responsabilité pénale des personnes morales de droit public que dans les cas prévus par la loi ou les règlements.

30 - On pourrait s'interroger, à cet égard, sur l'effectivité du principe de dualité des juridictions puisque, *a priori*, on conçoit mal comment l'extension des interventions du juge pénal vis-à-vis de l'administration et la comparaison d'une personne morale de droit public devant le juge pénal pourrait se concilier avec le principe de séparation des autorités judiciaire et administrative¹⁵⁹. Toutefois, il faut bien relever que ce principe ne peut se comprendre comme interdisant aux tribunaux judiciaires de juger l'administration mais seulement de faire eux-mêmes œuvre d'administration¹⁶⁰. Dans le même temps, le Conseil Constitutionnel a réaffirmé l'importance de l'existence de la juridiction administrative en considérant que, "conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs figure, au nombre des

¹⁵⁴ Voir, par ex., l'art. L. 432-1 NCP qui punit "le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi" ou l'art. L. 432-7 NCP qui punit "le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique de refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou d'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque pour des motifs fondés sur une discrimination".

¹⁵⁵ Notamment au titre du délit de mise en danger d'autrui défini à l'art. L. 223-1 NCP comme "le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessure [...] par la violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement" et complété par les art. L. 221-6 et L. 222-19 NCP qui disposent que "le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui, constitue un homicide involontaire...".

¹⁵⁶ Voir, en ce sens, art. L. 121-2 NCP.

¹⁵⁷ L'Etat ne fait pas partie des personnes morales potentiellement responsables.

¹⁵⁸ La loi a prévu que la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements ne pourra être engagée que pour "les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public" (art. 121-2 NCP).

¹⁵⁹ Voir, en ce sens, les lois des 16 et 24 août 1790 lesquelles posent le principe selon lequel : "les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions".

Principe complété par le décret du 16 fructidor an III rappelant que "défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient".

¹⁶⁰ Voir, notamment, J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, *op. cit.*

principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité¹⁶¹. C'est donc, d'après le Conseil constitutionnel, la préservation de la compétence de la juridiction administrative vis-à-vis des actes de puissance publique qui est déterminante. Or, l'extension de la responsabilité pénale réserve le cas des activités de puissance publique, à la fois en excluant l'Etat de son champ d'application et en limitant les possibilités de mise en cause des collectivités locales.

31 - Il faut aussi noter l'importance grandissante du juge pénal dans des domaines privilégiés de l'activité administrative. Le législateur a ainsi renforcé la protection pénale de l'environnement à travers le nouveau Code pénal¹⁶² mais aussi à travers certaines lois sur l'environnement¹⁶³, de nombreuses infractions pénales pouvant être portées devant la juridiction répressive se sont alors développées. Elles ont donné lieu à des mises en examen et à des condamnations de responsables publics. Pour un exemple concret, on citera celui des délits pour défaut de réseaux d'assainissement¹⁶⁴ pour lesquels le Conseil d'Etat était auparavant compétent et pour lesquels, les tribunaux correctionnels ne sanctionnaient que très rarement un maire comme directement coupable mais engageaient la responsabilité de la commune. Un autre domaine pénétré par la pénalisation est celui du droit de l'urbanisme. La répression, en la matière, des violations publiques appartient naturellement au juge administratif en témoigne l'accroissement des recours en contestation des décisions d'urbanisme. Pour autant, le Code de l'urbanisme comprend de nombreuses infractions pénales qui peuvent être relatives à l'élaboration de la réglementation locale ou à l'application

¹⁶¹ CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc.

¹⁶² Voir la création, par ex., de nouvelles incriminations telles que le terrorisme écologique (art. L. 421-2 NCP).

¹⁶³ Voir, par ex., la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 (JO 4 janvier 1992, p. 187) sur l'eau ou encore la loi n° 92-646 du 13 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets ainsi qu'aux installations classées pour la protection de l'environnement (JO 14 juillet 1992, p. 9461).

¹⁶⁴ Voir, sur cette question et de façon plus générale, C. Huglo, "Les délits liés au manque de précaution : risques et environnement", LPA 1995, 15 février, n° 20, n° spécial "Responsabilité pénale des maires et des élus", p. 26 et suiv.

de la délivrance des autorisations relatives à l'occupation des sols et au contrôle de leur respect¹⁶⁵.

32 - Enfin, parmi les conséquences du développement de la responsabilité pénale sur le droit administratif, il faut évoquer aussi “la substitution de la méthode pénale à la logique administrative”¹⁶⁶. Même s'il est confronté à un litige où sont impliquées des règles de l'activité administrative et des agents de l'administration, le juge pénal applique des règles fondées sur la logique pénale. Il faut noter, par exemple, que si le juge pénal va au-delà de l'acte administratif, il n'a pas la même définition de la faute commise en la matière. Le juge administratif assigne à la faute personnelle un domaine relativement restreint, afin d'éviter des poursuites abusives contre les fonctionnaires. La faute personnelle ne saurait être qu'exceptionnelle, compte tenu de la nature des fonctions administratives et des liens qui unissent l'agent à l'administration. Des situations relevant d'une attitude d'imprudence, de négligence, de manquement à une obligation de sécurité ou de prudence, même graves n'entraînent pas la qualification de faute personnelle par le juge administratif.

A contrario, la faute pénale peut se résumer en une faute non intentionnelle, il n'y a pas, non plus, de degré dans la responsabilité puisque la plus petite faute est susceptible de mettre en jeu la responsabilité pénale de l'individu et donc de l'agent public. Sous cet aspect, “la faute pénale cerne véritablement l'activité administrative, aussi bien dans ses aspects de police administrative que dans ses aspects de gestion administrative”¹⁶⁷. Autre exemple, celui par lequel les agents publics ont tendance à faire état de mécanismes propres au droit public pour s'exonérer de la responsabilité pénale tenant notamment à l'obligation d'obéissance hiérarchique, ce fait justificatif ne peut exonérer l'agent public d'un point de vue purement pénal. Si l'autorisation ou l'obligation d'obéissance hiérarchique met l'agent en mesure de commettre une infraction, elle ne l'exonère pas pour autant.

33 - Suite à toutes ces manifestations, certains auteurs en sont venus à qualifier le juge pénal de “juge ordinaire de l'administration”¹⁶⁸, “de nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus”¹⁶⁹ ou ont été en mesure encore d'évoquer l'existence d'une certaine

¹⁶⁵ Voir, par ex., le fait pour un élu de délivrer un permis de construire dans une zone à risque qui tombe sous le coup de l'art. L. 160-1 du Code de l'urbanisme qui réprime pénalement l'exécution de travaux ou l'utilisation du sol en méconnaissance des obligations législatives.

¹⁶⁶ F. Galletti, Le juge pénal. Nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus, *op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 118 et 119.

¹⁶⁸ J. Hermann, “Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?”, *op. cit.*

¹⁶⁹ F. Galletti, Le juge pénal. Nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus, *op. cit.*

“criminalisation du droit administratif”¹⁷⁰ voire la “naissance d’un “contentieux pénal de l’excès de pouvoir”¹⁷¹. Le juge pénal apparaît, en ce sens, comme un redoutable concurrent à la juridiction administrative et se trouve à même de réduire l’office du juge administratif dans la mesure où il se place comme un nouveau juge de la légalité administrative¹⁷². Il peut même aller au-delà d’un simple contrôle de légalité de l’acte puisqu’il peut ou doit, à l’occasion de la mise en examen, apprécier l’ensemble de l’organisation et du fonctionnement de l’administration. En ce sens, le juge pénal est en mesure d’apprécier et d’interpréter les éléments juridiques de la gestion administrative, soit la nature et le contenu de la décision publique. Finalement, on se rend bien compte du risque de voir la responsabilité administrative et l’intervention du juge administratif vidée de sa substance. Le juge pénal pourrait bien devenir, devant le décalage avec le juge administratif, le juge de premier rang pour les victimes. La responsabilité administrative ne trouverait plus qu’à s’appliquer pour les affaires relativement simples qui ne nécessiteraient pas un recours devant la juridiction pénale.

Le juge administratif est bien conscient de ce danger et il y a eu, en ce sens, des tentatives de réaction de ce dernier ou, de façon plus générale, du législateur. On peut citer, par exemple, la tentative du législateur tenant à restreindre la multiplication des mises en cause pénales des fonctionnaires et des élus fondées sur des faits involontaires¹⁷³ modifiant en cela l’article 121-3 du nouveau Code pénal tout en posant l’exigence de l’appréciation *in concreto* de la faute¹⁷⁴, mais il est rapidement apparu que cette modification n’était pas suffisante¹⁷⁵. Il a alors été préconisé notamment de réduire le champ des délits non intentionnels, d’enrayer la création de nouvelles infractions sanctionnées pénalement ou

¹⁷⁰ J.-C. Froment, “Remarques sur les enjeux et la portée d’une “criminalisation” du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d’un “contentieux pénal de l’excès de pouvoir””, RDP 2001, p. 555 et suiv.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² A cet égard, l’art. L 111-5 NCP lui reconnaît compétence pour “interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis”.

¹⁷³ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 (JO 14 mai 1996, p. 7211) relative à la responsabilité pénale pour des faits d’imprudence ou de négligence.

¹⁷⁴ Il n’y a, selon l’art. L. 121-3 NCP : “ [...] point de crime ou délit sans intention de le commettre, toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d’autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d’imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements, sauf si l’auteur des faits a accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait”.

¹⁷⁵ Cf. En ce sens, J. Massot, La responsabilité pénale des décideurs publics, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, La documentation française, 2000.

encore de limiter les recours abusifs au juge pénal¹⁷⁶. Ces avis ont été partiellement pris en compte par le législateur qui a précisé, dans une nouvelle loi¹⁷⁷ et à plusieurs niveaux, le champ de la responsabilité pénale non intentionnelle dans l'optique d'une recherche concomitante d'une pénalisation des fautes les plus graves et d'une dépenalisation des fautes les moins graves. S'il est trop tôt pour se prononcer sur l'impact des nouvelles dispositions, elles révèlent, comme peut le noter Jean-Charles Froment, une volonté “d'inviter le juge pénal à prendre en compte la spécificité de l'activité publique – même si le champ de la loi dépasse cette seule activité – et les difficultés particulières de l'administration”¹⁷⁸. Pour autant, l'avenir et la place du juge administratif en la matière restent incertain.

*

* *

34 - La question se pose de savoir, après tous ces développements introductifs, si le juge administratif ne peut pas devenir un juge de la sanction ou si la justice administrative ne peut pas, lorsque cela est nécessaire, mener, à l'instar du juge pénal et en son domaine de compétence, une mission répressive. Si certains voient mal, déjà en matière de responsabilité d'agents publics, “comment la juridiction administrative serait à même de se repositionner avantageusement sur le fondement d'une mission de répression, face au juge pénal”¹⁷⁹, il n'en reste pas moins vrai que, de façon générale, l'avènement du pluralisme juridique et la concurrence d'autres juges laissent entrevoir un tel positionnement de la justice administrative. La logique nouvelle qu'ils apportent suppose “une rupture avec nombre de préceptes traditionnels du droit administratif à l'élaboration desquels le juge administratif a activement participé. Cette rupture, déjà amorcée, annonce ainsi la réorientation non seulement de l'action du juge administratif mais bien surtout du droit administratif dans son

¹⁷⁶ J. Massot, La responsabilité pénale des décideurs publics, *op. cit.*

¹⁷⁷ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 (JO 11 juillet 2000, p. 10484) tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

¹⁷⁸ J.-C. Froment, “Remarques sur les enjeux et la portée d'une “criminalisation” du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d'un “contentieux pénal de l'excès de pouvoir”, *op. cit.*, p. 564 ou S. Petit et B. Perrin, “La responsabilité pénale des agents publics”, Les Cahiers de la fonction publique 1998, mai, p. 8.

¹⁷⁹ ¹⁷⁹ F. Galletti, Le juge pénal. Nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus, *op. cit.*, p. 157.

ensemble¹⁸⁰. En ce sens, il y a toute une évolution en ce domaine qui peut marquer aujourd'hui la possibilité d'assimiler, à travers certaines missions et lorsque cela est nécessaire, la justice administrative à une justice répressive.

35 - C'est d'abord le cas à travers la consolidation et la nouvelle classification des réseaux disciplinaires et régulateurs, justice administrative que l'on peut qualifier d'intermédiaire dans la mesure où l'étude de ses réseaux secondaires montrera que les institutions en cause sont plus amenées à compléter l'action du juge administratif que de s'en dissocier. L'objet de leur action tend en ce sens à offrir, d'une certaine manière et dans l'optique d'une comparaison avec le domaine strictement juridictionnel, ce que le juge administratif n'est pas en mesure de fournir. Il y a une autre forme de justice qui se profile et qui dépasse les catégories et les clivages juridiques traditionnels attachés à l'exercice de la justice administrative et l'une des caractéristiques principales de cette justice qui s'interpose dans la sphère administrative, c'est justement d'avoir une action tendant vers un objet ou un objectif marqué par plus de répression (1^{ère} partie).

36 - C'est ensuite le cas à travers le développement de l'office même du juge administratif, ce dernier étant la marque d'une justice que l'on qualifiera de principale, il n'est plus en mesure de s'attacher à de simples enjeux abstraits et doit pouvoir juger de l'ensemble des conséquences juridiques qui s'attachent aux situations de fait et de droit relatives à chaque litige lui étant soumis. La définition ou la qualification de l'office du juge s'en trouve affecté et présente un visage, aujourd'hui, que l'on peut qualifier de plus subjectif à savoir qu'il se rapporte plus, de façon schématique, au sujet pensant qu'à l'objet pensé. En ce sens, l'office du juge tend également vers plus de répression (2^{ème} partie).

37 - On peut évoquer, à l'instar de René Chapus, la manifestation de "l'avènement d'une ère nouvelle : à celle de la suffisance des satisfactions de principe succède celle de la nécessité des satisfactions concrètes"¹⁸¹.

"Après la saison des fleurs, voici donc venue la saison des fruits"¹⁸².

¹⁸⁰ B. Mercuzot, "L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative", *op. cit.*, p.187.

¹⁸¹ R. Chapus, *L'administration et son juge*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸² *Ibid.*, p. 7.

1^{ère} partie

UNE JUSTICE INTERMEDIAIRE DONT L'OBJET
TEND VERS PLUS DE REPRESSION

38 - Toute une école de pensée estime que l'Etat constitue le seul et unique ordre juridique à l'origine de l'ensemble de la production normative¹. Dans cette conception, l'Etat détient le monopole de la contrainte et est considéré comme la seule source du droit, il y a une identité entre le droit et l'Etat. Il existe, à l'inverse, d'autres courants de pensée qui ne semblent pas accorder à l'Etat un rôle aussi déterminant² puisqu'ils considèrent que l'Etat, même s'il présente des caractéristiques propres, n'est qu'une institution parmi d'autres et se trouve confronté à d'autres entités sociales engendrant leur propre système juridique. L'Etat constituant l'institution primaire face à l'émergence d'entités sociales qualifiées alors d'institutions secondaires. Autrement dit "l'Etat cohabite avec d'autres institutions et, en conséquence, la loi étatique ne serait en réalité que l'expression de l'institution primaire et ne rendrait pas compte de la multiplicité et de la complexité de tous les systèmes juridiques, s'exprimant par d'autres voies"³.

L'individu appartient de plus en plus à une multitude d'entités qui structurent le champ social et dont il attend la satisfaction d'exigences particulières, or, si ces collectivités lui octroient des droits, elles lui imposent également plusieurs obligations. En effet, le fonctionnement de ces groupements organisés n'est pas régi par des règles de nature contractuelle mais par des règles qui "s'imposent à l'ensemble des membres et ont vocation à durer davantage que chacun d'eux"⁴. Ces règles sont garanties ainsi par un pouvoir que l'on qualifie de disciplinaire permettant de sanctionner les fautes commises par les membres contre la discipline. La doctrine a rattaché ce phénomène à la figure juridique de l'institution définie notamment par Maurice Hauriou comme un groupe d'individus constituant une entité distincte de ses composantes et réunis autour d'une même idée afin de la réaliser grâce à une organisation permanente⁵. Si la théorie de l'institution peut paraître, en certains cas, archaïque, elle demeure, néanmoins, "un moyen privilégié susceptible d'expliquer les relations juridiques

¹ Cf. Notamment, H. Kelsen, Théorie pure du droit, *op. cit.* ; R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, *op. cit.*

² Cf. Notamment, L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Ed. Boccard, 3^{ème} éd., 1927-1928, t. 1 ou M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, *op. cit.* et Précis de droit administratif et de droit public, *op. cit.* ; J. Mourgeon, La répression administrative, LGDJ, 1967.

³ J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 384.

⁴ J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 24.

⁵ Cf. Notamment, G. Marty, "La théorie de l'institution", Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse 1968, t. 16, p. 29 et suiv. et pour les développements successifs de la théorie de M. Hauriou, notamment : M. Hauriou, "L'institution et le droit statutaire", Recueil de législation de Toulouse 1906, p. 134 et suiv. ; M. Hauriou, "La théorie de l'institution et de la fondation", Cahiers de la nouvelle journée 1925, n°4.

s'établissant au sein des groupes sociaux⁶ et "apparaît particulièrement utile à la compréhension du phénomène répressif"⁷.

39 - L'institution peut naître du désir de quelques hommes de poursuivre un but déterminé ou de la volonté de l'Etat d'assortir telle ou telle mission d'une organisation ou d'une contrainte estimées utiles à sa mise en œuvre mais ce qui la caractérise c'est la recherche d'un but commun. Or, comme le note Joëlle Pralus-Dupuy, "aujourd'hui, la répression disciplinaire concerne des entités professionnelles dont il est difficile de dire qu'elles puisent leur raison d'être dans la volonté de réaliser un but commun, une œuvre commune"⁸. Il y a, en effet, des secteurs entiers de l'économie qui sont régis par un droit disciplinaire qui ne concerne pas, à la différence du schéma classique, un corps professionnel trouvant sa cohésion dans l'exercice d'un même métier. Ces nouveaux ensembles professionnels sont régis par ce que l'on avait déjà pu qualifier "d'institutions néocorporatistes"⁹ en référence aux institutions corporatistes auxquelles Maurice Hauriou liait l'existence du droit disciplinaire.

Si "la répression disciplinaire sanctionne ici, à côté d'une déontologie personnelle, une déontologie institutionnelle puisque les règles de bonne conduite ne se limitent pas à l'encadrement de comportements personnels, mais concernent aussi des champs d'activité économique"¹⁰, elle marque là, de façon générale et à côté du droit disciplinaire classique, l'émergence d'un nouveau pouvoir de contrainte car il appartient largement aux dites institutions, qu'elles soient corporatistes ou néocorporatistes, de réprimer les écarts de conduite par rapport aux normes édictées sous la seule sanction de la force de coercition dont elles disposent. Il convient, à travers notre étude, de voir comment ce système répressif sous-jacent a pu prendre naissance dans le paysage juridique avec l'avènement de ces différentes institutions que l'on qualifiera alors de disciplinaires et régulatrices (Titre 1^{er}) mais aussi comment ce système a, aujourd'hui, pris un essor nouveau à travers l'affermissement de ses différentes institutions (Titre 2nd).

⁶ J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 283.

⁷ *Ibid.*, p. 283.

⁸ J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 547.

⁹ Cf. *Supra* Introduction, p. 16, note 37 et J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 547.

¹⁰ J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 548.

Titre 1^{er}

L'AVENEMENT DES INSTITUTIONS DISCIPLINAIRES ET REGULATRICES

40 - En raison de sa nature pénale, le pouvoir de punir ne semble pas pouvoir être confié à une autorité autre que l'Etat. Or, les institutions disciplinaires et régulatrices, qui sont des structures placées hors hiérarchie, échappant à tout pouvoir d'instruction et de contrôle et disposant d'une liberté d'action juridiquement garantie, possèdent ce pouvoir de répression, c'est même l'une de leur principale caractéristique. Il est intéressant de noter, à cet égard, que, subjectivement, la parole de l'Etat est sensiblement discréditée mais qu'objectivement, les institutions interviennent dans des secteurs d'activité bien structurés, avant tout, comme des modes d'intervention publique répondant à une exigence nouvelle d'adaptation. L'Etat n'est pas absent dans les nouvelles institutions, ces dernières concrétisent plutôt "un point d'articulation entre l'Etat et la société civile probablement idéal puisqu'ambivalent : à la fois auto-limitation du pouvoir d'Etat et mode de représentation d'aspirations et d'intérêts sociaux"¹¹. En ce sens, et même si ces institutions échappent à l'alternative droit public / droit privé, elles se sont insérées de façon comparable dans la sphère administrative (chapitre 1^{er}).

Investies de pouvoirs qui empruntent à la fois à l'exécutif et aux autorités juridictionnelles, il est significatif de noter qu'au delà leur insertion comparable dans la sphère administrative, ce sont surtout des problèmes de qualification qui ont accompagné la naissance des organes en cause amenant une insertion confuse dans la sphère juridictionnelle des deux types d'institution (chapitre 2nd).

¹¹ J.-L. Autin, "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation", *op. cit.*, p. 1226.

Chapitre 1^{er}

UNE INSERTION COMPARABLE DANS LA SPHERE ADMINISTRATIVE

41 - L'insertion dans la sphère administrative des institutions disciplinaires et régulatrices s'apparente en ce sens qu'elle ne s'imposait pas forcément à l'origine si l'on tient compte, notamment, de l'incertitude qui pouvait s'attacher à la véritable nature juridique des organes en cause. Le pouvoir disciplinaire ne régit que la conduite des membres d'un corps déterminé, il réprime des fautes qui, sans être des délits de droit pénal, sont des infractions à l'ordre du corps, il n'est en cela, finalement, qu'une manifestation de l'autorité du corps sur ses membres. En ce sens, les membres du corps ont toujours ressenti leur organisation corporative comme le signe et la garantie de leur indépendance. De plus, le pouvoir disciplinaire peut s'exercer dans des corps très variés, corps publics administratifs ou corps judiciaires, entre lesquels il est parfois difficile de trouver une quelconque parenté. Pour autant, cela n'a pas empêché, l'ordre juridique étatique, "pénétré de la supériorité de sa mission et redoutant la concurrence"¹² comme aussi "conscient de sa supériorité et jaloux de ses prérogatives"¹³, de subordonner l'ensemble de ces institutions.

De même, la spécificité initiale des autorités de régulation, notamment le caractère tenant à leur indépendance, ne pouvait laisser prévoir, à l'origine, leur insertion dans la sphère administrative. La qualification de ces autorités ne rentrait, en effet, dans aucune des rubriques traditionnelles, non seulement de l'organisation administrative, mais plus généralement de l'Etat. Si le législateur a pu favoriser cette insertion par des références à leur nature administrative, de telles références sont, en vérité, restées exceptionnelles. Le plus souvent, "il s'est montré laconique et incertain, laissant la porte ouverte à toute interprétation"¹⁴ et n'a ainsi, à l'origine, accordé la qualité même d'autorité administrative indépendante qu'avec parcimonie. Pourtant, le laconisme du législateur ou le désarroi de la

¹² J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 400.

¹³ *Ibid.*, p. 400.

doctrine, n'allait pas empêcher l'exercice d'un "encadrement subtil"¹⁵ effectué notamment par le juge administratif et le juge constitutionnel sans que la compétence administrative ne soit exprimée en termes précis ou formels. De ce fait, cet assujettissement à la sphère administrative et cette œuvre prétorienne allaient subir de "multiples assauts"¹⁶, la nature administrative étant, pour le moins, contestée et n'allant pas forcément de soi.

On peut dire, en définitive, que la spécificité des institutions n'a pas empêché le rattachement à l'ordre administratif (Section 1). La conséquence de cette subordination consiste en l'application concrète du droit public et l'exercice, comme suite logique, de la compétence du juge administratif. Si cette dernière est loin d'être uniforme, elle prédomine en la matière en dépit de la fragmentation des compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif et de la disparité conséquente des recours (Section 2).

SECTION 1 : Le rattachement à l'ordre administratif malgré la spécificité des institutions

42 - Il existe une certaine analogie dans la façon par laquelle les institutions disciplinaires et régulatrices ont été amenées à s'insérer dans l'ordre administratif et à se voir, en conséquence, assujetties au droit public. Comme peut le noter, Jean- Louis Autin, "la manière dont le Conseil d'Etat s'est assuré le contrôle juridictionnel des organismes en cause à travers la qualification d'autorité administrative indépendante ressemble en effet étrangement à la démarche prétorienne par laquelle il s'était assujetti quelques décennies plutôt les comités d'organisation et les ordres professionnels investis eux aussi – mais selon la technique différente de la personnification juridique – d'un pouvoir professionnel et disciplinaire"¹⁷. Le juge administratif ayant successivement opté pour sa compétence de manière résolue et plutôt décidée pour les institutions disciplinaires (§1) puis de manière conforme et classique à sa première intervention pour les institutions régulatrices (§2).

¹⁴ C. Teitgen-Colly, "Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution", *op. cit.*, p.48.

¹⁵ *Ibid.*, p. 47.

¹⁶ J.-L. Autin, "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation", *op. cit.*, p. 1217.

¹⁷ *Ibid.*, p. 1226.

§ 1 : *L'assujettissement résolu des institutions disciplinaires*

43 - La démarche du juge administratif témoigne d'une certaine originalité quant à l'assujettissement au droit public des institutions disciplinaires. La compétence administrative ainsi décidée s'est révélée être pour le moins audacieuse (A) mais aussi, d'une certaine manière, gênante (B).

A - Une compétence administrative audacieuse

44 - C'est en leur reconnaissant l'exercice d'une mission de service public que le juge administratif s'est, malgré la nature incertaine des organismes en cause, déclaré compétent quant au contrôle de ces organes (1). La conséquence immédiate d'une telle affirmation a été la confirmation de la nature administrative des décisions des différentes institutions, que ces décisions soient d'ordre individuel ou réglementaire. Cette reconnaissance de la qualité d'acte administratif permettant ainsi une contestation devant la juridiction administrative (2).

1. *La reconnaissance d'une mission de service public*

45 - Si le concept de service public a été, traditionnellement et de façon schématique, l'un des procédés retenus par la puissance publique pour satisfaire un besoin d'intérêt général, cette notion a permis aussi au juge administratif de s'attacher ou de subordonner des institutions secondaires ou des ordres juridiques concurrents notamment eu égard à leur caractère d'organismes de droit privé.

En ce qui concerne les *corps privés professionnels*, et exception faite de quelques cas particuliers¹⁸, c'est la soumission des ordres professionnels au droit public qui allait être représentative du phénomène en cause. Si rien n'indiquait au départ la nature juridique de la mission poursuivie, le juge administratif admettait, pourtant, en dépit de leur caractère corporatif, que les ordres professionnels étaient, en l'occurrence, chargés de l'exécution d'un véritable service public¹⁹. Il y avait là un raisonnement plutôt audacieux du juge, à la période

¹⁸ La répression disciplinaire, déjà évoquée, des manquements de certains auxiliaires de justice ou encore des salariés dans leur ensemble à leurs devoirs professionnels est, en grande partie, du ressort des juridictions civiles de droit commun.

¹⁹ CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen* (Rec. CE, p. 86, S. 1944. 3. 1, concl. Lagrange, note A. Mestre, D. 1944, p. 52, concl., note J. Donnedieu de Vabres, JCP 1944, G, II, n° 2565, note C. Célier, DS 1943, p. 243, note M. Martin) étendant à l'ordre des médecins les principes dégagés par l'arrêt CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt* (Rec. CE, p. 239, S. 1942. 3. 37, concl. Ségalat, D. 1942, p. 138, concl., note P. C., RDP 1943, p. 57, concl., note R. Bonnard) et les notes de C. Eisenmann, *L'arrêt Monpeurt : légende et réalité*, *Mélanges Mestre*, Sirey, 1956,

donnée, puisque l'organisation professionnelle n'avait pas, par elle-même, un objet administratif et restait confiée à des organismes étrangers à l'administration. Malgré ces contradictions, l'exercice d'une mission de service public était reconnu. De ce fait, le juge tirait toutes les conséquences juridiques des circonstances politiques et des intentions du législateur en précisant bien que c'est le législateur qui avait entendu faire de l'organisation des professions en cause un service public et qui avait appelé les différents ordres à concourir au fonctionnement de ce service. Dévoilant la véritable intention du législateur, le commissaire du gouvernement Lagrange écrivait, à cet égard, que "le pays qui a su soumettre la puissance publique elle-même au contrôle juridictionnel, ne saurait tolérer qu'y échappent tels ou tels organismes investis du pouvoir de créer, d'appliquer ou de sanctionner des règlements, sous le prétexte qu'on serait en présence d'un droit "autonome" ou d'un droit "*sui generis*"²⁰.

46 - Charles Céliier, mettant en relief les conclusions de Marcel Martin²¹, soulignait de même, que "si l'Etat se bornait à reconnaître l'existence d'un pouvoir corporatif distinct du sien, et dont il respecterait l'autonomie dans son domaine propre [...] on aboutirait à un démembrement périlleux de la souveraineté"²². S'il y avait, par ce fait, une volonté du législateur de consacrer l'existence nouvelle d'un service public en la matière, cela témoignait ainsi de nouvelles considérations. En effet, un intérêt public était ainsi, pour la première fois, attaché à l'organisation des professions alors que jusque là, on avait toujours estimé, qu'il n'y avait, dans l'activité des entreprises industrielles, commerciales ou agricoles, que des intérêts collectifs d'ordre économique et non d'ordre public ou politique.

Evoquant l'Ordre des médecins, le commissaire du gouvernement Lagrange rappelait encore, à ce propos, que "l'organisation professionnelle médicale apparaît liée à des intérêts vraiment généraux de la nature de ceux dont l'Etat à la charge, et non pas seulement aux intérêts collectifs qui se rencontrent normalement dans l'organisation des professions"²³. Enfin, pour répondre à cet intérêt public et aux exigences du droit professionnel, les organes de l'administration, seuls instruments juridiques de l'autorité de l'Etat à l'époque, se sont retrouvés impropres à gérer ce service public de l'organisation professionnelle. Le législateur a donc dû constituer pour l'exercice des prérogatives de puissance publique des organismes

p.221 et suiv. et C. Lavalie, *Le corporatisme voilé. Réflexion recommencée sur l'arrêt Monpeurt* in *Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme*, Presses Univ. Toulouse, 1996, p. 9 et suiv.

²⁰ Concl. Lagrange préc., p. 52 sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*.

²¹ M. Martin, note préc., p. 245 sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*.

²² C. Céliier, note préc. sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*.

²³ Concl. Lagrange préc. sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, p. 53.

nouveaux qui concourent à la gestion d'un tel service public. Le juge administratif, suivant l'intention du législateur, s'attachant, de la sorte, leur contrôle.

47 - Si l'ensemble de ces éléments montre l'utilisation conséquente de la notion de service public, on peut observer la même soumission relativement à des *corps privés non professionnels*, l'exemple type étant la soumission des fédérations sportives. Si "l'existence d'un service public des sports s'impose aujourd'hui avec une telle évidence que le débat sur sa réalité semble devenue sans objet"²⁴, il n'en a pas toujours été ainsi. En l'absence d'affirmation expresse dans l'ordonnance n°45-1922 du 28 août 1945²⁵, source de la publicisation de l'activité sportive, qui "loin d'en fonder l'avènement, paraissait, au contraire, en exclure l'hypothèse"²⁶, il revenait au juge, et spécialement au juge administratif, de se prononcer sur la question de l'existence d'un service public. L'ordonnance précitée témoignait, de prime abord, de l'emprise de l'Etat sur l'organisation sportive puisque outre la nécessité de l'autorisation ministérielle préalable à toute compétition sportive²⁷, on pouvait remarquer la soumission à des dispositions statutaires arrêtées par le Ministre²⁸ ou le pouvoir d'interdiction d'accès aux compétitions en cas d'infraction²⁹. Mais comme le relève Gérard Simon, "les attributions ministérielles ne sont en réalité que la contrepartie de la reconnaissance, et même de la consolidation par l'Etat lui-même d'une réalité que le texte ne fait que conforter : le pouvoir d'organisation des compétitions appartient aux autorités sportives et à elles seules"³⁰. En d'autres termes, l'ordonnance consacrait plutôt l'existence d'un ordre sportif autonome qu'une emprise totale de l'Etat sur l'organisation sportive.

48 - Pourtant, et contrairement aux conclusions de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat considéra, à l'occasion d'une décision *Fédération des industries françaises d'articles de sport*³¹, que l'organisation des compétitions était une mission de service public.

²⁴ G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, LGDJ, 1990, p. 191.

²⁵ Ord. n° 45-1922 du 28 août 1945 (JO 29 août 1945, p. 5382) relative à l'activité des associations, ligues, fédérations et groupements sportifs.

²⁶ G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, *op. cit.*, p. 191.

²⁷ Art. 1^{er} ord. n° 45-1922 préc. du 28 août 1945.

²⁸ Art. 2 ord. n° 45-1922 préc. du 28 août 1945.

²⁹ Art. 3 ord. n° 45-1922 préc. du 28 août 1945.

³⁰ G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, *op. cit.*, p. 187.

³¹ CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport* (Rec. CE, p. 576, concl. Théry, AJDA 1975, p. 19, chron. M. Franc et M. Boyon, D. 1975, p. 739, note J.-F. Lachaume, RDP 1975, p.1109, note M. Waline, JCP 1975, G, I, n°2274, com. J.-Y. Plouvin).

En jugeant de la sorte, ce dernier s'appuyait sur une conception extensive de l'ordonnance n°45-1922 du 28 août 1945 puisque, toujours selon une analyse inverse de celle de son commissaire du gouvernement, il considéra le pouvoir d'autorisation confié au Ministre comme l'égal du pouvoir de réglementation et plus généralement d'organisation des compétitions. Or, comme le fait remarquer Gérald Simon, "pour important qu'il soit, ce pouvoir n'en reste pas moins limité à une autorisation de participer à des compétitions ou de les organiser. Il ne saurait être interprété, si du moins l'on s'en tient à la lettre du texte, comme valant pouvoir de les réglementer. La réglementation et l'organisation des compétitions restent un domaine étranger au pouvoir du ministre"³². De cette façon, et quoi qu'on pouvait penser de la qualification ainsi choisie, le juge levait toutes les ambiguïtés sur la nature juridique des activités sportives, la solution étant, par la suite, définitivement consacrée par le législateur, ce dernier ne faisant qu'accentuer l'emprise juridique en la matière³³. A partir du moment où était reconnu une mission de service public à l'ensemble de ces activités, les décisions prises dans cette sphère constituaient, de la sorte, des actes administratifs.

2. *La reconnaissance de la qualité d'acte administratif*

49 - L'acte administratif s'est toujours entendu comme un acte émanant de l'administration ou, plus précisément, d'une personne publique. Avec la reconnaissance de la mission de service public des *corps privés professionnels* que constituent les ordres professionnels, la nature administrative d'un acte peut désormais être dissociée de la nature de son auteur, personne publique ou privée. Si la qualification négative des ordres professionnels pouvait laisser planer une certaine ambiguïté³⁴, elle semble plus permise aujourd'hui depuis que la jurisprudence a consacré définitivement la catégorie des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public. Elle a ainsi reconnu la possibilité pour des organismes privés de prendre des décisions administratives, la première fois à propos

³² G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, *op. cit.*, p. 185.

³³ Loi n° 75-988 du 29 octobre 1975 (JO 30 octobre 1975, p. 11180) relative au développement de l'éducation physique et du sport et loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 (JO 17 juillet 1984, p. 2288) relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, lois toujours en vigueur même si elles ont depuis été modifiées à plusieurs reprises.

³⁴ En ce sens que le juge avait seulement dénié la qualité d'établissement public aux ordres professionnels sans leur attribuer une qualification positive.

d'organismes qui avaient, certes, cessés d'exister³⁵ mais plus concrètement, par la suite, à propos de divers organismes professionnels ou économiques³⁶.

Enfin, si aucune affaire n'a contraint le juge à prendre explicitement parti sur la nature privée des ordres professionnels, des arrêts ont expressément considérés que des organismes professionnels de même type que les ordres étaient des personnes privées. Ainsi, en a-t-il été, par exemple, de la qualification d'organismes privés des groupements de défense qui étaient chargés de la mission de service public de lutter contre les ennemis des cultures³⁷, de la qualification de l'Institut français du pétrole³⁸, organisme professionnel analogue aux comités d'organisation qualifié expressément de personne morale de droit privé ou encore de la qualification des conseils des commissaires aux comptes³⁹ dont la comparaison avec les ordres professionnels impliquait la qualité d'institutions de droit privé.

50 - En ce qui concerne les *corps privés non professionnels*, les actes adoptés par les organismes sportifs ont également été qualifiés, corrélativement, d'actes administratifs. Ainsi, bien que les fédérations sportives soient des associations privées, les décisions qu'elles prennent dans l'exercice de leur mission de service public, sont des actes administratifs⁴⁰. Il en va de même et plus précisément à propos des sanctions disciplinaires qu'elles soient prises par les ligues nationales au nom des fédérations⁴¹ ou par les fédérations elles-mêmes à l'encontre d'un joueur professionnel⁴² comme d'un dirigeant sportif⁴³. Si le service public avait pour

³⁵ Cf. CE, sect., 28 juin 1946, *Morand* (Rec. CE, p. 183, S. 1947. 3. 19, note P. H.) où il qualifiait expressément les règlements pris par les organisations corporatives agricoles, organismes de droit privé, comme des actes administratifs.

³⁶ En ce sens, CE, sect., 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines* (Rec. CE, p. 544, AJDA 1961, p. 610, chron. J.-M. Galabert et B. Gentot) ; CE, Ass., 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie* (Rec. CE, p. 233, D. 1962, p. 630, concl. Bernard, S. 1962. 178, concl., AJDA 1962, p. 286, chron. J.-M. Galabert et B. Gentot) ; TC, 2 mai 1988, *Société Georges Maurer* (Rec. CE, p. 488).

³⁷ CE, sect., 13 janvier 1961, *Magnier* (Rec. CE, p. 32, AJDA 1961, p. 141, note C.P., DS 1961, p. 72, note P.-H. Teitgen, RDP 1961, p. 155, concl. Fournier).

³⁸ CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées* (Rec. CE, p. 413, AJDA 1985, p. 274, note P. Godfrin, RFDA 1985, p. 381, concl. Dutheillet de Lamothe).

³⁹ TC, 13 février 1984, *Cordier et autres* (Rec. CE, p. 447, LPA 1984, 20 juillet, p. 13, note F. Ourliac, 14 novembre, p. 11, concl. D. Labetoulle, RA 1984, p. 588, note B. Pacteau, RDP 1984, p. 1139, note R. Drago).

⁴⁰ Voir, en ce sens, à propos de la modification d'une procédure d'homologation : CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport* préc. ou encore à propos de la détermination de règles de participation à une compétition : CE, sect., 16 mars 1984, *Broadie* (Rec. CE, p. 118, AJDA 1984, p. 531, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac, D. 1984, p. 317, concl. Genevois).

⁴¹ Voir, en ce sens, à propos d'une décision de la ligue nationale de football rétrogradant une association sportive : TC, 13 janvier 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux* (Rec. CE, p. 473, AJDA 1992, p. 451, obs. J.-P. Théron, D. 1993, SC, p. 345, obs. J.-F. Lachaume, RFDA 1992, p. 763).

⁴² Cf. CE, sect., 21 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme* (Rec. CE, p. 513, AJDA 1977, p. 139, concl. Galabert, note F. Moderne) ou CE, sect., 5 mai 1995, *Burruchaga* (Rec. CE, p. 197, AJDA 1995, p. 753, obs. J.-P. Théron).

contenu l'organisation des compétitions, le juge confirma, de la sorte, le champ d'application très vaste de la notion puisqu'elle était susceptible de s'appliquer quel que soit le statut de la personne qui en fait l'objet ou l'organe dont émane la décision. Pourtant, même s'il n'était pas douteux qu'une mesure disciplinaire fasse partie de la mission d'organisation des compétitions reconnue aux fédérations, le caractère administratif pouvait apporter une certaine confusion à propos de pouvoirs à caractère privé inhérents au statut d'association, de pouvoirs fondés sur des relations privées ordinaires. Finalement et dans la mesure où elles étaient prises pour l'accomplissement de la mission d'organisation et dans le cadre du monopole fédéral, les décisions des organismes en cause allaient toujours être regardées comme des actes administratifs. Dans l'ensemble, si la compétence administrative à l'égard de tous ces organes disciplinaires pouvait se révéler, par certains traits, particulière, c'est qu'elle allait à l'encontre de certains principes qu'on pensait définitivement acquis d'où la gêne ou l'embarras que pouvait susciter cette nouvelle subordination.

B - Une compétence administrative gênante

51 - C'est d'abord la démarche réticente du juge qui allait montrer les embarras suscités par la matière (1), embarras générés, notamment, par la remise en cause de principes traditionnels d'application du droit administratif (2).

1. La démarche réticente du juge administratif

52 – Si on tient compte d'abord des *corps privés professionnels*, le juge a, certes, inséré les ordres professionnels dans l'ordre juridique administratif mais il l'a fait en ne se prononçant pas explicitement sur une qualification positive de ces organismes, leur déniait simplement la qualité d'établissements publics. Comme le notait Michel Lascombe, “s'il y a accord sur ce que ne sont pas les ordres professionnels, il n'y a pas consensus pour affirmer ce qu'ils sont”⁴⁴. Si certains auteurs, n'étant satisfaits d'aucune des solutions privées ou publiques, estimaient qu'il pouvait exister entre les personnes publiques et les personnes privées une catégorie particulière de personnes mixtes⁴⁵, d'autres, plus conservateurs,

⁴³ Cf. TC, 7 juillet 1980, *Peschaud* (Rec. CE, p. 510, D. 1980, IR, p. 561, obs. P. Delvolvé, D. 1981, p.296, note J.-Y. Plouvin) ; CE, sect., 19 décembre 1980, *Hechter* (Rec. CE, p. 488, D. 1981, p. 296, note J.-Y. Plouvin, p.431, note G. Simon, D. 1981, IR, p. 109, obs. P. Delvolvé, JCP 1982, G, II, n°19784, note B. Pacteau) ; CE, 11 mai 1984, *Pebeyre* (AJDA 1984, p. 531, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac, D. 1985, p. 65, note J.-P. Karaquillo).

⁴⁴ M. Lascombe, Les ordres professionnels, thèse Strasbourg, 1987, p. 350.

penchaient pour une identification pure et simple aux établissements publics⁴⁶ faisant remarquer qu'en "thèse générale, il semble qu'une corporation ne puisse, au point de vue juridique, jamais être autre chose qu'un établissement public"⁴⁷.

Toujours selon Michel Lascombe⁴⁸, le Conseil d'Etat lui aussi, même s'il se déjugea par la suite⁴⁹, émettait le vœu de considérer les ordres professionnels comme des établissements publics⁵⁰. D'autres auteurs, plus prudents, affirmaient encore, qu'en tout cas, n'étant ni des établissements publics, ni des collectivités territoriales, la qualité de personne publique ne pouvait néanmoins leur être déniée, faisant d'eux une catégorie particulière de personnes publiques⁵¹ et les qualifiant ainsi soit de "personnes publiques innomées"⁵², soit de "personnes morales de droit public"⁵³ ou encore de "personnes administratives spéciales"⁵⁴.

Enfin, se basant sur les conclusions du commissaire du gouvernement Ségalat qui précisait que "les comités ne sont plus des organismes privés : ce ne sont pas des établissements publics. Ils apparaissent, à la vérité, comme une institution entièrement nouvelle qui ne peut pas être intégrée dans les cadres juridiques anciens"⁵⁵, certains auteurs ont soutenu qu'il s'agissait d'organismes d'une essence nouvelle. Ils ont ainsi avancé les qualificatifs "d'organismes professionnels"⁵⁶, de "services publics professionnels"⁵⁷ alors que

⁴⁵ Cf. C. Eisenmann, "L'arrêt Monpeurt : légende ou réalité", *op. cit.*, p. 221 où les ordres professionnels agiraient tantôt comme personne publique, tantôt comme personne privée, le dédoublement fonctionnel induisant le dédoublement organique.

⁴⁶ Cf. Notamment, M. Waline, "Trois points de vue sur l'arrêt Monpeurt", *coll. Droit Social 1943*, 6^{ème} fasc., p.18 ; R. de Lacharrière, "La gestion par les organismes professionnels des services publics de l'économie dirigée", *DS 1943*, p. 269 et *DS 1944*, p. 1 ou encore A. Oudin, *L'ordre des médecins*, thèse Paris, 1941, "L'organisation de la profession dentaire", *DS 1942*, p. 145 et "L'aspect corporatif de l'organisation professionnelle de la pharmacie", *coll. Droit social 1943*, 14^{ème} fasc., p. 33.

⁴⁷ R. de Lacharrière, "L'ordre des médecins et l'ordre des architectes", *DS 1941*, p. 93.

⁴⁸ M. Lascombe, *Les ordres professionnels*, *op. cit.*, p. 351.

⁴⁹ Conseil d'Etat (Section du rapport et des études) - Rapport du 7 février 1985 : "Les établissements publics nationaux : catégories et spécificité", *NED 1985*, n° 4784, p. 83.

⁵⁰ Conseil d'Etat (Assemblée Générale) - Rapport du 15 janvier 1971 : "La réforme des établissements publics", *Documentation française 1972*.

⁵¹ Voir J.-M. Auby, "Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels", *JCP 1973*, G, I, n° 1545.

⁵² Voir D. Linotte, A. Mestre, et R. Romi, *Services publics et droit public économique*, Litec, 1995, 3^{ème} éd., p.297 où les ordres professionnels sont définis comme des personnes publiques innomées.

⁵³ Cf. M. Waline qui leur consacrait un développement à part et qui concluait à propos de l'Ordre des médecins sur le fait qu'il était "*une personne morale de droit public*" (*Traité de droit administratif*, Sirey, 1963, n° 688).

⁵⁴ Les professeurs A. De Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet étudiant, dans leur traité, les ordres professionnels dans un chapitre spécial intitulé "*Les personnes administratives spéciales en dehors des établissements publics*" (*Traité de droit administratif*, LGDJ, 15^{ème} éd., 1999, p. 336).

⁵⁵ Concl. Ségalat sous l'arrêt *Monpeurt* (*JCP 1942*, G, II, n° 2046) auxquelles on peut rattacher les concl. du commissaire du gouvernement Lagrange sous l'arrêt *Bouguen* (*D. 1944*, p. 52).

⁵⁶ Cf. Note A. Mestre sous l'arrêt *Bouguen* (*S. 1944*, 3. 1) où l'auteur indiquait que "*ce qu'il y a de hardi dans cette jurisprudence, ce n'est nullement le renversement des principes consacrés, c'est la reconnaissance d'une catégorie supplémentaire de personnes administratives, celles qui relèvent de l'ordre professionnel [...] : les établissements d'ordre professionnel*".

d'autres voyaient dans ces organismes des qualités ou des critères qui les rapprochaient des corporations d'ancien régime⁵⁸ ou tout simplement des établissements publics à caractère corporatif ou professionnel⁵⁹. Et si l'ensemble de ces solutions pouvait tendre "simplement, par l'attribution d'un qualificatif, à éviter à leurs auteurs la critique du néant par la création d'une catégorie apparemment homogène et logique de personnes publiques "dénommées"⁶⁰, elle témoignait, cependant, des difficultés d'insertion de ces organismes dans les catégories juridiques classiques.

53 - En ce qui concerne les *corps privés non professionnels*, la réticence marquée par le Conseil d'Etat à la reconnaissance de l'intérêt général qui serait attaché aux activités sportives dans leur globalité était significative des hésitations que pouvait engendrer la matière. Si le juge judiciaire a très tôt clarifié les choses et décliné sa compétence au profit de la juridiction administrative⁶¹, sa réponse, fut, comme le relève Gérard Simon, "quelque peu surprenante puisqu'il accueillit l'exception d'incompétence [...] sans consacrer l'existence d'un service public"⁶² et ceci même s'il en laissait sous-entendre la possible reconnaissance⁶³. A l'opposé, le juge administratif témoignait, paradoxalement, d'une certaine réticence devant le particularisme de la matière. Bien que faisant expressément référence à un service public dans ces décisions, il mit du temps à consacrer réellement la reconnaissance d'un service public sportif.

Il fit référence ainsi pour la première fois à la notion de service public à propos de la qualification juridique d'un stade en considérant que "du fait de cette affectation à un service

A. Heilbronner se rattache également à cette doctrine puisqu'il annonçait la naissance d'un véritable pouvoir professionnel dont les ordres étaient la principale manifestation ("Le pouvoir professionnel", EDCE 1952, p.33).

⁵⁷ Voir note C. Célier sous l'arrêt *Bougen* (JCP 1944, G, II, n° 2565), l'auteur précisant que "l'arrêt que nous commentons [...] consacre ainsi l'apparition dans nos institutions d'une branche nouvelle du droit public, le droit professionnel ou droit des services publics professionnels".

⁵⁸ Voir M. Guibal pour qui "la seule démarche logique consiste à démontrer d'abord que l'ordre professionnel est une institution corporative et ensuite qu'il est une institution corporative publique" (Les ordres professionnels, thèse Montpellier, 1970, p. 6).

⁵⁹ Cf. Note P. Laroque sous l'arrêt *Monpeurt* (JCP 1942, G, II, n° 2046) pour qui "les comités d'organisation [...] sont [...] des établissements publics à caractère corporatif ou professionnel soumis à un statut mixte relevant à la fois du droit public et du droit privé".

⁶⁰ M. Lascombe, Les ordres professionnels, *op. cit.*, p. 356.

⁶¹ TGI Paris, 25 octobre 1969, *Club sportif des Pierrots de Strasbourg contre Fédération française de Volley-Ball* (D. 1970, jurisp., p. 448, note J.-G. Bertrand) ; Cass, civ, 1^{ère}, 7 octobre 1975, *F.F.J. contre F.F.K.* (JCP 1976, II, n° 18468, note J.-Y. Plouvin, D. 1976, p. 389, note F. Moderne) ; TGI Paris, 12 juin 1979, *Freyse, Vacquier et Bruscart contre Fédération Françaises de Tir* (D. 1979, IR, p. 541, obs. F. Alaphilippe et J.-P. Karaquillo).

⁶² G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, *op. cit.*, p. 197.

⁶³ Le juge judiciaire ne voyait pas dans l'organisation des compétitions sportives un service public mais plutôt des "rapports institutionnels" échappant par leur nature au droit privé.

public et de l'aménagement dont il a été l'objet à cette occasion [...] ledit stade s'est trouvé incorporé au domaine public communal⁶⁴. En agissant de la sorte, il exploitait expressément la notion de service public mais il basait davantage sa solution sur l'affectation initiale du stade à la population locale ou sur le fait que le stade soit une propriété communale que sur la reconnaissance même d'un service public des sports. Par la suite, il fut amené à se prononcer à propos de la détermination du caractère d'un contrat de location d'installations sportives⁶⁵. Si le tribunal administratif et le commissaire du gouvernement étaient ouverts à la thèse du service public pour reconnaître le caractère administratif du contrat, le Conseil d'Etat préféra se fonder non pas sur l'objet du contrat mais plus précisément sur les clauses exorbitantes que ce contrat contenait, hésitant de la sorte à reconnaître pleinement l'existence d'un service public sportif. Pourtant, le commissaire du gouvernement Bertrand avait une opinion qui revenait pour l'essentiel à identifier organisation des compétitions et service public, l'organisation des spectacles sportifs ne pouvant que faire partie intégrante du service public car, selon lui, "dans une civilisation désormais collective, l'organisation des loisirs, eux aussi collectifs, répond à un besoin certain de la population : leur organisation présente donc un intérêt public"⁶⁶. Finalement, si la démarche du juge pouvait s'avérer réticente vis à vis de ces corps privés, c'est que leur subordination au droit public était aussi nouvelle et allait changer certaines données en la matière.

2. La remise en cause de principes traditionnels

54 - En subordonnant le pouvoir disciplinaire des corps privés au droit public, on bouleversait des données qui paraissaient, de prime abord, définitivement acquises. Ainsi, en ce qui concerne les *corps privés professionnels*, la soumission par la reconnaissance d'une mission de service public des ordres professionnels entraînait comme conséquence première de faire perdre à la notion de service public sa signification formelle ou organique. La gestion des services publics pouvait désormais être confiée, non plus seulement aux personnes publiques classiques, mais encore à des organismes qui constituaient des personnes purement privées. En conséquence, avant la reconnaissance d'une telle mission, le contentieux administratif n'était concevable que lorsqu'était en cause au moins une personne morale de

⁶⁴ CE, 17 juillet 1961, *Ville de Toulouse contre Toulouse Football Club* (Rec. CE, p. 513, AJDA 1961, p. 467 et 492).

⁶⁵ CE, 26 février 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes* (Rec. CE, p. 133, RDP 1965, p. 506, concl. Bertrand, p. 1175, note M. Waline, CJEG 1966, p. 32, note A. C.).

⁶⁶ Concl. préc., RDP 1965, p. 506.

droit public. Un particulier ou un organisme privé, même chargé d'un service public, même disposant de pouvoirs exorbitants du droit commun, ne pouvait faire de véritables actes administratifs et entraîner de la sorte la compétence du juge administratif. Désormais et en application de la solution retenue, le contentieux administratif sera ouvert à tout acte quel qu'en soit l'auteur à partir du moment où il se rattache à la gestion d'un service public et révèle l'emploi de procédés de droit public. Enfin, si les établissements publics se définissaient, de façon traditionnelle, comme des services publics dotés de la personnalité morale ou de personnes morales dotées de prérogatives de puissance publique, il existe maintenant des services publics personnalisés ainsi que des personnes dotées de prérogatives de puissance publique qui ne sont pas expressément des établissements publics.

55 - Dans la même logique et concernant cette fois-ci les *corps privés non professionnels*, la jurisprudence en matière de fédérations sportives et d'activités sportives allait témoigner d'une "conception singulièrement relâchée du service public"⁶⁷ et allait couvrir "du pavillon du service public (administratif qui plus est !) une marchandise des plus douteuses"⁶⁸. Si la majorité de la doctrine ne remettait pas en cause le principe de sa possible existence, il y avait néanmoins des divergences sur le contenu même de ce service public, lequel se heurtait à de nombreuses réserves⁶⁹. Mais plus que ces divergences doctrinales, ce sont les attitudes des différents commissaires du gouvernement qui méritaient d'être relevées et qui démontraient les difficultés liées à la définition du contenu de ce service public.

Ainsi, par exemple, la logique suggérée par le commissaire du gouvernement Théry⁷⁰ de dénier aux activités sportives le caractère de service public était, en ce sens, particulièrement significative. Ce dernier s'attachait à démontrer par une analyse littérale de l'ordonnance n° 45-1922 du 28 août 1945, que si l'activité sportive présentait un intérêt général, on ne pouvait pas, de ce seul fait, en déduire l'existence d'un service public. Il insistait, en conséquence, sur l'action de l'Etat, pour le moins modeste en la matière, relevant que les organes de direction du sport ne devaient ni leur existence, ni leur organisation à l'Etat, et que ce dernier n'avait qu'un rôle d'impulsion et de direction et non d'organisation. Le commissaire du gouvernement estimait, à cet égard, que "l'Etat s'est seulement donné les moyens d'obliger ces groupements à se doter d'une structure adaptée à leurs objectifs comme

⁶⁷ F. Moderne, note sous CE, 26 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme* (AJDA 1977, p. 147).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 147.

⁶⁹ Voir, en ce sens, G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, *op. cit.*, p. 193 et suiv.

⁷⁰ Concl. sous CE, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport* (Rec. CE, p. 577).

d'orienter leur action dans le sens des intérêts généraux dont il a la garde⁷¹ et qu'il "paraissait, au contraire, avoir voulu prendre un certain recul à l'égard de la gestion d'activités de nature extrêmement diverse, en en laissant à des groupements privés l'entière responsabilité"⁷².

56 - La position du commissaire du gouvernement Galabert à propos de l'exercice des prérogatives de puissance publique⁷³ témoigne aussi des difficultés de définition. Evoquant "des doutes beaucoup plus sérieux"⁷⁴ sur cet aspect, il relevait le fait "qu'il n'est pas certain qu'en prononçant des sanctions à l'égard de ses adhérents une fédération sportive exerce nécessairement une prérogative de puissance publique et que son pouvoir de prendre des sanctions ne trouve pas un fondement suffisant dans les pouvoirs statutaires normaux qui sont ceux d'une association à l'égard de ses adhérents"⁷⁵. Ne pas reconnaître un caractère administratif à la sanction disciplinaire en cause était tout à fait concevable selon lui à partir du moment où les fédérations sportives, n'étaient pas, contrairement aux comités d'organisation ou autres ordres professionnels, "créées par le législateur ou à son instigation et [...] dotées par la loi du pouvoir d'imposer à certains administrés par voie unilatérale des obligations qu'il est exclu qu'une personne privée puisse imposer à une autre"⁷⁶. Rejoignant ensuite les propos du commissaire du gouvernement Théry, il soulignait l'intervention prudente de l'Etat en la matière, "à la fois, semble-t-il, par respect de leur indépendance et par désir de ne pas se mêler trop directement de conflits délicats de personnes"⁷⁷. Enfin, il insistait aussi sur le fait que les sanctions prises par les fédérations à l'égard de leur membres, malgré la réglementation à laquelle les fédérations pouvaient être soumises, s'inséraient dans des rapports de droit privé basés sur leur statuts qui sont encore, y compris pour les fédérations reconnues d'utilité publique, des statuts de droit privé⁷⁸. Si l'assujettissement au droit public des institutions disciplinaires s'est révélé, en définitive, issu d'une démarche audacieuse qui ne s'imposait pas forcément, la dépendance des institutions de régulation à l'égard de ce même droit public allait procéder de la même logique.

⁷¹ Concl. préc. sous CE, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, p. 584.

⁷² *Ibid.*, p. 584.

⁷³ Concl. sous CE, 26 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme* (*AJDA* 1977, p. 139).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 140.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 141.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁸ En ce sens, la jurisprudence judiciaire a longtemps consacré cette conception purement privée des sanctions prononcées par les fédérations sportives à l'égard de leurs adhérents (par ex., Trib.Civ.Seine, 26 mars 1930, GP 1930. 1. 921) et ceci même après l'ord. n° 45-1922 préc. du 28 août 1945 (Trib.Civ.Seine, 19 février 1957, JCP 1957, G, II, n° 10660, note J. Brethe de la Gressaye).

§ 2 : *L'assujettissement conforme des institutions régulatrices*

57 - Si la Commission nationale de l'informatique et des libertés a officiellement inauguré la catégorie des autorités administratives indépendantes⁷⁹, elle resta longtemps la seule de son espèce sachant que les trois autorités qui avaient également bénéficié de ce label furent, par la suite, supprimées⁸⁰. Aujourd'hui, si d'autres autorités sont qualifiées expressément "d'autorité administrative indépendante"⁸¹, il faut reconnaître que, dans la plupart des cas, la loi est restée incertaine ou silencieuse quant à la qualité des organismes en cause⁸². La définition par le législateur de la nature juridique du Conseil des marchés financiers est encore plus confuse, notamment du fait de sa personnalité juridique pour le moins complexe⁸³. Le professeur Chapus notait ainsi que si "les indices de l'établissement

⁷⁹ Art. 8 al. 1 de la loi n° 78-17 préc. du 6 janvier 1978 qui dispose : "La commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante".

⁸⁰ - C'est le cas pour la CTPP (art. 16 de la loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 (JO 24 octobre 1984, p. 3323) visant à limiter la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse).

- C'est le cas pour la Commission de la concurrence (art. 6 de la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 (JO 30-31 décembre 1985, p. 15513) portant amélioration de la concurrence).

- C'est le cas pour la CNCL (art. 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 (JO 1^{er} octobre 1986, p. 11755) de réglementation des télécommunications).

⁸¹ - Le CPLD bénéficie expressément de l'onction "autorité administrative indépendante" (art. 14 de la loi n° 99-223 du 23 mars 1999 (JO 24 mars 1999, p. 4399) relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage).

- Il en est de même pour la nouvelle ACNSA (art. 1^{er} de la loi n° 99-588 du 12 juillet 1999 (JO 13 juillet 1999, p.10400) portant création de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, art. L. 227-1 modifié du Code de l'aviation civile), la récente Commission nationale de déontologie de la sécurité (art. 1^{er} de la loi n°2000-494 du 6 juin 2000 (JO 7 juin 2000, p. 8562) portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité) et la dernière Commission nationale du débat public (art. 134 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 (JO 28 février 2002, p. 3808) relative à la démocratie de proximité).

- La COB bénéficie également de cette onction à travers l'article 89 de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996 mais la loi ne fait que confirmer la qualification jurisprudentielle déjà effectuée par le Conseil d'Etat dans sa décision : CE, 5 novembre 1993, Commission des opérations de bourse (Rec. CE, p. 624) et le Conseil constitutionnel dans sa décision : CC, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier préc. alors qu'au départ les textes instituant cette autorité ne la qualifiait pas.

- L'appellation d'autorité administrative indépendante a été aussi retenue en faveur de deux instances : le Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (art. 27 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 (JO 14 juillet 1989, p. 8860) d'orientation sur l'éducation), la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (art. 13 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 (JO 13 juillet 1991, p. 9167) relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications et la Commission consultative du secret de la défense nationale (art. 1^{er} de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 (JO 9 juillet 1998, p. 10488) instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale mais dans des conditions contestables puisque ces autorités ne disposent pas d'un véritable pouvoir de décision.

⁸² Ainsi, pour ne retenir que celles disposant d'un pouvoir de sanction, on peut citer le CSA bénéficiant de la qualification "d'autorité indépendante" (art. 1^{er} de la loi n° 89-25 préc. du 17 janvier 1989) ; le Conseil de la concurrence (ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986) ; le Conseil de discipline de la gestion financière (loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996) ; la CCA (art. 30 de la loi n° 89-1014 préc. du 31 décembre 1989) ; l'ART (loi n° 96-659 préc. du 26 juillet 1996) ; la CRE (art.28 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000).

public sont réunis, on ne peut cependant exclure qu'il apparaisse plus opportun que cette "autorité professionnelle" dotée de la personnalité morale soit une institution de droit privé⁸⁴.

Mais bien plus encore que cette institution particulière, c'est l'exemple du secteur de la concurrence qui allait marquer le plus les difficultés du législateur. Si les organismes initiaux du secteur, en l'occurrence, la Commission technique des ententes⁸⁵, devenue, par la suite, Commission technique des ententes et des positions dominantes⁸⁶, étaient déjà, des organismes innomés, la Commission de la concurrence⁸⁷ qui leur a succédé, procédait de même avant d'être finalement qualifiée expressément "d'organe administratif indépendant"⁸⁸. Pourtant, alors même que certains contestaient formellement ce choix⁸⁹, l'ordonnance instituant le Conseil de la concurrence⁹⁰ en remplacement de cette commission, allait encore, plutôt que de confirmer la qualification de 1985, s'abstenir de définir juridiquement le nouvel organe. En définitive, la compétence administrative n'a jamais été exprimée en termes précis ou formels et s'est installée de manière pour le moins implicite (A), ce caractère entraînant, *de facto*, de nombreuses controverses quant à la déduction de la qualification ainsi prêtée (B).

⁸³ Les art. 27 et suiv. de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996 instituent une autorité professionnelle dotée de la personnalité morale (art. 27 al. 1) et non point une autorité administrative.

Voir en ce sens CA Paris, 11 juin 1997, *Géniteau* (D. 1997, IR, p. 168, RDBB 1997, p. 167) et les commentaires de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 préc. : C. Leroy (DA 1996, fasc. 12, p. 6) ; J. Mestre (*Lamy Sociétés Commerciales* 1996, n° 83, septembre, p. 1) ; A. Couret (*Lamy Droit du financement* 1996, n° 69, novembre, p.2) ; J. Tricou (B et D 1996, n° 174, octobre, p. 55).

⁸⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2000, p. 190.

⁸⁵ Créée par le décret n° 53-704 du 9 août 1953 (JO 10 août 1953, p. 7050) relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, cette première législation de la concurrence apparaissant plus comme une sorte d'auxiliaire de la politique des prix que comme une discipline autonome.

⁸⁶ Changement de dénomination lorsque le droit de la concurrence a été élargi au delà du seul régime des prix par l'ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 (JO 29 septembre 1967, p. 9582).

La commission était, à ce stade et quel que soit sa dénomination, un organisme technique et purement consultatif qui donnait au ministre de l'économie un avis sur l'existence d'une infraction et sur les facteurs de progrès économiques qui pouvaient la justifier.

⁸⁷ La Commission de la concurrence fut mise en place en France sous l'influence européenne d'une politique de concurrence plus active prônant un système de contrôle des concentrations économiques (loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 (JO 20 juillet 1977, p. 3834) de contrôle de la concentration économique et répression des ententes illicites et des abus de position dominante et décret d'application n° 77-1189 du 25 octobre 1977 (JO 26 octobre 1977, p. 5223)).

⁸⁸ Art. 6 de la loi n° 85-1408 préc. du 30 décembre 1985.

⁸⁹ Par ex., P. Sabourin, "Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle", *AJDA* 1983, p.282 selon qui "le ministre détient en toutes hypothèses l'appréciation d'opportunité. La commission n'est donc pas une autorité administrative représentant l'Etat. C'est le ministre qui reste l'autorité administrative".

⁹⁰ Ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986.

A - Une compétence administrative implicite

58 - Saisi de façon ponctuelle à l'occasion de tel ou tel litige, le juge administratif s'est montré, sur la base d'un raisonnement allant du particulier au général, nettement favorable à la nature administrative de ces autorités et tendait ainsi à l'affirmation de sa compétence sur des actes d'autorités qui paraissaient, de prime abord, pouvoir lui résister (1). Le Conseil constitutionnel, de son côté, emboîtait le pas du Conseil d'Etat, en considérant de manière favorable l'assujettissement des organismes en cause tout en faisant certains compromis (2).

1. La démarche inductive du juge administratif

59 - La détermination par le juge administratif de la nature d'un organe précède généralement la définition du régime juridique de son activité⁹¹, or, comme le souligne Jean-Louis Autin, "par un renversement de perspective dont celui-ci est familier, c'est la démarche inverse qui a prévalu"⁹² pour les institutions régulatrices. Si la logique commandait que ces nouvelles autorités soient d'abord identifiées comme autorité administrative pour conclure ensuite à l'application du droit public et à la compétence, au contentieux, du juge administratif, ce dernier s'est contenté d'admettre sa compétence au coup par coup, "de façon assez naturelle, généralement sans explications"⁹³ et sur la base plutôt d'un "raisonnement implicite et inductif sujet à discussion"⁹⁴.

Si le Conseil d'Etat a estimé un certain nombre de recours recevables, il ne s'est, en revanche, pas assuré, de manière explicite pour ce faire, de la validité de la qualification d'autorité administrative⁹⁵. Nonobstant les cas où la loi, elle-même, a qualifié l'organisme d'autorité administrative⁹⁶, les cas où le rejet du recours s'imposait⁹⁷, les cas où elle a prévu

⁹¹ Encore qu'on ait vu que le Conseil d'Etat pouvait passer souvent outre quant à la soumission des ordres professionnels au droit public.

⁹² J.-L. Autin, "Le contrôle des autorités administratives par le Conseil d'Etat est-il pertinent ?", RDP 1991, p.1546.

⁹³ C. Teitgen-Colly, "Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution", *op. cit.*, p. 55.

⁹⁴ J.-L. Autin, "Le contrôle des autorités administratives par le Conseil d'Etat est-il pertinent ?", *op. cit.*, p. 1546.

⁹⁵ Sur cette qualification d'autorité administrative, voir l'étude principale, mais déjà ancienne de P. Sabourin, Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français, LGDJ, 1966.

⁹⁶ C'est le cas pour *la CNIL* (art. 8 al. 1 de la loi n° 78-17 préc. du 6 janvier 1978 et CE, Ass., 12 mars 1982, *CGT*, AJDA 1982, p. 541, concl. Dondoux, RDP 1982, p. 1617, note J.-M. Auby), pour *la COB* (art. 89 de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996 mais le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé en ce sens : CE, 5 novembre 1993, *COB* préc.) ou encore pour le *CPLD* (art. 14 de la loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999).

⁹⁷ C'est le cas, par ex., pour les avis de la *CNIL* (CE, 21 novembre 1984, *Kaberseli*, RA 1988, p. 124, note J. Frayssinet) ou de la *CADA* (CE, 17 avril 1983, *Zanone*, DA 1983, n° 224 et CE, 21 novembre 1986, *Dame Marabuto*, DA 1987, n° 1) qui ne constituent pas des décisions administratives faisant grief.

expressément la recevabilité du recours pour excès de pouvoir⁹⁸ ou du recours de plein contentieux⁹⁹, le juge, lorsqu'il a été saisi d'un litige relatif aux actes de ces autorités, a toujours examiné le recours qui lui était déféré sans s'arrêter au problème de sa compétence¹⁰⁰ ou alors en ne l'évoquant que de manière laconique¹⁰¹.

A ce propos, un auteur souligne que “la vénérable institution du Palais-Royal conserve un formidable appétit et parvient à assimiler des innovations qui, à première vue, pouvaient sembler les moins passibles de ses analyses traditionnelles”¹⁰². Le mode de raisonnement retenu par le Conseil d'Etat pour inclure ces organes dans la sphère administrative répond ainsi aux exigences de principes traditionnels de notre droit conduisant à défendre l'idée du caractère administratif des nouvelles autorités. Dès lors, suivant la classification tripartite retenue depuis Montesquieu¹⁰³, elles appartiennent nécessairement à l'un des trois pouvoirs, législatif, exécutif ou judiciaire. Comme elles ne sont ni des organes parlementaires¹⁰⁴, ni des organes juridictionnels¹⁰⁵, elles ne peuvent alors relever que du pouvoir exécutif et ainsi qu'appartenir à la sphère administrative¹⁰⁶ au sein de laquelle, elles constituent une catégorie juridique spécifique.

C'est le cas encore des réponses adressées par le *Médiateur* aux parlementaires qui l'ont saisi “*qui n'ont pas le caractère de décisions administratives susceptibles de faire l'objet de recours par la voie contentieuse*” (voir, par ex., CE, 11 janvier 1985, *Mme Deleuse*, DA 1985, n° 84 ou CE, 12 juin 1985, *Gillot*, DA 1985, n° 386).

⁹⁸ Les mises au point de la *Commission des sondages*, “*sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat*” ; voir, à cet égard, CE, Ass, 22 décembre 1982, *D'Orcival* (Rec. CE, p. 437 ; AJDA 1983, p. 321, concl. Robineau).

Il en va de même pour la *Commission du droit de réponse*, voir, par ex., CE, 6 juin 1976, *Germès* (AJDA 1976, p. 418).

⁹⁹ C'est le cas de la quasi-totalité des textes récents : le *CSA* (art. 42-8 de la loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986 modifié par l'art. 19 de la loi n°89-25 préc. du 17 janvier 1989), la *CCA* (art. 31 de la loi n° 89-1014 préc. du 31 décembre 1989), l'*ART* (art. 8 de la loi n° 96-659 préc. du 26 juillet 1996), le *CPLD* (art. 26 de la loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999), l'*ACNSA* (art. 1^{er} de la loi n° 99-588 préc. du 12 juillet 1999) ou encore la *CRE* (art. 40 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000).

¹⁰⁰ C'est le cas, notamment, pour la *HACA* (CE, 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, D. 1986, p. 12, note A. Honorat et AJDA 1985, p. 412).

¹⁰¹ Notamment pour le *Médiateur* où le Conseil d'Etat se borne seulement à souligner : “*qu'en raison notamment de son mode de nomination, le Médiateur a le caractère d'une autorité administrative*” (CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, Rec. CE, p. 303, AJDA 1981, p. 467, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre, D. 1981, p. 622, note Y. Gaudemet et IR, p. 528, obs. P. Delvolvé, RA 1981, p. 493, note S. Rials, RDP 1981, p. 1441, concl. Franc et p.1687, note J.-M. Auby).

¹⁰² Note préc. de S. Rials sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, p. 494.

¹⁰³ Voir, en ce sens, Charles de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, *L'esprit des lois*, chapitre VI du Livre XI, La Constitution d'Angleterre, 1748.

¹⁰⁴ Il y a une indépendance tant organique que fonctionnelle à l'égard du parlement même si, par ex., le *Médiateur* peut être saisi par des parlementaires ou si certains rapports sont adressés au Parlement ou encore certains membres nommés par le Parlement.

¹⁰⁵ Les décisions des autorités administratives indépendantes n'ont pas autorité de chose jugée et leur mission ne réside pas dans la solution de litiges individuels mais dans une fonction générale plus sectorielle.

¹⁰⁶ Dans le respect du principe de souveraineté nationale (art. 3 DDHC), l'administration est subordonnée à l'exécutif (art. 20 C° : “*Le gouvernement [...] dispose de l'administration [...]*”).

60 - Le commissaire du gouvernement Franc concluait ainsi à propos du Médiateur: “il ne s'agit pas d'affirmer qu'il s'agit d'une administration classique au sens où l'entend le droit administratif [...] en réalité, le Médiateur est une institution administrative originale mais qui s'intègre au pouvoir exécutif”¹⁰⁷. Jacques Chevallier, quant à lui, s'appuie, de façon concrète, sur ce raisonnement et précise que : “le caractère administratif des autorités indépendantes se déduit par voie d'éliminations successives [...]. Ces autorités, tout d'abord, ne sont pas des organes constitutionnels [...]. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles relèvent de la sphère parlementaire [...]. Comme ces autorités n'ont, par ailleurs, aucun caractère juridictionnel et ont été, à dessein, soustraites à l'emprise gouvernementale, elles ne peuvent entrer que dans la catégorie résiduelle des autorités administratives”¹⁰⁸.

Le caractère administratif est donc affirmé avant tout sur la base de traditions et de principes constitutionnels mais à s'en tenir rigoureusement à ces principes constitutionnels, certains auteurs ont soutenu l'idée selon laquelle l'expression consacrée “d'autorité administrative indépendante” serait alors contradictoire dans les termes, une autorité ne pouvant à la fois être considérée comme administrative et bénéficier d'un statut d'indépendance qui est traditionnellement réservé à l'autorité judiciaire. C'est ce que suggère notamment Guy Braibant à propos de la Commission nationale de l'informatique et des libertés : “la CNIL est plutôt un organisme autonome car il est difficile de parler d'indépendance des autorités administratives à l'égard du gouvernement [...]. Dans notre tradition politique, en effet, l'administration n'est pas, du moins, en principe, indépendante : elle est subordonnée au gouvernement et, à travers lui, au Parlement. L'indépendance est réservée par la Constitution à l'autorité judiciaire, et l'on sait combien d'ailleurs elle est relative”¹⁰⁹. Pourtant, cette argumentation d'incompatibilité constitutionnelle n'a pas trouvé d'écho favorable devant le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁷ Concl. Franc sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, p. 1588.

¹⁰⁸ J. Chevallier, “Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, n° 13.

¹⁰⁹ G. Braibant, “Droit d'accès et droit à l'information”, *Mélanges Charlier*, Emile-Paul, 1981, p. 708 et 709 et intervention in C.-A. Colliard et G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 290 (chapitre VI, “*Eléments de discussion*”).

Voir P. Sabourin, “Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle”, *op. cit.*, p.291, l'auteur trouvant “ces remarques de fond [...] tout à fait pertinentes. Car le droit constitutionnel nous enseigne en effet la dépendance de l'administration au gouvernement et au Parlement”.

Voir aussi J.-L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, JCL Adm, fasc. 75, 1997, p. 4, l'auteur affirmant que “la thèse peut se réclamer d'excellents arguments tirés pour l'essentiel de l'article 20 de la Constitution qui utilise une formule très énergique [...] pour désigner la relation qui les unit. Cette exigence serait inhérente au principe de responsabilité du gouvernement devant le Parlement, qui inclut les mises en cause dont il peut faire l'objet à raison du fonctionnement des services administratifs. Elle serait en outre conforme à la logique

2. Le compromis du juge constitutionnel

61 - Si le juge constitutionnel a assorti ses décisions de conformité, de certaines conditions et de certaines réserves, il n'a, en aucun cas, censuré un texte de loi instituant une telle autorité au motif invoqué. Il a d'abord accepté l'existence de ces autorités nouvelles en les considérant à la fois comme administratives et indépendantes et en accordant peu d'importance aux variantes du langage législatif. Il confirmait ainsi la qualification législative¹¹⁰ ou procédait lui-même à cette qualification¹¹¹ mais toujours, suivant en cela le Conseil d'Etat et la doctrine, sans justifier une telle qualification. Mais si le caractère administratif était ainsi marqué, l'indépendance restait aussi, parallèlement, affirmée par le Conseil, en aucun cas, cette dernière était condamnée ou jugée incompatible avec la constitution¹¹² mais la jurisprudence du Conseil restait alors peu diserte sur le sujet.

Ce dernier ne voyait ainsi aucune contradiction de principe dans le fait qu'une autorité puisse être à la fois administrative et indépendante, mais il adoptait certaines mises en garde et certaines réserves. Comme le note Jean-Louis Autin, à la question de la constitutionnalité, la haute juridiction apporte plutôt "une réponse de compatibilité constitutionnelle et non de conformité pure et simple"¹¹³. Pour ne pas condamner sans appel une formule institutionnelle

puisque, dépourvus de toute personnalité juridique les organismes en cause sont censés représenter l'Etat, agissent en son nom et pour son compte dans une relation qui exclut précisément l'idée d'indépendance".

¹¹⁰ C'est le cas, par ex., pour la CTPP où le Conseil confirme la qualification donnée par l'art. 16 de la loi n° 84-937 préc. du 23 octobre 1984 (79^{ème} considérant de la décision CC n° 84-181 DC, 10 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. CC, p. 78, RJC, p. I-199, GDCC, n° 36, p. 574, Pouvoirs 1985, n° 33, p. 163, chron. P. Avril et J. Gicquel, AJDA 1984, p. 689, note J.-J. Bienvenue, RDP 1986, p. 395, chron. L. Favoreu, GP 1984, 2-4 décembre, note D. Perrier-Daville, RA 1984, p. 580, note M. De Villiers, RSC 1985, p. 3, note S. Hubac et J.-E. Schoettl, AJDA 1984, p. 644, art. J.-C. Masclet) ou pour la CNCL où le Conseil confirme, de même, la qualification donnée par l'art. 4 de la loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986 (96^{ème} considérant de la décision CC, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* (Rec. CC, p. 141, RJC, p. I-283, JO 19 septembre 1986, p. 11302, RDP 1989, p. 399, chron. L. Favoreu, AJJC 1986, p. 430 et p. 442, chron. B. Genevois, AJDA 1987, p. 102, note P. Wachsmann, D. 1987, somm., p. 381, note H. Maisl, RA 1986, p. 458 et 564, note R. Etien, RSés 1986, p. 608, note Y. Guyon, LPA 1986, 12 et 14 novembre, note B. Maligner).

¹¹¹ - C'est le cas, par ex., du Conseil de la concurrence qualifié "d'organisme administratif" (17^{ème} considérant décision CC, n° 86-224 DC préc. du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*).

- C'est le cas, encore, du CSA qualifié "d'autorité administrative indépendante" alors que le législateur avait retenu la dénomination "d'autorité indépendante" (27^{ème} considérant décision CC, n° 88-248 DC préc. du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication*).

- C'est le cas, aussi, de la COB qualifiée d'autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique (6^{ème} considérant décision CC, n° 89-260 DC préc. du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*).

¹¹² Aucune interprétation autorisée ne figure dans la jurisprudence du Conseil quant à la relation de subordination dans laquelle l'administration est tenue à l'égard du gouvernement. Le moyen tenant à la violation de l'article 20 C° préc. n'étant, ni soulevé par les auteurs des saisines, ni soulevé d'office par le Conseil constitutionnel.

¹¹³ J.-L. Autin, "Les autorités administratives et la constitution", *op. cit.*, p. 335.

qui paraissait recueillir l'assentiment de la représentation nationale et les faveurs de l'opinion publique et pour, néanmoins, insérer ces organismes dans les cadres institutionnels classiques, le Conseil a donc adopté une solution de compromis avec certains ajustements. Ainsi, selon la formule imagée de Catherine Teitgen-Colly, "l'insertion d'une toile baroque dans un cadre classique impose en réalité inévitablement des ajustements qui confèrent originalité au tableau"¹¹⁴. En ce sens, le juge constitutionnel laisse toute compétence au législateur pour créer et aménager ces institutions¹¹⁵. Il réduit ainsi leur atypisme, les réintègre dans le schéma institutionnel existant et désamorce en cela, "le potentiel subversif que comporte intrinsèquement leur appellation"¹¹⁶. Cette compétence reconnue au législateur révèle que, pour le Conseil, l'existence de ces autorités ne répond pas à une exigence constitutionnelle et, qu'ainsi, l'inscription de ces institutions dans le texte de la Constitution ne produit pas, en elle-même, de garantie d'indépendance.

62 - Cependant, la compétence législative ne saurait être sans limite, l'exercice de son pouvoir par le législateur "ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel"¹¹⁷. En d'autres termes, c'est donc "le régime juridique des instances en cause qui détermine leur degré d'indépendance et non la qualité du texte qui consacre leur existence"¹¹⁸. Dans ce sens, le Conseil constitutionnel semble s'être bien gardé d'adopter des solutions catégoriques puisqu'on ne trouve en aucun cas de définition ou de conception explicite de la notion d'indépendance¹¹⁹. Certes, le Conseil traite de cette notion d'indépendance¹²⁰ mais il ne dévoile pas son véritable contenu. On observe, sur un plan

¹¹⁴ C. Teitgen-Colly, *Les instances de régulation et la constitution*, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁵ Le Conseil constitutionnel s'incline donc devant le choix du législateur en témoigne le considérant suivant : "la CNCL est une autorité administrative indépendante, que l'indépendance ainsi confiée à cet organisme qui est, dans son principe, conforme à la conciliation à opérer entre la liberté de communication des pensées et des opinions et les objectifs de valeur constitutionnelle touchant notamment à la sauvegarde du pluralisme implique [...] " (96^e considérant décision CC, n° 86-217 DC préc. du 18 septembre 1986).

¹¹⁶ J.-L. Autin, "Les autorités administratives indépendantes et la constitution", *op. cit.*, p. 335.

¹¹⁷ Voir, par ex., décision de principe n° 86-217 DC préc. du 18 septembre 1986 pour la *Commission nationale pour la communication et les libertés* (4^{ème} considérant).

¹¹⁸ A. Rouyere, "Faut-il faire figurer les autorités administratives indépendantes dans la constitution ?", *LPA* 1992, 4 mai, n° 54, p. 59.

¹¹⁹ Même remarque pour le Conseil d'Etat qui n'a eu, *a priori*, à se prononcer sur la question de l'indépendance qu'à propos de la *Commission de la concurrence* et si la loi n'imposait pas cette indépendance en l'espèce, le Conseil d'Etat a répondu aux moyens développés par les requérants touchant à l'indépendance en se contentant d'indiquer qu'aucun des griefs invoqués, tenant soit à l'institution d'une vice-présidence, soit aux modalités de désignation d'un rapporteur général ou d'un commissaire du gouvernement auprès de la Commission, n'était de nature à altérer son indépendance.

Voir, à cet égard, CE, Ass., 13 mars 1981, *Ordre des Avocats à la Cour d'appel de Paris et SARL Armand Pellerin* (*Rec. CE*, p. 135, *D. 1981*, p. 418, note C. Gavalda, *RDP 1981*, p. 1428, note Y. Gaudemet).

¹²⁰ Précisément à propos d'instances dotées de pouvoirs répressifs comme à travers la décision CC, n° 88-248 DC préc. du 17 janvier 1989 où le juge insiste sur l'indépendance consentie par la loi au CSA (27^{ème} considérant)

organique comme sur un plan fonctionnel, qu'aucun élément du statut de ces autorités n'est jugé comme déterminant, le juge constitutionnel privilégiant la méthode du faisceau d'indices et une "vision subjective et impressionniste de l'indépendance"¹²¹. Par exemple, aucune règle n'est posée ainsi pour limiter la composition de ces autorités nouvelles qui reste, pour le moins, diversifiée¹²². Aucune règle, n'est posée, de même, concernant le fonctionnement financier de ces nouvelles instances¹²³.

En réalité, le Conseil ne formule d'exigence en matière d'indépendance qu'à propos de l'octroi de pouvoirs répressifs à ces instances¹²⁴ soutenant alors cette dernière "dans la capacité des instances régulatrices à se déterminer à l'abri de la pression des intérêts publics et privés, c'est à dire à agir en toute impartialité"¹²⁵. C'est là la seule obligation tenant à l'indépendance que le Conseil formule. Par delà les règles tenant à l'organisation des instances évoquées précédemment, c'est finalement dans le souci d'une "légitimité procédurale"¹²⁶ que se trouve la principale garantie de l'indépendance des autorités nouvelles. En définitive, on peut dire que "la raison juridictionnelle l'a finalement emporté sur le doute cartésien"¹²⁷. La qualification d'autorité administrative comme le compromis lié à l'idée d'indépendance permettent, au delà du débat doctrinal, d'insérer les organismes en cause dans le système institutionnel classique. Pourtant, l'opportunité du contrôle du juge administratif n'a pas été accueilli très favorablement en doctrine et reste encore aujourd'hui discutée.

pour retenir, par la suite, l'indépendance comme premier élément de la constitutionnalité (30^{ème} considérant). Il en va de même à propos de la décision préc. concernant la COB en des termes toutefois plus complets (9^{ème} et 14^{ème} considérant).

¹²¹ C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la constitution", *op. cit.*, p. 239.

C'est par l'aménagement de garanties statutaires (inamovibilité, caractère non renouvelable du mandat, régime d'incompatibilité ou d'inéligibilité, absence de rapport de hiérarchie ou de tutelle avec un pouvoir institué) ou de caractéristiques fonctionnelles (financement, moyens en personnel, plus ou moins grande autonomie de gestion) que s'établit le caractère indépendant.

¹²² Le président de l'instance nouvelle peut, par ex., être nommé par l'exécutif, ne sont exclus ni les juges, ni les parlementaires, ni les membres du gouvernement, l'existence d'un régime d'incompatibilité n'est pas non plus nécessaire.

¹²³ Les modalités du financement par ressources propres sont variables, le Conseil constitutionnel s'étant juste opposé à ce que ces instances nouvelles déterminent elles-mêmes les crédits budgétaires nécessaires à leur fonctionnement.

¹²⁴ Notamment concernant le CSA ou la COB.

¹²⁵ C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la constitution", *op. cit.*, p. 242.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 243.

¹²⁷ J.-L. Autin, "Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ?", *op. cit.*, p. 1536.

B - Une compétence administrative discutée

63 - *A priori*, si on tient compte des remarques précédentes et des attitudes respectives du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, la qualification administrative devrait aller de soi. Les nouvelles autorités sont des organismes créés par l'Etat, elles n'ont ni personnalité morale, ni patrimoine propre. Elles fonctionnent, de même, grâce notamment aux subventions de l'Etat tout en engageant la responsabilité de ce dernier en cas de requête les mettant en cause. Pourtant, le raisonnement amenant la déduction de la qualification a prêté beaucoup à discussion. En témoigne la seule espèce contentieuse dans laquelle le Conseil d'Etat a pris explicitement position à ce sujet¹²⁸ et qui n'a pas été accueilli très favorablement en doctrine¹²⁹, cette dernière dénonçant surtout le raisonnement plus formel que rigoureux du juge (1). A côté de cela, se développe aussi, sur un plan plus général et de façon plus récente, un mouvement qui tend à requalifier ces autorités de façon plus neutre opérant ainsi un "nouveau glissement terminologique"¹³⁰ au détriment du caractère administratif de ces autorités, finalement plus pratique que fondé (2).

1. *Un raisonnement formel*

64 - Le Conseil d'Etat, bien qu'il en ait eu l'occasion à de nombreuses reprises, n'a jamais réitéré l'unique prise de position qu'il avait eu à l'encontre du Médiateur, ni s'agissant de ce même Médiateur, ni s'agissant des autres organismes en cause. Suivant en cela son commissaire du gouvernement¹³¹, le Conseil d'Etat a, après avoir écarté successivement les hypothèses de rattachement au pouvoir législatif et à l'autorité judiciaire¹³², considéré que le Médiateur, "en raison notamment de son mode de nomination", avait le caractère d'une autorité administrative. Cette prise de position continue, sans avoir explicitement fait jurisprudence, de commander, dans une large mesure, la réflexion développée autour de la catégorie des autorités administratives indépendantes. Pourtant, si de nombreux reproches sont adressés au juge administratif, ils se systématisent principalement autour de l'idée d'une

¹²⁸ CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail* préc.

¹²⁹ Voir notamment Y. Gaudemet, "Le Médiateur est-il une autorité administrative ?", *Mélanges Charlier*, Emile-Paul, 1981, p. 117 et suiv. ; "Toujours à propos du Médiateur", *AJDA* 1987, p. 520 ; P. Legatte, "Le Médiateur est-il une autorité administrative indépendante ?" in *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 135 et suiv. et "Le Médiateur de la République, situation actuelle", *RA* 1986, p. 431 et suiv. ; note S. Rials préc. sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail* ; chron. F. Tiberghien et B. Lasserre préc. sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail* .

¹³⁰ J.-L. Autin, "Le contrôle du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes est-il pertinent ?", *op. cit.*, p. 1553.

¹³¹ Voir, en ce sens, concl. Franc sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, *RDP* 1981, p. 1441.

qualification d'autorité administrative par défaut et par élimination de solutions seulement moins pertinentes. On évoque, à tour de rôle, une “définition de l'administration par soustraction”¹³³, un raisonnement “quelque peu simpliste”¹³⁴, une “classification de fortune”¹³⁵, une démonstration qui “ne semble pas de nature à forcer absolument la conviction”¹³⁶ ou encore un “faux syllogisme qui fait des autorités administratives une catégorie résiduelle dépourvue d'homogénéité”¹³⁷. La doctrine n'hésite pas à se référer à un passage significatif des conclusions du commissaire du gouvernement Franc dans lequel on peut lire que : “faute de pouvoir appartenir au pouvoir judiciaire ou au pouvoir législatif, le Médiateur paraît relever de ce que faute de mieux, l'on nomme le pouvoir exécutif”¹³⁸.

65 - Mais plus encore que la méthode, c'est la base du raisonnement qui prête le plus à discussion. Le raisonnement du juge administratif repose aujourd'hui sur “une majeure discutable”¹³⁹. Si les propos de Montesquieu étaient interprétés comme portant reconnaissance d'un principe de trilogie des pouvoirs, il a été depuis largement démontré¹⁴⁰, qu'en vérité, ils ne consacraient, en aucun cas, l'existence de trois fonctions étatiques à des autorités absolument distinctes et indépendantes. Ainsi pour Charles Eisenmann, “pour répandue qu'elle soit aujourd'hui, cette façon de comprendre et de présenter les idées constitutionnelles de l'Esprit des lois est erronée”¹⁴¹. De même, évoquant le principe de la répartition tripartite des pouvoirs, Catherine Teitgen-Colly note que “nulle part, il est vrai, le droit positif n'affirme

¹³² Cf. *Supra*. p. 66.

¹³³ Expression employée par C. Teitgen-Colly, “Les instances de régulation et la constitution”, *op. cit.*, p. 221.

¹³⁴ R. Drago, “Le Conseil de la concurrence”, *JCP* 1987, G, I, n° 33002, §7.

¹³⁵ A. Rouyère, “Faut-il faire figurer les autorités administratives indépendantes dans la constitution ?”, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁶ J.-M. Auby, note préc. sous l'arrêt CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, p. 1687.

¹³⁷ J.-L. Autin, “Le contrôle du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes est-il pertinent ?”, p. 1552.

¹³⁸ Voir note préc. de S. Rials et concl. Franc préc. sous l'arrêt CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*.

¹³⁹ C. Teitgen-Colly, “Les instances de régulation et la constitution”, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴⁰ Voir notamment C. Eisenmann, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 165 et suiv. ou encore M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980 et “L'interprétation de l'article 16”, in *Droits*, n° spécial “La Déclaration de 1789”, 1988, p. 121 et suiv.

¹⁴¹ C. Eisenmann, “L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs”, *op. cit.*, p. 166.

un tel principe¹⁴², que ce soit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴³ ou que ce soit dans la Constitution de 1958¹⁴⁴.

Il a été souligné, à juste titre, qu'on "pourrait se poser la question de savoir si la classification du Baron de la Brède suffit encore à décrire l'ensemble des catégories de notre droit public"¹⁴⁵ et de préciser que "le seul principe constitutionnel serait celui de la séparation des pouvoirs, non celui de leur trilogie"¹⁴⁶. Pour la doctrine, "la réalité du système institutionnel français est d'évidence plus complexe, elle est agencement subtil de "pouvoirs" et d' "autorités" plus ou moins indépendantes"¹⁴⁷. Dès lors, il n'y aurait "aucun obstacle logique à l'existence d'institutions publiques qui échappent à la classification tripartite"¹⁴⁸. Le raisonnement du Conseil d'Etat étant, plus formel que rigoureux, la qualification administrative conséquente est, de même, plus pratique que fondée.

2. Une solution pratique mais peu fondée

66 - Devant les attermolements du législateur et devant le raisonnement inductif du Conseil d'Etat, on a mis, de plus en plus, l'accent sur la spécificité des nouvelles instances au détriment de la qualité administrative. Le Médiateur lui-même d'abord, contesta la qualification de l'institution qu'il personnifiait¹⁴⁹ pour des raisons de principe¹⁵⁰ mais aussi d'opportunité¹⁵¹. Le qualificatif administratif étant en mesure de gêner, selon lui, le fonctionnement d'une institution qu'il baptiserait plus volontiers "institution d'Etat indépendante du pouvoir exécutif"¹⁵².

¹⁴² C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", *op. cit.*, p. 223.

¹⁴³ L'article 16 de la DDHC : "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution" n'implique en aucune façon une répartition tripartite des pouvoirs.

¹⁴⁴ La Constitution de 1958 se contentant d'énumérer les différentes institutions en définissant leurs fonctions : Président de la République (titre II), gouvernement (titre III), Parlement (titre IV), Conseil constitutionnel (titre VII), Autorité judiciaire (titre VIII) [...].

¹⁴⁵ J.-P. Costa, "Le Médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ?", *AJDA 1987*, p. 341.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 341.

¹⁴⁷ Note S. Rials préc. sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, p. 493.

¹⁴⁸ Y. Gaudemet, *Le médiateur est-il une autorité administrative ?*, *op. cit.*, p. 1187.

¹⁴⁹ Voir en ce sens P. Legatte, "Le médiateur est-il une autorité administrative indépendante ?", *op. cit.* et "Le Médiateur de la République, situation actuelle", *op. cit.*, p. 431.

¹⁵⁰ Le Médiateur ne prenant pas, par ex., de décisions exécutoires.

¹⁵¹ P. Legatte précisant que "Le qualificatif rattachant le Médiateur à l'ordre administratif est inacceptable [...]. Il est contraire à la nature de la mission du Médiateur et aux besoins du fonctionnement de l'institution" ("Le médiateur est-il une autorité administrative indépendante ?", *op. cit.*, p. 137) ou encore que "le qualificatif d'autorité administrative porte atteinte à son autorité en le faisant percevoir comme une émanation de l'administration, "un service administratif" le privant du capital de légitimité dont il est crédité par son indépendance" ("Le Médiateur est-il une autorité administrative indépendante ?", *op. cit.*, p. 138).

¹⁵² P. Legatte, "Le Médiateur de la République, situation actuelle", *op. cit.*, p. 431.

Cette conception des choses allait concerner d'autres autorités que le Médiateur et était justement évoquée par Roland Drago, à propos, non seulement, du Médiateur mais aussi de la Commission des opérations de bourse, du Conseil de la concurrence ou encore de la Commission nationale de la communication et des libertés : "Autorités indépendantes, certes, mais pas administratives puisqu'elles sont soustraites à toute intervention de l'exécutif alors qu'une autorité "administrative" en dépend nécessairement. Autrement dit, chacune des autorités constitue par elle-même un ordre juridique spécifique à l'intérieur de l'Etat"¹⁵³. D'autres auteurs, comme Xavier Delcros¹⁵⁴, suggéraient même, à l'occasion de la création du Conseil supérieur de l'audiovisuel, d'opérer une sorte de requalification de ces autorités par la référence à la notion "d'autorité républicaine indépendante"¹⁵⁵. Ainsi, pour l'auteur : "cela serait peut-être l'occasion de lever des incertitudes, de requalifier des instances. Ainsi on pourrait répondre au problème des critères des autorités indépendantes, on pourrait également éviter pour la plupart d'entre elles de les qualifier "d'administratives", alors que leurs fonctions sont multiples et leur qualification "administrative" assez sujette à caution"¹⁵⁶.

67 - On a finalement abouti, aujourd'hui, à une revendication plus générale pour l'ensemble de ces autorités nouvelles en opérant "un nouveau glissement terminologique"¹⁵⁷ vers l'expression plus neutre "d'autorités régulatrices indépendantes" ou "d'instances de régulation"¹⁵⁸. L'expression a été, de même, consacrée par le législateur lors de la création de l'Autorité de régulation des télécommunications¹⁵⁹, autorité disposant des garanties conférées

¹⁵³ R. Drago, "Le Conseil de la concurrence", *op. cit.*, §7.

¹⁵⁴ X. Delcros, "Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, nouvelle institution constitutionnelle", *AJDA 1988*, p.467.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 468.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 468.

¹⁵⁷ L'expression est employée par J.-L. Autin, "Le contrôle du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes est-il pertinent ?", *op. cit.*, p. 1553.

¹⁵⁸ Ces deux expressions étant désormais habituelles en doctrine.

Voir, par ex., H. Maisl, "Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale", in *Les Autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p.75 et suiv. ; L. Cohen-Tanugi, "Une doctrine pour la régulation", *Le Débat 1988*, n° 52, p. 56 et suiv. ; J.-L. Autin, "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un nouveau mode de régulation", *op. cit.* ; C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation", *op. cit.*

Voir, encore plus récemment : J.-F. Brisson, "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme", *AJDA 1999*, p. 847 et suiv. ; J. Morange, "Le principe d'impartialité et les autorités de régulation", *RFDA 2000*, p. 574 ou encore M.-A. Frison-Roche, Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?, *REFin. 2001*, p.85 et suiv..

¹⁵⁹ Voir, en ce sens, art. L 36 de la loi n° 96-659 préc. du 26 juillet 1996.

Ou encore B. Lasserre, "L'autorité de régulation des télécommunications", *AJDA 1997*, p. 224 et suiv. ; J. Chevallier, "La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités", *RFDA 1996*, p. 909 et suiv. ; H. Maisl, "La nouvelle réglementation des télécommunications", *AJDA 1996*, p. 762 et suiv. ; J. Fournier, "La nouvelle réglementation des télécommunications", *CJEG 1997*, p. 77 et suiv. ; J.-M. Hubert, "L'autorité française de régulation des télécommunications", *RCC 1998*, n° 103, p. 66 et suiv. ; I. Lubin, "Le pouvoir de

classiquement aux autorités administratives indépendantes pour asseoir leur indépendance, mais autorité qui est aussi la première à qui l'on confie la régulation économique d'un secteur¹⁶⁰, en l'occurrence les télécommunications, régulation exclusive de tout droit de regard sur le contenu. Aujourd'hui, on met l'accent, avant tout, sur la spécificité des nouvelles instances par rapport aux catégories institutionnelles classiques, on souligne leur mode particulier d'intervention "qui tout à la fois repousse les frontières de la sphère du droit et exprime de nouvelles formes d'émission de la règle juridique"¹⁶¹. En témoigne la création, toujours par le législateur, de la Commission de régulation de l'électricité¹⁶² qui a, cependant, des compétences plus limitées que la précédente autorité puisque la politique énergétique et le service public continuent à relever des seules autorités politiques notamment parce que l'électricité, dans l'esprit du législateur, reste un "produit de première nécessité"¹⁶³.

68 - En définitive, tous ces éléments mettent en doute la qualification d'autorité administrative et, par-delà, l'opportunité du contrôle du juge administratif. La situation de la catégorie des autorités administratives indépendantes n'est pas de la plus grande clarté car même si les affirmations du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sont incontournables et ne sont évidemment pas dénuées de fondement, il n'en reste pas moins que le contrôle effectué par le juge administratif relève plus d'un souci pratique que d'une réelle rigueur juridique. La préoccupation principale du juge restait, avant tout, l'unification du régime contentieux au profit du Conseil d'Etat¹⁶⁴, elle marquait, en cela, la tradition juridique française qui fait du Conseil d'Etat le défenseur du citoyen contre l'arbitraire toujours possible de l'administration. Paul Sabourin notait, à ce propos : "de ces convergences d'idées, de

sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 121 et suiv. ; P. Battistini, "Le pouvoir normatif de l'autorité de régulation des télécommunications", RRJ 2001, n° 16, p. 2225.

¹⁶⁰ Comme le souligne B. Lasserre (note préc. sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, p. 224), c'est là le premier exemple en la matière, "Jusqu'à présent, la création d'autorités indépendantes avait été justifiée soit par le souci d'assurer par un autre que le gouvernement, suspect a priori de partialité, la protection d'une liberté publique ou des droits individuels dans un domaine sensible [...] soit d'associer des professionnels à la définition de règles de comportement dans des matières techniques qui supposent, pour être crédibles, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques".

¹⁶¹ J.-L. Autin, "Le contrôle du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes est-il pertinent ?", *op. cit.*, p. 1553.

¹⁶² Art. 28 et suiv. de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000.

¹⁶³ Art. 1^{er} de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000.

¹⁶⁴ Même si le Conseil d'Etat s'appuie sur l'ord. n° 45-1708 du 31 juillet 1945 (JO 1^{er}-3 août 1945, p. 4770) sur le Conseil d'Etat et son art. 32 : "le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative ; il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives", la jurisprudence sur les personnes morales innomées puis sur les organismes privés investis d'une mission de service public montre qu'il n'est pas nécessaire de lier la qualité d'autorité administrative et la compétence du Conseil d'Etat.

concepts, de notions différentes, de stratégie, force est de constater que souffle au “Palais-Royal” un esprit porteur de dynamisme, tendant à faire du juge administratif, le juge de droit commun pour tout citoyen victime d'une irrégularité de la part de l'administration, parfois même au détriment du principe de la séparation des pouvoirs. Si le juge administratif ne veut pas gêner le juge judiciaire, il pense cependant pouvoir être plus efficace, notamment par rapport au juge pénal, dans les hypothèses de violation de libertés publiques¹⁶⁵.

69 - A ce sujet, si les commissaires du gouvernement ont souvent fait ressortir dans leurs conclusions que les plaideurs ne trouveront pas l'équivalent du recours pour excès de pouvoir devant les tribunaux judiciaires, les membres du Conseil d'Etat ont, de même, observé que : “si les autorités administratives indépendantes demeurent étroitement soumises au contrôle juridictionnel qu'exercent les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, ceci s'explique par le fait qu'un tel contrôle ne fait pas courir de risque à leur indépendance, mais est de nature, tout au contraire à la renforcer¹⁶⁶. Mais si la tradition juridique est respectée, il reste enfin que le principal intérêt attaché à la qualification d'autorité administrative, à savoir l'unification du régime contentieux au profit du Conseil d'Etat, est battu en brèche par le législateur qui a confié certains contentieux liés aux actes d'institutions régulatrices au juge judiciaire opérant ainsi un “éclatement des compétences juridictionnelles¹⁶⁷. Le juge judiciaire conserve, de ce fait, une compétence non négligeable à travers ces contentieux régulateurs comme c'est le cas aussi pour les contentieux disciplinaires. On va voir qu'on peut, tout de même, rattacher l'ensemble de ces recours au contentieux administratif malgré le rôle important joué par le juge judiciaire en la matière.

SECTION 2 : Le rattachement au contentieux administratif malgré la fragmentation des compétences juridictionnelles

70 - La disparité des recours n'empêche pas les contentieux disciplinaires et régulateurs d'être rattachés au contentieux administratif. En effet, si la compétence du juge judiciaire est perceptible dans ces contentieux, elle tend, progressivement, à s'estomper en matière disciplinaire où le juge administratif exerce une influence de plus en plus marquante

¹⁶⁵ P. Sabourin, “Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle ?”, *op. cit.*, p.293.

¹⁶⁶ Y. Cannac et F. Gazier, “Les autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, p. 23.

(§1). Si dans les contentieux régulateurs, le juge judiciaire est plus présent, la matière traitée s'apparente néanmoins à celle que traite le juge administratif, cette similitude entraîne, en conséquence, une même façon de procéder (§2).

§ 1 : *La propension publique des contentieux disciplinaires*

71 - Le juge administratif tend, en premier lieu, à exercer sa compétence au delà du partage initial avec le juge judiciaire étoffant, de ce fait, sa compétence dans des contentieux, à l'origine à dominante judiciaire (A). Mais dans un domaine plus propre à la matière administrative, sa compétence se concrétise parallèlement : c'est le domaine des mesures de discipline internes (B).

A - Une compétence juridictionnelle qui s'étoffe : les contentieux d'ordre privé

72 - Si les contentieux disciplinaires ne relèvent pas dans leur totalité du juge administratif, on ne peut que reconnaître l'influence grandissante de ce dernier en dehors des zones de prédilection classiques, en l'occurrence à l'égard des professionnels relevant, avant tout, de la sphère privée¹⁶⁸. Cette influence du juge s'est d'abord manifestée dans le domaine des relations de travail où il a pris "un rôle certain dans la définition même de la discipline au sein de l'entreprise"¹⁶⁹ par le contrôle, notamment, à travers la décision de l'inspecteur du travail, de la validité des clauses des règlements intérieurs des entreprises privées¹⁷⁰. L'incompétence de principe du juge administratif devait pourtant se manifester par son obligation de surseoir à statuer s'agissant de la légalité interne des dispositions litigieuses, le règlement intérieur étant un acte juridique privé émanant d'une personne privée n'exerçant aucune prérogative de puissance publique. Or, le Conseil affirma sa pleine compétence en la

¹⁶⁷ N. Decoopmann, "Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes" in Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 212.

¹⁶⁸ Exception faites de la répression disciplinaire déjà évoquée des manquements des notaires et de certains officiers ministériels (avoués près les cours d'appel, huissiers, commissaires-priseurs) à leurs devoirs professionnels qui reste, en grande partie, du ressort des juridictions civiles de droit commun.

¹⁶⁹ J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 448.

¹⁷⁰ Voir, à cet égard, G. Bachelier, "Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises", DS 1988, p. 785 et suiv. ; D. Chelle et X. Prétot, "Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise", AJDA 1989, p. 203 et suiv. et "Le contrôle administratif du règlement intérieur : évolution récente de la jurisprudence", RJS 1993, p. 563 et suiv. ; P. Waquet, "Le contrôle du règlement intérieur", AJDA 1991, p.590 et suiv. ; J. Moreau, "Règlement intérieur d'entreprise, sécurité et liberté individuelles", Mélanges Drago, Economica, 1996, p. 447 et suiv.

matière¹⁷¹ tout en confirmant sa jurisprudence¹⁷² par la suite, ce qui faisait dire à certains commentateurs que le juge se posait alors “en juge de la régularité de prescriptions de caractère général s'imposant dans les relations du pur droit privé entre l'employeur et le salarié“¹⁷³. L'influence du juge administratif se manifeste également dans d'autres domaines dans lesquels il est devenu, par l'extension de son contrôle, le juge prépondérant. Sont en cause des corps privés, qu'ils soient non professionnels comme, par exemple, les fédérations sportives (2) ou qu'ils soient professionnels comme, par exemple, le corps de la magistrature judiciaire (1).

2. La discipline des corps privés professionnels : l'exemple de la magistrature judiciaire

73 - Selon la distinction classique¹⁷⁴, le contentieux du service public de la justice judiciaire appartient à la juridiction administrative s'il concerne l'organisation du service et aux tribunaux judiciaires s'il concerne son exécution. Si la distinction est parfois indécise et les solutions fort nuancées, le juge administratif a progressivement admis sa compétence en ce qui concerne le statut des magistrats. Cette extension de compétence est particulièrement marquante en matière disciplinaire, d'abord en ce qui concerne les sanctions pouvant leur être infligées¹⁷⁵ mais aussi quant aux mesures pouvant être prises par le Conseil supérieur de la magistrature dont la qualification, à cet égard, de juridiction administrative, lorsqu'il statue en matière disciplinaire, est manifeste¹⁷⁶. Ainsi, allaient relever du contrôle de cassation exercé par le Conseil d'Etat, non seulement les sanctions disciplinaires prononcées directement par le Conseil supérieur de la magistrature en ce qui concerne les magistrats du siège mais, aussi, en

¹⁷¹ CE, 1^{er} février 1980, *Société peintures Corona* (Rec. CE, p. 59, DS 1980, p. 310, concl. Bacquet, AJDA 1980, p. 407).

¹⁷² CE, 12 juin 1987, *Société Gantois* (Rec. CE, p. 208, AJDA 1987, p. 462, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre, D. 1989, SC, p. 65, 2^{ème} esp., obs. D. Chelle et X. Prétot, DS 1987, p. 645, note J. Savatier) ; CE, 25 janvier 1989, *Société industrielle teinture et apprêts* (Rec. CE, p. 960, DS 1990, p. 786, concl. De Clausade) ; CE, 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph* (Rec. CE, p. 223, DS 1990, p. 862, concl. Pochard) CE, 23 juillet 1993, *Institution privée mixte de Monistrol-sur-Loire* (Rec. CE, p. 1061, AJDA 1993, p. 728, concl. Pochard, D. 1994, SC, p. 241, obs. D. Chelle et X. Prétot).

¹⁷³ D. Chelle et X. Prétot, “Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise“, *op. cit.*, p. 220.

¹⁷⁴ TC, 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane* (Rec. CE, p. 642, JCP 1953, G, II, n° 7598, note G. Vedel) et TC, 15 décembre 1980, *Tauhiro* (Rec. CE, p. 512, D. 1981, IR, p. 109, obs. P. Delvolvé).

¹⁷⁵ CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego* (Rec. CE, p. 751, AJDA 1973, p. 37, concl. Grevisse, p. 31, chron. P. Cabanes et D. Léger et p. 339, note C. Bréchon-Moulènes, D. 1973, p. 190, note J. Robert, JCP 1973, G, II, n° 17324, note H. Blin, GP 1973, doct., p. 211, note F. Dreyfus) et CE, sect., 17 février 1989, *Garcin* (Rec. CE, p. 59, GP 1989, 30-31 août, concl. Guillaume).

¹⁷⁶ Voir, en ce sens, CE, Ass., 12 juillet 1969, *L'Etang* (Rec. CE, p. 338, AJDA 1969, p. 558, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc, RDP 1970, p. 387, note M. Waline) et C. Bréchon-Moulènes, “L'impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature ?“, RDP 1973, p. 599 et suiv.

application de la dernière réforme du statut de la magistrature¹⁷⁷, les avis prononcés en matière de discipline des magistrats du parquet. Le Conseil constitutionnel reconnaissant, à cet égard et de façon marquante, que le Conseil supérieur de la magistrature “exerce dans la mise en œuvre de son pouvoir d'avis, une compétence administrative”¹⁷⁸.

74 - La compétence du juge administratif était ainsi unifiée, ce dernier connaissant désormais indifféremment des sanctions infligées à un magistrat du siège comme à un magistrat du parquet. Mais l'extension de sa compétence ne se limitait pas aux personnes mises en cause, elle allait également concerner les différentes mesures pouvant être soumises à son contrôle. En effet, il faut noter que le juge s'était, dans un premier temps, refusé à exercer un contrôle sur la qualification juridique des faits lorsqu'ils étaient relatifs à l'exercice de la fonction judiciaire en se déclarant incompétent pour apprécier si la sanction infligée à un membre du parquet était justifiée par la façon dont il a exercé ses fonctions¹⁷⁹.

Le législateur a été amené à faire un premier pas pour remédier à cette limite concernant la discipline des magistrats du parquet en instituant une “commission spéciale” composée de conseillers à la Cour de cassation¹⁸⁰ et chargée de faire savoir au Conseil d'Etat, quand il a été saisi d'un recours d'un membre du parquet contre une sanction disciplinaire, s'il y a eu faute dans l'exercice des fonctions. Mais c'est le Conseil d'Etat lui-même qui s'est finalement résolu à exercer pleinement sa fonction juridictionnelle quitte à connaître de faits en rapport avec l'exécution du service judiciaire¹⁸¹, entraînant, par la suite, la suppression de la “commission spéciale”¹⁸².

75 - De la sorte, le juge passait outre la répartition traditionnelle de compétence et allait à l'encontre du principe traditionnel de séparation des autorités administratives et judiciaires faisant interdiction à l'administration active, comme à la juridiction administrative, de s'immiscer dans les affaires judiciaires et du principe, en conséquence, de l'indépendance de l'autorité judiciaire. L'évolution de la jurisprudence tendait donc, de manière générale, vers

¹⁷⁷ Loi organique n° 94-101 du 5 février 1994 (JO 8 février 1994, p. 2148) relative au statut de la magistrature.

¹⁷⁸ 18^{ème} considérant de la décision CC, n° 93-336 DC, 27 janvier 1994, *Loi organique modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature* (Rec. CC, p. 47, RJC, p. I-570, JO 1^{er} février 1994, Pouvoirs 1994, n° 70, p. 186, note J. Gicquel et P. Avril, LPA 1995, 31 mars, n° 39, p. 8, note M. Verpeaux, RFDC 1995, p. 155, note P. Mélin-Soucramanien, D. 1995, somm., p.298 et 342, note P. Mélin-Soucramanien).

¹⁷⁹ CE, Ass., 26 juin 1953, *Dorly* (Rec. CE, p. 326, JCP 1953, G, I, n° 7810, note L. Cartou, RDP 1954, p. 173, note M. Waline, S. 1954, 3. 1, note A. De Laubadère).

¹⁸⁰ Par la loi organique n° 70-642 du 17 juillet 1970 (JO 19 juillet 1970, p. 6747) relative au statut des magistrats.

¹⁸¹ CE, sect., 14 mars 1975, *Rousseau* (Rec. CE, p. 194, AJDA 1975, p. 350, chron. M. Franc et M. Boyon, JCP 1976, G, I, n° 18423, note P. Nérac, RDP 1975, p. 823, concl. Dondoux) et CE, Ass., 16 janvier 1976, *Dujardin* (Rec. CE, p. 44, AJDA 1976, p. 75, chron. M. Boyon et M. Nauwelaers).

la reconnaissance de plus en plus large de la compétence administrative alors même qu'auraient été en cause des faits que l'on aurait pu considérer comme relevant du fonctionnement du service judiciaire. Par l'extension de son contrôle, le Conseil d'Etat s'affirmait ainsi comme le juge privilégié des décisions disciplinaires concernant la magistrature judiciaire. Reprenant les termes du professeur De Laubadère touchant au service public de la justice judiciaire, Jean-Paul Carton précisait, à cet égard, que : “si la province demeure sans doute ingrate, l'identité du propriétaire ne relève plus du mystère”¹⁸³. On retrouve une démarche identique à l'égard de corps privés non professionnels notamment à travers le contentieux lié aux fédérations sportives.

2. La discipline des corps privés non professionnels : l'exemple des fédérations sportives

76 - On a vu que, dans la mesure où elles sont prises pour l'accomplissement de la mission d'organisation des compétitions et dans le cadre du monopole fédéral, les décisions disciplinaires étaient toujours regardées comme des actes administratifs, quel que soit le statut de la personne qui en fait l'objet ou l'organe dont émane la décision¹⁸⁴. Ainsi, le juge administratif n'étendait pas son emprise au delà d'un domaine bien délimité à savoir que seules les fédérations “habilitées” étaient amenées à relever de sa compétence en raison de la délégation du ministre et du monopole pour l'organisation des compétitions officielles¹⁸⁵, ce qui excluait le contrôle des sanctions disciplinaires des fédérations simplement “agrées” qui participaient au service public mais qui n'étaient pas dotées de prérogatives de puissance publique¹⁸⁶. Pourtant, le juge allait notablement élargir la portée de sa jurisprudence initiale¹⁸⁷ faisant du droit public, par son caractère et ses effets, “le régime juridique correspondant le mieux à la réalité des rapports qu'implique l'organisation des compétitions”¹⁸⁸.

¹⁸² Par la loi organique n° 94-101 préc. du 5 février 1994.

¹⁸³ J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, 440.

¹⁸⁴ Cf. *Supra*. p. 56 et suiv.

¹⁸⁵ Art. 17 de la loi n° 84-610 préc. du 16 juillet 1984.

¹⁸⁶ Voir, en ce sens : CE, 19 décembre 1988, *Pascau et autres contre Fédération française d'Aérobic et de Stretching* (Rec. CE, p. 459, GP 1989, 3, n° 10, p. 77, obs. L. Potvin) précisant que l'agrément ne confère aucun monopole aux fédérations et qu'en conséquence les sanctions prises ne peuvent constituer l'exercice d'une prérogative de puissance publique excluant de ce fait la compétence du juge administratif.

¹⁸⁷ CE, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport* préc..

¹⁸⁸ G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, *op. cit.*, p. 240.

77 - Si sa jurisprudence initiale était fondée sur les effets de la décision disciplinaire qui étaient tels qu'ils ne pouvaient légalement être fondés sur les relations privées ordinaires, l'extension du caractère administratif du pouvoir disciplinaire appliqué à une sanction prononcée à l'encontre, non d'un sportif professionnel, mais d'un dirigeant bénévole comme à une sanction prononcée par des organismes liés mais distincts statutairement de la fédération¹⁸⁹, allait témoigner de la puissance publique propre des fédérations et de la nature exorbitante des rapports de droit privé de l'intervention fédérale. Cela conduisait à élargir de façon conséquente la "publicisation" du pouvoir disciplinaire.

Mais si le juge administratif a été amené à contrôler les décisions prises par les instances sportives, il a, de façon aussi remarquable, été amené à étendre sa compétence en ce qui concerne les sanctions prises lors des compétitions sportives mêmes, à l'origine insusceptibles de recours¹⁹⁰ et dorénavant passibles du contrôle du juge administratif¹⁹¹. En disposant ainsi, le Conseil d'Etat revient sur des règles antérieurement posées mais énonce encore, de façon solennelle, qu'il lui appartient "d'exercer son contrôle sur le respect des principes et des règles qui s'imposent aux auteurs de tout acte accompli dans l'exercice d'une mission de service public"¹⁹². Autrement dit, même si, aux termes de cette décision, ni l'application des dispositions techniques propres à chaque discipline, ni l'appréciation des performances des participants ne peuvent être discutées, le juge affirme néanmoins sa compétence, en la matière, dès que les auteurs violent les principes attachés à l'exercice de la mission consentie. En définitive, on peut voir que dans l'ensemble de ses matières disciplinaires, on assiste à une extension des compétences du juge administratif qui était déjà certes compétent mais qui ne l'était finalement que partiellement. Aujourd'hui, il tend, de plus en plus, à être complètement compétent en ces domaines, marquant ainsi sa prééminence. Il y a un autre domaine disciplinaire, plus propre à la matière administrative mais encore plus hermétique à l'intervention du juge, qui tend parallèlement à s'émanciper : celui des mesures de discipline interne du service.

¹⁸⁹ Cf. Arrêts *Peschaud et Hechter* préc..

¹⁹⁰ Tant en ce qui concerne les décisions prises par les arbitres pour assurer "le respect des règles techniques du jeu" (CE, sect., 13 juin 1984, *Association Club athlétique Mantes-la-Ville*, Rec. CE, p.218, AJDA 1984, p. 534, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac) ou celles prises sur réclamation par les instances des fédérations (CE, 26 juillet 1985, *Association sportive d'Erstein*, Rec. CE, p. 721, DA 1985, n° 511) qu'en ce qui concerne les décisions de ces dernières destinées à assurer "le déroulement régulier des championnats" (CE, 31 janvier 1990, *Association Jeunesse sportives de Montredon*, DA 1990, n° 141).

¹⁹¹ CE, sect., 25 janvier 1991, *Vigier* (Rec. CE, p. 29, AJDA 1991, p. 389, concl. Leroy, RFDA 1991, p.383).

¹⁹² *Ibid.*

B - Une compétence juridictionnelle qui se concrétise : les mesures de discipline interne

78 - Si le juge administratif a affirmé, en général, sa compétence en matière de sanctions disciplinaires, il a pendant longtemps opposé l'irrecevabilité aux mesures qui correspondaient à un certain nombre de décisions par lesquelles l'autorité hiérarchique réglait la discipline interne du service, ces décisions étant classées par le juge parmi la catégorie des mesures d'ordre intérieur sur lesquelles il refusait d'exercer son contrôle. Sans revenir sur les justifications apportées à cette jurisprudence¹⁹³, il n'en demeure pas moins que les mesures en cause échappaient à une définition claire et précise, le contentieux administratif étant confronté à une "collection d'espèces qui laisse la porte largement ouverte au règne de l'arbitraire"¹⁹⁴. Le professeur Odent constatait ainsi, en évoquant les mesures en cause, que : "la plupart d'entre elles représentent le vestige d'une vieille tradition qui, dans les services publics où la discipline doit être particulièrement ferme, conserve aux autorités responsables une marge de pouvoirs dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel"¹⁹⁵. Aujourd'hui, on ne peut que remarquer l'étiollement progressif de ces mesures (1) et la nouvelle orientation du juge qui tend à aboutir à une consolidation définitive de sa jurisprudence dans les domaines pénitentiaires et militaires, domaines présentés comme les plus hermétiques à une évolution de sa position (2).

1. *L'étiollement progressif des mesures*

79 - Si la notion de mesure d'ordre intérieur à caractère de sanction disciplinaire est difficile à cerner, et si, ce sont, traditionnellement, les institutions scolaires, militaires et pénitentiaires qui apparaissent comme les milieux privilégiés de cette catégorie, il est très révélateur de relever que l'appauvrissement progressif de ces mesures va suivre, en cela, une tendance plus générale. En effet, depuis quelques temps déjà, on peut noter un affaiblissement significatif de ces mesures et un regain conséquent des possibilités de recours concernant de nombreuses décisions individuelles, même si elles ne sont pas des sanctions relatives

¹⁹³ On rappelle brièvement trois explications invoquées pour justifier cette jurisprudence : premièrement, le souci de ne pas encombrer les tribunaux de litiges mineurs, conformément à l'adage latin bien connu *de minimis non curat praetor* ; deuxièmement, le manque de gravité des mesures contrôlées ; enfin les nécessités pratiques de "l'ordre intérieur" qui semblent faire écran à tout contrôle juridictionnel.

Voir, notamment, J. Rivero, Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services, Sirey, 1934.

¹⁹⁴ O. Gohin, note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, RDP 1995, p. 1340.

¹⁹⁵ R. Odent, Contentieux administratif, Paris, Les cours du droit, 1977-78, 2^{ème} éd., p. 982.

notamment à des agents de l'administration¹⁹⁶ ou à des magistrats¹⁹⁷. Par rapport à d'autres catégories d'actes, on peut même parler de rétrécissement¹⁹⁸ ou encore de disparition des mesures d'ordre intérieur en la matière. Ainsi, par exemple, concernant les règlements intérieurs des assemblées délibérantes des collectivités locales, longtemps considérés comme des décisions insusceptibles de recours¹⁹⁹ et qui peuvent, depuis peu, être déférées au juge de l'excès de pouvoir²⁰⁰.

Cette nouvelle orientation du juge va progressivement atteindre les milieux considérés comme les plus imperméables à ces évolutions. Les établissements d'enseignement vont les premiers être frappés par cette orientation novatrice notamment lorsque des décisions touchent au statut de l'élève²⁰¹ ou concernent la vie intérieure des établissements d'enseignement²⁰². Mais ce sont les questions vestimentaires, et plus particulièrement les signes distinctifs que les élèves peuvent arborer pour manifester une opinion ou une croyance, qui illustrent le mieux l'évolution de la jurisprudence. Désormais, le juge administratif admet

¹⁹⁶ Par ex., les notations attribuées aux fonctionnaires (CE, 6 mai 1960, *Biage*, Rec. CE, p. 297, RDP 1961, p. 313, note M. Waline ; CE, 28 novembre 1961, *Braun et autres*, Rec. CE, p. 559 ; CE, sect., 23 novembre 1962, *Camara*, Rec. CE, p. 627), les décisions d'affectation d'un fonctionnaire dans tel emploi (CE, sect., 21 avril 1961, *Maihol*, Rec. CE, pp. 254 et 256), le refus de confier certaines attributions (CE, 4 janvier 1964, *Paillou et Syndicat national autonome des secrétaires généraux de France*, Rec. CE, p. 4), le retrait de certaines attributions (CE, 7 février 1962, *Délégué du gouvernement en Algérie contre Augé*, Rec. CE, p. 91 ; CE, 3 novembre 1989, *Fassiaux*, DA 1990, n°40) ou de certaines responsabilités (CE, 5 avril 1991, *Mme Imbert-Quaretta*, Rec. CE, p. 999, AJDA 1991, p. 575, LPA 1991, 2 août, p. 19, note J.-Y. Plouvin ; CE, 25 septembre 1995, *Rispal*, Rec. CE, p. 955, DA 1995, n° 783) ou encore l'établissement de statistiques d'agents grévistes (CE, 4 février 1976, *Syndicat CFDT du centre psychothérapique de Thuir*, AJDA 1978, p. 50 ; CE, 13 octobre 1982, *Syndicat général des impôts FO*, RDP 1983, p. 1107).

¹⁹⁷ Par ex., les notations attribuées aux magistrats (CE, Ass., 31 janvier 1975, *Volf*, Rec. CE, p. 70, AJDA 1975, p. 138, chron. M. Franc et M. Boyon) ou les avertissements adressés aux magistrats (CE, sect., 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, préc.).

¹⁹⁸ Par ex., en matière de contentieux lié aux compétitions sportives dont les décisions étaient insusceptibles de recours et relevaient *a priori* de la catégorie des mesures d'ordre intérieur jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se déclare finalement compétent pour opérer un contrôle (CE, sect., 25 janvier 1991, *Vigier*, préc.).

¹⁹⁹ Voir, en ce sens, après examen de la loi de décentralisation : CE, Ass., 2 décembre 1983, *Charbonnel* (Rec. CE, p. 474, concl. Roux, AJDA 1984, p. 76, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue, DS 1983, p. 645, note X. Prétot, JCP 1985, G, I, n° 20455, note A. Chaminade, RDP 1985, p. 827, note J. De Soto)

²⁰⁰ TA Lille, 8 mars 1993, *Devos contre Commune de Coudekerque-Branche* (Rec. CE, p. 651, AJDA 1993, p. 820, obs. B. Rivaux) ; CE, 10 février 1995, *Riehl et Commune de Coudekerque-Branche* (Rec. CE, p. 66 et 67, AJDA 1995, p. 370, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl, LPA 1995, 12 juillet, p. 33, note M.-F. Verdier, RFDA 1995, p. 343, concl. Savoie).

²⁰¹ Par ex., le refus de passage dans une classe supérieure (CE, 6 juillet 1949, *Andrade*, Rec. CE, p. 331), le refus d'admettre un élève en classe de neige (CE, sect., 1^{er} avril 1977, *Epoux Deleersnyder*, Rec. CE, p. 173, AJDA 1977, p. 506, concl. Galabert, D. 1979, p. 466, note J.-Y. Plouvin), l'exclusion temporaire (CE, 1^{er} décembre 1971, *Humblot*, Rec. CE, p. 733 ; CE, 19 mai 1952, *Veillard*, Rec. CE, p. 169) ou définitive (CE, 25 avril 1955, *Allemand*, Rec. CE, p. 224 ; CE, 10 février 1960, *Gilles*, Rec. CE, p. 98 ; CE, 26 janvier 1966, *Davin*, Rec. CE, p. 626) ou encore le changement d'orientation (CE, 11 février 1983, *Mathis*, Rec. CE, p. 813, JCP 1984, G, I, n° 20132, note F. Moderne).

²⁰² Par ex., la tenue de réunions à caractère politique dans les locaux scolaires (CE, 8 novembre 1985, *Rudent*, Rec. CE, p. 316 ; AJDA 1985, p. 712, chron. S. Hubac et M. Azibert).

la recevabilité des requêtes dirigées contre le règlement intérieur des établissements d'enseignement ou contre des décisions d'exclusion d'élèves fondées sur la méconnaissance de ce règlement intérieur²⁰³.

80 - C'est progressivement que l'évolution gagna ensuite le contentieux le plus "florissant" au niveau des mesures d'ordre intérieur à savoir le contentieux pénitentiaire, le contentieux militaire restant lui légèrement en retrait. Ce sont les décisions emportant des conséquences pécuniaires²⁰⁴ et celles touchant aux droits ou à la liberté des détenus²⁰⁵ qui allaient d'abord être susceptibles de recours. Enfin, des recours contre des actes plus généraux ont également et progressivement été ouverts²⁰⁶. L'étiollement progressif des mesures d'ordre intérieur montre désormais clairement que, dans les milieux de prédilection de ces mesures, la répression disciplinaire peut générer des mesures susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir. Il restait au Conseil d'Etat une ultime étape à franchir pour l'affermissement définitif de sa jurisprudence concernant les sanctions disciplinaires proprement dites prises par l'administration. Ces sanctions avaient été, en partie, traitées dans les affaires précédentes, notamment en milieu scolaire²⁰⁷ mais il restait à permettre au juge de se prononcer sur les sanctions encourues par les militaires ou les détenus, la haute juridiction

²⁰³ Voir, en ce sens, : CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa* (Rec. CE, p. 389, AJDA 1992, p. 788, chron. C. Maugüé et R. Schwartz, D. 1993, p. 108, note G. Koubi, RFDA 1993, p. 112, concl. Kessler, JCP 1993, G, I, n° 21998, note P. Tedeschi, LPA 1993, 24 mai, p. 4, note G. Koubi, RDP 1993, p. 220, note P. Sabourin) ; CE, 14 mars 1994, *Yilmaz* (Rec. CE, p. 129, LPA 1995, 1^{er} mars, p. 23, note J.-F. Flauss, RDP 1995, p. 129, note A. de Lajarte, AJDA 1994, p. 415, RFDA 1994, p. 630) ; CE, 10 mars 1995, *Epoux Aoukili* (Rec. CE, p. 122, AJDA 1995, p. 332, concl. Aguila, JCP 1995, G, I, n° 186, note N. Van Tuong, D. 1995, p. 365, note G. Koubi, RFDA 1995, p. 631) ; CE, 20 mai 1996, *Ali* (AJDA 1996, p. 709, obs. G. Koubi, DA 1996, n° 366, obs. R. S.) ; CE, 26 juillet 1996, *Université Lille II* (DA 1996, n° 526, obs. R. S.) ; CE, 7 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord* (Rec. CE, p. 461, DA 1997, n° 6, obs. R. S., JCP 1997, G, I, n° 22808, note B. Seiller).

²⁰⁴ Par ex., la décision relative à la gestion des biens des détenus (CE, 5 mai 1986, *Ministre des finances contre Salipante*, Rec. CE, p. 129) ou la rétention par un directeur d'établissement de l'argent bloqué sur le compte d'un détenu (CE, 3 novembre 1989, *Pitalugue*, Rec. CE, p. 772, DA 1990, n° 57) ou encore la requête d'un détenu à propos du refus du directeur de l'autoriser à cantiner du cidre ou de la bière (CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, Rec. CE, p. 19, RFDA 1992, p. 1131, concl. Scanvic, RA 1992, p. 224, note H. Ruiz-Fabri).

²⁰⁵ Par ex., décision du Ministre de la Justice interdisant l'entrée de publications relatives aux armes à feu (CE, 10 octobre 1990, *Hyer*, Rec. CE, p. 911) ou décision d'un directeur d'hôpital psychiatrique empiétant sur le secret de la correspondance du détenu et de son avocat (CE, 12 mars 1980, *Centre hospitalier de Sarreguemines*, Rec. CE, p. 141) voire, encore, les mesures concernant l'installation d'un portique de détection à l'entrée dans l'enceinte d'une maison d'arrêt (CE, 21 octobre 1988, *Syndicats des avocats de France*, Rec. CE, p. 373, AJDA 1988, p. 727, chron. M. Azibert et M. De Boisdeffre).

²⁰⁶ Par ex., contre une circulaire du Ministre de la justice relative aux détenus particulièrement surveillés (CE, 12 novembre 1986, *Winterstein*, Rec. CE, p. 338), ou contre un décret relatif à des sanctions disciplinaires (CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, Rec. CE, p. 182, JCP 1979, G, II, n° 19242, concl. Franc, D. 1979, IR, p. 390, obs. P. Delvolvé, D. 1980, p. 433, note M. Drapier).

²⁰⁷ Arrêt *Kherouaa* et autres préc..

s'en acquittant par les arrêts *Marie et Hardouin* rendues concomitamment²⁰⁸ pour opérer, de la sorte, un affermissement définitif de sa jurisprudence.

2. L'affermissement définitif de la jurisprudence administrative

81 - Si la nouvelle orientation du juge était appelée par la doctrine²⁰⁹, elle répondait aussi à une nécessité juridique pratique. En droit interne, la négation du contrôle des sanctions disciplinaires en ces milieux fermés devenait difficilement soutenable en raison des effets produits sur la situation des intéressés. Comme peut le noter Jean-Paul Céré, “tirer argument de ce que les sanctions disciplinaires pénitentiaires ou militaires relèvent d'un pouvoir de police intérieure et que leurs effets ne dépassent pas les murs de la prison ou l'enceinte de la caserne dénote une vue biaisée de la réalité”²¹⁰. Il apparaît, en effet, indéniable désormais que même si “d'une façon générale, la tendance de notre temps va dans le sens de l'élargissement des possibilités de contestation de l'action administrative”²¹¹, les sanctions en cause comportent des conséquences sur le devenir des intéressés et touchent indéniablement à leur situation juridique²¹². Le droit européen induisait aussi la nécessité incontournable d'un tel contrôle eu égard notamment à la perspective d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Si la plupart des pays européens ont mis en place un mode de contestation des sanctions prises notamment contre les détenus²¹³, il y a eu incontestablement une volonté manifeste de la haute juridiction européenne de contrôler de près certaines mesures disciplinaires prises en ces milieux fermés, sur la base notamment des

²⁰⁸ CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin* (Rec. CE, p. 82, concl. Frydman, *AJDA* 1995, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl, *D.* 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier, *JCP* 1995, G, II, n° 22426, note M. Lascombe et F. Bernard, *LPA* 1995, 28 avril, n° 51, p. 11, note G. Vlachos, *RDP* 1995, p. 1338, note O. Gohin, *GP* 1995, 30-31 août, p. 10, note V.-A. Oteko, *RSC* 1995, p. 381, note P. Couvrat, *LPA* 1995, n° 69, 9 juin, p. 16, note N. Van Tuong, *LPA* 1995, n° 93, 4 août, p. 28, note V.-A. Oteko, *RFDA* 1995, p. 353, concl., *Droit et défense* 1995, n° 2, p. 31, concl. et note X. Latour, *RUDH* 1995, p. 323, concl.).

²⁰⁹ Voir, par ex., M. Leteneur, “La discipline pénitentiaire”, *RPénit* 1984, p. 235 et suiv. ; J.-P. Céré, “Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises”, *RSC* 1994, p. 597 et suiv. et “Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'homme”, *RPénit* 1994, p. 109 et suiv. ; T. Landais, “L'évolution de l'action disciplinaire, vers un contrôle juridique du prétoire”, *RPénit* 1990, p. 269 et suiv. ; B. Jouve, “Prison et sanction : le régime disciplinaire des détenus”, *RPénit* 1987, p. 243 et suiv.

²¹⁰ J.-P. Céré, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, L'harmattan, 1999, p. 296.

²¹¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., 7^{ème} éd., p. 499.

²¹² La sanction disciplinaire en prison est obligatoirement inscrite au dossier individuel et apparaît comme un handicap irréversible au bénéfice d'une réduction de peine (art. 721 CPP) alors que la sanction disciplinaire en caserne figure elle au dossier de l'intéressé et peut entacher les perspectives de carrière du militaire puni.

²¹³ Voir, en ce sens, P. Darbeda, “L'action disciplinaire en détention : un panorama européen”, *RSC* 1993, p. 808 et suiv.

violations du droit à un procès équitable de l'article 6²¹⁴ ou, subsidiairement, du droit à un recours effectif de l'article 13²¹⁵.

82 - Mais si ceux qui appelaient de leurs vœux un abandon de la jurisprudence traditionnelle, ont vu le juge administratif témoigner, à cet égard, d'une prise en compte légitime des droits de l'individu et accepter que des élèves, des prisonniers et des militaires puissent invoquer les droits qu'il leur refusait jusque là, on ne peut, néanmoins, en aucun cas, parler de disparition de la notion de mesure d'ordre intérieur. Nombre de décisions sont encore susceptibles de ne point connaître de possibilités de recours sachant que le juge administratif se saisit uniquement de décisions dont la "nature" et la "gravité" sont perceptibles²¹⁶. Le commissaire du gouvernement Frydman indiquant, à ce propos, "qu'il apparaît en effet ni indispensable en droit, ni souhaitable en opportunité, d'admettre aujourd'hui la recevabilité des recours dirigés contre l'ensemble des sanctions susceptibles d'être prononcées en matière disciplinaire, et dont certaines ne comportent en vérité que des effets tout à fait mineurs"²¹⁷. Les critères cumulatifs de la mesure d'ordre intérieur demeurent à savoir que la mesure est qualifiée telle dès que la décision a un caractère interne à l'administration qui en est l'auteur et qu'elle n'a aucun effet sur la situation juridique de son

²¹⁴ Voir, en ce sens, pour les sanctions disciplinaires militaires : CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, Série A, n° 22 (AFDI 1977, p. 480, obs. R. Pelloux, CDE 1978, p. 364, obs. G. Cohen-Jonathan, JDI 1978, p.695, obs. P. Rolland, Jurisp.de la CEDH, obs. V. Berger) même si l'application de cet article en la matière serait négative puisque la France a opposé une réserve à l'application de cette stipulation dans notre droit disciplinaire militaire.

Voir, en ce sens, pour les sanctions militaires : CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, Série A, n° 80 (AFDI 1985, p. 403, obs. V. Coussirat-Coustère, CDE 1986, p. 213, obs. G. Cohen-Jonathan, JDI 1986, p. 1058, obs. P. Rolland et Y. Tavernier, Jurisp.de la CEDH, obs. V. Berger).

²¹⁵ Article, *a priori*, non applicable puisque le droit français ouvre bien la voie du recours hiérarchique pour les détenus comme pour les militaires (en ce sens, CA Paris, 1^{ère} ch., A, 25 juin 1985, *Pelle*, D. 1985, flash n° 29) et ceci même si les instances européennes ne reconnaissent pas les recours administratifs comme des recours effectifs visés par l'art.13 CEDH sauf si l'autorité possède de réels pouvoirs et que celle-ci soit suffisamment indépendante par rapport à l'organe à l'origine de la décision attaquée (CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, préc.).

²¹⁶ Demeurent insusceptibles de recours les mesures qui ne perturbent pas la scolarité des élèves (CE, sect., 5 novembre 1982, *Attard*, Rec. CE, p. 374, AJDA 1982, p. 698, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue, D. 1983, p.122, concl. Dutheillet de Lamothe, CE, 11 janvier 1967, *Bricq*, Rec. CE, p. 88, CE, 18 juin 1971, *Bordesoules*, Rec. CE, p. 1142, CE, 30 septembre 1994, *Sulzer*, Rec. CE, p. 1097), certaines sanctions pénitentiaires (tel que le transfert de détenu destiné à le placer dans le type d'établissement le plus approprié alors, qu'en réalité, il peut s'avérer une arme redoutable lorsqu'il est imposé à un détenu incarcéré près de sa famille dont il va se trouver éloigné : CE, 8 décembre 1967, *Kayanakis*, Rec. CE, p. 475 ; TA Strasbourg, 20 février 1998, *Rizzutti*, Inédit ; l'isolement imposé frappant les détenus les plus récalcitrants alors que la mesure est plutôt dangereuse pour le psychisme des détenus : TA de Paris, 23 mars 1995, *Ménenger*, JCP 1996, G, IV, p. 57, LPA 1996, janvier, n°96, concl. Couzinet, RFDA 1997, p. 627, CE, 28 février 1996, *Fauqueux*, Rec. CE, p. 52, D. 1996, IR, p. 134, DA 1996, n° 288, RFDA 1996, p. 397) ou encore certaines sanctions militaires (seul semble demeurer, l'avertissement, certainement parce qu'il n'est pas inscrit au dossier et qu'il ne suivra pas la carrière du militaire).

²¹⁷ Concl. préc. sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, p. 355.

destinataire mais ces critères sont dorénavant utilisés de façon beaucoup plus souple qu'auparavant, en témoigne les dernières décisions prises en la matière et l'élargissement conséquent des possibilités de recours²¹⁸. Finalement, on ne peut que conclure indubitablement au fait que le juge administratif a tendance à devenir le juge naturel des contentieux disciplinaires pour opérer, de la sorte, une mainmise sur les institutions en cause. On va voir que l'on peut tendre vers un raisonnement identique concernant le contentieux des organes régulateurs dont l'éclatement des recours est, pourtant, beaucoup plus significatif.

§ 2 : *La matérialité publique des contentieux régulateurs*

83 - Le principe d'un contrôle juridictionnel des autorités régulatrices semble admis sans discussion²¹⁹ puisque, *a priori*, il est exclu que le législateur puisse créer des instances spécifiques dotées d'une indépendance totale ou absolue à l'égard des pouvoirs existants²²⁰. Le risque d'arbitraire est alors évident, Jean-Paul Costa²²¹ soulignant, à ce propos et concernant le Médiateur, que “supprimer toute soumission au juge créerait curieusement une zone supplémentaire de non recours, alors que l'institution est née, notamment, pour réduire celle-ci”²²². En général, le texte institutif aménage la possibilité de recours juridictionnels²²³, sinon, le silence du législateur est toujours interprété de manière favorable au recours²²⁴. En dernier

²¹⁸ Par ex., la mise en cellule disciplinaire n'est plus considérée comme mesure d'ordre intérieur (outre l'arrêt Marie préc., voir TA Caen, 21 mars 1995, *Méhuil* (RFDA 1997, p. 623, concl. Sueur) ; TA Paris, 6 décembre 1995 et CAA Paris, 30 janvier 1997, *Bekkouche* (LPA 1996, 5 juillet, n° 81, LPA 1997, 9 août, n° 94, notes M. Herzog-Evans) ou encore, par ex., en milieu militaire, les blâmes (TGI Grenoble, 4 mai 1995, *Maufroy*, Rec. CE, p. 1022, RFDA 1995, p. 834, DA 1995, n° 450 et CE, 12 juillet 1995, *Maufroy*, Rec. CE, p. 304, D. 1995, IR, p.238, RFDA 1995, p. 1061) ou les refus de permissions (CE, 29 juillet 1998, *Brochot-Denys*, AJFP 1999, n° 3, p. 20, note M. Braud) ne sont plus, de même, considérés comme mesures d'ordre intérieur.

²¹⁹ Encore que pour certains auteurs, l'immunité juridictionnelle des instances régulatrices est la raison même qui justifie qu'on les considérerait non comme des autorités administratives mais comme des autorités publiques indépendantes.

Voir en ce sens, Y. Gaudemet, “Le Médiateur est-il une autorité administrative?”, *op. cit.* ; note S. Rials sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, *op. cit.* ; P. Legatte, “Le Médiateur de la république”, *op. cit.* et “Le Médiateur est-il une autorité administrative indépendante?”, *op. cit.*

²²⁰ Idée en contradiction avec la dynamique de l'Etat de droit et la volonté de soumettre au droit les diverses autorités de l'Etat.

Voir en ce sens, C. Teitgen-Colly, “Les instances de régulation et la constitution”, *op. cit.*, p. 228 et 229 et J. Chevallier, *L'Etat de droit*, *op. cit.*

²²¹ J.-P. Costa, “Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ?”, *op. cit.*, p. 342.

²²² *Ibid.*, p. 342.

²²³ Par ex., pour le *Conseil de la concurrence* (art. 15 modifié de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986), le *CSA* (nouvel art. 42-8 de la loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986 issu de la loi n° 89-25 préc. du 17 janvier 1989) ou encore pour la *COB* (nouvel art. 12 de l'ordonnance n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 issu de la loi n° 89-531 préc. du 2 août 1989).

²²⁴ Notamment par la référence aux principes généraux du droit ou l'exercice d'un pouvoir réglementaire appelant par la même le contrôle du juge administratif.

lieu, c'est le Conseil constitutionnel qui intervient et qui précise, par des "directives d'interprétation" et de façon impérative, l'existence d'un recours juridictionnel²²⁵. Mais si le principe d'un recours était posé, il restait à déterminer l'ordre de juridiction compétent. Si, à l'origine, le contentieux était évidemment, en fonction de la nature juridique de l'organisme qui l'avait suscité, considéré comme administratif, les exceptions se sont multipliées ces dernières années ce qui a conduit à un partage des tâches entre les deux ordres juridictionnels.

84 - C'est en "obéissant à des considérations d'opportunité pratique et de cohérence"²²⁶ que la compétence du juge judiciaire, en l'occurrence la Cour d'appel de Paris, a été consacrée pour connaître précisément des recours en annulation ou en réformation formés contre certains actes individuels, essentiellement à caractère de sanctions, prononcés par certaines autorités régulatrices. Sont directement visés, au premier chef, le Conseil de la concurrence²²⁷ mais aussi la Commission des opérations de bourse²²⁸, les anciens Conseil des bourses de valeur²²⁹ et Conseil du marché à terme²³⁰ et le nouveau Conseil des marchés financiers²³¹ ou encore, plus récemment, l'Autorité de régulation des télécommunications²³² et la Commission de régulation de l'électricité²³³. Le Conseil constitutionnel a validé ses transferts de compétence²³⁴ même si, "un tel aménagement du régime de répartition des compétences n'est guère satisfaisant"²³⁵ et si "on ne peut que déplorer la parcellisation [...] du contentieux de

Voir, en ce sens, P. Sabourin, "Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle", *op. cit.*, p.292 et 293.

²²⁵ Voir en ce sens la décision de principe CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* préc. intéressant la CNCL où le Conseil constitutionnel a posé les bases du contrôle juridictionnel applicable par extension aux autres institutions : "considérant, au surplus, que, dans l'exercice de ses compétences, la Commission sera, à l'instar de toute autre autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le gouvernement qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'Etat que par toute personne qui y aurait intérêt" (considérant n° 23).

²²⁶ A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 15^{ème} éd., 1999, t. 1, p.97.

²²⁷ Art. 12 et 15 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986.

²²⁸ Art. 12 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967.

²²⁹ Art. 5 al. 5 de la loi n° 88-70 préc. du 22 janvier 1988.

²³⁰ Art. 6 de la loi n° 87-1158 du 31 décembre 1987 (*JO 5 janvier 1988*, p. 161) relative au marché à terme.

²³¹ Art. 39 de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996.

²³² Selon la loi n° 96-659 préc. du 26 juillet 1996, les recours contre les décisions non disciplinaires prises, quant aux différends dont est saisie l'ART issus de l'art. L 36-8 du Code P. et T., relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris.

²³³ Aux termes de l'art. 38-II de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000, les recours contre les décisions et mesures conservatoires prises par la CRE pour régler les litiges éventuels entre opérateurs sont de la compétence de la Cour d'appel de Paris.

²³⁴ Voir en ce sens la décision de principe CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc.

²³⁵ J.-L. Autin, "Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ?", *op. cit.*, p. 1543.

diverses activités administratives et qui, multipliée comme elle l'est, devient démentielle et traduit une pratique caricaturale du dualisme juridictionnel²³⁶.

Si on fait abstraction des mérites respectifs des juridictions administratives et judiciaires, il est pourtant significatif de relever, qu'en définitive, la diversité des recours n'empêche pas l'assimilation de ces contentieux qui restent, avant tout, des contentieux administratifs. Comme le note d'ailleurs Roland Drago, à ce propos, "le juge judiciaire, lorsqu'il est compétent à propos de l'administration est conduit à appliquer le droit administratif ; on pourrait presque dire qu'il y est contraint"²³⁷. Les décisions administratives à la source de ces contentieux "ne changent pas de nature en changeant de juge. Elles constituent des actes administratifs à contentieux judiciaire. S'il est devenu judiciaire, ce contentieux ne cesse pas de porter sur des matières administratives"²³⁸. La conséquence directe de cet état de fait est que, finalement, la Cour d'appel de Paris ne peut que se comporter et statuer comme un juge administratif²³⁹, la complexification des règles de répartition (A) n'empêchant pas l'assimilation des modalités de contrôle (B).

A - Des règles de répartition complexes

85 - Si le contentieux des autorités régulatrices est ainsi partagé entre les deux ordres de juridiction, il faut bien noter, comme le relève Catherine Teitgen-Colly, que non seulement "il n'y a pas d'unité du contentieux des instances régulatrices, celui-ci étant éclaté entre les deux ordres de juridiction, mais il n'y a pas non plus toujours unité du contentieux de chaque instance prise isolément"²⁴⁰. Les choix opérés par le législateur ne sont pas clairs et cohérents et la plasticité de la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 n'oblige, justement en aucun cas, ce dernier, à être rigoureux en la matière. Sans revenir expressément sur la décision maintes fois commentée, il faut tout de même noter que c'est après avoir rappelé le principe de compétence des juridictions administratives, que le Conseil constitutionnel admit, en se référant implicitement à la théorie des blocs de compétence, que ce principe pouvait faire l'objet d'un "aménagement précis et limité"²⁴¹ dès lors qu'il est

²³⁶ R.Chapus, Droit administratif général, *op. cit.*, 14^{ème} éd., p. 892.

²³⁷ R. Drago, "Le juge judiciaire, juge administratif", RFDA 1990, p. 75.

²³⁸ P. Delvolvé, "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p.57.

²³⁹ Comme d'ailleurs l'y ont obligé le Conseil constitutionnel et le législateur pour la procédure du sursis à exécution.

²⁴⁰ C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", *op. cit.*, p. 248.

²⁴¹ Considérant n° 18 de la décision CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence préc.

“justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice”²⁴². L'unification pouvant alors s'opérer au sein de “l'ordre juridictionnel principalement intéressé”²⁴³, en l'espèce l'ordre judiciaire. Certes, le transfert à la Cour d'appel de Paris a permis une unification relative au sein de l'ordre judiciaire, permettant ainsi d'éviter la multiplication des questions préjudicielles et le développement de jurisprudences divergentes, mais le législateur n'est pas allé au bout de sa logique et a plutôt confirmé une “impression d'inachevé”²⁴⁴ puisque la Cour d'appel possède une compétence pour le moins nuancée (2). L'exemple lié aux recours contre les décisions du Conseil de la concurrence est révélateur des problèmes ainsi posés par le juge compétent en matière de recours (1).

1. Les difficultés de répartition : l'exemple des décisions du Conseil de la concurrence

86 - Avant que le contentieux de ces décisions ne soit transféré à la Cour d'appel de Paris²⁴⁵, on avait d'abord fait appel au recours objectif de plein contentieux devant le Conseil d'Etat comme instrument de contrôle de la légalité, et ceci, relativement aux sanctions prononcées par le Ministre de l'économie après avis de la Commission de la concurrence²⁴⁶ mais aussi relativement aux sanctions décidées par le Conseil de la concurrence lui-même en application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence²⁴⁷. Juge naturel de l'action administrative, le juge administratif a donc été amené à laisser le champ libre au juge judiciaire en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence. Mais très rapidement s'est posée la question des limites de la compétence de la Cour d'appel de Paris en ce domaine. Si le résultat recherché par le législateur était, avant tout, l'intérêt d'une bonne administration de la justice et la volonté d'unifier le contentieux au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé qui est l'ordre judiciaire, on ne peut pas dire que ce résultat ait, en définitive, été atteint.

²⁴² CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc., considérant n° 18.

²⁴³ *Ibid.*, considérant n° 16.

²⁴⁴ N. Decoopmann, “Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, p.216.

²⁴⁵ Par la loi n° 87-499 préc. du 6 juillet 1987.

²⁴⁶ Art. 17 de la loi n° 77-806 préc. du 19 juillet 1977.

²⁴⁷ Art. 15 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986.

A noter que le groupe d'experts pour l'élaboration du nouveau droit de la concurrence avait préconisé, à la majorité, le recours devant la Cour d'appel de Paris mais le gouvernement avait décidé le maintien du système antérieur pour suivre l'avis des formations administratives du Conseil d'Etat et éviter ainsi un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance.

87 - Parmi les agents économiques qui offrent des biens et services sur le marché figurent des personnes privées et publiques mais la soumission des personnes publiques aux règles de la concurrence et aux tribunaux judiciaires ne constitue en rien une rupture avec la tradition juridique française. En réalité, ce qui pose problème, ce n'est pas la personnalité publique ou privée de l'auteur de la pratique économique mais le fait que des personnes publiques mais aussi privées, puissent être amenées à prendre des décisions qui ont le caractère d'acte administratif et relèvent, en contentieux de la légalité comme en plein contentieux, de la compétence exclusive de la juridiction administrative.

Suite à l'intervention du tribunal des conflits²⁴⁸ et selon une lecture dominante, les compétences ont été réparties de la manière suivante : le juge judiciaire est compétent pour tout ce qui concerne les pratiques de production, de distribution ou de service mais le juge administratif reste compétent pour tout ce qui concerne les actes d'organisation et de dévolution des services publics ou de concession du domaine public. Mais si on pouvait relever que cette répartition des compétences était, plus ou moins, limpide puisque les activités de production, distribution et services de compétence judiciaire sont soumises à l'ordonnance²⁴⁹ et que les actes d'organisation des services publics, de compétence administrative, ne le sont pas²⁵⁰, on pouvait affirmer aussi que "la justesse et la logique de cette répartition n'était qu'apparente"²⁵¹. En témoigne, ces dernières années, la nouvelle attitude du Conseil d'Etat, qui a décidé dorénavant d'appliquer le droit de la concurrence sous la pression conjuguée de la construction européenne et du juge judiciaire.

88 - Le Conseil d'Etat a ainsi estimé opportun de donner une réponse affirmative à la question de savoir si la légalité des délégations de service public devait être conditionnée par le respect du droit de la concurrence défini par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre de

²⁴⁸ TC, 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau* (Rec. CE, p. 292, AJDA 1989, p. 431, chron. E. Honorat et E. Baptiste et p. 467, note M. Basek, D. 1990, p. 418, note J.-J. Israel, D. 1990, SC, p. 101, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Layssac, GP 1989, 2, p. 582, concl. Stirn, JCP 1990, n° 21395, note P. Terneyre, RDP 1989, p. 1780, note Y. Gaudemet, RFDA 1989, p. 457, concl.).

Dans le même sens : TC, 4 novembre 1996, *Société Datasport contre Ligue nationale de football* (Rec. CE, p.551, AJDA 1997, p. 142, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, JCP 1997, n° 22802, concl. Arrighi de Casanova, RFDA 1997, p. 190).

²⁴⁹ Le juge judiciaire affirmant d'ailleurs sa compétence de manière décidée sans, par ex., faire référence à une décision du Conseil d'Etat précédemment intervenue et ayant le même objet (CE, 19 novembre 1997, *Nike*, Rec. CE, p. 662 et Cass., com., 2 décembre 1997, *Nike*, Bull. civ. IV, n° 316) et en se contentant de noter que les actes en cause ont un objet commercial et qu'il n'y a pas mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

²⁵⁰ Le juge administratif s'est refusé à appliquer l'ordonnance, par ex., à l'approbation d'un contrat d'affermage (CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec. CE, p. 225, DA 1993, n° 398, obs. F. S., RFDA 1994, p. 252, note P. Terneyre), ou encore à un décret organisant le service des achats publics (CE, 29 juillet 1994, *SA CAMIF*, Rec. CE, p. 365, CJEG 1996, p. 116, note E. B. B.).

²⁵¹ A. Guedj, "Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence", LPA 2000, n° 84, 27 avril, p. 5.

1986²⁵². En conséquence de cette jurisprudence, est aussi désormais acquise la soumission d'autres secteurs de l'action administrative à l'ordonnance précitée comme le domaine public²⁵³ ou les marchés publics²⁵⁴ car, comme le souligne Alain Guedj, "nous ne voyons pas pourquoi ce qui vaut pour les services publics ne vaudrait pas dans ces derniers cas"²⁵⁵. Finalement, c'est tout le droit administratif de dévolution et d'organisation des services publics qui se verrait appliquer le droit de la concurrence sous le contrôle du juge administratif. Si le juge judiciaire devait être le juge de droit commun pour appliquer le droit de la concurrence, le juge administratif retrouve son rôle de gardien de la légalité en droit de la concurrence, l'appréciation des décisions administratives intervenues dans le cadre d'une mission de service public avec usage de prérogatives de puissance publique ne relevant que du juge administratif même si elles concernent des activités de production, de distribution ou de service²⁵⁶. Si le droit de la concurrence est révélateur des difficultés de compétence, la compétence de la Cour d'appel de Paris n'est, de même et d'un point de vue général, en aucun cas uniforme.

2. L'uniformisation relative : la compétence nuancée de la Cour d'appel de Paris

89 - Partant du principe, affirmé par le Conseil constitutionnel, que le législateur peut unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, on aurait pu songer à une compétence exclusive au niveau des différentes voies de recours. La solution est beaucoup plus nuancée, la compétence de la Cour d'appel de Paris est, nonobstant les décisions à caractère réglementaire, exclue en matière

²⁵² CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Interarbres et Société Million et Marais* (Rec. CE, p. 393 et 406, concl. Stahl, *AJDA* 1997, p. 945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud, *AJDA* 1998, p. 247, note A. Guezou, *CJEG* 1997, p. 441, concl., *JCP* 1998, G, I, n° 165, chron. J. Petit, *QJ* 1998, juin, n° 44, note J. Morand-Deville, *RDP* 1998, p. 256, note Y. Gaudemet, *RFDA* 1997, p. 1228, concl.).

On peut y joindre les arrêts : CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris* (Rec. CE, p. 491, *D.Aff.* 1998, n° 104, concl. Combexelle, *AJDA* 1998, p. 362, concl., note B. Nouel, *D.* 1998, p. 591, note B. Jorion, *JCP* 1998, G, I, n° 165, chron. J. Petit), CE, 13 juin 1997, *Société des transports pétroliers par pipeline* (Rec. CE, p. 230), CE, 1^{er} avril 1998, *Union hospitalière privée* (Rec. CE, p. 314), CE, 5 octobre 1998, *Fédération française des pompes funèbres* (Rec. CE, p. 349).

²⁵³ En ce sens, CE, 26 mars 1999, *Société E.D.A.* (*AJDA* 1999, p. 427, concl. Stahl) où le Conseil d'Etat applique les dispositions de l'ordonnance de 1986 à des titres d'occupation du domaine public, alors que celui-ci est le siège d'activités de production, de distribution ou de service, parce qu'il s'agit d'actes administratifs pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique.

²⁵⁴ Notamment en conséquence de la jurisprudence préc. assurant l'applicabilité de l'ordonnance de 1986 aux délégations de service public.

En ce sens, Cass., com., 14 décembre 1993, *Société Guy Couach Plascoa* (*CJEG* 1994, p. 124, note J. Léonnet, *D.* 1994, IR, p. 15, *DA* 1994, n° 8, p. 1 note J.-J. Israel) à propos d'un marché de fourniture d'un navire par l'Etat.

²⁵⁵ A. Guedj, "Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence", *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶ En ce sens, la décision du Tribunal des Conflits clarifiant la situation : TC, 18 octobre 1999, *A.D.P.* (*LPA* 2000, n° 84, 27 avril, p. 12, *AJDA* 1999, concl. Schwartz, p. 996, note M. Bask et, p. 1029, chron. Fombeur et Guyomar).

disciplinaire pour le Conseil des marchés financiers²⁵⁷ ou l'Autorité de régulation des télécommunications²⁵⁸ alors qu'elle est admise pour la Commission des opérations de bourse²⁵⁹. Inversement, elle est exclue pour la Commission des opérations de bourse, pour les décisions relatives à l'agrément de certains organismes ou professionnels²⁶⁰ alors qu'elle est admise pour les décisions à caractère individuel, autres que disciplinaires, prises par le Conseil des marchés financiers²⁶¹ ou l'Autorité de régulation des télécommunications²⁶².

De même, si on prend isolément la Commission des opérations de bourse, avant 1996, on ne peut que déplorer le partage effectué concernant le contentieux des sanctions s'agissant des organismes de placement collectif en valeurs mobilières puisque le contentieux des sanctions pécuniaires relevait du juge judiciaire alors que le contentieux lié au retrait d'agrément était confié au juge administratif. Depuis 1996, si la contestation de l'ensemble des sanctions prononcées à l'encontre des prestataires de services d'investissement agréés et des sociétés de gestion de portefeuille relève du juge administratif²⁶³, il n'en reste pas moins que cela affaiblit encore plus la compétence initiale de la Cour d'appel de Paris.

90 - A noter aussi que même si les recours en annulation contre des décisions prises par un organisme collégial à compétence nationale relèvent logiquement de la compétence du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort²⁶⁴, celui-ci n'en a pas moins admis que les actions en responsabilité fondées sur l'illégalité de décisions relevaient du juge judiciaire²⁶⁵. En cela, le Conseil d'Etat opte pour une solution qui a le mérite de la simplicité et réalise une

²⁵⁷ Décret n° 96-871 du 3 octobre 1996 (JO 4 octobre 1996, p. 14627) relatif aux formations disciplinaires du *CMF*.

²⁵⁸ Art. L. 36-11 4e du Code des P. et T. issu de la loi n°96-659 préc. du 26 juillet 1996.

²⁵⁹ Art. 9 de la loi du n° 59-531 préc. du 2 août 1989 modifiant l'article 12 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 où sont seulement exclues les décisions qui ont un caractère réglementaire ou qui sont relatives à l'agrément de certains organismes ou professionnels.

²⁶⁰ Art. 9 de la loi n° 59-531 préc. du 2 août 1989 modifiant l'art.12 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 où sont exclues de la compétence de la Cour d'appel de Paris les "*décisions relatives à l'agrément des organismes de placement collectif en valeurs mobilières ou des gérants de portefeuilles ou des sociétés de gestion civile de placement immobilier*".

²⁶¹ Art. 39 de la loi n° 96-659 préc. du 2 juillet 1996 et décret n° 96-869 du 3 octobre 1996 (JO 4 octobre 1996, p. 14625) relatif aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions du *CMF*.

²⁶² Art. L. 36-8 IV du Code P. et T. issu de la loi n° 96-659 préc. du 26 juillet 1996.

²⁶³ Art. 71 de la loi n° 96-659 préc. du 2 juillet 1996 et décret n° 96-870 du 3 octobre 1996 (JO 4 octobre 1996, p. 14626) relatif à la procédure de sanction de la *COB* en matière de gestion de compte pour tiers.

²⁶⁴ Voir, par ex., en ce sens CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun* (Rec. CE, p. 71, RFDA 1991, p. 612, concl. Saint-Pulgent, AJDA 1991, p. 358, chron. R. Schwartz et C. Maugué, QJ 1991, 23 mai, note Renault).

²⁶⁵ Voir, en ce sens, pour la *COB* : CE, sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers* (Rec. CE, p. 206, AJDA 1990, p. 907, obs. L. Richer, CJEG 1990, p. 380, concl. C. de la Verpillière, BJ 1990, p. 1056, note L. Faugérolas, RFDA 1991, p. 293, note F. Llorens).

unification relative²⁶⁶ du régime contentieux de l'activité de la Commission des opérations de bourse, la Cour d'appel de Paris étant également compétente, au delà de la connaissance de ces actes, pour statuer sur les actions en responsabilité liées à son fonctionnement²⁶⁷. Mais, comme le note Pierre Delvolvé, "au sein de l'ordre judiciaire, il n'est pas évident qu'elles relèvent elles-mêmes en premier et dernier ressort de la Cour d'appel de Paris, puisque la compétence de celle-ci n'a été aménagée que pour les recours dirigés contre les décisions des autorités boursières, non pour les recours en réparation des dommages qu'elles peuvent causer"²⁶⁸. Quoi qu'il en soit, il semble raisonnable de penser que cette solution vaut au-delà du cas de la Commission des opérations de bourse pour toutes les autorités régulatrices soumises par la loi au contrôle du juge judiciaire, en témoigne l'arrêt du Tribunal des conflits en date du 24 octobre 1994 à propos du Conseil des bourses de valeur qui confirme l'interprétation précédente²⁶⁹.

Enfin, dernièrement, la situation de la Commission de régulation de l'électricité est tout aussi révélatrice de ce paradoxe, puisque si les recours contre les décisions et mesures conservatoires prises par cette Commission pour régler les litiges éventuels entre opérateurs sont de la compétence de la Cour d'appel de Paris²⁷⁰, les sanctions prises, en revanche, directement, par cette même Commission font, quant à elles, l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat qui, statuant, en plein contentieux, pourra annuler ou réformer la sanction prise²⁷¹. On voit finalement que la répartition des règles de compétence est pour le moins complexe, pourtant, on peut noter que cela n'empêche pas d'avoir des modalités de contrôle assimilables.

²⁶⁶ Puisqu'il faut encore tenir compte des exceptions évoquées précédemment découlant de la volonté expresse du législateur.

²⁶⁷ A noter que la CA de Paris avait jugé en sens contraire : CA Paris, 29 mai 1991 (BJ 1991, p. 734, note L. Faugérolas, RDBB 1992, p. 75, obs. M.-A. Frison-Roche) mais suite à la décision du Tribunal des conflits qui a fait prévaloir la compétence judiciaire : TC, 22 juin 1992, *Mizon* (Rec. CE, p. 486, D. 1993, p. 439, note N. Decoopmann, JCP 1993, G, I, n° 22035, concl. Flipo et note M.-A. Frison-Roche, BJ 1992, p. 961, note A. Couret, RFDA 1992, p. 768) elle est allée dans le sens de sa compétence : CA Paris, 6 février 1993, *Mizon* (D. 1994, IR, p. 120) allant même jusqu'à étendre la compétence judiciaire aux actions en responsabilité non fondées sur l'illégalité d'une décision mais en raison "du fonctionnement et des activités de la Commission des opérations de bourse" : CA Paris, 15 janvier 1993 (JCP 1993, E, II, n° 414, note M. Dobkine, D. 1993, p. 273, note C. Ducouloux-Favard, RDBB 1993, p. 93, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche, BJB 1993, p. 148).

²⁶⁸ P. Delvolvé, "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *op. cit.*, p. 54.

²⁶⁹ TC, 24 octobre 1994, *Institut privé de gestion financière* (Rec. CE, p. 605, D. 1998, SC, obs. I. Bon-Garcin, DA 1995, n° 34, LPA 1995, 20 juin, p. 7, note M. Deguerge, RFDA 1995, p. 407, JCP 1995, G, IV, n° 168). Le tribunal des conflits jugeant qu'une action en responsabilité motivée par la divulgation par le conseil d'informations en sa possession ne relève des juridictions administratives que si les informations sont en rapport avec une procédure disciplinaire, elle même placée par la loi sous le contrôle du juge administratif.

²⁷⁰ Art. 38-II de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000.

²⁷¹ Art. 40-7 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000.

B - Des modalités de contrôle assimilables

91 - La répartition du contentieux des autorités régulatrices entre le juge administratif et le juge judiciaire engendre incontestablement une diversité des contrôles, voire une certaine concurrence entre les deux ordres juridictionnels. Cependant, si l'on s'intéresse au contrôle lui-même, la ligne de partage est beaucoup plus floue. Si on tient compte du droit mis en œuvre et de l'ordre de juridiction auquel appartient la Cour d'appel de Paris, on ne peut que reconnaître un caractère judiciaire aux compétences spéciales de cette Cour mais si on s'attache aux règles ordinaires de compétence, ce caractère judiciaire prête nettement plus à discussion. Comme le note Pierre Delvolvé, en réalité, "la Cour d'appel de Paris statue comme un juge administratif"²⁷² et ceci que les organes en cause soient qualifiés de personnes publiques ou de personnes privées. En aucun cas, l'examen effectué par la Cour d'appel de Paris ne s'effectue selon des mécanismes qui seraient propres au droit commun judiciaire. Il faut ainsi souligner la particularité des règles générales de procédure (1), particularité qui est d'autant plus confirmée par la spécificité des règles relatives au sursis à exécution (2).

1. *La particularité des règles générales de procédure*

92 - En plaçant le nouveau droit de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire, le législateur n'a pas seulement modifié la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction mais, "il a, sur le plan de la technique procédurale, fait œuvre novatrice"²⁷³. L'application des mécanismes des voies de recours de droit commun ne saurait s'appliquer, en effet, aux autorités régulatrices qui ne rendent que des "décisions" et non des "jugements", elles ne sont pas des juridictions. De plus, les autorités régulatrices ne sont pas chargées d'arbitrer une contestation entre un demandeur et un défendeur, mais de dénoncer des pratiques irrégulières ce qui implique des règles adaptées au niveau de l'appel sachant que la procédure y est par principe accusatoire et oppose normalement une demande à une défense. Certes, il y a certaines techniques procédurales, notamment en matière de mesures conservatoires²⁷⁴, qui se réfèrent aux principes et méthodes du droit judiciaire privé mais c'est

²⁷² P. Delvolvé, "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *op. cit.*, p. 58.

²⁷³ O. Douvreur, "Une voie de recours *sui generis* : le recours contre les décisions du conseil de la concurrence", GP 1988, p. 179.

²⁷⁴ Le *Conseil de la concurrence* peut, par ex., prescrire directement des mesures conservatoires en cas de pratique anticoncurrentielle portant une atteinte grave et immédiate (art. 12 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986) ; la *COB* peut, de même, saisir le président du Tribunal de grande instance pour faire prendre toute mesure provisoire nécessaire (art. 12-2 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 modifié par la loi n°89-531 préc. du 2 août 1989).

généralement en l'absence de règles spécifiques, donc de manière subsidiaire, que l'on fait appel au droit judiciaire privé²⁷⁵. En réalité, les règles du contrôle sont, avant tout, inspirées du droit processuel administratif.

93 - Sans revenir sur le formalisme significatif des procédures²⁷⁶ ou encore les qualifications des recours²⁷⁷, on peut relever, par exemple, le fait, comme le note Guy Canivet, que “les litiges soumis à la Cour ne sont pas des litiges entre parties ni des litiges qui sont nés en dehors de l'acte administratif contesté”^{278 279}. A cet égard la place particulière réservée aux autorités dont la décision est mise en cause est révélatrice²⁸⁰, ces autorités pouvant participer à la procédure alors qu'elles ne sont pas partie à l'instance ce qui fait dire à Christian Bolze que “voici donc apparaître une nouvelle race de plaideurs, les autorités administratives concernées non parties à l'instance, dont il est permis de se demander quels vont être le rôle ou la qualité. Simples interlocuteurs chargés d'éclairer la Cour ou sorte de ministère public spécialisé”²⁸¹. Mais plus que ces règles particulières de procédure, c'est celles intéressant le sursis à exécution qui sont le plus significatives.

2. La particularité des règles relatives au sursis

94 - Comme les décisions des différentes institutions en cause sont des actes de l'administration et que les recours exercés contre elles ne sont pas des appels, ces dernières sont donc exécutoires de plein droit et il n'y a pas d'effet suspensif. L'application combinée de ces deux principes étant étranger à l'ordre judiciaire, l'on sait que, tenant compte de la leçon du Conseil constitutionnel, le législateur a, alors, prévu des possibilités de sursis à exécution

²⁷⁵ Voir, en ce sens, L. Vogel, “Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France. Bilan d'une année d'activité du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, section concurrence”, *JCP 1990*, G, I, n°3470.

²⁷⁶ Notamment concernant la formation des recours et la production des mémoires et des pièces.

²⁷⁷ Les recours sont notamment expressément qualifiés de *recours en annulation et en réformation* pour le *Conseil de la concurrence* (art. 12 et 15 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 préc.), *l'ART* (art. L 36-8 du Code des P. et T.) ou encore la *CRE* (art. 38-II de la loi n° 2000-108 préc. du 10 juillet 2000).

²⁷⁸ Les droits procéduraux des parties sont, en effet, déterminés selon la position qu'elles prennent par rapport à la décision attaquée.

²⁷⁹ G. Canivet, “Le juge et l'autorité de marché”, *RJC 1992*, p. 196.

²⁸⁰ Certaines d'entre elles peuvent notamment déposer des observations ou les développer oralement à l'audience (art. 9 du décret n° 77-1189 du 19 octobre 1987 pour le *Conseil de la concurrence* ; art. 5 du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 préc. pour la *COB*).

²⁸¹ C. Bolze, “Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris”, *op. cit.*, p. 173.

pour les décisions des différentes autorités relevant de la Cour d'appel de Paris²⁸². Si la compétence administrative initiale permettait implicitement de recourir à une procédure de sursis à exécution, elle n'existait pas devant la Cour d'appel de Paris. Comme le note Roland Drago, "on aurait pu penser que l'article 524-2 du Nouveau Code de procédure civile permettait de décider le sursis. Mais ce texte ne s'applique qu'en cas d'appel alors qu'en l'espèce la Cour ne statue pas comme juge d'appel"²⁸³.

95 - Comme la procédure civile ne prévoyait pas de sursis à exécution, il semblait logique de recourir au sursis à exécution de droit commun²⁸⁴, laquelle procédure est seule à viser précisément le sursis à exécution d'actes décisifs telles que les décisions des différentes autorités régulatrices. Tel ne fut pas le choix du législateur qui préféra s'inspirer davantage des critères du Nouveau code de procédure civile²⁸⁵ en subordonnant l'octroi du sursis à exécution, non pas au risque de "conséquences difficilement réparables" et à la présence de "moyens sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée" mais à l'existence de "conséquences manifestement excessives" ou à la survenance postérieure à la notification de la décision, de "faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité"²⁸⁶.

Pourtant, selon Manuel Gros, "au-delà des intitulés formels faisant présumer une spécificité de ce sursis à exécution au regard des règles du droit administratif"²⁸⁷, l'application du mécanisme concrétise des "analogies avec le sursis à exécution de droit commun"²⁸⁸. Pierre Delvolvé relevant de même que "pour ne pas être exactement identique au sursis à exécution devant les juridictions administratives, le sursis devant la cour d'appel de Paris n'en est pas radicalement différent"²⁸⁹. En effet, si la composition et l'appréciation de la juridiction

²⁸² Art. 12 al. 5 et art. 15 al. 3 de l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 préc. pour le *Conseil de la concurrence*; art. 12 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 modifiée par la loi n° 89-531 préc. du 2 août 1989 pour la *COB*; art. 7 du décret n° 96-869 du 3 octobre 1996 pour le *CMF*; art. L. 36-8 du Code des P. et T. pour *l'ART*; art. 36-II de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000 pour la *CRE*.

²⁸³ R. Drago, "Le Conseil de la concurrence", *op. cit.*, § 16.

²⁸⁴ Cf. Art. L. 121-1 à L. 122-1 CJA pour le Conseil d'Etat et art. L. 221-1 à L. 222-5 CJA pour les TA et CAA.

²⁸⁵ Art. 524 NCPC.

²⁸⁶ Conditions reprises dans les différents articles : art. 12 al. 5 et art. 15 al. 3 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 pour le *Conseil de la concurrence*; art. 12 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 modifiée par la loi n° 89-531 préc. du 2 août 1989 pour la *COB*; art. 7 du décret n° 96-869 préc. du 3 octobre 1996 pour le *CMF*; art. L36-8 du Code des P. et T. pour *l'ART*; art. 36-II de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000 pour la *CRE*.

²⁸⁷ M. Gros, "Le sursis à exécution judiciaire en matière de concurrence", *LPA 1991*, 8 mars, n° 29, p. 7.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 7.

Notamment le *caractère accessoire* du sursis qui n'est possible que comme complément d'une requête principale au fond ou son *caractère facultatif* pour le juge, le sursis pouvant certainement être refusé même si les conditions sont réunies.

²⁸⁹ P. Delvolvé, "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *op. cit.*, p. 65.

saisie²⁹⁰ comme les conditions d'octroi expriment la spécificité du sursis judiciaire, "la première particularité est liée, non à la procédure de sursis elle-même mais au type de contentieux dans lequel elle s'insère"²⁹¹ alors qu'en ce qui concerne les conditions d'octroi, elles ne s'imposent pas au juge qui, comme en contentieux administratif, peut refuser l'octroi du sursis quand bien même les conditions de celui-ci seraient remplies.

96 - En définitive, on ne peut que souligner la spécificité des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions des autorités régulatrices, voire parler, comme Roland Drago, "d'ordre juridique spécifique"²⁹² voire même plus loin, comme Christian Bolze, "d'autonomie processuelle"²⁹³. Si, organiquement, l'ensemble relève du juge judiciaire, fonctionnellement les règles restent inspirées du droit administratif. Ceci confirmant l'apparement avec l'influence dominante du juge administratif en matière disciplinaire. On va voir, cependant, que si l'insertion dans la sphère administrative des autorités disciplinaires et régulatrices peut s'apparenter, leur insertion dans la sphère juridictionnelle va être, au contraire, plus confuse et partagée.

²⁹⁰ Contrairement au juge administratif qui se réunit collégalement, seul le président de la Cour se prononce sur le sursis, ce dernier pouvant, de plus, le limiter dans le temps alors que le sursis de droit commun est prononcé jusqu'à l'intervention du jugement à titre principal.

²⁹¹ P. Delvolvé, "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *op. cit.*, p. 65.

²⁹² R. Drago, "Le Conseil de la concurrence", *op. cit.*, § 16.

²⁹³ C. Bolze, "Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris", *op. cit.*, p. 174.

Chapitre 2nd

UNE INSERTION CONFUSE DANS LA SPHERE JURIDICTIONNELLE

97 - L'insertion dans la sphère juridictionnelle des institutions disciplinaires et régulatrices se présente de manière confuse en ce sens que, dans l'ensemble, on assimile la mission de répression disciplinaire à une mission juridictionnelle alors, qu'à l'inverse, la mission régulatrice, même lorsqu'elle s'identifie à une fonction répressive, est, par principe, toujours considérée comme une mission administrative. Ainsi, on trouve des parentés que l'on peut qualifier de classiques entre les organismes en cause et la notion de juridiction (Section 1). Pourtant, si on peut parler de règles de principe, elles subissent, par contrecoup et souvent pour des raisons d'opportunité, quelques accommodements aussi bien dans le domaine de la régulation que dans le domaine disciplinaire ce qui, *a posteriori*, rend les parentés de principe finalement contingentes (Section 2).

Section 1 : Des parentés *a priori* classiques avec la notion de juridiction

98 - Il existe une certaine analogie dans la façon dont sont appréhendés les phénomènes disciplinaires et régulateurs par rapport à la qualification juridictionnelle mais cette analogie se concentre dans les deux domaines respectifs puisqu'à la distinction de principe posée entre les organes régulateurs et la qualification juridictionnelle (§2) s'oppose l'identification de principe entre les organes disciplinaires et cette même qualification juridictionnelle (§1).

§ 1 : *L'identification de principe entre qualification juridictionnelle et organe disciplinaire*

99 - Si le pouvoir réglementaire met en œuvre les règles constitutives de compétence et de composition concernant les juridictions et détermine les dispositions de procédure, c'est

le législateur qui est, par définition, seul compétent tant pour instituer une juridiction que pour fixer ces règles constitutives. En effet, si l'article 34 de la Constitution ne réserve à la loi que la fixation des règles concernant la création de nouveaux "ordres de juridiction" et est donc habituellement employé pour distinguer les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif, il a été interprété par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat de façon beaucoup plus large. Ces derniers ont estimé que toutes les juridictions de type nouveau constituaient en elles-mêmes un ordre de juridiction et que, de ce fait, le législateur devenait seul compétent²⁹⁴. On observera que l'interprétation donnée à cet article 34 confirme la jurisprudence première en ce domaine qui, avant même que la Constitution ne réserve la matière au législateur, avait fixé la compétence de ce dernier pour constituer une juridiction, déterminer ou modifier l'ordre des compétences²⁹⁵.

Quant il a eu à faire face à l'avènement des institutions disciplinaires, le législateur a, de manière générale, lié les organes en cause à la notion de juridiction mais il a souvent présenté cette liaison avec des caractères de nature ou de qualité différente. S'il semble, *a priori*, aller de soi que le législateur exprime de façon explicite son intention d'instituer une juridiction, il arrive toutefois que la loi donne lieu à des difficultés d'interprétation. C'est le juge qui intervient alors pour se prononcer sur le caractère de l'organisme en cause et comme le législateur, le plus souvent, il associe, à la mission disciplinaire, la notion de juridiction. Cependant, on peut dire que, si la volonté du juge rejoint l'expression apparente de celle du législateur (A), celle-ci reste néanmoins plus manifeste (B).

²⁹⁴ Voir, en ce sens, CC, n° 61-14 L, 18 juillet 1961, *Article 5 de l'ord. n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire* (Rec. CC, p. 38, RJC, p. II-7, JO 10 octobre 1961, GDCC n°11) à propos de tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale ; CE, Ass., 2 mars 1962, *Ruben de Servens et autres* (Rec. CE, p. 143) à propos d'un tribunal militaire à compétence spéciale ; CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins* (Rec. CE, p. 479, RDP 1962, p. 739, concl. Braibant) à propos de la section des assurances sociales de ce Conseil ; CC, n°64-31L, 21 décembre 1964, *Article 5 (2^{ème} alinéa, 1^{ère} phrase) de l'ord. n° 58-1274 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfants* (Rec. CC, p. 43, RJC, p. II-18, JO 30 décembre 1964) à propos donc des tribunaux pour enfants ; CC, n° 65-33L, 9 février 1965, *Ord. n° 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique* (Rec. CC, p. 77, RJC, p. II-19, JO 22 mars 1965) à propos des chambres de l'expropriation ; CE, sect., 30 juin 1967, *Caisse de compensation de l'ORGANIC et autres* (Rec. CE, p. 286) à propos d'une commission juridictionnelle compétente envers les artisans.

²⁹⁵ Voir, en ce sens, CE, 2 juin 1911, *De Préssensé et Morhardt* (Rec. CE, p. 665) ; CE, Ass., 28 mars 1945, *Devougue et Comité d'études corporatif et interprofessionnel des viandes* (Rec. CE, p. 64) ; CE, 5 mars 1948,

A - L'expression apparente de la volonté du législateur

100 - Lorsqu'on s'attache aux qualifications données par le législateur aux organes disciplinaires, on ne peut que constater la diversité des indications fournies quant à leur nature juridictionnelle car si cette qualification est parfois directe, le plus souvent, elle emprunte des voies indirectes (1). De plus, cette variété dans les indications fournies s'accompagne parfois d'une succession de statuts différents, l'exemple de la discipline dans le domaine de l'enseignement est, à cet égard, très révélateur des vicissitudes du législateur (2).

1. *La diversité législative : la variété des indications fournies*

101 - Le législateur peut expressément qualifier l'organisme qu'il crée de juridiction, tribunal ou commission juridictionnelle. Mais il peut aussi se limiter à des qualifications plus indirectes soit en indiquant que l'instance en cause rend des jugements ou des décisions juridictionnelles, soit en précisant que les décisions rendues peuvent être déférées au Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation ou de l'appel.

Un certain nombre d'organismes ont bénéficié ou bénéficient directement du label juridiction. C'est le cas, par exemple, des sections des assurances sociales des conseils régionaux et, en appel, des sections des conseils nationaux chargées de sanctionner les infractions aux règles de la sécurité sociale pouvant être imputées aux médecins, chirurgiens-dentistes, pharmaciens et sages-femmes à l'occasion des soins dispensés ou des prestations servies aux assurés sociaux²⁹⁶. C'est le cas également de l'organisme disciplinaire des personnels scientifiques et médicaux des centres hospitaliers et universitaires²⁹⁷ comme des

Fédération nationale des entreprises à commerces multiples (Rec. CE, p. 121) ; CE, Ass., 16 mars 1956, *Garnett* (Rec. CE, p. 125) ; CE, 2 février 1957, *Jockel* (Rec. CE, p. 82).

²⁹⁶ Art. L. 145-6 al. 1 du Code de la sécurité sociale (CSS) : “*La section des assurances sociales du conseil régional ou interrégional de l'ordre est une juridiction*”.

D'autres précisions significatives sont ajoutées à cette qualification directe comme celle selon laquelle “*les décisions rendues par les sections des assurances sociales [...] ne sont susceptibles de recours que devant le Conseil d'Etat, par la voie du recours en cassation*” (art. L. 145-5 CSS) ou celle selon laquelle “*les fautes, abus, fraudes intéressant l'exercice de la profession [...] sont soumis en 1^{ère} instance à une section du conseil régional de discipline [...] et, en appel, à une section distincte de la section disciplinaire du conseil national [...]*” (art. L. 145-1 CSS).

²⁹⁷ Art. 5 al. 4 de l'ord. n° 58-1373 du 30 décembre 1958 (JO 31 décembre 1958, p. 12070) relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale qui précise que les membres du personnel médical et scientifique “*sont soumis, pour leur activité hospitalière comme leur activité universitaire, à une juridiction disciplinaire unique instituée sur le plan national*”. Le décret n° 66-11 du 6 janvier 1966 (JO 7 janvier 1966, p. 172) fixant les règles de procédure applicables devant la juridiction disciplinaire.

chambres régionales et de la Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes²⁹⁸ qui procèdent de cette même qualification.

102 - Si on s'attache ensuite aux qualifications données aux formations ordinales statuant en matière disciplinaire, le terme de juridiction n'a d'abord été employé, lors de leur création, que de manière très discrète puisque, dans leur grande majorité, les formations en cause n'ont pas été qualifiées directement de juridiction²⁹⁹. Toutefois un certain nombre d'indices et de précisions textuelles permettent d'aller dans ce sens que ce soit à propos des formations médicales³⁰⁰ ou autres³⁰¹. La dernière réforme en date ne faisant que confirmer cette logique de qualification à propos de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes³⁰² ou de celui des pédicures-podologues³⁰³ auxquels on peut encore rattacher la profession d'infirmier ou d'infirmière³⁰⁴.

De façon éparse, on peut aussi citer les qualifications liées, par exemple, à l'organisme exerçant le pouvoir disciplinaire à l'encontre des membres des chambres régionales des comptes qui, lorsqu'il statue comme conseil de discipline rend des décisions qui ne peuvent

²⁹⁸ Le décret n° 69-810 du 12 août 1969 (JO 29 août 1969, p. 8668) portant règlement d'administration publique et relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes des sociétés qui consacre un chapitre II aux *Juridictions et procédures disciplinaires* que sont la commission régionale d'inscription constituée en chambre régionale de discipline (art. 91) et la commission nationale d'inscription constituée en chambre nationale de discipline pour statuer sur l'appel des décisions des chambres régionales de discipline (art. 100).

²⁹⁹ Exception faites de l'art. 52 al. 1^{er} de l'ord. n° 45-2184 préc. du 24 septembre 1945 qui stipulait que: "*la juridiction de 1^{ère} instance de l'ordre des chirurgiens-dentistes est constituée par le conseil régional des chirurgiens-dentistes*" (voir, en ce sens, l'art. L. 436 CSP ; de l'art. 14 al. 2 de la loi n° 47-5664 préc. du 23 juillet 1947 qui disposait que "*la chambre régionale de discipline a juridiction sur les vétérinaires et docteurs vétérinaires exerçant leur profession dans son ressort*" ou, dernièrement, de l'art. L. 448-1 al. 1^{er} CSP selon lequel "*le conseil interrégional de l'ordre des sages femmes constitue la juridiction disciplinaire de 1^{ère} instance*".

³⁰⁰ Ainsi, par ex., l'art. 33 de l'ord. n° 45-2184 du 24 septembre 1945 préc. précisait que "*le conseil régional des médecins [...] exerce, au sein de l'ordre des médecins, la compétence disciplinaire en 1^{ère} instance*" (voir, en ce sens, l'actuel art. L. 417 al. 1^{er} CSP) ; l'art. 44 al. 1^{er} que "*par sa section disciplinaire, le conseil national reçoit les appels des décisions des conseils régionaux de discipline*" ou encore l'art. 53 dernier al. où "*en cas d'appel d'une décision rendue par un conseil régional des chirurgiens dentistes, l'affaire vient devant la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins*". Enfin, selon l'art. 17 al. 8 de l'ord. n° 45-919 préc. du 5 mai 1945 "*le conseil national de l'ordre des pharmaciens statue en appel sur les décisions des conseils régionaux [...]*". (Voir en ce sens l'actuel art. L. 527 CSP).

³⁰¹ L'art. 53 al. 10 de l'ord. n° 45-2138 préc. du 19 septembre 1945 ainsi que l'art. 29 de la loi n° 77-2 préc. du 3 janvier 1977 évoquent ainsi la notion de "*délai d'appel*" à propos des décisions des chambres régionales de discipline ; l'art. 23 al. 3 de la loi n° 46-942 préc. du 7 mai 1946 stipule que "*les décisions du conseil régional sont susceptibles d'appel [...]*".

³⁰² Voir, en ce sens, l'art. L. 491-7 al. 6 CSP issue de la loi n° 95-116 préc. du 4 février 1995 évoquant lui aussi la notion "*d'appel*".

³⁰³ Même précision à travers l'art. L. 496-7 al. 6 CSP issue de la loi n° 95-116 préc. du 4 février 1995.

³⁰⁴ Voir en ce sens l'art. L. 482-5 CSP issue de la loi n° 80-527 préc. du 12 juillet 1980 qui évoque la notion "*d'appel*" à propos des commissions régionales et nationales de discipline.

faire “l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat”³⁰⁵, à la Commission bancaire qui, lorsqu'elle statue en matière disciplinaire, “est une juridiction administrative”³⁰⁶ ou encore à la chambre de discipline des conseils en propriété industrielle dont les décisions peuvent également être déférées au Conseil d'Etat “par la voie du recours en cassation”³⁰⁷.

103 - A noter, enfin, que si la nature juridictionnelle du Conseil supérieur de la magistrature ne fit, dès l'origine, aucun doute puisque la loi du 30 août 1883 consacra la juridiction disciplinaire de la Cour de cassation – c'était elle en chambres réunies qui constituait le Conseil supérieur de la magistrature³⁰⁸ – le législateur se révéla, par la suite, moins précis à travers la mutation de l'organisme l'entraînant peu à peu dans le giron du droit administratif³⁰⁹. Quant à l'organisme chargé de poursuivre et de réprimer les infractions commises par les avocats, à savoir le conseil de l'ordre siégeant comme conseil de discipline, il n'a pas reçu de qualifications directes³¹⁰ mais le législateur a été amené à préciser que l'avocat qui fait l'objet d'une peine disciplinaire peut former “un recours contre les décisions rendues par le conseil de l'ordre. La cour d'appel est saisie et statue dans les conditions prévues à l'article 16”³¹¹. Cet article fait du conseil de l'ordre statuant en chambre de discipline, la juridiction du 1^{er} degré, le second degré étant constitué par la cour d'appel³¹². Enfin, la répression disciplinaire des manquements des notaires et autres officiers ministériels à leurs devoirs professionnels, même si elle relève de l'ordre judiciaire, est en grande partie du ressort d'organismes qualifiés expressément de “juridictions disciplinaires”³¹³. Si les caractères quant à la notion de juridiction sont plutôt variés, l'exemple des qualifications

³⁰⁵ Art. 24 al. 7 de la loi n° 82-595 du 10 juillet 1982 (JO 13 juillet 1982, p. 2201) relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes.

³⁰⁶ Art. 48 de la loi n° 84-46 préc. du 24 janvier 1984.

³⁰⁷ Art. R. 422-64 al.5 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI).

³⁰⁸ Art. 13 de la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire (Coll. Duvergier, t. 83, p. 195).

³⁰⁹ Voir, en ce sens, art. 43 et suiv. de l'ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 (JO 23 décembre 1958, p. 11551) portant loi organique relative au statut de la magistrature et notamment décret n° 94-199 du 9 mars 1994 (JO 10 mars 1994, p. 3779) relatif au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) dont certaines dispositions sont significatives. Ex : l'art. 40 stipulant qu'en “*matière disciplinaire, le Conseil supérieur siège à la Cour de cassation*”.

³¹⁰ Art. 22 et suiv. de la loi n° 71-1130 préc. du 31 décembre 1971 et art. 180 et suiv. du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 (JO 28 novembre 1991, p. 15502) organisant la profession d'avocat.

³¹¹ Art. 196 du décret n° 91-1197 préc. du 31 décembre 1991.

³¹² A noter aussi que l'organisme chargé d'assurer la discipline intérieure de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, soit le conseil de discipline, n'est pas qualifié initialement (art. 7 et suiv. de l'ord. préc. du 10 septembre 1817).

³¹³ Voir, en ce sens, titre II de l'ord. n° 45-1418 du 28 juin 1945 (JO 29 juin 1945, p. 3926) relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels et titre I (art. 35 à 38) du décret n° 73-1202 du 28 décembre 1973 (JO 30 décembre 1973, p. 14153) relatif à la discipline et au statut des officiers publics ou ministériels.

apportées aux organes assurant la discipline dans l'enseignement témoigne des vicissitudes du législateur en la matière.

2. Les vicissitudes législatives : l'exemple de la discipline de l'enseignement

104 - La confusion du pouvoir hiérarchique et du pouvoir disciplinaire a été, de par la particularité de la fonction, très tôt remise en cause dans le domaine du service public de l'enseignement. Le bon fonctionnement du service et la liberté d'enseignement exigeaient, en effet, des garanties plus importantes en cas de répression disciplinaire et une indépendance marquée par rapport au pouvoir exécutif au même titre, par exemple, que la discipline exercée à l'encontre des magistrats. Dans l'intérêt même du service public, il était nécessaire que des garanties disciplinaires importantes soient alors accordées.

C'est Napoléon qui a concrètement lié la notion de juridiction aux organismes disciplinaires du personnel de l'enseignement³¹⁴. Un corps chargé exclusivement de l'enseignement et de l'éducation publique fut ainsi d'abord créé sous le nom d' "Université impériale"³¹⁵, l'Université ainsi conçue regroupant l'ensemble des trois ordres d'enseignement qui étaient ainsi soumis au même régime disciplinaire. Ce régime était caractérisé par le fait que Napoléon accordait à l'Université impériale *juridiction* sur ses membres en tout ce qui touche l'observation de ses statuts et règlements, l'accomplissement des devoirs et des obligations de chacun, les plaintes et les réclamations contre ses membres, relativement à l'exercice de leurs fonctions, les injures, diffamations et scandales entre les membres et l'application des peines encourues par les délinquants. Cette juridiction était matérialisée par le Conseil de l'université³¹⁶ et les conseils académiques³¹⁷. La chute de l'Empire allait renforcer le lien entre la notion de juridiction et l'exercice de la mission disciplinaire puisque, si les organismes succédant à ceux de l'Empire, en l'occurrence la Commission de l'instruction publique³¹⁸ puis le Conseil royal de l'instruction publique³¹⁹ n'étaient pas des organismes

³¹⁴ Pour une vue générale du statut des enseignants voir, en ce sens : J. Imbert, "Sur le statut particulier des enseignants de 1800 à 1880", RDP 1983, p. 5 et suiv. ; P. Gerbod, "L'administration de l'enseignement supérieur public en France, de la révolution à nos jours", RA 1986, p. 115 et suiv. ou encore les références nombreuses d'A. Paysant, "Le régime disciplinaire du personnel de l'enseignement supérieur", AJDA 1966, p. 287 et suiv.

³¹⁵ Art. 1^{er} de la loi du 10 mai 1806 relative à la formation d'un corps enseignant sous le nom d'Université impériale (Coll. Duvergier, t. 15, p. 441).

³¹⁶ Organisme unique siégeant à Paris auquel était confié le soin de prononcer les sanctions les plus graves, le "Grand maître des universités" prononçant les sanctions les moins graves.

³¹⁷ Organismes placés auprès du recteur et qui constituaient une juridiction de 1^{er} degré, l'appel pouvant ensuite être porté devant le Conseil de l'Université.

³¹⁸ Ordonnance du Roi du 15 août 1815 qui maintient provisoirement l'organisation des académies et la taxe du vingtième des frais d'études établie par le décret du 17 mars 1808, et charge une commission d'exercer sous

juridictionnels, c'est parce qu'on leur avait dénié toute compétence disciplinaire. Ce n'est que lorsque cette dernière réapparue que la garantie juridictionnelle s'exerça à nouveau. Le législateur maintenant et précisant en 1850³²⁰ les attributions disciplinaires sous la forme juridictionnelle des Conseils académiques³²¹ et du Conseil supérieur de l'instruction publique remplaçant le Conseil royal de l'université qui avait lui-même remplacé le Conseil royal de l'instruction publique.

105 - Si la restauration de l'Empire s'accompagna de la suppression des attributions disciplinaires des conseils universitaires³²², une distinction apparaissait pour la première fois entre les ordres d'enseignement puisqu'un conseil départemental devenait compétent, en premier ressort, pour l'enseignement primaire³²³ alors que les conseils académiques restaient compétents pour tout ce qui intéressait les enseignements secondaires et supérieurs³²⁴. La chute du second Empire allait finalement permettre une restauration des pouvoirs disciplinaires et de la qualité juridictionnelle au profit des conseils universitaires³²⁵. On tendait, progressivement, vers l'autonomie des différents régimes disciplinaires et la multiplication conséquente des juridictions. En effet, si le Conseil supérieur de l'instruction publique restait d'abord compétent en appel pour les trois ordres d'enseignement, le législateur³²⁶ perpétuant la tradition juridictionnelle précisait bien, qu'il statuait sur les "jugements" rendus par les conseils d'université³²⁷ comme sur les "jugements" intéressant le personnel d'enseignement secondaire et d'enseignement supérieur libre rendus par les conseils académiques³²⁸ et sur les "jugements" rendus par les conseils départementaux en matière

l'autorité du ministre de l'intérieur, les pouvoirs attribués au grand-maître et autres officiers de l'Université (Coll. Duvergier, t. 20, p. 35).

³¹⁹ Ordonnance du Roi du 27 février 1821 concernant l'instruction publique (Coll. Duvergier, t. 23, p. 226).

³²⁰ Loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement (Coll. Duvergier, t. 50, p. 53).

³²¹ Les conseils académiques sont dorénavant créés dans chaque département et jugent en première instance toutes les questions relatives à l'enseignement.

³²² L'art. 3 du décret-loi du 9 mars 1852 sur l'instruction publique (Coll. Duvergier, t. 52, p. 325) fait passer les attributions disciplinaires des conseils concernant les membres de l'enseignement public aux mains du ministre.

³²³ Loi du 14 juin 1854 sur l'instruction publique (Coll. Duvergier, t. 54, p. 321).

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Loi du 19 mars 1873 sur le Conseil supérieur de l'instruction publique (Coll. Duvergier, t. 73, p. 86).

³²⁶ Loi du 27 février 1880 relative au Conseil supérieur de l'instruction publique et aux conseils académiques (Coll. Duvergier, t. 80, p. 65).

³²⁷ Les sections disciplinaires ont été qualifiées plus tard expressément de juridiction par l'art. 38 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 (JO 13 novembre 1968, p. 10579) d'orientation de l'enseignement supérieur et par l'art. 29 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 (JO 27 janvier 1984, p. 431) sur l'enseignement supérieur qui a remplacé les conseils d'université par les conseils d'administration des universités et autres établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

³²⁸ Loi préc. du 27 février 1880.

disciplinaire lorsque ces jugements prononcent l'interdiction absolue d'enseigner contre un instituteur public ou privé³²⁹.

106 - L'autonomie ainsi marquée était définitivement acquise pour la discipline concernant l'enseignement supérieur et ceci, toujours dans la tradition juridictionnelle³³⁰. Cette dernière étant encore matérialisée en 1989 par la création du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche³³¹ qui, lorsqu'il statue en matière disciplinaire, statue, selon des termes éloquents, "en appel et en dernier ressort"³³² sur les décisions disciplinaires prises par les instances universitaires comme en "premier et dernier ressort lorsqu'une section disciplinaire n'a pas été constituée ou lorsqu'un *jugement* n'est pas intervenu six mois après la date à laquelle les poursuites ont été engagées devant la *juridiction disciplinaire* compétente"³³³.

Par contre, la situation était beaucoup plus confuse pour les organismes touchant à la discipline de l'enseignement secondaire et primaire. Si la loi du 27 février 1880 réglementait indistinctement la procédure applicable aux professeurs de l'enseignement secondaire et supérieur, une initiative réglementaire³³⁴ allait réintégrer les enseignants du secondaire dans le giron de la fonction publique classique faisant de l'autorité de nomination la détentrice du pouvoir disciplinaire. Seule la sanction complémentaire de l'interdiction d'enseigner continuait à relever des conseils académiques³³⁵. Or, suite à la substitution de ces derniers par les conseils de l'éducation nationale³³⁶, la possibilité de mise en œuvre de cette dernière sanction

³²⁹ Loi préc. du 27 février 1880.

³³⁰ Cf. Art. 12 et 13 de la loi n° 46-1084 du 18 mai 1946 (JO 19 mai 1946, p. 4323) relative au Conseil supérieur de l'éducation nationale et aux conseils de l'enseignement et la loi n° 64-1325 du 26 décembre 1964 (JO 26 décembre 1964, p. 11787) relative au Conseil supérieur de l'éducation nationale.

³³¹ Art. 23 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 (JO 14 juillet 1989, p. 8860) d'orientation sur l'éducation.

Voir, de plus, les articles de doctrine sur cette loi, notamment, J. Minot, "Sur la réorganisation administrative de l'enseignement supérieur", RA 1989, p. 257 et suiv.

³³² Art. L. 232-2 du Code de l'Éducation (CEd) et décret n° 89-1 du 2 janvier 1989 (JO 3 janvier 1989, p. 59) abrogeant et remplaçant le décret du 19 février 1971 relatif au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche et décret n° 90-1011 du 14 novembre 1990 (JO 16 novembre 1990, p. 14067) relatif au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche statuant en matière disciplinaire.

³³³ Art. L. 232-2 CEd et décret n° 92-657 du 13 juillet 1992 (JO 16 juillet 1992, p. 9529) relatif à la procédure disciplinaire dans les établissements publics d'enseignement supérieur placés sous la tutelle du ministre chargé de l'enseignement supérieur.

³³⁴ Cf. Les décrets n° 72-580, n° 72-581, n° 72-582 du 6 juillet 1972 relatifs au statut particulier des professeurs agrégés du second degré, des professeurs certifiés et des chargés d'enseignement (JO 7 juillet 1972, p. 7071 et suiv.).

³³⁵ Art. 15 du décret n° 72-580 préc. du 6 juillet 1972 ; art. 15 du décret n° 72-581 préc. du 6 juillet 1972 ; art. 13 du décret n° 72-582 préc. du 6 juillet 1972.

³³⁶ Art. 12 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 (JO 23 juillet 1983, p. 2286) complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat

disciplinaire par la voie juridictionnelle disparaissait³³⁷, on arrivait, finalement, à la conclusion que “dans l'enseignement secondaire, la répression disciplinaire a cessé d'être juridictionnelle”³³⁸.

Ce recul de la notion de juridiction se vérifiait d'autant plus qu'il s'accompagnait de la suppression concomitante des conseils départementaux de l'enseignement primaire³³⁹, compétents notamment en matière de discipline de l'enseignement primaire³⁴⁰ comme celle, plus tardive, des conseils de discipline des maîtres d'internat³⁴¹ et des surveillants d'externat³⁴² des établissements publics d'enseignement secondaire³⁴³. Seuls les comités départementaux de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi³⁴⁴ continuent à jouer un rôle juridictionnel lorsqu'ils statuent en matière disciplinaire et contentieuse³⁴⁵.

En définitive, si l'on peut noter une grande diversité dans les indications fournies par le législateur dans la qualification des organismes disciplinaires comme une certaine tendance,

qui stipule qu'il “est institué dans chaque département et dans chaque académie un conseil de l'éducation nationale”.

³³⁷ L'art. 2 de la loi n° 85-1469 du 31 décembre 1985 (JO 1^{er} janvier 1986, p. 9) relative à la composition et aux attributions des conseils de l'éducation nationale siégeant en formation contentieuse et disciplinaire et modifiant les lois n° 48-1084 du 18 mai 1946 et n° 84-1325 du 26 décembre 1964 relatives au Conseil supérieur de l'éducation nationale qui énumère les compétences de ces conseils ne relève plus la possibilité, qui était dévolue aux anciens conseils académiques, de pouvoir prononcer l'interdiction d'enseigner pour une durée maximum de cinq ans ou l'interdiction absolue avec appel devant le Conseil supérieur de l'éducation nationale pour les membres de l'enseignement secondaire.

³³⁸ M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, 1996, p. 35.

³³⁹ La loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire (Coll. Duvergier, t. 86, p. 379) ne qualifiait pas expressément le conseil départemental de l'enseignement primaire de juridiction mais l'art. 32 disposait que les interdictions étaient prononcées par “jugement” de ce dernier. Voir, de même, décret n° 72-589 du 4 juillet 1972 (JO 7 juillet 1972, p. 7084) relatif au statut des instituteurs.

³⁴⁰ Si les Conseils départementaux de l'éducation nationale ont hérité des attributions consultatives de l'ancien Conseil départemental de l'enseignement primaire, les attributions contentieuses et disciplinaires de ce dernier ont été transférées aux conseils académiques de l'éducation nationale, ces derniers restant donc compétents pour l'interdiction de diriger ou d'enseigner à titre temporaire ou définitif concernant les membres de l'enseignement primaire (art. 2-1 de la loi n° 85-1469 préc. du 31 décembre 1985).

³⁴¹ Voir, sur la compétence disciplinaire, décret du 11 mai 1937 (JO 15 mai 1937, p. 5295) relatif au statut des maîtres d'internat des établissements publics d'enseignement secondaire.

³⁴² Voir, sur la compétence disciplinaire, décret du 27 octobre 1938 (JO 8 novembre 1938, p. 12666) relatif au statut des surveillants d'externat des établissements publics d'enseignement secondaire.

³⁴³ Les décisions de révocation de ces organismes relevaient, selon le décret n° 90-468 du 7 juin 1990 (JO 9 juin 1990, p. 6774) relatif au Conseil supérieur de l'Education, “en appel et en dernier ressort” de la compétence du Conseil supérieur de l'éducation mais compétence supprimée par l'art. L. 231-6 CED.

³⁴⁴ Institués par l'art. 2 de la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 (JO 17 juillet 1971, p. 7035) portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente et l'art. L. 910-1 du Code du Travail (CT), il exercent les “attributions juridictionnelles” des anciens Comités départementaux de l'enseignement technique et ces comités peuvent prononcer des sanctions disciplinaires contre les membres du personnel de direction, d'enseignement et d'encadrement des centres de formation d'apprentis, “sous réserve d'appel devant le conseil supérieur de l'éducation nationale” (art. L 116-6 CT).

dans certains cas, à faire se succéder des statuts différents dans une certaine confusion, le plus souvent, il lie, néanmoins, statut juridictionnel et organisme disciplinaire. On va voir que la volonté du juge va également en ce sens même si elle s'exprime de façon plus manifeste.

B - L'expression manifeste de la volonté du juge

107 - Rejoignant une certaine tendance doctrinale selon laquelle il est de nature de la répression disciplinaire d'être juridictionnelle³⁴⁶, la dévolution du pouvoir disciplinaire à des juridictions a très tôt procédé de l'idée que "lorsqu'une décision administrative prend le caractère d'une sanction et qu'elle porte une atteinte assez grave à une situation individuelle, la jurisprudence exige que l'intéressé ait été en mesure de discuter les motifs de la mesure qui le frappe"³⁴⁷. Sur le fondement de ce principe et en harmonie avec la pratique législative, le Conseil d'Etat a presque toujours reconnu la qualité juridictionnelle aux organismes investis d'une mission de répression disciplinaire (1). Mais cette reconnaissance n'a eu lieu que dans la mesure où ces organismes exerçaient cette activité disciplinaire. A partir du moment où leur activité s'apparentait à des attributions purement administratives, ils perdaient ce caractère juridictionnel (2).

1. La reconnaissance constante de la qualité juridictionnelle des organismes dans leur activité disciplinaire

108 - S'il est, à première vue, difficile de savoir sur quels critères se fonde la jurisprudence pour décider qu'un organisme soit juridictionnel ou non³⁴⁸, la "ligne

³⁴⁵ En vertu de l'art. L. 231-6 du CEd, le Conseil supérieur de l'éducation statue "*en appel et en dernier ressort sur les décisions disciplinaires et contentieuses rendues par les comités départementaux de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi*".

³⁴⁶ Voir, notamment, L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, *op. cit.*, 3^{ème} éd., t. 3, p. 274 et suiv. ; J. Brethe de la Gressaye, "Le pouvoir juridictionnel des Ordres professionnels", DS 1955, p. 597 et suiv. ; R. Bonnard, "La conception matérielle de la fonction juridictionnelle", Mélanges Carré de Malberg, Sirey, 1933, p. 3 et suiv.

³⁴⁷ Concl. Chenot sous CE, sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier (D. 1945), p. 110 ou RDP 1944, p.256).

³⁴⁸ Si pour René Chapus, un organisme est une juridiction en conséquence de l'utilisation du critère matériel et donc en conséquence de ce qu'est la nature de sa mission, ce n'est pas ainsi que la doctrine dominante conçoit l'état du droit. Pour certains auteurs, le critère d'ordre matériel n'est utilisé qu'à titre principal, le critère formel relatif au statut organique et procédural resterait utilisé à titre auxiliaire.

Voir, notamment, en ce sens, J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, 3^{ème} éd., LGDJ, 1984, t. 1, n° 279 et suiv. ; C. Debbasch et J.-C. Ricci, Contentieux Administratif, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, n° 143 et suiv. ; J. Rivero et J. Waline, Droit administratif, Dalloz, 2000, 18^{ème} éd., n° 187 ou encore M. Waline, Précis de droit administratif, Montchrestien, 1969, n° 269.

générale³⁴⁹ de la jurisprudence est de toujours considérer l'organisme à qualifier comme une juridiction chaque fois que la mission qui lui est confiée est de nature disciplinaire. L'exercice d'une mission disciplinaire n'est peut-être plus aujourd'hui une condition suffisante pour l'octroi de la qualité de juridiction mais, elle en reste, en tout cas, indissociable. C'est ce qu'illustre, en premier lieu, les arrêts rendus à propos de la compagnie des commissaires aux comptes, d'abord à propos de l'ancienne chambre de discipline³⁵⁰ puis à propos des nouvelles commissions régionales³⁵¹ comme de la nouvelle Chambre nationale de discipline³⁵². Dans la même logique, le Conseil d'Etat a également pris position de façon significative à propos des formations disciplinaires de premier ressort et d'appel des ordres professionnels lorsqu'il a eu à se prononcer sur une sanction prise par l'ancien Conseil supérieur de l'Ordre des médecins³⁵³ ou encore à propos de l'ancienne Commission nationale de reconstitution des organisations syndicales d'employeurs qui était compétente pour se prononcer sur les décisions de suppression du droit de faire partie des bureaux ou organismes directeurs des syndicats³⁵⁴.

109 - L'inclination du juge à lier fonction disciplinaire et juridiction apparaît encore à propos des décisions rendues par l'ancienne Commission de contrôle des banques lorsqu'elle statuait en matière disciplinaire³⁵⁵ ou de l'ancienne Commission nationale des métiers³⁵⁶. Sa position porte plus à discussion, par contre, à propos de l'actuelle Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels qui a été qualifiée de juridiction par le juge lorsqu'il a eu à statuer sur une demande d'annulation d'une sanction prise par cette Commission seulement au titre de l'épuration³⁵⁷ mais comme le notait le professeur Chapus, "il n'est pas douteux que, saisi d'une décision de la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels prononçant, à titre de sanction, le retrait de la carte, le Conseil reconnaîtrait comme des juridictions, tant cette Commission que celles de premier

³⁴⁹ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 101.

³⁵⁰ CE, Ass., 19 février 1943, *Bugnet et autres* (Rec. CE, p. 46, DS 1943, p. 173, concl. Léonard, JCP 1943, n°2308).

³⁵¹ CE, 1^{er} octobre 1969, *Fournier* (Rec. CE, p. 415) et CE, 10 avril 1974, *Sieur Decazes* (Rec. CE, p. 225).

³⁵² CE, 4 février 1983, *Couanne* (Rec. CE, p. 47).

³⁵³ CE, Ass., 16 mai 1947, *Teissier* (D. 1948, p. 556, 2^{ème} esp., note P.-L. J.).

³⁵⁴ CE, Ass., 20 février 1948, *Dubois* (D. 1948, p. 556, 5^{ème} esp., note P.-L. J.) ; CE, sect., 12 décembre 1947, *Lefèvre* (D. 1948, p. 556, 4^{ème} esp., note P.-L. J.) ; CE, sect., 21 mars 1947, *Drouard* (Rec. CE, p. 119) ; CE, sect., 28 octobre 1949, *Baldassati* (Rec. CE, p. 445).

³⁵⁵ CE, Ass., 31 mars 1950, *Dame Slaiher* (Rec. CE, p. 364, D. 1950, p. 370, S. 1950, 3. 76) ; CE, sect., 12 octobre 1956, *Desseaux* (Rec. CE, p. 364, RDP 1957, p. 114, concl. Lasry) ; CE, 27 février 1959, *Société française de participations* (Rec. CE, p. 147) ; CE, sect., 28 juin 1963, *Bapst et autres* (Rec. CE, p. 411, AJDA 1963, p. 424, chron. Gentot et Fourré).

³⁵⁶ CE, sect., 30 juin 1967, *Caisse de compensation de l'ORGANIC* (Rec. CE, p. 286).

³⁵⁷ CE, 19 mars 1947, *Gayet* (Rec. CE, p. 150).

ressort³⁵⁸. Enfin, sont également à relever en rapport avec cette jurisprudence les décisions relatives au Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline des magistrats au siège³⁵⁹, celles relatives à la chambre de discipline de la compagnie des conseils en brevets d'invention³⁶⁰ ou encore au conseil de direction de la compagnie des commissionnaires agréés près la bourse de commerce de Paris et la Chambre de commerce et d'industrie de Paris³⁶¹ bien que la qualification de ces deux derniers organismes soit moins explicite que pour les précédents³⁶². Cependant, si le Conseil d'Etat reconnaît ainsi, dans la majorité des cas, la qualité de juridiction aux organes disciplinaires, c'est uniquement à travers leur mission de répression. Dans l'exercice de leur activité administrative, cette qualité leur est déniée.

2. La négation constante de la qualité juridictionnelle des organismes dans leur activité administrative

110 - Lorsque les organismes en cause exercent une activité qui ne s'apparente pas à une activité disciplinaire, le juge a toujours considéré qu'ils n'agissaient pas en qualité de juridiction³⁶³. Une jurisprudence constante s'est développée en ce sens notamment à propos des formations des ordres professionnels. Le Conseil d'Etat niant, par exemple, le caractère juridictionnel des décisions prises en matière d'inscription au tableau à propos des conseils de l'Ordre des experts-comptables³⁶⁴, des conseils de l'Ordre des architectes³⁶⁵, des conseils de l'Ordre des géomètres-experts³⁶⁶ ou encore des conseils de l'Ordre des vétérinaires³⁶⁷. Si les décisions relatives aux conseils de l'Ordre des médecins en matière d'inscription au tableau

³⁵⁸ R. Chapus, "Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative", *op. cit.*, p. 284.

³⁵⁹ CE, 12 juillet 1969, *L'Etang* (Rec. CE, p. 388, AJDA 1969, p. 558, chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc, RDP 1970, p. 387, note M. Waline).

³⁶⁰ CE, 9 décembre 1988, *Kessler* (Rec. CE, p. 436).

³⁶¹ CE, sect., 10 juin 1983, *Charbit et autres* (Rec. CE, p. 240).

³⁶² Dans une décision CE, 18 mars 1977, *Dame Meaux* (AJDA 1977, p. 546, concl. Massot), la sanction prise par le Conseil de direction à l'encontre d'un remisier était considérée comme administrative alors qu'elle est considérée comme juridictionnelle quand elle vise une société inscrite sur la liste des commissionnaires agréés (décision *Charbit et autres* préc.).

³⁶³ Exception faites des conseils régionaux de l'Ordre des médecins lorsqu'ils statuent sur le contentieux des élections aux conseils départementaux de l'Ordre qui sont alors considérés comme des juridictions.

Voir, en ce sens, CE, 19 janvier 1949, *Deroide* (RA 1950, p. 153, note Liet-Veaux) et CE, 15 juin 1949, *Faveret* (Rec. CE, p. 288).

³⁶⁴ CE, 5 mars 1947, *Escribe* (Rec. CE, p. 95) ; CE, 29 juillet 1950, *Leclercq* (Rec. CE, p. 849) ; CE, 26 avril 1950, *Krupp* (Rec. CE, p. 235) ; CE, 4 juin 1952, *Ficat* (Rec. CE, p. 805).

³⁶⁵ CE, sect., 14 juin 1946 *Van den Veegaete* (S. 1947. 3. 22, 2^{ème} esp.) ; CE, 16 avril 1947, *Lambla de Sarria* (Rec. CE, p. 145) ; CE, 16 avril 1951, *Lhéritier de Chézelle* (Rec. CE, p. 98).

³⁶⁶ CE, 19 juin 1953, *Grizard* (Rec. CE, p. 304) ; CE, 28 juillet 1952, *Jozet* (Rec. CE, p. 431).

ont d'abord été reconnues comme n'émanant pas d'une juridiction³⁶⁸, le Conseil d'Etat se prononça différemment par la suite³⁶⁹ avant de revenir, finalement, sur sa jurisprudence initiale³⁷⁰. Enfin, la qualification d'autres décisions non disciplinaires procédait de la même logique qu'elles soient relatives à l'état ou au statut des praticiens³⁷¹ ou encore aux modalités d'exercice de la profession³⁷².

111 - D'autres organismes ont été dépourvus de la qualité juridictionnelle lorsqu'ils statuaient sur des décisions considérées comme administratives alors qu'ils s'apparentaient à des juridictions en matière disciplinaire. C'est le cas d'abord de l'ancienne Commission de contrôle des banques statuant sur les demandes d'enregistrement³⁷³ même si la jurisprudence initiale était contraire³⁷⁴ ou des commissions des commissaires aux comptes statuant en matière d'accès à la profession³⁷⁵. Cela concerne, de même, les différentes commissions des métiers lorsqu'elles statuent sur la tenue du répertoire des métiers ou toutes les décisions non disciplinaires relatives au titre d'artisan et de maître-artisan³⁷⁶ ou encore les commissions de la carte d'identité des journalistes professionnels lorsqu'elles statuent, non pas sur des décisions disciplinaires mais sur des demandes de délivrance ou de renouvellement de la carte³⁷⁷. Finalement, on voit que le juge comme le législateur opèrent, de façon générale, une liaison entre statut juridictionnel et organisme disciplinaire. On va voir, à l'inverse, qu'il y a plutôt une distinction de principe entre le statut juridictionnel et les organes régulateurs.

³⁶⁷ CE, sect. 17 mai 1969, *Feuillette* (Rec. CE, p. 316).

³⁶⁸ CE, Ass., 14 mai 1943, *Gremeau* (Rec. CE, p. 122), CE, 7 avril 1944, *Marty* (Rec. CE, p. 112) ; CE, 15 décembre 1944, *Jeudon* (Rec. CE, p. 323) ; CE, 27 décembre 1947, *Pinelli-Monnet* (Rec. CE, p. 498).

³⁶⁹ CE, sect., 2 février 1945, *Moineau* (Rec. CE, p. 27, D. 1945, p. 269, note C.-A. Colliard, S. 1946. 3. 9, note L'Huillier) ; CE, 14 février 1945, *Beurekdjian* (Rec. CE, p. 32).

³⁷⁰ CE, 12 décembre 1953, *De Bayo* (Rec. CE, p. 544, RPDA 1954, 3, concl. Chardeau, AJDA 1954, II, p. 138, note de Soto, AJDA 1954, II, bis, 2, chron. Gazier et Long) ; CE, Ass., 29 janvier 1954, *Chaigneau* (AJDA 1954, 2, p. 456, DS 1954, p. 589, concl. Donnedieu de Vabres) ; CE, sect., 9 mars 1962, *Doux* (Rec. CE, p. 160, AJDA 1962, p. 642, 1^{ère} esp., note Paulin).

³⁷¹ CE, 7 décembre 1956, *Rajanoary* (Rec. CE, p. 469) ; CE, 18 juillet 1968, *Ledoux* (Rec. CE, p. 435) ; CE, 3 juin 1959, *Roblès* (RPDA 1959, n° 225) ; CE, 18 novembre 1960, *Bréchet* (AJDA 1961, p. 293) ; CE, 18 mai 1971, *Langlais* (Rec. CE, p. 416).

³⁷² CE, 2 avril 1954, *Ricros* (Rec. CE, p. 215) ; CE, sect., 20 octobre 1967, *Schulsinger* (Rec. CE, p. 389) ; CE, 9 février 1966, *Dr A...* (JCP 1966, G, I, n° 14623, concl. Rigaud) ; CE, 26 avril 1967, *Moenner* (Rec. CE, p. 180) ; CE, 10 mai 1967, *Brides* (Rec. CE, p. 911).

³⁷³ CE, 12 juillet 1955, *Société régionale du Jura* (Rec. CE, p. 420) ; CE, 27 mai 1959, *Société Nordmann et Société Séligmann* (AJDA 1959, 2, p. 237) ; CE, sect., 18 mai 1962, *Société H. Roy* (AJDA 1962, p. 645, note B. P.) ; CE, 8 juillet 1964, *Défense familiale et commerciale* (Rec. CE, p. 810).

³⁷⁴ CE, sect., 1^{er} février 1946, *Roux* (D. 1947, p. 57, note P. H., S. 1947. 3. 22, 1^{ères} esp.) ; CE, 17 juillet 1950, *Crédit central de la Madeleine* (Rec. CE, p. 849).

³⁷⁵ CE, 12 avril 1972, *Popot* (RDP 1972, p. 1277), CE, sect., 26 janvier 1973, *Lang* (Rec. CE, p. 72).

³⁷⁶ CE, sect., 30 juin 1967, *Caisse de Compensation de l'ORGANIC* préc.

§ 2 : *La distinction de principe entre qualification juridictionnelle et organe régulateur*

112 - Si la mission fondamentale des autorités régulatrices s'apparente, de manière générale, à l'encadrement d'un secteur de la vie sociale dans le respect des équilibres voulus par le législateur, la régulation implique aussi la fonction de veiller au respect des règles de ce jeu social et à maintenir, par là, une certaine cohésion. Pour ce faire, le pouvoir de sanction est apparu comme un complément indispensable à l'activité régulatrice afin que cette dernière conserve sa pleine et entière efficacité³⁷⁸. L'importance et le développement de ces pouvoirs répressifs a fait naître une certaine réflexion quant à la nature juridique de ces autorités ainsi considérées comme administratives. On a insisté sur la présence d'une "répression administrative qui demeure non sans raison évocatrice davantage d'un Etat de police que de droit et qu'il est vrai [...] reste liée aux pages les plus sombres de notre histoire"³⁷⁹ mais on s'est aussi légitimement penché sur la question de la qualité juridictionnelle des instances régulatrices. Si un certain nombre d'interrogations ont été soulevées, le Conseil constitutionnel, et le Conseil d'Etat de façon sous-jacente, ont clairement et unanimement opté pour la nature non juridictionnelle des autorités en cause.

A - Les interrogations initiales

113 - Le débat sur la nature juridictionnelle des instances régulatrices est particulièrement marqué dans le secteur de la concurrence puisque les dénonciations se sont d'abord matérialisées à propos de l'ancienne Commission de la concurrence qui a fait l'objet de nombreuses critiques quant à sa nature administrative. Puis, c'est la consécration du pouvoir répressif du Conseil de la concurrence qui a de nouveau conduit à défendre l'idée d'un organisme juridictionnel eu égard notamment à l'importance de sa fonction, à son indépendance et à l'amélioration du respect des droits de la défense devant lui (1). Même si le débat a été plus mesuré à propos des autres autorités régulatrices, la qualification d'autorité administrative notamment des instances de l'audiovisuel ou des instances contrôlant le marché financier a prêté aussi à discussion (2).

³⁷⁷ CE, 20 décembre 1957, *Baray* (Rec. CE, p. 701) ; TA Paris, 3 juin 1960, *Dame Sanières* (AJDA 1961, p.442); CE, sect., 14 avril 1972, *Marion de Procé* (Rec. CE, p. 287).

³⁷⁸ Les exigences de la répression ont aussi été parfois à l'origine de la création de l'autorité régulatrice. Le Conseil de la concurrence est en effet créé en 1986 essentiellement pour assurer la répression directe des pratiques anticoncurrentielles, répression qui était exercée depuis 1977 par le Ministre de l'Economie et des Finances sur avis de la Commission de la concurrence.

³⁷⁹ M. Delmas-Marty, "Les instances de régulation et la Constitution", *op. cit.*, p. 191.

1. Un embarras marqué dans le secteur de la concurrence

114 - Le secteur de la concurrence est marqué depuis plus d'un demi-siècle par des intentions contradictoires quant aux procédures de contrôle applicables en la matière³⁸⁰. Le législateur n'a jamais voulu créer une juridiction spécialisée comme il n'a, non plus, jamais institué une administration spécifique dotée de prérogatives et de moyens propres. Face aux difficultés d'application de telles solutions³⁸¹, il a toujours préféré opter pour un simple aménagement de la situation existante en fonction des exigences propres à une politique de la concurrence. Si le principe d'une juridiction économique n'avait pas été retenu à propos de la Commission technique des ententes³⁸², l'ambiguïté de ses compétences allait déjà amener certaines imprécisions ou incertitudes. Certes, cette commission se définissait elle-même comme n'étant "ni une juridiction"³⁸³, "ni une autorité administrative"³⁸⁴ mais comme un "conseiller économique du gouvernement"³⁸⁵ et la doctrine ne lui avait, de même, jamais attribué pareille nature juridictionnelle³⁸⁶. Pourtant, certains auteurs³⁸⁷ parlaient déjà de "jurisprudence" à propos des avis rendus par cette Commission ce qui faisait dire à Jean-Claude Lorthe que "si les mots ont un sens il est clair que le terme de jurisprudence, selon n'importe quel dictionnaire, désigne la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit et qui par la répétition même, devient source de droit"³⁸⁸.

115 - Les débats relatifs à la nature juridique de la nouvelle Commission de la concurrence allaient confirmer ces premières incertitudes. Si les travaux préparatoires de la

³⁸⁰ Dix-sept projets ou propositions de loi avaient été déposés devant le Parlement entre 1926 et 1953 envisageant soit le contrôle par des organismes administratifs consultatifs, soit par des juridictions économiques qui étaient soit souveraines, soit placées sous le contrôle du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

³⁸¹ Tenant notamment, quant à la solution juridictionnelle, aux difficultés d'insertion d'un tel organisme dans le système juridictionnel français autant que d'une certaine méfiance à l'égard de tout ce qui pourrait conduire à un "gouvernement des juges" en matière économique. La solution purement administrative se révélant, à l'inverse, avoir un caractère supposé trop interventionniste.

³⁸² Créée par le décret n° 53-704 préc. du 9 août 1953.

³⁸³ Rapport 1954-55, *J. O., Doc. Adm., 1960*, n° 1.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Voir, en ce sens, R. Plaisant et P. Barbry, "Libre concurrence et ententes industrielles", *D. 1954*, chron., p. 67 et suiv. ; R. Plaisant et P. Lassier, "Les trois premières années d'une politique des ententes", *D. 1960*, chron., p. 61 et suiv. ; Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, "La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire", *D. 1963*, chron., p. 36 et suiv. ; B. Lorthet, "Le contrôle administratif français des concentrations économiques", *RDP 1978*, p. 471 et suiv. ; J.-L. de Corail, "Les droits de la défense et la Commission de la concurrence", *RJC 1980*, déc., p. 25 et suiv.

³⁸⁷ Voir, en ce sens, Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 42 et suiv. ou H. Durand, "La Commission technique des ententes", *DS 1960*, p. 67 et suiv.

³⁸⁸ J.-C. Lorthe, "Le contrôle administratif français des concentrations économiques", *RDP 1980*, p. 495.

loi³⁸⁹ étaient déjà fortement marqués par les oppositions sur la nature juridique de cette dernière³⁹⁰, les controverses allaient, de façon plus surprenante, atteindre le gouvernement lui-même³⁹¹ marquant de la sorte un certain désarroi quant à la solution à adopter. La même hésitation était perceptible en doctrine où, si on dénonçait l'existence d'une "espèce d'hermaphrodite à l'attrait incertain"³⁹², on parlait aussi, tour à tour, de "commission administrative non juridictionnelle"³⁹³, de commission "quasi-juridictionnelle"³⁹⁴ ou "d'organisme juridictionnel"³⁹⁵. Si certains auteurs ont réclamé avec insistance la transformation de la Commission en juridiction³⁹⁶, d'autres ont, à l'inverse, estimé qu'une telle transformation pouvait présenter certains inconvénients notamment face à la nécessité d'une intervention rapide et évolutive comme face aux rôles multiples assumés par la Commission³⁹⁷. Il a été ainsi souligné, à juste titre, "que le droit de la concurrence est à ses premiers balbutiements ; les frontières sont parfois floues entre le permis et l'illicite, les intérêts en cause ont des contours quelquefois incertains et n'ont pas encore accédé à la dignité de droits subjectifs à propos desquels exercer la *jurisdictio*"³⁹⁸.

³⁸⁹ Loi n° 77-806 préc. du 19 juillet 1977.

³⁹⁰ La majorité des intervenants se refusait comme Etienne Dailly à "*reconnaître un caractère juridictionnel quelconque à une Commission qui [...] n'en a aucun et qui se borne à faire des propositions au ministre*" (JO, Déb. Sénat, séance du 28 juin 1977, p. 1856) mais Joël Le Theule, rapporteur de la commission spéciale de l'Assemblée nationale comme Guy Petit, rapporteur pour avis de la Commission des lois du Sénat, qualifiaient la nouvelle Commission de "*quasi-juridictionnelle*" dans leur rapport écrit (voir, respectivement, Rapport Le Theule à l'Assemblée Nationale, n° 2954, p.80, al. 5 et JO, Déb. Sénat, séance du 28 juin 1977, p. 1837).

³⁹¹ Au cours de la discussion du projet de loi devant l'Assemblée Nationale, Christiane Scrivener, secrétaire d'Etat à la Consommation, refusa toute interprétation visant à identifier la Commission de la concurrence à une juridiction (par ex., JO, Déb. AN., 1^{ère} séance du 9 juin 1977, p. 3624 quant à la proposition de Jean Foyer ou JO, Déb. Sénat, séance du 28 juin 1977, p. 1856 quant à l'interprétation de Guy Petit) alors que le 1^{er} ministre, Raymond Barre, la qualifiait, un an après, "*d'autorité administrative de type quasi-juridictionnel, puisque chargée d'exercer une véritable magistrature économique*" (Lettre du 31 mai 1978 au président de la Commission de la concurrence in Rapport pour l'année 1978, annexe D, JO, Doc. Adm. 1979, n° 1, p. 23).

³⁹² J.-C. Fourgoux, "L'enterrement au ralenti des Ordonnances de 45 et la métamorphose de la Commission de la concurrence : un projet pour hier, une proposition pour demain", GP 1985, doct., p.525

³⁹³ X. Desjeux, "La répression des ententes illicites et des abus de position dominante", GP 1978, 8-9 février, p.60.

³⁹⁴ J.-C. Lorthé, "Le contrôle administratif français des concentrations économiques", *op. cit.*, p. 499 ; F.-C. Jeantet, "La loi sur le contrôle des concentrations économiques en France", JCP 1977, G, I, n° 2879, § 43.

³⁹⁵ D. Brault, "Bilan d'activité de la Commission de la concurrence", RJC 1980, p. 126.

³⁹⁶ Voir en ce sens, C. Gavalda et C. Lucas de Leysac, "Non, il est temps encore". Analyse d'un projet de réforme fragmentaire du droit français de la concurrence", GP 1985, doct., p. 647 ; J.-C. Fourgoux, "L'enterrement au ralenti des Ordonnances de 45 et la métamorphose de la Commission de la concurrence : un projet pour hier, une proposition pour demain", *op. cit.*, p. 525 ; C. Gavalda, D. 1981, p. 423, note sous CE, 13 mars 1981, *SARL Armand Pellerin et Cie*.

³⁹⁷ Rôles tenant, notamment, au dépistage des problèmes, à la prévention des risques concurrentiels ou encore au conseil aux entreprises.

³⁹⁸ J.-J. Burst, D. Ferrier, C. Monège, J.-M. Mousseron et V. Selinsky, "Montagne ou souris : commentaire de la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence", JCP 1986, G, II, n° 14682, § 86.

116 - Nonobstant les diverses qualifications données, la Commission ne gardait finalement qu'un rôle purement consultatif puisque c'était en droit le Ministre seul qui était investi du pouvoir de décision mais suite au transfert officiel du pouvoir d'injonction et de sanction du ministre au Conseil de la concurrence, les controverses s'imposaient avec encore plus de vigueur. Poursuivant les débats intervenus préalablement à l'adoption de l'ordonnance et de la loi transférant les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris³⁹⁹, la doctrine proposait une gamme de qualifications pour le moins étendue. Certains auteurs, tenant compte essentiellement de l'autonomie du nouvel organisme, penchaient ainsi pour la qualité "d'autorité administrative indépendante"⁴⁰⁰ avant que d'autres ne préfèrent oublier la composante "administrative"⁴⁰¹ comme, par la suite, la composante "indépendante" et arriver finalement à la qualification très dépouillée "d'autorité"⁴⁰².

Toute une partie de la doctrine allait, à l'inverse, se rapprocher davantage de la qualification de juridiction, parfois en observant simplement que le conseil présentait les caractères d'une juridiction sans pour autant lui donner cette qualité⁴⁰³ ou, parfois, de manière

³⁹⁹ On a évoqué successivement lors des débats parlementaires, la "fonction contentieuse" du Conseil de la concurrence, le fait qu'il ne soit pas "un organisme tout à fait comparable aux autorités administratives indépendantes auxquelles s'est référé le Conseil d'Etat" et le fait que son "pouvoir de décision s'apparente à une juridiction judiciaire" (Voir, pour l'ensemble de ces propos, "Rapport Alain Lamassoure", Doc. AN., n° 573, p.7).

En fait le Conseil de la concurrence serait une "quasi-juridiction" (Alain Lamassoure, J.O., Déb. AN., 18 déc.1986, p. 7814, Michel d'Ornano, J.O., Déb. AN., 18 décembre 1986, p. 7816). Le rapporteur du Sénat n'hésitant pas à parler "d'organe qui se rapproche davantage d'un organe de type juridictionnel que d'une autorité administrative" ("Rapport J. Thyraud", Doc. Sénat, n° 137, p. 13), la Cour d'appel de Paris intervenant, selon lui, comme "second degré de juridiction" (J. Thyraud, J.O., Déb. Sénat, 20 décembre 1986, p. 6539).

⁴⁰⁰ C'est le cas de P. Delvolvé in Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, p. 508 ou encore de J. Chevallier, note sous CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, AJDA 1987, p. 348 pour qui "même si l'instruction et la procédure devant lui sont contradictoires (art. 18), le Conseil de la concurrence ne rend pas de jugements dotés de l'autorité de la chose jugée".

C'est le cas encore pour le commissaire du gouvernement Laroque qui, pendant la compétence temporaire du Conseil d'Etat en matière de recours, a qualifié le Conseil de la concurrence "d'autorité administrative indépendante" (concl. sous CE, 3 octobre 1987, Société J. V. C. Vidéo France, RFDA 1988, p. 62).

⁴⁰¹ Voir, en ce sens, R. Drago, "Le Conseil de la concurrence", JCP 1987, G, I, n° 3300 qui observe: "autorités indépendantes certes, mais pas administratives puisqu'elles sont soustraites à toute intervention de l'exécutif alors qu'une autorité "administrative" en dépend nécessairement" (§7 in fine).

⁴⁰² Selon Pierre Delvolvé, "l'argument d'autorité n'est peut-être pas suffisant pour entraîner l'adhésion" mais "il peut être étayé par plusieurs considérations d'ordre organique et fonctionnel". L'auteur ajoutant que "la substitution du Conseil de la concurrence au ministre n'a changé ni la nature des fonctions ni la qualification de l'autorité qui les exerce et des mesures qu'elle lui permet de prendre" in Droit public de l'économie, *op. cit.*, p.508.

⁴⁰³ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, LGDJ, 1996, p. 178 note, par ex., que : "le Conseil de la concurrence présente, en effet, tous les caractères qui lui auraient valu, en d'autres temps, ou en d'autres circonstances, la qualification juridictionnelle".

G. Henaff parle d'un "avatar de juridiction ayant certains de ses pouvoirs sans en avoir la dénomination" in "Questions sur la nature juridique du Conseil de la concurrence", LPA 1988, 3 juin, n° 28, p. 28.

plus audacieuse, en recourant au terme de “quasi-juridiction, si ce n'est une juridiction”⁴⁰⁴ ou d'organisme “quasi-juridictionnel”⁴⁰⁵ avant, enfin, d'opter purement et simplement, dans certains cas, pour la qualification de juridiction⁴⁰⁶ voire de juridiction “incomplète” ou “innommée”⁴⁰⁷. Si une telle richesse de qualifications dévoilait ainsi les complications et les ambiguïtés liées à la nature de l'organisme chargé de contrôler le secteur de la concurrence, on pouvait aussi déceler un même embarras dans les autres secteurs contrôlés par une autorité de régulation même s'il pouvait se révéler plus mesuré.

2. Un embarras plus mesuré dans les autres secteurs régulateurs

117 - Si on a mis l'accent sur les pouvoirs répressifs des autres autorités de régulation, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des opérations de bourse en particulier, c'est avant tout pour dénoncer leur non-conformité à la Constitution plutôt que pour revendiquer la reconnaissance de leur caractère juridictionnel. Ce dernier a, en effet, été expressément écarté tout au long des débats parlementaires⁴⁰⁸. Pourtant l'hostilité suscitée par

C. Lucas de Leyssac propose, quant à lui, de faire du Conseil de la concurrence une juridiction “*tout simplement parce que c'est le seul moyen d'abord d'éviter d'inutiles complications dans la mise en œuvre du droit de la concurrence et, ensuite, de prendre acte des nouveaux rapports entre l'Etat, les entreprises et le marché*” in “Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?”, RJC 1992, p. 275.

Enfin, si J.-J. Israel conclut au caractère non juridictionnel du Conseil de la concurrence en fonction de l'importance du critère matériel (tenant essentiellement au fait qu'il ne tranche pas des litiges entre concurrents), c'est non sans avoir été toutefois frappé par la force des indices formels et organiques que sont le caractère contradictoire de la procédure, le régime de l'instruction ou la procédure de type juridictionnel (“Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986”, LPA 1990, n° 38, 28 mars p. 13 et 14).

⁴⁰⁴ Voir en ce sens, A. Decocq et M. Pedamon, “L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence”, JCL Concurrence-Consommation, n° spécial 1 bis, Litec 1987, n° 81. Les auteurs parlant même “d'organe souverain” dont la “juridictionnalisation” est dans la nature des choses (§ 13).

⁴⁰⁵ J. Donnedieu de Vabres parlant, par ex., de “rôle quasi-juridictionnel” (“La Commission de la concurrence et le Conseil de la concurrence” in Les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 175) ou de “face quasi-juridictionnelle” (“Le nouveau droit de la concurrence”, La Vie Jud. 1987, p. 9).

⁴⁰⁶ Voir, F. Zenatti qui commentant l'ordonnance de 1986, parle de l'institution d'un “nouveau juge de la concurrence”, RTDC 1987, p. 175 et 178 ; R. Martin, “La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence”, JCP 1990, G, I, n° 3469 ; F.-C. Jeantet, “L'esprit du nouveau droit de la concurrence”, JCP 1987, G, I, n° 3277 qui évoque “une fonction juridictionnelle de régulation” (§ 23 et suiv.) ; X. De Mello, “L'ordonnance (modifiée) de la concurrence et la Constitution”, GP 1985, doct., p. 29 pour qui “doté de *jurisdictio et d'imperium*, le Conseil de la concurrence possède ainsi toutes les caractéristiques d'une juridiction”.

⁴⁰⁷ D. Danet, “Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée ?”, RIDE 1991, p. 3.

⁴⁰⁸ Pour le CSA, “Rapport A. Gouteyron” au nom de la commission des affaires culturelles, Doc. Sénat, 1988-1989, n° 68, p. 25 ; “Avis de C. Jolibois” au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation du Doc. Sénat, 1988-89, n° 69, p. 11.

Pour la COB, “Rapport C. Jolibois”, Doc. Sénat, 1988-89, n° 340, p. 23 ; “Avis de R. Bourguine”, Doc. Sénat, 1988-1989, n°339, p. 47.

l'idée de confier un pouvoir de sanction aux autorités concernées a permis de soulever certaines interrogations dans la réflexion parlementaire sur la nature juridique des organismes ainsi créés. Ainsi, si le rapport consacré à la création du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴⁰⁹ a exclu la solution juridictionnelle, il a quand même relevé que les nouveaux pouvoirs de sanction avaient transformé la nature de cette autorité puisqu'il proposait une modification de la composition de cette dernière⁴¹⁰. Michel Degoffe notait à ce propos que tout se passait comme "si le rapporteur partait de l'idée que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne doit pas être une juridiction mais qu'il exerce une mission juridictionnelle et que sa composition doit présenter des garanties équivalentes à celles que l'on peut attendre d'une juridiction"⁴¹¹.

118 - On a retrouvé les mêmes réticences lors de l'octroi à la Commission des opérations de bourse de pouvoirs de sanction encore plus importants⁴¹² puisque, d'un côté, et contrairement au Conseil de la concurrence qui n'a pas de pouvoir législatif, on lui reconnaissait le pouvoir de sanctionner la violation de ses propres règlements alors que, d'un autre côté, et contrairement aux punitions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, celles de la Commission des opérations de bourse pouvaient se cumuler avec une sanction pénale prononcée par le juge. Malgré ces deux particularités, la solution juridictionnelle n'était toujours pas retenue. Pourtant, si les rapporteurs de la commission des finances et de la commission des lois de l'Assemblée nationale avaient consacré, en dépit de quelques réserves, le projet gouvernemental⁴¹³, le Sénat s'était, par contre, montré résolument hostile à cette solution devant la confusion des pouvoirs ainsi réalisée⁴¹⁴. S'il a reconnu le caractère administratif de l'autorité, il a néanmoins assimilé le pouvoir de sanction à une mission juridictionnelle souhaitant, de ce fait, lui enlever ce pouvoir⁴¹⁵ tout en soulignant, de

⁴⁰⁹ "Avis de C. Jolibois" préc., p. 11.

⁴¹⁰ Le projet de loi prévoyait, lui, une composition et un mode de désignation identique à celui du Conseil constitutionnel, le rapporteur proposa, dans le sens où le CSA était en mesure de prononcer des sanctions à l'égard des titulaires d'autorisations d'exploitation ne respectant pas leur obligations, une modification de sa composition en pourvoyant trois sièges, respectivement au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et à la Cour des comptes.

⁴¹¹ M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 171.

⁴¹² Loi n° 89-531 du 2 août 1989 (*JO* 4 août 1989, p. 9822) relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

⁴¹³ Voir, en ce sens, "Rapport Pierret", *Doc. AN.*, n° 563, p. 49 et suiv. : au niveau de la commission des finances, réserves de MM. Forni et Douyère à propos des recours contre certaines décisions de la commission ; p. 217 et suiv. et p. 238 et suiv. : au niveau de la commission des lois, réserves du rapporteur M. Gourzes tenant au cumul des pouvoirs de réglementation, d'enquête et de sanction.

⁴¹⁴ Voir, en ce sens, "Rapport C. Jolibois" préc.

⁴¹⁵ Pour le confier pour cette raison à une "chambre des marchés financiers" créée au sein du TGI de Paris ("Rapport C. Jolibois" préc.)

toute façon, la modification de nature de l'institution⁴¹⁶ comme l'exercice de "compétences juridictionnelles"⁴¹⁷.

119 - De façon plus récente, les parlementaires ont encore été amenés à critiquer le statut d'autorité administrative indépendante en des termes parfois très vifs lors de l'institution de l'Autorité de régulation des télécommunications. Alors que le modèle ne constituait plus une innovation juridique et alors même qu'ils n'avaient pas explicitement évoqué le statut juridictionnel, ils ont été amenés à critiquer la notion de régulation indépendante qui serait en réalité "complètement étrangère à notre culture"⁴¹⁸ et "contraire aux traditions républicaines"⁴¹⁹. Cette réticence est la preuve que le statut de ces autorités est encore mal compris et que la formule n'est toujours pas réellement acceptée. La doctrine a ainsi parallèlement souligné l'originalité de certains éléments du statut de la nouvelle autorité qui, avec l'attribution d'un pouvoir de règlement des litiges, exerce au côté du juge civil et du juge commercial qui peuvent être saisi des mêmes litiges, "une véritable fonction contentieuse"⁴²⁰. Ce glissement vers la fonction contentieuse étant perceptible pour un certain nombre d'autorités régulatrices⁴²¹.

Enfin, si la doctrine qui s'était penchée sur la nature juridique de la Commission des opérations de bourse avait évoqué tour à tour les notions de "relais administratif de contrôle et de protection étatique"⁴²² ou "d'administration de mission"⁴²³, l'avènement d'un véritable pouvoir de sanction avait déjà fait apparaître des notions nouvelles comme celle de "juge financier"⁴²⁴ ou de "juridiction de 1^{er} degré qui combinerait les attributions traditionnelles de police, d'instruction et de jugement"⁴²⁵, on avait même employé déjà très tôt les termes de "magistrature d'influence"⁴²⁶ ou de "juridiction économique"⁴²⁷. D'autres auteurs constataient

⁴¹⁶ "Rapport C. Jolibois" préc.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Voir, par ex., Georges Sarre, JO, Déb. AN 1996, 7 mai, p. 2886 ou encore Ségolène Royal, JO, Déb. AN. 1996, 9 mai, p. 2929.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ J. Chevallier, "La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités", RFDA 1996, p. 935.

⁴²¹ Cf., en ce sens, J. Chevallier qui note que l'office des autorités régulatrices se rapproche de celui du juge à partir du moment où elles ont la tâche de définir un équilibre entre les différents intérêts économiques et de résoudre des litiges éventuels in "Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés", Justices 1995-1, p. 81 et suiv.

⁴²² M. Guillaume-Hofnung, "Réflexions sur la nature juridique de la Commission des opérations de bourse", RDP 1982, p. 1374.

⁴²³ J. Donnedieu de Vabres, "La C.O.B. : une administration de mission", RA 1980, p. 237.

⁴²⁴ P. Bezard, "Le pouvoir de "sanction financière directe" de la Commission des opérations de bourse", LPA 1990, n° 8, 17 janvier, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 53.

⁴²⁵ D. Vatel, "Aspects judiciaires et juridictionnels du pouvoir de sanction de la COB", RSés 1994, p. 26.

⁴²⁶ M. Vasseur, "La Commission des opérations de bourse", Banque 1969, p. 83.

de même, à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel, que “du point de vue fonctionnel, il est clair que si le CSA prend bien dans certains domaines des décisions administratives [...] l'ensemble des prérogatives qui sont dévolues dépassent largement le cadre habituellement assigné aux autorités administratives”⁴²⁸ et que “l'analyse des dispositions légales devrait conduire à reconnaître aux décisions du CSA prononçant une sanction un caractère juridictionnel : la matière contentieuse, la procédure contradictoire, la participation d'un membre de la juridiction administrative, l'obligation de motiver [...] sont les critères qui, selon la jurisprudence déterminent ce caractère”⁴²⁹. Si l'ensemble des autorités régulatrices faisait ainsi l'objet, dès leur institution, de certaines interrogations, l'attitude du Conseil constitutionnel, comme de façon sous-jacente, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, ne laissait planer, quant à elle, aucune ambiguïté. Ces autorités ne pouvaient en aucun cas entrer dans la sphère juridictionnelle.

B - Les certitudes ultérieures

120 - C'est le Conseil constitutionnel qui a eu l'occasion, à différentes reprises, de se prononcer sur la nature juridique de certaines autorités régulatrices. Si les acquis de la jurisprudence du Conseil d'Etat ont parfois pu lui faciliter la tâche, il a toujours adopté une attitude sans équivoque en optant, chaque fois, pour la qualité “d'organisme administratif”. Alors que la distinction entre actes administratifs et actes juridictionnels est pourtant délicate à établir, il n'a cessé de confirmer sa jurisprudence tout en procédant toujours par voie d'affirmation plus que par voie de démonstration et chaque fois de manière certaine et de façon à ne laisser aucune ambiguïté devant les interrogations que peuvent susciter la nature juridique des organismes en cause. Il a d'abord assuré sa position dans le secteur de la concurrence (1) puis il l'a confirmé dans les autres secteurs contrôlés par des autorités régulatrices (2).

⁴²⁷ M. Vasseur, “La Commission des opérations de bourse”, *op. cit.*, p. 83.

⁴²⁸ J.-L. Autin, “La décision du conseil constitutionnel relative au conseil supérieur de l'audiovisuel”, RA 1989, p. 227.

⁴²⁹ P. Huet, “La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication”, D. 1989, chron., p. 186.

1. Une position sans équivoque du Conseil constitutionnel dans le secteur de la concurrence

121 - La position du Conseil constitutionnel a d'abord été marquée par les acquis de la jurisprudence du Conseil d'Etat quant aux organismes qui ont précédé l'actuel Conseil de la concurrence. Ainsi, quelles qu'aient pu être les formules utilisées lors du débat parlementaire ou les oppositions qui ont agité la doctrine quant à la nature juridique de la Commission de la concurrence, la cause était entendue pour le Conseil d'Etat. C'est avec netteté que le juge affirma le caractère administratif de l'organisme en cause⁴³⁰ en donnant, contrairement à son habitude, des explications assez détaillées sur le raisonnement suivi et les conclusions auxquelles il aboutissait. Rejoignant la jurisprudence criminelle⁴³¹ et son commissaire du gouvernement pour qui, "il suffit de rappeler" que la Commission "ne prend pas de décision mais formule seulement des avis qui peuvent donner lieu à des décisions administratives"⁴³², le Conseil d'Etat précisa que les dispositions en cause "n'ont pas pour effet de conférer à la procédure suivie devant la commission de la concurrence, qui a pour seul objet d'éclairer l'autorité administrative sur les décisions qu'il lui incombe de prendre, le caractère d'une procédure pénale ou d'une procédure juridictionnelle"⁴³³. Partant de là, les différents considérants de l'arrêt quant aux garanties devant être assurées par la Commission n'allaient que répondre aux règles classiques applicables à une commission consultative se prononçant sur des mesures individuelles⁴³⁴.

Pourtant, comme le notait Christian Gavalda, "il y a quelques paradoxes à qualifier d'organe administratif consultatif une institution qui analyse le dossier d'instruction d'une

⁴³⁰ CE, sect., 13 mars 1981, *Société Armand Pellerin et Cie et Fédération nationale du négoce de tissu* (Rec. CE, p. 135, RDP 1981, p. 1428, note Y. Gaudemet, D. 1981, p. 418, note C. Gavalda, JCP 1981, G, II, n° 19580, concl. Hagelsteen, GP 1982, jurisp., p. 278, note O. Gohin, AJDA 1982, p. 150, note M. Basek et F.-C. Jeantet, "A propos de deux arrêts de principe, le "quasi-droit" de la concurrence", JCP 1981, G, I, n° 3030).

CE, 22 mai 1985, *Société Cabot Corporation et autres* (RDP 1987, p. 232, note Y. Gaudemet).

⁴³¹ Qui distingue, comme le Conseil d'Etat, la phase administrative de la phase pénale et, en conséquence, le droit applicable, Cf. : Cass., crim., 16 décembre 1976 (Bull.crim., n° 371, p. 946, D. 1977, p. 162, JCP 1977, G, II, n° 18601, note Soyer et Decocq, RSés.1977, p. 298, note M. Delmas-Marty) et Cass., crim., 13 juin 1972 (Bull. crim., n° 198, p. 500, D. 1972, SC, p. 198, JCP 1972, G, II, n° 17245)

⁴³² Concl. Hagelsteen préc. sous CE, sect., 13 mars 1981, *Société Armand Pellerin et Cie et Fédération nationale du négoce de tissu*, § 3.

⁴³³ Cf. CE, sect., 13 mars 1981, *Société Armand Pellerin et Cie et Fédération nationale du négoce de tissu* préc. (considérant n° 7).

⁴³⁴ Le Conseil d'Etat jugea ainsi régulières les dispositions du décret d'application n° 77-1187 préc. du 25 octobre 1977 définissant la composition de la Commission de la concurrence, les modalités de son délibéré, l'institution d'un vice-président et l'attribution au directeur général de la concurrence des fonctions de commissaire du gouvernement et considéra que le texte ne méconnaissait ni le caractère contradictoire de la procédure, ni les droits de la défense.

affaire débouchant sur d'éventuelles sanctions pénales et formule un avis liant, dans divers cas, le ministre⁴³⁵. En effet, on peut qualifier de quelque peu arbitraire le refus ainsi opéré du juge de voir le lien existant entre la procédure devant la Commission et la procédure pénale car on ne peut que prendre acte "du caractère somme toute artificiel dans les faits de cette distinction de la phase administrative et de la phase pénale"⁴³⁶ et "d'une situation de fait, voulue par le législateur, dans laquelle l'administration entreprend et anticipe, presque inévitablement sur les attributions du ministère public"⁴³⁷.

122 - Si, de ce fait, le Conseil d'Etat aurait pu tenir compte de la spécificité de cette commission et dépasser les garanties ordinaires de la procédure administrative non contentieuse, l'intervention du Conseil constitutionnel allait se révéler basée sur encore beaucoup moins d'états d'âme lorsqu'il qualifia expressément le successeur de la Commission, en l'occurrence le Conseil de la concurrence, "d'organisme administratif"⁴³⁸ tout en insistant sur "sa nature non juridictionnelle [...] et [...] la gravité des sanctions qu'il peut prononcer"⁴³⁹. Cette double affirmation dans la même phrase du caractère non juridictionnel de l'institution et de son pouvoir de sanction était significative de l'insistance du Conseil constitutionnel à dénier tout caractère juridictionnel au Conseil de la concurrence alors que, de plus, les auteurs de la saisine n'axaient pas leur démonstration sur ce point.

Il y avait là une absence de justification rationnelle qui, si elle était difficile à reprocher au Conseil constitutionnel⁴⁴⁰, n'en était pas moins totalement satisfaisante dans la mesure où la situation organique et formelle du Conseil de la concurrence aurait pu facilement conduire à la reconnaissance juridictionnelle⁴⁴¹ mais aussi dans la mesure où elle ne

⁴³⁵ Note préc. sous CE, sect., 13 mars 1981, *Société Armand Pellerin et Cie et Fédération nationale du négoce de tissu*, p. 422.

⁴³⁶ Y. Gaudemet, note préc. sous CE, sect., 13 mars 1981, *Société Armand Pellerin et Cie et Fédération nationale du négoce de tissu*, p. 434.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 435.

⁴³⁸ 17^{ème} considérant décision CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc.

⁴³⁹ *Ibid.*, 22^{ème} considérant.

⁴⁴⁰ L'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 reste une ordonnance non ratifiée puisque la loi a été censurée (la loi n° 87-499 préc. du 6 juillet 1987 ne valant ratification que pour les articles 12 et 15 de l'ordonnance). Elle n'a alors qu'une valeur réglementaire et sa régularité juridique ne peut donc être appréciée que par le Conseil d'Etat et non par le Conseil constitutionnel.

⁴⁴¹ En vertu, par ex., de l'art. 2 de l'ord. préc., la présence de magistrats au sein du Conseil de la concurrence est obligatoire, sept membres sont issus du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou "*des autres juridictions administratives ou judiciaires*". Deux membres de la commission permanente (composée du président et de deux vice-présidents) sont des magistrats ou d'anciens magistrats.

L'art. 18 de l'ord. préc. prend aussi un soin particulier à organiser une procédure "*quasi-juridictionnelle*" puisqu'il précise d'emblée que "*l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement*

permettait pas de résoudre, notamment, la question de la nature juridique des nouveaux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions de ce même Conseil de la concurrence⁴⁴². Les zones d'ombre existantes allaient être justement marquées par l'attitude de cette Cour d'appel de Paris. Si le Conseil de la concurrence s'était lui-même attribué une nature non-juridictionnelle⁴⁴³, celle-ci laissait cependant entrevoir, par "une démarche très volontariste"⁴⁴⁴, l'idée même d'une juridiction en se référant, par exemple, "au principe fondamental de la publicité des décisions à forme ou à contenu juridictionnel"⁴⁴⁵ du Conseil de la concurrence ou encore en précisant qu'une publication ordonnée par ce même Conseil sera complétée par une mention indiquant que la décision des "premiers juges"⁴⁴⁶ a été confirmée par la Cour d'appel. Quoi qu'il en soit, et même si la solution adoptée ne dissipe pas toutes les incertitudes, force est de reconnaître que les attitudes du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sont sans ambiguïtés à propos des autorités régulatrices qui se sont succédées dans le secteur de la concurrence. La qualification donnée aux organismes agissant dans les autres secteurs régulateurs confirme cette position majeure.

2. Une position du Conseil constitutionnel confirmée dans les autres secteurs régulateurs

123 - Que le législateur ait pris ou non la peine de qualifier l'instance régulatrice, le Conseil constitutionnel a, pour sa part, chaque fois souligné le caractère "non juridictionnel" mais bien "administratif" de ces instances dotées de larges pouvoirs répressifs⁴⁴⁷. Ce refus de voir dans ces instances des juridictions s'inscrivait, certes, dans la logique qui a présidé à leur

contradictoires" ; L'art. 21 prévoyant, en outre, l'accès pour les parties à l'intégralité du dossier avant la fin de l'instruction comme la possibilité de présenter des observations orales.

⁴⁴² En effet, les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ne sont pas des appels au sens du droit commun de la procédure civile alors que les règles nouvelles applicables ne sont pas totalement contraires aux principes régissant l'appel (par ex., présence d'un sursis à exécution très proche de la défense à exécution provisoire de l'art. 524 NCPC).

⁴⁴³ Décision n° 87-D-49 du 10 novembre 1987, B. O. C. C. R. F. du 21 novembre 1987 et décision n°88-D08 du 16 février 1988, B. O. C. C. R. F. du 1^{er} mars 1988.

⁴⁴⁴ Cf. J.-J. Israel, "Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986", LPA 1990, n° 38, 28 mars, p. 14.

⁴⁴⁵ CA Paris, section concurrence, 23 février 1988 (GP 1988, 15-17 mai, note J.-P. Marchi).

⁴⁴⁶ CA Paris, section concurrence, 21 décembre 1988 (cité par J.-J. Israel).

⁴⁴⁷ Cf. Par ex., Décisions CC n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc. pour le CSA (27^{ème} et 36^{ème} considérant) et n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc. pour la COB (6^{ème} et 18^{ème} considérant).

institution⁴⁴⁸ mais on ne pouvait encore que déplorer l'indifférence du juge constitutionnel à l'égard de la distinction juridiction-autorité administrative. Les différentes saisines l'ont, pourtant, invité à prendre position mais, il rejeta, à chaque fois, l'analyse en des termes dépourvus d'ambiguïtés.

C'est d'abord la violation du principe de séparation des pouvoirs qui était invoquée comme moyen d'inconstitutionnalité. Ce dernier était, en l'espèce et selon les auteurs de la saisine, violé puisqu'il excluait, d'une part, qu'une autorité administrative puisse exercer un pouvoir juridictionnel et que, d'autre part, les pouvoirs de réglementation et de sanction soient réunis entre les mêmes mains. Le Conseil constitutionnel rejeta à chaque fois l'analyse, d'abord de manière implicite⁴⁴⁹ mais de façon expresse par la suite puisqu'alors même qu'il accepta les pouvoirs de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, il décida que "la loi peut [...] sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission"⁴⁵⁰.

Le Conseil constitutionnel se prononçait là, pour la première fois, sur la constitutionnalité du pouvoir de sanction d'autorités administratives et non juridictionnelles⁴⁵¹ et certains auteurs se demandaient si cette constitutionnalité n'était pas requise par le caractère spécifique de la liberté en cause à savoir la liberté de communication audiovisuelle⁴⁵². Ce n'était pas le cas puisque dans sa décision relative à la Commission des opérations de bourse, le Conseil constitutionnel levait toutes les incertitudes en considérant : "que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne

⁴⁴⁸ On a confié des pouvoirs répressifs aux autorités régulatrices en raison, justement, des carences constatées dans le fonctionnement de la justice, par ex. : longueur de la procédure, réticence du juge à sanctionner ou encore difficulté de faire entrer certaines infractions dans le cadre de la loi pénale d'interprétation stricte.

⁴⁴⁹ Si dans sa décision relative à la CTPP (CC, n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* préc.), le Conseil constitutionnel a sanctionné le dispositif répressif mis en place, il ne l'a pas fait en vertu du principe de la séparation des pouvoirs en tant que la loi confère à une autorité administrative des pouvoirs juridictionnels, il l'a fait en se fondant seulement sur le moyen tenant à ce que l'exercice du pouvoir de sanction produit des effets équivalents à ceux d'un régime d'autorisation préalable puisqu'il paralyse l'accomplissement d'une liberté (considérant n° 80).

⁴⁵⁰ Considérant n° 27 décision CC n° 88-248 DC, 17 janvier 1989 *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc..

⁴⁵¹ Exception faites de la décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982* (Rec. CC, p. 88, RJC, p. I-149, JO 31 décembre 1982, *Pouvoirs* 1983, n° 5, p. 199, note P. Avril et J. Gicquel, *RDP* 1983, p. 333, note L. Favoreu, *RA* 1983, p. 142, note M. De Villiers) où le Conseil constitutionnel reproche implicitement au législateur d'avoir laissé le prononcé de sanctions fiscales à des autorités non judiciaires.

⁴⁵² Ce sont l'auditeur et le téléspectateur qui sont les destinataires de la liberté proclamée et en matière de communication audiovisuelle, les sanctions pécuniaires offrent l'avantage de frapper le titulaire de l'autorisation qui a commis un manquement à ses obligations sans causer de gêne directe à l'auditeur ou au téléspectateur.

fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis⁴⁵³. De la sorte, pour le Conseil constitutionnel, "le principe de séparation ne détermine donc pas un mode spécifique de répartition des compétences, il n'impose qu'une distribution des compétences et laisse à la Constitution le soin d'en définir le mode"⁴⁵⁴, il reste, avant tout, "un simple principe négatif" qui proscriit seulement le cumul des pouvoirs parce qu'il est source d'arbitraire [...]⁴⁵⁵.

124 - Le Conseil constitutionnel juge donc que le pouvoir de sanction n'est pas exclusif des autorités juridictionnelles mais dans son raisonnement il s'abstient, à chaque fois, de donner à la juridiction un domaine et une définition précise. Il laisse, en définitive, ouvert le prononcé de sanctions par des autorités administratives comme il permet la possibilité pour une même autorité d'édicter une norme et d'en sanctionner le non respect. La politique jurisprudentielle menée est d'encadrer les sanctions en cause plutôt que de leur opposer un obstacle de principe. Comme le note Bruno Genevois, "ce qui importe, c'est moins l'autorité compétente pour infliger une sanction d'ordre pécuniaire que le respect, sur le plan procédural comme sur le fond, des principes du droit répressif ayant valeur constitutionnelle"⁴⁵⁶. Mais si cette position est nette et constante⁴⁵⁷, il y a là une indéniable indifférence quant à la nature organique de ces autorités régulatrices, le juge ne voulant donner de définition précise de la juridiction administrative, laissant en cela toute liberté de qualification au législateur.

Or, comme le relève Michel Degoffe, "l'activité multiforme de ces autorités administratives indépendantes ne doit pas dissimuler l'essentiel, elles concurrencent les juridictions, en adoptant leurs formes et en se parant des mêmes vertus : indépendance,

Voir, en ce sens, B. Genevois, "Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel", RFDA 1989, p. 215 à 234.

⁴⁵³ Considérant n° 6 décision CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc..

⁴⁵⁴ C. Teitgen-Colly, "Les instances de la régulation et la Constitution", *op. cit.*, p. 195.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 195.

⁴⁵⁶ B. Genevois, "Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse", RFDA 1989, p. 679.

⁴⁵⁷ Voir encore décision CC, n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications* (Rec. CC, p. 99, RJC, p. I-675, JO 27 juillet 1996, LPA 1996, 26 juillet, n°90, p. 4, AJDA 1996, p. 694, note O. Schrameck, Cahiers de la FP 1996, n° 149, p. 7, note P.-G. Perot, RFDA 1996, p. 909, note J. Chevallier, RFDC 1996, p.823, note J. Trémeau).

impartialité, procédure contradictoire⁴⁵⁸. Si la requalification est parfois exclue pour le juge administratif en vertu des dispositions législatives⁴⁵⁹, rien n'interdit au contraire au Conseil constitutionnel de censurer la loi s'il juge qu'une disposition de cette dernière est contraire au statut de juridiction. Son abstention en pratique ne fait finalement qu'accentuer la confusion entre les notions d'autorités régulatrices et de juridictions. Nous avons vu finalement que l'on pouvait délimiter certaines parentés entre les phénomènes disciplinaires et régulateurs et la fonction juridictionnelle. Si on a analysé ces parentés comme des règles ou théories de principe, on va voir qu'il existe des exceptions et des nuances qui apportent une certaine contingence aux parentés ainsi établies.

Section 2 : Des parentés a posteriori contingentes avec la notion de juridiction

125 - On peut parler de contingence dans les parentés de principe établies avec la notion de juridiction puisque, d'une part, il convient d'apporter certaines nuances dans la distinction de principe entre autorités régulatrices et autorités juridictionnelles (§2) et, d'autre part, il existe certaines exceptions en matière disciplinaire, la règle selon laquelle un organisme disciplinaire s'identifie à une juridiction n'a pas une portée absolue (§1).

§ 1 : *Les exceptions à l'identification de principe entre qualification juridictionnelle et organe disciplinaire*

126 - Si le Conseil d'Etat souhaite, qu'en principe, la répression disciplinaire soit confiée à une juridiction, on peut douter comme Michel Degoffe, "de la possibilité d'ériger ce constat en règle intangible"⁴⁶⁰. En effet, on ne peut exclure absolument que la qualité de juridiction soit déniée à une instance disciplinaire. Des considérations d'opportunité conduisent souvent le Conseil d'Etat comme le législateur à relativiser cette règle. C'est le cas si on se penche d'abord sur le statut général de la fonction publique où le pouvoir de décision en matière de discipline appartient en dernier ressort au supérieur hiérarchique et, ceci, même si ce pouvoir est entouré de certaines formalités tenant notamment à l'intervention d'un conseil de discipline et peut parfois, par ce biais, aboutir à un système de co-décision entre ce conseil

⁴⁵⁸ M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁵⁹ Qui prévoient souvent, expressément, l'existence d'un recours de pleine juridiction ou d'excès de pouvoir.

et le supérieur hiérarchique (A). C'est le cas ensuite pour certains organismes disciplinaires plus spécifiques dépendant de personnes privées qui, sur la base de certains facteurs pratiques, ne sont pas reconnus par le Conseil d'Etat comme étant des juridictions (B).

A - L'exception générale : le pouvoir disciplinaire dans la fonction publique

127 - C'est par exception que la répression disciplinaire dans la fonction publique revêt une forme juridictionnelle. En effet, c'est seulement dans certaines hypothèses que les poursuites tendant au prononcé d'une sanction disciplinaire sont exercées devant une juridiction administrative, qui statuera sous le contrôle final du Conseil d'Etat saisi par la voie du recours en cassation⁴⁶¹. Par principe, c'est la voie administrative qui est utilisée avec seulement la possibilité d'un contrôle juridictionnel subséquent. Chacun des textes consacrés aux fonctions publiques de l'Etat, territoriale et hospitalière rappelle cette règle⁴⁶² (1). Pourtant, bien que strictement administrative, cette procédure disciplinaire de droit commun s'apparente, malgré tout, de par ses caractéristiques, à une procédure assez largement "juridictionnalisée". Le professeur Chapus soulignant, par exemple, le fait que : "voilà une procédure qui par son caractère contradictoire, la possibilité d'un appel et la motivation des sanctions rappelle fortement la procédure juridictionnelle. Elle s'en rapproche d'autant plus que les autorités administratives se conforment généralement aux propositions des conseils de discipline, ce qui permet de considérer qu'en fait, ils décident eux-mêmes (dans la plupart des

⁴⁶⁰ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁶¹ C'est le cas pour les poursuites disciplinaires exercées contre les magistrats judiciaires du siège devant le CSM (art. 48 de l'ord. n° 58-1270 préc. du 22 décembre 1958) qui, dans cet office, est une juridiction (voir, en ce sens, CE, 12 juillet 1969, *L'Etang* préc.).

C'est le cas des poursuites disciplinaires à l'encontre des membres de l'enseignement supérieur exercées devant les sections disciplinaires des conseils d'Université (voir art. 29 de la loi n° 84-52 préc. du 26 janvier 1984) et, en appel, devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (art. 23 de la loi n° 89-486 préc. du 10 juillet 1989).

C'était le cas des poursuites disciplinaires contre les enseignants du 1^{er} et du 2nd degré qui étaient exercées, pour des catégories précises de sanctions, devant des organismes juridictionnels : les conseils départementaux et les conseils académiques avant leur suppression par la loi n° 85-1469 préc. du 31 décembre 1985 organisant les Conseils de l'éducation nationale, ces derniers n'étant pas des juridictions.

C'est le cas, enfin, des poursuites disciplinaires contre les membres des chambres régionales des comptes exercées devant l'organe juridictionnel que constitue le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes (art. 22 et suiv. de la loi n° 82-959 préc. du 10 juillet 1982) ou encore des poursuites disciplinaires exercées contre les personnels scientifiques et médicaux des centres hospitaliers universitaires (art. 5 de l'ord. n° 59-1373 préc. du 30 décembre 1958).

⁴⁶² Art. 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (JO 14 juillet 1983, p. 2174) portant droits et obligations des fonctionnaires, pour les fonctionnaires d'Etat ; art. 40 et 89 al. 4 de la loi n° 84-56 préc. du 26 janvier 1984, pour les fonctionnaires territoriaux ; art. 82 de la loi n° 86-33 préc. du 9 janvier 1986, pour les fonctionnaires hospitaliers.

cas) des sanctions à prononcer comme le feraient des juridictions⁴⁶³. Dans certains cas encore⁴⁶⁴, la juridictionnalisation est tellement accentuée qu'elle aboutit finalement à un système de co-décision, dans lequel le supérieur hiérarchique perd son pouvoir de sanction quand il ne parvient pas à convaincre le conseil de discipline (2).

1. La règle : la répression hiérarchique

128 - Par principe, pendant le dix-neuvième siècle et durant les premières années du vingtième siècle, les droits et devoirs des agents publics n'ont fait l'objet d'aucune classification. A cette époque, les agents publics étaient censés avoir que des devoirs et point de droits. Les règles posées pour l'organisation des services, le recrutement et l'avancement des agents n'existaient que dans l'intérêt d'une bonne administration. Comme le notait Serge Salon, "les fonctionnaires étaient, à peu de choses près, considérés comme des soldats soumis à l'autorité absolue de leur chef et ne jouissaient d'aucune garantie en matière de nomination, d'avancement et de sanction"⁴⁶⁵.

C'était là les obligations résultant du principe de la subordination hiérarchique, principe qui, pendant longtemps, faisait que le pouvoir disciplinaire était exercé arbitrairement et de façon discrétionnaire par les supérieurs hiérarchiques⁴⁶⁶. Il restait communément admis que le "bon fonctionnement des sociétés particulières ne peut être assuré que dans la mesure où le chef responsable a toute liberté d'intervenir personnellement et d'apprécier les mesures opportunes en vue de faire cesser le trouble occasionné par le comportement répréhensible d'un membre. Dès lors, poser en principe qu'il ne peut y avoir des incriminations sans textes serait exposer le chef à se trouver désarmé en face de situations imprévues ; retirer au chef son pouvoir disciplinaire pour le confier à un organe autonome serait porter gravement atteinte à son autorité"⁴⁶⁷. En corrélation directe, pour une doctrine largement répandue, la nécessité de garanties juridictionnelles n'était également pas nécessaire dans le sens où les sanctions disciplinaires pouvant être infligées à un agent public ne pouvaient entraîner que privation de

⁴⁶³ R. Chapus, Droit administratif général, t. 2, 10^{ème} éd., 1997, p. 319.

⁴⁶⁴ Notamment en matière de fonction publique territoriale, pour les magistrats du parquet ou encore les magistrats relevant des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

⁴⁶⁵ S. Salon, Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique, LGDJ, 1969, p. 71.

⁴⁶⁶ On commençait, certes, à voir naître quelques assouplissements avec la reconnaissance du droit d'association puis du droit syndical ou encore l'intervention de statuts ou de conseils consultatifs mais le principe de la subordination hiérarchique n'était, en aucun cas, remis en cause.

⁴⁶⁷ S. Salon, Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique, *op. cit.*, p. 38.

la fonction ou de ses prérogatives et non pas des peines privatives de liberté ou de propriété comme c'est le cas dans la répression pénale⁴⁶⁸.

129 - Si tout le droit disciplinaire était marqué par cette argumentation de la doctrine traditionnelle, d'autres auteurs soulignaient néanmoins que l'évolution du droit ne pouvait conduire qu'à la juridictionnalisation de la répression disciplinaire dans la fonction publique. Roger Bonnard notait, par exemple, que s'il existe, dans chaque groupement, une "règle de droit" et une "force" chargée de la faire respecter initialement confiée à un seul individu, le chef du groupement, "peu à peu cette conscience de la règle de droit pénètre parmi les individus du groupement et lorsqu'elle est arrivée à un certain degré de généralité et de précision, la force chargée de la faire respecter passe au groupement tout entier qui l'exerce lui-même ou par l'intermédiaire de ses représentants, avec cependant une période intermédiaire pendant laquelle elle se trouve partagée entre le chef et le groupement"⁴⁶⁹. Or, on constate cette mutation dans la fonction publique : "à l'origine, le chef de service, seul conscient de la règle de droit, réprime les atteintes qui y sont portées. Puis les fonctionnaires "commencent à comprendre les décisions", ils assistent alors le chef de service dans l'édition de la décision. Enfin, dernier stade du processus, le Conseil qu'ils forment, se transforme en juridiction prenant la décision sans l'intervention du chef de service"⁴⁷⁰.

130 - Le droit positif répondait de façon partielle aux vœux de ces auteurs sachant qu'il allait, avant tout, se caractériser par le souci de tenir compte à la fois de la structure hiérarchisée héritée de l'époque napoléonienne, mais aussi de l'idée qu'une répression doit être dénuée d'arbitraire et permettre à l'agent public d'exercer sa fonction dans l'intérêt des administrés. Une règle générale était ainsi posée dès 1905⁴⁷¹ avant que ce droit disciplinaire

⁴⁶⁸ Voir, en ce sens, E. Lafférière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, *op. cit.*, t. 2, p. 214 et suiv.; G. Jèze, "La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la révocation et la discipline des fonctionnaires publics", RDP 1904, p. 780 et suiv.

Voir aussi des arrêts en ce sens : CE, 29 mars 1901, *Ferrut* (Rec. CE, p. 364), CE, 5 août 1901, *Lancien* (Rec. CE, p. 758), CE, 21 février 1902, *Pellenq* (Rec. CE, p. 130), CE, 9 juillet 1904, *Candolle* (Rec. CE, p. 585), CE, 9 novembre 1906, *Porteboeuf* (Rec. CE, p. 800) et CE, 30 mars 1906, *Chamaison* (Rec. CE, p. 278).

⁴⁶⁹ R. Bonnard, De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics, Paris, 1903, p.10.

⁴⁷⁰ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷¹ Par l'art. 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et recettes de l'exercice 1905 (Coll. Duvergier, t. 105, p. 268) qui disposait que "tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes les administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté".

ne cesse, par la suite, de s'enrichir dans les garanties contre l'arbitraire des gouvernants⁴⁷². Le statut des fonctionnaires demeurait, cependant, un statut essentiellement jurisprudentiel⁴⁷³ qui, s'il apportait, sans cesse, de nouvelles règles protectrices, ne pouvait suffire aux intéressés qui souhaitaient, en réalité, se placer sous la protection d'un statut légal. Or, on continuait à avoir du mal à traduire les obligations des fonctionnaires en prescriptions générales et réglementaires. En effet, "comment traduire en stipulations rigoureuses des obligations dont le respect est une question d'honneur professionnel, de tradition, de fidélité et de dévouement à la chose publique ? Les devoirs des agents publics [...] n'échappent-ils pas à l'action des lois?"⁴⁷⁴. On pouvait, de même, se poser la question de savoir s'il "n'était pas indispensable à toute discipline d'avoir la liberté la plus grande pour incriminer et punir des fautes qui échappent à toute caractérisation ?"⁴⁷⁵.

131 - Ce n'est que progressivement qu'on a réfuté l'ensemble de ces arguments et, poussé à la fois par le besoin général de sécurité et par l'idée que "si rénovée soit-elle, toute répression, comme toute condamnation pécuniaire, toute nullité et toute exécution forcée, n'est que violence cruellement dénuée de sens si elle n'est pas insérée dans un vaste effort d'information, d'explication, de persuasion"⁴⁷⁶, on a finalement réglé pour l'ensemble des administrations de l'Etat la discipline des fonctionnaires par le statut de 1946⁴⁷⁷ puis celui de

⁴⁷² Les décisions prises en matière disciplinaire contre les fonctionnaires étaient considérées comme des "actes d'administration" ne pouvant donner lieu à aucun recours devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse (CE, 13 mars 1822, *De Courso*) puis on admit progressivement que le pouvoir de révocation du chef de service était entaché de détournement de pouvoir s'il n'était pas exercé dans l'intérêt du service public (CE, 16 novembre 1900, *Maugras*, S. 1901. 3. 57) comme le fait aussi que l'administration pouvait commettre une faute dans la gestion de son personnel et qu'on devait ainsi permettre aux fonctionnaires lésés de faire valoir leurs droits face à une décision administrative injustifiée (CE, 29 mai 1903, *Le Berre* ; CE, 11 décembre 1903, *Villeneuve* ; CE, 1^{er} juillet 1904, *Nivagionni*). Bien plus, enfin, on allait reconnaître finalement la responsabilité de l'administration à travers une révocation entachée de détournement de pouvoir (CE, 12 janvier 1912, *Letard*). L'ensemble de ces décisions étant citées par F. Delpérée, L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique, LGDJ, 1969, p. 134.

⁴⁷³ A noter encore que le Conseil d'Etat confirmait aussi la légalité des associations professionnelles des fonctionnaires dont l'action était recevable dans un intérêt de carrière (CE, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies contre Depasse*, S. 1909. 3. 17) sinon des garanties étaient également posées par des décrets, des arrêtés ou des circulaires pour les agents des diverses administrations, ces textes instituaient ce qu'on pouvait appeler les prémices d'une procédure disciplinaire avec des échelles de peines disciplinaires et des conseils consultatifs de discipline au sein desquels siégeaient des représentants du personnel.

⁴⁷⁴ F. Delpérée, L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁷⁶ R.-E. Charlier, "La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ?", EDCE 1951, p. 48.

⁴⁷⁷ Loi n° 46-195 du 15 février 1946 (JO 16 février 1946, p. 1378) relative aux effectifs, au recrutement et aux limites d'âge des fonctionnaires et agents des services publics.

1959⁴⁷⁸. Aujourd'hui, si l'ensemble des garanties accordées aux fonctionnaires n'ont cessé de se développer et se matérialisent à travers le statut général de 1983 et 1984⁴⁷⁹, le principe reste toujours la subordination hiérarchique, les prérogatives de l'autorité compétente se révèlent encore considérables puisque cette dernière bénéficie toujours d'un pouvoir discrétionnaire pour qualifier de fautif les différents comportements, c'est elle qui a le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites comme celui de retenir, finalement, la sanction adéquate. Pour autant, il y a des bornes posées à ces prérogatives puisque si principe il y a, il convient de le relativiser sachant que la procédure disciplinaire s'apparente, dans ses caractéristiques, à une procédure largement juridictionnalisée assurant une protection plutôt satisfaisante des droits des agents publics.

2. La réalité : le phénomène de juridictionnalisation

132 - Si les décisions disciplinaires issues du statut général de la fonction publique ne sont pas à proprement parler des actes juridictionnels, la tendance générale du régime n'en est pas moins, et depuis longtemps, de se juridictionnaliser. En vue de donner certaines garanties aux fonctionnaires, certaines règles de fond et de forme ont été empruntées à la répression de type juridictionnel. La jurisprudence a ainsi dégagé des règles qui constituent des "principes généraux de la procédure disciplinaire", principes surtout liés au caractère obligatoirement contradictoire de cette procédure et au respect des droits de la défense. Dans le silence des textes, il existe effectivement des garanties minimales dont la jurisprudence exige le respect dans tous les cas de mesures à caractère de sanction, ou plus largement, de mesures prises en considération de la personne⁴⁸⁰. L'obligation d'informer l'intéressé des griefs que l'on a contre lui s'applique d'abord comme dans tous les cas de sanctions administratives⁴⁸¹, l'intéressé doit

⁴⁷⁸ Ord. n° 59-244 du 4 février 1959 (JO 8 février 1959, p. 1747) relative au statut des fonctionnaires (voir art. 30 et suiv. concernant la discipline).

⁴⁷⁹ A l'heure actuelle, les textes législatifs essentiels du régime disciplinaire des fonctionnaires de l'Etat sont situées dans les art. 19, 28 à 30 du titre I du statut général de la loi n° 83-634 préc. du 13 juillet 1983 et les art. 66 et 67 du titre II de la loi n° 84-16 préc. du 11 janvier 1984. La procédure disciplinaire étant précisée par le décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 (JO 27 janvier 1984, p. 3366) relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat modifié par le décret n° 88-583 du 6 mai 1988 (JO 8 mai 1988, p. 6551) en ce qui concerne la procédure de recours devant le Conseil supérieur.

⁴⁸⁰ Voir, en ce sens, R. Odent, "Les droits de la défense", EDCE 1953, p. 55 et suiv. ; J. Puysoye, "Le respect des droits de la défense devant les juridictions administratives", D. 1962, p. 1 et suiv. et "La jurisprudence sur les respects des droits de la défense devant l'administration", AJDA 1962, p. 79 et suiv. ou encore, plus spécifique à la fonction publique, P. Carcelle et G. Mas, "Les principes généraux du droit applicables à la fonction publique", RA 1958, p. 606 et suiv.

⁴⁸¹ Voir, par ex., CE, 7 mars 1947, *Delle Chaminade* (Rec. CE, p. 99) ; CE, 20 juillet 1951, *Michel* (RDP 1952, p. 807) ; CE, 23 avril 1965, *Dame Shurando* (AJDA 1965, p. 621).

avoir également la possibilité de présenter ses observations ce qui implique de laisser à l'agent un délai suffisant pour préparer sa défense⁴⁸² mais aussi la possibilité pour ce dernier de se faire assister d'un avocat devant l'instance disciplinaire sauf s'il est exclu par le statut particulier applicable ou le fonctionnement même de l'organisme disciplinaire en cause⁴⁸³.

133 - Cependant, les deux règles essentielles parmi l'éventail des garanties offertes aux fonctionnaires sont, avant tout, la communication du dossier et l'intervention du conseil de discipline que le statut général exige avant le prononcé de toute sanction autre que l'avertissement ou le blâme. La procédure devant ce conseil de discipline s'inspire beaucoup de la procédure juridictionnelle⁴⁸⁴. Sauf régimes particuliers⁴⁸⁵, ce sont les commissions administratives paritaires du corps auquel appartient le fonctionnaire poursuivi qui jouent le rôle de conseil de discipline, leur composition⁴⁸⁶, la procédure menée devant elles⁴⁸⁷ comme les règles visant à garantir l'impartialité des membres les composant⁴⁸⁸ sont autant de conditions favorables pour le fonctionnaire poursuivi. A cela s'ajoute la règle fondamentale de la communication du dossier⁴⁸⁹ au champ d'application très étendu⁴⁹⁰ et la possibilité de

⁴⁸² Voir, par ex., CE, 20 janvier 1956, *Negre* (Rec. CE, p. 24).

⁴⁸³ Voir, en ce sens, CE, 2 mars 1962, *Mast* et 4 mai 1962, *Lacombe* (AJDA 1962, p. 289, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot) ; CE, 8 novembre 1963, *Lacour* (AJDA 1964, p. 28).

⁴⁸⁴ Cf. E. Ayoub, "Le conseil de discipline dans la fonction publique", RDP 1971, p. 1129 et suiv.

⁴⁸⁵ Par ex., les fonctionnaires qui sont privés par la loi du droit de grève et qui transgressent cette interdiction peuvent faire l'objet de sanctions en dehors des garanties disciplinaires normales (voir pour les policiers : CE, 29 janvier 1960, *Fédération des syndicats de police*, Rec. CE, p. 70 ou pour les contrôleurs de la navigation aérienne, privés de la grève jusqu'en 1984 : CE, 28 avril 1976, *Gorin*, DA 1976, n° 192).

⁴⁸⁶ Lorsque la commission administrative paritaire siège en conseil de discipline, elle le fait en formation restreinte c'est à dire avec la présence des seuls membres représentant le grade du fonctionnaire en cause et de ceux représentant le grade immédiatement supérieur auxquels s'ajoute un nombre égal de représentants de l'administration (art. 34 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982 (JO 30 mai 1982, p. 1731) relatif aux commissions administratives paritaires qui a été repris par le décret n° 84-955 du 25 octobre 1984 (JO 27 octobre 1984, p.3363) relatif aux commissions administratives paritaires de la fonction publique de l'Etat.

⁴⁸⁷ La procédure devant les commissions administratives paritaires présente un caractère contradictoire qui la rapproche de la procédure juridictionnelle : le fonctionnaire peut déposer des observations écrites ou orales et citer des témoins, il peut se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix et notamment par un avocat, l'avis de la commission comme la décision prononçant la sanction doit être motivée, enfin, si l'autorité hiérarchique prend une décision différente de ce qui lui a été proposé, elle doit informer le conseil des motifs qui l'ont déterminée (voir décret n°84-255 préc. du 25 octobre 1984).

⁴⁸⁸ La jurisprudence a ainsi jugé, par ex., que la procédure était viciée par le parti pris d'une personne siégeant dans le conseil de discipline (CE, 18 février 1949, *Viet*, S. 1950. 3. 24 ; CE, 29 avril 1949, *Bordeaux*, S. 1949. 3. 69 ; CE, 19 janvier 1951, *Facchinetti*, RDP 1951, p. 929 ; CE, 20 juin 1958, *Louis*, RPDA 1958, n° 293) ou encore par le fait qu'une personne n'étant pas membre ait pu influencer le conseil (CE, 13 décembre 1989, *Melle Roignant*, AJDA 1990, p. 340, concl. Tuot ; CE, 23 juin 1993, *Benouar*, DA 1993, n° 380 ; CE, 13 janvier 1988, *Colliou*, Rec. CE, p. 5).

⁴⁸⁹ Voir, par ex., P. Coutant, "La communication du dossier", RA 1955, p. 398 et suiv.

⁴⁹⁰ Que ce soit par rapport aux agents auxquels la règle s'applique puisque celle-ci touche toutes les sortes d'agents publics, soit toute personne "qui a avec l'administration un lien administratif" (voir, par ex. : CE, 3 juillet 1935, *Peletin*, Rec. CE, p. 759, CE, 29 juillet 1950, *Blouin*, Rec. CE, p. 485 ; CE, 3 juillet 1957, *Pirol*,

recours à “une instance d'appel”⁴⁹¹, en l'occurrence le Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat⁴⁹² dont l'intervention est aussi significative dans l'optique de la juridictionnalisation.

134 - En définitive, il convient de noter que si la juridictionnalisation est susceptible de présenter plusieurs degrés, elle ne donne pas un pouvoir de décision à l'organisme consultatif, condition essentielle à la juridiction. Pourtant, il faut encore signaler que, dans certains cas particuliers, le supérieur hiérarchique perd son pouvoir de sanction quand il n'arrive pas à convaincre le conseil de discipline. Si l'avis donné par ce dernier n'a pas l'autorité de la chose jugée, il peut, dans certains cas, présenter une force différente qui assure quasiment un transfert du pouvoir de décision de l'autorité hiérarchique au conseil de discipline. Il y a un certain nombre d'exemples qui marquent cet état de fait que ce soit dans la fonction publique locale⁴⁹³, par rapport aux magistrats du parquet⁴⁹⁴ ou encore vis-à-vis des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel⁴⁹⁵. Toutes ces

RA 1957, p. 483, concl. Guldner) ou alors que ce soit par rapport aux mesures à l'égard desquelles elle doit obligatoirement être respectée puisqu'elle s'applique au-delà même de la procédure disciplinaire pour toutes mesures “prises en considération de la personne” (voir, par ex., CE, 9 mars 1955, Garysas, Rec. CE, p. 585, RDP 1956, p. 330, note M. Waline ; CE, 4 janvier 1961, Bellei, AJDA 1961, p. 440 ; CE, 26 mai 1965, Chaubin, Rec. CE, p. 300).

⁴⁹¹ R. Chapus, Droit administratif général, *op. cit.*, t. 2, p. 317.

⁴⁹² Voir, notamment, pour la procédure spéciale de recours administratif faisant intervenir ce conseil : art. 10 du décret n° 84-961 préc. du 25 octobre 1984.

⁴⁹³ En théorie, le Conseil supérieur de la fonction publique territoriale ne détient pas un pouvoir décisionnel mais, en pratique, son avis s'apparente à une décision puisque l'autorité territoriale ne peut prononcer de sanction plus sévère que celle proposée par la formation compétente du conseil supérieur (art. 91 du décret n° 84-346 du 10 mai 1984 (JO 11 mai 1984, p. 1367) relatif au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale).

Si le Conseil supérieur juge, après la saisine par le fonctionnaire mécontent, que la sanction est trop sévère et qu'il l'atténue, l'autorité hiérarchique devra s'incliner : la compétence est ici pleinement liée sachant qu'il est vraiment peu probable que l'autorité, après avoir opté pour une sanction rigoureuse, inflige une sanction moins sévère que celle finalement retenue par le Conseil supérieur.

⁴⁹⁴ En vertu de l'art. 48 de l'ord. n° 48-1270 préc. du 22 décembre 1958, le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet était exercé par le garde des sceaux assisté de la commission de discipline du parquet et la commission spéciale.

Depuis la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 (JO 28 juillet 1993, p. 10600) portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XI, l'organe disciplinaire compétent est une formation du CSM qui donne son avis sur les sanctions susceptibles d'être infligées. Si cette formation n'est pas, dans ce cas, une juridiction, l'avis donné est susceptible de lier le garde des sceaux compte tenu de l'autorité morale du CSM.

⁴⁹⁵ Les juges administratifs ont longtemps été considérés comme des fonctionnaires ordinaires ne bénéficiant pas de garanties disciplinaires particulières, aujourd'hui, ils bénéficient d'un statut particulier (voir décret n°97-859 du 18 septembre 1997 (JO 21 septembre 1997, p. 13737) portant statut particulier des membres des membres des TA et CAA et la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 (JO 7 janvier 1986, p. 332) fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs) qui se manifeste par l'institution d'un Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel chargé d'émettre des propositions sur les mesures disciplinaires prises à l'encontre des membres du corps concerné (art. L. 236-1 CJA).

dispositions montrent finalement que bien que strictement administrative, la procédure disciplinaire dans la fonction publique s'apparente, de par ses caractéristiques, à une procédure juridictionnelle qui tend à être considérée comme assurant une protection plutôt satisfaisante des droits des agents publics. S'il y a exception, en théorie, à la liaison organe disciplinaire / organe juridictionnel, elle se révèle ici en pratique fort relative ce qui n'est pas le cas d'autres exceptions plus spécifiques concernant certains organismes disciplinaires de droit privé pour lesquelles la qualité d'organe juridictionnel n'a pas été reconnue par le Conseil d'Etat.

B - Les exceptions spécifiques : les organismes disciplinaires dépendant de personnes privées

135 - En se fondant sur une analyse approfondie de la jurisprudence relative aux organismes non pourvus explicitement d'une qualification par le législateur, René Chapus constatait que "la répression disciplinaire constitue la "matière" dont la nature est propre à conférer un caractère juridictionnel à l'organisme qui y intervient"⁴⁹⁶ posant ainsi la règle selon laquelle le critère matériel de la répression disciplinaire serait le critère exclusif régissant l'octroi ou le refus, par le Conseil d'Etat, de la qualité de juridiction. Si cette règle était, on l'a vu, largement vérifiée en pratique⁴⁹⁷, elle n'emportait pourtant pas l'adhésion de la majorité de la doctrine qui considérait, dans son ensemble, que l'exercice d'une mission de répression disciplinaire n'était pas le critère exclusif permettant d'attribuer la qualité de juridiction⁴⁹⁸. C'est la position de la doctrine majoritaire qu'a conforté, quelques temps après, le Conseil d'Etat en refusant respectivement aux organes disciplinaires des fédérations sportives⁴⁹⁹ et à la Chambre syndicale des agents de change statuant en chambre de discipline⁵⁰⁰, la qualité de juridiction, remettant ainsi en question la liaison fonction disciplinaire / fonction juridictionnelle. Si la doctrine était partagée quant aux explications

⁴⁹⁶ R. Chapus, "Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative", Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 290.

⁴⁹⁷ Cf. *Supra*. p. 108 et suiv.

⁴⁹⁸ Voir, en ce sens, par ex., J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, LGDJ, 1962, 1^{ère} éd., n°237 ; D. Jacquemart, Le Conseil d'Etat juge de cassation, LGDJ, 1957, p. 81 et suiv. ; M. Long, P. Weil et G. Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 1969, 5^{ème} éd., p. 294 ; J. Rivero, Droit administratif, Dalloz, 1973, 6^{ème} éd., n° 187 ; M. Waline, Droit administratif, Sirey, 1963, 9^{ème} éd., n° 324 et Précis de droit administratif, Montchrestien, 1969, n° 269 ; R. Odent, Contentieux administratif, Cours de droit, 1970-1971, p. 551 et suiv. ; G. Vedel, Droit administratif, PUF, Thémis, 1973, 5^{ème} éd., p. 441 et suiv.).

⁴⁹⁹ CE, sect., 19 décembre 1980, *Hechter* (Rec. CE, p. 488, D. 1988, p. 296, note J.-Y. Plouvin et p.431, note G. Simon, GP 1981, 2, p. 544, concl. Genevois).

⁵⁰⁰ CE, 16 novembre 1984, *Woetglin* (Rec. CE, p. 373, D. 1985, p. 58, concl. Stirn).

corrélatives, il n'en restait pas moins qu'un organisme disciplinaire pouvait finalement se voir dénier la qualité juridictionnelle. Le juge prend en compte ici un certain nombre de considérations qui vont faire en sorte qu'il ne qualifie pas l'organisme disciplinaire de juridiction, considérations qu'on peut qualifier initialement d'opportunes (1) mais qui tendent finalement à une définition composite de la notion de juridiction tenant compte à la fois des critères matériels mais aussi formels de définition (2).

1. Une qualification délaissée, a priori, pour des considérations d'opportunité

136 - L'explication du refus du Conseil d'Etat d'octroyer parfois la qualité de juridiction à des organismes disciplinaires suscite certaines controverses doctrinales. Si l'entrée en jeu de considérations d'opportunité particulières est une explication souvent avancée, le contenu de ces considérations prête à discussion, ces dernières pouvant même dans certains cas être remises en cause. Parmi celles-ci, figurent le fait que l'organisme soit créé par décret. Sachant que seul le législateur peut créer une juridiction, reconnaître la qualité de juridiction à un organisme disciplinaire créé par décret reviendrait à annuler ce dernier pour incompétence du pouvoir réglementaire d'où la qualification plus opportune d'autorité administrative. C'est une explication qui a été constamment avancée par la doctrine qui s'est exprimée en la matière et ceci pour la grande majorité des décisions de rejet du caractère juridictionnel par le Conseil d'Etat à savoir celles principales concernant les organismes disciplinaires des fédérations sportives⁵⁰¹ ou la Chambre syndicale des agents de change⁵⁰² mais aussi pour des décisions plus secondaires comme celles relatives aux sanctions disciplinaires prises par les commissions d'appel des sapeurs pompiers⁵⁰³ ou celles concernant

⁵⁰¹ Cf. CE, 19 décembre 1980, *Hechter* préc. et les explications données par C. Berthon in "Autres juridictions administratives", *JCL Adm*, fasc. 1029, 1995, p. 6, § 16 ou encore par le commissaire de gouvernement B. Genevois pour qui "*l'organisme [...] qui ne tire son existence, ni d'une loi, ni même d'un décret, mais des statuts d'une association ne peut pas, à l'évidence avoir le caractère d'une juridiction. Dans notre droit, il n'est de justice au sens institutionnel qui n'émane de l'Etat*" (GP 1981, jurispr., p. 545).

⁵⁰² Cf. CE, 16 novembre 1984, *Woetglin* préc. et les explications données, par ex., par le professeur Chapus, pour qui, "*son institution par décret était de nature à la faire considérer, si un caractère juridictionnel lui était reconnu, comme illégalement créée*" (*Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 101) mais aussi celles données par le commissaire du gouvernement B. Stirn pour qui, il n'est pas "*sans conséquence de relever que le pouvoir disciplinaire de la Chambre syndicale des agents de change ne résulte pas de la loi elle-même mais du règlement d'administration publique du 7 octobre 1890*" (D. 1985, jurispr., p. 59) ou encore C. Berthon in "Autres juridictions administratives", *op. cit.*, § 16.

⁵⁰³ Voir, en ce sens, CE, sect., 17 juillet 1953, *Sieurs Vigua, Cotto, Robaud, Novello et Marino* (Rec. CE, p. 380) et les explications données par C. Berthon in "Autres juridictions administratives", *op. cit.*, § 16, le commissaire de gouvernement B. Genevois (GP 1981, jurispr., p. 545) ou le professeur Chapus pour lequel, "*l'arrêt paraît procéder de la préoccupation de ne pas refuser à ces Commissions (institués par le décret 13 août 1925, art.29)*

les décisions de la chambre de compensation des instruments financiers de Paris retirant, à une société de bourse, son agrément pour des motifs disciplinaires⁵⁰⁴.

Si on ne peut directement et logiquement infirmer cette argumentation, certains auteurs ont souligné le fait que cette particularité statutaire n'a pas toujours été déterminante pour le Conseil d'Etat⁵⁰⁵ mais aussi et surtout que rien n'empêchait ce dernier d'annuler un décret s'il s'avère qu'il a illégalement institué une juridiction⁵⁰⁶ car, comme le relève Michel Degoffe, “poser parmi les conditions minimales de la juridiction, la création par la loi, c'est autoriser le pouvoir réglementaire à créer des organismes dotés d'un pouvoir de sanction, dès lors qu'il ne s'agit que d'une autorité administrative. Curieuse conséquence puisque la compétence réservée du législateur s'explique par la volonté d'entourer la création d'organismes aux pouvoirs étendus des plus vastes garanties”⁵⁰⁷.

137 - La considération selon laquelle seul un organisme collégial peut prendre des décisions juridictionnelles est une autre considération d'opportunité. Le Conseil d'Etat a ainsi refusé de reconnaître la qualité de juge aux recteurs d'académie qui exerçaient des pouvoirs de répression disciplinaire à titre provisoire de façon à ne pas faire ressusciter le système de l'administrateur-juge⁵⁰⁸. Enfin, le caractère juridictionnel d'un organisme disciplinaire peut lui être dénié si ce dernier est dépourvu d'un véritable pouvoir de décision, c'est le cas pour les conseils de discipline départementaux qui jouent un rôle seulement consultatif auprès des maires en matière disciplinaire alors même qu'ils sont présidés par un magistrat et que le

une existence légale“ in “Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative“, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰⁴ Voir, en ce sens, CE, 6 mars 1989, *Société de bourse J.F.A. Buisson contre Chambre de compensation des instruments financiers de Paris* (Rec. CE, p. 83, RFDA 1989, p. 627, concl. Guillaume) et les explications corrélatives de C. Berthon in “Autres juridictions administratives“, *op. cit.*, § 16 mais aussi du commissaire du gouvernement Guillaume pour qui l'une des raisons qui l'invite à décliner la qualité juridictionnelle est le fait que la décision litigieuse a été prise par le C. C. I. F. P. qui ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel en vertu de la loi. Or, “seul le législateur peut instituer une juridiction“ (RFDA 1989, p. 629).

⁵⁰⁵ C'est le trait dégager par P. Klaousen in “Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat“, LPA 1993, n° 91, 30 juillet, p. 23, l'auteur soulignant que cette particularité statutaire n'a pas été considérée comme déterminante au point d'entraver l'octroi de la qualité de juridiction, par ex., à la Commission spéciale des commissaires aux comptes (CE, 19 février 1943, Bugnet préc.).

⁵⁰⁶ Voir, en ce sens, M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 64 et suiv.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁰⁸ Cf. CE, 20 novembre 1970, *Sieur Bouez et UNEF* (Rec. CE, p. 690, AJDA 1971, II, note J. Chevallier, p. 483, concl. Théry, p. 519) et les explications corrélatives, par ex., du professeur Chapus (*Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 99) ou encore les conclusions du commissaire du gouvernement Théry qui insistait davantage sur le fait que le gouvernement ne puisse “même dans l'exercice d'un pouvoir réglementaire étendu et en l'absence d'habilitation spéciale faire resurgir au sein de la justice déléguée une institution qui a tout les traits de la justice retenue“ (AJDA 1971, II, p. 521).

naire ne peut prononcer des sanctions plus sévères que celles émises par l'avis⁵⁰⁹ ou encore pour les chambres syndicales des courtiers de fret dont les décisions disciplinaires peuvent faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre compétent⁵¹⁰.

Il y a une dernière considération qui a été émise, c'est celle selon laquelle le Conseil d'Etat refuserait la qualité juridictionnelle à un organisme disciplinaire, en l'occurrence ici les fédérations sportives, "parce qu'il serait excessif qu'une telle qualité soit reconnue à des organismes relevant d'institutions de droit privé "ordinaire" [...] contrairement aux ordres professionnels institués par la loi"⁵¹¹. Pour certains auteurs, cette dernière semble pouvoir être prise à défaut par le fait que, même si elles peuvent différer par leur genèse⁵¹², il est difficile d'établir une différence organique entre les fédérations et les ordres professionnels, cela découle naturellement de la mission de service public qui leur est confiée⁵¹³.

2. Une qualification délaissée, a posteriori, pour des considérations formelles

138 - Si l'on fait le bilan de l'ensemble des considérations d'opportunité sus-évoquées, on ne peut que constater le fait qu'elles s'apparentent finalement à des considérations formelles. Le Conseil d'Etat se base ainsi sur une définition jurisprudentielle que l'on peut qualifier de "composite"⁵¹⁴ de la notion de juridiction c'est-à-dire intégrant des critères matériels et formels. Si l'activité de répression disciplinaire confère, *a priori*, la qualité de juridiction à un organisme, celle-ci peut lui être déniée par des contre-indications formelles relevant des caractéristiques de l'organisme disciplinaire et des formes dans lesquelles il rend ses décisions.

Ainsi, l'absence respectivement de caractère collégial ou d'un véritable pouvoir de décision de l'organisme en cause, comme le fait que ce dernier doive avant tout être créé par le législateur sont autant de considérations tenant aux formes et caractéristiques de l'organisme créé. On peut ajouter à cela la considération développée par Patrick Klaousen,

⁵⁰⁹ CE, 20 octobre 1956, *Ville de Toulouse* (Rec. CE, p. 533) et l'explication corrélatrice de C. Berthon in "Autres juridictions administratives", *op. cit.*, § 16.

⁵¹⁰ CE, 16 mai 1958, *Société de courtage et d'affrètement fluvial* (Rec. CE, p. 276) et l'explication corrélatrice de C. Berthon in "Autres juridictions administratives", *op. cit.*, § 16.

⁵¹¹ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, p. 101.

⁵¹² M. Degoffe, souligne, par ex., des conditions de création différentes, l'une, celle des ordres professionnels, marquée par une initiative publique très forte, l'autre, celle des fédérations, pas du tout marquée par l'intervention du législateur.

⁵¹³ Voir, en ce sens, M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 52 ou P. Klaousen, "Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *op. cit.*, p. 23.

⁵¹⁴ P. Klaousen, "Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *op. cit.*, p. 29.

pour qui, le Conseil d'Etat peut refuser la qualité de juridiction à un organisme disciplinaire lorsque celui-ci ne compte pas parmi ses membres un agent de l'Etat⁵¹⁵. Cette dernière considération constitue, selon lui, "une garantie appréciable de l'impartialité et du sérieux que l'on peut attendre de décisions à l'élaboration desquelles participent des personnalités extérieures aux enjeux découlant des questions à débattre"⁵¹⁶. Elle confère aussi aux organismes en cause, surtout lorsqu'il s'agit de magistrats, "une légitimité supplémentaire en rehaussant leur compétence technique en matière contentieuse"⁵¹⁷.

139 - Pour d'autres auteurs, le Conseil d'Etat ne prendrait acte ici, à travers certaines de ces considérations⁵¹⁸, que de "données textuelles"⁵¹⁹, il ne résoudrait pas un problème de qualification puisque sa liberté d'appréciation n'est pas entière or, il nous semble, à l'instar de Patrick Klaousen, que dans l'ensemble de ces cas, le Conseil d'Etat n'a pas été objectivement lié par ces données textuelles sachant qu'elles sont avant tout "des données formulées négativement, donc absentes"⁵²⁰. Ce faisant, le Conseil d'Etat ne prend pas acte d'une qualification, "au contraire, il fait état de sa volonté d'affirmer le respect de ceux des principes régissant l'instance contentieuse, qu'il considère comme essentiels"⁵²¹.

Enfin, on ne peut, devant les fluctuations de la jurisprudence, énoncer de manière limitative l'ensemble des considérations d'opportunité, elles sont souvent nombreuses dans la détermination du juge. Finalement, la méthode du juge s'apparente plutôt à celle du "faisceau d'indices" et à une définition hétéroclite de la notion de juridiction. Un arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 1991 à propos de l'ancien Conseil des bourses de valeurs⁵²² en témoigne puisque, indépendamment du caractère disciplinaire des sanctions pouvant être prononcées par cet organisme, c'est avant tout sur la base de considérations formelles qu'on va lui dénier

⁵¹⁵ L'auteur notant, dans son analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat, que les arrêts *Hechter et Woetglin* n'ont pas attribué la qualité juridictionnelle aux organismes en cause alors que les textes statutaires répondaient pourtant à la fois aux critères matériels et formels. En comparant ces deux organismes à ceux auxquels la qualification de juridiction est octroyée en l'absence de toute qualification textuelle, il note l'existence d'une particularité statutaire commune à l'ensemble de ces derniers organismes qui fait justement défaut aux premiers organismes cités, cette particularité, c'est l'absence d'agents de l'Etat dans la composition de ces organismes.

⁵¹⁶ P. Klaousen, "Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *op. cit.*, p. 28.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 28.

⁵¹⁸ Celles tenant notamment au fait qu'un organisme soit dépourvu de tout pouvoir de décision ou le fait que l'autorité prenant la décision n'ait pas un caractère collégial.

⁵¹⁹ Voir, en ce sens, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 102.

⁵²⁰ P. Klaousen, "Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *op. cit.*, p. 25.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 25.

⁵²² CE, 4 mai 1991, *Le Cun* (Rec. CE, p. 70, *AJDA* 1991, p. 358, note R. Schwartz et C. Maugué, *RFDA* 1991, p. 612, concl. De Saint Pulgent, *B et D* 1992, p. 15, note V. Guillaumin).

la qualité juridictionnelle. L'organe apparaît ainsi presque exclusivement administratif, sur la base des indications posées par le texte : il est doté de la personnalité morale et est composé exclusivement de professionnels, la sanction est prononcée par une seule instance sans qu'un contrôle de la décision soit prévu en second degré, enfin et surtout, les textes prévoient la possibilité d'une deuxième délibération. L'article 5 de la loi du 22 janvier 1988⁵²³ prévoit, en effet, que le commissaire du gouvernement nommé par le Ministre auprès du Conseil "a la faculté" de demander au Conseil des bourses de valeurs de prendre une deuxième délibération mais qui ne lie, en aucun cas, le Conseil d'Etat. Or, comme le rappelle le commissaire du gouvernement Maryvonne de Saint-Pulgent, "un des grands principes applicables aux juridictions est qu'elles sont dessaisies d'un litige dès qu'elles y ont statué : hormis le cas de révision ou de recours en rectification d'erreur matérielle prévus par la loi, personne, et pas même elle-même, ne peut amener une juridiction à statuer une deuxième fois sur le même litige"⁵²⁴. Ce sont là autant de considérations formelles sur lesquelles le Conseil d'Etat abandonne trop volontiers les critères de l'acte juridictionnel énoncés par le professeur Chapus.

Maintenant, si l'essentiel reste qu'en principe la répression disciplinaire est confiée à une juridiction, on ne peut, en aucun cas, parler de "règle intangible"⁵²⁵ et cette intangibilité relève selon nous, certes, de considérations d'opportunité ou de considérations textuelles mais plus encore, finalement, de considérations formelles. Il y a donc incontestablement des exceptions à l'identification de principe entre un organe disciplinaire et le caractère juridictionnel. On peut apporter, de même, certaines atténuations à la distinction de principe entre les autorités régulatrices et cette qualification juridictionnelle.

§ 2 : Les atténuations à la distinction de principe entre qualification juridictionnelle et organe régulateur

140 - Le rôle de régulation dans un secteur déterminé se distingue *a priori* de celui du juge. Les autorités régulatrices n'ont pas, à la différence des juridictions, de vocation générale, elles n'ont qu'un domaine d'intervention spécialisé et bien délimité. Ces dernières ont, de même, des fonctions qui dépassent le cadre juridictionnel strict puisqu'il leur appartient de dégager une déontologie, parfois de réglementer et de s'adresser, notamment, à l'opinion publique par le biais de rapports publics ou de communiqués. Pourtant, si les juges restent

⁵²³ Loi n° 88-70 préc. du 22 janvier 1988.

⁵²⁴ Concl. De Saint Pulgent sur CE, 4 mai 1991, *Le Cun*, RFDA 1991, p. 616.

seuls compétents pour dire, en toute matière, le droit avec force de vérité légale, cela recouvre, “une activité largement pragmatique qui est bien de “régulation“ des rapports entre les acteurs sociaux. Les juges ne se contentent pas “d'appliquer“ la loi au sens restreint du terme. Ils sont un relais essentiel entre le texte juridique et la réalité sociale à laquelle il s'applique“⁵²⁶. Ainsi, de façon corrélative, les autorités régulatrices empruntent certaines de leurs caractéristiques aux autorités juridictionnelles ce qui tend incontestablement à leur donner l'image d'instances juridictionnelles. Leur statut comporte un élément majeur d'indépendance qui procède, au moins en partie, des mêmes principes que ceux affectant les autorités juridictionnelles (A). La fonction qu'elles exercent comme les prérogatives qui l'accompagne sont, de même, autant de points de rattachement qui apparentent l'exercice confié aux autorités régulatrices à celui des autorités juridictionnelles (B).

A - Un statut comparable aux autorités juridictionnelles

141 - Le principe d'indépendance de “l'autorité judiciaire“ a été expressément érigé en principe constitutionnel⁵²⁷, mais au-delà de la lettre même du texte, il faut savoir qu'il trouve des applications hors de l'ordre judiciaire et doit ainsi naturellement être compris comme s'appliquant à la “justice“ prise dans toute ses composantes. Ainsi, le juge administratif a, de même, vu son indépendance consacrée par le Conseil constitutionnel en vertu des “principes fondamentaux reconnus par les lois de la république“⁵²⁸. Enfin, par l'effet de la loi, ce principe d'indépendance trouve aujourd'hui une nouvelle application à travers le statut des autorités régulatrices. Or, comme le notent Jean et Olivier Douvreur, “si cette indépendance les distingue radicalement des autres structures administratives, elle les rapproche des juridictions à qui elles empruntent, ainsi, leur trait essentiel“⁵²⁹ en obligeant les membres les composant à faire preuve des “vertus de neutralité, d'équité et d'humanité qui s'apparentent jusqu'à un certain point à celles qu'on attend d'un juge“⁵³⁰. A la lumière, le cas échéant, des dispositions

⁵²⁵ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 73.

⁵²⁶ M.-J. Guédon, Les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 22.

⁵²⁷ Art. 64 C°.

⁵²⁸ CC, n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs (Rec. CC, p. 46, RJC, p. 1-83, JO 24 juillet 1980, GDCC n° 29, JCP 1981, G, II, n° 19603, note Nguyen Quoc Vinh, AJDA 1980, p. 602, note G. Carcassonne, RDP 1980, p. 1658, obs. L. Favoreu, D. 1981, IR, p. 356, note L. Hamon, RA 1981, p. 33, note R. Etien et M. De Villiers, GP 1981, 8-10 et 11-12 février, note Perrier Daville).

⁵²⁹ J. et O. Douvreur, “Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes“, Mélanges Robert, Montchrestien, 1998, p. 326 et 327.

⁵³⁰ F.Gazier et Y.Cannac, “Les autorités administratives indépendantes“, *op. cit.*, p. 20.

applicables aux magistrats, on verra que cette indépendance se traduit, avec des degrés variables, à la fois organiquement (1) et fonctionnellement (2).

1. L'indépendance organique

142 - D'un point de vue organique, l'indépendance se traduit par la manière dont est assurée la nomination des membres ou la formation des collèges. Dans le domaine judiciaire, le statut de la magistrature fait correspondre l'indépendance des juges à leur nomination sur proposition ou sur avis conforme, selon les cas, du Conseil supérieur de la magistrature⁵³¹. Si on procède à l'examen des statuts des autorités régulatrices, ces derniers offrent "une image éclatée de la catégorie, en même temps qu'une représentation approximative de l'indépendance des institutions qui en relèvent"⁵³² et les conditions de désignation des membres des autorités régulatrices répondent *a priori* imparfaitement à la représentation que l'on peut se faire d'organismes indépendants. Néanmoins, certains éléments, malgré la diversité des solutions retenues, restent significatifs du degré d'indépendance des institutions considérées.

Si la nomination par le pouvoir exécutif constitue le procédé de droit commun de désignation des membres des autorités régulatrices⁵³³, le plus souvent, le législateur est amené à lier cette compétence. Le pouvoir exécutif ne pouvant, dans certaines hypothèses, valablement exercer son pouvoir de nomination "qu'à l'intérieur de "catégories" préalablement définies par la loi et fondées, généralement, sur la recherche de qualités personnelles d'indépendance⁵³⁴ ou d'une compétence technique propre⁵³⁵ au domaine d'action de

⁵³¹ Art. 65 al. 5 C°.

⁵³² J.-L. Autin, "Autorités administratives indépendantes", *JCL Adm.*, fasc. 75, 1997, p. 5.

⁵³³ Les dispositions applicables, néanmoins, au CSA (art. 4 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986), à la CRE (art. 28 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000) à l'ART (art. L. 36-1 Code P. et T.), à l'ACNSA (art. L. 227-1 Code A. Civ.), à la COB (art. L. 621-2 Code M. et F.) dotent certains de leur membres d'un mandat d'origine parlementaire, les présidents des assemblées étant chargés de choisir certaines des personnalités qui y siègent, s'inspirant là de la procédure de nomination applicable au Conseil constitutionnel.

⁵³⁴ C'est le cas lorsque le législateur impose la nomination de magistrats sans la généraliser à l'ensemble des membres. Cela concerne le Conseil de la concurrence (art. L. 461-1 CCom), la CCA (art. L. 310-12 Code des Ass.), la Commission bancaire (art. L. 613-3 Code M. et F.) ou encore le CPLD (art. 14 loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999) dont une partie des membres doit être issue des juridictions administratives ou judiciaires ou de la Cour des comptes.

⁵³⁵ C'est le cas à propos de la nomination de personnalités qualifiées comme, par ex., au sein de la COB (art. L. 621-2 Code M. et F.), du Conseil de la Concurrence (art. L. 461-1 CCom), de l'ART (art. L. 36-1 Code P. et T.), de la CCA (art. L. 310-12 Code des Ass.), de la Commission bancaire (art. L. 613-3 Code M. et F.), du CMF (art. L. 622-1 Code M. et F.), de la CPLD (art. 14 loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999) ou encore de l'ACNSA (art. L. 227-1 Code A. Civ.).

l'institution concernée⁵³⁶. Parfois, la liberté de choix du pouvoir exécutif est encore plus réduite notamment lorsque la nomination ne peut intervenir que sur proposition d'une autorité qui lui est extérieure⁵³⁷.

143 - A côté de ces caractères tenant à leur désignation, le statut des membres des autorités régulatrices est souvent assorti de garanties visant un exercice serein de leur mandat. La longue durée du mandat est, en ce sens, une garantie d'indépendance par rapport à l'autorité de nomination. Si les solutions varient d'une autorité à l'autre⁵³⁸ ou même à l'intérieur d'une même instance⁵³⁹, elles s'inscrivent néanmoins dans une voie moyenne autour de quatre à cinq ans évitant ainsi de fragiliser l'institution. Le fait que dans un certain nombre d'hypothèses⁵⁴⁰, leur mandat ne soit pas renouvelable ne peut qu'accroître encore leur liberté d'esprit, en excluant tout risque de complaisance par rapport à ceux qui sont investis du pouvoir de nomination.

Enfin, point n'est besoin de souligner combien l'impossibilité pour l'autorité de nomination de révoquer à son gré la personne nommée garantit l'indépendance de cette dernière par rapport à la première citée. Si le statut de la magistrature est explicite en ce sens⁵⁴¹, cette garantie essentielle n'est que rarement formulée par les textes régissant les

⁵³⁶ J. et O. Douvreur, "Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes", *op. cit.*, p. 329.

⁵³⁷ C'est ainsi que le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour de cassation proposent, chacun, par ex., la nomination d'un membre de la CCA (art. L. 310-12 Code des Ass.) et de la Commission bancaire (art. L. 613-3 Code M. et F.).

⁵³⁸ La durée du mandat est de six ans pour les membres du CSA (art. 4 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986), de la CRE (art. 28 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000), de la Commission bancaire (art. L. 613-3 Code M. et F.), de l'ART (art. L. 36-1 Code P. et T.), du Conseil de la concurrence (art. L. 461-1 CCom), de la CPLD (art. 14 loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999) ou encore de l'ACNSA (art. L. 227-1 Code A. Civ.). Elle est de cinq ans pour les membres de la CCA (art. L. 310-12 Code des Ass.). Elle est de quatre ans pour les membres de la COB (art. L. 621-2 Code M. et F.) ou du CMF (art. L. 622-1 Code M. et F.).

⁵³⁹ Il arrive, en effet, que la durée du mandat du président soit un peu plus longue que celle des autres membres du collège. C'est le cas, par ex., pour le président de la COB (art. L. 621-2 Code M. et F.) ou de celui de l'ART (art. L. 36-1 Code P. et T.).

⁵⁴⁰ Alors que le caractère renouvelable du mandat est de règle pour le Conseil de la concurrence (art. L. 461-1 CCom) ou la COB (art. L. 36-1 Code P. et T.), les autres autorités sont soumises à l'interdiction de renouveler le mandat de leurs membres, c'est le cas du CSA (art. 4 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986), de la CRE (art. 28 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000), de la CPLD (art. 14 loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999), de l'ART (art. L. 36-1 Code P. et T.), de l'ACNSA (art. L. 227-1 Code A. Civ.) mais aussi de la COB pour son président (art. L. 36-1 Code P. et T.) dont le caractère non renouvelable fut consacrée comme une disposition destinée à "garantir l'indépendance de celui-ci" (CC, n°89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc.).

⁵⁴¹ La révocation des magistrats est soustraite à toute appréciation discrétionnaire de l'exécutif et n'est instituée qu'à titre strictement disciplinaire sous le bénéfice de garanties procédurales dont la principale résulte de l'intervention du CSM. Les magistrats du siège bénéficiant, de surcroît, du bénéfice de l'inamovibilité (Art. 64 C°).

autorités régulatrices⁵⁴². Mais comme le notent Jean et Olivier Douvreur, on ne peut, “pour autant, douter de sa force juridique : elle résulte de la nature même des autorités administratives indépendantes et, de plus, se déduit des nombreuses dispositions qui organisent strictement et limitativement les conditions dans lesquelles il peut être mis fin, prématurément, au mandat de leurs membres”⁵⁴³. Si le débat quant à l'indépendance des autorités régulatrices s'est surtout focalisé sur l'ensemble des aspects organiques, l'autonomie des organismes en cause s'apprécie aussi à partir d'éléments fonctionnels.

2. L'indépendance fonctionnelle

144 - Les instances régulatrices disposent déjà de moyens financiers spécifiques par rapport aux instances administratives classiques⁵⁴⁴ mais ce sont, surtout, les moyens juridiques spécifiques qui vont répondre à l'objectif d'indépendance officiellement proclamé. Dans notre dispositif juridique, toute institution administrative est, *a priori*, rattachée au pouvoir central par l'une ou par l'autre des deux formes de contrôle que sont la tutelle et le pouvoir hiérarchique. Les autorités régulatrices échappent d'abord à la tutelle car elles ne sont pas dotées de la personnalité juridique, absence d'ailleurs qui, si elle peut paraître contradictoire avec l'idée d'indépendance⁵⁴⁵, n'empêche pas ces autorités d'être le siège d'intérêts spécifiques qui ne se confondent pas nécessairement avec l'intérêt général de l'Etat⁵⁴⁶. Les autorités régulatrices échappent ensuite au pouvoir hiérarchique puisqu'étant placées en dehors de la hiérarchie, elles ne reçoivent ni ordres, ni instructions : elles exercent

⁵⁴² Il en est ainsi pour le CSA (art. 4 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986), la CRE (art. 28 de la loi n°2000-108 préc. du 10 février 2000), la CCA (art. L. 310-12 Code des Ass.), l'ART (art. L. 36-1 Code P. et T.), le CPLD (art. 14 loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999) ou l'ACNSA (art. L. 227-1 Code A. Civ.) où les membres de ces institutions ne peuvent être révoqués ou ne sont pas révocables.

⁵⁴³ J. et O. Douvreur, “Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes”, *op. cit.*, p. 336.

⁵⁴⁴ Si les ressources de ces autorités régulatrices proviennent de fonds publics et sont inscrites au budget, elles disposent d'une autonomie de gestion néanmoins appréciable puisque les présidents des différentes instances sont les ordonnateurs des dépenses qu'ils engagent librement dans les limites des crédits inscrits au budget sachant que l'exécution des dépenses est soustraite à toute forme de contrôle *a priori*.

A noter aussi que les financements de la COB et de l'ART sont, en pratique, assurés par des redevances perçues à leur profit (Voir, respectivement, art. 8-1 du décret n° 85-809 du 31 juillet 1985 préc. et art. L. 36-4 du Code des P. et T.).

⁵⁴⁵ Etant donné qu'à partir du moment où les autorités régulatrices ne sont pas juridiquement séparées de l'Etat, on peut avoir du mal à donner corps à l'idée d'indépendance.

⁵⁴⁶ Les autorités régulatrices sont parfois habilitées à agir en justice de manière autonome soit au civil, c'est le cas de la COB (art. L. 621-17 Code M. et F.), soit au pénal en déposant une plainte auprès du Procureur de la République, c'est le cas, par ex. pour le CSA (art. 20 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986).

les attributions qui leur sont confiées en toute indépendance et les décisions qu'elles prennent dans le cadre de leur compétence sont dotées de force exécutoire.

145 - Si, à l'instar des magistrats du siège⁵⁴⁷, les textes ne comportent pas de dispositions sur ce point, il faut noter que "la formulation légale de l'absence de subordination d'une autorité administrative indépendante est plus symbolique que normative : le principe de non-subordination va de soi car il est, par définition, au cœur même de l'existence des autorités administratives indépendantes"⁵⁴⁸. Et ceci, même si on aménage parfois la présence d'un commissaire du gouvernement dont l'intervention est de nature à infléchir le sens des décisions⁵⁴⁹ ou même si le gouvernement dispose toujours de la faculté de soumettre, au titre du contrôle de légalité, les décisions des autorités régulatrices à la censure éventuelle du juge administratif⁵⁵⁰. Toujours parmi ses moyens juridiques spécifiques, les autorités régulatrices disposent enfin de la faculté d'élaborer leur propre règlement ce qui reste foncièrement un gage d'autonomie par rapport aux autres pouvoirs. Certes, il n'y a pas de dévolution uniforme à toutes les autorités régulatrices⁵⁵¹ mais la pratique tend à généraliser un tel pouvoir. Enfin, si cette compétence reste encore significative, il faut quand même noter qu'elle est encore subordonnée, dans ces conditions d'exercice, aux règles fixées par le gouvernement⁵⁵² laissant entrevoir, par ce biais, une autonomie tout de même limitée.

Il faut apporter, en définitive, certaines nuances quant au contenu réel de l'indépendance attribuée aux autorités régulatrices mais il faut savoir qu'en dépit de la garantie constitutionnelle, l'indépendance des juges est tout autant riche en nuances dans un système marqué par la forte prééminence du pouvoir exécutif et l'avènement du "gouvernement

⁵⁴⁷ Si les magistrats du siège ne peuvent recevoir aucune instruction, ni aucun ordre dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, ce principe ne figure dans aucun texte.

⁵⁴⁸ J. et O. Douvreur, "Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes", *op. cit.*, p. 335.

⁵⁴⁹ C'est le cas notamment pour le Conseil de la concurrence (art. L. 461-2 CCom), la CCA (art. L. 310-12 Code des Ass.) ou encore la CRE (art. 29 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000) sachant que le rôle de ce commissaire du gouvernement se limite à la présentation d'observations et à la demande éventuelle d'une seconde délibération du collège.

⁵⁵⁰ Cette faculté n'est pas prévue par les textes institutifs mais elle résulte d'une décision du Conseil constitutionnel valant par extension compte tenu de la généralité des termes employés (Cf. CC, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi n°86-1067 relative à la liberté de communication* préc.).

⁵⁵¹ Le pouvoir de fixer le règlement intérieur n'est évoqué par les textes institutifs que pour le Conseil de la concurrence (décret préc. du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), le CSA (art. 4 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986), la CRE (art. 30 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000), le CPLD (art. 14 loi n° 99-223 préc. du 23 mars 1999) ou encore la COB (art. L. 621-3 Code M. et F.).

législateur“. A cet égard, s'il "est néanmoins sûr que les garanties statutaires sont des garde-fous protecteurs et, en tout état de cause, un utile "moteur" de l'indépendance"⁵⁵³, on a souvent présenté la question de l'indépendance des juges comme une indépendance d'esprit affaire donc plus de comportement, d'éthique ou de volonté que de règles écrites. C'est en cela qu'on peut trouver, en définitive, une source d'indépendance comparable aux juges chez les membres des autorités régulatrices d'autant plus que, on va le voir, on retrouve dans l'exercice et le rôle de ces instances des fonctions comme des prérogatives comparables à celles des juges.

B - Un exercice comparable aux autorités juridictionnelles

146 - Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs et au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, les attributions conférées aux autorités administratives ne doivent pas déborder sur la sphère des compétences dévolues aux autorités judiciaires. Pourtant, comme peut le noter Jean-Louis Autin, "cette exigence a toujours connu des accommodements"⁵⁵⁴. Il existe, en effet, de nombreuses juridictions auxquelles sont confiées, en dehors de leurs attributions juridictionnelles, des attributions administratives. Et ce constat s'applique aussi bien aux juridictions administratives⁵⁵⁵ qu'aux juridictions judiciaires⁵⁵⁶. A l'inverse, l'application stricte du principe de séparation des pouvoirs postulerait l'intervention exclusive des autorités juridictionnelles pour l'exercice de la fonction juridictionnelle. Or, il n'en est pas toujours ainsi, certaines activités qui relèvent de la fonction juridictionnelle entendue matériellement sont, dans une certaine mesure, confiées à des autorités administratives⁵⁵⁷. Parmi ces autorités figurent les autorités régulatrices qui

⁵⁵² Est significative, à cet égard, la disposition législative prévoyant expressément la faculté pour la COB d'établir son règlement intérieur tout en précisant que le document ainsi élaboré doit être rendu public pour accroître la transparence de son intervention (art. 89 III de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996).

⁵⁵³ M.-J. Guédon, Les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 62 et 63.

⁵⁵⁴ J.-L. Autin, Autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁵⁵ On sait qu'au pouvoir consultatif traditionnel du Conseil d'Etat, il faut ajouter d'autres fonctions administratives comme, par ex., la fonction d'étude ou fonction d'inspection des juridictions administratives (art. L. 112-1 et suiv. CJA). De même, les CAA et les TA exercent aussi des attributions administratives (Voir, en ce sens, art. L. 212-1 et L. 212-2 CJA).

⁵⁵⁶ Les juridictions judiciaires prennent des actes non juridictionnels : c'est le cas des décisions concernant le fonctionnement du service judiciaire qui n'ont pas autorité de chose jugée et qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours (art. 537 NCPC) mais c'est le cas aussi de certaines décisions gracieuses concernant, par ex., le divorce par consentement mutuel ou l'adoption.

⁵⁵⁷ Par ex., l'exercice par l'administration de recours administratifs qui ont une fonction matériellement équivalente à la fonction juridictionnelle du fait qu'ils servent à trancher des litiges au moyen d'une solution juridique. Certains auteurs parlant même à ce sujet de "fonction contentieuse" regroupant la fonction juridictionnelle et celle qu'assure l'administration par le biais du recours administratif (Voir, en ce sens, J.

exercent, très classiquement, des attributions administratives⁵⁵⁸ mais aussi des prérogatives quasi-juridictionnelles (1). Cela tend parfois à mettre en doute leur qualité d'autorité administrative d'autant plus que si le Conseil constitutionnel a donné son aval à ce type de répression, c'est en l'entourant de garanties qui s'apparentent à des garanties de type juridictionnel (2).

1. Des prérogatives quasi-juridictionnelles

147 - Les autorités régulatrices accomplissent leur mission de régulation d'un secteur donné grâce notamment à un pouvoir de contrôle permettant de vérifier la conformité d'une décision, d'une pratique ou d'un comportement à une norme donnée. Pour ce faire et exercer cette fonction, elles disposent de divers moyens juridiques et matériels. Outre les pouvoirs d'enquête et de surveillance⁵⁵⁹, elles peuvent utiliser un certain pouvoir de critique ou de remontrance⁵⁶⁰. Il s'agit là d'un simple constat sans obligation mise à la charge de l'intéressé. A côté de ces pouvoirs d'investigation, le législateur a mis à la disposition des autorités régulatrices des pouvoirs plus contraignants de coercition qui vont, à des degrés supérieurs, aller au delà de la simple constatation ou de la critique de la violation de la norme pour ordonner à l'intéressé d'adopter tel ou tel comportement. Parmi ces pouvoirs, on trouve les pouvoirs d'injonction et de sanction qui sont très révélateurs de l'ambiguïté qui s'attache à la nature des autorités régulatrices. Comme le note Nicole Decoopman, "elles ne sont pas des juridictions, mais elles contrôlent l'application des règles de droit et peuvent enjoindre de les respecter ou de rétablir une situation conforme aux normes édictées"⁵⁶¹.

Chevalier, "Fonctions contentieuses et fonctions juridictionnelles", *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p.274).

⁵⁵⁸ Les autorités régulatrices disposent d'un pouvoir réglementaire spécial, d'un pouvoir de décision individuelle mais aussi d'une fonction consultative. Certaines instances sont parfois chargées d'émettre des propositions ou des avis à destination des pouvoirs publics sur des projets de texte ou des réformes envisagées : c'est le cas, par ex., du Conseil de la concurrence (art. L. 462-1 à L. 462-5 CCom), de l'ACNSA (art. L. 227-3 Code A. Civ.) du CSA (art. 9, 12, 17 et 18 loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986), de la CRE (art. 31 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000).

⁵⁵⁹ Les textes institutifs aménagent parfois la faculté, pour certaines autorités régulatrices, de procéder à des enquêtes sur pièces et sur place par l'entremise d'agents placés sous leur autorité ou de corps spécialisés d'enquêteurs. C'est le cas, par ex., pour la COB (art. L. 621-9 Code M. et F.), le Conseil de la concurrence (art.45 et suiv. de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986), le CSA (art. 4 loi n°86-1067 préc. du 30 septembre 1986), la CRE (art. 30 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000).

⁵⁶⁰ Ce pouvoir peut prendre plusieurs formes : avertissements, observations, mises en garde, recommandations ou encore des avis.

⁵⁶¹ N. Decoopman, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", *JCP 1987*, G, I, n°3303, § 3.

148 - Le pouvoir d'injonction, par exemple, en tant qu'il permet d'ordonner à une personne d'adopter un certain comportement, est souvent présenté comme constituant un monopole du juge⁵⁶² puisqu'il constitue une manifestation du pouvoir de commandement du juge (*imperium*) distinct de son pouvoir de dire le droit (*jurisdictio*)⁵⁶³. Si on s'attache à celui confié aux autorités régulatrices, ce pouvoir d'injonction est délivré, dans la plupart des cas⁵⁶⁴, lorsqu'est en cause la violation de normes juridiques⁵⁶⁵ ce qui apparente de très près le rôle de ces autorités à celui du juge en principe seul compétent pour constater et sanctionner la violation des règles de droit. Il y a indéniablement ici un rapprochement d'un point de vue matériel avec les autorités régulatrices puisque "dans les deux cas, la démarche intellectuelle est la même : interprétation de la règle de droit, contrôle de son application, constatation de la violation éventuelle de la règle et ses conséquences. L'autorité administrative indépendante semble "dire le droit" comme le fait le juge"⁵⁶⁶.

Mais si l'injonction se définit comme un ordre donné, elle n'a comme fonction que de rétablir ou de corriger une situation donnée, non de la réprimer ou de la réparer, ici entre en jeu le pouvoir de sanction. Cette détention d'un pouvoir de sanction fait apparaître de façon plus aiguë le paradoxe des autorités régulatrices. Certaines instances de régulation, avant d'exercer des pouvoirs répressifs directs, sont amenés, déjà, à participer à la répression pénale, soit en constatant certaines infractions et en en dressant procès-verbal⁵⁶⁷, soit en saisissant le parquet afin de déclencher l'action publique⁵⁶⁸, soit, enfin, en étant sollicité par le juge répressif pour donner leur avis⁵⁶⁹. Mais plus que cette participation à la répression pénale, c'est l'octroi de réels pouvoirs répressifs qui amène à une comparaison avec l'activité juridictionnelle. En vertu du principe de spécialisation, le pouvoir de sanction a toujours été considéré comme matériellement juridictionnel, le monopole du juge en la matière étant à même, en raison de l'indépendance de ce dernier et des modalités d'exercice de sa compétence, de constituer une garantie essentielle pour les citoyens, "un principe fondamental

⁵⁶² Ainsi, le juge peut établir des injonctions de procédure comme des injonctions de jugement où après avoir dit le droit, il ordonne les mesures nécessaires pour en assurer le respect.

⁵⁶³ Voir, en ce sens, Y. Gaudemet, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", Mélanges Burdeau, LGDJ, 1977, p. 805 et suiv., spéc. p. 821.

⁵⁶⁴ Il existe des hypothèses où l'autorité régulatrice peut recourir à l'injonction en l'absence de violations de normes juridiques : c'est en cas de pratiques risquant de porter atteinte aux intérêts du public.

⁵⁶⁵ Il peut s'agir de façon générale des "dispositions législatives et réglementaires" (cas de la COB), ou encore, de façon plus particulière, des pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 (cas du Conseil de la concurrence).

⁵⁶⁶ N. Decoopman, "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes", *op. cit.*, § 8.

⁵⁶⁷ C'est le cas, par ex., du Conseil de la concurrence (art. 46 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986) ou de la CRE (art. 43 de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000).

⁵⁶⁸ C'est le cas, par ex., du Conseil de la concurrence (art. L. 462-6 CCom).

⁵⁶⁹ C'est le cas, par ex., du Conseil de la concurrence (art. 26 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986).

de notre droit⁵⁷⁰ comme en témoignait le commissaire du gouvernement Romieu au début du siècle précédent.

Le pouvoir de sanction apparaît, en effet, comme un complément indispensable à la régulation. De manière schématique, ce pouvoir peut s'analyser à travers deux catégories de sanction : les sanctions privatives de droits ayant une portée fonctionnelle ou professionnelle en ce sens qu'elles restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et peuvent même aboutir à leur cessation d'activité⁵⁷¹ et les sanctions patrimoniales se présentant comme de véritables sanctions pécuniaires soit des peines d'amende directement infligées par les instances régulatrices en fonction de la gravité des manquements aux obligations prédéfinies⁵⁷². Face à ces importants pouvoirs répressifs et, même si le Conseil constitutionnel a autorisé cette dérogation au principe de séparation des pouvoirs⁵⁷³, on peut légitimement s'enquérir, comme Catherine Teitgen-Colly de la "véritable nature juridique"⁵⁷⁴ des autorités en cause car il n'en reste pas moins que le pouvoir de sanction s'analyse en une prérogative quasi-juridictionnelle. Le Conseil constitutionnel, s'il n'a pas identifié les autorités régulatrices aux juridictions, leur applique en tout cas, dans leur fonction répressive, des garanties de type juridictionnel.

2. Des garanties de type juridictionnel

149 - Selon la jurisprudence constitutionnelle, toute autorité régulatrice peut, sans violer la Constitution, être autorisée à infliger des sanctions autre qu'une privation de liberté⁵⁷⁵ mais ce n'est, toutefois, qu'à la condition que ce pouvoir de sanction soit "assorti par la loi de

⁵⁷⁰ Concl. Romieu sous TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*, Rec. CE, p. 713.

⁵⁷¹ La COB peut prononcer à l'égard des prestataires de services d'investissement "l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis" (art. 71 de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996). L'ART peut suspendre, réduire la durée voire retirer les autorisations octroyées aux exploitants de réseaux ou fournisseurs de services (nouvel art. L. 36-11 du Code P. et T.). Enfin, le CSA est aussi habilité à suspendre, réduire la durée voire retirer les autorisations d'émettre pour un service privé de radio ou télévision (art. 19 de loi n° 89-25 préc. du 17 janvier 1989).

⁵⁷² La COB peut, par ex., infliger des sanctions allant jusqu'à cinq millions de francs ou, si des profits illicites ont été réalisés, le décuple de leur montant. Le CSA peut infliger des sanctions allant jusqu'à 3% voire 5% (en cas de récidive) du chiffre d'affaires réalisé par l'opérateur fautif. Le Conseil de la concurrence expose les contrevenants à des sanctions très lourdes allant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires ou dix millions de francs si le manquement n'est pas imputable à une entreprise.

⁵⁷³ Voir en ce sens, CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc. et CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc.

⁵⁷⁴ C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", *op. cit.*, p. 189.

⁵⁷⁵ Cette exclusion trouve son fondement constitutionnel dans l'art. 66 C° qui fait de l'autorité judiciaire la garante de la liberté individuelle.

mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis⁵⁷⁶. Le Conseil constitutionnel fait formellement application de dispositions qui ne sont autres que les garanties judiciaires qui accompagnent toute répression pénale. Cela concerne, au niveau des droits de la défense, le droit pour celui qui est l'objet d'une sanction de présenter des observations et d'accéder à son dossier, le respect, en certains cas, d'une procédure contradictoire diligentée par un membre de la juridiction administrative suivant des modalités définies, l'existence de recours avec la faculté de demander le sursis à exécution dans l'hypothèse de recours suspensif ou encore l'impossibilité d'aggravation de la sanction par le juge d'appel. A côté de cela, le juge constitutionnel relève aussi des garanties à appliquer quant au prononcé de la sanction tels que l'obligation de motivation, l'absence d'automaticité, le principe de proportionnalité, le non-cumul des sanctions administratives entre elles ou avec des sanctions pénales ou, enfin, la prescription des infractions au bout de trois ans qui n'est autre que la durée de prescription pénale en matière de délit.

Le rapprochement de la répression administrative des autorités régulatrices à la répression juridictionnelle et pénale se confirme aussi par l'assujettissement des sanctions prononcées au respect des principes constitutionnels régissant la répression pénale. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans deux considérants significatifs où il déclare qu'en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits et du citoyen et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, une peine ne peut être infligée qu'à "la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense"⁵⁷⁷. Le Conseil ajoutant que "ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toutes sanctions ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire"⁵⁷⁸.

150 - Finalement, si la jurisprudence constitutionnelle reconnaît cette répression administrative des instances régulatrices, elle tend de toute évidence, même si elle ne s'oppose pas à un choix du pouvoir politique qui juge cette répression nécessaire car plus adaptée, à mettre l'accent sur la juridictionnalisation de cette répression. Ainsi, les instances de

⁵⁷⁶ 6^{ème} considérant décision CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc.

⁵⁷⁷ Par ex., 35^{ème} considérant décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc.

⁵⁷⁸ Par ex., 36^{ème} considérant décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc.

régulation, si elles n'ont pas été considérées comme des juridictions, ont tendu, dès l'origine, vers ce caractère juridictionnel. Si on observe le fait que leur caractère administratif prêtait lui nettement moins à discussion, on peut faire un parallèle avec les autorités disciplinaires car ces dernières, à l'inverse, n'étaient pas, par nature et dans leur ensemble, des autorités administratives et se sont, progressivement, rapprochés de ce caractère alors que leur caractère juridictionnel était, quant à lui, d'office plus logique.

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

151 - L'avènement des réseaux disciplinaires et régulateurs a désavoué l'Etat en tant que seul et unique ordre juridique détenant le pouvoir de contrainte. Pour autant, si dans une perspective sociale et politique, la parole de l'Etat était ainsi subjectivement discréditée, cela n'a pas été le cas objectivement puisque le développement de ces institutions secondaires est intervenu dans des secteurs d'activité bien structurés sous la forme de modes d'intervention publique répondant à une exigence nouvelle d'adaptation. Ces différentes structures ont, certes, été placées hors hiérarchie et ont échappé à tout pouvoir d'instruction et de contrôle de la part de L'Etat mais ce dernier n'en est pas absent puisque c'est le contrôle juridictionnel qui relaye les anciens liens hiérarchiques ou de tutelle. C'est une démarche prétorienne subtile analogue aux deux types d'institution qui a permis un rattachement à l'ordre administratif alors que l'insertion dans la sphère administrative ne s'imposait pas forcément suite à la spécificité des institutions et le dépassement de l'alternative droit public / droit privé. La compétence du juge administratif est loin d'être uniforme, mais elle prédomine néanmoins en la matière. Il exerce, d'une part, une influence croissante dans le domaine disciplinaire où il tend à dépasser les frontières initialement tracées avec le juge judiciaire. La présence de ce juge judiciaire est, d'autre part, plus marquée dans les contentieux régulateurs mais elle s'organise essentiellement autour de techniques administratives imposées par la matière traitée.

152 - Si l'insertion dans la sphère administrative s'est ainsi apparentée alors qu'elle ne s'imposait pas en termes précis et formels, elle s'est accompagnée de problème de qualification qui, au-delà de la nature publique ou privée des organismes en cause, a amené à une insertion confuse dans la sphère juridictionnelle. On a pu délimiter des parentés entre les phénomènes disciplinaires ou régulateurs et la fonction juridictionnelle mais elles se sont établies avec certaines nuances ou exceptions. Dans l'ensemble, la mission de répression disciplinaire a été assimilée à une mission juridictionnelle mais la règle n'est pas intangible, des considérations d'opportunité peuvent conduire le Conseil d'Etat comme le législateur à la relativiser. Inversement, si la mission régulatrice a été assimilée à une mission administrative, les instances correspondantes empruntent certaines de leurs caractéristiques aux autorités juridictionnelles que ce soit à travers leur statut et l'élément majeur d'indépendance ou que ce soit à travers leur fonction et les prérogatives qui l'accompagne. Il y a immanquablement une certaine confusion quant à la nature réelle de ces organismes. Pour autant, ni la diversité de leur appartenance, ni la diversité des compétences ou qualifications juridictionnelles n'ont empêché leur rattachement à la sphère administrative.

Titre 2nd

L'AFFERMISSEMENT DES INSTITUTIONS DISCIPLINAIRES ET REGULATRICES

153 - L'insertion des institutions disciplinaires et régulatrices, dans la logique combinée de la sphère administrative et de la sphère juridictionnelle, a permis de faire naître, dans le domaine de la justice administrative, des modes d'action nouveaux qui, soit par leur nature, soit par un souci d'efficacité, se sont accompagnés d'une vocation beaucoup plus répressive que celle qu'on rattache traditionnellement au juge administratif de droit commun. A travers une première approche, ces nouveaux modes d'action n'ont pas eu vocation à concurrencer ou à faire disparaître le juge administratif mais plutôt à compléter son action dans des domaines où son intervention pouvait se révéler délicate eu égard à la spécialisation ou à la technicité de la matière. Cependant, ces institutions font aujourd'hui l'objet d'une seconde approche. On assiste, en effet, sous l'influence directe des jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle, à une recomposition et à un rapprochement conséquent des procédures mises en œuvre par les instances régulatrices et disciplinaires.

Cela tend à définitivement marquer leur croissance dans le domaine d'action de la justice administrative et à dépasser, ainsi, les catégories juridiques définies initialement à travers leur insertion dans le paysage administratif (chapitre 1^{er}). Cela leur permet d'acquérir aussi une nouvelle légitimité dans l'exercice de leur pouvoir de contrainte, celle-ci amenant, conséquemment, à réfléchir sur l'agencement général de la justice administrative. En effet, si les institutions en cause jouaient plutôt un rôle de complément à côté du juge administratif de droit commun, elles s'interposent, aujourd'hui, de manière plus concrète, dans sa sphère de compétence et font en sorte de dépasser les concepts juridiques traditionnels jusque là établis pour l'exercice de la justice administrative (chapitre 2nd).

Chapitre 1er

LA NOUVELLE APPROCHE DES INSTITUTIONS DISCIPLINAIRES ET REGULATRICES : LE DEPASSEMENT DES CATEGORIES JURIDIQUES TRADITIONNELLES

154 - C'est à travers l'appréhension de leur pouvoir de sanction respectif que se manifeste, progressivement, la nouvelle approche juridique des institutions disciplinaires et régulatrices. Si on a pu s'attacher à distinguer, à l'origine, les notions de "sanction administrative" et de "sanction disciplinaire", on tend plutôt aujourd'hui, sous l'effet de diverses influences, à mettre en évidence leur caractère répressif commun. Cette nouvelle dimension du pouvoir de sanction est le premier facteur qui va permettre de dépasser les catégories juridiques initiales (Section 1). Par-delà et dans la mesure où est mise en évidence cette dimension répressive, on va, conséquemment, insister sur la nécessité d'attribuer à l'exercice de ce pouvoir de sanction un cadre normatif plus élaboré et adapté à cette nouvelle dimension. Cela se traduit, notamment, à travers l'exigence de l'application des garanties pénales ou européennes, celles-ci constituant ainsi le second facteur de dépassement du cadre juridique traditionnel (Section 2).

Section 1 : La mise en évidence de la dimension répressive des sanctions prononcées

155 - On ne peut que marquer, à l'origine, la dichotomie générale entre sanctions pénales et sanctions administratives, mais s'il n'y a pas forcément identification entre les deux catégories de sanction, il y a néanmoins existence d'un caractère commun punitif qui laisse entrevoir un droit plus général de la répression. C'est sur cette base et sous l'effet de plusieurs facteurs et manifestations que s'opère aujourd'hui un rapprochement significatif des régimes juridiques de ces différentes sanctions. C'est d'abord la Cour européenne des droits de l'homme qui, en contrôlant la conformité de la répression interne au dispositif conventionnel,

a inclus l'ensemble des sanctions administratives, qu'elles soient prononcées par les institutions régulatrices comme par certaines institutions disciplinaires, dans le critère d'identification lié à la "matière pénale", la Cour dépassant, de cette manière, les seules sanctions pouvant être prononcées par le juge répressif (§1). C'est, de même, la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a été amenée à faire émerger la notion de "sanction punitive" pour admettre la constitutionnalité de certaines sanctions administratives, notamment celles prononcées par les institutions de régulation, et dégager ainsi, tout en insistant sur leur dimension répressive, un ensemble de règles et de garanties juridiques communes. Enfin, on ne peut que rapprocher de cet état de fait l'assimilation, de plus en plus marquée, effectuée par la doctrine actuelle entre les notions de "sanctions disciplinaires" et de "sanctions répressives" qui, au même titre que la jurisprudence constitutionnelle, marque cette influence interne tendant à faire apparaître un droit plus général et commun de la répression (§2).

§1 : *L'influence externe : la notion de matière pénale*

156 - C'est en affirmant le principe fondamental de la primauté du droit que la Convention européenne des droits de l'homme a tracé, à travers son article 6, la garantie du "procès équitable". Si cet article ne vise pas expressément les formes sanctionnatrices des institutions disciplinaires et régulatrices, mais seulement les hypothèses de "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" et "d'accusation en matière pénale", la conception autonome de ces notions par les instances européennes a été de nature à conduire à l'assujettissement de ces deux formes de répression. C'est pour éviter que les Etats n'échappent à l'application des clauses de la Convention par le jeu de leurs propres qualifications que le contenu des conditions d'applicabilité n'a pas été déterminé par simple référence au droit interne des Etats. Une infraction qualifiée d'administrative ou de disciplinaire dans le droit national était, de la sorte, susceptible de relever de l'influence conventionnelle même si, à l'origine, elle en semblait exclue.

Telle qu'elle est interprétée par les organes européens, cette soumission des contentieux régulateurs et disciplinaires aux garanties conventionnelles relève en général de la notion de "matière pénale". Mais si là est le principe en matière de sanctions prononcées par les institutions régulatrices, cette soumission est, paradoxalement, moins déterminée en matière disciplinaire puisque c'est au titre de la "matière civile" que l'ensemble de ces contentieux est soumis aux clauses de la Convention. Cependant, plus qu'à un éclatement du droit de l'ensemble de ces sanctions, cette soumission conventionnelle aboutit surtout à un rapprochement dans la définition de leurs caractères, rapprochement qui souligne la gravité

des sanctions encourues et, par-delà, la dimension essentiellement répressive de ces dernières. Ainsi, si les sanctions disciplinaires s'assimilent par exception à la matière pénale (B), c'est par principe que les sanctions régulatrices relèvent de cette même notion (A).

A – L'assimilation par principe aux sanctions régulatrices

157 - C'est par le biais d'une interprétation extensive que le juge européen a été amené à inclure la majorité des sanctions prononcées par les instances de régulation dans la matière pénale (1). Cette interprétation fait l'objet, après certaines réticences, d'une adhésion commune de la part des juges internes (2).

1. Une interprétation extensive du juge européen

158 - C'est d'une interprétation strictement européenne que ressortent les critères d'identification de la matière pénale¹. On sait que le premier critère réside dans la qualification donnée par le droit national, qu'il s'identifie à travers la question de "savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique de l'Etat défendeur, au droit pénal [...]"² et qu'il s'examine "à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers Etats contractants"³. Comme le rappelle la Cour européenne, ce critère n'a "qu'une valeur formelle et relative"⁴ étant donné, qu'après examen, les dispositions nationales s'avèrent souvent ambiguës voire évidemment hostiles à une qualification pénale. Il ne doit donc constituer qu'un "simple point de départ"⁵ de la réflexion menée puisque c'est surtout l'examen des deux autres critères, qui se résument dans la "nature

¹ Voir, en ce sens, les études du groupe de recherche droits de l'homme et logiques juridiques (sous la direction de M. Delmas-Marty), "La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme", RSC 1987, p. 819 ou encore de J.-C. Soyer et M. De Salvia, "Article 6" in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article (sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert), Economica, 1995, p. 239 et suiv. et p. 254 et suiv.

² CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, série A, n° 22, § 82 (AFDI 1977, p. 480, note R. Pelloux, CDE 1978, p. 364, chron. G. Cohen-Jonathan, JDI 1978, p. 695, chron. P. Rolland, Jurisp.CEDH, n° 73, obs. V. Berger).

³ *Ibid.*, § 82.

⁴ *Ibid.*, § 82.

⁵ *Ibid.*, § 82.

même de l'infraction⁶ dégagée de l'examen de la norme violée et dans "le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé"⁷, qui va se révéler déterminant.

De plus, la Cour rappelle que, dans leur mise en œuvre, ces critères sont alternatifs et non cumulatifs⁸. Ainsi, le plus souvent, c'est le seul critère de la gravité de la sanction qui emporte la conviction des juges⁹ mais il arrive que la seule nature de l'infraction soit le facteur de rattachement à la matière pénale¹⁰. A partir du moment où la méthode alternative s'avère impuissante dans l'identification du caractère pénal de l'infraction, la Cour peut aussi promouvoir la méthode cumulative¹¹ et donc utiliser, indifféremment, les deux modes d'appréciation. Cela peut être critiqué dans la mesure où, comme peuvent le noter Renée Koering-Joulin et Pierre Truche, "ce qui dérange actuellement dans la jurisprudence de la Cour, ce n'est pas qu'elle se tourne parfois vers la méthode "cumulative" mais plutôt qu'elle n'ait pas encore tranché entre les deux modes d'appréciation ; au gré des affaires à juger, elle privilégie l'une plutôt que l'autre en feignant d'ignorer que le choix de la méthode peut parfois être déterminant pour l'issue du litige"¹².

⁶ CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, série A, n° 22, § 82 préc. L'infraction sera considérée comme pénale à partir du moment où elle concerne virtuellement la population tout entière et non un groupe doté d'un statut particulier et qu'elle poursuit un but à la fois dissuasif et répressif et non seulement réparateur.

⁷ *Ibid.*, § 82. C'est, à la fois, le but répressif, la nature privative de liberté, la durée ou encore ces modalités d'exécution qui déterminent la sévérité de la sanction.

⁸ Cf. CEDH, 25 août 1987, *Lutz contre Allemagne*, série A, n° 123, § 55 (RSC 1988, p. 136, chron. L.-E. Pettiti, JDI 1988, p. 874, chron. P. Rolland et P. Tavernier, CDE 1988, p. 458, chron. G. Cohen-Jonathan, Jurisp. CEDH, n° 82, obs. V. Berger) où "pour que l'article 6 s'applique au titre des mots "accusation en matière pénale" il suffit que l'infraction en cause soit par nature "pénale" au regard de la Convention [...] ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature ou son degré de gravité, ressortit en général à la matière pénale".

⁹ C'est le cas dans l'arrêt *Engel contre Pays-Bas* préc. où la Cour avait d'abord marqué "son accord avec le gouvernement" (§ 82) au sujet du critère de la nature de l'infraction et de l'utilisation du droit disciplinaire avant de conclure à l'applicabilité de l'article 6 au titre de la matière pénale au seul critère de la gravité de la sanction à savoir "l'infliction de lourdes peines privatives de liberté" (§ 82) menaçant trois des requérants.

¹⁰ C'est le cas dans l'arrêt CEDH, 21 février 1984, *Oztürk contre RFA*, série A, n° 73, § 55 (AFDI 1985, p. 394, chron. V. Coussirat-Coustère, CDE 1986, p. 213, chron. G. Cohen-Jonathan, JDI 1986, p. 1051, chron. P. Rolland et P. Tavernier, Jurisp. CEDH, n° 99, obs. V. Berger) où la faiblesse relative de l'amende encourue par le requérant n'empêcha pas la Cour d'admettre le caractère pénal.

¹¹ Ce fut le cas dans l'arrêt CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, série A, n° 284 (JCP 1995, G, I, n° 22372, note S.-N. Frommel, RTDH 1995, p. 423, note D. Yernault, RMC 1995, mars, n° 356, p. 175, note L. Maublanc, RFDA 1995, p. 1182, note L. Maublanc-Fernandez et J.-P. Maublanc, RSC 1994, p. 612, note L.-E. Pettiti, RJF 1994-6, p. 383, note G. Coulard, DF 1994, n° 21-22, p. 878, note J.-P. Le Gall et L. Gérard, LPA 1994, 11 mai, n° 56, p. 23, note J.-F. Flauss, GP 1994, 11-13 décembre, p. 2, note H. Krüger, GP 1995, 27-28 septembre, p. 19-20, note L.-E. Pettiti, JDI 1995, p. 752, chron. E. Decaux et P. Tavernier, AFDI 1994, p. 658, chron. V. Coussirat-Coustère, AJA 1994, 9 mai, n° 220-221, p. 3, note M. Bornhauser, Jurisp. CEDH, n° 67, obs. V. Berger) où la Cour précise dans son § 47 dernier alinéa : "Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à "l'accusation" litigieuse un "caractère pénal" [...]"

¹² R. Koering-Joulin et P. Truche, "Retour sur le champ "pénal" européen", Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p.524.

Il reste, au total, que le champ de la matière pénale présente incontestablement, dans son interprétation, un caractère extensif et attractif vis-à-vis des sanctions prononcées par les institutions de régulation. Les critères d'applicabilité ainsi définis correspondent aux caractéristiques des sanctions en cause. Si elles ne sont pas qualifiées de pénales par le droit interne, leur prononcé repose néanmoins sur la contestation d'un manquement aux prescriptions définies par la loi ou par l'institution de régulation elle-même. Et les sanctions prononcées entraînent, pour le moins, des répercussions importantes sur la situation des intéressés¹³. C'est ce en quoi aujourd'hui adhèrent, de façon commune, les juges administratif et judiciaire même s'il n'en a pas toujours été ainsi notamment dans l'interprétation effectuée par le Conseil d'Etat.

2. Une adhésion commune des juges administratif et judiciaire

159 - Si la jurisprudence du Conseil d'Etat rejoint aujourd'hui la position de la Cour de cassation, il n'en a pas toujours été ainsi puisque le juge administratif a d'abord pris en considération de façon plus exigeante les termes mêmes par lesquels l'article 6 définit son hypothèse d'application. Il a certes fait sienne l'interprétation de la "matière pénale" donnée par la Cour européenne en estimant que "les principes que fixe [...] l'article 6 sont [...] applicables à la contestation devant les juridictions compétentes des majorations d'impositions prévues à l'article 1729-1 du Code général des impôts en cas de manœuvres frauduleuses qui, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition visant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice, constituent [...] des accusations en matière pénale au sens des stipulations de l'article 6 [...]"¹⁴. Mais la position de principe du juge administratif était avant tout fondée sur le critère organique de juridiction ce qui conduisait ce dernier à juger l'article 6 inapplicable aux institutions de régulation prononçant des sanctions¹⁵. Cet article n'étant "applicable qu'aux

¹³ Voir, en ce sens, les sanctions pouvant être prononcées notamment par la COB (jusqu'à dix millions de francs ou le décuple des bénéfices réalisés grâce à l'infraction), le Conseil de la concurrence ou le CSA (amendes jusqu'à 3% du chiffre d'affaires hors taxes de l'entreprise incriminée).

¹⁴ CE, Avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Meric* (Rec. CE, p. 154, AJDA 1995, p. 739, note M. Dreifuss, RFDA 1995, p. 1185, note L. Maublanc-Fernandez et J.-P. Maublanc, RJF 1995-5, p. 326, concl. Arrighi de Casanova, JCP 1995, G, IV, n° 2719, obs. M.-C. Rouault, EDCE 1996, n° 47, p. 342, RProc. 1995, n° 164, p. 17, DF 1995, n° 18, comm. n° 1006, p. 806, DA 1995, n° 640).

¹⁵ Voir, en ce sens, CE, 24 mars 1983, *Société Arthur Martin* (Rec. CE, p. 164) à propos l'ancienne Commission de la concurrence ; CE, 14 juin 1991, *Association radio solidarité* (Rec. CE, p. 232, RFDA 1992, p. 1016, note J.-L. Autin) et CE, 9 octobre 1996, *Association Ici et Maintenant* (D. 1996, IR, p. 250) à propos du CSA ; CE, 26 mai 1995, *Helle* (Rec. CE, p. 792) à propos de la Commission bancaire ; CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun* préc. et CE, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny* (Rec. CE, p. 192, D. 1999, SC, p. 249, chron. I. Bon-Garcin,

procédures contentieuses suivies devant les juridictions¹⁶ et ne concernant pas “l’élaboration ou le prononcé de sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi¹⁷”.

160 - Il y avait là contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière s’était d’abord logiquement et au même titre que le Conseil d’Etat, inspirée de la jurisprudence européenne en admettant dès 1996 que les prescriptions de l’article 6 puissent s’appliquer aux sanctions prononcées par une institution de régulation, en l’occurrence la Commission des opérations de bourse, sanctions qui “bien que de nature administrative, visent, comme en matière pénale par leur montant élevé et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la Commission et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques¹⁸”. Toutefois, sa position allait se révéler ensuite plus généreuse à ce titre que, suite à cette formulation première un peu ambiguë, elle appliquait l’ensemble des prescriptions de l’article 6 dès le stade administratif, en l’occurrence dès l’exercice du pouvoir de sanction par les institutions régulatrices¹⁹ contrairement à la volonté exprimée par le Conseil d’Etat. Le juge judiciaire défendait là une position pour le moins “tranchée²⁰” alors que “l’excès de subtilité des

B et D 1998, n° 61, p. 37, note H. de Vauplane) à propos de la procédure de sanction disciplinaire devant l’ancien Conseil des bourses de valeur ; CE, 26 mai 1995, *Girardet* (req. n° 140985) à propos de l’ancien Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

¹⁶ CE, Avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Meric* préc.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cass., com., 9 avril 1996, *Haddad contre Agent judiciaire du trésor* (RJDA 1996-5, p. 438, concl. Piniot, RDBB 1996, p. 177, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche, LPA 1996, 26 juin, n° 77, p. 19, note C. Ducouloux-Favard, D. 1998, SC, p. 65, obs. I. Bon-Garcin, Bull. Cass., IV, n° 115, p. 96, JCP 1996, G, IV, n° 1317, obs. M.-C. Rouault, D. 1996, IR, p. 130, DAff. 1996, p. 606, DSés 1996, comm. n° 138, obs. H. Hovasse, BJB 1996, p. 305, note F. Peltier).

¹⁹ Voir, en ce sens, Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse contre Oury et autres* (LPA 1999, 10 février, n° 29, p. 3, note P. M. et p. 14, note C. Ducouloux-Favard, DAff. 1999, p. 410, obs. M. B., JCP 1999, E, p. 957, obs. E. Garaud, JCP 1999, G, II, n° 10060, note H. Matsopoulo, GP 1999, 24-25 février, n° 55, p. 60, concl. Lafortune et p. 70, note J.-M. Degueldre, L. Gramblat et M. Herbière, RTDCom 1999, p.467, note N. Ronchevsky, BJB 1999, n° 2, p. 129, note N. Ronchevsky, B et D 1999, mars-avril, p. 35, note H. de Vauplane, DA 1999, n° 3, comm. n° 85, RDBB 1999, n° 71, p. 31, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche, Lamy Droit du financement 1999, n° 95, p.1, note M.-L. Hillion-Lecuyer, LJA 1999, n° 447, p. 1, note R. Milchior, RSés 1999, p. 620, note H. Le Nabasque).

Jurisprudence confirmée à propos du Conseil de la concurrence par Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S.G.E. contre Ministère de l’économie, des finances et du budget* (LPA 1999, 15 octobre, n°206, p. 4, note C. Ducouloux-Favard, D. 1999, CDA, p. 44, note A. M., GP 1999, 1-2 décembre, p. 2, note O. Flécheux, p. 9, concl. Lafortune, JCP 2000, G, II, n° 10255, note E. Cadou).

²⁰ J.-F. Brisson, “Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l’article 6-1 de la Convention européenne des droits de l’homme“, AJDA 1999, p. 852.

positions européennes aurait pu conduire la Cour de cassation à adopter une position nuancée dans l'attente d'une clarification venant de Strasbourg²¹.

161 - Le juge européen préconise, en effet, une appréciation globale de la procédure et admet, de longue date, que “des impératifs de souplesse et d'efficacité [...] peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs [...] ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects²² aux prescriptions de l'article 6. Seul doit importer le fait que les décisions que peuvent prendre ces organes dans l'exercice de leur pouvoir de sanction puissent être déferées à un juge qui, d'une part, répond lui-même à l'ensemble des prescriptions de l'article 6 et, d'autre part, exerce un entier contrôle en droit et en fait des décisions incriminées²³. En aucune manière, cette jurisprudence n'impose que les institutions régulatrices soient soumises en tout ou partie à la prescription conventionnelle.

Pourtant, si on a pu souligner le fait que “la Cour de cassation se fait plus “matérialiste“ que la jurisprudence européenne qui n'ignore pas totalement les classifications formelles²⁴ et que le Conseil d'Etat traitait, quant à lui, l'article 6, “dans sa lettre et son esprit, en tenant compte de l'interprétation qui lui est donnée par la Cour de Strasbourg²⁵, ce dernier allait néanmoins, devant cette divergence de jurisprudence, qui pouvait laisser entrevoir ”une divergence d'approches, presque de conception du droit²⁶, effectuer un remarquable revirement jurisprudentiel en abandonnant le critère organique de juridiction qu'il privilégiait jusqu'ici et en admettant, pour la première fois, le caractère opérant d'un moyen tiré de la

²¹ J.-F. Brisson, “Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme“, *op. cit.*, p. 852.

²² CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, § 51 (GP 1981, 2, p. 775, note G. Delamarre, JT 1981, n° 5184, p. 624, obs. P. Lambert, RDSS 1982, p. 57, note L. Dubouis, RbelgeDI 1983, p. 903, note A. Van Solingue, AFDI 1982, p. 495, chron. R. Pelloux, CDE 1982, p. 201, chron. G. Cohen-Jonathan, JDI 1982, p. 216, chron. P. Rolland, Jurisp. CEDH, n° 47, obs. V. Berger).

²³ Voir, en ce sens, la jurisprudence bien établie de la Cour européenne : CEDH, 28 janvier 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, série A, n° 58, § 29 (GP 1984, doct., p. 456, note G. Bueb, CDE 1986, p. 209, chron. G. Cohen-Jonathan, AFDI 1984, p. 447, chron. R. Pelloux, JDI 1985, p. 212, chron. P. Rolland et P. Tavernier, APub. 1983, p. 205, note A. Rasson-Roland, Jurisp. CEDH, n° 48, obs. V. Berger) ; CEDH, 21 février 1984, *Oztürk contre RFA*, série A, n°73, préc. ; CEDH, 28 juin 1990, *Obermeier contre Autriche*, série A, n° 179 (AFDI 1990, p. 585, chron. V. Coussirat-Coustère, Jurisp. CEDH, n° 42, obs. V. Berger).

²⁴ J.-F. Brisson, “Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme“, *op. cit.*, p. 849.

²⁵ Entretien avec J.-C. Bonichot, “Les Cours administratives appliquent l'article 6 de la CEDH dans sa lettre et dans son esprit“, LPA 1999, 15 janvier, n° 11, p. 10.

²⁶ J.-F. Brisson, “Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme“, *op. cit.*, p. 848.

violation de l'article 6 à l'encontre d'une décision de sanction émanant d'une autorité régulatrice ou assimilée²⁷.

Une telle décision mettait fin à la divergence de jurisprudence avec la Cour de cassation tout en étant pourtant "circonscrite"²⁸ dans la mesure où c'est de la combinaison de deux critères, la nature de l'organe investi du pouvoir de sanction²⁹ et la nature du vice allégué³⁰ que dépendait l'applicabilité de l'article 6. S'il y avait là "une manière très circonstanciée"³¹ d'exposer les conditions d'application de la disposition conventionnelle, une telle interprétation, même si elle ne remettait pas en cause la répression administrative au sens classique du terme³², devenait susceptible de toucher l'ensemble des institutions régulatrices investies de pouvoirs de sanction similaires et leur donnait ainsi une nouvelle dimension. On retrouve, parallèlement, le même phénomène à propos des sanctions prononcées par des organes strictement disciplinaires même si leur caractère répressif et leur gravité ne sont pas, de manière générale, soulignés au titre de la matière pénale mais plutôt par un rapprochement paradoxal avec la matière civile faisant qu'on puisse parler, à cet égard, d'assimilation par exception.

B – L'assimilation par exception aux sanctions disciplinaires

162 - Défini comme "le droit pénal propre à chaque corps social"³³, le droit disciplinaire s'assimile à une manifestation du droit de punir et présente, de ce fait, certaines analogies avec le droit pénal. Les deux régimes ont, en effet, pour but identique de protéger le corps par la réprobation, l'intimidation et la prévention. La seule différence entre le droit

²⁷ CE, 3 décembre 1999, *Didier* (D. 2000, n° 40, p. 26, obs. M. Boizard, *AJDA* 2000, p. 126, chron. M. Guyomar et P. Collin, *JCP* 2000, G, II, n° 10267, note F. Sudre et I, n° 251, chron. C. Boiteau, *LPA* 1999, 14 décembre, n° 248, p. 4, communiqué du Conseil d'Etat, *RFDA* 2000, p. 584, concl. Seban, *RA* 2000, n° 313, p.42, note J.-M. Brière).

²⁸ Chron. M. Guyomar et P. Collin préc. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, p. 133.

²⁹ Il y a application de l'article 6 CEDH devant le CMF car il y a un certain nombre d'éléments qui obligent cette autorité à respecter des garanties spécifiques, le juge tenant compte du fonctionnement concret de l'institution : la composition collégiale, la procédure quasi-juridictionnelle qui préside à l'édition des sanctions prononcées, le large pouvoir dans l'appréciation des infractions, la gravité des sanctions prononcées.

³⁰ Pour que l'article 6 soit applicable dès le premier stade de la procédure, le manquement allégué ne doit pas être susceptible d'être rattrapé par la suite et doit vicier la procédure de manière indélébile : c'est le cas, en l'espèce, du principe d'impartialité.

³¹ Chron. M. Guyomar et P. Collin préc. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, p. 132.

³² En ce sens, CE, Avis, 27 septembre 1999, *Rouxel* (DA 1999, n° 297, *RFDA* 1999, p. 1290). A partir du moment où la décision de sanction administrative, en l'espèce le retrait de point du permis de conduire, ne peut intervenir qu'en cas de reconnaissance de responsabilité pénale et que la décision de l'administration est soumise au contrôle du juge administratif, il y a respect des stipulations de l'article 6 CEDH.

³³ J. Brethe de la Gressaye, "Discipline", *op. cit.*, p. 3, n° 22.

pénal et le droit disciplinaire, c'est le groupement social à l'intérieur duquel il s'applique. Comme le note Jean Brethe de la Gressaye, "le droit pénal est relatif à la société civile globale et sanctionne les obligations communes à tous citoyens ; le droit disciplinaire concerne une société particulière et sanctionne les devoirs dont les membres sont tenus spécialement envers le corps auquel ils appartiennent"³⁴. Le rapprochement avec la matière pénale telle qu'elle était définie par les instances européennes, semblait alors, de par l'ensemble de ses caractéristiques, le plus propre à correspondre avec le contentieux disciplinaire. Ce n'est cependant pas ainsi que la Cour européenne a étendu au domaine disciplinaire, le champ d'application de l'article 6. Si certains arrêts ont pu accréditer cette appartenance³⁵, c'est essentiellement par le truchement de la notion de "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" que le juge européen a rattaché l'ensemble de la matière disciplinaire aux dispositions conventionnelles. Ce rattachement d'ensemble à la matière civile (1) laisse néanmoins subsister, dans certains cas, un rattachement déterminé à la matière pénale (2).

1. Un rattachement d'ensemble à la "matière civile"

163 - Un droit est considéré comme étant de caractère civil – au sens de cette expression dans la Convention européenne – au nom du contenu matériel de ce droit et des effets que lui confère le droit interne et non au regard de sa qualification juridique. Le raisonnement suivi par la Cour a été l'œuvre de plusieurs arrêts successifs. Elle a d'abord appliqué la disposition conventionnelle à "toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé"³⁶ sans qu'il soit nécessaire que les deux parties au litige soient des personnes privées et tout en jugeant qu'il importait peu de "la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif)"³⁷. Seul compte pour la Cour le caractère du droit en cause, le fait que les procédures se déroulent devant des tribunaux administratifs et qu'elles concernent des actes

³⁴ J. Brethe de la Gressaye, "Discipline", *op. cit.*, p. 3, n° 22.

³⁵ Voir, en ce sens, les arrêts CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, série A, n° 22 préc. pour les militaires et CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, série A, n° 73 (*AFDI* 1985, p.403, chron. V. Coussirat-Coustère, *CDE* 1986, p. 212, chron. G. Cohen-Jonathan, *JDI* 1986, p. 1058, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 59, obs. V. Berger) pour les détenus.

³⁶ CEDH, 16 juillet 1971, *Ringeisen contre Autriche*, série A, n° 13, § 94 (*CDE* 1974, p. 384, obs. S. Marcus-Helmons, *AFDI* 1974, p. 334, note R. Pelloux, *RGDIP* 1972, p. 110, note C. Vallée, *RGDIP* 1974, p. 864, note C. Vallée, *JT* 1974, p. 50, note X. Magnée, *Jurisp. CEDH*, n° 79, obs. V. Berger).

³⁷ *Ibid.*, § 94.

administratifs pris par les autorités compétentes dans l'exercice de la puissance publique sont autant de caractères indifférents.

164 - En s'inspirant de ces principes, la Cour a déterminé ensuite son interprétation par rapport à de véritables sanctions disciplinaires. Tout en précisant que, selon elle, les poursuites disciplinaires ne relevaient pas d'ordinaire de la matière civile, elle a souligné qu'il pouvait en aller "autrement dans certaines circonstances"³⁸ et qu'il en était ainsi lorsque le contentieux disciplinaire entraîne "une ingérence directe et substantielle"³⁹ dans l'exercice du droit d'exercer la profession. Sur cette base, le juge a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence faisant de la majorité des contentieux disciplinaires des procédures susceptibles de relever de l'article 6 au titre de la matière civile dès lors que la contestation revêt un caractère un tant soit peu patrimonial. Si les membres des professions libérales organisées en ordre ont été directement visés par la jurisprudence européenne⁴⁰, la Cour a dû faire face à certaines réticences initiales de la part du juge administratif⁴¹ avant que celui-ci n'infléchisse sa position⁴² et rejoigne finalement les instances européennes⁴³ tout comme l'avait fait auparavant le juge judiciaire⁴⁴.

³⁸ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc., §48.

³⁹ *Ibid.*, § 48.

⁴⁰ Voir, en ce sens CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc. ; CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, série A, n° 58, préc. ; CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet contre France*, série A, n° 325-A (*AJDA* 1996, p. 378, obs. J.-F. Flauss, *Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 323) à propos de *l'Ordre des médecins* ; CEDH, 30 novembre 1987, *H contre Belgique*, série A, n° 127 B (*D.* 1988, SC, p. 231, obs. A. Brunois, *GP* 1988, 2-3 sept., doctr., p. 6, note J. Mauro, *RSC* 1988, p. 362, chron. L.-E. Pettiti et F. Teitgen, *JT* 1988, p. 423, note P. Lambert, *CDE* 1988, p. 448, chron. G. Cohen-Jonathan, *JDI* 1988, p. 877, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 62, obs. V. Berger) à propos de *l'Ordre des avocats* ; CEDH, 29 septembre 1999, *Serre contre France* (*JDI* 2000, p. 120, note M. Eudes) à propos de *l'Ordre des vétérinaires*.

⁴¹ Le Conseil d'Etat rejetant l'application de l'article 6 pour l'ensemble des juridictions ordinaires : voir, en ce sens, pour *l'Ordre des médecins* (CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, *Rec. CE*, p. 395, concl. Labetoulle, *JCP* 1979, G, II, n° 19259, note P. Schulz, *D.* 1979, IR, p. 96, obs. P. Delvolvé, *RDSS* 1979, p. 59, obs. L. Dubouis et p. 210, note J.-M. Auby ; CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, *Rec. CE*, p.259, *AJDA* 1984, p. 539, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac, *RA* 1984, p. 482, note B. Pacteau, *RDSS* 1985, p. 25, note L. Dubouis, *D.* 1985, p. 150, concl. Genevois ; CE, 8 février 1985, *Castet*, *Rec. CE*, p. 31, concl. Pauti, *JCP* 1985, G, II, n° 20524, note J.-M. Auby, *RFDA* 1985, p. 590, note P. Ruzié, *AJDA* 1985, p. 234, note J. Moreau, *DA* 1985, n° 153) ; pour *l'Ordre des architectes* (CE, 3 avril 1981, *Bourgade*, *Rec. CE*, p. 181) ; pour *l'Ordre des experts-comptables* (CE, 28 janvier 1981, *Wetzel*, *DA* 1981, n° 55) ; pour *l'Ordre des pharmaciens* (CE, 14 janvier 1981, *Putot*, *Rec. CE*, p.17, *JCP* 1981, G, II, n° 19650, note G. Dillermann).

⁴² Cf. CE, 29 juillet 1994, *Département de l'Indre* (*AJDA* 1994, p. 691, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl, *D.* 1994, p. 593, obs. J. Prétot, *RFDA* 1995, p. 161, concl. Bonichot, *JCP* 1994, G, IV, n° 2333, obs. M.-C. Rouault) où le juge admit que l'organisme en cause en l'espèce, à savoir la commission d'aide centrale, tranchait des contestations sur des droits et obligations de caractère civil lorsqu'elle statuait sur des litiges relatifs à la récupération des dépenses d'aide sociale. Il y avait là un fléchissement de la position du juge mais d'autres arrêts marquaient encore la position première : CE, 4 janvier 1995, *Wiechman* (*DA* 1995, n° 106) ; CE, 11 janvier 1993, *Conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Bordeaux contre Belsegues* (*RA* 1993, p. 123,

165 - En application de ces dispositions et même si les organes européens n'ont pas eu encore l'occasion de se prononcer, les procédures disciplinaires relatives aux salariés privés⁴⁵, aux notaires et autres officiers ministériels⁴⁶ ou membres d'une association ou d'un syndicat⁴⁷ sont, dans cette logique, susceptibles de relever de la disposition conventionnelle. Par contre, malgré l'interprétation toujours extensive de la notion de "contestation sur des droits et obligations de caractère civil", les organes de Strasbourg tenaient à l'écart du champ d'application de la Convention européenne, le contentieux disciplinaire de la fonction

concl. Pochard) ; CE, 4 octobre 1991, *Milhaud* (AJDA 1992, p. 233, note J.-P. Théron) ; CE, 29 octobre 1990, *Diennet* (Rec. CE, p. 300) ; CE, 17 octobre 1990, *Fournet* (Rec. CE, p. 367) ; CE, 30 mars 1990, *Bottazi* (RFDA 1990, p. 472, obs. P. Terneyre) ; CE, 19 octobre 1989, *Sevlian* (JCP 1991, G, II, n° 21693, 3^{ème} esp., note G. Méméteau, D. 1991, SC, p. 179).

⁴³ Voir, en ce sens : CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu* (Rec. CE, p. 34, concl. Sanson, RFDA 1996, p. 1186, concl., AJDA 1996, p. 358, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, JCP 1996, G, II, n° 22669, note M. Lascombe et D. Vion). Le revirement de jurisprudence fut confirmé par les arrêts CE, 26 juillet 1996, *Pandit* (RFDA 1996, p.1043) et les nombreuses applications de cette jurisprudence aux juridictions de l'*Ordre des médecins* : CE, 26 juillet 1996, *Ezelin* (Rec. CE, p. 303, RFDA 1996, p.1043), de l'*Ordre des chirurgiens-dentistes* : CE, 26 juillet 1996, *Pandit* (Rec. CE, p. 303, RDSS 1997, p. 265, obs. L. Dubouis, RFDA 1996, p. 1043), de l'*Ordre des vétérinaires* : CE, 26 juillet 1996, *Letellier* (req.n°163584), de l'*Ordre des pharmaciens* : CE, 2 avril 1997, *Mellick* (RDP 1997, p.1506), de l'*Ordre des experts-comptables* : CE, 27 février 1998, *Bernheim* (req.n°180166) ou CE, 23 mars 1998, *Société Fiducial Expertise, M.Henry* (req.n°167872), de l'*Ordre des géomètres experts* : CE, 28 juillet 1999, *Le Goff* (RFDA 1999, p. 1118, RDP 2000, p. 354, chron. C. Guettier) ou encore de la *Compagnie nationale des Conseils en propriété industrielle* : CE, 17 mai 1999, *Chereau* (D. 1999, IR, p. 157).

⁴⁴ La Cour de cassation a très tôt suivi la position de la Cour européenne d'abord en appliquant l'article 6 aux instances disciplinaires statuant au second degré (Cass., 1^{ère} civ., 10 janvier 1984, JCP 1984, G, II, n° 20210, concl. Gulphe ; Cass., 1^{ère} civ., 25 avril 1989, Bull. Civ., I, n° 165, JCP 1989, G, IV, p. 237 ; Cass., 1^{ère} civ., 18 mai 1989, D. 1990, p. 113, note Bailly ; Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 1989, Bull. Civ., I, n° 346, JCP 1990, G, IV, p. 13 ; Cass., 1^{ère} civ., 16 juillet 1991, Bull. Civ., I, n° 247, JCP 1991, G, IV, p. 364 ; Cass., 1^{ère} civ., 27 mai 1997, Bull. Civ., I, n° 170, JCP 1997, G, IV, n°1510) ensuite, en allant plus loin que ce que préconisait la jurisprudence européenne par l'application de la disposition conventionnelle également en 1^{ère} instance (Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1998 et 28 avril 1998, JCP 1999, G, II, n° 10102, note J. Pralus-Dupuy ; Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 1999 (2 arrêts), Bull. Civ., I, n° 257, D. 2000, somm., p. 312, note B. Blanchard, JCP 2000, G, I, n° 231, obs. R. Martin, GP 2000, 19-20 janvier, p. 6, concl. Sainte-Rose, p. 9, note A. Damien ; Cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2000, Bull. Civ., I, n° 151, JCP 2000, G, II, n° 10400, note R. Martin, GP 2000, 30 juillet/1^{er} août, p. 13, note P. Sargos, JCP 2000, G, IV, n° 2213 ; Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, JCP 2001, G, IV, n° 1005).

⁴⁵ Lorsque le salarié privé fait l'objet d'une procédure de mise à pied ou de licenciement, il a des rapports de droit privé avec l'employeur même si la procédure nécessite une autorisation administrative.

Cf. CEDH, 28 juin 1990, *Obermeier contre Autriche*, série A, n° 179 préc. et J. Pralus-Dupuy, "L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire", RSC 1995, p. 730.

⁴⁶ *A priori*, il n'y aurait pas d'application de la disposition conventionnelle de par la délégation d'une parcelle d'autorité de la puissance publique pour exercer leur mission légale mais cette mission est exercée en toute indépendance sur la base d'éléments patrimoniaux que sont l'office ministériel et la clientèle qui relèvent incontestablement du droit privé. Voir en ce sens Cass, 1^{ère} civ., 3 novembre 1993 (JCP 1994, G, IV, n° 29) et J. Pralus-Dupuy, "L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 731.

⁴⁷ L'exclusion d'une personne d'une association ou d'un syndicat met en cause le droit (civil) de faire partie du groupement voire, pour des sportifs professionnels, des intérêts patrimoniaux. Voir, en ce sens, J. Pralus-Dupuy, "L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 732.

publique quand bien même les procédures en cause avaient pour objet la suspension ou la révocation du fonctionnaire. Il y avait là application d'une jurisprudence traditionnelle aussi bien par la Commission⁴⁸ que par la Cour européenne⁴⁹ dans la mesure où les litiges relatifs aux fonctionnaires mettaient en jeu les prérogatives fondamentales de l'Etat. Certes, ce principe d'exclusion s'effaçait et se trouvait limité dès lors que les litiges revêtaient un caractère patrimonial, toutefois, la règle restait l'exclusion chaque fois que le litige mettait en cause, principalement, l'exercice de prérogatives discrétionnaires de l'administration et touchait, en particulier, au recrutement, à la carrière ou à la cessation d'activité de l'agent intéressé.

Si là était la position de principe, il y avait certains points qui fragilisaient et tempéraient la solution donnée. Etaient significatives, en premier lieu, les récentes extensions jurisprudentielles du champ d'application de l'article 6 au titre de la matière civile et au travers de la notion de patrimonialité⁵⁰, ces dernières laissaient, en effet, entrevoir une fragmentation possible de la matière disciplinaire dans la fonction publique⁵¹ d'autant plus que les organes européens amendaient leur position de principe en appliquant la disposition conventionnelle à des agents de droit privé de l'administration⁵² comme à des agents

⁴⁸ Voir, notamment, ComEDH, 8 octobre 1980, *X contre Royaume-Uni* (req. n° 8496/79) à propos d'un agent de police ; ComEDH, 10 octobre 1980, *X contre Italie* (req. n° 8686/79, D. R. 21, p. 208) à propos d'un professeur de l'enseignement public ; ComEDH, 8 mai 1985, *X contre RFA* (req. n° 10901/84) à propos d'un ministre du culte ayant le statut de fonctionnaire ; ComEDH, 14 octobre 1993, *X contre Belgique* (req. n° 22181/93) à propos d'un magistrat du parquet ou encore ComEDH, 18 mai 1994, *Sygounis contre Grèce* (req. n° 18598/91) à propos d'un fonctionnaire de police.

⁴⁹ Voir, par ex., CEDH, 17 mars 1997, *Neigel contre France* (Rec. CEDH 1997-II, p. 411, JCP 1998, G, I, n°107, chron. F. Sudre, RFDA 1998, p. 1196, obs. H. Labayle et F. Sudre, RTDH 1998, p. 303, note D. Yernaut, JDI 1998, p. 180, chron. E. Decaux et P. Tavernier, RUDH 1998, p. 81, chron. F. Sudre et autres, JT 1998, p. 36, chron. P. Lambert, Cahiers du CREDHO 1998, n° 4, p.13, note E. Tamion, Jurisp. CEDH, n° 91, obs. V. Berger) ; CEDH, 2 septembre 1997, *Soldani contre Italie* (DA 1997, n° 324).

⁵⁰ Il en est ainsi pour le contentieux de la rémunération (CEDH, 2 septembre 1997, *De Santa contre Italie*, § 18, Rec. CEDH 1997-V, p. 1663 ; CEDH, 2 septembre 1997, *Lapalorcia contre Italie*, § 21, Rec. CEDH 1997-V, p.1677 ; CEDH, 2 septembre 1997, *Abenavoli contre Italie*, § 16, Rec. CEDH 1997-V, p. 1663), le contentieux des pensions (CEDH, 26 novembre 1992, *Lombardo contre Italie*, série A, n° 249 B, DA 1993, n° 85, JT 1993, p. 280, note P. Lambert, AFDI 1992, p. 629, chron. V. Coussirat-Coustère, RUDH 1993, n° 1-2, p. 1, chron. F. Sudre et autres, Jurisp. CEDH, n° 76, obs. V. Berger ; CEDH, 24 août 1993, *Massa contre Italie*, série A, n°265-B, Jurisp. CEDH, annexe E, n° 224 ; CEDH, 23 mars 1994, *Muti contre Italie*, série A, n° 281-C, DA 1994, n°362, Jurisp. CEDH, annexe E, n° 250) et pour le contentieux des reconstitutions de carrière (CEDH, 24 août 1993, *Scuderi contre Italie*, série A, n° 265-A, Jurisp. CEDH, annexe E, n° 223).

⁵¹ Cf. J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA 1995, p. 132 et "Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française", RTDH 1995, p. 207 ; J. Pralus-Dupuy, "L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 731.

⁵² CEDH, 26 octobre 1993, *Darnell contre Royaume-Uni*, série A, n° 272 (Jurisp. CEDH, annexe E, n° 235). Voir J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA 1992, p. 17.

contractuels de droit public⁵³. A cela s'ajoutait l'attitude audacieuse de la Commission européenne qui s'évertuait à "civiliser le contentieux de la fonction publique"⁵⁴ en développant une conception plus large du champ d'application de l'article 6 que ne le faisait la Cour européenne⁵⁵ mais aussi les diverses opinions dissidentes systématiques au sein de la Cour elle-même sur la jurisprudence développée⁵⁶ marquant ainsi la relativité du consensus autour du choix de la Cour.

166 - Cette dernière faisait, en l'effet, l'objet de nombreuses critiques. On a parlé, par exemple, de "défaut de cohérence dans l'interprétation du dispositif de la Convention par les deux organes mis en place par celle-ci"⁵⁷, de "définition à géométrie variable du fonctionnaire"⁵⁸ ou encore de "critère pas suffisamment rigoureux pour éviter des solutions approximatives"⁵⁹. Pour autant, si la Cour a d'abord persisté dans son attitude malgré les incertitudes en la matière⁶⁰, elle a, par la suite, développé une conception nouvelle du champ d'application de la Convention au titre de la matière civile⁶¹ tout en reconnaissant finalement l'arbitraire du critère retenu⁶². En passant ainsi d'une conception fondée sur la nature du litige à une conception fondée sur la nature de l'emploi occupé par l'agent et en s'inspirant des principes retenus par le droit communautaire⁶³, elle soumet, partiellement, le contentieux

⁵³ ComEDH, 16 mai 1990, *Tinelli contre France* (req. n° 12766/87), voir J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *AJDA* 1992, p. 7 et *AJDA* 1995, p. 131.

⁵⁴ Voir en ce sens J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *AJDA* 1997, p.953 et E. Aubin, "L'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit disciplinaire", *AJFP* 2000-3, juillet / août, p. 5.

⁵⁵ Cf. Les différents rapports cités par E. Aubin : ComEDH, 17 octobre 1995, *FN contre France* (*AJDA* 1996, p.376) ; ComEDH, 28 novembre 1995, *Ryllo* (*AJDA* 1996, p. 1010) et *MTS* (*AJDA* 1996, p. 1010).

⁵⁶ Voir les juges cités en ce sens par D. Yernault, "Procession d'Echternach à Strasbourg ? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de la puissance publique", *RTDH* 1998, p. 307 et suiv. et notamment l'opinion dissidente du juge Palm sous CEDH, 17 mars 1997, *Neigel contre France* préc.

⁵⁷ A. Fitte-Duval, "La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme", *AJDA* 1997, p. 733.

⁵⁸ E. Aubin, "L'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit disciplinaire", *op. cit.*, p. 7.

⁵⁹ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 4^{ème} éd., 1999, p. 225.

⁶⁰ Voir, en dernier lieu : CEDH, 19 février 1998, *Huber contre France*, (*Rec. CEDH* 1998-I, p. 105, *D.* 1998, SC, p. 365, obs. J.-F. Renucci) ; CEDH, 29 juillet 1998, *Le Calvez contre France* (*Rec. CEDH* 1998-V, p. 1900), CEDH, 24 août 1998, *Benkessiouer contre France* (*Rec. CEDH* 1998-V, p.2287) ; CEDH, 24 août 1998, *Couez contre France* (*Rec. CEDH* 1998-V, p. 2265).

⁶¹ Cf. CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France* (*LPA* 2000, 17 mai, n°98, p. 7, note F. Melleray, *JCP* 2000, G, II, n° 10426, note T. Graffin et G, I, n° 203, § 7, chron. F. Sudre, *AJDA* 2000, p. 530, chron. J.-F. Flauss, *RDP* 2000, n° 3, p. 711, note G. Gonzales, *AJFP* 2000-3, p. 51, *GP* 2000, 21/23 mai, p. 26, note P. Lambert, *JDI* 2000, p.139, chron. E. Decaux et P. Tavernier, *JTDE* 2000, p. 34, chron. P. Lambert, *D.* 2000, SC, p. 181, note J.-F. Renucci).

⁶² *Ibid.*, § 60.

⁶³ La Cour Européenne se fonde directement sur l'interprétation de la notion de "fonction publique" dégagée par le droit communautaire et la jurisprudence de la CJCE (notamment, CJCE, 17 décembre 1980, *Commission*

disciplinaire de la fonction publique au champ d'application de la Convention⁶⁴ tout en érigeant la notion de fonction publique en notion autonome⁶⁵ détachée du contexte juridique national et tout en permettant, de même, d'assurer l'effectivité de la prééminence du droit. L'interprétation ainsi développée matérialise la vision extensive de la jurisprudence européenne quant à la définition de la matière civile mais l'attitude corrélative du juge français était encore plus révélatrice puisque ce dernier, faisant fi des réticences habituelles, adopta de suite la conception européenne⁶⁶, donnant, par-là même, une nouvelle dimension à la matière disciplinaire. Cependant, si cette nouvelle dimension était développée au titre de la matière civile, certains contentieux disciplinaires se trouvaient quand même assujettis aux dispositions conventionnelles au titre de la matière pénale.

2. Un rattachement déterminé à la "matière pénale"

167 - Si les procédures disciplinaires ne relèvent pas, en principe, de la matière pénale, certaines d'entre elles ont pourtant été assimilées à de telles accusations. C'est en étant attentif, à cet égard, à l'effet répressif et à la gravité des mesures considérées que le juge européen a soumis certaines sanctions disciplinaires à ce critère d'identification. La Cour européenne dégagant pour la première fois les critères permettant d'affirmer qu'une procédure qualifiée en droit interne de disciplinaire est, en réalité, une accusation en matière pénale au sens de la Convention, dans une affaire relative à une instance disciplinaire dirigée contre des militaires⁶⁷. Pour agir de la sorte, le juge européen s'est fondé sur le critère

européenne contre Belgique, aff. 149/79, Rec. CJCE, p. 3881, AJDA 1981, p. 137, note J. Boulouis, RTDE 1981, p. 286, note G. Druésne ou encore CJCE, *Commission européenne contre Grand-Duché de Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, Rec. CJCE, I, p. 3207). La notion d'emploi dans l'administration publique revêtant le caractère d'une notion communautaire indifférente aux qualifications nationales et se rapportant aux seuls emplois "caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux".

⁶⁴ Puisqu'il existe maintenant selon la jurisprudence européenne deux catégories de fonctionnaires : ceux qui relèvent d'un droit exorbitant de l'Etat en raison du lien avec la puissance publique ou des intérêts généraux de l'Etat ou d'autres personnes publiques et ceux qui, selon la nature des fonctions exercées, ont des droits qui revêtent un caractère civil.

⁶⁵ Voir sur les notions autonomes : sous la direction de F. Sudre, "Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme", Cahiers de l'IDEDH 1997, n° 6, p. 123 ou encore F. Sudre, "Le recours aux notions autonomes" in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.93.

⁶⁶ Cf. CE, 23 février 2000, *L'Hermitte* (LPA 2001, 29 janvier, n° 20, note J. Fialaire, JCP 2000, G, II, n° 10371, note C. Moniolle, DA 2000, n° 64, AJDA 2000, p. 363, G des Com 2000, 27 mars, p. 60, concl. Schwartz, AJFP 2000-3, p. 51).

⁶⁷ Voir, en ce sens, CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, série A, n° 22 préc.

déterminant de la gravité d'une des sanctions encourues⁶⁸, la Cour s'appuyant notamment dans l'espèce en cause sur la lourdeur des conséquences encourues par l'application des sanctions ou encore la double qualification pénale et disciplinaire de la faute commise⁶⁹.

168 - Si le raisonnement ainsi dégagé se trouvait réitéré à propos d'instances disciplinaires pénitentiaires⁷⁰, il est à noter que les organes de contrôle de la Convention placent, en ce domaine, le seuil de gravité de la sanction à un niveau suffisamment élevé pour que la plupart des sanctions disciplinaires prises notamment à l'encontre des détenus n'atteignent pas le niveau d'une accusation en matière pénale. La Cour affirme ainsi, par principe, que "ressortissent à la matière pénale les privations de liberté infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important"⁷¹. Il y a là certainement matière à critique car, comme le notent Renée Koering-Joulin et Pierre Truche, "ne durerait-elle que vingt-quatre heures, une privation de liberté demeure une peine au sens pénal du terme sans qu'il soit besoin de s'interroger en plus sur son *quantum*"⁷². En effet, il peut paraître paradoxal de voir une peine d'emprisonnement, de par sa brièveté, perdre son caractère pénal à partir du moment où, qu'elle soit brève ou non, elle appartient par excellence au droit pénal. La Commission européenne a, par exemple, estimé, à plusieurs reprises, qu'une punition de cellule n'emportait pas à elle seule le degré de sévérité requis⁷³. Elle ne voit pas dans cette sanction une privation supplémentaire de liberté mais une simple aggravation des conditions de détention. Il en va de même pour le retrait des remises de peine, la Commission estimant, dans certains cas, que le prolongement de la peine privative de liberté n'est pas déterminant en l'espèce pour emporter l'application de l'article 6⁷⁴. Si on peut tenir compte de l'opinion

⁶⁸ CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, série A, n° 22 préc., § 83 où la gravité d'une des sanctions encourues, l'affectation à une compagnie disciplinaire, a été analysée par la Cour comme une peine privative de liberté et a conduit à assimiler la procédure en cause à une accusation en matière pénale.

⁶⁹ *Ibid.*, voir respectivement § 72 et § 71.

⁷⁰ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, série A, n° 73 préc.

⁷¹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas* préc., série A, n° 22, § 82.

⁷² R. Koering-Joulin et P. Truche, "Retour sur le champ "pénal" européen", *op. cit.*, p. 519.

⁷³ Voir, par ex., ComEDH, 9 mai 1977, *X contre Suisse* (req. n° 7754/77, DR 11, p. 216 et suiv.) ; ComEDH, 15 mai 1980, *Mc Feeley contre Royaume-Uni* (req. n° 8317/78, DR 20, §§ 100-101) ; ComEDH, 10 octobre 1986, *Pelle contre France* (req. n° 11691/85, DR 50, p. 263 et suiv.).

⁷⁴ Voir, en ce sens, à propos d'une perte de 50 jours de remise de peine : ComEDH, 16 décembre 1976, *X contre Royaume-Uni* (req. n° 7279/73) ou à propos d'une punition retranchant 80 jours des perspectives de libération conditionnelle du détenu : ComEDH, 16 décembre 1976, *Kiss contre Royaume-Uni* (req. n° 6224/73, DR 7, p. 55 et suiv.).

Mais dans une décision plus récente : ComEDH, 16 février 1993, *Delazarus contre Royaume-Uni* (req. n° 17525/90), la Commission a considéré qu'une perte de remise de peine de 56 jours était assimilable, au regard de la gravité de la sanction encourue, à une accusation pénale au sens de la Convention.

dissidente du juge De Meyer, à notre sens excessive, pour qui : “[...] quels que soient les noms qu'on puisse donner aux choses toute sanction infligée à quelqu'un en raison d'un comportement considéré comme répréhensible est une “peine“ et relève dès lors, par sa “nature“ même du domaine pénal. Il doit en être ainsi de toute sanction pécuniaire ou privative de liberté⁷⁵, il reste qu'à la lecture de la jurisprudence européenne, seuls les contentieux disciplinaires militaires et pénitentiaires sont donc susceptibles de relever aujourd'hui de la matière pénale.

169 - Si la jurisprudence ainsi exposée ne peut avoir aucune conséquence en droit interne en matière de discipline militaire⁷⁶, elle peut, par contre, toucher directement le domaine pénitentiaire. En effet, si l'ensemble des sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées par le chef d'établissement ne peut, *a priori*, relever de l'application de l'article 6⁷⁷, la procédure ainsi initiée par ce dernier peut engendrer une autre sanction plus importante émanant du juge de l'application des peines qui est en l'occurrence le retrait d'une réduction de peine précédemment accordée⁷⁸. Il y a là incontestablement une sanction susceptible d'appartenir à la matière pénale à partir du moment où la jurisprudence européenne considère que la perte d'une remise de peine, au-delà d'une certaine durée, s'apparente à une privation de liberté et est donc susceptible de relever de l'article 6⁷⁹.

Il conviendra de noter, enfin, que d'autres contentieux disciplinaires sont susceptibles de relever d'accusations en matière pénale car c'est en cette matière plus qu'à travers le champ civil que l'article 6 trouve son expression la plus forte. On peut ainsi relever les propos de certains auteurs pour qui, “le temps paraît venu pour la Cour de se confronter à la question des incapacités et autres interdictions notamment professionnelles, sous l'angle répressif [...]. Le

⁷⁵ CEDH, 22 février 1996, *Putz contre Autriche* (Rec. CEDH 1996-I), opinion dissidente in § 6.

⁷⁶ La France ayant exprimé, lors de la ratification de la Convention, une réserve aux termes de laquelle l'art. 6 ne saurait faire obstacle à l'application de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 (JO 14 juillet 1972, p. 7430) portant statut général des militaires.

⁷⁷ Les sanctions susceptibles d'être prononcées par le chef d'établissement s'assimilent à des avertissements avec inscription au dossier individuel, des retraits d'autorisation et des privations de droits voire encore une mise en cellule de punition (art. D. 250 CPP) ; l'ensemble de ces sanctions étant insusceptibles de relever de la matière pénale.

⁷⁸ Le juge de l'application des peines est en mesure de prononcer un retrait d'une réduction de peine de trois mois en vertu des art. 721 et D. 250-1 CPP.

⁷⁹ Cf. Le raisonnement de la Commission européenne qui juge de la sévérité de la sanction en fonction non pas de la remise de peine maximum pouvant être prononcée mais en fonction de la pratique des juges de l'application des peines et de la perte de remise de peine raisonnablement attendue (ComEDH, 10 octobre 1986, *Pelle contre France* préc.).

Voir, en ce sens, J.Pralus-Dupuy, “L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire“, *op. cit.*, p. 736 et J.-P. Céré, Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen, *op. cit.*, p. 249.

droit répressif étendant le domaine d'application de ces peines au fur et à mesure qu'il réduit le champ d'intervention de l'emprisonnement, la Cour ne pourra plus esquiver la question de l'éventuelle qualification pénale de mesures de ce type, prononcées à titre disciplinaire⁸⁰. Quoiqu'il en soit, si l'influence conventionnelle est très marquante en la matière, elle ne va pas être la seule à donner une nouvelle dimension aux pouvoirs de sanction des institutions concernées puisqu'on observe, conjointement, une démarche similaire au niveau interne.

§ 2 : *L'influence interne : les notions de sanction punitive et répressive*

170 - Si la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à dégager la notion de matière pénale et à poser ainsi les jalons d'une théorie générale de la sanction répressive, on peut retrouver un mode de raisonnement similaire chez le Conseil constitutionnel qui a dégagé la notion de "sanction punitive" pour assimiler notamment les sanctions des institutions régulatrices à de véritables mesures répressives. La finalité n'est pas la même entre les deux instances suprêmes puisque le juge constitutionnel utilise la qualification de "sanction punitive" pour valider la sanction prononcée alors que le juge européen utilise la qualification de "matière pénale" pour rechercher avant tout le respect des garanties mais il y a néanmoins mise en évidence commune et incontestable de la dimension répressive des sanctions en cause. Par contre, si le juge constitutionnel assimile la notion de sanction punitive aux sanctions prononcées par les institutions de régulation (A), cette assimilation ne touche pas l'ensemble des sanctions non pénales. En effet, le Conseil constitutionnel établit une distinction à l'intérieur des sanctions entre les punitions et les autres mesures répressives ce qui exclut en particulier les sanctions disciplinaires qui ne relèvent donc pas de cette catégorie de sanctions punitives⁸¹. Pourtant, on ne peut aujourd'hui que souligner le rapprochement de plus en plus poussé et significatif entre le régime des sanctions disciplinaires et celui des sanctions pénales, rapprochement dont la doctrine se fait l'écho et qui corrobore incontestablement les thèses initiales liées à l'unité de l'ensemble de ces sanctions et leur dimension répressive sous-jacente (B).

⁸⁰ R. Koering-Joulin et P. Truche, "Retour sur le champ "pénal" européen", *op. cit.*, p. 521.

⁸¹ Le juge constitutionnel s'est fort peu prononcé sur les sanctions disciplinaires, la seule exception concerne la décision : CC, n° 84-182 DC, 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise* (Rec. CC, p. 27, RJC, p. I-207, JO, 20 janvier 1985, D. 1985, jurisp., p. 425, note T. Renoux, RDP 1986, p. 395, chron. L. Favoreu, AJJC 1985, p. 418 et 425, note B. Genevois, GP 1985, 25-27 juin, note M. Olivier).

A – L'assimilation constitutionnelle entre sanction régulatrice et sanction punitive

171 - Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que le raisonnement mené quant à l'assimilation entre sanction régulatrice et punitive se fonde sur plusieurs critères d'identification (1), critères qui peuvent se comparer à ceux dégagés par les instances européennes dans la mesure où ces dernières ont également été amenées à réfléchir sur la conformité de la sanction non pénale et l'application conséquente des principes de la répression pénale (2).

1. *Un raisonnement basé sur des critères déterminés d'identification*

172 - C'est pour admettre la constitutionnalité des procédures de sanction exercées par les instances de régulation que le juge constitutionnel a été amené à isoler la notion de sanction punitive. Dans un premier temps il a pu laisser croire qu'il était opposé à la répression ainsi menée dans la mesure où, dans sa décision relative à la liberté de presse⁸², il censure l'octroi d'un pouvoir répressif à la Commission pour la transparence et le pluralisme des entreprises de presse car ce dispositif “produit des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ; (qu'il est) de ce chef, contraire(s) à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ; qu'à supposer même qu'elles aient pour objet de réprimer des “abus“ au sens dudit article 11, cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative”⁸³. Mais si le juge constitutionnel établit que la compétence reconnue au législateur d'assurer l'effectivité de la liberté ou de la concilier avec d'autres principes constitutionnels ne peut aller jusqu'à l'instauration d'un régime d'autorisation préalable et la dévolution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative, c'est le régime d'autorisation préalable qu'il sanctionne, en aucun cas, il ne censure les sanctions administratives en les déclarant inconstitutionnelles⁸⁴.

La preuve étant que, par la suite, il accepta que d'autres instances de régulation puissent être dotées de pouvoirs répressifs dès lors que ceux-ci ne s'apparentaient pas à une

⁸² Décision CC, n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, préc.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Pour le Conseil constitutionnel, la sanction administrative en cause produisait des effets équivalents à ceux d'une autorisation préalable dans la mesure où la CTPP avait l'obligation préalable, lors d'une opération de cession ou d'acquisition de propriété ou de contrôle d'une entreprise de presse, d'avertir les personnes intéressées si l'opération était jugée de nature à porter atteinte au pluralisme. Si l'opération était néanmoins réalisée, la constatation auprès du ministère public, après mise en demeure, de l'inexécution de la décision entraînait immédiatement et automatiquement la privation d'avantages fiscaux ou postaux pour les entreprises de presse ce qui produisait, pour le juge constitutionnel, des effets équivalents à ceux d'une autorisation préalable.

autorisation préalable. Partant de là, Il posait le principe de la constitutionnalité de la sanction administrative et dégagait, pour ce faire, la notion de sanction punitive en utilisant la formule essentielle selon laquelle : “ces exigences (en l'occurrence, les garanties procédurales)⁸⁵ ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire⁸⁶. L'instance constitutionnelle clarifiant sa position en faisant ensuite référence explicite aux autorités administratives et en disposant que si le pouvoir sanctionnateur pouvait être détenu par des autorités “non judiciaires“, il pouvait aussi l'être par des autorités de “nature non juridictionnelle⁸⁷”.

173 - Pour dégager la notion de sanction punitive et ainsi appliquer des garanties communes aux sanctions en cause, le Conseil constitutionnel s'est fondé en premier lieu sur le domaine d'exercice de l'activité de l'individu faisant alors l'objet de la répression. A partir du moment où l'activité de l'individu découle d'un régime de liberté et se déploie donc librement, la répression qui y sera exercée relèvera automatiquement de la notion de punition dans la mesure où seul le juge peut réprimer les abus engendrés par une liberté, s'il doit y avoir une répression administrative, ce n'est que si les principes du droit pénal sont respectés⁸⁸. Si l'activité de l'individu découle d'un régime de réglementation et ne peut se déployer qu'avec l'approbation de l'Etat, la répression ne peut relever de la notion de punition. Il n'y a pas lieu de faire respecter les garanties pénales à partir du moment où la répression exercée est adaptée à cette réglementation et permet de faire respecter cette réglementation⁸⁹. Par contre, si la sanction est étrangère par son contenu à la réglementation qu'elle tend à faire respecter, il y a de nouveau punition et nécessité d'application des principes de la répression pénale dans la mesure où la sanction frappe l'individu sans chercher à atteindre les droits qu'il détient de la réglementation initiale⁹⁰.

⁸⁵ C'est nous qui rajoutons.

⁸⁶ Décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc., considérant n° 36.

⁸⁷ Décision CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc., considérant n° 18.

⁸⁸ C'est le cas, par ex., de la répression des atteintes à la liberté de communication ou à la liberté de concurrence.

⁸⁹ C'est le cas des sanctions disciplinaires qui, par définition, répondent à une faute dans l'exercice d'une activité réglementée auquel l'individu a adhérer et frappent l'individu dans les droits qu'il détient de cette activité. En ce sens, M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000, p. 40.

⁹⁰ C'est le cas de l'amende et de la sanction pécuniaire qui, si elles interviennent suite à l'exercice d'une activité réglementée ne cherchent pas à atteindre l'individu dans les droits mêmes qu'il détient de l'exercice de cette activité. En ce sens, M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p.40.

Cette singularisation de la notion de punition par le Conseil constitutionnel pourrait donner le sentiment d'une atomisation de la matière puisque la notion en cause n'englobe pas l'ensemble du droit de la sanction par trop hétérogène. Pourtant, même si elle exclue l'ensemble des sanctions disciplinaires qui touchent l'individu dans l'objet même de la réglementation⁹¹, elle est à même d'assujettir au respect du droit pénal l'ensemble du dispositif répressif des instances de régulation à partir du moment où les sanctions pouvant être prononcées répriment un abus à une liberté ou qu'elles sont étrangères par leur contenu à la réglementation qu'elles tendent à faire respecter et ceci même si l'existence des critères d'identification ainsi définis n'est pas toujours synonyme de rationalité⁹² et peut prêter parfois à confusion⁹³. Tel est ainsi le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel, raisonnement qui peut être comparé à celui du juge européen même si la finalité recherchée peut paraître différente.

2. Un raisonnement comparable à celui du juge européen

174 - En se prononçant sur la question du pouvoir de sanction confié aux instances de régulation, le juge constitutionnel a, au même titre que la Cour européenne des droits de l'homme, rapproché ces sanctions du caractère pénal en soulignant l'importance de leur caractère répressif commun. Cependant, le raisonnement employé par le Conseil constitutionnel diffère de celui de la Cour européenne à partir du moment où il intervient *a priori* en dehors de toute application concrète de la mesure déférée et que le juge européen intervient ponctuellement à la suite de situations concrètes. D'autre part, c'est par l'examen de

Voir, à cet égard, les pouvoirs de sanctions pécuniaires, par ex., de la COB (art. 9-1 de l'ord. n° 67-833 du 28 septembre 1967 préc.), du Conseil de la concurrence (art. 11 de l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 préc.) ou encore du CMF (art. 29 et 69 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 préc.).

⁹¹ C'est le cas essentiellement des sanctions privatives ou restrictives du droit d'exercer telle que la privation de la qualité de membre, la suspension ou les sanctions qui atteignent l'individu dans ses intérêts de carrière en le privant de certains avantages (rétrogradation, radiation du tableau d'avancement, abaissement d'échelon, [...]).

⁹² Lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le dispositif répressif de l'ART (CC, n°96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, préc.), il n'a pas repris l'expression de "*punition*" et s'est simplement contenté de souligner l'existence d'une répression spécialisée malgré notamment l'existence de sanctions pécuniaires.

⁹³ Les sanctions pécuniaires pouvant aussi être qualifiées de sanctions disciplinaires dans l'activité des instances de régulation. C'est le cas, par ex., des sanctions pécuniaires pouvant être prises par la COB au titre de son pouvoir disciplinaire sur les personnes qui exercent une activité de gestion (art.71-II de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 préc.) et qui assurent de la sorte la discipline d'une catégorie juridique donnée contrairement aux sanctions décidées dans le cadre de sa mission générale de protection de l'épargne qui relèvent d'un ordre public général.

Voir, en ce sens, J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 551 et 552.

l'existence de règles fondamentales de procédure que le juge constitutionnel étudie la validité de la sanction alors que la Cour européenne ne recherche ces garanties que dans un second temps après s'être d'abord intéressée aux conséquences de la sanction en cause. Pourtant, il faut souligner, comme peut le faire Jacques Kluger, que “cette différence est plus pratique que théorique”⁹⁴. Différence pratique dans la mesure où pour déterminer la proximité de la sanction avec le domaine pénal, le Conseil constitutionnel n'étudie que la mesure punitive en elle-même alors que la Cour européenne, elle, tient compte de la qualité et de la nature de l'infraction. Dans l'examen ainsi mené, il faut aussi dire, que les qualifications sur lesquelles se penchent les deux instances ne présentent pas le même intérêt puisque le Conseil constitutionnel se soumet surtout à la qualification législative de la mesure et ne se reconnaît pas le droit de la requalifier alors que pour la Cour européenne, la qualification de l'infraction n'a qu'une valeur formelle et relative et ne doit constituer qu'un simple point de départ dans le raisonnement mené⁹⁵, il y a là une différence substantielle dans la marge d'appréciation des deux instances.

175 - Les critères d'identification se rapprochent, à l'inverse, dans l'attribution même du caractère répressif. Si l'approche de la Cour européenne est d'abord plus large que celle du Conseil constitutionnel du fait qu'elle s'attache à la sanction déjà prononcée ou exécutée et non pas seulement à la sanction simplement encourue⁹⁶, l'ensemble des raisonnements menés aussi bien par le juge européen que constitutionnel se recoupe. Il y a, certes, contradiction à propos de la sanction privative de liberté qui, dès lors qu'elle est brève, perd son caractère de peine pénale pour la Cour européenne⁹⁷ alors que pour le juge constitutionnel elle est bien plus qu'une simple punition et est par essence une sanction pénale qui ne peut, de la sorte, être prononcée que par une juridiction relevant du réseau pénal.

En revanche il y a accord quant au caractère répressif de la sanction pécuniaire qui appartient aux punitions selon le Conseil constitutionnel puisqu'elle ne touche pas l'individu dans les droits qu'il détient de l'autorisation ou de la réglementation⁹⁸ et qui, si, selon la Cour européenne, peut paraître “à certains égards moins afflictive [...], [...] n'en a pas moins

⁹⁴ J. Kluger, “L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *op. cit.*, p. 521.

⁹⁵ CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, préc., série A, n° 22, § 82.

⁹⁶ Voir, en ce sens, J. Kluger, “L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *op. cit.*, p. 522.

⁹⁷ CEDH, 8 juin 1976, *Engel contre Pays-Bas*, préc., série A, n° 22, § 85.

⁹⁸ Décision CC, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc., considérant n° 27 et n° 36.

conservé le caractère punitif par lequel se distinguent d'habitude les sanctions pénales⁹⁹. Il y a également accord dans la qualification des sanctions privatives ou restrictives de droits même si elles doivent être soupesées en terme de gravité et que les conséquences peuvent différer dans les qualifications données par les cours suprêmes.

En témoigne, par exemple, les divergences entre les deux instances relatives au retrait de points du permis de conduire. La Commission comme la Cour européenne ont, en effet, jugé le retrait de quatre points comme une sanction grave intervenant en matière pénale¹⁰⁰. Elles se sont, en cela, livrées à une appréciation abstraite – le droit de conduire un véhicule à moteur se révélant “de grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle”¹⁰¹ – et prospective, la sanction n'étant pas appréciée *in concreto* en fonction de l'impact de la sanction sur la situation particulière du requérant mais en tant qu'elle porte en germe la menace d'une annulation pure et simple du permis.

A l'inverse, le Conseil constitutionnel¹⁰² note d'abord que les décisions de retrait de points ne répriment pas un abus à une liberté puisqu'elles ne portent pas atteinte à la liberté individuelle ou à la liberté d'aller et venir et, qu'au contraire, elles ne peuvent être prononcées ensuite qu'en relation avec un régime d'autorisation¹⁰³. En conséquence, on ne peut parler, à cet égard, de sanction punitive et donc d'application conséquente des principes du droit pénal contrairement à l'analyse effectuée par la Cour européenne. En conclusion, si les deux raisonnements se rejoignent dans la plupart des cas, on peut dire que les notions de “sanction punitive” et de “matière pénale” amènent un droit plus général de la répression. Maintenant, si les sanctions disciplinaires sont *a priori* exclues de ces qualifications, il faut quand même remarquer qu'il existe une certaine tendance de la doctrine à relever finalement un certain rapprochement avec les sanctions pénales, rapprochement qui corrobore ce droit plus général de la répression.

⁹⁹ CEDH, 21 février 1984, *Oztürk contre RFA*, préc., série A, n° 73 préc.

¹⁰⁰ ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France* (GP 1997, 27-29 juillet, p. 9, note G. Rio et T. Berthelot, AJDA 1997, p. 981, obs. J.-F. Flauss, RGDP 1998, p. 249, obs. J.-F. Flauss, RSC 1998, p. 112, obs. Delmas Saint-Hilaire).

CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* (D. 1999, SC, p. 154, obs. B. de Lamy, DA 1998, n° 350, JCP 1999, G, I, n° 128, chron. J. Petit (n° 10) et n° 10086, note F. Sudre, LPA 1999, n° 234, note G. Pellisier).

¹⁰¹ CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* préc., § 39.

¹⁰² CC, n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau du transport public de voyageurs* (Rec. CC, p. 75, JO 19 juin 1999, AJDA 1999, p. 694, note J.-E. Schoettl, LPA 1999, 21 sept., n° 188, p. 12, note B. Mathieu, RFDC 1999, p. 587, note S. Sciortino-Bayart, D. 1999, p. 589, note Y. Mayaud, RDP 1999, p. 1287, note F. Luchaire, RProc. 1999, déc., p. 3, note J. Buisson, Cahiers du CC 1999-7, p. 13, GP 2000, 26-27 juillet, p. 4, note M. Couzinet).

176 - Tous les auteurs qui se sont essayés à définir le droit disciplinaire ont été amenés à établir une comparaison avec le droit pénal. Les similitudes sont en effet inévitables à partir du moment où les deux régimes constituent des manifestations du droit de punir et ont pour but identique de protéger le corps par la réprobation, l'intimidation et la prévention. Mais si l'ensemble de la doctrine a souligné cette analogie, il a aussi pu être relevé qu'il existait de profondes différences entre les deux sortes de répression. Si on est, dans l'ensemble, amené à parler encore d'une certaine autonomie des deux branches du droit (1), on ne peut aussi que souligner la restriction des différences initiales entre les deux formes de répression et par-là marquer avant tout les similitudes inhérentes à leur caractère répressif (2).

1. L'autonomie initiale et nuancée des branches disciplinaires et pénales

177 - On peut répartir en deux écoles les présentations doctrinales liées à la nature du pouvoir disciplinaire. Certains auteurs se sont d'abord attachés, en définissant le droit disciplinaire, à souligner l'analogie entre les deux formes de répression : “droit pénal propre à chaque corps social”¹⁰⁴, “droit pénal des corps intermédiaires”¹⁰⁵, “droit pénal particulier des institutions”¹⁰⁶. Pour ce faire, ils ont justifié leur propos par l'existence d'une identité de but, qui est d'assurer l'ordre au sein de la société et faire prévaloir un principe d'ordre collectif, et par l'existence d'une identité de moyen puisque, que ce soit dans l'une ou l'autre forme de répression, ce sont des sanctions à caractère répressif qui sont prononcées et elles sont destinées, l'une comme l'autre, à protéger le corps social. Ces auteurs insistent ainsi sur l'existence d'un fondement commun entre les deux formes de répression, on parle de “même nature”¹⁰⁷, de “même base, même objet, même but”¹⁰⁸, de “même conception de l'Etat”¹⁰⁹ ou tout au moins de “principes directeurs communs [...] avec le droit pénal”¹¹⁰. La confusion originelle entre les deux formes de répression a été de même soulignée, de façon plus

¹⁰³ Voir, en ce sens M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁴ J. Brethe de la Gressaye, “Discipline”, *op. cit.*, p. 3, n° 22.

¹⁰⁵ J. Brethe de la Gressaye, “Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise”, DS 1960, p. 634.

¹⁰⁶ J. Brethe de la Gressaye et A. Legal, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, thèse, 1938, p. 121.

¹⁰⁷ S. Salon, Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique, LGDJ 1969, p. 27 ou encore J. Mourgeon, La répression administrative, LGDJ 1967, p. 59.

¹⁰⁸ J. Ricol, Les tendances du droit disciplinaire. Droit disciplinaire et droit pénal, thèse Toulouse 1908, p. 53.

¹⁰⁹ L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, *op. cit.*, t. 3, 2^{ème} éd., 1921-1925, § 72.

¹¹⁰ J. Brethe de la Gressaye et A. Legal, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, *op. cit.*, p. 113.

originale, par l'évocation de l'origine disciplinaire du droit pénal¹¹¹ ou par l'identification de la répression pénale à une "répression disciplinaire propre à l'institution primaire"¹¹² alors que la conception traditionnelle faisait plutôt prévaloir le contraire. L'antinomie entre les deux sortes de répression a, par contre, été aussi soutenue par un certain nombre d'auteurs¹¹³. On a, par exemple, évoqué l'idée d'une opposition complète entre le droit pénal et le droit disciplinaire en s'appuyant sur la différence de but¹¹⁴ ou le caractère indépendant et spécial de l'action disciplinaire¹¹⁵.

178 - Mais, finalement, qu'on admette la thèse de l'analogie ou la thèse de l'antinomie des deux répressions, il faut dire que l'ensemble de la doctrine s'accorde sur la différence de domaine d'application et l'absence conséquente d'identité des sujets subissant les deux formes de répression. Comme le note Jean Brethe de la Gressaye, "le droit pénal est relatif à la société civile globale et sanctionne les obligations communes à tous les citoyens ; le droit disciplinaire concerne une société particulière et sanctionne les devoirs dont les membres sont tenus spécialement envers le corps auquel ils appartiennent"¹¹⁶. Au même titre que cette différence de finalité, on a aussi mis l'accent sur la différence de justiciables¹¹⁷, l'absence d'identité des fautes et des sanctions¹¹⁸ ou encore l'absence d'une identification totale entre les procédures¹¹⁹. Pourtant, aujourd'hui, si certains arguments avancés restent exacts, on les utilise plus pour conclure au caractère autonome du droit disciplinaire que pour parler véritablement d'antinomie avec le droit pénal¹²⁰ car s'il reste des différences, on met de plus en plus l'accent sur les similitudes inhérentes au caractère répressif commun des sanctions disciplinaires et pénales.

¹¹¹ M. Hauriou, Principes de droit public, 1916, 2^{ème} éd., Sirey, p. 134 et 135.

¹¹² J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 56.

¹¹³ H. Nézard, Les principes généraux du droit disciplinaire, thèse, Paris, 1902, p. 91 et suiv. ; G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, Paris, 1926, t. 3, p. 87 à 88 et p. 261 ; M. Waline, Traité élémentaire de droit administratif, Sirey, 9^{ème} éd., 1963, n° 1418 et suiv. ; A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, t. 1, 15^{ème} éd., LGDJ, 1999, n° 162 et suiv.

¹¹⁴ G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, *op. cit.*, p. 87 à 88 et p. 261.

¹¹⁵ H. Nézard, Les principes généraux du droit disciplinaire, *op. cit.*, p. 97 à 101.

¹¹⁶ J. Brethe de la Gressaye, "Discipline", *op. cit.* p. 3, n° 22.

¹¹⁷ A la différence du droit disciplinaire qui touche seulement les membres d'une institution, le droit pénal, lui, s'applique à l'ensemble des citoyens.

¹¹⁸ Les fautes disciplinaires sont le plus souvent des manquements aux devoirs professionnels et / ou des faits contraires à l'honneur pas nécessairement constitutifs d'infractions pénales. Il en est de même pour les sanctions disciplinaires qui, à la différence des sanctions pénales qui atteignent la liberté ou les biens de l'individu, sont avant tout morales (avertissement, blâme) ou privent seulement le membre du corps de droits attachés à son appartenance au corps (suspension, révocation, radiation, exclusion).

¹¹⁹ La procédure liée au prononcé de la sanction disciplinaire étant, par essence, moins juridictionnalisée que dans le cadre du droit pénal.

2. Les similitudes contemporaines inhérentes au caractère répressif

179 - Le droit disciplinaire a pendant longtemps été caractérisé par la faiblesse de ces concepts et de ses techniques mais il ne peut plus être présenté ainsi aujourd'hui, il a, en effet cessé d'être "un droit pénal au petit pied"¹²¹ ou "le décalque sommaire de la répression pénale"¹²². Comme le note Francis Delpérée, "dans cette perspective évolutive, la comparaison classique qui s'établit entre le droit disciplinaire et le droit pénal change peut-être de signification. Elle oppose de moins en moins un droit embryonnaire à un droit élaboré pour mettre en parallèle deux branches d'un même droit répressif"¹²³. Mireille Delmas-Marty évoque de même en ces traits la comparaison en relevant le caractère de moins en moins normatif du droit pénal alors, qu'à l'inverse, le droit disciplinaire tend lui vers plus de normativité¹²⁴. Certes, l'indépendance des deux répressions demeure mais certaines oppositions sur le fond ou la forme disparaissent. Il faut noter ainsi que, dans cette logique de comparaison, les contours de la répression disciplinaire ne sont plus les mêmes. Par exemple, si, à la différence du droit pénal qui tend à la protection de la société globale, le droit disciplinaire se limite à la défense d'un groupe social déterminé, il faut relever que le champ d'application du droit disciplinaire n'a cessé de se développer. Cela se vérifie à travers le nombre des professions dont les membres sont obligatoirement regroupés dans un corps institué ou reconnu par l'Etat et soumis, par ce fait, à un droit disciplinaire ou à travers le développement d'entités professionnelles qui recouvrent des métiers différents et non pas, à la différence du schéma classique, un corps trouvant sa cohésion dans l'exercice d'un même métier¹²⁵ d'autant plus que la répression disciplinaire ainsi exercée ne se limite plus à de simples personnes physiques mais touche aussi tout un ensemble de personnes morales¹²⁶ et reste encore susceptible de se traduire en sanctions pécuniaires¹²⁷ ce qui enrichi l'éventail des sanctions disciplinaires par rapport à la variété pouvant exister en droit pénal.

¹²⁰ Voir, J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 268.

¹²¹ F. Delpérée, "Le droit disciplinaire. Unité ou diversité", *op. cit.*, p. 345.

¹²² J. Pralus-Dupuy, "Discipline", *op. cit.*, p.5, n°19.

¹²³ F. Delpérée, "Le droit disciplinaire. Unité ou diversité", *op. cit.*, p.345.

¹²⁴ M. Delmas-Marty, "Réflexions sur le pouvoir disciplinaire", RTDH 1995, n° spécial "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire", p. 155.

¹²⁵ Cf. *Supra*. p.16 et J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p.546.

¹²⁶ Si le droit pénal a admis la responsabilité pénale des personnes morales avec l'entrée en vigueur du NCP en 1994, c'est bien avant que la répression disciplinaire a atteint des personnes morales (Voir, à cet égard, art. 17 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 préc. autorisant la création de sociétés civiles professionnelles entre officiers publics et ministériels ou membres des professions libérales).

¹²⁷ Cf. Les sanctions pécuniaires pouvant être prises par la COB au titre de son pouvoir disciplinaire sur les personnes qui exercent une activité de gestion (art. 71-II de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 préc.) ou celles

180 - Enfin, à cette diversification et cette extension du domaine même de la répression disciplinaire s'ajoute les emprunts de plus en plus fréquents et de plus en plus nombreux aux mécanismes et garanties du droit pénal : la légalité, la proportionnalité ou la protection procédurale des droits individuels sont des principes que l'on commence à appliquer en droit disciplinaire, de même que l'amnistie et le sursis sont des techniques transposables, et parfois transposées, en ce domaine¹²⁸. Francis Delpérée marque en ces termes l'évolution de la répression disciplinaire : "la voici qui s'attache à définir, même maladroitement, certaines infractions qui justifieront l'exercice de poursuites. La voici qui indique, de manière claire, les sanctions qui composeront l'arsenal des mesures punitives. La voici qui ordonne la procédure en tenant compte d'un ensemble d'incidents qui peuvent l'émailler et en organisant les voies de recours contre les mesures qui ont été prises. La voici encore qui précise la place du droit disciplinaire parmi les autres branches du droit répressif en indiquant notamment ce qui tient (ou ce qui ne tient pas) le disciplinaire en l'Etat"¹²⁹. Il y a là des transformations majeures du droit disciplinaire qui font en sorte d'atténuer les différences avec le droit pénal et qui font surtout ressortir finalement le caractère répressif commun. On dépasse, en insistant de la sorte sur ce caractère répressif, la stricte catégorie du droit disciplinaire comme cela peut être le cas dans le domaine de la régulation avec la notion de matière pénale ou de sanction punitive. Cette nouvelle conception répressive fait alors apparaître la nécessité conséquente d'attribuer un cadre normatif nouveau aux différentes sanctions prononcées par les organismes en cause.

Section 2 : La mise en évidence de la nécessité d'attribuer un cadre normatif nouveau aux sanctions prononcées

181 - Dans la mesure où on a attribué aux sanctions prononcées par les autorités régulatrices et disciplinaires une nouvelle dimension, on s'est logiquement penché sur la conformité correspondante des procédures en cause. De là est venue la nécessité de prendre en compte l'application de certaines garanties et on a insisté sur ce fait d'un point de vue interne

pouvant être prises par le CMF pour réprimer les manquements aux obligations professionnelles des divers intervenants sur le marché (art. 69-II de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 préc.).

¹²⁸ Voir, en ce sens, C. Debbasch, "L'amnistie en matière disciplinaire", *D.* 1963, p. 255 ; J. Savatier, "L'amnistie des sanctions disciplinaires dans les entreprises", *DS* 1981, p. 609 ; J. Pralus-Dupuy, "Le sursis disciplinaire, un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal", *RSC* 1994, p. 135.

¹²⁹ F. Delpérée, "Le droit disciplinaire. Unité ou diversité", *op. cit.*, p. 345.

pour préconiser l'application des garanties du procès pénal (§1) mais aussi, de manière concomitante et sous l'angle européen, pour préconiser l'application des garanties du procès équitable (§2).

§1 : *L'application des garanties du procès pénal*

182 - C'est le Conseil constitutionnel qui est d'abord intervenu pour exiger l'application des garanties pénales à la répression menée par les instances régulatrices (A). Si on ne peut parler d'exigences et d'application identiques quant à la répression disciplinaire, on dénote néanmoins aujourd'hui, sous l'influence du législateur et du juge, une progression marquante de l'ensemble de ces garanties en la matière (B).

A – Une soumission imposée aux procédures des institutions régulatrices

183 - Si toute institution régulatrice peut, sans violer la Constitution, être autorisée à infliger n'importe quelle sanction autre qu'une privation de liberté, ce n'est toutefois qu'à la condition que le pouvoir de sanction soit “assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis”¹³⁰. En effet, pour permettre de conclure à la constitutionnalité du pouvoir de sanction contesté, la jurisprudence constitutionnelle exige certaines garanties qui, si elles ne sont pas à proprement parler définies, n'en relèvent pas moins classiquement des exigences de fond et de forme qui entourent la répression pénale, exigences qui ne concernent pas “seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire”¹³¹. L'application de ces principes à la répression menée par les institutions régulatrices a toutefois conduit le juge constitutionnel à effectuer certaines adaptations tant au niveau des règles de fond (1) qu'au niveau des règles de forme (2).

¹³⁰ 6^{ème} considérant décision CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc.

¹³¹ 36^{ème} considérant décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc.

1. La soumission aux règles de fond

184 - La soumission des institutions régulatrices aux règles de fond de la répression pénale se traduit d'abord par l'application réelle mais nuancée du principe de légalité des délits et des peines. Fondamental en droit pénal¹³², ce principe a été érigé en garantie constitutionnelle du pouvoir de sanction tout en étant assoupli dans sa signification comme dans ses conséquences. Aussi, plus que l'application du principe de légalité des peines¹³³, c'est surtout l'application du principe de légalité des incriminations qui s'est trouvé assoupli. Tenant compte notamment de l'absence fréquente de définition des incriminations dans les textes, le Conseil constitutionnel a été amené à ne pas appliquer ce principe avec la même rigueur qu'en droit pénal dans la mesure où il a estimé qu'une autorité régulatrice, ou plus généralement administrative, pouvait définir des incriminations donnant lieu à sanctions lorsque lesdites incriminations s'inscrivaient dans le cadre déterminé par le législateur. En d'autres termes, alors qu'il impose, en matière pénale, une définition des infractions "en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire"¹³⁴ et censure la loi qui ne définit pas "les éléments constitutifs de l'infraction"¹³⁵, il n'exclut pas une compétence déléguée¹³⁶ et des incriminations moins précises¹³⁷ vis-à-vis de la répression administrative exercée notamment par les autorités

¹³² Voir, en ce sens, art. 4 CP, art. 34 C°, art. 111-3 NCP ou encore l'art. 5 DDHC : "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas" et art. 8 DDHC : "nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée".

¹³³ Expressément exigé par le Conseil constitutionnel (35^{ème} considérant décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc.), les sanctions sont généralement prévues par les dispositions législatives.

Le Conseil d'Etat n'exigeait pas à l'origine un strict respect de ce principe (CE, 26 octobre 1917, *Dairat*, Rec. CE, p. 690 ; CE, 27 juin 1934, *Doreau*, Rec. CE, p. 729) mais il s'est montré, par la suite, beaucoup plus exigeant, par ex., en matière de sanctions économiques (CE, sect., 31 mars 1944, *De Weirdt*, Rec. CE, p. 105 ; CE, 2 février 1951, *Porte*, Rec. CE, p. 59 ; CE, sect., 1^{er} avril 1955, *Harrach*, Rec. CE, p. 193).

¹³⁴ Voir, par ex., CC, n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, 6^{ème} considérant (Rec. CC, p. 15, RJC, p. I-91, JO 22 janvier 1981, GDCC, n°30, D. 1982, jurispr., p.441, note A. Dekeuwer, JCP 1981, G, II, n° 19701, note C. Franck, AJDA 1981, p. 275, note J. Rivero et p. 278, note C. De Gournay, RDP 1981, p. 651, note L. Philip, D. 1981, chron., p. 101, note J. Pradel, GP 1981, fév., note Perrier Daville, RA 1981, p. 266, note M. De Villiers).

¹³⁵ Voir, par ex., CC, n°84-183 DC, 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, 12^{ème} considérant (Rec. CC, p. 32, RJC, p. I-210, JO 20 janvier 1985, RDP 1986, p. 395, chron. L. Favoreu, AJIC 1985, p. 413 et 419, note B. Genevois, D. 1986, p. 425, note T. Renoux).

¹³⁶ Le Conseil constitutionnel laisse, en certains cas, à l'instance régulatrice le soin de déterminer l'infraction dans le cadre de son pouvoir réglementaire, le principe de légalité des incriminations n'est ici qu'indirectement respecté puisque la loi ne prévoit pas la peine applicable à un comportement déterminé. Voir, par ex., en ce sens, CE, 9 octobre 1996, *Société Prigest* (DA 1997, comm. n° 2, note D. P., Rec. CE, tables, p. 690) et art. 4-1, 9-1 et 9-2 de l'ord. n° 67-833 du 28 septembre 1967 préc.

de régulation. Même si des éléments de particularisme subsistent, il y a là néanmoins un principe pénal qui parvient à un certain degré d'achèvement en la matière.

185 - On tire, au surplus, du principe de légalité, la nécessaire antériorité de la loi ou de la norme au délit ou à l'infraction concernée. L'autorité régulatrice ne peut, à la manière du juge pénal, poursuivre un individu sur des faits qui n'étaient pas considérés comme fautifs au moment où ils ont été commis. Ce principe pénal de non-rétroactivité¹³⁸ s'accompagne de la règle de la rétroactivité *in mitius* en vertu de laquelle une loi nouvelle doit être appliquée même aux infractions antérieurement commises lorsqu'elle est moins sévère que la loi ancienne¹³⁹. Le Conseil constitutionnel en a tiré directement les conséquences en accordant au principe de non-rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère une valeur constitutionnelle quand il concerne une sanction ayant le caractère d'une punition¹⁴⁰ suivant en cela les juridictions administratives¹⁴¹ et judiciaires¹⁴².

Le Conseil constitutionnel fait également application du principe de proportionnalité des délits et des peines dont il pose le principe à propos des sanctions infligées par les instances régulatrices. S'il s'est d'abord contenté d'y voir une garantie de constitutionnalité dans la mesure où ce principe était présent dans l'intention du législateur¹⁴³, il y a, par la suite, directement fait référence en l'érigant en exigence constitutionnelle dans l'exercice du

¹³⁷ De nombreux textes utilisent la méthode de l'incrimination par renvoi en prévoyant la sanction de toute infraction aux lois et règlements. Voir, par ex., art. 42-1 et 42 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 préc. ; art. L. 351-7 du Code des Ass. ; art. L. 36-11 du Code des P. et T.

Le Conseil constitutionnel précisant *“qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouvait satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumise en vertu des lois et règlements”* (CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc., 37^e considérant).

¹³⁸ Art. 112-1 al. 1 et 2 NCP qui disposent que *“sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis”* et *“peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date”*.

¹³⁹ L'art. 112-1 al. 3 NCP disposant que *“toutefois les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes”*.

¹⁴⁰ Voir décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc., considérant n°35) et avant CC, n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982* préc.

¹⁴¹ Voir à propos d'une sanction administrative : CE, 17 mars 1997, *Office migrations internationales* (DA 1997, comm. n° 268, note C. M., RFDA 1997, p. 665) ou à propos de sanctions ayant le caractère de punition : CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond* (RFDA 1997, p. 35 et p. 843, note J. Petit).

¹⁴² Voir, par ex., Cass., crim., 8 juin 1987 (Bull. crim., n° 403) ou Cass., crim., 28 novembre 1988 (Bull. crim., n°399) cités par J. Petit.

¹⁴³ Décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc., considérant n° 30.

pouvoir de sanction¹⁴⁴. C'est un contrôle restreint qu'exerce le juge constitutionnel même s'il s'appuie, pour ce faire, sur le principe de nécessité des peines¹⁴⁵. On aurait, en effet, pu penser que ce dernier principe impliquerait un contrôle normal du pouvoir de sanction puisqu'il impose théoriquement une analyse minutieuse et concrète de chaque affaire¹⁴⁶. Tel n'est pas le cas puisque le Conseil constitutionnel ne cherche à établir que les limites manifestes de proportionnalité sans s'attarder au contrôle de la nécessité de la peine. Il est alors en deçà du contrôle effectué par le juge administratif¹⁴⁷ qui a lui, progressivement, renforcé son contrôle. Si, par exemple, il n'exerçait initialement qu'un contrôle restreint sur les sanctions prononcées¹⁴⁸, la généralisation du recours de pleine juridiction lui permet aujourd'hui d'exercer un contrôle approfondi de l'adéquation de la sanction à la gravité des faits¹⁴⁹ ce qui permet au juge de substituer, le cas échéant, une nouvelle sanction à celle infligée¹⁵⁰.

186 - C'est en se fondant aussi sur le principe de proportionnalité que le juge constitutionnel a eu à se pencher sur le cumul des peines normalement prohibé en matière pénale¹⁵¹ et qu'on retrouve fréquemment dans la législation relative aux instances régulatrices. Sur le plan strictement pénal, le principe n'a jamais reçu de valeur autre que simplement

¹⁴⁴ Décision CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc., considérant n° 22.

¹⁴⁵ Voir art. 8 DDHC préc. en vertu duquel "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires".

¹⁴⁶ Le contrôle de nécessité s'assimile à un contrôle maximum du fait qu'il impose le contrôle de l'inexistence d'une autre mesure moins grave qui pourrait aboutir au même résultat. On aurait pu penser que cela pousserait le juge constitutionnel à aller au-delà de la simple disproportion manifeste dans son contrôle. Voir, en ce sens, C. Teitgen-Colly, "Les instances de régulation et la Constitution", *op. cit.*, p. 206 et G. Dellis, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 89 et 90.

¹⁴⁷ Auquel on peut joindre le contrôle effectué par le juge judiciaire sur le pouvoir de sanction des instances régulatrices dont il a compétence dans la mesure où la procédure suivie, les moyens et les limites du contrôle exercé s'apparentent, dans leurs modalités, au contrôle effectué par le juge administratif. Cf. *Supra* p. 87 et suiv.

¹⁴⁸ Voir, par ex., CE, 20 mars 1991, *Association Salève* (Rec. CE, tables, p. 1175, AJDA 1991, p. 353, chron. R. Schwartz et C. Maugué) à propos des sanctions prononcées par la CNCL.

¹⁴⁹ Voir, notamment, à propos des sanctions prononcées par le CSA : CE, 20 mai 1996, *Société Vortex* (Rec. CE, p. 189, AJDA 1996, p. 711, DA 1996, comm. n° 477, RFDA 1996, p. 845), CE, 13 novembre 1996, *Association "Changez la une"* (Rec. CE, p. 450, RFDA 1997, p. 203, DA 1996, comm. n° 562), CE, 19 mars 1997, *Association "Ici et maintenant"* (AJDA 1997, p. 633, obs. D. M. K., RFDA 1997, p. 666).

¹⁵⁰ Cf. CE, 4 mai 1998, *Société bourse Patrice Wargny* (RFDA 1998, p. 888, B et D 1998, n° 61, p. 37, noter H. De Vauplane, D. 1999, SC, p. 249, note I. Bon-Garcin) pour une sanction prononcée par l'ancien Conseil du marché à terme.

¹⁵¹ Voir art. 5 CP où seule la peine la plus forte pouvait être prononcée en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits. Aujourd'hui, en vertu de l'art. 132-3 NCP, il peut y avoir cumul de peines de nature différente (emprisonnement, amende, interdiction de séjour) mais lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues (par ex., des mesures privatives de liberté), il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé.

législative puisque le Parlement peut y déroger à son gré¹⁵². Les juridictions judiciaires¹⁵³ ou administratives¹⁵⁴ ont, elles, unanimement validé la possibilité de cumul des sanctions pénales et administratives. Pourtant, la jurisprudence constitutionnelle est pour la moins incertaine et chaotique dans son évolution et pose, en conséquence, des difficultés d'interprétation. Après avoir admis le cumul des sanctions administratives pécuniaires et des sanctions pénales dans la limite du principe de proportionnalité¹⁵⁵, la juridiction suprême a interdit formellement le cumul desdites sanctions¹⁵⁶. La doctrine comprit et salua, *a priori* à bon droit, un revirement de jurisprudence et considéra que le principe *non bis in idem*¹⁵⁷ avait été érigé en principe constitutionnel¹⁵⁸. Un tel aboutissement paraissait logique et était conforme aux dispositions internationales¹⁵⁹. Pourtant, le Conseil constitutionnel démentait cette interprétation et revenait aux motifs adoptés initialement¹⁶⁰. Si certains commentateurs voyaient là la négation finale de la valeur constitutionnelle du principe de non-cumul¹⁶¹, d'autres étaient plus mesurés dans leur interprétation et faisaient valoir l'existence de la possibilité d'une interdiction de cumul au regard, notamment, du principe de proportionnalité¹⁶². C'est sur cette base, selon

¹⁵² Voir, en ce sens, CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc., considérant n° 16.

¹⁵³ Voir, en ce sens, Cass., crim., 20 juin 1996, *Ponsetti* (DF 1997, comm. n° 427, note P. Schiele, RJF 1996-5, comm. n° 1503, Bull. crim., n° 268, D. 1997, jurisp., p. 249, note G. Tixier et T. Lamulle, RProc. 1997, oct., n°254, note J.-L. Pierre).

¹⁵⁴ Voir, en ce sens, CE, Avis, 4 avril 1997, *Jammet* (RJF 1997-5, n° 469, p. 287, chron. D. Austry, BDCF 1997-3, p. 41, concl. Loloum, RProc. 1997, oct., n° 255, note J.-L. Pierre).

¹⁵⁵ CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc., considérant n° 16 et n° 22.

De même, en ce sens, art. 9-3 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 telle que modifiée par la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996 où dans l'hypothèse où le juge pénal se prononce après le prononcé d'une sanction pécuniaire par la COB, il ne pourra seulement ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce. Cf. F. Stasiak, "Les cumuls de sanction en droit boursier", BJB 1997, mars-avril, p. 181.

¹⁵⁶ CC, n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications* préc., considérant n° 15

¹⁵⁷ Qui symbolise l'interdiction du cumul de sanctions pour un même comportement répréhensible.

¹⁵⁸ Voir, en ce sens, les propos tenus par F. Moderne, "Le pouvoir de sanction au confluent du droit interne et des droits européens", RFDA 1997, p. 15. A rapprocher de H.-M. Crucis, "Sanctions administratives", JCL Adm., 1999, fasc. 108-40, p. 23, n° 80.

¹⁵⁹ Voir, par ex., art. 4 du protocole n° 7 additionnel à la CEDH et l'art. 14-7 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques.

¹⁶⁰ CC, n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, 41^{ème} considérant (Rec. CC, p.333, RJC, p.I-732, JO 31 décembre 1997, RProc. 1998, avril, n° 108, note J.-L. Pierre, AJDA 1998, p. 118, note J.-E. Schoettl, RFDC 1998, p. 160, note L. Philip, LPA 1998, 22 juin, n° 74, p. 20, note B. Mathieu et autres, Cahiers du CC 1998-4, p. 19).

¹⁶¹ Par ex., G.Gest, "Non-cumul et modulation : les limites de droit interne au processus de pénalisation des sanctions fiscales", RFPP 1999, n° spécial, n° 65, p. 64 ou J.-E. Schoettl, AJDA 1998, p. 118 et suiv., spéc., p.125. A rapprocher de O.Fouquet, "Cumul des sanctions fiscales et pénales", RA 1997, p. 170 et suiv.

¹⁶² Par ex., P. Schiele, "Cumul des sanctions fiscales "répressives" et des sanctions pénales pour fraude fiscale", RProc. 1998, août / sept., p. 4 et suiv. ; S. Austry, "Cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales : requiem en trois temps pour la règle *non bis in idem*", RJF 1997-5, p. 287 et suiv. ; J. Lamarque, "Cumul des sanctions fiscales et pénales", RGP 1998, n° 2, p. 347 et suiv.

nous, qu'il convient de tenir compte finalement de l'effectivité constitutionnelle du principe de non-cumul, cette dernière étant, de plus, appuyée par des dispositions législatives tenant compte de ladite règle¹⁶³. On a là, en définitive, tout un ensemble de règles de fond directement issues de la répression pénale qui s'appliquent aux institutions régulatrices, on retrouve un certain nombre de règles de forme qui sont, dans la même logique, susceptibles de s'appliquer aux dites institutions.

2. La soumission aux règles de forme

187 - L'autorité régulatrice qui envisage de prendre une sanction devra la faire précéder, au même titre qu'en procédure pénale, de certaines garanties. L'instance de régulation dispose, certes, d'un pouvoir discrétionnaire pour engager ou non les poursuites mais il se rapproche en cela de celui du parquet en procédure pénale dans la mesure où ce dernier détient un monopole en la matière¹⁶⁴. Toutefois, la victime peut parvenir à ses fins en se constituant partie civile¹⁶⁵, il y a là une garantie importante qui n'existe pas à travers la répression administrative. Il règne, en effet, "une grande opacité"¹⁶⁶ dans la poursuite menée par les instances régulatrices qui bénéficient d'une grande marge de manœuvre. Devant l'absence de ministère public, l'autorité régulatrice est en mesure de se saisir elle-même ou par le biais de l'un de ses membres, le plus souvent le président, sachant que les résultats sont finalement équivalents. Il faut tout de même apporter une certaine nuance dans le principe d'opportunité de ces poursuites puisque le juge administratif considère qu'un refus d'engager une procédure de sanction peut faire grief¹⁶⁷ et qu'une telle décision ne doit pas être entachée ni d'erreur de droit, ni d'erreur manifeste d'appréciation¹⁶⁸.

¹⁶³ Voir, par ex., art. 42-1 et 48-2 de la loi n° 86-107 préc. du 30 septembre 1986 pour les sanctions prononcées par le CSA ; art. L36-11, 2° du Code P et T à propos des sanctions de l'ART ; art. 40, 1° et 3° de la loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000 pour la CRE.

¹⁶⁴ Art. 40 al. 1^{er} CPP : "Le procureur de la république reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner".

¹⁶⁵ Art. 85 CPP : "Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent".

¹⁶⁶ M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, op. cit., p. 236.

¹⁶⁷ C'est le cas, par ex., du refus du CSA de procéder à une mise en demeure (CE, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, req.n°131688) ou de prononcer une sanction (CE, 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, DA 1998, comm. n° 273, note D. C., AJDA 1998, p. 729, concl. Chauvaux).

¹⁶⁸ En témoigne la jurisprudence relative à l'exigence d'une mise en demeure préalable au prononcé de la sanction : voir, par ex., à propos du CSA : CE, Ass., 11 mars 1994, *Société La Cinq* (Rec. CE, p.117, concl. Frydman, RFDA 1994, p. 429, concl., AJDA 1994, p. 370, chron. C. Maugué et L. Touvet, RDP 1995, p. 517, note J.-M. Blanquer, JCP 1995, G, II, n° 22350, note M.-C. Rouault, LPA 1996, 14 juin, p. 7, note L. Bernard) ; CE, 13 janvier 1995, *Société Télévision française 1, TF1* (Rec. CE, p. 32, AJDA 1995, p. 406, concl. Toutée) ;

188 - Au niveau de la procédure préalable au prononcé de la sanction, la phase de l'instruction fait le plus souvent l'objet d'aucune organisation, il n'y a pas, par exemple, devant l'absence d'un véritable juge d'instruction, de distinction entre les fonctions d'instruction et de jugement¹⁶⁹. Les garanties relatives aux droits de la défense sont néanmoins applicables et impliquent, notamment en matière pénale et en conformité avec la jurisprudence européenne, "l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties"¹⁷⁰ qui se traduit par la mise en œuvre d'une procédure contradictoire préalable au prononcé de la sanction¹⁷¹. Cette dernière emporte, de fait, plusieurs conséquences : la personne mise en cause doit pouvoir être informée, dans le plus court délai, de la nature et de la cause de l'accusation¹⁷², elle doit pouvoir ensuite se défendre dans un délai raisonnable¹⁷³. Elle peut, enfin, postuler, également et notamment, au droit à un défenseur¹⁷⁴.

189 - Si l'on tient compte, maintenant, des garanties postérieures au prononcé de la sanction, l'existence d'une voie de recours et d'un contrôle du juge, même si le choix de ce dernier est pour le moins complexe, constitue une garantie non négligeable. A cela s'ajoutent les caractères souvent suspensifs des recours et les nombreuses possibilités de sursis à exécution qui tendent, forcément, à renforcer les droits de la défense. Le droit à une procédure

CE, sect., 10 juillet 1995, *Société Télévision française 1, TF1* (AJDA 1995, p. 637, concl. Toutée) ou à propos de la CCA : CE, 21 février 1996, *Mutuelle antillaise d'assurances et autres* (AJDA 1996, p. 322, concl. Piveteau, DA 1996, n° 184, obs. D. P.). A rapprocher de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont s'inspire directement le Conseil d'Etat et qui impose le respect de la procédure de mise en demeure (considérant n° 38, CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc.).

¹⁶⁹ La conduite de l'instruction est souvent confiée à l'un des membres des différents conseils (par ex., art. 42-7 de la loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986 pour le CSA ou art. 4 du décret n° 96-872 préc. du 3 octobre 1996 pour le CMF).

¹⁷⁰ 44^{ème} considérant décision CC, n° 89-230 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc.

¹⁷¹ Voir, par ex., art. 9-2 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 pour la COB ; art. 18 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 pour le Conseil de la concurrence ; art. 69 de la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996 pour le CMF.

¹⁷² Art. 6 du décret n° 90-263 préc. du 23 mars 1990 pour la COB ; art. 2 du décret n° 96-872 préc. du 3 octobre 1996 pour le CMF ; art. 22 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 pour le Conseil de la concurrence. A rapprocher de l'art. 6-3 CEDH.

¹⁷³ La personne dispose d'un délai minimal pour présenter ses observations après la notification des griefs et pour préparer sa défense après la notification du rapport : un mois devant la COB (art. 6 al. 2 et art. 7 al. 4 du décret n° 90-263 préc. du 23 mars 1990), dix jours devant le CMF (art. 2 et 5 décret n° 96-872 préc. du 3 octobre 1996), deux mois devant le Conseil de la concurrence (art. 22 al. 1^{er} et 21 al. 3 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986).

¹⁷⁴ Art. 3 al. 2, art. 6 al. 2, art. 9 al. 2 du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 préc. pour la COB, art. 2 du décret n° 96-872 du 3 octobre 1996 *in fine* pour le CMF.

de sursis est érigé en droit de valeur constitutionnelle¹⁷⁵ et tend, de ce fait, à être souvent mentionné par les textes suivant plusieurs modalités, par exemple, sous la forme du sursis à exécution classique¹⁷⁶, du simple caractère suspensif du recours¹⁷⁷ ou encore de demandes suspensives de sursis à exécution¹⁷⁸. Si on observe, en définitive, l'ensemble de ses règles de fond et de forme ainsi décrites et essentiellement issues de la répression pénale, on ne peut que souligner le fait qu'elles apportent un nouveau cadre normatif en la matière, nouveau cadre qui confirme la nouvelle dimension répressive des procédures de sanction menées devant les instances régulatrices. Il faut savoir, parallèlement, que si une telle soumission n'est pas imposée en matière de procédure disciplinaire, il n'en reste pas moins qu'elle fait l'objet, sous l'influence commune du législateur et du juge, d'une progression très marquante.

B – Une progression marquante dans les procédures des institutions disciplinaires

190 - Le paysage du droit disciplinaire s'est profondément modifié depuis ces dernières années dans ses concepts et ses techniques pour tendre incontestablement vers plus de normativité. Si le Conseil constitutionnel ne s'est qu'exceptionnellement prononcé quant à la nécessité d'application des garanties du procès pénal¹⁷⁹, c'est surtout sous l'influence de l'activité du législateur ou du juge que l'application de l'ensemble de ses règles a évolué. Ils ont fait en sorte de faire progresser la répression menée par les autorités disciplinaires en exigeant, au même titre que les autorités de régulation, non seulement l'application d'un certain nombre de règles de fond issues du procès pénal mais aussi l'application de règles de forme de cette même répression en les adoptant aux besoins propres de la répression disciplinaire.

1. La progression des règles de fond

191 - Lorsqu'on s'attache à étudier les incriminations en droit disciplinaire, il est frappant de noter que, contrairement au droit pénal qui emploie les expressions marquantes “d'infractions” et de “peines”, on parle simplement en droit disciplinaire, de “fautes” et de

¹⁷⁵ Cf. Décision CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc., considérant n° 22.

¹⁷⁶ Art. 15 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 pour les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence ; art. 12 de l'ord. n° 67-833 préc. du 28 septembre 1967 pour la COB ; art.7 du décret n° 96-869 préc. du 3 octobre 1996 pour le CMF.

¹⁷⁷ Art. 42-9 de la loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986 pour certaines sanctions prononcées par le CSA.

¹⁷⁸ Art. L. 36-11 du Code P et T pour les sanctions pécuniaires prononcées par l'ART.

“sanctions“. C'est là la marque indéniable du principe de légalité criminelle qui reste en droit pénal une des prérogatives essentielles de la personne contre l'arbitraire d'un pouvoir politique trop puissant alors qu'il n'apparaît pas aussi nécessaire dans les corps particuliers où les sanctions ne touchent pas directement les droits de l'homme et du citoyen. En effet, il a toujours été admis, sans conteste, que l'autorité disciplinaire ne pouvait être liée par des incriminations légales ou jurisprudentielles et qu'elle pouvait ainsi retenir toute faute qui lui paraissait compromettre le bien du corps¹⁸⁰. Elle avait aussi le choix de la sanction et même lorsqu'une échelle de peine était établie par un texte, elle gardait le pouvoir d'infliger celle qui lui paraissait le mieux correspondre à la faute commise.

Mais si tel était le principe, il faut noter désormais l'incontestable progression du principe de légalité. Le principe *nulla poena sine lege*¹⁸¹ tel qu'il est entendu en droit pénal touche de nombreux contentieux disciplinaires¹⁸². Il est certes loin d'être encore systématique¹⁸³ puisque la jurisprudence admet la licéité des sanctions non prévues par une règle légale¹⁸⁴ mais son domaine d'application ne cesse de s'accroître. Il en est de même pour

¹⁷⁹ A une exception près cité *Supra* p. 168.

¹⁸⁰ Ce principe se justifiait notamment par le fait qu'il était difficile de déterminer, à l'avance et de manière précise, les infractions à la discipline, ces dernières se révélant fort variées et s'assimilant à des violations de devoirs de morale ou de déontologie qui ne peuvent pas toujours s'inscrire avec netteté dans la lettre d'un texte.

¹⁸¹ Qui exprime le principe fondamental de la légalité des sanctions, l'autorité ne pouvant infliger une sanction non prévue par la loi ou les statuts.

¹⁸² S'il a été appliqué très tôt, par ex., dans la fonction publique (voir art. 66 du titre II du statut général des fonctionnaires issu de la loi n° 84-16 préc. du 11 janvier 1984 et CE, 9 novembre 1962, *Ministre de l'éducation nationale contre Dame Koenig*, AJDA 1963, p. 69 ou CE, 5 janvier 1973, *Ministre de l'éducation nationale contre Canava*, AJDA 1973, p. 599) ou dans les corps professionnels (voir, par ex., art. 3 de l'ord. préc. n° 45-1418 du 28 juin 1945 à propos des notaires et autres officiers ministériels ; art. L. 145-2, L. 423 et suiv. et L. 527 du CSP pour les médecins et les pharmaciens ; art. 184 du décret n° 91-1197 préc. du 27 novembre 1991 pour les avocats ou encore art. 321 du Code Rural pour les vétérinaires), il est aujourd'hui aussi applicable en droit disciplinaire du travail (loi n° 82-689 préc. du 4 août 1982 introduisant l'art. L. 122-34 CT en vertu duquel le règlement intérieur détermine “*les sanctions que peut prendre l'employeur*“) et progresse également dans le droit disciplinaire des associations (le règlement intérieur des fédérations sportives doit, par ex., comporter une échelle de sanctions en vertu de l'art. 6 du décret n° 85-236 préc. du 13 février 1985).

¹⁸³ Les règlements des fédérations sportives sont, par ex., très vagues dans la détermination des sanctions puisque peuvent être passibles de sanctions, “*les manquements à la bienséance*“, “*les atteintes à l'honneur, au prestige ou à l'autorité de la fédération*“ ou encore aux “*intérêts supérieurs de la discipline*“. Il y a eu et il y a toujours de nombreux cas qui ont vu des manifestations critiques par rapport aux fédérations sportives être réprimées par des sanctions souvent très sévères et non prévues par les textes. (Voir, en ce sens, CE, 11 mai 1984, *Pebeyre*, AJDA 1984, p. 531, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac, D. 1985, p. 65, note J.-P. Karaquillo ; CE, 4 novembre 1983, *Noulard*, Rec. CE, p. 452 ; CE, 13 mars 1987, *Melle Le Sain*, D. 1987, IR, p. 462, note B. Foucher).

¹⁸⁴ Cf. Cass., soc., 10 mai 1978 (JCP 1978, éd. CI, I, n° 7287, p. 256, obs. B. Teyssié et R. Descotte) ou Cass., soc., 25 juin 1987 (DS 1988, p. 258, obs. P. Savatier) qui reconnaît la licéité des sanctions non prévues par le règlement intérieur.

En sens contraire : CE, 28 janvier 1991, *Ministre des Affaires sociales et de l'emploi contre Société Crédit du Nord* (DS 1992, p. 232, note J. Savatier) où le Conseil d'Etat juge que le chef d'entreprise ne peut introduire dans le règlement intérieur une sanction non prévue par la convention collective.

l'adage *nullum crimen sine lege*¹⁸⁵ pourtant présenté, traditionnellement, comme étranger au droit disciplinaire ou comme présentant seulement certaines exceptions¹⁸⁶. En effet la règle a toujours été que la détermination des faits et des actes punissables relevait de l'appréciation souveraine des autorités chargées de la répression¹⁸⁷ et, de ce fait, les textes ne contenaient, d'ordinaire, aucune disposition sur la nature des faits susceptibles d'entraîner une sanction ou se bornaient à des directives extrêmement vagues¹⁸⁸. Ces principes méritent d'être nuancés aujourd'hui¹⁸⁹. Certains contentieux disciplinaires pratiquent au même titre qu'en droit pénal, la prédétermination légale des faits punissables¹⁹⁰. De plus, si, le plus souvent, il existe une incrimination indirecte par référence seulement à la violation de certaines obligations¹⁹¹ et si la généralité des termes retenus ou l'imprécision de leur contenu ne permettent pas de cerner

¹⁸⁵ Qui exprime le principe fondamental de légalité des incriminations, les actes ou les fautes punissables devant être énumérées ou définies dans la loi ou les textes de façon générale.

¹⁸⁶ Pour certains auteurs, il n'y aurait en fait que des exceptions au principe de l'absence de légalité de la faute dans les textes disciplinaires.

J.-P. Carton in Contribution à l'élaboration d'un droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 72, note, par exemple, que : *“si dans une large mesure, la définition légale de la faute est absente des textes consacrés à la discipline, certaines exceptions existent. Paradoxalement, elles semblent confirmer la thèse de l'indétermination de l'infraction disciplinaire plutôt que de lui apporter un démenti”*.

Nous préférons, pour notre part et au même titre que J. Pralus-Dupuy in “Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire”, *op. cit.*, p. 552, parler plutôt d'incontestable “*progression du principe de légalité*” et cette progression tendrait plus vers une future détermination de l'infraction disciplinaire que vers l'hypothèse inverse.

¹⁸⁷ Voir, en ce sens, Cass., civ., 17 juillet 1956 (D. 1956, p. 735) ; CE, 2 juillet 1993, Milhaud (RFDA 1993, p.1002, concl. Kessler, AJDA 1993, p. 530, chron. C. Maugüé et L. Touvet, JCP 1993, G, I, n° 3700, chron. E. Picard).

¹⁸⁸ Le plus souvent, le législateur se contente de définir la faute comme un manquement à une obligation laissant à l'autorité disciplinaire le soin de définir le fait fautif. Par ex., l'art. 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 préc. du statut général de la fonction publique dispose que *“toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire”*. La même latitude est laissée aux sections des assurances sociales puisque sont passibles de sanctions les *“fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux”* (art. L. 145-1 CSP). Voir aussi les articles L. 122-40, L.122-43 et L. 122-44 CT à propos des agissements des salariés.

¹⁸⁹ Dans le même sens, comme tous les propos correspondants, J. Pralus-Dupuy, “Discipline”, *op. cit.*, p. 7, n° 30 à 35 et “Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire”, *op. cit.*, p. 551 à 553.

¹⁹⁰ C'est le cas des contentieux disciplinaires pénitentiaire et militaire. Le règlement de discipline générale des armées : décret n° 75-675 du 28 juillet 1975 (JO 30 juillet 1975, p. 7732) classe les fautes commises par les militaires en six catégories et énumère tous les comportements susceptibles d'entraîner une sanction disciplinaire. Si pendant longtemps le droit ne rentrait pas dans l'univers carcéral, le décret n° 96-287 du 2 avril 1996 (JO 5 avril 1996, p. 5260) relatif au régime disciplinaire des détenus a changé la donne en classant les fautes par degré et en les énumérant.

¹⁹¹ L'incrimination se fait souvent dans certains contentieux disciplinaires par des références à des violations d'obligations plus morales que juridiques. L'art. 43-1 de l'ord. n° 58-1270 préc. du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature indique, par ex., que *“tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire”*.

A rapprocher des art. 183 du décret n° 91-1197 préc. du 27 novembre 1991 pour les avocats ; art. 2 de l'ord. n°45-1418 préc. du 28 juin 1945 pour les officiers ministériels ; art. 41 du décret n° 77-1481 préc. du 28 décembre 1977 pour les architectes ou encore l'art. L. 822-1 COJ pour les greffiers des tribunaux de commerce.

précisément la notion de faute disciplinaire, il faut néanmoins noter que cette indétermination n'est pas totalement arbitraire. C'est sous le contrôle du juge que la détermination de l'incrimination est effectuée, l'autorité disciplinaire n'est pas, de ce fait, entièrement souveraine dans son pouvoir de qualification puisque la faute doit, en fonction de ce contrôle, reposer sur des éléments objectifs imputables au seul professionnel défaillant et non pas sur des agissements liés à l'état des personnes¹⁹² ou à l'exercice des libertés fondamentales¹⁹³. Il y a là "une légalité de source jurisprudentielle"¹⁹⁴ qui est créée, elle rejoint souvent une légalité que l'on peut qualifier de "négative"¹⁹⁵ dans la mesure où elle prescrit seulement *a contrario* des comportements déterminés sans donner de définition précise de la faute disciplinaire¹⁹⁶.

192 - Si l'on s'attache maintenant à la règle *non bis in idem*¹⁹⁷, c'est un principe qui fait l'objet, corrélativement à celui du principe de légalité, d'une certaine progression en droit disciplinaire sachant que les données du problème ne sont pas identiques au droit pénal et qu'il y a plusieurs cas de figure. Lorsque la poursuite émane d'une seule et même autorité à propos d'un même fait, la double échelle des infractions et des peines créé automatiquement en droit pénal une corrélation entre une sanction et un comportement préalablement défini et

¹⁹² On peut donner ici comme exemple, l'interdiction, en droit du travail, du licenciement pour perte de confiance (Cass., soc., 29 novembre 1990, D. 1991, p. 190, note Pelissier ; Cass., soc., 9 janvier 1991, DS 1992, p. 38 ; Cass., soc., 12 mars 1991, Bull. Civ. V, n° 123, p. 78). Voir à cet égard, F. Gaudu, "Le licenciement pour perte de confiance", DS 1992, p. 32.

¹⁹³ Le Conseil d'Etat a ainsi particulièrement réagi contre les atteintes à la liberté d'expression des sportifs comme l'illustre de manière exemplaire l'arrêt du Conseil d'Etat, *Pebeyre* préc. à propos de la publication dans la presse sportive de protestations d'un vice-président d'une fédération sportive, ces protestations faisant suite à des critiques à son égard précédemment publiées et étant parallèles à une action en diffamation, les deux actions ayant entraîné la radiation de ce vice-président.

De même, l'autorité disciplinaire ne saurait faire encourir une sanction disciplinaire à propos de l'exercice du droit de grève dès lors qu'il est régulier. Voir, par ex., à propos d'un salarié (Cass., soc., 2 mars 1960, DS 1960, p. 241) ou d'un agent public (CE, 9 novembre 1951, *Duchesne*, Rec. CE, p.523).

¹⁹⁴ J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 552 et, dans le même sens, J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 258.

¹⁹⁵ Terme employé aussi par J.-M. Béraud, "La discipline dans l'entreprise", Mélanges Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 383.

¹⁹⁶ On peut citer, à titre d'ex., l'art. L. 122-45 du CT qui dispose : "[...] aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par un médecin du travail [...] en raison de son état de santé ou de son handicap".

¹⁹⁷ Qui exprime le principe pénal de non-cumul des sanctions se traduisant par l'impossibilité de sanctionner un même comportement répréhensible par deux sanctions cumulées sauf si un texte l'autorise et l'impossibilité d'exercer deux actions répressives successives à propos d'une même faute ou d'un même comportement prohibé par la loi.

empêche le cumul de sanctions or, cette dernière règle n'existe pas en droit disciplinaire¹⁹⁸ ce qui peut permettre, *a priori*, la punition d'une même faute par plusieurs sanctions. Les juges suprêmes ont, pourtant, répondu négativement à cette affirmation¹⁹⁹ et ceci même si le principe peut connaître certaines exceptions²⁰⁰ ou être écarté en certaines circonstances²⁰¹.

Lorsqu'un individu est poursuivi en même temps pour plusieurs fautes et est donc l'objet d'un concours réel ou cumul matériel de fautes, le droit pénal prône la confusion des sanctions²⁰². En droit disciplinaire, la règle est identique en cas de poursuite unique²⁰³ mais fait l'objet de solutions contradictoires en cas de pluralité d'actions disciplinaires²⁰⁴. Il arrive aussi que, pour un même fait, un individu soit l'objet de plusieurs actions disciplinaires émanant de diverses autorités compétentes. Cette situation, qui n'existe pas en droit pénal où la répression s'opère au sein d'un ordre juridique unique, est fréquente en droit disciplinaire et si le non-cumul est la règle quand la répression disciplinaire est exercée par une autorité unique, le cumul prévaut en cas de pluralité d'autorités compétentes. La pluralité de

¹⁹⁸ Comme on vient de le voir, si on peut noter une certaine progression dans l'application du principe de légalité des incriminations, la faute disciplinaire reste encore souvent définie en termes généraux ce qui prive le droit disciplinaire de la double échelle des infractions et des peines qui, en droit pénal, crée la corrélation entre une sanction et un comportement préalablement défini.

¹⁹⁹ Cf. Pour la Cour de cassation : Cass., civ., 26 juillet 1897 (DP 1901, 1. 415) à propos d'une affaire concernant un notaire ou Cass., soc., 31 octobre 1989 (Bull. Civ. V, n° 629) à propos d'une affaire de licenciement.

Cf. Pour le Conseil d'Etat : CE, 11 mars 1938, Hirigoyen (S. 1938. 3. 81, note A. Mathiot), CE, 6 février 1946, Aimé (Rec. CE, p. 43), CE, 2 novembre 1957, Bertault (Rec. CE, p. 575), CE, 23 avril 1958, Commune de Petit-Quevilly (AJDA 1958, p. 383), CE, 15 juin 1960, Stock (AJDA 1960, p. 316), CE, 29 septembre 1982, Mme Vernel (Rec. CE, p. 320) à propos d'affaires concernant des agents publics ou des médecins.

²⁰⁰ Un texte peut expressément écarter ce principe. Il y a plusieurs exemples en ce sens : l'art. 11 de l'ord. n° 45-1418 préc. du 28 juin 1945 précise, par ex., que la citation devant le TGI peut être motivée par les faits mêmes qui avaient donné lieu à poursuite devant la chambre de discipline, que celle-ci n'ait pas statué, ait prononcé la relaxe ou l'une des peines de sa compétence.

De même, l'art. 29 de la loi n° 72-662 préc. du 13 juillet 1972 dispose que "*peuvent être prononcées cumulativement une punition disciplinaire, une sanction professionnelle et une sanction statutaire*".

²⁰¹ Une seconde répression peut être motivée par des faits matériels ou nouveaux (CE, 8 mai 1964, Dousson, DA 1964, n° 517 ; Cass., soc., 4 novembre 1988, DS 1989, p. 518, obs. J. Savatier) ou peut succéder à une autre annulée (CE, 8 mars 1912, Serres, Rec. CE, p. 341; CE, 20 juin 1958, Louis, Rec. CE, p. 368)

²⁰² C'est l'art. 132-3 NCP qui pose le principe de l'unité des poursuites.

Lorsque la personne poursuivie est reconnue coupable, à l'occasion d'une même procédure, de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé.

²⁰³ Le problème du non-cumul ne se pose pas en ce cas à partir du moment où le pouvoir disciplinaire se livre à une appréciation globale du comportement de l'intéressé auquel une seule sanction est ainsi obligatoirement infligée.

²⁰⁴ La Cour de cassation admet, en effet, la confusion de peines de suspension infligées à un avocat (Cass., civ., 10 juin 1987, 2 esp., Bull. Civ. I, n° 185 et n° 186, D. 1989, SC, p. 96, obs. A. Brunois, GP 1987, 2, p. 511, note A. Damien) alors que le Conseil d'Etat se prononce, dans le même cas de figure, pour le cumul pur et simple des sanctions de deux suspensions prononcées à l'encontre de médecins (CE, 7 décembre 1984, Subrini, Rec. CE, p.411, D. 1985, IR, p. 364, obs. J. Penneau ; CE, 14 mars 1994, Yousri, D. 1994, IR, p. 93, DA 1994, n° 289)

contentieux disciplinaires peut donc entraîner une pluralité de sanctions²⁰⁵ et si la jurisprudence a toujours considéré que ce cumul était possible même dans des cas où il n'apparaissait guère justifiée²⁰⁶, elle a néanmoins infléchi sa position en se prononçant pour une confusion des peines dans les cas précédemment déterminés²⁰⁷ ce qui dénote un certain progrès dans l'application de la règle *non bis in idem*, progrès qu'on retrouve aussi dans l'application des règles de forme.

2. La progression des règles de forme

193 - Présenté souvent comme une copie sommaire de la procédure pénale en raison de la moindre perfection de ses techniques, la procédure disciplinaire se révèle désormais plus complète. Son développement se traduit par des emprunts de plus en plus nombreux à la procédure pénale. Malgré sa diversité, le droit disciplinaire n'hésite plus à s'approprier certaines techniques pénales qu'il adapte à sa propre répression. L'amnistie est l'exemple le plus ancien de transposition en droit disciplinaire d'une mesure qui, à l'origine, ne concernait que les sanctions pénales. Applicable d'abord aux seuls faits politiques puis aux infractions de droit commun, son extension au droit disciplinaire pouvait susciter quelques controverses. La pure application des règles régissant les rapports entre le droit pénal et le droit disciplinaire devait conduire à conclure à l'inapplicabilité de l'amnistie en matière disciplinaire puisque cette dernière se rattache, par principe, à un ordre juridique général et ne doit avoir, en l'occurrence, aucune incidence sur un ordre répressif plus strict que le droit pénal général. Ce principe était, pourtant, étendu dès le début du XXème siècle aux peines disciplinaires²⁰⁸, les lois d'amnistie couvrant, sous conditions²⁰⁹, les faits qui, même en dehors de toute infraction pénale, auraient donné lieu à des sanctions disciplinaires. Même si cette amnistie peut se

²⁰⁵ L'avocat salarié peut, par ex., faire l'objet, à la fois, d'une interdiction temporaire d'exercer par le Conseil de l'Ordre et d'un licenciement par son employeur (voir, en ce sens, art. 184 du décret n° 91-1197 préc. du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

Le médecin fonctionnaire peut aussi, par exemple, être sanctionné par l'Ordre et par l'administration pour un même fait (art. L. 427-3° CSP).

²⁰⁶ Les médecins, chirurgiens-dentistes et sages femmes peuvent faire l'objet de poursuites au titre de la discipline générale comme pour des contentieux plus particuliers relatifs à leur participation aux soins médicaux (art. L. 427, L. 443 et L. 456 CSP). Le Conseil d'Etat a admis le cumul malgré la similitude des instances et leurs pouvoirs quasi identiques (CE, 15 février 1961, *Caisse primaire de Sécurité sociale du Gard contre Sieur Rocher*, Rec. CE, p. 127). Voir, en ce sens, J. Pralus-Dupuy, "Discipline", *op. cit.*, p. 14, n° 72.

²⁰⁷ Cf. CE, 14 mars 1994, *CPAM de Paris* (D. 1995, SC, n° 97, obs. J. Penneau).

²⁰⁸ C. Debbasch in "L'amnistie en matière disciplinaire", D. 1963, chron., p. 260 fait remonter à 1905 l'application de l'amnistie aux sanctions disciplinaires.

révéler d'une "efficacité limitée"²¹⁰ en certains égards et prendre une "teinte particulière"²¹¹ en matière disciplinaire, son champ d'application n'a cessé de s'accroître²¹².

194 - Un autre exemple de technique empruntée par le droit disciplinaire de certains corps intermédiaires au droit pénal est la technique du sursis permettant de suspendre l'exécution de la sanction²¹³. Le principe est qu'une instance disciplinaire n'est pas en droit de décider autre chose que l'exécution pure et simple d'une sanction sauf si de telles modalités d'exécution sont prévues par les textes²¹⁴. Or, les possibilités de sursis disciplinaires ont, peu à peu, été consacrées par les dispositions législatives²¹⁵, les finalités ne sont, certes, pas les mêmes qu'en droit pénal d'autant plus que le droit disciplinaire ne connaît que le sursis

²⁰⁹ L'application de l'amnistie est assortie de deux conditions en droit disciplinaire. Si les mêmes faits ont donné lieu à une condamnation pénale, l'amnistie est d'abord subordonnée à celle de la sanction pénale. En outre, les faits contraires à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur sont exclus du bénéfice de la loi.

²¹⁰ C. Debbasch, "L'amnistie en matière disciplinaire", *op. cit.*, p. 262.

C'est l'attitude du juge administratif qui a contribué à restreindre l'efficacité de l'amnistie dans la mesure où il a singulièrement réduit son effet général en ne faisant pas totalement abstraction des faits amnistiés (Voir, en ce sens, CE, 4 février 1955, *Massoni*, Rec. CE, p. 71 ; CE, 28 juillet 1952, *Nithollon*, Rec. CE, p. 408) ou en donnant une extension démesurée aux dispositions permettant d'exclure l'amnistie, notamment celles tenant à la notion de "manquement à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur". (Voir, en ce sens, les articles de C. Debbasch, "L'amnistie en matière disciplinaire", *op. cit.*, p. 263 et suiv. ; J. Savoye, "La notion de "manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs" ", D. 1968, chron., p. 103 et suiv. ; J.-M. Galabert et M. Gentot, "La notion des faits contraires à l'honneur et à la probité", AJDA 1961, p. 333 et suiv. ; S. Lavigne, "L'application des lois d'amnistie dans la fonction publique", LPA 1989, n° 67, p. 19 et suiv.).

La jurisprudence est parvenue à encadrer néanmoins cette dernière notion (Voir, par ex., CE, 6 janvier 1989, *Société automobiles Citroën*, Rec. CE, p. 5, DS 1989, p. 376, note D. Chelle et X. Prétot, RFDA 1989, p. 871, concl. Tuot ; CE, 11 juin 1990, *SA Crédit Lyonnais*, RFDA 1990, p. 679, n° 55 ; CE, 28 janvier 1994, *M. Cohen*, RFDA 1994, p. 443, concl. Bonichot ; CAA Nantes, 25 janvier 1995, *Maison de retraite de Blère*, AJDA 1995, p. 243).

²¹¹ C. Debbasch, "L'amnistie en matière disciplinaire", *op. cit.*, p. 260.

L'auteur affirmant qu'en précisant le champ des personnes auxquelles elle s'applique, l'amnistie en matière disciplinaire s'inspire surtout de la qualité des justiciables et non pas, comme en droit commun, de la nature de l'infraction.

²¹² En témoigne, à cet égard, l'extension de l'amnistie aux sanctions disciplinaires prises par les employeurs dans les entreprises privées (art. 14 de la loi n° 81-736 du 4 août 1981 (JO 5 août 1981, p. 2138) portant amnistie confirmé par les art. 15 des lois n° 88-828 du 20 juillet 1988 (JO 21 juillet 1988, p. 9429) portant amnistie et n°95-884 du 3 août 1995 (JO 6 août 1995, p. 11804) portant amnistie).

Voir, à cet égard, par ex., O. Godard, "L'amnistie en droit du travail", JCP 1968, G, I, n° 623 ou C. Pettiti, "L'amnistie en matière sociale", GP 1988, p. 620.

²¹³ Cette possibilité de sursis à exécution de la sanction prononcée se transformera, au même titre qu'en droit pénal, en dispense d'exécution de la sanction si la personne qui en a bénéficié ne commet pas, à l'avenir, une faute susceptible d'en entraîner la révocation.

²¹⁴ Voir, en ce sens, Cass., civ., 1^{ère}, 23 octobre 1984 (Bull. Civ. I, n° 273, p. 232) et Cass., crim., 4 janvier 1990 (RSC 1990, p. 559, obs. A. Vitu, JCP 1990, G, II, n° 21543, note P. Salvage).

²¹⁵ Par ex., peuvent bénéficier du sursis : les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes (art. L. 145-2 al. 1^{er} CSP), les avocats (art. 184 al. 4 du décret n° 91-1197 préc. du 27 novembre 1991), les agents publics (art. 66 al. 4 de la loi n° 84-16 préc. du 11 janvier 1984).

simple²¹⁶ mais il n'en reste pas moins que la technique tend à “se perfectionner par des emprunts rationnels faits aux techniques du droit pénal sans pour autant perdre sa spécificité”²¹⁷ et à enrichir, de manière indirecte, l'échelle sommaire des sanctions en matière disciplinaire.

Toujours au titre des règles de forme, il convient de noter le progrès important de certaines règles spécifiques de procédure, progrès inévitablement suggéré par la comparaison entre le déroulement de l'instance disciplinaire et de l'instance pénale. En tout état de cause, la distinction pénale des différentes phases du processus répressif et celle des organes correspondants sont des distinctions qui restent, le plus souvent, ignorées en matière disciplinaire²¹⁸. Les données sont, par contre, généralement plus précises à propos de la phase décisionnelle de l'instance. Les droits de la défense varient, certes, dans leur expression selon la nature de l'institution mais ils ont souvent tendance à se recouper que ce soit à propos de l'assistance d'un défenseur²¹⁹, de l'information préalable des faits reprochés²²⁰ ou encore à propos du droit de faire citer des témoins²²¹ voire de la motivation des décisions²²² mais, comme le note Jean-Paul Carton, “les quelques différences relevées ne sauraient masquer le principe général du droit disciplinaire, commun aux professions retenues, et inondant cette phase : les droits de la défense”²²³.

Le respect des droits que l'on peut retrouver en procédure pénale nécessite, enfin, un contrôle de la sanction prononcée et cela suppose l'intervention de mécanismes de recours. A cet égard, il convient de noter la généralisation de plus en plus perceptible du droit à un

²¹⁶ Le sursis disciplinaire n'a pas pour conséquence d'éviter la prison ni de participer au reclassement du condamné puisqu'il n'y a pas de sursis avec mise à l'épreuve ni de sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, le sursis disciplinaire ne pouvant être qu'un sursis simple.

²¹⁷ J. Pralus-Dupuy, “Le sursis disciplinaire : un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal”, RSC 1994, p.141.

²¹⁸ La mise en état de l'affaire est souvent organisée de manière très sommaire, il n'y a pas de principe de séparation des fonctions puisque c'est l'autorité ou la juridiction disciplinaire qui désigne le rapporteur, ce dernier étant aussi lui-même souvent membre du corps considéré ou d'un grade égal ou supérieur à celui du professionnel poursuivi.

²¹⁹ Voir, par ex., art. L. 122-41 CT pour les salariés alors qu'elle n'est pas prévue pour les détenus par le décret n°96-287 préc. du 2 avril 1996.

²²⁰ Voir, par ex., art. 192 du décret n° 91-1197 préc. du 27 novembre 1991 pour les avocats et l'application de la règle de la communication du dossier aux fonctionnaires de l'Etat (art. 1^{er} du décret n°84-961 préc. du 25 octobre 1984), aux fonctionnaires territoriaux (art. 4 du décret n°89-677 du 18 septembre 1989, JO 19 septembre 1989, p. 11818), aux fonctionnaires hospitaliers (art. 1^{er} du décret n°89-822 du 7 novembre 1989, JO 9 novembre 1989, p. 13960).

²²¹ Voir, par ex., art. 3 du décret n° 84-961 préc. du 25 octobre 1984 pour les fonctionnaires de l'Etat ; art. 6 et 7 du décret n° 89-677 préc. du 18 septembre 1989 pour les fonctionnaires territoriaux.

²²² Voir, par ex., art. L. 122-41, R. 122-18 et R. 122-19 CT pour les salariés ; art. 16 du décret n°48-1671 préc. du 26 octobre 1948 pour les professions médicales ou encore art. 9 du décret n° 73-1202 préc. du 28 décembre 1973 pour les officiers ministériels.

²²³ J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 213.

recours juridictionnel en matière disciplinaire²²⁴ mais aussi et surtout l'adoption en la matière de principes d'essence constitutionnelle qui régissent depuis longtemps la répression étatique. C'est le cas, par exemple, du principe significatif de proportionnalité de la sanction à la faute²²⁵ qui, on le rappelle, constitue aussi une garantie constitutionnelle dans l'exercice du pouvoir de sanction des autorités régulatrices²²⁶. Finalement tous les éléments de fond ou de forme ainsi décrits font en sorte que, la procédure disciplinaire, de plus en plus complète, ne peut plus être assimilée à une revue sommaire de la procédure pénale. Cela se vérifie d'autant plus que la procédure disciplinaire se voit conjointement appliquée, au même titre que les procédures menées devant les autorités régulatrices, les principes protecteurs de la jurisprudence européenne.

§ 2 : *L'application des garanties du procès équitable*

195 - Le juge européen préconise l'application, au titre de l'exigence du procès équitable, de deux sortes de garanties. Le premier type de garantie se retrouve dans les exigences liées à l'existence et les qualités mêmes des institutions susceptibles de relever de la disposition conventionnelle (A). Le deuxième type de garantie se formalise à travers les exigences liées à l'instance proprement dite de l'ensemble de ces institutions (B).

A - Les exigences liées à l'existence et aux qualités mêmes des institutions

196 - Tout individu concerné par des poursuites exercées par des autorités régulatrices ou disciplinaires, soit au titre d'une accusation en matière pénale, soit au titre d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil est en mesure de se voir appliquer les principes du procès équitable quant à la juridiction compétente. Le premier de ses principes est bien entendu l'accès au juge sachant que, selon la Cour européenne, "équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès"²²⁷, et que l'on ne pourrait comprendre "que l'article 6-1 de la Convention décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce

²²⁴ Généralisation due notamment à l'abandon en matière de discipline militaire, pénitentiaire ou encore dans l'enseignement secondaire de la qualification de mesure d'ordre intérieur attribuée à certaines sanctions disciplinaires. Cf. *Supra*. p. 82 et suiv.

²²⁵ Cf. *Infra*. 2^{ème} partie, Titre 1^{er}, Chapitre 2nd.

²²⁶ Cf. *Supra*. p. 180 et suiv.

²²⁷ CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, série A, n° 18, § 36 (AFDI 1975, p. 330, note R. Pelloux, Jurisp. CEDH, n° 38, obs. V. Berger).

qui seul permet en réalité d'en bénéficier : l'accès au juge²²⁸. Enfin, si l'existence même d'un tribunal est imposée (1), il faut encore qu'il réponde cumulativement à la prescription de certaines exigences tenant aux caractères d'indépendance et d'impartialité des tribunaux ainsi définis (2).

1. Le droit à un "tribunal" établi par la loi

197 - La Cour européenne adopte une conception étendue de la notion de tribunal fondée avant tout sur une interprétation déliée des solutions retenues par le droit interne. Pour le droit français, la notion de tribunal évoque seulement une juridiction appelée à statuer sur des poursuites et à prononcer une condamnation, le juge européen est lui beaucoup plus souple dans sa définition. L'exigence selon laquelle la juridiction doit être établie par la loi n'est pas entendue dans le sens purement formel ou organique du terme puisqu'il suffit que cette dernière présente les qualités escomptées d'une loi pour être admise²²⁹. Matériellement, le tribunal doit bien sûr poursuivre une mission juridictionnelle, il doit être "habilité à prendre une décision contraignante dans le domaine en cause"²³⁰ et son rôle doit l'amener "à trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence"²³¹. S'il cumule aussi d'autres fonctions à cette fonction juridictionnelle, cela ne prive pas forcément l'institution de la reconnaissance en cause dès lors qu'elle conserve un rôle juridictionnel²³². Enfin, c'est surtout sur la notion organique de tribunal que la jurisprudence européenne est la plus large dans la mesure où, par tribunal, elle "n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires

²²⁸ CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, série A, n° 18 préc., § 31.

²²⁹ La loi doit répondre à certaines conditions comme celles tenant à la généralité, l'accessibilité, la prévisibilité et la stabilité de l'acte. Voir, en ce sens, CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig contre France*, série A, n° 176-A et B, § 28 et suiv. (*RUDH 1990*, p. 185, note G. Cohen-Jonathan, *AFDI 1991*, p. 606, chron. V. Coussirat-Coustère, *GP 1990*, 29 avril-1^{er} mai, note L.-E. Pettiti et autres, *D. 1990*, chron., p. 187, note R. Koering-Joulin et jurisp., p. 357, note J. Pradel, *JT 1990*, p. 749, note P. Lambert, *Jurisp. CEDH*, n° 140, obs. V. Berger).

²³⁰ CEDH, 22 octobre 1984, *Srameck contre Autriche*, série A, n° 84, § 36 (*CDE 1986*, p. 215, chron. G. Cohen-Jonathan, *AFDI 1985*, p. 394, chron. V. Coussirat-Coustère, *RSC 1984*, p. 142, chron. L.-E. Pettiti, *JDI 1986*, p. 1069, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 49, obs. V. Berger) ; CEDH, 23 octobre 1985, *Benthen contre Pays-Bas*, série A, n° 97, § 40 (*CDE 1988*, p. 449 et 455, chron. G. Cohen-Jonathan, *RSC 1986*, chron. L.-E. Pettiti, *JDI 1986*, p. 1089, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 40, obs. V. Berger).

²³¹ CEDH, 30 novembre 1987, *H contre Belgique*, série A, n° 127-B, préc., § 50 ; CEDH, 29 avril 1988, *Belilos contre Suisse*, série A, n° 132, § 64 (*RGDIP 1989*, p. 273, note G. Cohen-Jonathan, *RIDE 1989*, p. 165, note G. Cohen-Jonathan, *JDI 1989*, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 45, obs. V. Berger) ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli contre Malte*, série A, n° 210, § 39 (*AFDI 1991*, p. 585, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI 1992*, p. 792, chron. E. Decaux et P. Tavernier, *RUDH 1992*, n° 1-2, p. 1, chron. F. Sudre, *Jurisp. CEDH*, n° 60, obs. V. Berger).

ordinaires du pays²³³. La Cour a ainsi considéré comme étant des tribunaux de nombreuses institutions telles qu'un organe administratif doté de pouvoirs répressifs²³⁴, une commission compétente en matière d'amendes administratives²³⁵ ou encore bon nombre de comités ou conseils ayant des pouvoirs disciplinaires²³⁶.

198 - L'expression "droit à un tribunal" implique également le droit à un recours juridictionnel. Malgré les efforts conjugués du juge administratif²³⁷, du Conseil constitutionnel²³⁸ ou encore de la Cour de cassation²³⁹, certaines mesures répressives échappent encore à tout contrôle juridictionnel, c'est le cas des décisions relevant de la catégorie des mesures d'ordre intérieur. La jurisprudence européenne ne condamne pas radicalement cette notion de mesure d'ordre intérieur en tant que celle-ci est définie comme excluant tout recours contentieux puisqu'elle admet parfaitement le principe même d'un certain pouvoir de maintien de l'ordre au sein de certaines institutions²⁴⁰ ou le caractère non absolu du droit d'accès à un tribunal²⁴¹. L'état du droit a néanmoins considérablement évolué

²³² CEDH, 30 novembre 1987, *H contre Belgique*, série A, n° 127, préc., § 50 ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, série A, n° 80, préc., § 80, 81, 82 et 85.

²³³ Par ex., CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres contre Royaume-Uni*, série A, n° 102, § 201 (CDE 1988, p.481, chron. G. Cohen-Jonathan, *AFDI* 1987, p. 239, chron. V. Coussirat-Coustère, *JCP* 1987, G, II, n° 20733, obs. F.-C. Jeantet, *JDI* 1987, p. 787, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 167, obs. V. Berger).

²³⁴ CEDH, 5 novembre 1981, *X contre Royaume-Uni*, série A, n° 46 (CDE 1982, p. 191, chron. G. Cohen-Jonathan, *AFDI* 1982, p. 508, chron. R. Pelloux, *JDI* 1985, p. 188, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 31, obs. V. Berger).

²³⁵ CEDH, 29 avril 1988, *Belilos contre Suisse*, série A, n° 132, préc., § 64.

²³⁶ Qu'il s'agisse d'organes disciplinaires corporatifs (CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc., § 51 ; CEDH, 30 novembre 1987, *H contre Belgique*, série A, n° 127, préc., § 50), d'organes disciplinaires pénitentiaires (CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, série A, n° 80, préc., § 76) ou d'organes disciplinaires militaires (CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres contre Pays-Bas*, série A, n° 22, préc., § 89).

²³⁷ Voir, en ce sens, à propos du contrôle sur les actes juridictionnels (CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, *Rec. CE*, p. 50, *RDP* 1947, p. 68, concl. Odent, note M. Waline, *JCP* 1947, G, II, n° 3508, note Morange, GAJA) ou sur les actes administratifs (CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *Rec. CE*, p. 110, *RDP* 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note M. Waline, GAJA).

²³⁸ Cf. Par ex., CC, n°93-335 DC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* (*Rec. CC*, p. 40, *RJC*, p. I-576, *JO* 26 janvier 1994, *D.* 1995, SC, p. 302, note P. Gaia, *RFDA* 1995, p. 7, note P. Hocreitere, *LPA* 1995, 31 mars, n° 95, p. 6, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Pouvoirs* 1994, n° 70, p. 205 et 219, chron. P. Avril et J. Gicquel, *RFDC* 1994, p. 364, F. Melin-Soucramanien) ; CC, n°96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (*Rec. CC*, p. 43, *RJC*, p. I-660, *JO* 13 avril 1996, *AJDA* 1996, p. 371, note O. Schrameck, *LPA* 1996, 4 sept., n° 107, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, *RA* 1996, p. 313, note J.-M. Pontier, *RDP* 1996, p. 953, note F. Luchaire, *RFDC* 1996, p. 594, note T. Renoux).

²³⁹ Voir, par ex., Cass., crim, 26 février 1997, *Foll* (*JCP* 1997, G, II, n° 22865, note H. Matsopoulo) à propos de décisions de la Chambre d'accusation.

²⁴⁰ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, série A, n° 80, préc., § 68.

²⁴¹ CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle*, série A, n° 253-B (*Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 204).

notamment à propos de la discipline carcérale et militaire²⁴² mais si les mesures d'ordre intérieur reculent, elles ne disparaissent pas que ce soit, par exemple, en milieu pénitentiaire²⁴³ ou à travers certaines décisions prises par les fédérations sportives²⁴⁴.

Enfin, il n'y a aussi de réel accès au juge, selon les règles du procès équitable, que lorsque celui-ci est compétent pour examiner la cause au fond et donc, de manière incidente, que lorsque la décision fait l'objet d'un contrôle de pleine juridiction²⁴⁵. L'existence de cette possibilité de recours n'est pas formellement requise mais il faut que les autorités étatiques fassent un choix, "ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6, §1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe de pleine juridiction" en mesure "de corriger les erreurs de faits" et de "contrôler la proportionnalité entre faute et sanction"²⁴⁶. A côté des exigences liées à l'existence même d'un tribunal, il faut évoquer aussi les exigences d'indépendance et d'impartialité liées à la qualité des tribunaux.

2. Le droit à un tribunal indépendant et impartial

199 - Le droit à un tribunal indépendant et impartial prend un relief particulier en notre matière dans la mesure où les institutions compétentes ne sont pas des tribunaux de type classique composés exclusivement de magistrats professionnels. Appréciées souvent conjointement par le juge européen, les notions d'indépendance et d'impartialité ne se confondent pas pour autant. L'indépendance vise surtout la situation du juge et suppose l'absence première de tout lien de subordination avec un tiers et notamment avec les autorités publiques. En cela, elle se traduit dans l'absence de dépendance par le mode de désignation ou la durée du mandat²⁴⁷ des membres de l'institution comme dans l'impossibilité de recevoir des

²⁴² Cf. *Supra*. p. 82 et suiv.

²⁴³ La décision de placer un détenu en isolement constitue toujours, par ex., une mesure d'ordre intérieur : CE, 28 février 1996, *Fauqueux* (GP 1997, 2-4 mars, p. 12, LPA 1997, 23 juin, n° 745, p. 16, note M. Herzog-Evans).

²⁴⁴ Notamment les décisions tenant aux dispositions techniques propres à chaque discipline ou tenant à l'appréciation des performances des participants. Voir, par ex., CE, 16 mars 1998, *Fédération française de sport automobile* (RFDA 1998, p. 649).

²⁴⁵ Cf. *Infra*. p. 337 et suiv.

²⁴⁶ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc., § 5 1 et CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, série A, n° 58, préc., § 29.

²⁴⁷ L'appréciation du mode de nomination recoupe fréquemment celle de la durée du mandat du membre du "tribunal". Voir, par ex., CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, série A, n° 80, préc., § 79 et 80 ; CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek contre Autriche*, série A, n° 84, préc., § 38.

instructions voire des injonctions tant du pouvoir exécutif que des parties²⁴⁸. La question pourrait se poser de l'indépendance réelle, à cet égard, des autorités de régulation ou de certaines autorités ordinales qui sont composées majoritairement de personnes issues des milieux intéressés et seulement, de façon minoritaire, de magistrats professionnels mais il faut savoir, à ce sujet, que la jurisprudence européenne n'exige pas la présence unique de magistrats²⁴⁹ ni même la parité entre magistrats et non-magistrats²⁵⁰. Enfin, il est indispensable selon la Cour que l'indépendance de l'institution soit apparente en ce sens que "dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne"²⁵¹.

200 - Il va sans dire que ce rôle important joué par les apparences se vérifie également lorsque les instances européennes examinent le second trait spécifique du "tribunal" à savoir son impartialité. Si on tient compte de leur indépendance organique et matérielle, les autorités de régulation peuvent être *a priori* à l'abri de toutes critiques, or la situation est différente quant à l'exigence d'impartialité. Par définition, l'impartialité relève du fait de ne point sacrifier la justice ou la vérité à des considérations particulières, à des opinions préconçues, c'est la personne qui n'a pas de préjugé ou de parti-pris qui est donc impartiale. La notion concerne classiquement la conviction personnelle du juge, ce qu'il pense en son for intérieur et est, de ce fait, de nature subjective. La Cour européenne la présume jusqu'à preuve du contraire et considère comme un facteur consolidant cette présomption, le fait, par exemple, pour le requérant de ne pas utiliser son droit de récusation alors qu'il en avait la possibilité²⁵². L'appréciation de cette subjectivité reste cependant, par définition, délicate à établir puisqu'elle ne peut seulement que se présumer. Et même si en la matière les apparences

²⁴⁸ Voir, par ex., CEDH, 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc., § 55 ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, série A, n° 80, préc., § 78 ; CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek contre Autriche*, série A, n° 84, préc., § 41.

²⁴⁹ Voir, par ex., CEDH, 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc., § 57 ; CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek contre Autriche*, série A, n° 84, préc., § 38.

²⁵⁰ Voir, par ex. CEDH, 23 avril 1987, *Ettl et autres contre Autriche*, série A, n° 117, § 38 (*JDI 1988*, p. 862, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 50, obs. V. Berger) .

²⁵¹ CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek contre Autriche*, série A, n° 84, préc., § 42.

²⁵² CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, série A, n° 53, § 30-a (*AFDI 1985*, p. 415, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI 1985*, p. 210, *JDI 1986*, p. 1072, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 54, obs. V. Berger) ; CEDH, 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, préc., § 58 ; CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le compte*, série A, n° 58, préc., § 32 ; CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber contre Belgique*, série A, n° 86, § 25 (*Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 15) ; CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt contre Danemark*, série A, n° 154, § 47 (*AFDI 1991*, p. 585, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI 1990*, p. 727, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 55, obs. V. Berger).

revêtent encore une certaine importance, le juge européen cherche généralement “à éviter les écueils d'une introspection soupçonneuse”²⁵³ et préfère plutôt s'attacher à la notion d'impartialité objective.

201 - Cette dernière, malgré une construction jurisprudentielle plutôt “ondoyante”²⁵⁴ et une “approche par trop casuistique”²⁵⁵ de la Cour, procède, pour l'essentiel, de considérations d'ordre organique et ceci même si les apparences peuvent revêtir, là encore, une certaine importance. L'interprétation objective suppose, d'un point de vue organique, que l'organisation judiciaire présente, au-delà de la conduite personnelle du juge, des garanties suffisantes permettant de déduire l'impartialité des membres qui la composent. En ce sens, la Cour a été conduite à disposer que “le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions deux types de fonction est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution”²⁵⁶. Le simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit pour la Cour à altérer l'indépendance objective du tribunal²⁵⁷. Même si la Cour a assoupli sa jurisprudence puisque tout cumul de fonction ne suffit plus à constituer un grief de partialité²⁵⁸ et qu'il faut non plus, parallèlement, un simple doute pour le justiciable mais un “doute légitime”²⁵⁹ ou “raisonnable”²⁶⁰ de défaut d'impartialité, le rôle de l'apparence n'en est pas pour autant réduit. Indépendamment de sa conduite personnelle, le juge sera toujours suspecté objectivement de partialité s'il donne la simple impression de se prononcer deux fois sur la même affaire. En définitive, à côté de ces exigences de fond, il faut maintenant noter le fait que la Cour

²⁵³ V. Magnier, “La notion de justice impartiale”, JCP 2000, G, I, n° 252, p. 1597.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 1597.

²⁵⁵ J.-F. Flauss, “Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme”, AJDA 1998, p. 987.

²⁵⁶ CEDH, 28 septembre 1995, *Proccola contre Luxembourg*, série A, n° 326 (JDI 1996, p. 253, chron. E. Decaux et P. Tavernier, GP 1995, 17-18 nov., p. 27, note L.-E. Pettiti, RTDH 1996, p. 275, note D. Spielmann, JCP 1996, G, I, n° 3910, chron. F. Sudre, RUDH 1996, p. 1, chron. F. Sudre et autres, D. 1996, p. 301, note F. Benoît-Rohmer, AJDA 1996, p. 383, obs. J.-F. Flauss, DA 1996, n° 41, JCP 1997, G, I, n° 4017, chron. J. Petit, RFDA 1996, p. 777, note J.-L. Autin et F. Sudre, Jurisp. CEDH, n° 53, obs. V. Berger).

²⁵⁷ Voir, par ex., CEDH, 24 août 1993, *Nortier contre Pays-Bas*, série A, n° 267 (JDI 1994, p. 812, RSC 1994, p. 362, chron. R. Koering-Joulin, D. 1995, SC, p. 105, note J.-F. Renucci, RTDH 1994, p. 437, note J. Van Compernelle, Jurisp. CEDH, n° 58, obs. V. Berger).

²⁵⁸ L'appréciation du juge se fait plutôt aujourd'hui au cas par cas, le juge tient compte notamment du rôle et des mesures prises effectivement pendant l'instruction par le juge.

Voir, en ce sens, CEDH, 16 décembre 1992, *Sainte-Marie contre France*, série A, n° 253-A (Jurisp. CEDH, annexe E, n° 203, JCP 1993, G, I, n° 3654, § 13, obs. F. Sudre) ; CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche* (Rec. CEDH 1996-I, Justices 1997-5, p. 206, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, RSC 1997, p. 472, obs. R. Koering-Joulin, RTDH 1996, p. 640, obs. P. Martens, JCP 1997, G, I, n° 25, obs. F. Sudre).

²⁵⁹ Voir, en ce sens, R. Sargos, “Le devoir d'impartialité, fondement de la légitimité et de la crédibilité du juge dans un Etat démocratique”, GP 1992, 24-26 mai, p. 11 ; J. Van Compernelle, “Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective”, RTDH 1994, p. 437.

²⁶⁰ Voir, en ce sens, J.-F. Kriegk, “L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance”, LPA 1999, 12 juillet, p. 5.

européenne exige, de même, un certain nombre de garanties de forme qui touchent plus particulièrement l'instance proprement dite des institutions en cause.

B - Les exigences liées à l'instance proprement dite des institutions

202 - L'article 6 de la Convention européenne contient, dans l'optique d'une bonne administration de la justice, une série d'exigences quant à l'instance proprement dite. Le texte vise directement certaines garanties comme le droit à la publicité de la procédure ou celui d'être jugé dans un délai raisonnable (1) mais la notion de "procès équitable", qui n'est pas définie par la Convention, engendre aussi des garanties supplémentaires qui ne sont pas nécessairement reprises de manière explicite dans le texte de l'article 6 mais qui en découlent implicitement (2).

1. Les garanties explicites

203 - Outre les diverses garanties qui sont en matière pénale, l'expression de la notion générale de procès équitable²⁶¹ et qui sont applicables tant aux procédures menées devant les autorités disciplinaires qu'à celles menées devant les autorités régulatrices, il faut noter, ici, au titre des garanties explicites directement exigées par les textes européens, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et le droit à la publicité de la procédure²⁶². L'exigence de publicité vise à la fois la publicité des débats et celle du jugement sachant que seule la publicité de jugement revêt un caractère absolu²⁶³. Souvent rappelée par la Cour européenne au motif qu'elle "protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public"²⁶⁴ ou qu'elle "constitue aussi l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les

²⁶¹ Art. 6-2 et 6-3 CEDH et les principes de présomption d'innocence (art. 6-2), du droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue que l'accusé comprend et d'une manière détaillée (art. 6-3. a), du droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense (art. 6-3. b), du droit de se défendre soi-même ou de bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix / d'une aide judiciaire (art. 6-3. c), du droit de confronter les témoins (art. 6-3. d), du droit à l'assistance gratuite d'un interprète (art. 6-3. e).

²⁶² Art. 6-1 CEDH.

²⁶³ La publicité des débats pouvant présenter selon le juge certaines exceptions en vertu notamment de la 2^{ème} partie du paragraphe de l'art. 6-1 CEDH qui stipule : "[...] l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice".

²⁶⁴ Voir, par ex., CEDH, 8 décembre 1983, *Axen contre Allemagne*, série A, n°72, § 25 (AFDI 1984, p. 451, chron. R. Pelloux, RSC 1984, p. 139, chron. L.-E. Pettiti, JDI 1985, p. 228, chron. P. Rolland et P. Tavernier,

cours et tribunaux²⁶⁵, la publicité des débats s'apprécie plutôt au regard de l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne et dépend des particularités de l'instance dont les nuances laissent une marge d'appréciation non négligeable aux juridictions nationales. Le Conseil d'Etat ne souhaite pas, par exemple, consacrer la publicité des débats en matière administrative comme une règle générale de procédure même si des textes²⁶⁶ et des revirements²⁶⁷ sont intervenus en la matière. La Cour de cassation reste aussi moins catégorique que la Cour européenne car si elle reconnaît ce principe en matière civile et en matière pénale²⁶⁸, elle était, antérieurement aux textes introduisant formellement cette publicité, plutôt réticente en matière disciplinaire que ce soit, par exemple, à propos de la discipline des magistrats consulaires²⁶⁹ comme à propos de celle des avocats²⁷⁰.

204 - Parallèlement, le caractère raisonnable de la durée de toute procédure²⁷¹, fut-elle menée devant une autorité disciplinaire ou une autorité régulatrice, s'apprécie suivant les circonstances propres de la cause. La Cour européenne prend en compte, pour ce faire, divers critères à savoir "la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, le comportement des autorités compétentes"²⁷² mais aussi "l'importance de l'enjeu"²⁷³ de la procédure, la durée

Jurisp. CEDH, n°72, obs. V. Berger) ; CEDH, 22 février 1984, *Sutter contre Suisse*, série A, n° 74, § 26 (Jurisp. CEDH, annexe E, n° 12).

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Par ex., décret n° 93-181 préc. du 5 février 1993 pour les médecins.

²⁶⁷ CE, 14 février 1996, *Maubleu* (Rec. CE, p. 34, AJDA 1996, p. 358, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, RFDA 1996, p. 1186, concl. Sanson, JCP 1996, G, II, n° 22669, note M. Lascombe et D. Vion).

²⁶⁸ Principes expressément consacrés par les textes : art. 22 NCPC, art. 400 CPP pour les audiences du tribunal correctionnel, art. 306 CPP pour la Cour d'assises, art. 535 CPP pour le tribunal de police.

²⁶⁹ Cass., Ass.Plén., 8 février 1993 (D. 1993, SC, p. 190, obs. Julien).

²⁷⁰ Par ex., Cass., 1^{ère} civ., 10 janvier 1984 (JCP 1984, G, II, concl. Gulphe, GP 1984, p. 702, note A. D., RTDC 1984, p. 771, obs. Perrot, D. 1985, IR, p. 105, obs. Brunois).

²⁷¹ Voir le n° spécial de la RTDH 1991 avec les articles notamment de P. Lambert, "Les notions de délai raisonnable dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme" (p. 2 et suiv.) ; J.-F. Flauss, "Le délai raisonnable au sens des art. 5-3 et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française" (p. 49 et suiv.) ; R. Ergec et J. Velu, "La notion de délai raisonnable dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Essai de synthèse" (p. 137 et suiv.).

²⁷² Voir, par ex. : CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister contre Autriche*, série A, n° 8 (An. Eur. 1968, p.923, AFDI 1969, p. 276, chron. R. Pelloux, CDE 1969, p. 217, note J. Wanhalewyns, Jurisp. CEDH, n° 26, obs. V. Berger) ; CEDH, 8 juillet 1987, *Baraona contre Portugal*, série A, n° 122, § 47 (Jurisp. CEDH, annexe E, n° 28) ; CEDH, 26 octobre 1988, *Martins Moreira contre Portugal*, série A, n° 143, § 45 (Jurisp. CEDH, annexe E, n° 39) ; CEDH, 23 juin 1994, *De Moor contre Belgique*, série A, n° 292-A, §64 à 68 (Jurisp. CEDH, annexe E, n° 258).

²⁷³ CEDH, 28 juin 1978, *König contre Allemagne*, série A, n° 27, § 11 (CDE 1979, p. 411, note P. Dubois et p. 474, chron. G. Cohen-Jonathan, RDIDC 1978, p. 412, chron. S. Marcus-Helmons, AFDI 1979, p. 348 et 1981, p. 301, notes R. Pelloux, JDI-Clunet 1980, p. 460, chron. P. Rolland, Jurisp. CEDH, n° 75, obs. V. Berger) ; CEDH, 28 juin 1990, *Obermeier contre Autriche*, série A, n°179 préc., § 72.

de la procédure étant prise en considération de manière plus stricte lorsque, par exemple, “l'existence professionnelle même du requérant”²⁷⁴ est en jeu.

La France est ainsi fréquemment condamnée, de ce chef, par la Cour européenne²⁷⁵ tout en sachant que, comme le note Serge Guinchard, “à vrai dire, aucune juridiction n'a vraiment contesté le caractère fondamental du droit d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable, mais jusqu'ici les tribunaux ont toujours subi, sinon avec passivité, en tout cas avec fatalisme, le poids de l'encombrement des rôles et les conséquences en résultant pour les justiciables quant à l'allongement de la durée du procès”²⁷⁶. On peut noter pourtant une certaine réaction des tribunaux tendant à faire en sorte de faire respecter l'exigence de ce délai raisonnable voire une définition plus large de cette notion allant jusqu'à la notion de devoir de protection juridictionnelle²⁷⁷, notion à connotation européenne directement liée à l'effectivité des droits fondamentaux du procès.

Enfin, il convient de relever que le droit à l'exécution des décisions de justice a aussi été envisagé, dans ce cadre, comme un aspect de l'exigence du délai raisonnable, ce dernier devant inclure la phase d'exécution du jugement²⁷⁸. La Cour a consacré un véritable droit substantiel à l'exécution effective des jugements en estimant que l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considéré comme faisant partie intégrante du procès équitable²⁷⁹. Si cette disposition découle implicitement de la garantie du délai raisonnable, d'autres garanties implicites procèdent, de même, de la notion non définie de “procès équitable”.

2. Les garanties implicites

205 - La garantie relative au droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement est une garantie qui est formulée de manière abstraite, il faut la comprendre

²⁷⁴ CEDH, 28 juin 1978, *König contre Allemagne*, série A, n° 27, préc., § 11.

²⁷⁵ Par ex., CEDH, 24 octobre 1989, *H. contre France*, série A, n° 162-A (RFDA 1990, p. 203, *Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 53).

²⁷⁶ S. Guinchard, “Le procès équitable : droit fondamental ?”, *AJDA* 1998, n° spécial, p. 200.

²⁷⁷ Voir en ce sens, par ex., TGI Paris, 1^{ère} ch., 5 novembre 1997 (*GP* 1997, 8 novembre, *D.* 1998, p.8, note M.-A. Frison-Roche), ex. cité par S. Guinchard dans l'art. préc.

²⁷⁸ Voir, par ex., CEDH, 24 mars 1994, *Silva Pontès contre Portugal*, série A, n° 286-A, § 33 (*Justices* 1995-1, p. 170, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, *Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 249) ; CEDH, 26 septembre 1996, *Zappia et Di Pedde contre Italie* (*JCP* 1997, G, I, n° 4000, n° 28, obs. F. Sudre, *D.* 1997, SC, p. 209, obs. N. Fricéro).

²⁷⁹ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby contre Grèce*, série A, n° 147 (*DA* 1997, n° 185, *AJDA* 1997, p. 986, obs. J.-F. Flauss, *JCP* 1997, G, II, n° 22949, note O. Dugrip et F. Sudre, *RTDC* 1997, p. 1009, obs. Margenau et Raynouard, *RGP* 1998, p. 230, obs. J.-F. Flauss, *D.* 1998, p. 74, note N. Fricéro, *JDI* 1998, p. 185, obs. H. Ascensio).

comme la synthèse des règles procédurales assurant une certaine qualité du procès. Ces règles sont aussi étendues que celles qui découlent de manière explicite des textes et concernent tout un ensemble de dispositions. Cela comprend d'abord le principe d'égalité des armes traduit, de manière générale, comme impliquant la possibilité offerte à toute partie "d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable vis-à-vis de la partie adverse"²⁸⁰. Ce qui est recherché, c'est un équilibre entre la partie poursuivie, d'une part, et la partie poursuivante, d'autre part, tout en sachant bien que l'égalité des armes ne pourra jamais être absolue. Chacune des deux parties à une procédure a ainsi le droit d'obtenir des informations concernant les faits et les arguments de la partie adverse et doit avoir des chances égales de répondre à l'autre²⁸¹. La Cour a conclu, par exemple, à la violation de l'article 6 lorsqu'une juridiction interne a fondé ses décisions sur des arguments dont les défendeurs n'avaient pas connaissance²⁸² ou lorsqu'une partie s'est vue refuser l'accès à des pièces de la procédure²⁸³.

206 - Autre principe de procédure découlant implicitement de la notion de "procès équitable", le principe du contradictoire²⁸⁴, intimement lié à celui plus général du respect des droits de la défense, fait l'objet d'une forte reconnaissance de la part de la jurisprudence européenne qui classe les droits de la défense comme un élément de la notion, plus large, de procès équitable²⁸⁵. Si, en droit interne, la garantie des droits de la défense est passée du statut de principe général du droit²⁸⁶ à celui de principe constitutionnel²⁸⁷, il y a encore certains

²⁸⁰ Voir, en ce sens, ComEDH, 30 juin 1959, *Swabowicz contre Suède* (req. 434/58) ; ComEDH, 16 juillet 1968 (req. 2804/66).

²⁸¹ CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister contre Autriche*, série A, n° 8, préc. ; CEDH, 29 mai 1986, *Feldbrugge contre Pays-Bas*, série A, n° 99 (CDE 1988, p. 452 et 457, chron. G. Cohen-Jonathan, *AFDI* 1987, p. 239, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI* 1987, p. 778, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, n° 61, obs. V. Berger).

²⁸² CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter contre Autriche*, série A, n° 211 (*Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 112) ; CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche* (*AJDA* 1996, p. 1013, note J.-F. Flauss, *JCP* 1997, G, I, n° 4000, § 10, obs. F. Sudre).

²⁸³ CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael contre Royaume-Uni*, série A, n° 307-B (*D.* 1995, p. 449, note Huyette, *Jurisp. CEDH*, annexe E, n° 284).

²⁸⁴ Voir, par ex., I. Zakine, "L'exigence du contradictoire", Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 69 et suiv.

²⁸⁵ CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers contre Belgique*, série A, n° 214-A (*RTDH* 1992, p. 204, note J. Callewaert, *AFDI* 1991, p. 587, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI* 1992, p. 797, chron. E. Decaux et P. Tavernier, *JT* 1992, p. 161, note J. Kirkpatrick et p. 167, note P. Lambert, *RUDH* 1992, n° 1-2, p. 1, chron. F. Sudre, *RDIDC* 1992, p. 125, note A. Wauters, *Jurisp. CEDH*, n° 70, obs. V. Berger).

²⁸⁶ En ce sens : CE, 31 octobre 1980, *FNUJA et FEN* (*D.* 1991, p. 111, obs. P. Delvolvé, *JCP* 1983, G, II, n°20003, note J.-M. Auby) et Cass., crim., 6 juillet 1993 (*D.* 1993, p. 430).

²⁸⁷ Par ex., CC, n°93-326 DC, 11 août 1993, *Loi tendant à modifier la loi du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale* (*Rec. CC.*, p. 217, *RJC.*, p. 1-552, *JO* 15 août 1993, *LPA* 1994, 5 janvier, n° 2, p. 20, 202

points qui marquent le non-respect de ce principe. Le contenu même de la notion de contradictoire a été notamment dévoilé dans un arrêt *Ruiz Mateos contre Espagne* où la Cour européenne a énoncé que : “le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter”²⁸⁸. En ce sens, la jurisprudence européenne fait de la communication de toutes pièces et observations aux parties un droit fondamental.

La Cour a, par la suite, précisé sa jurisprudence en exigeant, au titre du contradictoire, l'accès direct aux pièces du dossier dans une procédure anglaise d'assistance éducative où “il y a eu infraction au droit de la requérante à un procès équitable, parce qu'en pratique des documents produits par le rapporteur [...] ne furent pas communiqués à un parent interjetant appel. Cette pratique laisse apparaître une inégalité essentielle et constitue un sérieux désavantage pour le parent lors de l'introduction d'un appel et de la présentation ultérieure de celui-ci”²⁸⁹. Non reconnu expressément par la Cour de cassation française²⁹⁰, ce droit à la communication du dossier a encore fait l'objet d'une condamnation de la France dans une affaire de citation directe devant un tribunal de police où la personne invitée n'avait pu prendre connaissance du dossier. La Cour européenne rappelant qu'il “est important pour le requérant d'avoir accès à son dossier et d'obtenir la communication des pièces le composant, éléments d'une bonne défense, afin d'être en mesure de contester le procès-verbal dressé à son encontre et sur lequel repose exclusivement sa condamnation”²⁹¹. Le droit à une procédure contradictoire nécessite, de même et selon la jurisprudence européenne, qu'il s'applique d'abord dans les relations des parties avec le ministère public²⁹² mais aussi que le droit à l'assistance d'un avocat soit mis en œuvre effectivement. La France a, par exemple, fait l'objet d'une condamnation dans son refus de faire représenter un prévenu jugé par défaut parce qu'il

chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Pouvoirs* 1994, n° 68, p. 172, chron. P. Avril et J. Gicquel, *RFDC* 1993, p. 848, note T. Renoux, *JCP* 1993, G, I, n° 3720, note F. Le Guhenec).

²⁸⁸ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos contre Espagne* série A, n° 362 (*RFDC* 1994, p. 175, note G. Cohen-Jonathan, *AFDI* 1994, p. 658, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI* 1994, p. 799, chron. E. Decaux et P. Tavernier, *RSC* 1994, p. 362, chron. R. Koering-Joulin, *RUDH* 1993, p. 377, chron. F. Sudre et autres, *Jurisp. CEDH*, n°63, obs. V. Berger).

²⁸⁹ CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael contre Royaume-Uni*, série A, n° 307-B préc.

²⁹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 24 octobre 1995 (*D.* 1996, p. 513, note Massip).

²⁹¹ CEDH, 18 mars 1997, *Fouchet contre France* (*Rec. CEDH* 1997-II, *D.* 1997, SC, p. 360, obs. J.-F. Renucci, *JDI* 1998, obs. V. Legrand, *RGP* 1998, p. 247, obs. J.-F. Flauss).

²⁹² Voir en matière civile : CEDH, 20 février 1996, *Lobo Machabo contre Portugal*, § 31 et *Vermeulen contre Belgique*, § 33 (*Rec. CEDH* 1996-I, *AJDA* 1996, p. 1013, note J.-F. Flauss, *JCP* 1997, G, I, n°4000, n° 19, obs. F. Sudre, *LPA* 1996, 2 octobre, note W. Sabete, *RTDC* 1996, p. 1028, obs. Margenau, *RTDC* 1997, p. 992, obs. Perrot et p. 1006, obs. Margenau et Raynard, *RTDE* 1997, p. 373, note F. Benoît-Rohmer, *D.* 1997, SC, p. 208, obs. Fricéro).

Voir, en matière pénale : CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers contre Belgique*, série A, n° 214-A préc. et CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche* préc.

n'avait pas obéi à un mandat d'arrêt²⁹³. La Cour européenne juge la sanction disproportionnée et y voit une atteinte au procès équitable²⁹⁴.

207 - Autant de décisions et de condamnations qui marquent clairement la volonté de la Cour européenne de faire respecter l'exigence du contradictoire, cette exigence étant susceptible de toucher aussi bien les procédures menées devant les autorités disciplinaires que devant les autorités régulatrices même s'il y a certaines nuances à apporter²⁹⁵. Si le contradictoire trouve naturellement à s'appliquer devant les tribunaux, l'attitude du juge européen semble plutôt varier quant au respect du contradictoire devant les commissions et plus généralement les organismes de nature administrative. Si l'organisme administratif est qualifié de "tribunal", le contradictoire est nécessairement applicable à la procédure menée devant lui²⁹⁶. Par contre, s'il ne présente pas les traits d'une telle qualification et même s'il exerce une fonction juridictionnelle, une telle exigence n'est pas forcément requise à partir du moment où le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présente lui de telles garanties²⁹⁷. Inversement et paradoxalement, un organisme ou une commission exerçant simplement une fonction consultative peut se voir appliquer le principe du contradictoire si la consultation est une formalité substantielle préalable et indispensable à toute mise en mouvement de l'action juridictionnelle²⁹⁸. La jurisprudence sur les procédures préalables est également en ce sens²⁹⁹ dans la mesure où "dès lors que des actes de procédure préalable à la saisine des juges du fond présentent un caractère déterminant pour l'issue du procès, en ce qu'ils influencent ou peuvent influencer directement la solution du litige, ces actes doivent être entourés des garanties normalement requises des tribunaux"³⁰⁰.

²⁹³ Par ex., Cass., crim., 19 janvier 1994 (DP 1994, comm., p. 97, concl. Perfetti et p. 94, chron., rapport Verdun).

²⁹⁴ CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrinol contre France*, série A, n° 277-A (AFDI 1994, p. 658, chron. V. Coussirat-Coustère, JDI 1994, p. 821, chron. E. Decaux et P. Tavernier, Cahiers du CREDHO 1994, n° 2, p. 43, note V. Delaporte, RSC 1994, p. 362, chron. R. Koering-Joulin, RTDH 1995, p. 623, note F. Roggen, RUDH 1993, p. 377, chron. F. Sudre et autres, Jurisp. CEDH, n° 90, obs. V. Berger).

²⁹⁵ Voir, en ce sens, J.-P. Le Gall, "A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme" In Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 55 et suiv.

²⁹⁶ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, série A, n° 80, préc., § 76 et suiv.

²⁹⁷ Voir, par ex., CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, série A, n° 58, préc., § 29.

²⁹⁸ ComEDH, 6 avril 1994, *Mialhe contre France* (req. n° 18978/91).

²⁹⁹ CEDH, 24 novembre 1993, *Imbroscia contre Suisse*, série A, n° 275 (Jurisp. CEDH, annexe E, n°239).

³⁰⁰ J.-P. Le Gall, "A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 64.

Chapitre 2nd

LA NOUVELLE LEGITIMITE DES INSTITUTIONS DISCIPLINAIRES ET REGULATRICES : LE DEPASSEMENT DES CLIVAGES JURIDIQUES TRADITIONNELS

208 - Il y a différentes perspectives qui permettent de légitimer les pouvoirs de contrainte des institutions disciplinaires et régulatrices. On peut d'abord parler de légitimation par la source politique ou contractuelle du pouvoir. L'institution peut ainsi exercer ses fonctions parce qu'elle est rattachée politiquement au pouvoir légitime. C'est parce que l'administration est, par exemple, dépendante du pouvoir politique que le pouvoir unilatéral qu'elle exerce sur les administrés est légitime. Ce ne peut être ici le cas, en l'espèce, des autorités de régulation qui sont, par définition, indépendantes du pouvoir politique. On pourrait alors, comme le suggère Marie-Anne Frison-Roche, "restaurer le lien entre l'autorité de régulation en la réinsérant dans l'administration elle-même rattachée aux ministres"³⁰¹ ou en compensant "l'absence de lien à l'origine par l'organisation d'une responsabilité politique *a posteriori*"³⁰² mais ces propositions aboutissent à des solutions, pour le moins, peu satisfaisantes³⁰³.

La légitimité des pouvoirs en cause peut, sinon, être rattachée à un engagement de volonté et à un échange correspondant de consentement, il y a alors rapport contractuel et à partir du moment où il y a acceptation, il y a soumission au pouvoir de contrainte et légitimation conséquente de ce même pouvoir. A cet égard, il reste une certaine confusion, que ce soit au niveau des autorités disciplinaires ou au niveau des autorités régulatrices, quant au lien unissant les instances en cause et les personnes en relevant. Il y a, au départ, essentiellement délégation de divers pouvoirs politiques et un lien conséquent de droit public.

³⁰¹ M.-A. Frison-Roche, "Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?", REFin 2001, p. 88.

³⁰² *Ibid.*, p. 88.

³⁰³ La restauration du lien politique ne peut qu'entraîner la perte de confiance des intervenants et des investisseurs sur le marché. La réinsertion dans l'administration entraînerait, de même, le cumul de plusieurs qualités et des abus conséquents de position dominante. Enfin, la responsabilité politique est, elle-même, difficile à mettre en place si on tient compte des sanctions pouvant être prises.

Pourtant, certaines autorités ne peuvent être qualifiées d'institution publique puisqu'elles relèvent d'un statut privé³⁰⁴ et, même lorsqu'elles peuvent relever de la qualité d'institution publique, certaines finissent par être, en certains cas, dépendantes de juridictions de droit privé³⁰⁵. Il y a là une certaine ambiguïté qui, si dans les cas précités, peut spécialement légitimer, sur la base contractuelle, le pouvoir de contrainte des autorités concernées, ne permet pas de conclure à une source contractuelle globale pouvant légitimer les pouvoirs de l'ensemble des institutions en cause.

Finalement, si on veut légitimer le pouvoir de contrainte par sa source, il n'y a que l'exercice même du pouvoir qui va être en mesure de permettre une telle légitimation. Comme peut le noter toujours Marie-Anne Frison-Roche, plus spécialement à propos des autorités de régulation, “dans un monde pragmatique la seule pertinence tient dans la façon dont les divers intervenants exercent leur office : si la décision est adéquate, si l'efficacité est acquise, si les liens de confiance en résultent, alors le pouvoir est suffisamment fondé”³⁰⁶. Cette constatation, qui s'applique tant aux instances régulatrices qu'aux instances disciplinaires, va ainsi permettre de donner une nouvelle légitimité au pouvoir de contrainte desdites institutions (Section 1). Cette nouvelle légitimité ouvre, conséquemment, de nouveaux horizons et laisse entrevoir une réorganisation potentielle de la justice administrative puisqu'elle entraîne une mise en parallèle des différentes institutions dans la sphère administrative, mise en parallèle qui amène parfois, au-delà d'une certaine complémentarité, à un certain dépassement du juge administratif de droit commun (Section 2).

Section 1 : La légitimation par la qualité de l'exercice du pouvoir de contrainte

209 - La légitimation découle tant de la qualité des “tribunaux”³⁰⁷ exerçant ce pouvoir, on tendra alors vers une certaine maturité organique, (A) que de la qualité de la procédure qui sera mise en œuvre et on parlera plutôt, en ce cas, d'une certaine maturité fonctionnelle (B).

³⁰⁴ C'est le cas, par ex., du CMF.

³⁰⁵ C'est le cas, par ex., des institutions disciplinaires concernant les avocats et les officiers ministériels.

³⁰⁶ M.-A. Frison-Roche, “Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?”, *op. cit.*, p. 92.

³⁰⁷ Au sens européen du terme.

§ 1 : *La qualité des “tribunaux” exerçant le pouvoir de contrainte : vers la maturité organique*

210 - Pour assurer la réussite de l'institution et engendrer la confiance des destinataires, on peut assurer l'effectivité de la qualité et du crédit personnel du titulaire du pouvoir de contrainte en imposant certaines garanties dans cette qualité, garanties qui seront nécessairement préalables à l'exercice légitime des pouvoirs et qui agiront comme fondement des décisions prises. La loi peut imposer certaines de ces garanties par des règles précises et concrètes et faciliter notamment l'indépendance des membres mais c'est surtout par une règle plutôt abstraite que l'on peut assurer l'effectivité de la qualité requise : cette règle se résume dans la notion fondamentale d'impartialité. Si cette notion était loin d'être inconnue en droit interne, elle va, sous l'influence notamment de la jurisprudence européenne, se développer et être appliquée concrètement. Il faut noter, à cet égard, que l'exigence de son application va dépasser la dichotomie, d'une part, entre institutions disciplinaires et institutions régulatrices mais aussi, d'autre part, entre autorités administratives et autorités juridictionnelles puisque la notion même d'impartialité sera amenée à dépasser l'ensemble de ces distinctions. Par contre, la distinction va s'opérer à un niveau supérieur et spécialement dans le contrôle juridictionnel de cette exigence alors opéré par le juge judiciaire ou le juge administratif.

211 - C'est surtout à travers les exigences liées à la notion d'impartialité fonctionnelle³⁰⁸ du juge que les développements vont être les plus conséquents, on va apprécier les situations sans tenir compte ni du comportement du juge, ni de ses convictions, le seul exercice de ses fonctions suffisant à le rendre partial comme elle aurait rendu partial tout juge placé dans la même situation. Si la partialité peut tenir d'abord à l'exercice successif et cumulatif de fonctions administratives et juridictionnelles³⁰⁹ ou à la connaissance par le juge

³⁰⁸ La notion “*d'impartialité fonctionnelle*” s'oppose à celle “*d'impartialité personnelle*”, c'est à dire celle qui fait que le juge ne doit pas avoir de préjugés et que le justiciable doit être protégé contre les convictions personnelles du juge.

Voir en ce sens, notamment R. Koering-Joulin, “Le juge impartial”, *Justices 1998-10*, p. 1 et, dernièrement, CEDH, 6 juin 2000, *Morel contre France*, § 40 et 41 (Rec. CEDH 2000-IV).

³⁰⁹ Que ce soit pour les institutions disciplinaires ou les institutions régulatrices, l'Etat leur a délégué le pouvoir de créer la norme du secteur qui les concernent par le biais de règlements. Elles jugent, sur la base des règlements qu'elles ont ainsi édictés, des infractions aux règles disciplinaires ou de régulation. Si le cumul de toutes ces fonctions n'a pas jusqu'à maintenant soulevé beaucoup de difficultés en jurisprudence, on peut légitimement se poser la question de savoir si un tel cumul est normal au regard des grands principes tenant notamment à la séparation des pouvoirs telle que définie par les auteurs de la DDHC de 1789.

des mêmes faits pour les mêmes parties mais à des instances différentes³¹⁰, c'est essentiellement, dans les cas très divers où la partialité tient à l'exercice successif et cumulatif par le même juge, pour la même affaire et au cours de la même instance, de fonctions judiciaires distinctes au sein de l'organe exerçant la fonction juridictionnelle, que l'essentiel des cas de partialité va être souligné. La règle de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement au sein des institutions régulatrices et disciplinaires est notamment en cause à travers cette hypothèse.

Si les exigences liées au principe d'impartialité vont essentiellement porter sur le respect que l'on doit attacher à cette règle, la jurisprudence va, au-delà du respect de la règle en question, révélée certaines contradictions dans l'application de ces exigences. Il y a bien une application conjointe du principe à l'ensemble des organismes prononçant des sanctions disciplinaires ou régulatrices mais l'approche des exigences dudit principe va se révéler différente puisque à l'interprétation extensive du juge judiciaire (B) s'oppose l'approche plus pragmatique du juge administratif (A).

A – L'interprétation pragmatique de la notion d'impartialité par le Conseil d'Etat

212 - Il y a inmanquablement une évolution dans le statut juridique de l'exigence d'impartialité au niveau du Conseil d'Etat. Souvent invoquée de manière vague comme garantie offerte aux justiciables, sa détermination initiale restait, pour le moins, incertaine (1). Aujourd'hui, sous l'influence notamment européenne, la règle tant à s'élever au rang de principe supérieur applicable à toutes les institutions administratives de l'Etat et tend ainsi naturellement à toucher l'ensemble des institutions disciplinaires et régulatrices (2).

1. Une détermination initiale incertaine

213 - Face à l'objectif de crédibilité de la justice et de l'action publique, il est légitime de penser que l'exigence d'impartialité soit consacrée parmi les principes supérieurs de notre Etat de droit. Or, on ne peut que constater le manque initial de noblesse et d'idéal qu'attachait notre droit positif à cette exigence dans sa valeur propre comme dans son contenu. Le juge s'est toujours abstenu d'y recourir de manière explicite en n'en faisant pas le fondement exact de l'annulation et en se contentant de déclarer que telle ou telle situation de fait n'était pas, par

³¹⁰ Il y a préjugement au fond de l'affaire dès lors que le juge connaît deux fois de la même affaire pour les mêmes faits et pour les mêmes parties en siégeant, par ex., en première instance puis en appel pour un même procès.

elle-même, contraire à aucun principe général de droit ou qu'elle ne figurait pas au nombre des règles générales de procédure³¹¹. Lorsque le juge y fait, ensuite, directement référence, il ne lui a, en aucun cas, donné valeur de principe général du droit, le Conseil d'Etat se contentant de ranger l'impartialité parmi les "règles générales de procédure"³¹² dont la valeur reste, pour le moins, "controversée"³¹³. En effet, on sait que la question de la portée d'une telle règle est loin d'être tranchée par le juge administratif qui peut les imposer à l'autorité administrative en leur donnant une portée impérative ou qui peut simplement permettre de les écarter par une disposition réglementaire en leur donnant alors qu'une valeur supplétive. En l'espèce, le juge ne se prononce pas directement sur l'exigence d'impartialité mais présente la règle comme pouvant être écartée par une "disposition formelle"³¹⁴ ou pour son caractère "inconciliable avec l'organisation de la juridiction"³¹⁵ et même si, comme le professeur Chapus, on se résoudra difficilement à croire qu'une telle règle puisse être écartée par décret, "c'est un fait que le Conseil d'Etat n'a pas exclu explicitement cette possibilité alors que le commissaire du gouvernement avait considéré que la règle devait être classée dans la catégorie de celles qui ne peuvent céder que devant une loi contraire (en l'occurrence les principes généraux du droit)"³¹⁶³¹⁷.

214 - Si on peut dire que l'obligation d'impartialité de l'administration a cependant eu une consécration plus solennelle³¹⁸, il n'y a jamais eu d'arrêt de principe sanctionnant cette obligation comme un principe général de droit en témoigne les différents arrêts cités par la doctrine pour justifier l'état d'une telle obligation³¹⁹. A cela, il faut ajouter que la jurisprudence

³¹¹ Voir, par ex., CE, 27 avril 1988, *Sophie* (Rec. CE, p. 160, concl. Hubac, *AJDA* 1988, p. 489, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre).

³¹² CE, 2 mars 1973, *Delle Arbousset* (RDP 1973, p. 1066, concl. Braibant) ou encore CE, 11 juin 1975, *Delle Goré* (RDP 1975, p. 1455).

³¹³ J.-L. Autin et F. Sudre, "La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Procola contre Luxembourg du 28 septembre 1995", *RFDA* 1996, p. 783.

³¹⁴ CE, 2 mars 1973, *Delle Arbousset* préc.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ C'est nous qui rajoutons.

³¹⁷ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., 7^{ème} éd., p. 159.

³¹⁸ Notamment en vertu de la jurisprudence constitutionnelle qui a eu l'occasion de préciser, à propos de la COB qu'elle "est, à l'instar de tout organisme administratif, soumise à une obligation d'impartialité" (CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc.).

³¹⁹ René Chapus cite, par ex., l'arrêt CE, sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux* (Rec. CE, p. 188, S. 1949. 3. 68) "faisant expressément appel en la matière, aux "principes généraux du droit"" in *Droit administratif général*, op. cit., 14^{ème} éd., p. 1089.

Le commissaire du gouvernement Alain Seban cite quant à lui l'arrêt CE, 20 juin 1958, *Louis* (Rec. CE, p. 368) in *RFDA* 2000, concl. sous CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, p. 592 ou encore Bruno Genevois qui, commentant la décision du Conseil constitutionnel relative à la COB, cite la jurisprudence CE, 17 juin 1927, *Vaulot* pour souligner la transposition de la jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat.

établie ne reste pas d'une "rigueur excessive"³²⁰ et laisse plutôt "une impression nuancée"³²¹. Si certains arrêts ou dispositions peuvent accréditer la thèse d'un principe général d'impartialité³²², d'autres témoignent de solutions moins rigoureuses³²³ et montrent que le juge veille au respect de ce principe "sans faire preuve d'un pointillisme excessif"³²⁴. En tout état de cause, cette exigence d'impartialité applicable à toute autorité administrative revêt un contenu qu'on qualifiera de limité puisqu'elle se limite à la censure des "partialités subjectives". Même si la personne étant amenée à juger a connu précédemment de l'affaire dans l'exercice normal de fonctions administratives ou judiciaires, elle sera toujours autorisée à prendre part à la décision, la présomption d'impartialité ne cédera que si la personne en cause a publiquement manifesté un témoignage de partialité. Il y a là manifestement le trait du "caractère relatif et contingent"³²⁵ de l'obligation d'impartialité imposée aux autorités administratives.

215 - Si le juge va, enfin, plus loin en présence de juridictions, sa jurisprudence laisse néanmoins entrevoir une certaine souplesse dans le cas notamment des juridictions administratives spécialisées où il ne donne pas plein effet à l'obligation d'impartialité³²⁶. L'exemple de l'arrêt Demoiselle Arbousset est, à cet égard, significatif puisque si le juge pose la règle qu'un administrateur ne peut participer au jugement d'un recours relatif à une décision administrative dont il est l'auteur ou prise par un organisme collégial dont il est membre, il ne

Voir aussi G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, t. 1, PUF, 12^{ème} éd., 1992, p. 470 ou encore E. Mitard, "L'impartialité administrative", AJDA 1999, p. 478.

³²⁰ J.-L. Autin et F. Sudre, "La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Procola contre Luxembourg du 28 septembre 1995", *op. cit.*, p. 784.

³²¹ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 223.

³²² On peut citer, à titre d'ex., l'arrêt CE, 9 novembre 1966, Commune de Clohars-Carnoët (AJDA 1967, p. 34 et p. 51) où le Conseil d'Etat censure l'organisation d'un concours où le maire avait initialement et exclusivement autorisé seulement les hommes à se présenter avant de se rétracter, il y avait là doute légitime quant à son impartialité pour les futurs candidates.

De même, l'existence de relations de proche parenté ou de travail entre un magistrat et le requérant contrevient à l'exigence d'impartialité (CE, 11 février 1953, Société industrielle de produits chimiques Bozel Malettra (Rec. CE, p. 62)).

³²³ En témoigne, par ex., les arrêts selon lesquels une enquête sur le comportement d'un fonctionnaire peut être confiée à l'autorité même dont la plainte a déclenché la poursuite (CE, 10 juillet 1963, Hôpital-hospice G. Renon, RDP 1964, p. 439, note M. Waline) ou l'auteur de l'acte qui a donné naissance au différend entre l'administration fiscale et un contribuable peut demeurer au sein de la commission qui examine, par la suite, ledit différend (CE, 11 juillet 1956, Sieur X, Rec. CE, p. 317).

³²⁴ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 223.

³²⁵ *Ibid.*, p. 228.

³²⁶ On peut citer, à titre d'ex., l'arrêt CE, sect., 24 janvier 1980, Gadiaga (Rec. CE, p. 44, concl. Rougevin-Baville, AJDA 1980, p. 283, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer, D. 1980, p. 270, note G. Peiser, RA 1980, p.609, note J. Bienvenu et S. Rials) où le fait qu'un magistrat ait participé à l'élaboration d'une décision en donnant son avis n'est pas considéré comme faisant obstacle à sa participation au jugement du recours ultérieurement exercé contre la décision.

permet pas de recouvrir avec cette règle toutes les hypothèses dans lesquelles le requérant peut craindre, à tort ou à raison, la partialité de son juge notamment à travers l'exercice de fonctions consultatives³²⁷. Finalement, chaque fois que le Conseil d'Etat a eu à déterminer le contenu du principe d'impartialité, il l'a assorti de certaines réserves tenant compte forcément des relations ambiguës des membres des différentes institutions avec l'administration. Aujourd'hui les contraintes européennes vont clairement l'inciter et lui permettre de dépasser ces réserves initiales et de donner ainsi un contenu plus étendu à la notion et ce sont les institutions disciplinaires et régulatrices qui vont essentiellement être visées par cette détermination nouvelle et concrète de la notion d'impartialité.

2. Une détermination contemporaine concrète

216 - Si l'interprétation initiale de la notion d'impartialité par le Conseil d'Etat pouvait se révéler incertaine, cela n'a pas empêché ce dernier de placer son exigence au même rang que celui spécifié par la jurisprudence européenne. Pour le Conseil d'Etat, l'article 6 de la Convention européenne ne fait simplement que “rappelé”³²⁸ le principe d'impartialité, le contenu de la règle tel qu'explicité par la Cour de Strasbourg rejoint logiquement, pour lui, celui que la jurisprudence interne donne au principe général d'impartialité en matière juridictionnelle ou administrative. En agissant de la sorte, le juge administratif procède à une “déconventionnalisation”³²⁹ du principe d'impartialité tout en effectuant une appréciation commune à celle du juge européen de l'exigence ainsi mentionnée puisque même si les fondements sont différents, l'évaluation reste la même. Si pour certains auteurs, il y a là “à défaut d'être marqué du sceau de l'élégance, un efficace tour de passe-passe”³³⁰ ou “un raisonnement pour le moins alambiqué”³³¹, cela n'empêche pas le Conseil d'Etat de déboucher sur une appréciation concrète de la notion d'impartialité. Rejoignant la jurisprudence européenne qui, après avoir adopté une conception objective plus favorable aux justiciables s'est orientée vers une conception plus subjective qui l'oblige à un examen détaillé des

³²⁷ En ce sens, M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 238 et 239.

³²⁸ CE, 3 décembre 1999, *Didier* (D. 2000, p. 62, obs. M. Boizard, *JCP 2000*, G, II, n° 10267, note F. Sudre, *JCP 2000*, G, I, n° 25, obs. C. Boiteau, n° 3, *AJDA 2000*, p. 172 et p. 126, chron. M. Guyomar et P. Collin, *BJB 2000*, janvier-février, p. 29, note A. Bienvenu-Perrot, *RTDCom 2000*, p. 405, obs. N. Rontchevsky, *RA 2000*, p.42, note J.-M. Bière, *RFDA 2000*, p. 584, concl. Seban et p. 1061, chron. L. Sermet).

³²⁹ F. Sudre in *JCP 2000*, G, II, n° 10267, note préc., (n° 15).

³³⁰ F. Sudre in *JCP 2000*, G, II, n° 10267, note préc., (n°17).

³³¹ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz, 2001, p. 481.

circonstances de la cause³³², il procède à un examen au cas par cas des différentes causes de partialité où l'apparence ne suffit pas à constituer une cause de partialité, encore faut-il apporter la preuve que le juge, dans son for intérieur ait voulu favoriser ou défavoriser tel plaideur.

217 - Amené à apprécier concrètement les cas de partialité, c'est dans l'exercice successif et cumulatif pour la même affaire de fonctions judiciaires distinctes au sein des institutions disciplinaires ou régulatrices que va se focaliser la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est d'abord le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement qui est directement mis en cause à travers le rôle du rapporteur participant au délibéré de ces différents organes. Pour le Conseil d'Etat, le cumul des fonctions d'instruction et de jugement n'est pas systématiquement prohibé au nom du principe d'impartialité, il faut qu'il y ait préjugement de l'affaire ce qui serait le cas si l'un des membres de la formation délibérante avait, dans une phase antérieure de la procédure, été amené soit par des actes d'instruction, soit par la prise de décisions, à se prononcer sur la culpabilité de la personne mise en cause. Sont directement visées toutes les fonctions d'accusation, que ce soit la faculté de saisir l'organe investi du pouvoir de sanction, celle de formuler ou d'élargir les griefs ou encore la faculté de classer l'affaire, qui sont, par nature, incompatibles avec les fonctions de jugement. Ces pouvoirs peuvent se confondre avec le pouvoir d'instruire³³³ mais dans de nombreuses hypothèses, ils ne conduisent pas à la prise de décisions pouvant s'apparenter à un préjugement de l'affaire.

C'est ce qu'à juger le Conseil d'Etat à travers deux motivations explicites prises respectivement par l'assemblée générale et la section du contentieux à propos du rapporteur au délibéré du Conseil des marchés financiers et de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins. Le Conseil d'Etat retient le double argument que le rapporteur “ne disposant pas de pouvoirs de poursuite, de formulation des griefs et d'adoption de mesures de contraintes au cours de l'instruction“ dans le cadre de l'organe régulateur³³⁴ ou “le pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction“ dans le cadre de l'organe disciplinaire³³⁵, il n'a, de ce fait, pas plus de pouvoirs d'investigation “que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer“³³⁶. La présence du rapporteur au

³³² Cf. *Supra*. p. 197 et suiv.

³³³ C'est le cas, par ex., pour le juge d'instruction.

³³⁴ CE, 3 décembre 1999, *Didier* préc.

³³⁵ CE, 3 décembre 1999, *Leriché*. Voir outre les commentaires communs à la décision *Didier*, *D.* 2000, IR, n°22, *RDP* 2000-2, p. 349, obs. C. Guettier, *DA* 2000, n° 40, note R. S., *DS* 2000, n° 2, p.194, concl. Schwartz.

³³⁶ CE, 3 décembre 1999, *Leriché* préc.

délibéré est une question qui, pour le Conseil d'Etat et au regard du principe d'impartialité, n'appelle pas de réponse tranchée. La solution adoptée reste fondée sur le caractère plus ou moins approfondi des investigations menées par le rapporteur avant le “jugement“ de l'autorité en cause et ouvre la voie à un examen au cas par cas de chacune des procédures suivies.

218 - C'est donc en toute logique que le Conseil d'Etat a poursuivi cette évolution jurisprudentielle en annulant pour la première fois sur le fond du droit une procédure de sanction pour violation du principe d'impartialité³³⁷. Etait en cause le pouvoir de saisine d'office de la Commission bancaire qui, s'il n'était pas contraire en soi au principe d'équité, se devait toutefois, dans ses modalités concrètes, de respecter le principe d'impartialité. Dans une formulation de principe, le Conseil d'Etat déduit de cette exigence que si l'acte de saisine doit logiquement faire apparaître les faits motivant cette saisine, sa lecture ne doit toutefois pas “sous peine d'irrégularité de la sanction à prendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu“³³⁸.

Autrement dit, un tel organe peut s'auto-saisir si les textes le prévoient mais il doit le faire d'une façon et en des termes qui ne puissent pas être interprétés comme une anticipation de l'affaire. Or, comme en l'espèce la lettre de notification des griefs relève au présent de l'indicatif diverses infractions à l'encontre de la société requérante³³⁹, sa formulation constitue un véritable préjugement qui amène le Conseil d'Etat à annuler la décision de sanction dans la mesure où la Commission bancaire “a méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle a fait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives et réglementaires“³⁴⁰. Si pour certains auteurs, “une certaine perplexité est permise face à l'artifice du remède“³⁴¹ puisque la simple faculté de saisine suffisait à heurter à première vue le principe d'impartialité et que finalement “quelques

³³⁷ CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited* (JCP 2000, G, II, n° 10459, concl. Lamy, JCP 2000, G, I, n° 296, § 5, note S. Braconnier, JCP 2000, E, n° 6, p. 272, note R. Salomon et n° 19, p. 799, chron. E. Garaud, AJDA 2000, p. 1001, chron. M. Guyomar et P. Collin et p. 1071, note P. Subra de Biusses, LPA 2000, 23 octobre, n° 211, p. 3, note Conseil d'Etat).

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Elle relève notamment que le rapport d'enquête a “*mis en évidence plusieurs infractions aux dispositions législatives ou réglementaires visant à lutter contre le blanchiment des capitaux ainsi qu'à celles qui unifient le droit de chèques [...] les conditions dans lesquelles ont été ouverts certains comptes constituent de surcroît une infraction à l'article 33 du décret du 22 mai 1992 relatif au refus de paiement et à l'interdiction d'émettre des chèques [...]*“.

³⁴⁰ CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited* préc.

³⁴¹ Chron. E. Garaud préc. in JCP 2000, E, n° 19, p. 799.

précautions de plume, aucun ton accusateur³⁴² suffisent à faire cesser les soupçons de partialité, elle préserve néanmoins le fonctionnement des organes en cause³⁴³ “par une interprétation neutralisante des textes³⁴⁴ tout en rapprochant, en définitive, la jurisprudence du Conseil d'Etat de celle de la Cour de cassation qui, elle, a témoigné, très tôt, d'une interprétation plus extensive de la notion.

B – L'interprétation extensive de la notion d'impartialité par la Cour de cassation

219 - Si on doit aujourd'hui constater que le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation appliquent conjointement le principe d'impartialité à l'ensemble des organismes prononçant des sanctions sur la base non d'un critère organique mais d'un critère fonctionnel déterminé par l'objet et la nature de la procédure suivie, il reste que leur jurisprudence continue à différer quant à l'interprétation des exigences dudit principe. C'est la première constatation que l'on peut faire de la confrontation des deux jurisprudences (1) mais, dans une seconde approche, il convient de noter que les arrêts les plus récents témoignent d'une évolution plus commune tendant à rapprocher les diverses contradictions tout en permettant d'élargir le champ d'application du principe d'impartialité (2).

1. Une divergence d'interprétation avec le Conseil d'Etat quant aux exigences du principe d'impartialité

220 - Plutôt que de tolérer certains aménagements comme pourrait le faire la Cour européenne, la Cour de cassation va faire le choix de l'application stricte du principe d'impartialité³⁴⁵. Elle va refuser par là d'apprécier globalement les exigences du principe pour l'ensemble d'une procédure et exiger conséquemment son respect dès les débuts de la procédure que cette dernière soit administrative ou judiciaire. Il y a ici contradiction avec la position du Conseil d'Etat qui se réserve toujours la possibilité de ne pas exiger le respect du

³⁴² Chron. E. Garaud préc. in JCP 2000, E, n° 19, p. 799.

³⁴³ La décision du Conseil d'Etat permet, en effet, de préserver les modalités pratiques de fonctionnement des autorités de régulation dans leur mission de surveillance sachant que la plupart de ces autorités peuvent se saisir d'office.

³⁴⁴ Chron. M. Guyomar et P. Collin préc. in AJDA 2000, p. 1005.

³⁴⁵ Exception faite de Cass., com., 9 avril 1996, *Haddad contre Agent Judiciaire du Trésor* (Bull. Cass., IV, n°115, p. 96, RJDA 1996-5, p. 438, concl. Piniot, RDBB 1996, p. 177, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche, LPA 1996, n°77, 26 juin, p. 29, note C. Ducouloux-Favard, D. 1998, SC, p. 65, obs. I. Bon-Garcin, BJB 1996, p.305, note F. Peltier) où il n'est pas nécessaire, pour le juge judiciaire, de faire respecter dès la procédure menée devant la COB les principes du procès équitable dès lors que l'autorité en cause est soumise au contrôle effectif d'une juridiction offrant toutes les garanties exigées par le droit au procès équitable.

principe dès les débuts de la procédure puisque, s'il en fait bien application au Conseil des marchés financiers ou encore à la Commission bancaire, il est impossible d'en déduire une soumission totale de l'ensemble des procédures des organismes en cause³⁴⁶. La position de la Cour de cassation amène une réponse différente à la question de la compatibilité de la présence du rapporteur au délibéré de toute autorité régulatrice ou disciplinaire avec les exigences du principe d'impartialité.

A la différence du Conseil d'Etat, la Cour de cassation présume dans tout acte d'instruction la formation d'un préjugé et juge incompatible deux fonctions relevant du même office. Ainsi, si le juge administratif ne s'arrête pas au constat de la participation du rapporteur, la Cour de cassation sanctionne, quant à elle, le cumul des fonctions d'instruction et de participation au délibéré en toutes hypothèses, sans appréciation au cas par cas et sans tenir compte des pouvoirs réels conférés au rapporteur. C'est la Cour d'appel de Paris qui a d'abord enclenché le processus de remise en cause des procédures suivies devant lesdites autorités en stigmatisant le fonctionnement de la Commission des opérations de bourse dont "la procédure [...] confondant dans le même organe de décision les fonctions de poursuite, d'instruction et de constatation de la culpabilité, sans faire connaître la raison du maintien des poursuites ni prévoir de débat contradictoire écrit sur le rapport d'instruction établi par l'un des membres ayant ensuite pris part au délibéré [...] a pu donner l'impression que la sanction prononcée à l'encontre de l'appelant n'avait pas été décidée dans des conditions d'impartialité, selon une procédure équitable ménageant les droits de la personne poursuivie [...]"³⁴⁷.

Une disposition réglementaire³⁴⁸ est bien venue apporter des améliorations et répondre en partie aux critiques émises par la Cour d'appel de Paris mais ce dernier portait en lui une contradiction flagrante en ce sens que pour répondre à l'absence de respect du contradictoire au cours de la procédure, il est venu renforcer le rôle du rapporteur dans la procédure de sanction faisant dire à Frédéric Bucher que "par ricochet, le fait que le même rapporteur continue de prendre part au vote de la sanction avec les autres membres du collège a

³⁴⁶ Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard, à propos du CMF que "compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le CMF ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable" ce qui n'engendre pas une application systématique des principes du procès équitable mais un examen au cas par cas de chacune des procédures suivies par les organismes chargés d'infliger des sanctions administratives.

³⁴⁷ CA Paris, 7 mai 1997, *Oury contre Agent Judiciaire du Trésor* (D. 1998, SC, p. 65, obs. I. Bon-Garcin et Y. Reinhard, B et D 1997, mai-juin, p. 40, obs. H. de Vauplane, RDBB 1997, n° 61, p.119, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche, JCP 1997, G, I, n° 4058, obs. A. Viandier et J.-J. Cassin, JCP 1997, E, n° 676, obs. A. Viandier et J.-J. Cassin).

³⁴⁸ Décret n° 97-774 du 31 juillet 1997 (JO 3 août 1997, p. 1544) portant modification du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatif à la procédure d'injonction et de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse et aux recours contre les décisions de cette Commission qui relèvent du pouvoir judiciaire.

assurément eu pour effet de réduire à néant le progrès apporté et de cristalliser les critiques sur le rôle dudit rapporteur³⁴⁹. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la décision prise par la Cour de cassation³⁵⁰ validant les arrêts d'appel pour le "seul motif"³⁵¹ que le rapporteur ne pouvait participer au délibéré, les autres arguments présentés par la Commission n'étant pas examinés.

221 - Cette solution a, par la suite, été étendue à la procédure menée devant le Conseil de la concurrence³⁵² mais cette fois davantage sous l'angle du respect de l'égalité des armes et du principe du contradictoire que sous l'angle du principe de l'impartialité mais le résultat est le même, la présence du rapporteur au délibéré, même sans voix délibérative, ne peut être tolérée dès lors qu'il a procédé à des actes d'instruction des faits ou contrôlé ceux-ci, comme c'était le cas pour le rapporteur général du Conseil de la concurrence³⁵³. Si on peut relever des divergences dans l'origine et le rôle des rapporteurs respectifs des deux autorités³⁵⁴, il n'en reste pas moins que, pour la Cour de cassation, qu'elle soit primordiale ou secondaire, la participation à un acte d'instruction doit impliquer une absence totale d'intervention au niveau de la prise de décision de la sanction.

³⁴⁹ F. Bucher, "Procédure de sanction de la COB et garanties fondamentales", DAff. 1999, p. 746.

³⁵⁰ Cass., Ass.Plén., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres* (LPA 1999, n° 29, 10 février, p. 3, note P. M., p.13, note C. Ducouloux-Favard, GP 1999, n° 55, 24-25 février, p. 60, concl. Lafortune, p. 70, note J.-M. Degueudre, L. Gramblat, M. Herbière, DAff. 1999, p. 410, obs. M. Boizard, Bull. Cass. 1999, 15 avril, p. 3, concl. Lafortune, D. 1999, SC, n° 249, obs. I. Bon-Garcin, JCP 1999, G, II, n°10060, note H. Matsopoulo, JCP 1999, E, p. 957, note E. Garaud, RGP 1999, p. 275, obs. L. Idot, DPen. 1999, avril, n° 54, obs. J.-H. Robert, RTDCom 1999, p. 467, obs. N. Ronchevsky, RDBB 1999, n° 71, p. 32, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche, RTDCiv 1999, p. 738, obs. L. Libchaber, RTDCiv 2000, p. 625, obs. J. Normand, Option finance 1999, n° 535, p. 6, note F. Vidal, RSés 1999, p. 620, note H. Le Nabasque, LJA 1999, n°447, p.1, note R.Milchior, BJB 1999, n°2, p.129, note N. Ronchevsky, Lamy DFin 1999, n° 95, p. 1, note M.-L. Hillion-Lecuyer).

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S.G.E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget* (LPA 1999, n° 206, 15 octobre, p. 4, note C. Ducouloux-Favard, DAff. 1999, n° 40, p. 44, note A. M., GP 1999, 1-2 décembre, p. 2, note O. Flécheux, p. 9, concl. Lafortune, CCC 1999, déc., n° 177, obs. Malaurie-Vignal, D. 2000, SC, n° 9, obs. M.-L. Niboyet, JCP 2000, G, II, n° 10255, note E. Cadou, RTDCiv 2000, p. 625, note Normand, JCP 2000, E, p. 2016, note J.-C. Fourgoux).

³⁵³ A noter avis contraire d'une partie de la doctrine représentée notamment par D. Brault in "La présence du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence : se fier aux apparences ou aux réalités ?", D et P 1999, n°74, p. 79 et Lamy DEco 1999, n° 118) qui souligne, dans son article, l'utilité, dans la qualité des décisions rendues, de la présence des deux rapporteurs notamment par les précisions matérielles qu'ils peuvent apporter aux membres du conseil.

³⁵⁴ La situation du rapporteur de la COB se distingue de celle du rapporteur et du rapporteur général devant le Conseil de la concurrence puisque, s'ils sont tous présents physiquement au délibéré, ils n'y assistent pas dans le même contexte, la participation du rapporteur de la COB au délibéré est effective puisqu'il a voix délibérative et fait partie du collège qui prend les décisions alors que la participation du rapporteur et du rapporteur général du Conseil de la concurrence n'est qu'apparente sachant qu'ils ne sont que des auxiliaires au collège qui prend les décisions et qu'ils n'ont pas voix délibérative.

En témoigne encore les décisions prises en matière de contentieux disciplinaire des avocats³⁵⁵ où on retrouve les mêmes solutions sur le problème identique de la participation du rapporteur au délibéré de la formation de jugement. Une des espèces est particulièrement significative de l'application stricte et sans aménagements du principe d'impartialité par la Cour de cassation dans la mesure où elle casse l'arrêt d'appel qui avait rejeté un recours fondé sur la violation du principe d'impartialité³⁵⁶. Or, la Cour d'appel avait motivé sa décision en se référant aux impératifs de souplesse et d'efficacité issus de la jurisprudence européenne. La Cour de cassation n'en a pas tenu compte et est restée dans une "détermination abstraite"³⁵⁷ du principe d'impartialité, le seul constat de la participation du rapporteur au débat et au vote suffisant au soupçon de partialité. Pour elle, "l'avocat désigné par le bâtonnier [...] en qualité de rapporteur pour procéder à une enquête sur le comportement de l'avocat mis en cause ne peut participer au délibéré du conseil de l'Ordre appelé à se prononcer sur les poursuites disciplinaires engagées"³⁵⁸ comme "un bâtonnier personnellement visé par les actes pour lesquels un avocat est poursuivi disciplinairement ne peut être membre du conseil de l'Ordre statuant sur ces poursuites"³⁵⁹. Le cumul de leurs fonctions respectives s'oppose au caractère objectif et impartial de la procédure menée. C'est la position de principe que l'on peut dégager de la jurisprudence judiciaire, il convient néanmoins de relever l'émergence d'une solution moins catégorique dans l'appréciation du principe d'impartialité par la Cour de cassation, perception laissant entrevoir un rapprochement significatif avec la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Voir, dans le même sens, notamment : F. Bibet, "Du rapporteur de la COB à celui du Conseil de la concurrence", BetD 1999, n° 108, p. 49.

³⁵⁵ Cass., civ., 1^{ère}, 5 octobre 1999 (2 arrêts) (Bull. Civ. I, n° 257, D. 2000, p. 312, note B. Blanchard, JCP 1999, G, II, n° 10203, concl. Sainte-Rose, GP 2000, 20 janvier, concl. Sainte-Rose, note A. Damien, RTDCom 2000, p. 632, obs. E. Claudel, RTDCiv 2000, p. 622, obs. J. Normand).

Voir aussi J. Sainte-Rose et A. Lalardrie, "Procès équitable et procédure disciplinaire" in Rapport de la Cour de cassation pour 1999, Documentation française 2000, p. 207.

³⁵⁶ La Cour affirmant que "viole l'article 6-1, La Cour d'appel qui rejette le recours formé par un avocat condamné à la peine disciplinaire de la radiation, alors qu'elle constate que deux rapporteurs désignés par le bâtonnier pour enquêter sur les faits objet de la poursuite avaient participé à la délibération du Conseil de l'ordre" (2^{ème} espèce, c. / Douai).

³⁵⁷ T.-M. David, "Participation du rapporteur au délibéré et principe d'impartialité de l'article 6-1 de la CEDH : les évolutions de la jurisprudence française", LPA 2001, 26 mars, n° 60, p. 8.

³⁵⁸ Cass., civ., 1^{ère}, préc. (1^{ère} espèce, c. / Basse-Terre).

2. Une évolution commune au Conseil d'Etat tendant à élargir le champ d'application du principe d'impartialité

222 - Il y a d'abord eu chez certains auteurs l'existence d'un malaise lié à l'approche plus pragmatique ou réticente du Conseil d'Etat par rapport à celle de la Cour de cassation³⁶⁰. Il peut paraître, en effet, délicat de penser sérieusement et d'accepter que le fait d'accomplir des actes d'instruction ne puisse avoir aucune influence sur le rapporteur qui viendra à l'audience. La doctrine en cause souligne, par exemple, que le rapporteur "ne peut forcément pas être vierge de tout préjugé à la différence de ses collègues de la formation de jugement"³⁶¹ ou qu'il "sera forcément imprégné de ce qu'il aura découvert au cours de son enquête, de ce qu'il faut bien appeler une instruction"³⁶². On peut aussi objecter que si le principe de séparation des fonctions trouve sa raison d'être en procédure pénale *stricto sensu*, elle doit exister tout autant en matière de sanctions prononcées par des autorités administratives puisqu'il "est tout aussi nécessaire pour ces procédures que chaque organe du procès ait un regard neuf sur le dossier, cette nouveauté du regard est la meilleure garantie du justiciable contre l'erreur qui peut naître du préjugé, que ce justiciable compare devant une autorité administrative ou une juridiction répressive"³⁶³.

Pourtant, il faut bien reconnaître, dans une première approche, que le Conseil d'Etat suit à la lettre et dans son esprit, bien qu'il n'en parle pas, la méthode préconisée et utilisée par la Cour européenne pour débusquer le vice de partialité³⁶⁴, à savoir, nous le rappelons, celle qui consiste à analyser scrupuleusement et concrètement "l'étendue", la "nature" et la "portée" des mesures adoptées par le juge avant le procès, pour apprécier si le soupçon de partialité, de préjugement et de préjugé est ou non justifié³⁶⁵. On peut, certes, regretter comme certains le fait que "le Conseil d'Etat applique ce qu'il y a de plus contestable dans la jurisprudence européenne alors qu'il fait tout ce qu'il peut pour ne pas appliquer la Convention européenne au contentieux administratif français"³⁶⁶. Mais, au-delà de la simple rigueur juridique, il faut

³⁵⁹ Cass., civ., 1^{ère}, préc. (1^{ère} espèce, c. / Basse-Terre).

³⁶⁰ Outre les auteurs déjà cités, on peut mentionner spécialement S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p. 482 ; J.-F. Brisson, "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 CEDH", *op. cit.* ; F. Sudre, note sous CE, 3 décembre 1999, *Didier* préc.

³⁶¹ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p.482.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Voir, en ce sens, l'entretien réalisé auprès de J.-C. Bonichot, "Les cours administratives appliquent l'article 6 de la CEDH dans sa lettre et dans son esprit", LPA 1999, n° 11, 15 janvier, p. 10.

³⁶⁵ Voir, en dernier lieu, CEDH, 6 juin 2000, *Morel contre France*, § 40, § 41, § 42 préc.

³⁶⁶ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p.483.

souligner, en tout état de cause, le souci louable du juge administratif d'adopter un certain réalisme en la matière³⁶⁷ dans la mesure où la généralisation de la position de la Cour de cassation aurait en effet conduit à fragiliser un grand nombre de procédures afférentes aux organismes en cause. Il y a ici prise en compte de la réalité institutionnelle des autorités régulatrices et disciplinaires puisqu'une application mécanique du principe d'impartialité risquerait, par les conséquences concrètes qu'elle entraînerait, de perturber en profondeur le fonctionnement interne desdites autorités. Certains auteurs imaginent, par exemple, "les manœuvres que pourrait permettre une disqualification automatique du rapporteur chargé de l'instruction. Il suffirait dès lors pour empêcher tel ou tel membre du collège de prendre part au vote de le désigner rapporteur de l'affaire"³⁶⁸.

223 - Quoi qu'il en soit, si on peut bien qualifier la position du Conseil d'Etat de "position à la fois stricte et réaliste"³⁶⁹, il faut quand même relativiser la portée du désaccord avec la Cour de cassation. Si l'on peut rapprocher, d'une certaine manière, les positions premières sur la participation du rapporteur au délibéré entre les deux juridictions suprêmes³⁷⁰, il faut relever une certaine évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En témoigne un arrêt relatif à la participation au délibéré du bâtonnier chargé de l'instruction dans la procédure disciplinaire menée contre les avocats³⁷¹. La Cour n'a pas repris la formulation simple et radicale de ces arrêts précédents³⁷² mais a semblé tout spécialement insister sur les attributions particulières du bâtonnier³⁷³, laissant entrevoir un rapprochement possible entre

³⁶⁷ En ce sens, notamment, M. Guyomar et P. Collin, chron. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, AJDA 2000, p.135.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 136.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 136.

³⁷⁰ Puisque la détermination du champ d'application du principe d'impartialité a pu faire l'objet d'une jurisprudence comparable dans son appréciation subjective et objective de la part des deux ordres de juridiction que ce soit à travers la jurisprudence *Oury* pour la Cour de cassation ou le fait que, si le Conseil d'Etat apprécie toujours l'éventualité d'une partialité subjective, il n'exclut pas d'étudier la question de la partialité objective. En témoigne l'arrêt relatif à la question de l'auto-saisine de la Commission bancaire : CE, sect., 20 octobre 2000, *Habib Bank Limited* préc.

³⁷¹ Cass., civ., 1^{ère}, 23 mai 2000 (AJDA 2000, p. 762, obs. P. Sargos, JCP 2000, G, II, n° 10400, note R. Martin, D. 2000, IR, n° 183, JCP 2000, G, IV, n° 2213, GP 2000, 1^{er} août, note P. Sargos, RTDCiv 2000, p. 622, obs. J. Normand)

³⁷² Selon laquelle un avocat désigné pour procéder à une enquête sur le comportement d'un confrère ne peut participer au délibéré du conseil de l'ordre appelé à se prononcer sur les poursuites disciplinaires engagées. Cf. Cass., civ., 1^{ère}, 5 octobre 1999 préc.

³⁷³ La cassation a, en effet, été prononcée dans les termes suivants : "Attendu que pour confirmer la décision du conseil de l'ordre, la cour d'appel a décidé que dans le cadre d'une procédure disciplinaire rien n'interdit au bâtonnier de participer au vote".

"Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le bâtonnier tient de l'article 189 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 le pouvoir d'apprécier les suites à donner à l'enquête à laquelle il procède lui-même ou dont il charge un

les deux ordres de juridiction ou tout le moins “le souci de ne pas aller trop loin quant à l'exclusion du délibéré de tout rapporteur, selon qu'il a ou non des prérogatives propres distinctes de celles qui appartiennent à la formation de jugement”³⁷⁴. Il y a aussi un souci de réalisme de la part de la Cour de cassation tenant notamment à éviter la mise en œuvre d'un “intégrisme procédural”³⁷⁵ étranger à la notion même de procès équitable.

A l'inverse, on a pu voir qu'au-delà de la simple présence ou participation du rapporteur au délibéré, le Conseil d'Etat avait pu appliquer concrètement le principe d'impartialité à propos d'autres caractéristiques de ces autorités, en l'occurrence leur faculté précise de s'autosaisir³⁷⁶. Il y a là une évolution commune dans la perception des exigences du principe d'impartialité d'autant plus que dans un arrêt où était en question l'ensemble de la procédure menée devant la Commission des opérations de bourse³⁷⁷, la Cour d'appel de Paris, a, tout en dépassant la simple question de la présence du rapporteur au délibéré, jugé que le simple constat du cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'était pas en lui-même contraire à l'exigence d'impartialité. Qu'il convenait de rechercher si, “compte tenu des modalités concrètes de mise en œuvre de ses attributions, spécialement au regard de la composition des organes appelés à les exercer, le droit de la personne poursuivie à un procès équitable a été ou non méconnu”³⁷⁸. Pour la Cour d'appel, l'impartialité se présume, la preuve contraire doit être rapportée et il faut y procéder minutieusement, en examinant dans le concret, selon une démarche pragmatique quasi-identique à celle du juge administratif, tous les éléments pouvant justifier le soupçon de partialité³⁷⁹. Il y a, en définitive, dans l'ensemble de ces décisions une jurisprudence rigoureuse qui relativise le désaccord entre les juridictions suprêmes³⁸⁰ mais qui permet aussi d'élargir le champ d'application du principe d'impartialité car au-delà des problèmes liés aux différentes interprétations, cette vague nouvelle de

rapporteur, en décidant soit du renvoi devant le conseil de l'ordre, soit du classement de l'affaire ; qu'en égard à cette attribution particulière il ne peut dès lors ni présider la formation disciplinaire ni participer au délibéré”.

³⁷⁴ P. Sargos, note préc. sous Cass., civ., 1^{ère}, 23 mai 2000, p. 764.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 764.

³⁷⁶ Cf. CE, sect., 20 octobre 2000, *Habib Bank Limited* préc à propos de la Commission bancaire ou CA Paris, 27 novembre 2001, *Société Caisse nationale du Crédit agricole et autres (LPA 2001, n° 244, p. 4)* à propos du Conseil de la concurrence.

Voir aussi J.-J. Menuret, “La saisine d'office du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6-1 CEDH”, *CCC 2002*, janv., p. 4 et suiv.

³⁷⁷ CA Paris, 7 mars 2000 (*DAff. 2000*, p. 212, obs. M. Boizard, *LPA 2000*, 22 mai, n° 101, p. 4, note C. Ducouloux-Favard, *DPen 2000*, juin, n° 74, obs. J.-H. Robert, *RTDCom 2000*, p. 405, obs. N. Rontchevsky, *JCP 2000*, G, II, n° 10408, note R. Drago)

³⁷⁸ CA Paris, 7 mars 2000 préc.

³⁷⁹ En l'espèce, la Cour d'appel de Paris se livre à une analyse minutieuse et chronologique de la procédure suivie devant la COB pour constater notamment que les poursuites avaient été ouvertes par un collège composé de son président et de membres dont six se retrouveront, dans la suite de la procédure, pour déclarer les culpabilités et prononcer les sanctions.

jurisprudence administrative ou judiciaire a au demeurant déjà conduit à modifier la procédure suivie devant de nombreuses autorités³⁸¹ et elle ne peut apporter qu'une plus grande légitimité aux institutions en cause leur permettant de tendre, de même, au-delà de la maturité organique, vers une certaine maturité fonctionnelle.

§ 2 : *La qualité des procédures mises en œuvre : vers la maturité fonctionnelle*

224 - Selon les standards internationaux, trois garanties procédurales doivent constituer les exigences essentielles à la vie de la démocratie : la procédure doit être publique, rapide et équitable. Parmi ces garanties et sans vouloir être exhaustif quant à l'ensemble des caractéristiques de procédure, il convient de rendre compte de l'évolution, au cours des dernières années, de l'une des plus caractéristiques d'entre elles à savoir le respect des droits de la défense, enjeu essentiel placé au cœur des garanties de procédure. S'il est impossible de rendre compte des multiples implications ou interprétations de la célèbre formule latine *audi alteram partem* selon laquelle, avant de décider, il convient d'entendre l'autre partie, il faut noter aujourd'hui l'évolution certaine de la notion de contradiction dans la procédure administrative mais aussi corrélativement dans la procédure menée par les organismes administratifs ou disciplinaires ayant le pouvoir de prononcer des sanctions.

Cette notion de contradiction s'est progressivement diffusée, à partir du procès pénal, sous les seules considérations nationales par lesquelles il a toujours été mis l'accent sur les droits de la défense, le contradictoire n'en représentant qu'un simple prolongement. Or, comme peut le noter Jean-Louis Autin, "les termes de la problématique ont changé"³⁸² puisque si on aborde désormais la question sous l'angle des incidences de la Convention européenne, la référence au contradictoire tend désormais à supplanter l'invocation des droits de la défense comme elle tend à relativiser la fameuse distinction entre procédure juridictionnelle et procédure non contentieuse. La Convention a immanquablement une incidence sur la notion

³⁸⁰ Puisqu'on ne peut pas conclure finalement à une identité de point de vue.

³⁸¹ Voir respectivement art. 15 et 22 de la décision du 18 juillet 1999 (JO 21 juillet 1999, p. 10849) pour l'ART ; art. 9 du décret n°2000-721 du 1^{er} août 2000 (JO 2 août 2000, p. 11939) modifiant les dispositions du décret n°90-263 du 23 mars 1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la COB ; art. 71-VIII et 72-III de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 (JO 2 août 2000, p.11903) modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication pour le CSA ; art. 4 du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 (JO 16 septembre 2000, p. 14519) relatif aux procédures applicables devant la CRE ; loi n°2001-420 du 15 mai 2001 (JO 16 mai 2001, p. 7776) relative aux nouvelles régulations économiques qui, en réformant le livre IV du CCom, a pour objet de réaliser un aménagement des procédures devant le Conseil de la concurrence et un renforcement des sanctions.

³⁸² J.-L. Autin, "Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative" in Rapport public 2001 du Conseil d'Etat, La documentation française, p. 389.

de contradiction à la fois par son “impact technique”³⁸³ mais aussi par “les changements pratiques qui en découlent”³⁸⁴. Si le cadre administratif de la procédure, qu'elle soit contentieuse ou non, a pu ainsi être dépassé sous les seules considérations nationales (A), les considérations européennes vont permettre, quant à elles, de dépasser le cadre interne de la procédure en donnant de nouvelles perspectives au principe de la contradiction (B). Les témoins privilégiés de ces changements étant les institutions disciplinaires et régulatrices.

A – Le dépassement du cadre administratif de la procédure : l'évolution du principe de contradiction

225 - Si les droits de la défense supposent toujours le respect d'une contradiction plus ou moins développée (1), ces deux notions ont acquis progressivement une certaine indépendance permettant au principe de contradiction de dépasser la portée initiale plus ou moins réduite qu'on pouvait justement lui attacher par la confusion avec les droits de la défense (2).

1. Un principe à portée réduite par la confusion initiale avec la notion de droits de la défense

226 - La procédure suivie tant devant l'administration active que devant la juridiction administrative dans le droit administratif de la répression disciplinaire conduisait la jurisprudence et la doctrine à procéder à une confusion conceptuelle entre droits de la défense et contradiction. Le sens et la portée de la contradiction allaient être systématiquement dégagés par l'interférence des droits de la défense. En témoigne l'illustration la plus commune de cette dépendance matérialisée par le célèbre arrêt *Téry* à l'occasion de poursuites disciplinaires dirigées contre un fonctionnaire enseignant devant une juridiction administrative disciplinaire où il était stipulé que “ledit sieur Téry est fondé à soutenir qu'il s'est trouvé privé du droit de la défense”³⁸⁵ alors, qu'en l'espèce, l'appelant n'avait pas été mis en mesure de présenter ses observations orales à l'encontre d'un jugement d'un conseil académique.

³⁸³ J.-L. Autin, “Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative”, *op. cit.*, p. 389.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 389.

³⁸⁵ CE, 20 juin 1913, *Téry* (Rec. CE, p. 736, concl. Corneille, S. 1920. 3. 13, GAJA).

Voir également CE, 23 janvier 1864, *Petit-Colas* (Rec. CE, p. 51, concl. Robert) où le commissaire du gouvernement Robert évoque à propos d'une sanction prise par le Conseil impérial de l'instruction publique, “le principe [...] fondamental [...] du droit à la défense” tandis que le juge de cassation retient que “l'inculpé a [...] le droit d'être entendu par le Conseil”.

Le recours au principe se développait autour de deux axes, d'abord celui de la procédure contentieuse où les droits de la défense devenaient un concept "attrape-tout"³⁸⁶. Certains arrêts soulignaient, par exemple, que le juge pouvait fonder sa décision sur des griefs non dénoncés dans la plainte "sous réserve que soient respectés les droits de la défense"³⁸⁷ ou "que les droits de la défense se trouvent ainsi garantis par le caractère contradictoire donné à la procédure d'instruction préalable"³⁸⁸. A l'inverse, les arrêts se référant directement et explicitement au caractère contradictoire de la procédure étaient très rares jusqu'aux années soixante³⁸⁹.

Cette dépendance desdits principes se révélait identique dans le second axe à savoir la procédure administrative non contentieuse. Affirmant d'abord le simple droit de la communication du dossier pour tout fonctionnaire ou agent public menacé d'une mesure d'ordre interne s'apparentant à une punition³⁹⁰, le Conseil d'Etat étendit, par la suite, ce droit à tous les administrés faisant l'objet d'une mesure s'apparentant à une sanction administrative³⁹¹ et à toute mesure prise en considération de la personne même en l'absence d'un motif disciplinaire³⁹². Peu importe que la décision soit administrative ou juridictionnelle, qu'elle concerne ou non un fonctionnaire, dès lors qu'elle porte atteinte à une situation individuelle et qu'elle revêt le caractère d'une sanction, l'autorité qui la prend doit respecter les droits de la défense et si la contradiction est une des expressions les plus achevées des droits de la défense, elle n'en reste finalement que le corollaire.

Or, que ce soit en procédure contentieuse ou non contentieuse et comme peut le souligner Olivier Schrameck, "une telle vision peut induire certaines restrictions quant à l'application du principe du contradictoire"³⁹³. Le principe des droits de la défense réduit, en

³⁸⁶ O. Gohin, "La contradiction avant l'article 6-1", *RFDA 2001*, n° spécial, p. 6.

³⁸⁷ CE, sect., 8 juin 1956, *Dardenne* (*Rec. CE*, p. 239).

³⁸⁸ CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris* (*Rec. CE*, p. 165).

³⁸⁹ Olivier Gohin donne comme ex. les arrêts CE, 31 octobre 1928, *Bancel* (*Rec. CE*, p. 101), CE, 13 novembre 1929, *Dame Veuve Basset* (*Rec. CE*, p. 985) ou encore CE, 22 avril 1949, *Millès-Lacroix* (*Rec. CE*, p. 182) in "La contradiction avant l'article 6-1", *op. cit.*, p. 6.

³⁹⁰ En vertu de l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905 préc. dont le Conseil d'Etat précisera la portée : voir, par ex., CE, 9 novembre 1910, *Parent* (*Rec. CE*, p. 756) ou CE, 22 mars 1944, *Prats* (*Rec. CE*, p. 95).

³⁹¹ CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier* (*Rec. CE*, p. 133, *RDP 1944*, p. 256, concl. Chenot, note G. Jèze, *D. 1945*, p. 110, concl. Chenot, note De Soto, *GAJA*).

³⁹² Voir, en ce sens les arrêts : CE, sect., 20 janvier 1956, *Nègre* (*Rec. CE*, p. 304, *D. 1957*, p. 319, concl. Guionin) ; CE, 9 décembre 1955, *Ministre des Postes, Télégraphes et Téléphones contre Garysas* (*Rec. CE*, p. 585, *RDP 1956*, p. 330, note M. Waline) ; CE, sect., 9 mai 1980, *Société des Etablissements Cruse Fils* (*Rec. CE*, p. 217, *AJDA 1980*, p. 482, concl. Genevois, *GP 1980*, 2, p. 749, note Rozier et Thévenin, *D. 1980*, IR, p. 557, obs. P. Delvolvé).

Voir pour un bilan détaillé de la démarche du Conseil d'Etat : R. Odent, "De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas - Réflexions sur une jurisprudence", *EDCE 1962*, p. 43 et suiv.

³⁹³ O. Schrameck, "Quelques observations sur le principe du contradictoire", *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 632.

effet, la portée du contradictoire en ce que le premier postule “des droits précisément définis et une posture de défense³⁹⁴” alors que le second suppose une égalité de traitement entre demandeur et défendeur, en somme, une égalité devant la loi et la justice. En d'autres termes, les droits de la défense se limitent aux parties et personnes intéressées à l'instance placées en position de défense et occultent le demandeur alors que le contradictoire concerne le déroulement de l'instance en son entier et tous ceux qui y participent, y compris le juge³⁹⁵. S'il n'est pas toujours facile de faire la distinction tant la terminologie utilisée est parfois ambiguë, il reste que, même sous l'influence des droits de la défense, le Conseil d'Etat recourait progressivement à une définition spécifique de la contradiction, et ceci, que ce soit en contentieux disciplinaire comme en matière de procédure administrative non contentieuse, qu'elle fasse l'objet de sanctions disciplinaires comme de sanctions administratives.

2. Un principe à portée plus conséquente par la prise en compte progressive d'une définition spécifique

227 - Ce n'est que par une évolution longue et complexe que le Conseil d'Etat allait progressivement dégager la contradiction de l'emprise des droits de la défense. Le premier témoin de “ce mouvement discontinu d'autonomisation de la contradiction³⁹⁶” allait être la référence au caractère contradictoire comme critère formel de la juridiction en lieux et places de la notion plus vaste de droits de la défense³⁹⁷ alors que la jurisprudence restait confuse et inconstante sur le statut de la notion parlant, indistinctement, de “principe général³⁹⁸”, de “principe³⁹⁹” ou encore de “règle générale de procédure⁴⁰⁰”. L'affirmation claire de la contradiction en tant que principe général du droit en procédure contentieuse ne sera acquise qu'en 1976 par une intervention du Conseil d'Etat en tant que juge de l'excès de pouvoir

³⁹⁴ O. Schrameck, “Quelques observations sur le principe du contradictoire”, *op. cit.*, p. 632.

³⁹⁵ En ce sens aussi, H. Zeghib, “Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse”, RDP 1998, p. 472.

³⁹⁶ O. Gohin, “La contradiction avant l'article 6-1”, *op. cit.*, p. 6.

³⁹⁷ Voir en ce sens CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières* (Rec. CE, p. 50, RDP 1947, p. 68, concl. Odent, note M. Waline, JCP 1947, G, II, n° 3508, note G. Morange) ; CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre contre Coulon* (Rec. CE, p. 150, D. 1955, p. 555, note De Soto et Léauté, RDP 1955, p. 995, concl. Grévisse, AJDA 1955, II, p. 181, chron. M. Long) ; CE, sect., 23 mars 1956, *Louis* (Rec. CE, p. 136, D. 1957, p. 149, note L. T.) ; CE, sect., 2 mars 1973, *Massé* (Rec. CE, p. 185, concl. Braibant, AJDA 1974, p. 97, note J. Magnet).

³⁹⁸ CE, sect., 12 mai 1961, *Société La Huta* (Rec. CE, p. 313) ou CE, 12 février 1958, *Kouch* (Rec. CE, p. 95).

³⁹⁹ CE, 26 février 1969, *Galante* (Rec. CE, p. 118) ou CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre contre Coulon* préc.

⁴⁰⁰ CE, 18 novembre 1964, *Rainaut* (Rec. CE, p. 559, AJDA 1965, p. 408, note B. Paulin) ou CE, Ass., 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne* (Rec. CE, p. 645, AJPI 1969, p. 226, concl. Questiaux, RDP 1969, p. 512, note M. Waline, p. 520, concl. Questiaux, AJDA 1969, p. 180, note Homont, JCP 1969, G, II, n° 15793, note Seignolle).

précisant que le juge civil, dans l'espèce, devait assurer les pouvoirs à lui conférés "dans le respect des principes généraux du droit, notamment de celui selon lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire"⁴⁰¹.

Si les garanties offertes en procédure non contentieuse n'étaient pas encore, à ce stade, celles que l'on avait dans la procédure contentieuse, on dénotait déjà "une sorte d'inversion des valeurs"⁴⁰², "une sorte de recentrage autour des droits de la défense qui auront tendance à être compris plus largement qu'auparavant"⁴⁰³. Le témoin privilégié de cet état de fait se trouvait être le décret du 28 novembre 1983⁴⁰⁴ qui, même s'il laissait percevoir certaines limites⁴⁰⁵, ne constituait pas moins les bases d'une dynamique nouvelle⁴⁰⁶. Comme le note, par exemple, Olivier Schrameck, "ce qu'il organise, c'est bien une procédure contradictoire préalable au bénéfice de tout intéressé et non la seule faculté d'exercer des droits de la défense"⁴⁰⁷ et il constitue indéniablement, à cet égard, "un pas vers la consécration complète du principe du contradictoire"⁴⁰⁸. Cependant, malgré ces progrès, des insuffisances restaient perceptibles, si on a dépassé le cadre premier ou initial des procédures contentieuses spéciales ou non contentieuses dans l'exercice du pouvoir de sanction, on arrive désormais à tendre vers une vision encore plus générale de la procédure directement issue de l'avènement de ce que l'on peut appeler les principes du droit processuel ou du procès équitable.

B – Le dépassement du cadre interne de la procédure : les nouvelles perspectives de la contradiction

228 - L'ensemble du cadre interne de la procédure ainsi décrit ne permet pas, à ce stade, de conclure à un total respect du contradictoire, les motifs tiennent autant à un respect plutôt rigide de la prérogative d'action unilatérale et d'office de l'administration qu'à des objections pratiques tirées de la durée et de la complexité des procédures et tiennent ainsi à ce

⁴⁰¹ CE, 16 janvier 1976, *Gate, Dubosc et autres, Perrimond et autres* (Rec. CE, p. 39).

⁴⁰² H. Zeghib, "Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse", *op. cit.*, p. 478.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 478.

⁴⁰⁴ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 (JO 3 décembre 1983, p. 3492) concernant les relations entre l'administration et les usagers.

Voir notamment C. Lepage-Jessua, "Le décret du 28 novembre 1983 [...] : une mini révolution ?", GP 1984, p. 145 ou J.-M. Auby, "Le décret du 28 novembre 1983", AJDA 1984, p. 124.

⁴⁰⁵ Les limites imposées par le texte (par ex., les nombreuses exceptions au principe du contradictoire) sont rejointes par les limites imposées par le juge (par ex., les hypothèses de compétence liée).

⁴⁰⁶ Si le recours au principe du contradictoire s'était développée autour des sanctions proprement dites ou autour des mesures prises en considération de la personne, le principe tend aussi à s'appliquer, maintenant, aux décisions défavorables dont la motivation est obligatoire (art. 8 du décret n° 83-1025 préc. du 28 novembre 1983).

⁴⁰⁷ O. Schrameck, "Quelques observations sur le principe du contradictoire", *op. cit.*, p. 635.

que le préalable du contradictoire soit regardé encore avec méfiance, “comme une greffe hasardeuse et en tout cas gênante”⁴⁰⁹. Pourtant, peu à peu, on va tendre progressivement vers une conception différente de la contradiction, en d'autres termes, “vers une rationalité différente de celle à laquelle se rattache encore “le droit du contradictoire”⁴¹⁰ et, ceci, sous l'effet de plusieurs facteurs qu'ils soient internes⁴¹¹ ou externes⁴¹². Ces facteurs vont avoir tendance à fixer le contradictoire dans des zones nouvelles de la procédure administrative non contentieuse ou même contentieuse donnant ainsi audit principe une nouvelle dynamique, l'exemple le plus frappant étant l'alliance du contradictoire et des procédures menées devant les instances de régulation (1). Enfin, ces facteurs vont permettre d'aller au-delà de la simple notion de contradiction par l'entremise d'une vue plus générale de la procédure, la notion d'équité prenant alors le relais de la notion de contradiction (2).

1. Une dynamique nouvelle sous l'impulsion des instances de régulation

229 - Le domaine des instances de régulation permet de cerner l'évolution des rapports entre la contradiction et la décision administrative. Comme peut le souligner Hocine Zeghib, Il y a là un domaine où intervient “une logique nouvelle du rapport Etat-citoyen”⁴¹³, si l'Etat n'intervient pas directement et délègue ses compétences à des autorités administratives dont il organise l'indépendance vis-à-vis tant de lui-même que des intérêts particuliers, il permet ou impose néanmoins un encadrement plus strict des procédures dans un souci d'efficacité comme dans un souci de légitimité de la décision prise et, tout naturellement, cela débouche sur une zone “dans laquelle le contradictoire semble trouver facilement à se fixer puisque la loi a été très vite relayée par la jurisprudence constitutionnelle”⁴¹⁴.

En témoigne la décision prise à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴¹⁵ d'où il ressort, qu' “aucune sanction ne peut être infligée sans que le titulaire de l'autorisation ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir

⁴⁰⁸ H. Zeghib, “Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse”, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁰⁹ O. Schrameck, “Quelques observations sur le principe du contradictoire”, *op. cit.*, p. 635.

⁴¹⁰ H. Zeghib, “Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse”, *op. cit.*, p. 483.

⁴¹¹ Par ex., une plus grande démocratisation de la société ou aussi une intervention grandissante du Conseil constitutionnel dans le domaine des droits fondamentaux.

⁴¹² Par ex., la construction européenne, la mondialisation des échanges et de la communication et, bien entendu, le rôle prépondérant de la Cour européenne des droits de l'homme dans la défense des droits de l'homme.

⁴¹³ H. Zeghib, “Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse”, *op. cit.*, p. 489 et 490.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 489.

⁴¹⁵ Décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc.

accès au dossier le concernant⁴¹⁶ mais où le Conseil constitutionnel appelle, surtout, au respect “d'une procédure contradictoire [...] diligentée par un membre de la juridiction administrative”⁴¹⁷. Pourtant, en dépit de dispositions textuelles prévoyant le plus souvent que, devant ces organismes, la procédure est pleinement contradictoire⁴¹⁸, des insuffisances ont pu être dénoncées en partie liées, dans certains cas, au manque de culture juridictionnelle de ces instances et aux dispositions souvent lacunaires des textes institutifs sur ce qui touche à la procédure suivie devant elles. Néanmoins, le juge fait aujourd'hui preuve, sur ce point, d'une vigilance certaine si on observe l'exigence liée à la mise en demeure préalable à l'édiction de mesures de sanction prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴¹⁹, le Conseil d'Etat se fondant expressément sur l'interprétation donnée en ce sens par le Conseil constitutionnel. Si cette exigence a, par la suite, été étendue aux sanctions prononcées par la Commission de contrôle des assurances⁴²⁰ et ne revient, finalement, à permettre le prononcé d'une sanction qu'en cas de récidive, elle n'a, en aucun cas, été généralisée mais elle témoigne d'une prise en compte nouvelle de la valeur dudit principe par le juge.

230 - Il convient de souligner, à cet égard, le processus par lequel les exigences de la contradiction sont progressivement hissées à des échelons supérieurs de la hiérarchie des normes. La contradiction se situe aujourd'hui au rang des normes à valeur législative, la solution venant d'être consacrée de manière concomitante dans les deux branches de la procédure administrative à savoir dans la procédure non contentieuse⁴²¹ et dans la procédure

⁴¹⁶ Décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc., considérant n° 29.

⁴¹⁷ *Ibid.*, considérant n° 29.

⁴¹⁸ Par ex., la COB ne peut prononcer de sanction pécuniaire ou ordonner la publication de sa décision “qu'après une procédure contradictoire” (art. 9-2 ord. n° 67-835 du 28 septembre 1967 préc.).

Aux termes de l'art. 18 de l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 préc., “l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires”.

On peut enfin citer le CMF d'où il résulte de l'art. 69 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 préc. qu' “aucune sanction ne peut être prononcée sans que les personnes en cause aient été entendues ou, à défaut, dûment appelées”.

⁴¹⁹ CE, Ass., 11 mars 1994, *SA “La Cinq”* (Rec. CE, p. 118, concl. Frydman, RFDA 1994, p. 425, concl. Frydman) ou CE, 13 janvier 1995, *Société Télévision française 1* (RFDA 1997, p. 31), CE, 10 juillet 1995, *Société Télévision française 1* (RFDA 1997, p. 32).

⁴²⁰ CE, 21 février 1996, *Mutuelle antillaise des assurances et autres* (AJDA 1996, p. 322, concl. Piveteau, RFDA 1997, p. 34).

⁴²¹ Art. 24 al. 1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JO 13 avril 2000, p. 5346) qui a élevé au rang législatif les impératifs édictés en 1983 et qui stipule que “exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales”.

contentieuse où le caractère contradictoire de la procédure, du moins au stade de l'instruction, au niveau du Conseil d'Etat et sous réserve des nécessités liées à l'urgence, est affirmé par le Code de justice administrative⁴²². L'évolution est d'ailleurs identique pour certaines institutions disciplinaires ou régulatrices si on regarde, de façon générale, l'institution du Code Monétaire et financier, ce dernier confirmant la valeur législative du principe de contradiction quant aux autorités en cause⁴²³. Il faut, de même, noter l'abrogation et la codification de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence devenue le livre IV du Code de commerce⁴²⁴. La concrétisation, de façon nette, de cette dynamique nouvelle amorce une vision encore plus développée du principe de contradiction par la prise en compte de nouvelles perspectives directement liées au juge européen et notamment fondées sur la notion d'équité.

2. Une vision nouvelle sous l'influence de la notion d'équité

231 - Devenu le critère principal d'un Etat de droit, le droit à un procès équitable a envahi tous les contentieux grâce à une politique audacieuse et originale de la Cour européenne des droits de l'homme. Fondement de ce concept de procès équitable, la notion d'équité apparaît au centre des débats. Or, il convient de s'entendre sur le terme d'équité, il ne faut pas concevoir la notion à travers la recherche systématique de l'humain dans les conséquences que provoque toute décision de justice. Elle n'est pas ici source d'atténuation de la règle de droit par des considérations particulières. L'équité dont il est question n'est pas celle qui s'oppose au droit, ce n'est pas le dépassement du droit au nom de principes supérieurs⁴²⁵. S'il s'agit d'être juste dans le jugement rendu, c'est à travers l'idée d'équilibre et celle de traitement égal à chacun, "le procès équitable, c'est le procès équilibré entre les parties"⁴²⁶, ce n'est pas le procès basé sur un idéal de justice⁴²⁷. Comme le note Loïc Cadiet, "coups de cœur et cote d'amour sont exclus du droit au procès équitable"⁴²⁸.

⁴²² Art. L. 5 CJA stipule : "L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celle de l'urgence".

⁴²³ Voir respectivement, en ce sens, les articles du Code M. et F. : art. L. 613-23-II al. 2 pour la Commission bancaire ; art. L. 621-26 pour le contrôle disciplinaire des gestionnaires de portefeuille par la COB ; art. L. 622-16-II pour le CMF ; art. L. 623-3 al. 2 pour le CDGFin.

Enfin, il convient aussi de noter la transposition de l'art. 18 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986 dans l'art. L. 463-1 du Code de commerce concernant le caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil de la concurrence.

⁴²⁴ Voir, en ce sens, ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 (JO 21 septembre 2000, p.14783) relative à la partie législative du Code de commerce.

⁴²⁵ Voir, par ex., sur la notion d'équité le numéro spécial "Justice et équité", Justices 1998-9.

⁴²⁶ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, op. cit., p.283.

L'équité en général se distingue de l'équité processuelle. Avec le droit au procès équitable, l'équité devient "un instrument de raison qui sert à juger la régularité de la procédure à partir de la pesée pragmatique des intérêts en cause, intérêts privés entre eux, certes, mais aussi intérêts privés dans leur rapport avec l'intérêt public incarné par la juridiction et, le cas échéant, le ministère public"⁴²⁹. Le principe d'égalité des armes⁴³⁰, exigence non formellement exprimée dans la Convention, est une illustration très parlante de cette idée que la règle procédurale n'est pas équitable si elle n'assure pas un traitement égal, au sens proportionnel du terme, entre les divers acteurs du procès.

232 - Si cette égalité des armes est essentiellement envisagée sous l'angle du droit à une procédure contradictoire, elle étend et dépasse concrètement la notion même de contradiction. Le principe concerne, de façon identique, toutes les procédures mais il ne se limite pas qu'aux seules parties au procès et va beaucoup plus loin en étendant cette garantie aux relations des parties avec des tiers qui ne sont pas, processuellement parlant, des parties. L'exemple le plus significatif de cette différence entre respect de la contradiction et respect de l'égalité des armes est la communication des conclusions du Commissaire du gouvernement à la juridiction administrative, mais pas aux parties. Pour le Conseil d'Etat⁴³¹, il y a respect du contradictoire dans la mesure où le commissaire du gouvernement est membre de la juridiction⁴³² et participe à la fonction de juger et que cette fonction n'est pas soumise au principe du contradictoire. Pour la Cour européenne, il y a violation du principe de l'égalité des armes dans la mesure où les observations ne sont pas transmises aux parties, elle juge, de la sorte, que "si elle ne doute pas que le ministère public devant les juridictions suprêmes [...] soit un magistrat indépendant, impartial et objectif, dans la mesure où il émet un avis qui est destiné à influencer la cour, les parties doivent en avoir connaissance"⁴³³.

⁴²⁷ Ce dernier est néanmoins présent puisque réaliser l'équilibre dans un procès tend à réaliser aussi un idéal de justice. En ce sens, S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p. 283.

⁴²⁸ L. Cadet, "L'équité dans l'office du juge civil" in n° spécial préc. "Justice et équité", p. 104.

⁴²⁹ *Ibid.*, p.104.

⁴³⁰ Cf. *Supra*. p. 202.

⁴³¹ Voir, en ce sens, CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine* (D. 1999, p. 85, concl. Chauvaux, JCP 1998, G, I, n°176, chron. J.-C. Bonichot et R. Abraham, AJDA 1998, p. 991, J.-F. Flauss, AJDA 1999, obs. Rolin, RGP 1999-2, p. 191, obs. Dubouy, RFDA 1999, p. 807, chron. L. Sermet).

⁴³² On retrouve cette formule dans l'art. L. 7 CJA.

⁴³³ Cf. CEDH, 20 février 1996, arrêts *Vermeulen contre Belgique* et *Lobo Machabo contre Portugal* (Rec. CEDH 1996-1, AJDA 1996, p. 1028, obs. J.-F. Flauss, RTDCiv 1996, p. 1028, obs. Marguénaud, RTDCiv 1997, p. 992, obs. Perrot, p. 1006, obs. Marguénaud, RTDE 1997, p. 373, note F. Benoît-Rohmer, JDI 1997, p. 203, obs. P. B., Justices 1997-5, p. 195, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, D. 1997, SC, p. 208, obs. Fricéro).

Si la Cour européenne a, depuis, pu juger que le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat n'était pas assimilable à un ministère public et partant, que son rôle n'avait pas à être apprécié au travers du prisme du ministère public tel qu'il avait jusque là été façonné⁴³⁴, cette question témoigne néanmoins de l'extension générale du principe de contradiction, extension qui se traduit dans les garanties requises mais aussi dans le nouveau champ d'application du principe puisque les institutions disciplinaires et régulatrices sont les témoins privilégiés de cette évolution. L'ensemble permet de faire tendre ces institutions vers une certaine maturité organique et fonctionnelle qui leur apporte, de la sorte, une nouvelle légitimité. Il y a là la marque de l'affermissement plus poussé de ces institutions dans la sphère administrative, marque qui peut laisser entrevoir, à ce sujet et au-delà de la complémentarité exposée avec le juge administratif, une réorganisation potentielle de la justice administrative.

Section 2 : **La légitimation par la réorganisation potentielle de la justice administrative**

233 - Le fait que les institutions disciplinaires et régulatrices se dirigent aujourd'hui vers une certaine maturité organique et fonctionnelle tend à mettre l'ensemble de leurs procédures en parallèle avec les procédures de droit commun (§1). S'il n'y a pas encore une réelle identité, il y a un rapprochement indéniable qui confère progressivement un nouveau statut aux dites institutions. Ce nouveau statut montre qu'elles peuvent être désormais placées sur un pied d'égalité avec les juges de droit commun mais cela dans l'optique, non d'une concurrence directe, mais d'une certaine complémentarité. Ce phénomène nouveau amène à s'interroger sur ces nouvelles formes et fonctions directement liées à la justice administrative, ne témoignent-elles pas d'une certaine évolution dans ce domaine, ne reflètent-elles pas, par exemple, la nécessité de besoins ou pouvoirs nouveaux dans la sphère administrative ? L'ensemble reste, en tout cas, le reflet d'une nouvelle vision de la justice administrative et d'un besoin conséquent d'aider ou même dépasser, d'une certaine manière, les structures de droit commun (§2).

⁴³⁴ Cf. CEDH, 7 juin 2001, *Kress contre France* (LPA 2001, 3 octobre, n° 197, p. 13, note J.-F. Flauss, D. 2001, p. 2611, note J. Andriantsimbazovina, p. 2619, note R. Drago et p. 2988, note V. Haïm, RTDE 2001, p. 727, note

§ 1 : *De la spécificité à la mise en parallèle des procédures*

234 - La mutation du droit du procès à l'époque contemporaine et la nouvelle conception du droit processuel permettent aujourd'hui, au-delà des qualifications juridictionnelles, judiciaires ou administratives, d'opérer un rapprochement des diverses procédures qu'elles soient civiles, répressives, administratives mais aussi disciplinaires ou régulatrices. Si on a, à l'origine, seulement envisagé le droit processuel comme une simple comparaison des procédures et contentieux⁴³⁵, la notion dépasse désormais ce simple cadre de comparaison. La procédure se trouve, en effet, irriguée par des standards communs à toutes les sortes de procès, standards provenant de sources internationales, pour l'essentiel européennes, comme de sources constitutionnelles.

Comme peuvent le noter certains auteurs, "le droit processuel a changé de dimension, il n'est plus le droit des procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale, mais le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous procès"⁴³⁶. Sans négliger les nuances qui peuvent encore exister entre les divers contentieux, il est indéniable qu'il existe aujourd'hui un fonds commun procédural qui se développe tous les jours et duquel se dégage une science de la procédure qui englobe et dépasse les qualifications classiques entre juridictions de droit commun et juridictions spécialisées comme entre juridictions et autorités administratives. L'institution de ce fonds commun procédural va petit à petit effacer la spécificité des autorités régulatrices et disciplinaires par rapport aux juridictions de droit commun concrétisant, de la sorte, une certaine complémentarité (A). Mais cette complémentarité et le rapprochement conséquent des procédures vont aussi se manifester par un phénomène de confusion des contentieux. Si des contentieux plus spécifiques tendent à se développer, comme par exemple le droit processuel économique né du développement des activités de régulation, c'est toujours dans le respect du fonds commun procédural précédemment décrit. Il y a une sorte d'attraction vers le droit commun qui s'opère pour ces contentieux spécifiques à laquelle s'ajoute un phénomène de croisement des contentieux à

F. Benoît Rohmer, RDP 2001, p. 895, note C. Maubernard, JCP 2001, G, II, n° 31, p. 1559, chron. F. Sudre et p.1568, note F. Sudre).

⁴³⁵ Voir, en ce sens les ouvrages fondateurs de H. Vizioz, Etudes de procédure, Ed. Bière (Bordeaux), 1956 et H. Motulsky, Droit processuel, Montchrestien, 1973.

⁴³⁶ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p.3.

travers l'ensemble des sources mais aussi à travers les différents recours. L'ensemble confirme ou accentue, en définitive, cette idée de confusion des contentieux (B).

A – Par l'institution d'un fonds commun procédural

235 - L'institution d'un fonds commun procédural se traduit par la volonté, toujours croissante, de soumission aux droits fondamentaux de l'ensemble des procédures. Cette soumission s'est opérée, de manière interne, sous l'influence de ce qu'on peut appeler la constitutionnalisation du droit processuel (1) puis elle s'est trouvée relayée par l'émergence, plus récente, d'un véritable droit substantiel à un procès équitable (2). L'ensemble des droits fondamentaux ainsi générés s'est transposé en l'énoncé de principes directeurs d'application, certes, spécifiques mais d'inspiration, en réalité, commune. C'est un statut d'origine législative qui est amené à protéger désormais ces différents principes témoignant de cette volonté d'obtention d'une plus grande protection.

1. La constitutionnalisation du droit processuel

236 - La recherche de l'effectivité des droits fondamentaux est sans doute un des phénomènes les plus marquants de cette fin du XXème siècle. Placée sous leur emprise, la procédure, dans ce qu'elle a de plus technique, se renouvelle et laisse entrevoir un droit commun du procès, un droit commun à toutes les procédures qui va bien au-delà des trois contentieux traditionnels pour y inclure les contentieux régulateurs et disciplinaires. C'est l'émergence d'un droit constitutionnel des droits et libertés fondamentaux⁴³⁷ qui va constituer le facteur prépondérant de l'évolution ainsi décrite et de l'attraction de toutes les procédures par les droits fondamentaux. La procédure n'échappe pas, en effet, à l'affirmation de la normativité de la constitution, à son applicabilité directe. Que ce soit à propos des droits substantiels ou des droits processuels, les juges judiciaires, administratifs, spécialisés ou assimilés, doivent se référer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour appliquer les normes constitutionnelles.

Or si cette constitutionnalisation a concerné, en priorité, la procédure pénale⁴³⁸, elle s'est ensuite étendue, de façon marquante, au droit administratif répressif témoignant de cette

⁴³⁷ Voir, notamment, à cet égard, L. Favoreu, "La constitutionnalisation du droit", Mélanges Drago, Economica, 1996, p. 25 ; J. Monéger, La Constitutionnalisation des branches du droit, Economica, 1998.

⁴³⁸ Pour affirmer, par ex. :

volonté d'application de principes communs au-delà de la sphère strictement juridictionnelle⁴³⁹. Ce dualisme répressif déborde d'ailleurs le cadre premier des instances de régulation pour s'étendre au contentieux disciplinaire, même si, on le rappelle, le Conseil constitutionnel n'a pas encore statué en matière disciplinaire ou seulement de façon indirecte⁴⁴⁰. Dans la même optique, les autres procédures ont été soit directement constitutionnalisées par leur réintégration dans le champ d'application de l'article 34 de la Constitution⁴⁴¹, soit indirectement, sans attraction de la procédure au champ législatif, mais par l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel qui, selon l'article 62 al. 2 de la Constitution, s'impose "aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles"⁴⁴².

237 - C'est d'abord le juge administratif, par le contrôle qu'il opère sur les actes administratifs, qui a assuré indirectement cette constitutionnalisation des procédures. Lorsqu'il apprécie la légalité des actes en cause, il doit forcément tenir compte des normes

- le caractère constitutionnel des droits de la défense (CC, n° 76-70 DC, 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents de travail*, Rec. CC, p. 39, RJC, p. I-41, JO 7 décembre 1976, RDP 1977, p. 117, note L. Favoreu).

- le droit à la présomption d'innocence (CC, n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* préc.)

- la protection constitutionnelle du rôle de l'avocat dans l'assistance des parties (CC, n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* préc.).

- la nécessité d'un procès "juste et équitable" équivalent de l'égalité des armes dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme (CC, n° 95-360 DC, 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, Rec. CC, p. 195, RJC, p. I-632, JO 7 février 1995, D. 1995, chron., p.201, note J. Wolff, RFDC 1995, p. 405, note T. Renoux, LPA 1995, n° 126, 20 octobre, p. 4, note B. Mathieu et M. Verpeaux, GP 1998, doct., 10-11 juin, p. 2, note M.-H. Renaut).

- l'incompétence de toute juridiction, hors la Haute Cour, pour juger le président de la République pendant le temps qu'il exerce ses fonctions, même pour des faits commis antérieurement à son entrée en fonction (CC, n°98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. CC, p. 63, JO 21 mars 1999, RFDC 1999, p. 334, note J.-C. Car et p. 329, note J. Pini, AJJC 1999, p. 588, note J. Pini, Cahiers du CC 1999, n° 7, p. 11, JCP 2000, G, I, n° 201, p. 241, note B. Mathieu et M. Verpeaux).

⁴³⁹ Cf. CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication*, préc.

⁴⁴⁰ Cf. CC, n° 84-182 DC, 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise* préc.

⁴⁴¹ Comme peut le révéler l'extension du champ législatif de la procédure civile, par exemple et de façon significative, pour les règles de procédure civile qui mettent en cause les droits de la défense (CC, n° 72-75 L, 21 décembre 1972, *Nature juridique des dispositions de l'art. 48 al. 2 de la loi du 22 juillet 1989 sur la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs et art. 13 § 1 et 2 de la loi du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale* (Rec. CC, p. 36, RJC, p. II-50, JO 31 décembre 1972) ou CC, n° 85-142 L, 13 novembre 1985, *Nature juridique de dispositions contenues dans des textes relatifs à la sécurité sociale* (Rec. CC, p. 116, RJC, p. II-115, JO 20 novembre 1985, RDP 1986, p. 395, chron. L. Favoreu).

⁴⁴² En ce sens ainsi que les développements suivants : S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, op. cit., p. 164 et suiv.

constitutionnelles issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴⁴³. Le juge judiciaire, lui aussi, est amené à juger de la constitutionnalité des actes administratifs⁴⁴⁴ et juridictionnels⁴⁴⁵ par le jeu de l'application directe de toutes les normes constitutionnelles, ces normes s'imposant au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin au législateur d'en rappeler l'existence. Enfin, lorsque ces derniers appliquent des textes de loi à propos desquels des décisions constitutionnelles ont été rendues, le respect de l'autorité de la chose jugée ou interprétée par le Conseil constitutionnel s'impose⁴⁴⁶. Certes, les juges judiciaires ou administratifs ne peuvent encore contrôler la constitutionnalité des lois mais sous couvert, par exemple, d'une non-conformité à des engagements internationaux, notamment par rapport aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, ils restent en mesure d'écarter un texte législatif, de contourner ainsi cette interdiction grâce au contrôle de conventionnalité. Il y a là une certaine contradiction mais aussi un témoignage marquant du fait que l'attraction de la procédure par les droits fondamentaux participe d'un mouvement plus général d'internationalisation du droit procédural, mouvement qui progresse notamment à travers l'émergence du droit à un procès équitable, droit purement procédural à l'origine mais qui tend, dans une certaine mesure, à se voir attribuer, aujourd'hui, la valeur d'un droit substantiel.

2. *La naissance d'un droit substantiel à un procès équitable*

238 - La Cour européenne des droits de l'homme va poursuivre et concrétiser le mouvement amorcé par le Conseil constitutionnel au rapprochement des procédures et du statut des différentes autorités. S'il faut rappeler que la Cour européenne a, d'une certaine manière, imposé ses vues aux Etats membres grâce à une jurisprudence audacieuse et à une interprétation autonome des notions contenues dans la Convention européenne, il faut conjointement, relever la naissance progressive d'un véritable droit substantiel à un procès équitable conforme aux exigences d'un Etat démocratique⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Ce contrôle n'est pas encore fréquent mais il peut toucher directement les procédures, notamment la procédure civile, matière réglementaire par excellence.

⁴⁴⁴ Le juge judiciaire juge de la légalité des actes administratifs par voie d'exception ou, dans le cas de la voie de fait, par voie d'action.

⁴⁴⁵ Dans la mesure où la violation de la Constitution est un cas d'ouverture à cassation pour violation de la loi.

⁴⁴⁶ Notamment dans l'interprétation que le Conseil constitutionnel fait des lois sur lesquelles des décisions ont été rendues.

⁴⁴⁷ Cf. En ce sens, J.-F. Flauss, "Les nouvelles frontières du procès équitable" in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant 1996, p. 81 et suiv. ; S. Guinchard, "Le procès équitable, garanties formelle ou droit substantiel ?", Mélanges Farjat, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 139 et suiv. et "Le procès équitable, droit fondamental ?", AJDA 1998, n° spécial "Les droits fondamentaux", p. 191 et suiv. ; J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 1999, n° 112 ; S.

Classiquement, la doctrine s'accordait à reconnaître que la protection assurée en vertu du “procès équitable” portait pour partie sur des droits strictement processuels⁴⁴⁸, pour partie également sur des droits qualifiés à défaut de mieux, de mixtes, qui se démarquaient d'une simple exigence procédurale pour se rapprocher d'une garantie matérielle⁴⁴⁹. Or, comme peut le noter Jean-François Flauss, “cette analyse est en passe de devoir être, non pas revue et corrigée, mais complétée”⁴⁵⁰. Ce qui souligne le caractère substantiel du droit par-delà son caractère éminemment procédural, c'est la convergence des multiples exigences qui lui sont liées vers un but unique : l'équité comme garantie fondamentale d'une bonne justice. En témoigne la remise en cause, par les juges judiciaire ou administratif, des pratiques, nées du pouvoir réglementaire, des autorités régulatrices exerçant un pouvoir de sanction. S'il y a là, la réalisation d'une certaine attraction, dans la sphère du droit, des contentieux que le pouvoir politique avait voulu pour partie confisquer au juge, il y a aussi, conséquemment, apparition d'un droit substantiel à un juge et à un procès équitable.

239 - De même, ce qui est révélateur dans cette consécration, au total, de l'apparition de ce droit substantiel à un procès équitable, c'est l'influence des grandes composantes de ce modèle dans la codification récente de nouveaux principes directeurs propres à chaque type de procès qui, s'ils ne sont pas directement communs à toutes les procédures, relèvent néanmoins d'une inspiration commune. A la différence de la procédure civile⁴⁵¹, les autres contentieux n'étaient pas régis officiellement, de source législative, par des principes directeurs. On n'en trouvait aucune trace, par exemple, dans le Code de procédure pénale ou dans l'ancien Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, “codes de procéduriers, pas de processualistes”⁴⁵² selon Serge Guinchard. Quant aux procédures suivies devant les instances disciplinaires ou régulatrices, on ne retrouvait de principes directeurs que dans la

Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p. 583 et suiv.

⁴⁴⁸ Comme, par ex., les garanties liées à la publicité des débats ou du contradictoire.

⁴⁴⁹ Comme, par ex., le droit à un contrôle juridictionnel de pleine juridiction.

⁴⁵⁰ J.-F. Flauss, “Les nouvelles frontières du procès équitable”, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁵¹ Art. 1 à 24 NCPC comportent l'énoncé de principes directeurs depuis les premiers décrets n° 71-740 du 9 septembre 1971 (JO 11 septembre 1971, p. 9072) instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile, n° 72-684 du 20 juillet 1972 (JO 25 juillet 1972, p. 7860) instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale du code de procédure civile, n° 72-788 du 28 août 1972 (JO 30 août 1972, p. 9300) instituant une 3^{ème} série de dispositions destinées à s'intégrer dans le code de procédure civile, n° 73-1122 du 17 décembre 1973 (JO 22 décembre 1973, p. 13660) instituant une 4^{ème} série de dispositions destinées à s'intégrer dans le code de procédure civile et la codification réalisée par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 (JO 9 décembre 1975, p. 12521) instituant un nouveau Code de procédure civile.

⁴⁵² S. Guinchard, “Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire”, in Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 1182.

jurisprudence qui allait les chercher dans les principes procéduraux de droit naturel. Puis sous l'influence des engagements internationaux et de la jurisprudence constitutionnelle sur le procès équitable, les choses ont progressivement évolué.

C'est d'abord le nouveau Code de justice administrative⁴⁵³ qui a, dans son titre préliminaire établit l'énoncé, bien que cela ne soit pas dit, de principes directeurs de la justice administrative ayant vocation à s'appliquer à tous les contentieux traités devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs⁴⁵⁴. Même si ce texte est parfois jugé "peu ambitieux" et "bien terne"⁴⁵⁵, il marque ce progrès dans l'application d'un socle commun. Progrès qui se consolide d'ailleurs en procédure pénale par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes⁴⁵⁶ qui introduit un nouvel article préliminaire dans le Code de procédure pénale tendant à définir un ensemble de droits fondamentaux devant être respectés par le législateur et les tribunaux et laissant transparaître les caractères de ce que doit être une bonne justice pénale⁴⁵⁷, ceci toujours dans l'idée du socle commun que l'on peut retrouver en procédure administrative.

Enfin, à cela s'ajoute aujourd'hui aussi des traces législatives de plus en plus nombreuses quant à la procédure menée devant les instances de régulation ou certaines instances disciplinaires. L'exemple le plus significatif étant la mise en place du Code monétaire et financier⁴⁵⁸ où on retrouve, par exemple, des dispositions communes quant à l'exercice du principe de contradiction dans les différentes procédures⁴⁵⁹ ou encore la codification de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dans la partie législative du Code de commerce⁴⁶⁰. D'autres autorités récemment créés ont directement

⁴⁵³ Cf. Ord. n° 2000-387 du 4 mai 2000 (JO 7 mai 2000, p. 6904) relative à la partie législative du CJA et les décrets n° 2000-388 et 389 du 4 mai 2000 (JO 7 mai 2000, p. 6906 et 6907) relatifs à la partie réglementaire du CJA.

⁴⁵⁴ On peut citer, à ce titre, le principe de collégialité (art. L. 3 CJA), le principe de la contradiction même s'il est limité à l'instruction (art. L. 5 CJA), le principe de publicité de la justice (art. L. 6 CJA et L. 10 CJA), le principe, en écho à la jurisprudence européenne, que le commissaire du gouvernement est "*membre de la juridiction*" et "*expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent*" (art. L. 7 CJA), le principe du secret du délibéré (art. L. 8 CJA), celui de la motivation des jugements (art. L. 9 CJA).

⁴⁵⁵ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p.643. Jugé ainsi par les auteurs notamment à propos du principe d'équité, d'égalité des armes et du principe de contradiction.

⁴⁵⁶ JO 16 juin 2000, p. 9038.

⁴⁵⁷ Les caractères d'une bonne justice pénale devant s'établir autour de l'idée que la procédure pénale "*doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties*" (art. 1 de la loi préc.).

⁴⁵⁸ Cf. Ord. n° 2000-1223 du 15 décembre 2000 (JO 16 décembre 2000, p. 2003) relative à la partie législative du Code M. et F.

⁴⁵⁹ Cf. *Supra*, p. 228, note n° 423.

⁴⁶⁰ Cf. *Supra*, p. 228, note n° 424.

subi l'influence de ces nouvelles conditions de procédure toujours sous la forme législative⁴⁶¹. Au final, si on rajoute à la naissance de ce droit substantiel à un procès équitable, la constitutionnalisation de l'ordre juridique en général et du droit processuel en particulier, on arrive à l'institution d'un fonds commun procédural. Il faut y ajouter, sous l'influence de divers facteurs, un phénomène de confusion des contentieux qui, au même titre que l'apparition de ce fonds commun procédural, témoigne de cette mise en parallèle des procédures.

B – Par un phénomène de confusion des procédures

240 - Si on a pu insister sur la création progressive mais inéluctable d'une science de la procédure, d'un nouveau droit processuel envisagé comme un droit commun à tous les types de contentieux, il reste qu'il existe toujours un droit processuel diversifié en rapport aux différentes matières ou juridictions⁴⁶². On peut ainsi décliner un droit processuel dans chacune des grandes branches du droit mais aussi dans des branches plus spécialisées nées des nouvelles régulations économiques⁴⁶³ ou disciplinaires⁴⁶⁴. Seulement la différence, et on l'a évoqué précédemment, c'est que si le droit processuel se diversifie, il le fait dans le respect de standards communs desquels il ne peut en aucun cas s'éloigner. Or, l'application de ces standards communs permet un encadrement des différentes procédures et laisse entrevoir des liens entre elles. Certains auteurs parlent, à cet égard, d'un "phénomène de publicisation des procédures"⁴⁶⁵ sous l'influence constitutionnelle et européenne. Quoi qu'il en soit, il existe un rapprochement des différents contentieux par ce phénomène d'attraction vers le droit commun (1). A cela s'ajoute un autre facteur aggravant cette idée de confusion des procédures, c'est le rapprochement et le croisement dans les sources et les nombreux recours exercés à travers les différents procès (2). Ce phénomène est très marquant dans les procédures suivies devant les instances régulatrices voire les instances disciplinaires et accentue cette mise en parallèle des procédures.

⁴⁶¹ Voir, par ex., loi n° 2000-108 préc. du 10 février 2000 à propos de la CRE .

⁴⁶² En témoigne l'effacement progressif du rôle supplétif de la procédure civile en contentieux administratif où l'action combinée de la loi et de la jurisprudence a permis aux règles du contentieux administratif de se multiplier et de se perfectionner. Il en va, de même, des limites étroites apportées aux juges répressifs dans l'utilisation des règles issues de la procédure civile (les dispositions du NCPC qui sont, pour l'essentiel, de nature réglementaire, ne peuvent trouver application devant les juridictions répressives que dans la mesure où elles sont étendues par la loi).

⁴⁶³ Cf. M.-A. Frison-Roche, "Vers le droit processuel économique", Justices 1995-1, p. 91 ; E. Putmann, Contentieux économique, PUF, 1998 ; L. Idot, Chronique de "Droit processuel économique" in Revue Justices puis RGP et Revue Europe.

⁴⁶⁴ Voir, principalement, J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*

⁴⁶⁵ S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, Droit processuel. Droit commun du procès, *op. cit.*, p.239.

1. Une attraction vers le droit commun

241 - L'autonomie des trois grands contentieux ou des nouveaux contentieux régulateurs ou disciplinaires s'accroît mais la soumission au droit processuel fondamental permet d'encadrer les spécificités propres à chaque procédure. Il faut relever, en effet, que les sources constitutionnelles ou européennes permettent "d'attirer" la procédure vers le droit commun du procès. L'exemple du droit processuel économique est ainsi significatif. La législation économique tend, par nature, à s'affranchir de l'emprise des juristes pour être placée entre les mains de techniciens mieux aptes à en maîtriser le fonctionnement comme les implications. De la sorte, les contentieux nés de la régulation de l'activité économique ont surtout été écrits dans un contexte de défiance à l'encontre de l'idée d'une magistrature économique comprise sous sa forme traditionnelle, à savoir juridictionnelle⁴⁶⁶.

En effet, le droit économique a toujours fait naître le sentiment que les exigences d'une bonne justice n'ont pas lieu d'être réunies lorsque la décision est technique par sa nature, on peut dire ainsi que "le contentieux de l'économie renvoie à une économie du contentieux"⁴⁶⁷. A cet égard, un des changements radicaux de la nature de la démarche juridictionnelle a été, à ce titre, de substituer largement, dans les processus de jugement des actes, des comportements et des situations déferées, une appréciation de l'opportunité des faits constatés au contrôle de leur légalité⁴⁶⁸. Ainsi, malgré son caractère répressif, le droit de la concurrence, par exemple, ne se plie guère au principe de la légalité des délits et des peines. Il applique, au contraire, le principe d'opportunité des poursuites et des sanctions. Tout le "droit des ententes" est fondé sur cette méthode d'évaluation et de répression des comportements illicites.

242 - Cela aurait pu conduire à une accoutumance puis à une résignation de cette primauté de la compétence technique sur la prudence juridique s'il n'y avait pas eu ce phénomène d'attraction vers les droits fondamentaux, vers le droit commun du procès. Une construction toute prétorienne de la procédure s'élaborait ainsi encadrant, grâce au droit commun, l'ensemble des textes procéduraux et ceci, dans un esprit de symbiose entre "l'esprit du marché" et "l'esprit des droits de l'homme"⁴⁶⁹. Le domaine le plus sensible où "l'esprit des

⁴⁶⁶ Voir, à cet égard, C. Champaud, "L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies", Justices 1995-1, p. 61 et suiv.

⁴⁶⁷ C. Bréchon-Moulènes, "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", AJDA 2000, n° spécial, p. 683.

⁴⁶⁸ Voir, en ce sens et par ex., C. Champaud, "Caractères du droit de la concurrence", JCL Conc. et Cons., fasc. n° 30, n° 78 et suiv. ; A. Jacquemin et G. Shrans, "Eléments structurels d'une magistrature économique", RTDCom 1977, p. 428 et suiv.

⁴⁶⁹ Suivant les termes de la distinction opérée par M. Delmas-Marty, Pour un droit commun, *op. cit.*, p.20.

droits de l'homme“ pouvait justement être invoqué était celui des sanctions pécuniaires infligées par le Conseil de la concurrence. Les faits ont montré que l'organe régulateur avait été contraint d'accroître sa sévérité ce qui a engendré un certain nombre de critiques contre cet “ordre répressif administratif”⁴⁷⁰. Si on pouvait continuer à nier le caractère pénal de ces sanctions pécuniaires, cela devenait pour le moins difficile suite à l'interprétation extensive de la notion de “matière pénale“ par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷¹ et l'exigence du respect du principe de la légalité des délits et des peines et du respect des droits de la défense par le Conseil constitutionnel⁴⁷², il s'agissait bien de “punir“ des manquements à la discipline concurrentielle. Faisant précisément état de ces principes, la Cour de cassation allait modeler en sorte la procédure, marquant ainsi la construction prétorienne de cette dernière sous l'emprise des droits fondamentaux. Elle reprochait, par exemple, en 1992, à la Cour d'appel de Paris et, à travers elle, au Conseil de la concurrence, de ne pas suffisamment tenir compte du principe du contradictoire dans la détermination et l'individualisation des sanctions⁴⁷³ ce qui amenait conséquemment une modification législative de l'ordonnance de 1986 visant à encadrer la liberté des autorités concurrentielles en ce domaine. C'est là un exemple caractéristique, sans revenir sur l'ensemble des développements liés à cet état de fait, de ce phénomène d'attraction vers les droits fondamentaux. Mais là n'est pas le seul élément qui amène à cette confusion des procédures, il faut aussi évoquer l'importance des croisements internes qui peuvent s'opérer dans les compétences ou les contentieux.

2. Un croisement dans les compétences et les contentieux

243 - C'est la volonté de confier les recours contre des décisions de certaines autorités régulatrices non plus à la juridiction administrative mais à la Cour d'appel de Paris⁴⁷⁴, bien que la première instance ait été portée devant un organisme administratif, qui a provoqué ce

⁴⁷⁰ Voir, par ex., M. Dobkine, “L'ordre répressif administratif“, *op. cit.*, p. 157 et suiv. ou M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *op. cit.*

⁴⁷¹ Cf. *Supra*, p. 153 et suiv.

⁴⁷² Voir CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc.

⁴⁷³ Cf. Notamment Cass., com., 6 octobre 1992 (*Bull. Civ.*, IV, n° 294).

⁴⁷⁴ Cela concerne, on le rappelle, les recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence prises en application de l'ord. n° 86-1243 préc. de 1986 (loi n° 87-499 préc. du 6 juillet 1987), les décisions de la COB autres que celles qui ont un caractère réglementaire ou qui sont relatives à l'agrément de certains organismes (art.9 de la loi n° 89-531 préc. du 2 août 1989), les décisions individuelles, autres que les sanctions disciplinaires et celles relatives à l'approbation des programmes d'activité des établissements contrôlés, du CMF (art. 39 de la loi n° 96-659 du 2 juillet 1996 préc.), les décisions non disciplinaires prises quant aux différends dont elle est saisie par l'ART (art. L. 36-8 du Code P. et T.) et enfin les décisions et mesures conservatoires prises par la CRE pour régler les litiges éventuels entre opérateurs (art. 38-II de la loi n° 200-108 préc. du 10 février 2000).

phénomène de croisement des contentieux. Cette passerelle de l'administratif au judiciaire a permis, à travers les diverses procédures de recours, de montrer que les règles du procès étaient inspirées tout à la fois des méthodes de la procédure administrative⁴⁷⁵ comme des principes et techniques du droit judiciaire privé⁴⁷⁶. Ces mêmes autorités régulatrices peuvent encore prononcer des sanctions pécuniaires qui sont administratives en droit mais répressives en fait. Le croisement avec le contentieux pénal s'ajoute alors au croisement contentieux civil/contentieux administratif précédemment évoqué. Le Conseil constitutionnel a validé au même titre que le contentieux confié à la Cour d'appel de Paris cette vue des choses⁴⁷⁷. Enfin, la même autorité peut relever à la fois de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif selon la nature des décisions prises⁴⁷⁸.

244 - Dans le même registre, il faut noter ce type de croisement également dans les contentieux disciplinaires, il en est ainsi, par exemple, du croisement des juridictions d'Etat et des institutions sportives dans les contentieux sportifs⁴⁷⁹. Si le contentieux disciplinaire touchant les officiers ministériels et les avocats, par exemple, relève toujours du juge judiciaire, la situation est plus confuse en matière sociale où la compétence juridictionnelle appartient conjointement au juge civil, au juge répressif mais aussi au juge administratif. On note ainsi, en ce domaine et en certains points, une interaction des compétences puisque le Conseil d'Etat se reconnaît, par exemple, plénitude de compétence sur le règlement intérieur des entreprises⁴⁸⁰, acte juridique privé émanant d'une personne privée n'exerçant aucune prérogative de puissance publique. C'est le fait que l'acte soit soumis par la loi à un contrôle de légalité exercé par une autorité administrative⁴⁸¹ et que la décision de cette autorité soit elle-même soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir qui justifie cette attribution purement prétorienne de compétence. Pourtant, si les contours de la compétence judiciaire demeurent incertains, il existe un concours de compétence avec le juge administratif⁴⁸². Enfin,

⁴⁷⁵ Cf. *Supra*, chapitre 1^{er}, p. 87 et suiv.

⁴⁷⁶ Cf. *Supra*, chapitre 1^{er}, p. 89 et suiv., par ex., pour les techniques procédurales en matière de mesures conservatoires.

⁴⁷⁷ Voir, en ce sens, décision de principe CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence préc.*

⁴⁷⁸ Cf. *Supra*, chapitre 1^{er}, p. 88 et suiv. à propos du Conseil de la concurrence, de la COB, du CMF, de l'ART ou de la CRE.

⁴⁷⁹ Voir, pour une explication plus complète, G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, *op. cit.*

⁴⁸⁰ CE, 1^{er} février 1980, *Ministre du Travail contre Société Peintures Corona* (Rec. CE, p. 59, DS 1980, p. 310, concl. Bacquet, *AJDA* 1980, p. 407).

⁴⁸¹ En l'occurrence l'inspecteur du travail.

⁴⁸² Le contrôle dévolu à l'inspecteur du travail ne saurait transformer le règlement intérieur en acte administratif, c'est le juge judiciaire qui est compétent pour connaître d'une action principale en annulation sur des clauses du

cette interaction des compétences au sein de la discipline dans l'entreprise privée peut aussi se doubler d'une interaction des techniques de contrôle en témoigne l'utilisation par le juge judiciaire de la technique administrative du contrôle du détournement de pouvoir⁴⁸³ ou l'importation par le législateur du contrôle administratif de proportionnalité de la sanction à la faute⁴⁸⁴. Voilà autant d'éléments qui laissent entrevoir, en définitive, une mise en parallèle des procédures, une certaine complémentarité se dégage alors avec le juge administratif de droit commun, complémentarité qui peut, en certains cas, amener à un dépassement de ce juge.

§ 2 : *De la complémentarité au dépassement du juge administratif*

245 - Si l'apparition d'institutions régulatrices, au même titre que l'ensemble des institutions disciplinaires en leurs temps, avait pu laisser entrevoir un certain nombre de débats significatifs quant à leur qualification juridictionnelle ou administrative, les développements du droit processuel, sous l'influence constitutionnelle ou européenne, permettent, aujourd'hui, de dépasser l'intérêt de cette distinction. Ce qu'on doit, par contre et pour autant, retenir quant à l'ensemble de ces autorités, c'est qu'on peut observer qu'elles empiètent, en tout les cas, sur la sphère de compétence du juge administratif de droit commun, leur raison d'être paraissant intimement liée aux défaillances et aux dysfonctionnements de cette justice étatique. En cela, elles permettent de témoigner, dans un domaine directement lié à celui de la justice administrative, de l'apparition d'une vision nouvelle (A) comme de l'utilisation de fonctions nouvelles (B).

A – Le témoignage d'une vision nouvelle de la justice administrative

246 - Ce qui est apparu en même temps que la concrétisation des institutions disciplinaires et régulatrices, ce sont les changements significatifs des champs d'application respectifs de la justice administrative, le domaine d'intervention de cette dernière, sous l'influence de ces institutions, apparaît d'abord plus étendu (1) mais il s'accompagne aussi d'une vision plus spécialisée de l'intervention du juge (2).

règlement concerné même si cette compétence ne s'exerce plus quand l'autorité administrative s'est prononcée sur les prescriptions en cause.

Voir, en ce sens, Cass., soc., 16 décembre 1992, *Société CEGELEC contre Union nationale des syndicats CGT-CGEL Alsthon et autres* (RJS 1993/2, n° 148, DS 1993, p. 183).

⁴⁸³ Voir, en ce sens, J.-P. Carton, *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel*, *op. cit.*, p. 451 et suiv.

1. Un domaine d'intervention plus étendu

247 - L'affermissement des institutions disciplinaires et régulatrices fait que la répression, sous l'objet d'une certaine publicisation, dépasse, désormais, le cadre strictement corporatiste qui était le sien. Le champ d'application des personnes pouvant faire l'objet de cette répression s'est diversifié et est la marque d'une dérive qui amène à dépasser le cadre strictement disciplinaire pour toucher un domaine plus général lié au champ d'application de la justice administrative. On a pu voir, par exemple, que la répression disciplinaire concernait, à l'origine, des entités professionnelles qui puisaient leur raison d'être dans la volonté de réaliser un but commun, une œuvre commune. Selon le schéma classique, le droit disciplinaire concernait uniquement un corps professionnel trouvant sa cohésion dans l'exercice d'un même métier. Aujourd'hui, ce sont des secteurs entiers de l'économie qui sont régis par un droit disciplinaire, des secteurs qui ne recouvrent plus l'exercice d'un seul métier mais de métiers différents qui trouvent leur cohésion seulement dans une certaine complémentarité. On avait parlé, à cet égard, du passage d'une répression d'origine corporatiste à une répression qui illustre, selon certains auteurs, l'émergence d'un néocorporatisme où ce n'est plus un corps intermédiaire qui est soumis au respect de règles de conduite sous peine de sanctions disciplinaires mais un ensemble de corps intermédiaires n'exerçant pas forcément le même métier bien qu'ils soient complémentaires⁴⁸⁵.

248 - Si la différence a surtout été mise en évidence par les politologues ou les sociologues⁴⁸⁶, elle est la marque d'une publicisation accrue de la répression disciplinaire. Comme peut le noter Joëlle Pralus-Dupuy, "la répression disciplinaire sanctionne ici, à côté d'une déontologie personnelle, une déontologie institutionnelle puisque les règles de bonne conduite ne se limitent pas à l'encadrement de comportements personnels, mais concernent aussi des champs d'activité économique"⁴⁸⁷. La conséquence est que si notamment, la faute disciplinaire est, le plus souvent, le fait de personnes physiques qui peuvent se voir reprocher des actes d'indiscipline contraires au bien commun du corps, elle peut toucher aujourd'hui des personnes morales en témoigne, par exemple, le cadre légal au sein duquel s'exercent en France les activités d'intermédiation sur les marchés financiers⁴⁸⁸. Le contrôle disciplinaire des

⁴⁸⁴ J.-P. Carton, Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 451 et suiv.

⁴⁸⁵ Cf. *Supra*, p. 16.

⁴⁸⁶ Par ex., F. D'Arcy, La représentation, *Economica*, 1985, spéc. p. 121 et suiv. ou Y. Meny, "La légitimation des groupes d'intérêts par l'administration française", APub 1986, n° 39, p. 99 et suiv.

⁴⁸⁷ J. Pralus-Dupuy, "Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire", *op. cit.*, p. 546.

⁴⁸⁸ Fixé par la loi n° 96-597 préc. du 2 juillet 1996.

différents intervenants concerne outre les personnes physiques, les personnes morales prestataires de services d'investissement⁴⁸⁹. C'est là, finalement, l'une des marques de l'extension, dans l'ensemble, du domaine d'intervention et du champ d'application de la justice administrative. Cette extension s'accompagne aussi d'une certaine volonté d'intervention plus spécialisée du juge.

2. Un domaine d'intervention plus spécialisé

249 - Les visions disciplinaires ou régulatrices prennent clairement le contre-pied de la conception traditionnelle, moniste et hiérarchique qui faisait de l'Etat la source exclusive de la normativité juridique. Toutes les normes contraignantes s'édictaient en l'Etat souverain transcendant au corps social car expression de la volonté générale. Un tel droit abstrait et unilatéral ne semble plus supportable aujourd'hui par notre société contemporaine à la complexité tant soulignée. Il y a toute une série de décalages entre le droit et le fait qui défient la conception classique de l'Etat de droit. Si la justice administrative privilégie, en effet, la recherche de la régularité juridique dans des conditions qui conduisent à dissocier validité et effectivité de la règle de droit et si la tradition fait de la justice pénale la seule autorité habilitée à intervenir dans le domaine pénal, sans jamais partager cette prérogative, au nom de la séparation des pouvoirs, on est amené maintenant à dépasser cet état de fait. Désormais, l'approche nouvelle des réalités sociales et économiques pour mieux maîtriser les égarements propres à la vie professionnelle ou au monde des affaires et les exigences contemporaines d'enracinement du droit dans la réalité sociale passent, manifestement, par d'autres formules institutionnelles propres à une justice de type administratif.

250 - La création des institutions en cause intervient dans des secteurs d'activité bien structurés où les intérêts professionnels fortement organisés trouvent leur expression dans la composition d'organismes de type collégial. On peut affirmer, à cet égard, que le droit produit par ces autorités comprend manifestement certains stigmates du corporatisme et traduit une aspiration en ce sens de certains secteurs de la société civile voire aller jusqu'à admettre que des segments de la société civile puissent être reconnus à la fois comme des sujets de droits et des instances productrices d'un droit autonome par rapport à la loi d'essence étatique. Pour autant, plus que de corporatisme ou de néo-corporatisme, c'est l'image de la théorie

⁴⁸⁹ Cela concerne notamment des établissements de crédit mais aussi des entreprises d'investissement telles que les sociétés de bourse actuelles, les sociétés de gestion de portefeuille ou encore les sociétés de gestion d'OPCVM.

institutionnaliste que nous préférons retenir. On peut, à cet effet, reprendre certains propos de Jacques Mourgeon pour qui, lorsqu'on évoque la notion d'institution, "on s'expose [...] à une accusation d'archaïsme ou de superfluité. Mais, à l'inverse, on serait coupable de désinvolture si l'on dédaignait une construction doctrinale qui a non seulement le mérite de s'attacher quelques-uns des plus grands des auteurs français de droit public, mais surtout celui de proposer un concept original pour servir d'explication aux modalités et incidences juridiques des relations humaines au sein des groupes"⁴⁹⁰. L'auteur poursuivant, "si vieilli que l'institutionnalisme puisse aujourd'hui paraître, si incertaines, flottantes, et parfois obscures que soient quelques-unes de ses définitions et propositions les plus importantes, il ne mérite pas, néanmoins, qu'on le repousse, *a priori*, sans avoir tenté de déceler ce que, par delà ses imperfections, il peut encore offrir pour l'intelligence de phénomènes tels que celui de la répression administrative"⁴⁹¹. Ce phénomène institutionnel est encore présent, aujourd'hui, dans la sphère administrative et il permet d'entrevoir de nouvelles fonctions dans l'office général de la justice administrative.

B - Le témoignage de fonctions nouvelles liées à la justice administrative

251 - On a pu voir précédemment que le rôle des institutions disciplinaires et régulatrices pouvait être, d'une certaine manière, plus étroit que celui du juge administratif, il convient maintenant de noter qu'il peut aussi être plus large. Plus large, car il leur appartient, outre le fait déjà de prononcer des sanctions, de dégager une déontologie, parfois de réglementer. Il en découle un processus de convergence des fonctions administratives et juridictionnelles (1) comme, de façon générale, des justices administratives et répressives (2).

1. Un processus de convergence des fonctions administratives et juridictionnelles

252 - Si un pouvoir répressif peut rendre compte du phénomène institutionnel, il coexiste toujours avec le pouvoir de poser des normes, la faculté de réprimer les infractions suppose que chaque institution dispose de la capacité de fixer, au préalable, les règles devant être respectées. Témoignage d'une nouvelle conception dans la fonction de juger, ce droit institutionnel laisse émerger, de la sorte, une certaine convergence des fonctions administratives et juridictionnelles. Si la question ne se pose pas pour les institutions disciplinaires publiques dans la mesure où les responsables peuvent bénéficier du pouvoir

⁴⁹⁰ J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 22.

réglementaire, elle mérite d'être posée pour les institutions d'ordre privé. Les ordres professionnels détiennent un tel pouvoir qui s'est longtemps manifesté au travers des codes de déontologie⁴⁹² où étaient fixées les règles imposées aux membres dans leur comportement professionnel, leurs relations avec les clients ou les confrères mais comme le note Michel Lascombes, "les ordres professionnels perdent petit à petit l'essentiel de leur pouvoir réglementaire au profit des autorités de tutelle. Sauf rares exceptions, il ne leur reste plus guère qu'un droit d'initiative et donc d'une participation au processus réglementaire"⁴⁹³. Quoiqu'il en soit, les ordres professionnels détiennent ce pouvoir, que l'acte s'adresse directement aux professionnels⁴⁹⁴ ou qu'il vise à organiser les services de l'ordre lui-même⁴⁹⁵.

253 - Autre témoignage marquant en matière disciplinaire, celui des fédérations sportives. De par leur nature d'organismes privés chargés de la gestion d'un service public, le pouvoir des fédérations de prendre des décisions réglementaires d'organisation des compétitions fut la première des prérogatives de "puissance sportive" reconnues par le Conseil d'Etat⁴⁹⁶. Cette reconnaissance fut d'ailleurs largement consentie quant à l'organisation de la procédure disciplinaire jusqu'à la fixation des modalités de saisine du juge administratif et, ceci, par le biais de la reconnaissance, aux règlements intérieurs, du caractère d'actes administratifs réglementaires. Enfin, comme le souligne Gérard Simon, "cette reconnaissance [...] est d'autant plus importante qu'aucune disposition législative ou réglementaire de l'ordre juridique étatique ne vient limiter la liberté dont disposent les instances sportives dans la détermination du contenu de leurs prescriptions réglementaires"⁴⁹⁷.

Enfin, il convient de noter, en dernier lieu, la coexistence d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir disciplinaire au sein même des institutions privées. Les entreprises privées détiennent, par exemple, ce pouvoir de par la nature institutionnelle du règlement intérieur, ce

⁴⁹¹ J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹² Voir, en ce sens, les Codes de déontologie des professions médicales, d'architectes, de chirurgiens-dentistes, des sages-femmes ou des vétérinaires.

⁴⁹³ M. Lascombe, "Les ordres professionnels", AJDA 1994, p. 857.

⁴⁹⁴ Lorsque l'acte s'adresse directement aux professionnels, il est subordonné à l'intervention d'une délégation expresse par voie législative ou réglementaire.

⁴⁹⁵ Dans cette hypothèse, les ordres disposent de la faculté d'adopter des mesures tendant à l'organisation et au fonctionnement du service.

⁴⁹⁶ CE, 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport (Rec. CE, p. 587, concl. Thery, AJDA 1975, p. 19, chron. Franc et Boyon, D. 1975, p. 739, note Lachaume, JCP 1975, G, I, n° 2724, note Plouvin, RDP 1975, p. 1109, note M. Waline).

⁴⁹⁷ G. Simon, Puissance sportive et ordre juridique étatique, *op. cit.*, p. 233.

dernier demeurant un pur acte unilatéral de législation édicté par le chef d'entreprise et donc un acte réglementaire de droit privé⁴⁹⁸.

254 - Outre les institutions disciplinaires, il faut relever que, dans des domaines qui connaissent une mutation technique rapide et où les administrations centrales n'ont pas nécessairement une expertise établie, l'attribution d'un pouvoir réglementaire aux institutions régulatrices se trouve aussi être le témoignage de certains besoins. Bien sûr, toutes ne bénéficient pas de ce pouvoir⁴⁹⁹, mais lorsque le domaine est technique et nécessite l'association de professionnels pour que la norme apparaisse légitime, la loi confie un tel pouvoir à un régulateur indépendant⁵⁰⁰, le plus souvent, néanmoins sous réserve de l'homologation ministérielle. Aujourd'hui, certaines réglementations appellent, en effet, une adaptation particulière d'ordre technique, compte tenu de la vitesse d'évolution des métiers, des marchés régulés ou des stratégies des acteurs. Certes, certains régulateurs sont tentés d'adapter la norme aux situations qui se présentent, sans en avoir réellement le pouvoir⁵⁰¹, mais elles ont le plus souvent recours à une forme de quasi-réglementation où elles usent de leur compétence, soit pour délivrer des autorisations ou des agréments, soit pour fixer des règles générales auxquelles elles entendent subordonner la délivrance de ces titres⁵⁰². Comme peuvent le noter les auteurs des considérations générales du Conseil d'Etat sur "Les autorités administratives indépendantes", "cette forme nouvelle et dissimulée d'édition des normes, qu'elles que soient les réserves qu'elle peut appeler, a une certaine efficacité"⁵⁰³.

⁴⁹⁸ Voir, en ce sens, CE, 1^{er} février 1980, *Ministre du travail contre Société peintures Corona* préc. et Cass., soc., 25 septembre 1991, *Société Unigrains contre Geffroy* (RJS 1991-11, n° 1207, p. 641).

⁴⁹⁹ C'est le cas notamment pour la Commission bancaire, le Conseil de la concurrence ou la Commission de contrôle des assurances.

⁵⁰⁰ C'est une question importante à laquelle le Conseil constitutionnel a donné une réponse affirmative en jugeant que "l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autre autorité le soin de prendre les mesures d'application d'une loi, à la condition que l'habilitation législative ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu".

Voir, en ce sens, CC, , n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc. (15^{ème} considérant) à propos du CSA ; CC, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* préc. (30^{ème} considérant) à propos de la COB ; CC, n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications* (11^{ème} considérant) à propos de l'ART.

⁵⁰¹ Par ex., l'ART n'a pas reçu de la loi n° 96-659 préc. du 26 juillet 1996 un pouvoir réglementaire exclusif dans ces domaines de compétence, le ministre des télécommunications conserve notamment certains pouvoirs en vertu de l'art. L. 90 du Code P. et T. ce qui peut amener, en certains cas, à des conflits de compétence.

⁵⁰² Font ainsi l'objet de critiques fréquentes, par ex., les exigences formulées à l'occasion du visa, par la COB, des notices d'information relatives à des projets d'offres publiques.

⁵⁰³ Considérations générales du Conseil d'Etat sur "Les autorités administratives indépendantes", *op. cit.*, p. 338.

255 - Les institutions disciplinaires et régulatrices témoignent ainsi de la prise en compte d'une évolution tenant à amenuiser, sous l'influence institutionnelle et dans les formes, la distinction classique entre les fonctions de juger et d'administrer. C'est d'abord le "judiciaire" qui déteint clairement sur "l'administratif", la décision administrative se dépend de plus en plus de l'acte unilatéral pour tendre vers une acclimatation de plus en plus marquée des démarches procédurales vers les caractéristiques judiciaires. De même, comme peut le noter Jacques Reiller, "l'autorité administrative se veut moins aujourd'hui dispensatrice de règles ou d'injonctions que garante scrupuleuse des procédures interactives qui président à leur élaboration et à leur application"⁵⁰⁴.

Inversement, si l'exercice de l'autorité administrative emprunte de plus en plus ces modes aux procédures contentieuses, la fonction de juger tient un compte croissant des contraintes normatives et des politiques publiques. Le juge ne se borne plus à dire le droit, d'autant que les normes se font très générales : il devient l'arbitre d'intérêts à la fois individuels et collectifs. L'évolution contemporaine de la société amène à cette exigence nouvelle d'adaptation des modes d'intervention publique. Ce que consacre, en définitive, ce mouvement d'autonomisation du droit à travers les institutions disciplinaires et régulatrices, ce n'est pas une confusion des pouvoirs mais plutôt la consécration d'un système d'équilibre entre les pouvoirs, que ce soit entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir de juger comme, concomitamment, entre ce même pouvoir de juger et celui de sanctionner. Il y a, à cet égard, un phénomène de plus en plus marquant dans la sphère de la justice administrative tendant à l'exercice d'un pouvoir répressif de plus en plus prononcé.

2. Un processus de convergence des justices administrative et répressive

256 - C'est sous l'optique d'une nouvelle approche des réalités économiques et sociales que sont apparues les institutions disciplinaires et régulatrices. Si elles ont permis de mieux maîtriser les écarts de conduite propres au monde professionnel ou au monde des affaires, elles se sont aussi inscrites dans un mouvement de dédoublement de la justice. En effet, l'apparition de cette nouvelle forme de justice appartenant à la sphère administrative a pu laisser entrevoir le fait que la justice pénale ne soit plus la seule à intervenir dans le domaine répressif, cette dernière se trouvant même être l'objet d'une crise d'autorité importante sous

⁵⁰⁴ J. Reiller, "Régulation administrative, régulation judiciaire...régulation globale ?", *Justices 2000*, n° spécial "L'Etat devant le juge pénal", p. 74.

l'épanouissement de cette justice concurrente⁵⁰⁵. A l'origine, lorsqu'on a fait apparaître les domaines disciplinaires ou régulateurs, c'était surtout pour évoquer l'idée d'une certaine dépenalisation. Le législateur estimait, à cet égard, opportun de soumettre des comportements relevant, au départ, de qualifications pénales à des sanctions concurrentes ou, plus précisément, de substituer à l'approche pénale des manquements concernés, une vision exclusivement disciplinaire ou administrative. Dans le même sens, on pouvait dire que c'est par un déplacement d'autorité et de pouvoir que fonctionnaient les organes disciplinaires et régulateurs, enlevant à la justice la part qui lui revient en matière répressive.

257 - Il y a, selon nous, aujourd'hui non pas une politique de dépenalisation mais plutôt une nouvelle "justice" répressive redéfinie à l'usage de l'administration ou de la sphère administrative. Il y a non pas un réel transfert d'autorité, mais un transfert de fonctions ou de pouvoirs d'une justice déterminée vers un autre type de justice qui reste immanquablement administrative. Il y a forcément une déviance par rapport à l'idéal constitutionnel de la construction du droit pénal⁵⁰⁶, mais les autorités disciplinaires ou régulatrices ne bénéficient pas d'un transfert abusif de compétence qui revient à rompre avec l'autorité judiciaire. Ce qui est en cause, c'est l'extension du domaine du droit pénal, son étendue, la sphère de son action. Si, au départ, la finalité respective des disciplines concernées répondait à un objectif, une préoccupation propre qui trouvait son efficacité dans un pouvoir sanctionnateur particulier, il y a aujourd'hui un net recul de cette spécificité. Comme le témoigne l'exposé des motifs de la réforme du Code pénal, l'objet du droit pénal est de permettre une réaction à des comportements qui menacent, par hostilité ou indifférence, les intérêts supérieurs de la société. En ce sens, c'est au nom de la société et de l'Etat que la sanction est définie ou prononcée, ce qui exclut, *a priori*, de la matière pénale, au sens substantiel du terme, tout ce qui ne peut être assimilé à une réaction d'une portée aussi générale, telles les réactions de type disciplinaire.

Pourtant, les sanctions prononcées par de nombreux organismes à caractère professionnel dépassent désormais largement, compte tenu des intérêts en cause, ceux des professions concernées. Elles atteignent souvent des équilibres économiques et financiers plus généraux, ce qui amène à s'interroger sur le bien fondé de la qualification disciplinaire qui s'apparente davantage à une technique de transfert de la matière pénale au profit de ces organismes. Il ne faut pas espérer, comme le note Yves Mayaud, "retirer de la nature des

⁵⁰⁵ Voir, par ex., en ce sens, Y. Mayaud, "La justice pénale dans le monde des affaires, Libre propos sur une crise d'autorité", *Justices 1995-1*, p. 35 et suiv.

sanctions, de leur originalité ou de leur spécificité, le moindre élément de distinction entre les matières pénale, administrative ou disciplinaire. Il y a aujourd'hui, un mélange des genres, des influences réciproques, qui font qu'on retrouve de l'une à l'autre de ses matières des sanctions identiques et des techniques répressives semblables⁵⁰⁷.

258 - De même, nous semble-t-il, est de moins en moins déterminante, la différence de destination des mesures en cause selon qu'elles affecteraient la protection de la société globale et s'appliqueraient à l'ensemble des citoyens ou qu'elles se limiteraient à la défense d'un groupe social. Il y a aujourd'hui entre les sphères pénales, administratives et disciplinaires des possibilités de réaction élargies à des cibles communes. La crise d'autorité de la justice pénale se manifeste dans la transformation de destination de la répression, il n'y a pas transfert d'une répression sous forme juridictionnelle vers une répression de type administratif ou disciplinaire mais un transfert d'une répression globale vers une répression plus déterminée, plus localisée, masquée par les qualificatifs précédents. Comme peut l'affirmer Jacques Reiller, "au rebours de l'espace homogène et indifférencié d'autan, le droit s'adresse aujourd'hui à une mosaïque de territoires spécifiques réclamant chacun une adéquation particulière"⁵⁰⁸. Il y a, en effet, "une évolution davantage soucieuse de souplesse ou de flexibilité que de cohérence qui fait que le droit devient polycentrique, interactif et fragmenté et favorise, de la sorte, l'autonomie de sous-systèmes ou d'îlots autonomes"⁵⁰⁹. Pour autant, si on peut, bien sûr, concevoir qu'en transférant ce pouvoir de répression dans des institutions non strictement étatiques, l'Etat perde sa position centrale ou incontournable, la publicisation du droit reste néanmoins entière, la répression s'adapte mais tend indéniablement à étendre son domaine d'action de la justice pénale vers la justice administrative. Si, à l'origine, on pouvait encore dire qu'en prélevant au droit pénal l'originalité de son contenu pour le transposer dans l'ordre administratif ou disciplinaire, on privait, de la sorte, la justice de sa raison d'être. Ce n'est plus le cas aujourd'hui, le justiciable dispose, sous l'influence constitutionnelle ou européenne, de garanties inhérentes à une démarche processuelle naturellement protectrice de ses libertés. Comme pouvait le noter le professeur Mourgeon, "il n'y a aucune raison de distinguer de façon tranchée la répression pénale (ou judiciaire) de

⁵⁰⁶ La justice pénale emblème de l'autorité judiciaire et gardienne des libertés ne saurait être exercée sur un autre schéma que celui de la procédure pénale.

⁵⁰⁷ Y. Mayaud, "La justice pénale dans le monde des affaires, Libre propos sur une crise d'autorité", *op. cit.*, p.36.

⁵⁰⁸ J. Reiller, "Régulation administrative, régulation judiciaire...régulation globale ?", *op. cit.*, p. 73.

⁵⁰⁹ *Ibid.* p. 73.

l'une quelconque des répressions dites disciplinaires⁵¹⁰. Les répressions de type administratif et la répression pénale destinées à maintenir l'ordre dans une institution déterminée sont de même nature. Il y a simplement une vision nouvelle de la justice administrative qui apparaît, de façon complémentaire à côté de la justice pénale, et qui laisse transparaître une vision plus répressive dans son action et sa finalité.

⁵¹⁰ J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 56.

CONCLUSION TITRE 2nd

259 - La première approche des réseaux disciplinaires et régulateurs a permis de souligner les difficultés d'appréhension des organismes en cause quant à leur rattachement à l'ordre juridique adéquate. Si leur rattachement à l'ordre administratif semble manifeste, il a laissé persister une certaine confusion quant à la qualification réelle des organismes, ces derniers oscillant de la nature publique à la nature privée comme de la nature administrative à la nature juridictionnelle. Aujourd'hui, ces confusions tendent à s'estomper sous l'influence directe des jurisprudences conventionnelles et constitutionnelles. On a assisté à une recomposition et à un rapprochement conséquent des procédures par la mise en évidence du caractère répressif commun, les caractères "administratif" et "disciplinaire" tendant à s'estomper au profit des caractères "punitif" et "répressif". C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, en contrôlant la conformité de la répression interne au dispositif conventionnel, a d'abord inclus l'ensemble des formes sanctionnatrices des institutions disciplinaires et régulatrices dans le critère d'identification lié à la "matière pénale". Cette soumission est peut-être moins déterminée en matière disciplinaire puisqu'il y a rattachement, avant tout, au titre de la "matière civile" mais il n'y a pas d'éclatement du droit de l'ensemble de ces sanctions, c'est à un rapprochement dans la définition des caractères auquel on assiste et ceci sous l'égide de la dimension essentiellement répressive des sanctions.

260 - Ce droit plus général de la répression est d'autant plus marqué qu'il s'accompagne d'une vision similaire développée respectivement par le juge constitutionnel relativement au développement de la notion de "sanction punitive" dans le domaine de la régulation et par la doctrine relativement au développement de la notion de "sanction répressive" dans le domaine disciplinaire. Dans la mesure où une nouvelle dimension était attribuée à ces formes sanctionnatrices, des nouvelles garanties leur étaient appliquées au titre d'abord d'une équivalence avec les garanties du procès pénal mais aussi avec celles du procès équitable. Une nouvelle légitimité est ainsi apparue dans l'exercice du pouvoir de contrainte et dans la façon dont les instances en cause pouvaient assurer leur office laissant entrevoir ainsi une réorganisation potentielle de la justice administrative puisqu'il y a, sous l'égide du droit processuel, une mise en parallèle qui s'effectue avec la juridiction de droit commun dans la sphère administrative, d'abord dans une optique de complémentarité mais peut-être aussi dans une optique de dépassement de ce même juge. C'est le cas d'abord grâce à une intervention plus spécifique et plus étroite mais c'est aussi le cas grâce à des fonctions plus larges dans

l'exercice du pouvoir de contrainte, la faculté de réprimer les infractions coexistant notamment avec la faculté de poser des normes.

CONCLUSION 1^{ère} PARTIE

261 - En raison de sa nature pénale, le pouvoir de punir ne semble pas pouvoir être confié à une autorité autre que l'Etat ; c'est lui qui détient le monopole de la contrainte, c'est lui qui est la seule source de droit. Pour autant, on a pu montrer que l'Etat pouvait avoir la volonté d'assortir telle ou telle mission d'une organisation ou d'une contrainte spécifique et secondaire par rapport au réseau étatique. S'apparentant à un droit que l'on a d'abord qualifié de disciplinaire, il a peu à peu dépassé le schéma classique dans lequel il avait été défini pour s'exercer au-delà du simple corps professionnel trouvant sa cohésion dans l'exercice d'un même métier et toucher ainsi des secteurs entiers de l'économie. On a pu qualifier alors ces nouveaux ensembles professionnels d'institutions régulatrices ou néocorporatistes en référence aux institutions corporatistes qui étaient, elles, liées au phénomène disciplinaire. C'est sous l'optique d'une nouvelle approche des réalités économiques ou sociales que sont apparues les institutions en cause et si on peut dire que toute notre droit est par tradition réfractaire à la notion de corporatisme, il faut bien relever qu'il est envisagé ici, non pas sous l'angle politique ou social mais sous l'angle strictement juridictionnel. L'émergence de ce nouveau pouvoir de contrainte s'inscrit dans un mouvement de dédoublement de la justice. S'il a pu sembler, à l'origine, justement opportun de substituer l'ensemble des comportements et manquements en cause à l'approche pénale et d'enlever ainsi à la justice la part qui lui revient en matière répressive, la nouvelle approche des phénomènes disciplinaires et régulateurs fait qu'on en arrive à ne plus parler de réel transfert d'autorité mais plutôt de transfert de fonctions ou de pouvoirs d'une justice déterminée vers un autre type de justice qui reste inmanquablement administrative. Les phénomènes en cause dépassent la distinction classique entre le droit public et le droit privé ou la distinction entre organe administratif ou juridictionnel et témoignent, certainement, d'une nouvelle façon de concevoir l'ensemble de la justice administrative. Il n'y a pas transfert d'une répression sous forme juridictionnelle vers une répression de type administratif mais un transfert d'une répression globale vers une répression plus déterminée, plus localisée.

2^{ème} partie

UNE JUSTICE PRINCIPALE DONT
L'OFFICE TEND VERS PLUS DE
REPRESSION

262 - Il y a deux tendances qui se manifestent lorsqu'on évoque l'évolution récente de notre système juridique et de nos institutions. On peut parler, d'une certaine manière, de dépérissement de notre système de droit administratif¹ et, conséquemment, de déclin de l'Etat de droit car si, à la fin du XIXème siècle, le droit administratif n'était plus perçu comme un privilège pour l'administration, mais comme un dispositif de protection des droits des administrés, il n'en reste pas moins caractérisé par l'existence d'un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré². On peut, au contraire, estimer que les quarante dernières années ont été porteuses de progrès décisifs vers la réalisation complète de l'Etat de droit. Des exemples importants peuvent être donnés à l'appui de cette dernière appréciation comme la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois ou le perfectionnement du contrôle sur les actes administratifs mais ils ont toujours comme point commun cet investissement croissant des instances juridictionnelles dans la mise en cause de la gestion de l'autorité publique.

Le rôle du juge administratif, à plus ou moins longue portée, passe par une évolution qui intègre ce nouveau contexte. L'évolution de la société française a fait que l'Etat de droit ne se réduit plus à la soumission de l'exécutif au droit dans les termes du droit administratif. La fonction administrative fait désormais l'objet d'une volonté de rééquilibrage, il y a un souci constant d'assurer l'effectivité des règles et de développer les droits des particuliers car, on ne saurait trop le rappeler, l'institution de la justice administrative répond, comme tout service public dans un Etat démocratique, à l'intérêt exclusif de l'administré. Autrement dit, et pour reprendre la formule imagée du professeur Jean Rivero prêtée au naïf Huron : "comme le tomahawk est fait pour la guerre et le calumet pour la paix, l'administration est faite pour l'administré et la justice pour le justiciable"³.

263 - Or, les justiciables ne sont plus à même de se satisfaire des enjeux abstraits que leur offre la justice administrative, on demande toujours au juge, certes, de se prononcer sur le bien fondé de tel ou tel moyen mais aussi de régler concrètement le litige en vidant le contentieux qui oppose les parties au procès, en quelque sorte, on lui demande d'agir comme

¹ Voir, par ex., Y. Gaudemet, "Crise du juge et contentieux administratif français" in La crise du juge, LGDJ, 1990, p. 87 et suiv. ; Y. Poirmeur et E. Fayet, "La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit" in Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 97 et suiv. ; J.-M. Woehrling, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins", Mélanges Charlier, Emile-Paul, 1981, p. 341 et suiv. ; J. Boulouis, "Supprimer le droit administratif ?", Pouvoirs 1988, n° 46, n° spécial, p. 5 et suiv.

² Voir, par ex., A. Mestre, Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration (Etudes sur le recours pour excès de pouvoir), LGDJ, 1974 ou J. Chevallier, "Le droit administratif, droit de privilège ?", Pouvoirs 1988, n°46, n° spécial, p. 57 et suiv.

un juge de droit commun. Si, comme le note Yves Gaudemet, “l'avenir du juge administratif en fera toujours davantage un juge et de moins en moins un juge administratif“, c'est tout l'office de ce dernier qui se trouve affecté par ce perfectionnement de l'instrument juridictionnel et ce désaveu croissant de l'administration. C'est l'office traditionnel du juge, office avant tout objectif dans la mesure où le juge s'attache à intervenir essentiellement en rapport à l'objet même du droit administratif, droit par essence d'origine inégalitaire, qui tend d'abord à présenter un nouveau visage (Titre 1^{er}).

Mais plus qu'un tel développement, on assiste surtout à l'apparition d'un office plus subjectif du juge administratif qui tend à s'intéresser davantage au sujet du droit fonction de son application qu'à l'objet du droit pour lequel il a été institué. Il est aujourd'hui principalement demandé au juge administratif de résoudre des différends, or, les règles de fond et de procédures constitutives du régime administratif s'avèrent de moins en moins aptes à satisfaire cette attente. La justice administrative, dans son fonctionnement comme dans son idéologie, est amenée à cette orientation plus subjective de son office (Titre 2nd).

³ J. Rivero, “Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif“, EDCE 1980, n° 31, p. 30.

Titre 1^{er}

LE DEVELOPPEMENT DE L'OFFICE OBJECTIF DU JUGE ADMINISTRATIF

264 - C'est à travers le contrôle des finances publiques que le perfectionnement de l'instrument juridictionnel et le désaveu général de l'administration va se faire le plus ressentir. Comme pouvait le souligner Claude Albert Colliard : "la formule napoléonienne "tout est dans les comptes" conserve une totale valeur d'actualité. La crise contemporaine de l'Administration française, pour les spectateurs d'aujourd'hui comme pour les historiens de l'avenir, s'enregistre implacablement dans les comptes de l'Etat"⁴. Le phénomène de responsabilité des agents publics envers l'administration est un témoin privilégié de l'évolution ainsi décrite. Devant le vide laissé par l'absence de véritables sanctions publiques et la défiance sans cesse marquée de la société civile à l'égard de l'appareil politico-administratif, des réactions plus concrètes se sont développées en corrélation directe avec la multiplication des irrégularités budgétaires. Les formes de responsabilité personnelle des ordonnateurs ont eu tendance à augmenter de par l'interventionnisme des administrations dans tous les domaines de la vie sociale. A partir du moment où l'action des administrateurs dans la réglementation et l'exécution promettait de devenir vaste et complexe, un contrôle de l'activité des ordonnateurs, indépendant et puissamment organisé, devenait indispensable dans un système général d'Etat de droit et de protection des deniers publics. On passait ainsi d'un simple contrôle administratif à un contrôle financier des gestionnaires publics (chapitre 1^{er}).

265 - Si les temps se prêtent à mettre l'accent sur l'efficacité du contrôle des finances publiques, on retrouve la même évolution à travers le contrôle effectué par le juge administratif de droit commun sur l'activité administrative, notamment quand elle poursuit une finalité répressive. On est conduit, comme André De Laubadère, "à contempler les architectures dont notre jurisprudence administrative s'enorgueillit le plus depuis cinquante ans [...] d'un œil qui, certes, les admire encore, mais aussi qui ne manque pas d'y remarquer

⁴ C.-A. Colliard, "Les irrégularités budgétaires", D. 1949, p. 65.

aujourd'hui quelques défaillances de style ou quelques menaçantes fissures"⁵. Parmi ces "architectures" figure en bonne place le recours pour excès de pouvoir. Si son développement a contribué à la consécration même de l'Etat de droit, il n'autorise pas le juge administratif à aller au-delà de la mise à néant de l'acte reconnu illégal. Pourtant, le juge n'a cessé de développer son contrôle et de dépasser le cadre objectif fixé à la base. D'abord limité à une simple appréciation de légalité de la décision répressive, le juge a été amené, en certains cas, à dépasser ce contrôle minimum pour opérer un contrôle plus complet en recherchant l'adéquation de la sanction à la faute. Le juge passait ainsi d'un simple pouvoir de contrôle à un pouvoir de mesure de la répression administrative (chapitre 2nd).

⁵ A. De Laubadère, "Réflexions sur la crise du droit administratif français", D. 1952, chron., p. 5 et in Pages de doctrine, LGDJ, 1980, p. 178.

DU CONTROLE ADMINISTRATIF AU CONTROLE FINANCIER DES GESTIONNAIRES PUBLICS

266 - C'est sur la base d'une tradition d'irresponsabilité extrêmement vivace que l'administration a vécu depuis le XIX^{ème} siècle. Le principe admis était celui selon lequel la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne pouvait être engagée envers l'Etat à raison de fautes même personnelles, même lourdes, commises par lui à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative édictant cette responsabilité. Si le Conseil d'Etat posa finalement le principe de responsabilité, c'est une inapplication pratique qui succéda très vite à l'affirmation jurisprudentielle. Cela témoigne des difficultés quant à l'appréhension de l'aspect répressif de la responsabilité que ce soit par l'autorité administrative ou l'autorité juridictionnelle. Pourtant, si le juge administratif de la responsabilité est surtout un juge de la réparation et de l'indemnisation, cela ne va pas empêcher un certain perfectionnement de l'instrument juridictionnel dans le sens d'une répression accrue.

On a d'abord vu réapparaître l'une des œuvres jurisprudentielles les plus anciennes de la Cour des comptes à savoir la théorie de la gestion de fait⁶. Avant tout fondée sur une volonté gestionnaire et non répressive, sa renaissance concrète a témoigné d'une première prise en compte réelle des exigences de responsabilité tenant à l'imputation du dommage à un responsable précisément identifié. Puis c'est un régime de responsabilité spécifique devant une juridiction originale qui trouvait progressivement sa place : la Cour de discipline budgétaire était créée avec la mission de sanctionner les fautes des agents publics dans la gestion des dépenses et des recettes publiques⁷. C'est aussi avec une certaine prudence qu'une telle juridiction était instituée puisqu'il y avait, là encore, une volonté plus préventive que répressive mais on pouvait néanmoins dire que, finalement, à côté du contrôle administratif et

⁶ La gestion de fait étant une irrégularité constituée par le maniement direct ou indirect, par toute personne n'ayant pas la qualité de comptable public, de fonds destinés à une personne publique ou extraits irrégulièrement de sa caisse.

de sa logique tenace d'irresponsabilité (Section 1) apparaissait un contrôle financier plus concret même s'il restait basé, avant tout, sur ce qu'on pouvait qualifier de logique gestionnaire de responsabilité (Section 2).

Section 1 : **Le contrôle administratif et la logique tenace d'irresponsabilité**

267 - La logique tenace d'irresponsabilité se manifeste, non seulement à travers l'absence de justification liée à la logique initiale d'irresponsabilité (§1) mais aussi à travers l'absence d'application de la logique actuelle de responsabilité (§2).

§ 1 : *Une logique initiale d'irresponsabilité non justifiée*

268 - Si la règle de l'irresponsabilité était la règle de principe, cette dernière restait une règle non écrite, seulement affirmée par la jurisprudence et reconnue, non sans résistances et sans protestations, par la doctrine (A). Il y avait bien certains textes qui appliquèrent ce principe de responsabilité à des catégories spéciales d'agents publics, mais cet effort en vue de responsabiliser les agents qui exercent des fonctions publiques au nom de la collectivité n'a eu qu'un succès limité. Les différentes responsabilités instituées par le législateur ont été circonscrites essentiellement aux administrateurs ayant des attributions budgétaires et aux comptables publics. De plus, leurs applications pratiques, exception faite de celle relative aux comptables publics, ont, dans la majorité des cas, étaient peu nombreuses ce qui en a fait des exceptions à portée réduite (B).

A – Un principe d'irresponsabilité non écrit

269 - Ce n'est pas le législateur qui a édicté le principe d'irresponsabilité, il découle essentiellement d'une affirmation jurisprudentielle reprenant une certaine tradition fondée sur une idée autoritaire de l'administration et du pouvoir hiérarchique (1). Si la doctrine a pu approuver, en certains cas, cette jurisprudence, elle a montré, très vite, les dangers de l'application totale d'un tel principe (2).

⁷ Cf. Loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 (JO 26 septembre 1948, p. 9461) tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une Cour de discipline

1. L'affirmation prétorienne

270 - Dès 1874, le Conseil d'Etat refusa le principe de la responsabilité pécuniaire de tous les fonctionnaires autres que les comptables⁸. L'annotateur de l'arrêt d'espèce publié au recueil Dalloz justifiait cette position par le fait que “dans notre système administratif où la hiérarchie est si fortement constituée, depuis les rangs les plus humbles jusqu'au ministre dont la responsabilité est d'ordre politique, l'action de l'administration supérieure se comprendrait difficilement”⁹. En effet, conformément à la conception autoritaire du pouvoir qui dominait l'administration française, le pouvoir personnel n'accordait d'importance, à cette époque, qu'au lien d'autorité et de subordination unissant le chef à ses subordonnés. Les dommages pécuniaires subis par la collectivité passaient forcément au second plan. Le Conseil d'Etat confirma le principe sous la forme d'un simple avis selon lequel : “Le droit de l'Etat d'obtenir, à titre de dommages et intérêts, réparation pécuniaire du préjudice que peuvent lui causer les fautes commises par ses agents dans l'exercice de leur fonction ne saurait s'exercer que dans des cas spéciaux et déterminés qui sont prévus et réglés par des dispositions législatives formelles”¹⁰. D'autres arrêts venaient compléter l'ensemble du dispositif faisant ainsi prédominer cette tradition d'irresponsabilité¹¹.

271 - On a souvent répété, à cet égard, que les administrateurs avaient besoin, dans le cadre qui leur était tracé, d'une marge de manœuvre importante. Le souci primordial des ordonnateurs doit être d'assurer, avec les moyens mis à leur disposition, un fonctionnement aussi rationnel et efficace que possible des services publics. A ce titre, et pour pouvoir faire face à des besoins imprévisibles, voire à des circonstances exceptionnelles, ils sont souvent conduits à prendre des risques et à délaissier la règle lorsque son application automatique pourrait avoir des conséquences fâcheuses. Les administrateurs bénéficient donc d'une très large zone d'opportunité où sont considérés l'objet et les fonctions de chaque service pour apprécier les résultats. Or, s'il est aisé d'apprécier objectivement si les comptables ont procédé aux opérations et contrôles exigés par les lois et règlements en vigueur, il est beaucoup plus

budgétaire.

⁸ CE, 10 juillet 1874, *Baron* (Rec. CE, p. 648, S. 1876. 3. 159, D. 1875. 3. 69, note anonyme).

⁹ Note anonyme préc. au D. 1875. 3. 69.

¹⁰ CE, avis, section des finances, 21 juillet 1885 confirmant l'irresponsabilité civile du fonctionnaire envers l'Etat (*Code Dalloz*, T. 4, comptabilité publique, n° 1075-1076 ; *Répertoire Béquet*, t. 17, p. 55).

¹¹ CE, 20 février 1885, *Hubert* (Rec. CE, p. 200, S. 1886. 3. 56, D. 1886. 3. 92), CE, 4 décembre 1891, *Bastier* (Rec. CE, p. 726, concl. Jagerschmidt, S. 1893. 3. 116), CE, 9 février 1894, *Broks* (Rec. CE, p. 109, concl. Romieu, D. P. 1895. 3. 25, S. 1896. 3. 10), CE, 6 novembre 1906, *Gaugain* (Rec. CE, p. 811), CE, 19 avril 1907,

difficile, en revanche, de juger l'échec ou la réussite : la part d'appréciation subjective est ici dominante. Enfin, si les conséquences des actes fautifs des comptables sont immédiatement chiffrables, puisque toute irrégularité se traduit immédiatement dans leurs comptes, soit par des recettes en moins, soit par des dépenses en plus, celles des ordonnateurs sont beaucoup plus difficiles à évaluer quant à leur incidence budgétaire. Comment estimer avec exactitude, par exemple, le coût du préjudice résultant d'une dépense engagée sans aucune étude ou ayant fait l'objet d'une évaluation initiale défectueuse.

272 - Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat maintenait sa jurisprudence d'autant plus que sa tâche était facilitée par le fait que le ministre qui poursuivait un agent public utilisait le seul mode de recouvrement qui était à sa disposition : l'arrêt de débet. Dès lors, saisi d'un recours par l'agent public, la haute juridiction administrative ne pouvait que constater qu'une telle procédure n'était applicable qu'aux seuls comptables¹². La loi du 13 avril 1898¹³ modifiait, certes, les données du problème en accordant aux ministres la possibilité de prendre des états exécutoires notifiables à tous les débiteurs de l'Etat pour lesquels un mode spécial de recouvrement n'était pas prévu. Mais le Conseil d'Etat persistait dans son attitude. Il la systématisait même dans une décision de principe¹⁴ suscitant de nombreux commentaires dans la mesure où il justifiait le principe d'irresponsabilité, en termes généraux, à propos de faits particulièrement graves liés à l'exécution illégale d'un individu. Malgré cela le principe était maintenu, le Conseil d'Etat reprenant, dans l'ensemble des décisions¹⁵, le considérant majeur de l'arrêt de principe¹⁶, exception faite d'une décision où il insista davantage sur la nécessité de l'existence d'une disposition législative pour déroger au principe d'irresponsabilité¹⁷. La

Gleize (Rec. CE, p. 333, concl. Romieu, D. P. 1908. 3. 97, concl. Romieu), CE, 16 décembre 1910, *Renard* (D. P. 1912. 3. 142), CE, 28 juin 1911, *Girard* (Rec. CE, p.911), CE, 24 novembre 1916, *Lagarde* (Rec. CE, p.484).

¹² Voir, en ce sens : CE, 28 juin 1895, *Meulien* (Rec. CE, p. 540, S. 1897. 3. 114, D. 1896. 3. 62) ou CE, 10 novembre 1899, *Meyer* (Rec. CE, p. 621) où «*si les ministres peuvent, dans les cas prévus par les lois, prendre tous arrêtés nécessaires et exécutoires par provision contre les débiteurs de l'Etat, ce mode spécial de recouvrement n'a été établi qu'à l'égard des comptables, fournisseurs, entrepreneurs et détenteurs de deniers publics*».

¹³ Art. 54 de la loi du 13 avril 1898 (Coll. Duvergier, t. 98, p. 162) portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1898.

¹⁴ CE, 28 mars 1924, *Poursines* (Rec. CE, p. 357, D. 1924. 3. 49, note J. Appleton, RDP 1924, p. 601, note G. Jèze, S. 1926. 3. 17, note M. Hauriou).

¹⁵ Voir, en ce sens : CE, 29 octobre 1926, *Morin* (Rec. CE, p. 912), CE, 14 décembre 1934, *Dizier* (Rec. CE, p.1188, D. H. 1935, p. 120), CE, 31 mai 1935, *Laurens* (Rec. CE, p. 638), CE, 1^{er} août 1942, *Préour* (Rec. CE, p.248).

¹⁶ «*Considérant que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison des fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur*».

¹⁷ CE, 20 juin 1947, *Caisse de crédit municipal de Strasbourg* (Rec. CE, p. 275, JCP 1949, G, II, n°4757, note J. Delpech) où un article de règlement aux termes duquel les employés d'un établissement répondent sur leur

doctrine administrative fut plus prompt que la jurisprudence à déceler les dangers de l'irresponsabilité absolue.

2. Les résistances doctrinales

273 - Certains auteurs ont approuvé le principe d'irresponsabilité et ont essayé de le justifier sur le plan juridique en estimant que, puisque certaines lois spéciales édictaient la responsabilité de certains agents publics, il fallait déduire, par un raisonnement *a contrario* que, pour les autres agents publics, l'irresponsabilité était le principe¹⁸. Joseph Delpéch notait, par exemple, que “les textes épars qui ont organisé la responsabilité pécuniaire de quelques comptables de deniers n'ont pas le caractère de cristallisations d'une règle préexistante”¹⁹, l'auteur ajoutant “qu'il paraît d'une méthode plus juste et plus circonspecte de tenir que dans ces cas [...] les législateurs n'ont statué que là où ils jugèrent opportun d'opérer une brèche, ici à la liberté d'une collectivité décentralisée, là à l'irresponsabilité commune des agents”²⁰. On a déjà vu que les raisons invoquées étaient de plusieurs ordres : si l'absence de texte exprès autorisant une telle responsabilité était souvent invoquée, on citait aussi la modicité des traitements alloués à l'ensemble des fonctionnaires par rapport aux traitements relativement élevés des comptables comme, enfin, la tradition de notre administration qui tendait à limiter les moyens de répression aux seules mesures disciplinaires.

On peut reconnaître, en effet, que le fonctionnaire dispose d'un statut qui lui reconnaît des droits et des obligations. Cela forme un tout. Si un fonctionnaire cause un dommage à l'administration, celle-ci peut le frapper de sanctions disciplinaires. Il était ainsi inutile d'introduire des sanctions civiles qui auraient pour résultat de détruire l'équilibre réalisé par le statut²¹. En outre, l'établissement de la responsabilité civile risquait de paralyser les initiatives des administrateurs, la bureaucratie de l'administration, son manque de vitalité seraient alors accrus. Enfin, pour combattre le relâchement de la hiérarchie et de la discipline, on mettait entre les mains de l'administration, “un instrument de brimade” qui pouvait s'avérer fort dangereux.

fortune du fidèle accomplissement de leurs obligations de service est un texte insuffisant pour permettre de déroger au principe d'irresponsabilité.

¹⁸ F. Bolley, Etude sur la responsabilité civile des fonctionnaires envers les collectivités dont ils dépendent, thèse, Dijon, 1942 p.20 et suiv. ; J. Delpéch, “La responsabilité envers l'administration des fonctionnaires autres que les comptables”, Mélanges Hauriou, Sirey, 1929, p. 202 et 205.

¹⁹ J. Delpéch, “La responsabilité envers l'administration des fonctionnaires autres que les comptables”, *op. cit.*, p.205.

²⁰ *Ibid.*, p. 205.

Maurice Hauriou, lui aussi, même s'il n'approuvait pas cette irresponsabilité, la trouvait néanmoins justifiée²². L'auteur ajoutant un argument supplémentaire pour écarter la responsabilité en distinguant, dans la notion de faute, le fait de service et le fait du fonctionnaire et en montrant que l'action récursoire de l'Etat contre les fonctionnaires était impossible attendu que logiquement, le fait de service "absorbe complètement le fait du fonctionnaire"²³ et que, pratiquement, le fait du fonctionnaire n'a rien qui puisse être ramené au fait de service. Pour l'auteur, "quand le fait du fonctionnaire est vraiment personnel, il l'est à la fois vis-à-vis de la victime et vis-à-vis de l'administration ; le fonctionnaire devient responsable vis-à-vis de la victime, et l'administration n'est pas responsable. De même, le fait de service doit conserver son caractère aussi bien vis-à-vis du fonctionnaire que vis-à-vis de la victime ; l'administration doit être responsable, et le fonctionnaire doit ne l'être pas"²⁴.

274 - Tous les auteurs n'eurent cependant pas la même attitude. Le professeur Appleton²⁵ montrait, par exemple, que l'argument fondé sur le défaut de texte législatif autorisant une telle responsabilité n'avait aucune valeur, puisque le Conseil d'Etat n'avait pas hésité, par exemple, à établir des règles de responsabilité de la puissance publique en l'absence de tout texte²⁶. Il était donc faux d'affirmer que les quelques textes ayant admis la responsabilité pécuniaire de certains agents publics constituaient des dérogations à une règle inscrite nulle part. On pouvait même considérer ces textes, non pas comme des exceptions, mais comme les premières manifestations d'un principe plus général de responsabilité²⁷. Gaston Jèze²⁸ soulignait, quant à lui, l'absurdité de la situation en montrant que l'irresponsabilité et la responsabilité dépendaient ainsi de l'attitude de la victime, l'administration pouvant poursuivre son agent, par le jeu des règles de la subrogation, que si cette dernière avait auparavant attaqué personnellement le fonctionnaire.

Enfin, pour lutter contre l'affaiblissement de la discipline et le laisser-aller qui se manifestaient à des degrés divers dans l'administration, Jean-Claude Maestre notait que "les

²¹ Voir, en ce sens, M. Laroque, note sous CE, 8 mars 1935, *Magnon* (S. 1935. 3. 73) ou concl. Jagerschmidt sous CE, 4 décembre 1891, *Bastier* (Rec. CE, p. 725).

²² Note sous CE, 28 mars 1924, *Poursines*, S. 1926. 3. 17.

²³ *Ibid.*, p. 17.

²⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁵ Note sous CE, 28 mars 1924, *Poursines*, D. 1924. 3. 49.

²⁶ Il faut noter d'ailleurs qu'un texte existait : l'art. 15 DDHC qui stipule que "la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".

²⁷ Voir en ce sens, : J.-C. Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français* p. 214 ; Y. Divanach, *La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français*, thèse Rennes, 1935, p. 321.

²⁸ Note sous arrêt CE, 28 mars 1924, *Poursines*, RDP 1924, p. 601.

sanctions civiles constituent le seul remède efficace même si certains risques existent²⁹. L'auteur souligne également que les traitements modiques des agents publics n'étaient pas une excuse sachant que "le législateur a consacré la responsabilité des comptables dont les ressources ne sont pas plus élevées que celles des autres agents"³⁰ et qu'il ne fallait pas oublier que "les administrés sont également des contribuables et qu'ils n'ont nullement à supporter la réparation des dommages dus aux fautes grossières et inadmissibles des agents publics"³¹.

En définitive, la doctrine s'accordait sur le fait que la thèse de la non-responsabilité ne trouvait aucune justification que ce soit dans un principe de droit public ou dans un texte de loi, ni même dans aucune considération d'équité. Tout le monde était d'accord sur la nécessité de mettre fin à cette irresponsabilité absolue, même si les auteurs différaient sur les moyens de mise en œuvre et les limites de cette responsabilité³². Le professeur Waline se faisait ainsi l'écho de cette condamnation en se montrant indigné devant la fréquence inquiétante des fautes graves et inexcusables ne faisant l'objet ni de sanctions pénales, ni même de sanctions disciplinaires et, pour qui, "la plus élémentaire équité exigerait que les premiers coupables fussent aussi les premiers responsables"³³ d'autant plus que la portée réelle des exceptions au principe d'irresponsabilité restait minime.

B – Des exceptions à portée réduite

275 - Le législateur a expressément prévu que l'administration pouvait exercer une action directe contre certains agents publics. Si l'ensemble des textes pouvait paraître disparate, ils avaient tous comme point commun d'intervenir en matière de finances publiques pour sanctionner une mauvaise exécution des recettes ou des dépenses publiques. Il est cependant apparu que ces textes n'ont pas eu les mêmes résultats. Ils sont restés très modestes pour ceux qui ont concerné les administrateurs malgré l'existence d'exceptions prétoriennes (2). Ils ont été plus convaincants pour la catégorie des comptables publics qui, eux, sont

²⁹ J.-C. Maestre, La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français, *op. cit.*, p. 214.

³⁰ *Ibid.*, p. 214.

³¹ *Ibid.*, p. 215.

³² Voir, en ce sens, trois ouvrages apparus à la veille et au début de la seconde guerre mondiale condamnant encore cette irresponsabilité : Y. Divanach, La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français, *op. cit.* ; V. Ninkovitch, La responsabilité des agents administratifs vis-à-vis des personnes morales de droit public, thèse, Paris, 1941 ; F. Bolley, Etude sur la responsabilité civile des fonctionnaires envers les collectivités dont ils dépendent, *op. cit.*

³³ M. Waline, "De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier", RDP 1948, p. 5.

effectivement soumis à une responsabilité personnelle rigoureuse³⁴ même si divers mécanismes permettent aujourd'hui, dans certains cas, d'obtenir une atténuation de responsabilité et donc, conséquemment, de tempérer la rigueur de celle-ci (1).

1. La réussite tempérée de la responsabilité pécuniaire des comptables publics

276 - Depuis le début du XIX^{ème} siècle, les comptables publics sont personnellement et pécuniairement responsables de la régularité des opérations dont ils sont chargés. C'est une responsabilité qui a constamment été réaffirmée et qui n'a jamais cessé d'être effectivement mise en œuvre³⁵. C'est là l'un des seuls cas où la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires à l'égard de l'Etat ne s'est pas soldée par un échec. La simplicité et l'absence d'ambiguïté du résultat recherché est une première raison du succès. En effet, comme peut le noter, par exemple, Catherine Lalumière, "on échappe ici au double caractère de la responsabilité des agents non comptables, à la fois réparation d'un dommage et sanction disciplinaire, entre lesquels la jurisprudence n'a pas voulu ou n'a pas pu choisir mais qui ne facilitent pas la mise en œuvre de la responsabilité des agents à l'égard des collectivités publiques"³⁶. Le but de cette responsabilité n'est pas tant de sanctionner le coupable que d'éviter à la collectivité tout préjudice financier.

Pour cette raison, le juge des comptes n'a pas, sauf exception, à apprécier la faute du comptable mais à constater qu'une dépense irrégulière a été payée ou qu'une recette n'a pas été recouvrée³⁷. Il n'a pas davantage pour mission de sanctionner les préjudices subis par les organismes du fait des comptables publics. La Cour des comptes en jugeant un compte, porte une appréciation objective. Les débits qu'elle prononce sont le constat d'un manquement, non l'appréciation d'une faute commise par le comptable ou l'évaluation du préjudice subi par la collectivité. On a ainsi écarté les discussions et les distinctions relatives à l'existence d'une faute lourde ou non, d'une faute intentionnelle ou non. La responsabilité des comptables est

³⁴ Cf. P. Benoit, La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, thèse Strasbourg, 1967 ; J. Magnet, Les comptables publics, LGDJ, 1995 ; J. Magnet, Eléments de comptabilité publique, LGDJ, 5^{ème} éd., 2001 ; Actes des journées Cour des comptes-Université, février 1978, La responsabilité des comptables publics, Université sciences sociales de Toulouse, 1979 ; M. Prada et P. Barberye, La comptabilité publique, Berger-Levrault, 1998 ; J.-M. Cotteret et L. Trotabas, Droit budgétaire et comptabilité publique, Dalloz, 1995.

³⁵ La responsabilité pécuniaire des comptables publics a longtemps été définie par les règlements généraux sur la comptabilité publique dont plusieurs restent encore en vigueur avant d'être, à présent, régie par les 12 § de l'art. 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 (JO 24 février 1963, p. 1825) portant loi de finances pour 1963 qui a, pour l'essentiel, repris le droit antérieur et qui est complétée par le règlement général sur la comptabilité publique issu du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 (JO 30 décembre 1962, p. 12828) et des règlements particuliers.

³⁶ C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités publiques, thèse Rennes, 1968, p. 111.

³⁷ C'est ce qu'exprime la célèbre formule : "la Cour des comptes juge les comptes, pas les comptables".

mise en œuvre par la survenance de faits objectifs qui font l'objet d'une énumération légale, seul l'aspect matériel de la gestion est pris en considération³⁸. En cela, cette responsabilité se distingue du droit commun dans la mesure où elle est engagée dès lors qu'un déficit, un défaut de recouvrement, un paiement irrégulier sont constatés, et cela indépendamment de toute notion de faute. La saisine du juge écarte toute initiative personnelle, il y a soumission automatique au jugement du juge et le déclenchement de la procédure ne résulte donc pas d'un acte de volonté d'un administrateur³⁹. Les comptables publics sont présumés avoir commis des erreurs et sont mis en position d'accusation. C'est à la Cour des comptes qu'il appartient alors de les disculper.

277 - A cet égard, on peut dire que la comparaison avec la responsabilité pénale est sans objet, puisque cette dernière, subjective, est nécessairement liée à une faute, un délit ou un crime, et risque de porter à confusion sur la nature effective de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public. Le dispositif de responsabilité des comptables publics, conçu pour la protection des deniers publics, n'a et ne doit avoir aucun caractère infamant pour les comptables concernés lorsqu'il est mis en jeu. Malgré cela, le débet reste un sujet difficile puisque comme peut le noter Jean Bonnet "techniquement, il y a opposition de conception entre le Conseil d'Etat, pour qui le débet est la constatation d'une situation objective, tirée des éléments matériels des comptes, et les comptables qui vivent le débet comme une sanction personnelle, plus morale que financière, certes, mais enfin une sanction tout de même"⁴⁰. Le législateur, en ce sens, ne ménage pas le comptable public puisque tout le dispositif est axé sur la crainte permanente d'une mise en cause de sa gestion, soit par l'autorité administrative, soit par l'autorité juridictionnelle.

278 - Il n'existe qu'un seul tempérament dans le dispositif, compensation à la responsabilité exorbitante de droit commun : l'indépendance du comptable à l'égard de l'ordonnateur et de sa hiérarchie, qui serait la contrepartie de la responsabilité, des contrôles et débet, des interdictions diverses et des garanties constituées. Or, si on peut rapprocher cette notion d'indépendance de celle du juge judiciaire, il faut noter que le comptable du trésor l'est infiniment moins que le juge. Le comptable est, en effet, le conseiller financier de

³⁸ Si la Cour des comptes tient parfois compte de la faute ou de l'absence de faute professionnelle de l'agent, elle n'utilise en tout cas jamais la distinction de la faute personnelle et de la faute de service qui domine le régime général de la responsabilité des agents non comptables.

³⁹ On rappelle que c'était là une des causes de l'échec de la responsabilité qui pesait sur les agents non comptables.

l'ordonnateur et il participe activement à l'exécution du budget proposé par le maire et voté par le conseil municipal. Ainsi, Georges Picavet souligne, par exemple, que "la synergie des partenaires n'est pas propice à une situation d'indépendance totale et durable"⁴¹ et qu'ainsi, "l'indépendance s'avère toute relative, et paraît bien terne par rapport à la portée du dispositif"⁴². En effet, on peut se poser la question de savoir "comment faire preuve d'indépendance totale, en tant que comptable principal, lorsque l'on attend de sa hiérarchie moyens humains et matériels, avancement, éventuellement décharges de responsabilité ou remises gracieuses"⁴³.

Principe fondamental de notre organisation administrative, la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable suscite la discussion, mais ce qu'il faut noter, en définitive, c'est que si "la sensibilité du sujet requiert à la fois une vision d'ensemble, une grande attention aux répercussions effectives, une claire conscience du rôle des différents intervenants"⁴⁴, la condamnation est souvent annihilée dans la pratique. Les implications financières pour les comptables restent considérablement tempérées dans la mesure où le nombre de débits est relativement limité par rapport à la masse des comptes et des jugements et qu'il existe des décisions de décharge⁴⁵ et de remise⁴⁶, partielle ou totale, qui viennent en atténuation si les déficits ne résultent ni de détournements ni de négligences caractérisées ou particulièrement graves⁴⁷.

⁴⁰ Entretien in R du T 1992, n° 1, p. 35 et C. Descheemaeker, La Cour des comptes, La documentation française, 2^{ème} éd., 1998, p. 65

⁴¹ G. Picavet, "La responsabilité du comptable public" in La comptabilité publique : continuité et modernité, colloque Bercy, 25 et 26 novembre 1993, Ministères de l'économie et du budget, 1995, p.188.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ A. Turc, "La responsabilité du comptable dans l'administration moderne" in La comptabilité publique: continuité et modernité, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁵ La décharge de responsabilité, prononcée par le Ministre du budget, vient éteindre la responsabilité du comptable lorsque ce dernier peut se prévaloir de la force majeure, reconnue lorsque les circonstances ayant entraîné le déficit sont "imprévisibles, irrésistibles et extérieures". Les décharges définitives de responsabilité correspondant à ces cas de force majeure sont, de ce fait, peu nombreuses.

⁴⁶ La remise gracieuse est également de la compétence du ministre du budget, sont examinés pour fixer le montant définitif des sommes laissées à la charge du comptable tous les éléments qui n'ont pas été pris en compte au moment du jugement objectif du compte, car sans incidence comptable directe, ou à celui de la décharge de responsabilité, car non constitutifs de force majeure. Ces éléments sont très divers : par ex., les difficultés de gestion, la difficulté de déceler certaines irrégularités ou encore la situation personnelle du comptable.

⁴⁷ L'ensemble de ces procédures tempère le caractère rigoureux du régime de responsabilité *a posteriori*, il faut aussi noter qu'il existe des procédures *a priori*. Ainsi, pour les recettes, les comptables publics peuvent demander aux autorités administratives compétentes pour statuer, l'admission en non valeur des créances devenues irrécouvrables par suite notamment de l'insolvabilité ou de la disparition des débiteurs. De la même façon, en cas de dépense irrégulière payée sur réquisition de l'ordonnateur, l'ordre de réquisition de ce dernier exonère le comptable de toute responsabilité, celle-ci étant transférée à l'ordonnateur.

Enfin il faut toutefois relever, comme l'exprime Olivier Jannin, dans un avis contraire, que "l'expérience montre, en effet, que si le système actuel comporte des dispositions qui permettent au comptable, et c'est heureux, de faire face aux conséquences de sa responsabilité, il n'en gomme aucunement les effets, ni matériels, ni psychologiques"⁴⁸. L'auteur ajoutant que "les décharges de responsabilité ne sont accordées que pour cas de force majeure. Les remises sont rarement totales. L'assurance laisse place à des franchises et à un coût très réel, fonction naturellement de la courbe des sinistres. Enfin, quel comptable ne sait qu'il couvre fréquemment d'inévitables différences de caisse "en moins" sans pour autant bénéficier des différences "en plus". C'est dire que, si cette responsabilité ne constitue pas un fardeau insupportable, il n'est pas possible d'exercer des fonctions comptables sans que les incidents de la vie professionnelle n'y renvoient sans cesse"⁴⁹. Si, dans l'ensemble, le système de la responsabilité des comptables fonctionne correctement, ce n'est pas le cas d'autres responsabilités spéciales de certains ordonnateurs qui n'ont pas eu les mêmes résultats.

2. Les résultats modestes de la responsabilité spéciale de certains ordonnateurs

279 - Différents textes, ayant tous en commun la sauvegarde des finances de l'Etat⁵⁰, ont rendu différentes autorités administratives, et même parfois de simples agents d'exécution, pécuniairement responsables envers l'Etat. Ce sont d'abord les autorités placées au sommet de la hiérarchie, à savoir les ministres, qui ont attiré l'attention du législateur, ce dernier cherchant à sanctionner leurs irrégularités budgétaires notamment dans les hypothèses où il était possible de trouver un lien de parenté avec la responsabilité des comptables⁵¹. C'est sous

A noter, tout de même, qu'il existe une autre compensation : *l'assurance*, le comptable public règle annuellement une cotisation à l'Association Française de Cautionnement Mutuel et supporte une prime d'assurance, assurance facultative, mais que tous les comptables ont la prudence de souscrire avant d'entrer en fonctions. Elle fait d'ailleurs partie du système tout en étant contestée par le juge. La couverture des sinistres éventuels n'exonère pas le comptable d'une franchise qu'il couvre de ses deniers personnels.

⁴⁸ O. Jannin, "La responsabilité du comptable" in *La comptabilité publique : continuité et modernité*, *op. cit.*, p.196.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Il faut noter ici, néanmoins, l'existence d'une responsabilité hors du domaine financier où des agents publics pouvaient être rendus pécuniairement responsables envers l'Etat. Il s'agit seulement d'une responsabilité indirecte où, si l'Etat reste civilement responsable, il peut exercer un recours contre ses agents.

Voir, en ce sens, pour les magistrats : la loi du 7 février 1933 (*Coll. Duvergier*, t. 133, p. 40) sur les garanties de la liberté individuelle et pour les instituteurs : la loi du 5 avril 1937 (*Coll. Duvergier*, t. 137, p. 191) modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité civile des instituteurs et le dernier alinéa de l'art. 1384 CCiv relatif à la substitution de responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public.

⁵¹ C'est notamment le cas lorsqu'un ministre décide d'engager une dépense sans crédit, soit parce qu'il a dépassé les crédits régulièrement ouverts, soit parce qu'il a engagé une dépense pour laquelle il n'y a pas de crédits prévus. Le ministre qui s'est rendu coupable de telles irrégularités engage les deniers de l'Etat puisque, de son fait, des dépenses sont nées qu'il faudra ultérieurement régler.

la Restauration que le principe de la responsabilité civile des ministres a été posé et repris régulièrement⁵². Mais comme le souligne Catherine Lalumière, si toute notre histoire est ainsi jalonnée de ces dispositions législatives, leur “répétition est le signe le plus évident de leur inefficacité”⁵³. En effet, le Parlement s'est presque toujours refusé à mettre en jeu cette responsabilité pécuniaire des ministres. Ce sont d'abord des obstacles juridiques qui l'ont empêché d'agir à savoir ceux qui concernaient l'appréciation de la faute⁵⁴, la juridiction compétente⁵⁵ ou encore l'étendue de la réparation⁵⁶. Mais les véritables raisons qui ont gêné l'application de cette responsabilité ont plus été d'ordre politique que d'ordre juridique. En effet, il faut relever que le cadre statique et précis de la responsabilité pécuniaire s'accordait très mal aux impératifs de rapidité et aux imprévus de l'action politique et administrative⁵⁷. Le Parlement avait, de la sorte, toujours pris en considération les difficultés de l'action financière des ministres et s'était toujours refusé à sanctionner les irrégularités que ceux-ci avaient pu être conduits à commettre pour assurer le fonctionnement de leurs services. Enfin, la logique même du régime parlementaire conduisait au rejet de toute responsabilité civile puisque la responsabilité pécuniaire se trouvait, en quelque sorte, absorbée par la responsabilité politique.

280 - A côté de la responsabilité des ministres, divers textes du XIXème siècle et du XXème siècle prévoyaient la responsabilité de catégories particulières de fonctionnaires

⁵² Outre l'art. 15 du décret du 17 septembre 1791 (Coll. Duvergier, t. 3, p. 349) relatif à la suppression des chambres des comptes et à la nouvelle forme de comptabilité qui confiait à l'Assemblée Nationale le soin de mettre en jeu la responsabilité des ministres, il faut noter, par ex., depuis la Restauration, l'art. 151 de la loi sur les finances du 25 mars 1817 (Coll. Duvergier, t. 21, p. 109) ; l'art. 9 de la loi du 15 mai 1850 (Coll. Duvergier, t.50, p. 146) portant fixation du budget des dépenses de l'exercice 1850 ; l'art. 42 du décret impérial du 31 mai 1862 (Coll. Duvergier, t. 62, p. 310) portant règlement général sur la comptabilité publique ou l'art. 1^{er} du décret-loi du 24 mai 1938 (Coll. Duvergier, t. 138, p. 381) tendant à modifier la loi du 10 juillet 1928 autorisant le gouvernement à garantir le règlement des exportations effectuées au profit des administrations ou services publics étrangers.

⁵³ C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités publiques, *op. cit.*, p. 17 et p. 18.

⁵⁴ La faute ne se réduisait pas à un simple fait matériel, d'autres éléments intervenaient pour qu'il y ait faute susceptible d'entraîner la responsabilité. La question se posait notamment de savoir s'il fallait ou non retenir l'élément intentionnel.

⁵⁵ Les textes ne prévoyait pas, en effet, de juridiction compétente et les parlementaires se sont servis de l'argument contestable de l'impossibilité de trouver un juge en l'état de la législation de l'époque pour justifier leur position tenant à ne pas déférer les ministres.

Ni le juge judiciaire (en raison du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires), ni le juge administratif (la saisine ne pouvant s'effectuer que par un arrêté de débet qui ne peut atteindre qu'un comptable et non pas un ministre), ni le juge des comptes (compétent que pour juger les comptables), ni la Haute Cour (ne pouvant prononcer que des sanctions d'ordre pénal ou politique) ne pouvaient, selon eux, être compétents.

⁵⁶ Il y avait notamment de nombreuses difficultés quant à l'évaluation des dommages et intérêts.

⁵⁷ En effet, il faut noter la nécessité pour les ministres de conserver une certaine liberté dans la fixation des crédits nécessaires notamment pour faire face aux nombreux imprévus qui peuvent surgir.

participant, à un titre ou à un autre, à des opérations financières. C'était l'exercice d'opérations très voisines de celles qui étaient effectuées par les comptables qui expliquait l'exercice effectif des responsabilités prévues par ces textes. Catherine Lalumière soulignait, à cet égard, l'importance de ces régimes spéciaux de responsabilité notamment par rapport à la séparation, finalement pas si nette, entre les ordonnateurs et les comptables en précisant qu'on "passait insensiblement de la responsabilité des comptables à l'irresponsabilité des administrateurs ou des agents d'exécution par une série de régimes intermédiaires de responsabilités pécuniaires qui ignoraient certaines dispositions de la responsabilité des comptables mais en adoptaient d'autres"⁵⁸. Les principaux concernés par ces "régimes intermédiaires" étaient d'abord les officiers militaires et, ceci, essentiellement dans deux hypothèses. Ils étaient responsables pécuniairement, d'une part, lorsqu'ils étaient compétents pour ordonnancer ou liquider les dépenses⁵⁹ et, d'autre part, lorsqu'ils devenaient régulièrement détenteurs de fonds ou de matériels sans pour autant avoir la qualité de comptables publics⁶⁰. A noter aussi, qu'outre les officiers, les agents de postes bénéficiaient également d'une responsabilité pécuniaire alors qu'ils n'étaient ni comptables publics, ni ordonnateurs, ni même administrateurs⁶¹. L'extension de cette responsabilité à cette catégorie d'agents était voulue dans le sens d'un prolongement de la responsabilité des receveurs qui, au sein de l'administration des postes, étaient de véritables comptables publics même si l'existence de cette responsabilité particulière restait, toutefois, sujette à discussion⁶².

281 - La liste des exceptions au principe de l'irresponsabilité pécuniaire serait incomplète, si n'était mentionnée une hypothèse spéciale, de nature prétorienne, concernant une catégorie définie d'agents publics, en l'occurrence les maires. Dès 1879, un maire fut condamné à rembourser à une commune les sommes qu'elle avait dû verser à un entrepreneur pour les travaux effectués d'après les ordres du maire "sans l'autorisation et nonobstant le

⁵⁸ C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités publiques, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁹ Sont responsables pécuniairement, par ex., un certain nombre d'officiers s'ils ont ordonné ou autorisé des emplois de fonds ou de matières en violation de règlements et instructions ministérielles ou si, malgré la connaissance de l'irrégularité, ils n'ont pas pris les mesures nécessaires (Voir, en ce sens, la loi du 16 mars 1882 (Coll. Duvergier, t. 82, p. 157) sur l'administration de l'armée modifiée par la loi du 19 décembre 1934 (Coll. Duvergier, t. 134, p. 609)).

⁶⁰ Le législateur appliquant ici une surveillance plus étroite de par le fait que même s'ils ne sont que des détenteurs de fonds ou de matériels, ils sont amenés à manier des deniers publics ou des objets ayant une valeur marchande d'où un régime aussi rigoureux que celui des comptables publics (Voir, en ce sens, art. 861 à 883 du décret impérial préc. du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique).

⁶¹ Cf. CE, 28 juin 1935, Tregan et Ruquet (Rec. CE, p. 738), CE, 28 mai 1948, Levy (Rec. CE, p. 239).

⁶² Cf. Notamment, C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités publiques, *op. cit.*, p. 36 à 41.

refus formel du Conseil municipal⁶³. Si le Conseil d'Etat confirmait cette solution dans une affaire analogue⁶⁴, il refusa pourtant, par la suite, d'engager, à nouveau, cette responsabilité dans de nombreuses décisions⁶⁵. Mais, si cela laissait entrevoir un revirement de jurisprudence, un dernier arrêt rendu en 1935 coupait court à toutes les hésitations en mettant en cause, sans ambiguïté, la responsabilité d'un maire coupable d'avoir fait procéder à l'exhaussement de la voie publique bordant sa propriété sans que ces travaux, qui ne présentaient aucun intérêt communal, aient été autorisés par le conseil municipal⁶⁶. Les arguments avancés pour expliquer cette jurisprudence ont été d'une grande diversité. Ainsi, Jean-Claude Maestre soulignait que le Conseil d'Etat avait voulu soumettre les maires à la même responsabilité que celle qui pesait sur les entrepreneurs lorsque ceux-ci dépassaient les crédits prévus initialement au devis. Cette jurisprudence s'expliquant, pour lui, non pas sur la base de considérations théoriques "mais par des préoccupations d'équité, par le souci de ne pas maintenir une différenciation inique entre les entrepreneurs et les maires coupables tous deux d'avoir ordonné des travaux irréguliers mais pouvant présenter quelques utilités pour la commune"⁶⁷.

Le professeur Mathiot estimait, quant à lui, que la responsabilité des maires était une "responsabilité d'ordre budgétaire, une responsabilité d'ordonnateur voisine de celle qui existe à la charge du ministre pour les préjudices qu'il cause à l'Etat en tant que ministre"⁶⁸. En fait, il semble "que le Conseil d'Etat ait manifesté une certaine suspicion envers les maires"⁶⁹ en raison de l'immunité dont ils peuvent bénéficier de par leur mode de recrutement et du caractère temporaire de leurs fonctions comme de par leur manque de garanties par rapport à des fonctionnaires dûment intégrés dans la hiérarchie et susceptibles de subir des sanctions disciplinaires. Pour cette raison, "le Conseil d'Etat a voulu, dès l'origine, les soumettre à des obligations plus sévères que celles pesant sur les autres fonctionnaires"⁷⁰. Cette tentative d'explication rejoint d'ailleurs celle exposée par le professeur Chapus, pour qui, "le Conseil

⁶³ CE, 21 novembre 1879, *Pastre* (Rec. CE, p. 725).

⁶⁴ CE, 8 décembre 1882, *Pey* (Rec. CE, p. 1012, D. P. 1884. 3. 46).

⁶⁵ Voir, en ce sens, CE, 13 mars 1891, *Commune de Moux* (Rec. CE, p. 213) où la commune n'est pas fondée dans la demande en garantie contre l'ancien maire à l'égard duquel elle ne justifie d'aucun fait personnel de nature à engager sa responsabilité ; CE, 3 juin 1892, *Guenebaut* (Rec. CE, p. 530, D. P. 1893. 3. 85) où le maire est déclaré irresponsable parce qu'il n'a agi que comme représentant de la commune et dans l'intérêt de cette dernière ; CE, 21 novembre 1930, *De Kerveguen* (Rec. CE, p. 971, D. 1931. 3. 14, note P. L. J.) où irresponsabilité d'un maire à l'occasion d'un litige entre un entrepreneur de travaux publics et l'administration.

⁶⁶ CE, 8 mars 1935, *Magnon* (Rec. CE, p. 307, D. 1935. 3. 12, note Heilbronner, S. 1935. 3. 73, note Laroque).

⁶⁷ J.-C. Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, LGDJ, 1962, p.203.

⁶⁸ A. Mathiot, *Cours de droit administratif*, Cours de droit, Paris, 1962-1963, p. 406.

⁶⁹ C. Lalumière, *La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques*, *op. cit.*, p.124.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 125.

d'Etat n'a, en effet, étendu aux maires la responsabilité prévue par les textes pour d'autres agents que dans la mesure où les maires agissaient en des qualités assimilables à celles de ces derniers⁷¹.

En définitive, malgré ces exceptions, l'irresponsabilité resta longtemps la règle de principe mais alors que pendant longtemps, le Conseil d'Etat s'en était toujours refusé, il posa, finalement, le principe général de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires et agents envers l'administration⁷². La jurisprudence nouvelle suscita de grands espoirs dans la mesure où elle paraissait susceptible de fournir une solution adéquate aux problèmes non encore résolus de façon satisfaisante par le Conseil d'Etat. Ce ne fut pas le cas, au principe d'irresponsabilité non justifié succéda un principe de responsabilité non appliqué.

§ 2 : *Une logique actuelle de responsabilité non appliquée*

282 - Le système de la responsabilité pécuniaire des agents publics envers l'administration se pose en des termes différents de ceux dans lesquels se pose la responsabilité des agents envers les tiers. Alors que dans les autres systèmes, la responsabilité a pour objet de réparer pécuniairement le dommage subi par la victime, ici, au contraire, la réparation du dommage n'est qu'un élément secondaire à prendre en considération. L'autre élément qui importe davantage est le caractère de sanction pris par la responsabilité. On pourrait, certes, affirmer que toute responsabilité présente ce double aspect de réparation et de sanction : obliger une personne à verser des indemnités à un tiers, c'est souvent, d'une certaine façon, reconnaître qu'elle n'a pas agi comme elle aurait dû le faire et réprimer ce manquement. Mais la fonction première de l'institution reste l'indemnisation de la victime, ce qui explique, d'ailleurs, l'existence et le développement, tant en droit privé qu'en droit public, de différents systèmes de responsabilité sans faute, fondés sur des notions qui ne laissent aucune place à l'idée de sanction. On n'est pas dans ce cas ici puisque, à l'inverse, lorsqu'on observe la responsabilité traitée, on peut relever, comme certains, que "tout le problème de la responsabilité des agents publics envers l'administration est dominée par l'idée de sanction"⁷³

⁷¹ R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, LGDJ, 1954 et 1957, p. 224, note 2.

⁷² CE, Ass., 28 juillet 1951, Laruelle (Rec. CE, p. 464, RDP 1951, p. 1087, note M. Waline, JCP 1951, G, I, n°6532, note J.-J. R., S. 1952. 25, note A. Mathiot, D. 1951, p. 623, note Nguyen Do, JCP 1952, G, I, n° 6734, note C. Eisenmann, S. 1953. 3. 57, note Meurisse).

⁷³ C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques, *op. cit.*, p. 8.

ou encore que “l'aspect répressif prédomine sans que le Conseil d'Etat ait pu ou voulu bannir l'aspect réparation”⁷⁴.

Cela modifie conséquemment la façon habituelle de poser le problème puisque le régime juridique de cette responsabilité sera forcément imprégné par ces préoccupations. C'est le Conseil d'Etat qui se trouva alors contraint de modeler le régime juridique de cette responsabilité en fonction des espèces dont il était saisi. En adoptant des solutions tantôt plus sévères, tantôt moins rigoureuses que ne le seraient celles adoptées si l'objet recherché était seulement l'indemnisation de la victime, il donna une physionomie originale mais aussi assez ambiguë à cette responsabilité ce qui eut pour conséquence de rendre sa mise en pratique malaisée (A). Il n'a pas été trop fort de parler d'échec lorsqu'on a examiné, ensuite, les résultats pour le moins modestes de la nouvelle application du principe, application exceptionnelle qui allait faire perdurer, finalement, la tradition d'irresponsabilité (B).

A – Une nature ambiguë qui rend la mise en pratique de la responsabilité malaisée

283 - La responsabilité des agents publics envers l'administration est fondée sur des éléments qui lui sont propres, qui n'appartiennent qu'à elle. Si elle peut ressembler, par certains aspects, à d'autres systèmes de responsabilité, elle possède aussi des traits qui lui donnent une nature juridique particulière et qui la font échapper, en conséquence, à toute assimilation possible aux modèles classiques de responsabilité (1). Néanmoins, si cette responsabilité échappe à toutes les classifications, elle reste pourtant dominée par son aspect répressif, ce n'est pas là son aspect unique, puisque l'aspect réparation reste toujours présent, mais c'est celui qui prédomine (2).

1. Une forme particulière de responsabilité qui n'entre dans aucun modèle classique

284 - On a souvent parlé, à propos de la responsabilité des agents publics envers l'administration, de l'existence d'une responsabilité civile. En effet, il a été montré que l'utilisation de cette dernière expression n'était pas forcément limitée aux sanctions des obligations proprement civiles⁷⁵ et que les deux responsabilités pouvaient être fondées sur les

⁷⁴ J.-M. Bécet, “L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration”, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 173.

⁷⁵ Voir, notamment, R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, *op. cit.* ; G. Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Matot-Braine, 1951 ; C. Eisenmann, “Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques”, JCP 1949, G, I, n° 742 et n° 751 ; P.

mêmes notions⁷⁶. Malgré cela, il faut noter, dans notre cas, que les deux responsabilités restent indépendantes l'une de l'autre. Les obligations découlant des rapports entre l'administration et son agent se distinguent de celles émanant des rapports entre l'agent et les tiers. A l'égard de l'administration, l'agent a des obligations professionnelles qui, si elles peuvent parfois se confondre avec les obligations civiles⁷⁷, n'en restent pas moins d'une nature différente. On retrouve dans ces rapports avec l'administration, les rapports entre un employeur et ses employés, ce sont des rapports institutionnalisés dans un but bien défini, propre à l'entreprise privée ou au service public considéré. Comme peut le relever Catherine Lalumière, "employeurs ou autorités administratives, employés ou agents publics, travaillent pour réaliser ce but qui domine toute leur activité professionnelle. Liés par ce but commun, administration et agent, comme l'employeur et l'employé d'une même entreprise, ne peuvent plus être considérés l'un par rapport à l'autre comme de simples individus indépendants. Ils sont liés par le but commun de leur action qui est la bonne marche de l'institution, c'est-à-dire du service public si l'on est en présence d'agents publics et de collectivités publiques"⁷⁸. Les obligations professionnelles de l'agent public ne peuvent donc pas coïncider avec les obligations civiles.

285 - Elles ne peuvent encore coïncider, parallèlement, avec les obligations pénales, les impératifs sociaux de vie en commun qui sont à la base de la réglementation pénale empêche cette assimilation. Les infractions pénales dont sont responsables les fonctionnaires et les sanctions que le juge répressif peut leur infliger font l'objet d'une énumération précise dans le Code pénal. La responsabilité pécuniaire n'offre rien de comparable, construite sur une notion de faute aux contours nécessairement mal définis, elle peut faire l'objet de sanctions d'un montant impossible à déterminer à l'avance.

Le caractère professionnel pourrait faire penser à une responsabilité identique à la répression disciplinaire. En effet, si on examine le fait générateur de la responsabilité pécuniaire de l'agent public, on voit que ce sont des préoccupations disciplinaires qui

Bon, "La responsabilité du fait des personnes dont on a la garde : sur un rapprochement des jurisprudences administrative et judiciaire", RFDA 1991, p. 991 et suiv.

⁷⁶ En effet, la même faute personnelle pourrait être, dans les deux cas, le fondement de la responsabilité.

Voir notamment, en ce sens, J.-M. Auby, note sous arrêt CE, 21 novembre 1952, *Tesse* (S. 1953. 3. 69) ou R. Chapus, note sous TC, 26 mai 1954, *Moritz* (D. 1955, p. 385).

⁷⁷ Par ex., un agent de police qui se rend coupable de violences excessives à l'égard d'une personne arrêtée se rend coupable d'une faute au regard du droit civil comme du droit professionnel.

⁷⁸ C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques, *op. cit.*, p.191.

justifient le régime retenu⁷⁹, préoccupations dont il paraît impossible d'échapper puisque, l'administration en tant qu'employeur, n'est pas une victime comme les autres et l'on ne peut traiter l'agent fautif comme un coupable ordinaire. Certes, l'exemple de la responsabilité des comptables montre combien est facilitée la solution du problème de la responsabilité pécuniaire lorsque l'on fait prédominer le simple souci de la réparation sur celui de la sanction⁸⁰ mais ces derniers exercent des fonctions particulières qui empêchent une assimilation du système à la majorité des agents publics. Il y a, de plus et indéniablement, des points de ressemblance entre la responsabilité pécuniaire des agents envers l'administration et la répression disciplinaire. On a vu que les fautes s'appréciaient par rapport aux obligations professionnelles de l'agent, mais il faut aussi relever que, tout comme la répression disciplinaire, les sanctions prises par l'administration découlent de rapports directs avec son agent, qu'elles s'assimilent à des décisions unilatérales d'un supérieur hiérarchique et qu'elles ne jouent, finalement, que s'il y a faute. De même, il est incontestable que la menace que fait peser cette responsabilité pécuniaire s'explique par un souci constamment affirmé de "moraliser" l'action des agents publics⁸¹ tout comme par cette idée de redonner le sens de leurs responsabilités aux agents publics. Par cela, "le but principal est de sanctionner un coupable. Certes, la sanction prend la forme d'une indemnité pécuniaire, et cette indemnité est calculée en fonction du dommage. Mais celui-ci n'est qu'un moyen d'évaluer le montant de la sanction, il n'est pas la cause de cette sanction"⁸². Est-ce à dire finalement que la responsabilité des agents joue le même rôle que la répression disciplinaire ? Si les avis sont plutôt partagés, il faut noter que le véritable fondement reste le caractère de sanction, si l'aspect réparation est bien présent, c'est l'aspect répressif qui tend à dominer cette forme de responsabilité.

⁷⁹ En ce sens, par ex., J.-M. Bécet, "L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", *op. cit.*, p. 173 et suiv., ; Concl. Khan sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier* (Rec. CE, p. 196, D. 1957, jurisp., p. 748, S. 1958. 1. 32) ; P. Weil, note sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier* (D. 1957, jurisp., p. 757) ; P. Louis-Lucas, note sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier* (JCP 1957, G, II, n° 10303 bis).

⁸⁰ L'exercice effectif de la responsabilité pécuniaire des comptables s'explique, essentiellement, par l'absence de préoccupations disciplinaires et par le principe de base que tout dommage doit être réparé.

⁸¹ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, note sous CE, 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, GAJA, 10^{ème} éd., p. 471 ; Concl. Questiaux sous CE, CE, 6 mai 1966, *Ministre des Armées contre Chedru* (D. 1967, jurisp., p. 50) ; Concl. Khan préc. sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier* ; C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques, *op. cit.*, p. 179 et suiv.

2. Une forme particulière de responsabilité qui reste dominée par son aspect répressif

286 - L'aspect disciplinaire de la responsabilité des agents à l'égard de l'administration a fait l'objet de controverses. Si certains auteurs ont pu parler de "nature disciplinaire"⁸³, d'autres ont, par contre, jugé cette vision des choses non fondée. Ainsi, on peut relever l'affirmation selon laquelle cette coloration disciplinaire "attribue à la responsabilité pécuniaire un rôle qui n'est pas le sien, et qui ne peut être le sien puisque l'étendue de la réparation se règle, non sur la gravité des fautes, mais sur l'importance du préjudice [...]"⁸⁴. Il peut aussi être dangereux de transformer la responsabilité des fonctionnaires en "un substitut économique de la discipline ; il faut éviter que l'utilisation du recours direct ne devienne entre les mains des chefs de service un moyen de pression à l'égard de leurs subalternes"⁸⁵. Il peut encore être dangereux "d'accentuer l'aspect disciplinaire de cette responsabilité"⁸⁶ pour "donner à l'administration un procédé de répression qui n'offre pas les mêmes garanties que la répression disciplinaire classique"⁸⁷. A cet égard, la légalité même de cette nouvelle "responsabilité disciplinaire" a été, de la sorte, contestée, notamment par rapport à l'absence de statut les spécifiant⁸⁸.

Quoi qu'il en soit de l'ensemble de ces controverses, on ne peut remettre en cause la part disciplinaire de cette responsabilité pécuniaire et l'attitude du Conseil d'Etat par rapport à cette responsabilité est, à cet égard, révélatrice. Pour ce dernier, la faute personnelle qui fonde l'action intentée par la collectivité contre le fonctionnaire fautif n'est pas la faute civile, cause immédiate du préjudice subi, mais la faute professionnelle, la faute "contre le service", quelle que soit son influence réelle dans la réalisation du dommage⁸⁹. De même, il n'applique pas la règle civile de la responsabilité ou le système des "parts viriles" lorsqu'il répartit la charge de la dette entre tous ceux qu'il considère comme coupable. Il calcule la part de responsabilité de

⁸² C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques, *op. cit.*, p.180.

⁸³ Cf. Concl. Bertrand sous CE, 24 mai 1966, *Ministre des Finances contre sieur Lemaire* (AJDA 1966, II, p.637).

⁸⁴ J. Théry, "Compétence et fond du droit dans le contentieux de la responsabilité des fonctionnaires", EDCE 1958, n° 12, p. 78.

⁸⁵ A. Castagne, "Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'administration en cas de cumul des responsabilités", RDP 1958, p. 733-734.

⁸⁶ C. Lalumière, La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques, *op. cit.*, p.196.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ P. Louis-Lucas, note préc. sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier*.

⁸⁹ C'est ainsi, par ex., que dans les hypothèses classiques d'accidents de véhicules automobiles utilisés irrégulièrement par des militaires, le juge administratif ne retient pas la seule faute du chauffeur mais aussi la faute contre le règlement militaire. Il sanctionne ici un comportement contraire à la loi du service et non une infraction au Code de la route. Voir, par ex., en ce sens, CE, 22 mars 1957, *Jeannier* préc.

chacun selon la gravité de sa faute contre la discipline et non d'après une analyse rigoureuse de la causalité⁹⁰. Enfin, est également significatif, le fait pour le Conseil d'Etat de ne pas tenir compte des défauts dans l'organisation du service qui auraient pu favoriser la désobéissance du subalterne ou qui auraient éventuellement permis, dans un premier temps, d'engager la responsabilité de la puissance publique à l'égard du tiers victime. En effet, "le premier moyen de restaurer, au sein de l'administration, le sens de la discipline consiste à dissuader le fonctionnaire de tabler sur les défaillances possibles du service pour réussir, impunément, une entreprise irrégulière"⁹¹.

287 - Pourtant, il ne peut exister une assimilation complète entre la faute professionnelle de la responsabilité pécuniaire et la faute disciplinaire proprement dite. Les deux répressions n'ont pas, en effet, le même domaine d'application. Un certain nombre de comportements répréhensibles susceptibles de déclencher la répression disciplinaire⁹² n'entraînent pas forcément une responsabilité pécuniaire s'ils se sont produits dans le cadre des fonctions et ne relèvent pas de la recherche d'un intérêt personnel ou d'une mauvaise intention⁹³. De même, le caractère principal de sanction que présente cette responsabilité pécuniaire n'exclut pas tout à fait son caractère de réparation. Le système revêt indéniablement un aspect d'action en remboursement sachant que lorsque l'administration se retourne contre l'agent coupable de faute professionnelle, c'est elle-même qui décide du principe de responsabilité et de la somme dont l'agent fautif est redevable⁹⁴. Lorsque la décision administrative est, par la suite, soumise au contrôle du juge, ce dernier est déjà en présence d'une solution chiffrée dont il ne peut profondément modifier la nature puisqu'il est limité par la détermination des éléments indemnisables du préjudice⁹⁵. En outre, le Conseil d'Etat donne aussi à la notion de préjudice subie par l'administration un sens qui aggrave le caractère de réparation. Il faut, ainsi, qu'on puisse vérifier facilement la consistance matérielle

⁹⁰ C'est ainsi que, toujours dans l'hypothèse évoquée précédemment, c'est le seul gradé de l'expédition, bien que n'étant pas le chauffeur, qui doit être puni le plus sévèrement. La somme à payer apparaissant ainsi comme un complément aux autres sanctions disciplinaires dont il peut faire l'objet. Voir, en ce sens, TA Châlons-sur-Marne, 1^{er} juillet 1957, *Couret* (Rec. CE, p. 766).

⁹¹ J.-M. Bécet, "L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", *op. cit.*, p. 175.

⁹² Par ex., les comportements liés à des erreurs, des négligences ou des désobéissances.

⁹³ C'est ainsi que, toujours dans les hypothèses étudiées jusque là, la faute du garde de faction qui exécute mal sa mission en laissant sortir la voiture ne suffit pas à engager sa responsabilité pécuniaire car cette dernière n'est pas détachable de l'exécution des fonctions.

⁹⁴ Elle utilise, pour ce faire, le procédé de l'ordre de recette suivi éventuellement d'un état exécutoire.

⁹⁵ Sous cet angle, l'action récursoire se présente comme une simple action en remboursement des sommes que la faute personnelle a effectivement coûtées au service.

du préjudice et l'évaluer en argent pour pouvoir mettre en jeu la responsabilité pécuniaire⁹⁶ d'autant plus que, lorsqu'un tel préjudice est allégué, l'indemnité réclamée à l'agent peut varier suivant la qualité de la victime et la nature du dommage⁹⁷. Il y a là autant d'aspects qui peuvent paraître, dans un certain sens, injustes mais qui, en tout les cas, s'éloignent du caractère disciplinaire de la responsabilité pécuniaire. Pourtant, le caractère de sanction en reste le véritable fondement. Certes, l'aspect de réparation n'est pas totalement supprimé mais c'est l'aspect répressif, en définitive et selon nous, qui prédomine. Reste à savoir si le système a pu fonctionner concrètement malgré ses caractères, pour le moins, ambigus.

B – Une application exceptionnelle qui fait perdurer la tradition d'irresponsabilité

288 - Conçue pour avoir un vaste champ d'application, la responsabilité pécuniaire des agents publics envers l'administration n'a pas eu les résultats escomptés et a entraîné une jurisprudence marginale (1). Il y a, à cet égard, de nombreuses justifications (2).

1. Une jurisprudence marginale

289 - Il y a eu une volonté originelle d'étendre la responsabilité en cause. En effet, le Conseil d'Etat a d'abord élargi le champ d'application de l'action directe reconnue au profit de l'administration par une interprétation favorable du préjudice subi par elle du fait d'une faute personnelle. Alors que dans l'affaire *Laruelle*, la faute commise par le sous-officier avait fait subir à la fois un préjudice à la victime directe de l'accident et un préjudice à l'administration, le Conseil d'Etat a déclaré l'agent responsable envers l'administration de ses fautes personnelles qui ne préjudiciaient qu'à elle seule⁹⁸. Il a ensuite rendu l'agent responsable même lorsque sa faute personnelle n'avait porté préjudice qu'à un tiers, lequel avait été indemnisé par l'administration⁹⁹. En cela, l'administration pouvait alors soutenir qu'elle avait subi un préjudice par ricochet du fait qu'elle se trouvait, par le jeu du cumul intégral des

⁹⁶ A partir du moment où les dommages ne peuvent pas être chiffrés, une réparation pécuniaire ne peut être demandée à l'agent fautif et ceci même si la faute a provoqué des troubles graves et incontestables.

⁹⁷ Par ex., si l'agent cause un dommage matériel ou corporel à un tiers, il en supporte toutes les conséquences pécuniaires, ce n'est pas le cas si le dommage concerne, à l'inverse, un autre agent public.

⁹⁸ Explicitement par un arrêt de rejet : CE, 20 novembre 1967, *Le Bouffant* (Rec. CE, p. 456).

Implicitement par un arrêt de compétence : CE, 15 juillet 1964, *Hôpital-Hospice d'Aunay-sur-Odon* (RDP 1964, p. 1010, note M. Waline, AJDA 1964, p. 555, chron. Fourré et Puybasset).

⁹⁹ CE, 22 mars 1957, *Jeannier* (Rec. CE, p. 196, concl. Kahn, JCP 1957, G, II, n° 10303 bis, note Louis-Lucas, S. 1958, I, 32, concl. Kahn, AJDA 1957, II, p. 186, chron. Fournier et Braibant, D. 1957, p. 749, concl. Kahn, note P. Weil) ; CE, 18 novembre 1960, *Tilhaud* (Rec. CE, p. 636, AJDA 1960, I, p. 189, chron. J.-M. Galabert et

responsabilités, tenue de réparer les conséquences dommageables des fautes personnelles de ses agents non dépourvues de tout lien avec le service.

Malgré cette volonté originelle, les décisions jurisprudentielles rendues en la matière sont restées bien rares et ont eu une portée restreinte. En effet, si l'application du système supposait une volonté déterminée du Conseil d'Etat pour rendre effective la responsabilité pécuniaire des agents publics, il fallait aussi une volonté identique de la part de l'administration puisque c'est elle qui dispose discrétionnairement de l'initiative des poursuites contre ses agents. Or, cette dernière a pour le moins ignoré le nouveau système, se contentant d'exercer des poursuites civiles jointes à des actions pénales lorsque ses agents avaient commis des faits délictueux¹⁰⁰.

290 - C'est là une manifestation de la tradition encore vivace d'irresponsabilité qui perdure malgré la nouvelle jurisprudence, mais aussi l'existence d'éléments propres à la vie intérieure des administrations. Il existe, par exemple, un souci marquant de préserver l'honneur du service et les affaires intérieures de l'administration notamment par rapport à l'intervention de personnes étrangères au service. Parallèlement, il faut faire état d'un souci constant de protéger l'agent lui-même. Tout chef de service a une tendance, en elle-même très louable, à couvrir ses subordonnés, cette dernière étant, de plus, renforcée par l'attitude des syndicats et représentants du personnel eux-mêmes peu favorables à l'exercice de poursuites. Ainsi, "ce n'est plus le service qui défend son honneur ; c'est le service qui, systématiquement et quelles que soient les circonstances, protège ses agents"¹⁰¹. Dans de telles conditions et si on ajoute d'autres facteurs plus relatifs, comme l'inertie des supérieurs hiérarchiques voire l'ignorance pure et simple de l'existence d'une telle responsabilité, il apparaît alors difficile que la responsabilité pécuniaire des agents publics soit mise en œuvre par l'administration elle-même.

291 - En réalité, il faut noter que le Conseil d'Etat a élaboré progressivement les règles de la répartition de la dette entre l'administration et l'agent dans un sens favorable à ce dernier. Il montre en cela que "l'essentiel n'est pas, en effet, le montant de la réparation mise à la

M. Gentot, *AJDA* 1961, n° 303, p. 639) ; CE, 1^{er} mars 1968, *Ministre des armées contre Vérité* (RDP 1968, p.1140) ; CE, 23 avril 1975, *Bart* (Rec. CE, p. 1256).

¹⁰⁰ Voir, en ce sens, l'enquête menée auprès des administrations par C. Lalumière in *La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques*, *op. cit.*, p. 147 à 152.

¹⁰¹ C. Lalumière in *La responsabilité pécuniaire des agents publics envers des collectivités publiques*, *op. cit.*, p.157.

charge de l'agent public mais son principe¹⁰² et qu'en ce sens, il n'était pas question d'exercer une rigueur excessive vis-à-vis des agents publics mais plutôt d'accentuer l'effet dissuasif. Ainsi, le juge administratif a d'abord précisé que chaque coauteur d'un dommage n'est responsable envers l'Etat que des fautes qu'il a personnellement commises et proportionnellement à leur gravité¹⁰³. Par ailleurs, l'agent public a le droit de contester le montant de l'indemnité accordée spontanément aux victimes par l'administration¹⁰⁴, il n'a à rembourser, ni les frais de sa propre hospitalisation à la suite de l'accident qu'il a provoqué, ni les soldes ou rémunérations perçues pendant son immobilisation¹⁰⁵. Enfin, Il faut prendre garde de ne pas trop surestimer la passivité de l'administration vis-à-vis de ses agents publics car ces derniers sont, sans doute, plus souvent déclarés débiteurs envers les collectivités publiques que les oppositions aux états exécutoires ne le laissent apparaître. En effet, dans la plupart des cas, l'agent préférera certainement payer sa dette plutôt qu'intenter un recours qui ne ferait que nuire davantage à sa carrière¹⁰⁶. Il sera aussi certainement plus avantageux pour lui d'essayer de régler à l'amiable la situation au sein de l'administration plutôt que de déférer au juge la mesure qui le concerne¹⁰⁷. En définitive, il n'est pas excessif de parler "d'échec" de la responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités qui les emploient et il y a, à cet égard, des justifications diverses.

2. Des justifications diverses

292 - Un des premiers éléments marquants de l'exercice de cette responsabilité pécuniaire a été que le juge administratif ne s'est penché que sur des espèces relativement marginales au regard de la réalité administrative quotidienne puisqu'elles concernaient avant tout le seul service de l'armée¹⁰⁸. S'il y a eu, bien sûr, quelques exceptions, elles sont restées

¹⁰² J.-C. Maestre, "La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ?", *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, vol. 1, p. 593.

¹⁰³ CE, 19 juin 1959, *Moritz* (Rec. CE, p. 377, *RPDA 1959*, n° 251, p. 122, *S. 1960*, p. 59, concl. Braibant, *AJDA 1959*, II, p. 304, note R. Drago).

¹⁰⁴ CE, 18 novembre 1960, *Tilhaud* préc.

¹⁰⁵ CE, 6 mai 1966, *Ministre des Armées contre Chedru* (Rec. CE, p. 310, *D. 1967*, p. 48, concl. Questiaux).

¹⁰⁶ En ce sens, J.-M. Becet, "L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", *op. cit.*, p. 170, P. Huet, "Observations sur le recours de l'administration contre l'agent public ou la faute du lampiste", *RA 1970*, p. 523 et suiv. et l'enquête menée par C. Lalumière dans sa thèse préc., p. 145 et suiv.

¹⁰⁷ Il peut, pour ce faire, solliciter une remise gracieuse, totale ou partielle, de sa dette auprès de l'agent judiciaire du Trésor qui peut tenir compte ainsi de la bonne volonté de l'agent.

¹⁰⁸ Cf. TC, , 26 mai 1954, *Moritz* (Rec. CE, p. 708, *D. 1955*, p. 385, note R. Chapus, *JCP 1954*, G, II, n° 8334, note G. Vedel, *S. 1954*. 3. 85, concl. Letourneur) ; TA Nancy, 18 avril 1956, *Romain* (Rec. CE, p. 533) ; CE, 22 mars 1957, *Jeannier* préc. ; CE, 25 novembre 1957, *Fournier* (Rec. CE, tables, p. 887 et 938) ; CE, 19 juin 1959, *Moritz* préc. ; CE, 18 novembre 1960, *Tilhaud* préc. ; TA Nantes, 10 février 1961, *Rouxel* (*AJDA 1961*, n° 209, 280

toutes relatives¹⁰⁹. Seule l'administration militaire a donc engagé régulièrement des poursuites sur le fondement de cette jurisprudence ; on a évoqué, à cet égard, une certaine “confiscation“, dans les faits, de ce système par le service de l'armée¹¹⁰. Il faut dire que ce service présente une originalité certaine par rapport aux administrations civiles. La discipline y est conçue de manière très rigoureuse, fort différente de celle considérée comme suffisante partout ailleurs. Il y a une obligation de faire respecter cette discipline pour les supérieurs hiérarchiques qui les pousse à utiliser tout l'arsenal des sanctions coercitives mis à leur disposition. Il n'est pas étonnant, dès lors, que la tradition se soit également fixée dans le sens de la responsabilité pécuniaire des militaires. Par contre, en ce qui concerne les administrations civiles, des facteurs inhérents à l'économie du système pouvaient déjà laisser présager ces difficultés. Dès 1948, Marcel Waline pouvait assurer qu' “il ne faut pas compter sur l'administration pour faire prononcer des condamnations contre les fonctionnaires fautifs“¹¹¹ et qu' “il serait à peu près inutile de renverser la jurisprudence *Poursines*, comme de subroger l'administration aux actions de la victime, parce qu'elle ne s'en servirait pas“¹¹². Il a alors été proposé de retirer l'initiative de l'action récursoire à l'administration sauf en cas de dommage porté directement au patrimoine administratif¹¹³ ou encore d'obliger l'administration à réclamer en justice à son agent le paiement des indemnités versées à la victime¹¹⁴ mais c'est

p. 505, concl. Clatin) ; TC, 22 novembre 1965, *Collin* (Rec. CE, p. 819, AJDA 1966, II, p. 304, note J.-M., D. 1966, p. 195, concl. Lindon, JCP 1966, G, II, n°14497 bis) ; CE, 6 mai 1966, *Ministre des Armées contre Chedroux* préc. ; TA Paris, 18 janvier 1967, *Legroux* (Rec. CE, p. 542).

Où encore : CE, 17 décembre 1999, *Moine* (D. 2000, IR, n° 24, RFDA 2000, p. 232) ; CE, 17 janvier 1996, *Petit* (DA 1996, n° 114, obs. D. P.) ; CE, 21 janvier 1985, *Hospices de Châteauneuf-du-Pape* (RDP 1985, p. 1356, note R. Drago, RFDA 1985, p. 716, obs. R. Denoix de Saint Marc).

¹⁰⁹ Cf. CE, 21 novembre 1952, *Tesse* (Rec. CE, p. 523, S. 1953, 3. 69, note J.-M. Auby) où application règles antérieures de la responsabilité personnelle des maires ; CE, 12 juillet 1955, *Bizet* (Rec. CE, p.414) qui conclut à l'irresponsabilité de l'agent ; TC, 25 mars 1957, *Hospices civils du Puy contre Dr. De La Perelle* (Rec. CE, p.817, RDP 1957, p. 715, RA 1957, p. 247, note G. Liet-Veaux) à propos d'une règle de compétence ; CE, 28 octobre 1960, *Grima* (Rec. CE, p. 577, RPDA 1960, n° 348, p. 168) où mise en cause d'un ancien chef de service départemental toujours pour utilisation irrégulière d'un véhicule ; CE, 29 novembre 1967, *Le Bouffant* (Rec. CE, p. 456) qui ne concerne qu'une question de procédure.

¹¹⁰ Voir, en ce sens, J.-M. Becet, “L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration“, *op. cit.*, p. 168 et suiv. ; P. Huet, “Observations sur le recours de l'administration contre l'agent public ou la faute du lampiste“, *op. cit.*, p. 529 ; P. Coutant, “La responsabilité pécuniaire des agents de l'Etat pour faute personnelle“, RA 1970, p. 293.

¹¹¹ M. Waline, “De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier“, *op. cit.*, p. 17.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ J.-C. Maestre, “La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ?“, *op. cit.*, p. 591 et, du même auteur : “Nécessaire mais juste responsabilité civile des agents publics“, Rev. jurid. et polit. de l'Indépendance et de la Coopération 1973, p. 1093.

¹¹⁴ M. Waline, “De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier“, *op. cit.*, p. 17.

surtout la question même du maintien de ce système de responsabilité qui a été le plus souvent posée.

293 - Il a été souligné, qu'en certains cas, où l'intention de nuire à l'administration est manifeste, il n'était pas nécessaire d'avoir recours au nouveau système jurisprudentiel puisque la faute de l'agent pouvait s'assimiler à un délit et qu'il existait un mécanisme traditionnel d'application générale : l'action civile jointe à l'action pénale¹¹⁵. Que, dans tous les autres cas, le fait de faire resurgir le vieux concept de responsabilité civile individuelle allait aussi à l'encontre de son déclin constant dans toutes les autres branches du droit du fait, notamment, du développement des mécanismes d'assurances collectives¹¹⁶. Enfin, si maintien il devait y avoir, ce n'était que par l'entremise d'une révision du système actuel. Certains aménagements techniques étaient, ainsi, suggérés mais on s'est, le plus souvent, orienté vers des formules beaucoup plus radicales tenant, par exemple, à la suppression de la décision préalable de l'administration, à l'unification du contentieux de la faute personnelle commise par un agent pendant ou à l'occasion de son service. S'il y avait alors une proposition à considérer, c'est, selon nous, celle émise par Marcel Waline, dès 1948, tendant à rechercher la responsabilité pécuniaire des agents publics du côté de leur responsabilité envers les tiers où ce dernier établirait d'abord toutes diligences pour obtenir la condamnation personnelle de l'agent avant de rechercher, finalement, à titre subsidiaire, celle de la collectivité publique¹¹⁷. Mais ce qu'il faut retenir, en définitive, c'est que la non-application d'un tel système de responsabilité témoigne des difficultés quant à l'appréhension de l'aspect répressif que ce soit par l'autorité administrative ou l'autorité juridictionnelle. Le juge administratif de la responsabilité est avant tout un juge de la réparation et de l'indemnisation. Pourtant, cela ne va pas empêcher un certain perfectionnement de l'instrument juridictionnel dans le sens d'une répression accrue par le biais, surtout, des juridictions administratives spécialisées dans le contrôle des finances publiques. Celles-ci vont amorcer une évolution dans le sens de l'application d'une certaine répression même si cette dernière va d'abord s'opérer dans une logique essentiellement gestionnaire.

¹¹⁵ En ce sens, J.-M. Becet, "L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁶ J.-M. Becet, "L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁷ M. Waline, "De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier", *op. cit.*, p. 17.

Voir, également, en ce sens, M. Deguerge, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, LGDJ, 1994, p. 779.

Section 2 : Le contrôle financier et la logique gestionnaire de responsabilité

294 - Si une des bases sociologiques traditionnelles de notre système public reposait sur la quasi-immunité des détenteurs de fonctions publiques pour les actes commis dans l'exercice de celles-ci et si, pendant longtemps, il a été malaisé de soumettre les administrateurs et les ordonnateurs à une responsabilité effective, plusieurs facteurs ont progressivement contribué à renverser cet état des choses et à perfectionner ainsi l'instrument juridictionnel. Devant le renouvellement, sans cesse dénoncé par les recueils des actes administratifs des préfectures, des irrégularités et des prohibitions tenant au maniement, sans titre légal, des valeurs publiques, le Conseil d'Etat a d'abord fait renaître l'une des œuvres jurisprudentielles les plus anciennes de la Cour des comptes : la théorie de la gestion de fait. Ensuite, c'est la multiplication des irrégularités budgétaires qui a entraîné la mise en place d'un régime de responsabilité spécifique devant une juridiction originale : la Cour de discipline budgétaire. S'il y avait là une première prise en compte réelle des exigences de responsabilité tenant à l'imputation du dommage à un responsable précisément identifié et à l'application d'une sanction à l'auteur de ce dommage, ce nouveau contrôle financier était, cependant, initialement établi dans un cadre (§1) et à travers une finalité restreinte (§2).

§ 1 : *Un cadre initial restreint*

295 - Dans l'esprit des juges et du législateur, la théorie de la gestion de fait et l'institution de la Cour de discipline budgétaire devaient permettre d'apporter enfin une réponse satisfaisante au difficile et complexe problème de la responsabilité des ordonnateurs. Si la théorie de la gestion de fait devait soumettre les ordonnateurs aux mêmes obligations et à la même responsabilité que les comptables auxquels ils s'étaient irrégulièrement substitués, l'institution de la Cour de discipline budgétaire devait correspondre, quant à elle, à un système de contrôle simple et efficace qui, tout en évitant d'entraver la bonne marche de l'administration, permette de prévenir et de réprimer réellement les fautes et les erreurs de nature budgétaire. Pour autant, l'application initiale de ces responsabilités ne s'est pas faite sans difficultés autant pour la procédure de gestion de fait (A) que pour la Cour de discipline budgétaire (B).

A – Les difficultés liées à la renaissance des procédures de gestion de fait

296 - Si la gestion de fait a une origine plutôt lointaine¹¹⁸, il faut noter qu'elle s'est principalement développée au XIX^{ème} siècle lors du jugement des comptes des communes et des établissements publics locaux par la Cour des comptes ou, en première instance, par les conseils de préfecture¹¹⁹. De là s'est établie une jurisprudence importante notamment sur la base des efforts consentis par les autorités administratives dans la recherche des prohibitions. Pierre Marquès Di Braga et Camille Lyon notent, par exemple, que “les archives des trésoreries générales, comme celles des préfectures, apportent la preuve d'une lutte constante des représentants du Trésor dans les départements, contre les dissimulations de recettes municipales ou charitables”¹²⁰ et que “bien d'autres documents pourraient être cités qui témoignent et de la généralité du mal et des efforts tentés pour y mettre un terme”¹²¹.

En effet, de nombreux documents administratifs apportent la preuve de cette lutte constante¹²² et vont permettre, par la suite, à la Cour des comptes et, en première instance, aux conseils de préfecture d'élaborer une jurisprudence constante même si les fondements de la compétence ainsi dévolue vont rester néanmoins ambigus (1). A partir de 1935¹²³, la substitution aux conseils de préfecture, pour la vérification et l'arrêté des comptes locaux, des comptables supérieurs du Trésor, fonctionnaires administratifs et non juges, aura pour conséquence une diminution du nombre des déclarations de gestion de fait des deniers locaux, ces dernières ayant dans la plupart des cas cessé d'être dénoncées, quand elles n'étaient pas sciemment tolérées. Cependant, il faut aussi relever que la définition du champ d'application de la procédure restait plutôt restrictif et n'a pas non plus permis un développement plus conséquent de la procédure (2).

¹¹⁸ Voir, en ce sens, V. Cattoir-Jonville, “Aux origines de la gestion de fait, la gestion occulte”, RFFP 1999, n°66, n° spécial, p. 11 et suiv.

¹¹⁹ Voir, à cet égard, la loi du 16 septembre 1807 (Coll. Duvergier, t. 16, p. 170) relative à l'organisation de la Cour des comptes ; voir extraits du texte in C. Descheemaeker, La cour des comptes, La documentation française, 2^{ème} éd., 1998, p. 17 et 18).

¹²⁰ P. Marquès Di Braga et C. Lyon, De la comptabilité de fait, extrait du Répertoire de droit administratif de Léon Béquet, t. 6, 1887, p. 393.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Voir, en ce sens, les circulaires et arrêtés relevés par V. De Swarte, Traité de la comptabilité occulte et des gestions extraréglementaires, Berger-Levrault, 1884, p. 38 à 64 et P. Marquès Di Braga et C. Lyon, De la comptabilité de fait, *op. cit.*, p. 390 à 395.

¹²³ C'est un décret-loi du 8 août 1935 (Coll. Duvergier, t. 135, p. 463) fixant des conditions d'apurement des comptes des collectivités locales qui retira aux conseils de préfecture leur compétence de juge des comptes en 1^{ère} instance, le contrôle des comptes des petites communes et des établissements publics de faible importance fut alors confié aux trésoriers-payeurs généraux agissant en quelque sorte comme des délégués de la Cour selon le système dit de l'apurement administratif.

1. Des fondements incertains

297 - Si de nombreux textes administratifs sont, comme on a déjà pu le relever, intervenus tout au long du XIX^{ème} siècle pour prohiber ou même dénoncer certaines pratiques, ils n'ont pas entraîné une réaction jurisprudentielle directe. En effet, les fondements pouvant légitimer l'intervention du juge des comptes étaient, à cette époque, pour le moins incertains. Comme sous l'Ancien Régime, aucun texte législatif ou réglementaire ne pouvait donner, d'un point de vue général, compétence au juge des comptes quant aux gestions de fait¹²⁴. En effet, "les textes spéciaux, dans lesquels on peut voir une allusion aux gestions de fait, ont supposé l'existence d'un principe qu'ils n'ont fait qu'appliquer, mais qu'ils n'ont point établi"¹²⁵. C'est le juge administratif qui, finalement, allait justifier cette compétence en reprenant par voie jurisprudentielle la tradition connue dans l'ancien droit¹²⁶ selon laquelle la Chambre des comptes du Roi de France, ancêtre de la Cour des comptes, chargeait le procureur général, sur l'injonction faites par elle, de contraindre ceux qui, sans offices ni commissions comptables, avaient fait recette et emploi de ces deniers, à lui en rendre compte. C'est en 1828 que le Conseil d'Etat proclame la compétence du juge des comptes pour connaître de l'apurement de la gestion des comptables de fait en des termes non équivoques¹²⁷. Cette solution sera régulièrement réaffirmée par la suite¹²⁸ jusqu'à ce que la Cour des comptes, à son tour, affirme sa compétence¹²⁹. L'ensemble de la jurisprudence ainsi dégagée témoigne alors du caractère incertain des fondements.

¹²⁴ La seule disposition législative explicite sur la matière ne s'appliquait qu'à la gestion des deniers des communes, ce qui lui confère pas de portée générale (art. 64 de la loi du 18 juillet 1837 (Coll. Duvergier, t. 37, p.227) sur l'administration municipale qui sera confirmée et amplifiée par l'art. 25 du décret préc. du 31 mai 1862).

¹²⁵ P. Marquès Di Braga et C. Lyon, De la comptabilité de fait, *op. cit.*, p. 408.

¹²⁶ Voir, en ce sens, V. Cattoir-Jonville, "Aux origines de la gestion de fait, la gestion occulte", *op. cit.*, p. 12 à 15.

¹²⁷ CE, 7 mai 1828, *Commune de Voncourt* (Rec. CE, p. 421) où "considérant que le sieur Billery s'est volontairement rendu comptable des deniers appartenant à la commune de Voncourt, en faisant la recette des revenus et le payement des dépenses de ladite commune ; d'où il suit qu'aux termes de l'article 6 de l'ordonnance du 23 avril 1823, le Conseil de Préfecture était compétent pour arrêter lesdits comptes ; considérant qu'aux termes de l'article 7 de la même ordonnance, c'était devant la Cour des comptes que le sieur Billery devait porter son pourvoir contre ledit arrêté".

¹²⁸ CE, 26 novembre 1828, *Commune de Taintrux* (Rec. CE, p. 783) ; CE, 6 janvier 1830, *Commune de Ledignan* (Rec. CE, p. 3) ; CE, 5 mai 1831, *Commune de Gilly-sur-Loire* (Rec. CE, p. 168) ; CE, 5 mai 1831, *Communes du canton de La Guiche* (Rec. CE, p. 166) ; CE, 25 octobre 1835, *Commune de Fournols* (Rec. CE, p. 575). L'ensemble de ces arrêts étant cités par P. Marquès Di Braga et C. Lyon, *op. cit.*, p. 397 à 398.

¹²⁹ C. des comptes, 23 août 1834, *Commune de Roubaix* (Mémorial des percepteurs 1834, p. 318) ; C. des comptes, 25 juillet 1835, *Commune de Gentilly* (Mémorial des percepteurs 1835, p. 263) ; C. des comptes, 20 juin 1836, *Commune d'Arbois* (Mémorial des percepteurs 1837, p. 46). L'ensemble de ces arrêts étant toujours cités par P. Marquès Di Braga et C. Lyon, *op. cit.*, p. 398 à 399.

298 - Certains arrêts de la Cour des comptes¹³⁰ ont, par exemple, rattaché expressément, dans leurs considérants, l'obligation de compter aux principes établis par le Code civil relevant de la notion civile de gestion d'affaire¹³¹. L'obligation de compter du maniement des deniers publics procéderait de l'article 1372 du Code civil qui soumet le gérant d'affaires à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire¹³². Il est certain que la gestion d'affaires présente certains points communs avec la gestion de fait comme l'immixtion dans les affaires d'autrui ou la restitution des sommes détenues par le gérant. Mais l'intérêt au centre de chacune des deux notions permet de les différencier. Il s'agit, dans la gestion d'affaires, d'une relation entre deux personnes privées qui se trouvent dans une situation d'égalité contractuelle et qui ne peuvent justifier d'une protection particulière. Dans la gestion de fait, l'intérêt de la personne publique est directement en cause, il y a usurpation du rôle de la puissance publique et atteinte à l'intérêt financier de la puissance publique. La procédure de gestion de fait a donc été construite pour répondre aux nécessités du droit public, elle n'est pas la transposition d'une procédure civile et "ne saurait être considérée comme un cas particulier de la gestion d'affaires du droit civil"¹³³.

Cependant, il ne faut pas, comme le relève Arnaud Le Gall, mal comprendre les références des anciens arrêts de la Cour des comptes, "il est parfaitement compréhensible et légitime que le juge, expérimentant un nouvel instrument juridique, ait fait référence à une notion relevant du droit civil, dont le régime prévoyait certaines des exigences qu'il entendait imposer aux personnes mises en cause. Il ne s'agit pas pour autant de calquer une notion sur l'autre. Qu'une juridiction administrative évoque une règle du Code civil, il n'y a là rien qui doive surprendre"¹³⁴. C'est dans les principes mêmes du droit public que l'attribution à la juridiction des comptes du jugement des gestions de fait de deniers publics trouve sa source et sa justification. La législation financière française repose sur des formes budgétaires selon lesquelles les deniers publics ne peuvent être légalement consommés que pour des dépenses effectuées en vertu de crédits régulièrement ouverts. La sanction de ces formes budgétaires est alors assurée par les formes comptables qui, comme elles, sont d'ordre public et parmi lesquelles, il n'en est pas des plus nécessaires que l'apurement final des deniers par les

¹³⁰ C. des comptes, 23 août 1834, *Commune de Roubaix* préc. ; C. des comptes, 25 juillet 1835, *Commune de Gentilly* préc. ; C. des comptes, 25 juin 1836, *Commune d'Arbois* préc. ; C. des comptes, 3 janvier 1957, *Tregloze, commune L'Hermitage* (Rec. C. des comptes, p. 101, GAJF).

¹³¹ La gestion d'affaires est le fait pour une personne, le gérant d'affaires, d'accomplir des actes d'administration dans l'intérêt d'un tiers, le géré ou le maître de l'affaire, sans que ce dernier l'en ait chargé.

¹³² Le gérant est notamment responsable de toutes ses fautes, il doit continuer la gestion jusqu'à son terme, il est obligé de rendre compte de sa gestion et de restituer les sommes appartenant au maître.

¹³³ P. Marquès Di Braga et C. Lyon, *De la comptabilité de fait*, op. cit., p. 440.

¹³⁴ A. Le Gall, *La Gestion de fait*, éd. ESKA, 1999, p. 26.

juridictions instituées en ce sens. Là est la légitimation de la Cour des comptes, “les formes budgétaires et comptables, nous ne saurions trop le répéter, ne sont pas de simples formalités administratives insérées dans des textes qui ne concernent et qui ne lient que les agents de l'autorité publique ; leur portée est plus vaste, car leur origine est plus haute, puisqu'elles ne sont que l'application pratique du principe du consentement des citoyens à la perception de l'impôt, principe qui est à la base du droit public des français”¹³⁵. A ces fondements incertains s'est ajoutée, aussi, la définition d'un champ d'application plutôt restrictif.

2. Un champ d'application restrictif

299 - Si la jurisprudence initiale du juge des comptes et les premiers textes en vigueur ont bien posé les éléments constitutifs de la gestion de fait, des restrictions ont pendant longtemps compliqué aussi bien la doctrine juridique que la pratique et n'ont ainsi pas permis d'élargir le champ d'application de la théorie. La première limitation a concerné la notion même de deniers publics par laquelle le décret du 31 mai 1862 réputait comptables de fait tous ceux qui, sans habilitation, se seraient ingérés dans leur maniement¹³⁶. Elle n'a longtemps pas concerné tous les fonds pouvant être maniés par les comptables publics puisque, si les fonds et valeurs appartenant aux collectivités publiques étaient logiquement compris dans la définition¹³⁷, cette dernière ne tenait pas compte, en revanche, des fonds ou valeurs que le comptable public pouvait recevoir en dépôt, de façon temporaire, qui sont gérés suivant les mêmes règles et dits en conséquence deniers privés réglementés¹³⁸. La Cour des comptes s'est longtemps estimée tenu par la définition stricte des textes soustrayant à toute responsabilité ceux qui s'ingéraient sans habilitation dans des opérations qui, pourtant, engageaient la responsabilité des organismes publics envers les propriétaires des deniers privés réglementés¹³⁹. Cette doctrine n'était toutefois pas partagée par le Conseil d'Etat, ce dernier

¹³⁵ P. Marquès Di Braga et C. Lyon, De la comptabilité de fait, *op. cit.*, p. 444.

¹³⁶ Art. 25 du décret du 31 mai 1862 préc.

¹³⁷ Les deniers publics, dans la définition de l'art. 1^{er} du décret du 31 mai 1862 préc. étaient ceux de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics.

¹³⁸ Ce sont, par ex., les trop perçus sur recettes publiques à restituer, versements à employer pour des tiers (tels que les honoraires perçus par des médecins hospitaliers), les dépôts (tels que les fonds ou valeurs déposés par des malades, pensionnaires ou incapables majeurs) et les cautionnements (tels que ceux constitués par les locataires d'office d'habitations à loyer modéré). La réglementation applicable au maniement de ces deniers privés par les comptables publics est la même que celle relative au maniement des deniers publics et aurait dû faire considérer, en conséquence, les manutentiers non habilités de ces deniers comme comptables de fait.

¹³⁹ Cf. Par ex., C. des comptes, 30 mars 1925, *Commune de Castelnaudary* (Rec. C. des comptes, p. 70) ; C. des comptes, 1^{er} mars 1937, *Colonie de la Nouvelle-Calédonie* (Rec. C. des comptes, p. 10) ; C. des comptes, 26 juillet 1938, *Hospice de Plombières* (Rec. C. des comptes, p. 35) ; C. des comptes, 25 octobre 1940, *Hôpital-hospice d'Allauch* (Rec. C. des comptes, p. 47).

estimant que la qualification de deniers publics devait s'étendre à toutes les espèces ou valeurs déposées dans la caisse d'un comptable public que ces valeurs appartiennent à l'organisme public représenté par le comptable ou à des tiers¹⁴⁰. Il a fallu finalement attendre la loi du 25 février 1943¹⁴¹ pour que ces deniers privés réglementés soient assimilés à des fonds publics.

300 - L'imprécision du terme de maniement avait été aussi, sous l'empire de la réglementation antérieure, cause d'incertitude sur la question de savoir si la simple détention sans habilitation suffisait¹⁴² ou ne suffisait pas¹⁴³ à constituer la gestion de fait. La tendance dominante était de limiter la gestion de fait à la seule utilisation des deniers publics, à l'exclusion de la simple détention qui, lorsqu'elle n'était pas suivie d'emploi, était considérée comme insuffisante à caractériser le comptable. La position traditionnelle était fondée sur le fait "qu'il n'appartenait pas au juge des comptes d'en connaître pour des raisons de procédure : le compte que rend le comptable public et qu'est appelé à rendre le comptable de fait est destiné à présenter l'exécution de recettes et de dépenses ; fautes d'opérations accomplies, il ne saurait y avoir de compte, et la théorie de gestion de fait n'aurait pas trouvé à s'appliquer"¹⁴⁴. Il y avait là une limitation qui tenait qu'en rapport à un problème de compétence et qui réduisait considérablement le champ d'application de la gestion de fait. D'autant plus, que, dans la plupart des cas, la Cour estimait que la procédure de gestion de fait était d'aucune utilité dans la mesure où les deniers étaient sortis de la caisse du comptable et y avaient été reversés après une période plus ou moins longue de détention par une personne privée¹⁴⁵. Cette incertitude sur la notion de maniement allait être finalement dissipée par la loi du 31 décembre 1954¹⁴⁶ qui punissait d'amende, à l'égal des percepteurs ou extracteurs, les détenteurs de deniers publics ou de deniers privés réglementés, assimilation confirmée par la

¹⁴⁰ Voir, en ce sens, CE, 5 mai 1882, *Ministre de l'intérieur contre Chasteau* (Rec. CE, p. 419, D. 1883. 3. 105, concl. Marguerie, S. 1884. 3. 31).

¹⁴¹ Loi du 25 février 1943 (Coll. Duvergier, t. 143, p. 90) relative à l'application des pénalités contre les comptables patents et les comptables de fait.

¹⁴² C. des comptes, 29 et 30 juillet 1897, *Commune de Rodez* (Rec. C. des comptes, p. 87) ; C. des comptes, 16 juin 1924, *Commune de Rufisque, Galandou Diouf et M'Bengue* (Rec. C. des comptes, p. 56) ; C. des comptes, 15 janvier 1941, *Chambre départementale d'agriculture du Cher* (Rec. C. des comptes, p. 7).

¹⁴³ C. des comptes, 9 décembre 1943, *Ferme-école départementale du Paraquet* (Rec. C. des comptes, p. 27) ; C. des comptes, 4 avril 1944, *Commune de Reims* (Rec. C. des comptes, p. 33).

¹⁴⁴ J. Magnet, "L'évolution de la théorie des gestions de fait", AJDA 1964, p. 466.

¹⁴⁵ Voir, par ex., C. des comptes, 5 décembre 1935, *Commune de Tergnier* (Rec. C. des comptes, p. 37) ou C. des comptes, 4 avril 1944, *Sieur Virolle, receveur spécial de la commune de Reims* (Rec. C. des comptes, p. 33).

¹⁴⁶ Loi n° 54-1306 du 31 décembre 1954 (JO 1^{er} janvier 1955, p. 9) relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances, des affaires économiques et du plan pour l'exercice.

loi du 23 février 1963¹⁴⁷ qui mentionne expressément la détention comme constitutive à elle seule de gestion de fait.

301 - Jacques Magnet pouvait relever encore une dernière restriction tenant à l'exclusion des opérations de caractère criminel ou dolosif¹⁴⁸. Si la Cour des comptes n'a jamais considéré, à l'origine, le caractère punissable des opérations de gestion de fait comme un obstacle à sa propre compétence¹⁴⁹, elle s'est laissée aller, par la suite, à décliner sa compétence¹⁵⁰. Pourtant, la compétence du juge répressif ne concerne que la répression et doit laisser intacte la compétence du juge des comptes pour statuer sur l'action en reddition de compte de la gestion des deniers irrégulièrement maniés, laquelle a pour objet la responsabilité pécuniaire personnelle des comptables de fait. Il y avait là un véritable "déli de juridiction"¹⁵¹ à propos de l'exercice d'office d'une action qui était d'ordre public aussi bien que la répression pénale. Il y a été mis fin avec la loi du 23 février 1963 par l'édition expresse que l'ingérence dans la perception des recettes publiques et l'extraction irrégulière des fonds et autres valeurs publiques étaient constitutives de gestion de fait "nonobstant les poursuites qui pourraient être exercées devant les tribunaux répressifs"¹⁵². Ce sont là les principales difficultés rattachées à la renaissance des procédures de gestion de fait, on peut retrouver des problèmes analogues à travers l'institution de la Cour de discipline budgétaire.

B – Les difficultés liées à l'avènement de la Cour de discipline budgétaire

302 - La mission dont était investie la Cour de discipline budgétaire était celle d'assurer, par son action, une sorte d'équilibre entre la responsabilité du comptable et celle de l'ordonnateur et par-là même contribuer efficacement au maintien de l'ordre budgétaire mais son champ d'action initial a longtemps été discuté (1) tout comme la nature des sanctions qu'elle pouvait appliquer (2).

¹⁴⁷ Loi n° 63-156 du 23 février 1963 (JO 24 février 1963, p. 1825) portant loi de finances pour 1963.

¹⁴⁸ J. Magnet, "L'évolution de la théorie des gestions de fait", *op. cit.*, p. 466.

¹⁴⁹ Par ex., C. des comptes, 3 mars 1879, *Commune de Neuilly-sur-Seine* (Rec. C. des comptes, p. 3) ; C. des comptes, 17 janvier 1884, *Commune d'Enghien* (Rec. C. des comptes, p. 1) ; C. des comptes, 16 et 17 février 1886, *Commune de Saint-Chamond* (Rec. C. des comptes, p. 3) ; C. des comptes, 15 mars 1892, *Commune d'Aurillac* (Rec. C. des comptes, p. 12).

¹⁵⁰ Par ex., C. des comptes, 29 décembre 1914, *Commune d'Oued Imbert* (Rec. C. des comptes, p. 66) ; C. des comptes, 7 mars 1916, *Asile d'aliénés d'Aix-en-Provence* (Rec. C. des comptes, p. 16) ; C. des comptes, 6 décembre 1917, *Commune de Fort-de-l'Eau* (Rec. C. des comptes, p. 57) ; C. des comptes, 15 mars 1920, *Commune de Valréas* (Rec. C. des comptes, p. 49).

¹⁵¹ J. Magnet, Les gestions de fait, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, p. 88.

1. Un champ d'action controversé

303 - Si la Cour de discipline budgétaire est tout de suite apparue comme une juridiction originale apportant une solution nouvelle au problème de la responsabilité des administrateurs, son institution ne s'est pas faite sans controverses notamment quant à son champ d'action supposé. Certains parlementaires s'étaient déjà opposés à la création de cette juridiction spéciale, estimant qu'elle n'avait aucune raison d'être et qu'il était préférable de renforcer les contrôles existants de l'exécution du budget, déjà forts nombreux et souvent minutieux, au lieu de vouloir constamment en créer de nouveaux. En ce sens, ils préconisaient de renforcer plutôt les contrôles sur les responsables que ce soit celui de l'assemblée sur les ministres ou que ce soit celui des ministres sur leurs services ou leurs subordonnés pouvant faire l'objet d'une sanction disciplinaire¹⁵³. D'autres se posaient la question de savoir "s'il était utile d'élaborer un système qui se superpose, dans une large mesure, au contrôle exercé par le comptable"¹⁵⁴. En effet, les comptables, conformément aux principes de l'exécution du budget et de la mise en jeu de leur responsabilité ont la possibilité, au dernier stade de l'opération budgétaire, de refuser l'ordre de payer irrégulier ce qui peut déjà être considéré comme une sanction aux irrégularités commises par les ordonnateurs. Bien sûr, il faut rappeler, à cet égard, que le contrôle exercé par le comptable est loin d'être toujours efficace. Comme le note Loïc Philip, "il ne suffit pas de faire obstacle au paiement d'une dépense irrégulière pour faire disparaître les conséquences de l'irrégularité"¹⁵⁵.

Certains auteurs, comme Jacques Magnet, craignaient aussi, que la Cour de discipline budgétaire soit une institution superfétatoire dans la mesure où son action ne faisait que s'ajouter à l'action civile, disciplinaire et pénale¹⁵⁶. Cela pouvait faire craindre, à ce sujet, que cette action ne soit qu'un prétexte pour ne plus exercer les autres formes d'actions, qu'au départ, elle devait compléter¹⁵⁷. En réalité, il était difficile d'imputer un effet quelque peu paralysant à la Cour, car il fallait bien noter, comme le faisait Jaume Rossinol que, "bien loin de chercher à entraver l'exercice des autres formes d'action, la loi de 1948 a prévu des modalités de nature à en favoriser le déclenchement"¹⁵⁸ que ce soit au cours de l'instruction¹⁵⁹

¹⁵² Art. 60-XI de la loi n° 63-156 préc. du 23 février 1963.

¹⁵³ JO, A. N., 26 septembre 1948, p. 6924.

¹⁵⁴ L. Philip, "La Cour de discipline budgétaire et financière", RSF 1964, p. 747.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Voir, en ce sens, art. 26 al. 1^{er} de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948 : "*Les poursuites devant la cour ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire*".

¹⁵⁷ J. Magnet, La Cour des comptes, Berger-Levrault, 1965, p. 190-191.

¹⁵⁸ J. Rossinol, "Le nouveau visage de la Cour de discipline budgétaire et financière (la loi du 13 juillet 1971)", RSF 1972, p. 736.

ou à travers l'obligation faites aux ministres d'engager la responsabilité contre leurs subordonnés dans les mêmes hypothèses¹⁶⁰. Il faut, enfin, rappeler que la décision de création de la Cour était intervenue justement pour combler les lacunes laissées par les poursuites pénales et disciplinaires.

304 - La responsabilité disciplinaire qui pesait sur les ordonnateurs secondaires paraissait être, tout au moins en théorie, le moyen le plus rapide et le plus efficace pour contraindre les ordonnateurs à respecter la légalité budgétaire puisque "la menace des sanctions que peut infliger le supérieur hiérarchique, en cas d'erreurs de gestion graves ou d'irrégularités répétées est plus à même de faire réfléchir les fonctionnaires subalternes que des hypothétiques sanctions pécuniaires ou d'inapplicables sanctions pénales"¹⁶¹. Or, dans les faits, l'action disciplinaire s'est toujours heurtée, dans ce domaine, à une vive réticence de la part des ministres et s'est révélée, en définitive, insuffisante pour permettre la mise en jeu directe de la responsabilité des administrateurs. Ne pouvant pas ignorer les difficultés qu'il peut y avoir à appliquer d'une façon stricte toutes les décisions budgétaires, ils ont souvent répugné à mettre en œuvre l'action disciplinaire surtout lorsque les irrégularités leur paraissaient avoir été justifiées pour des raisons de service. La loi n° 46-2154 du 7 octobre 1946¹⁶² a essayé de rendre obligatoire, dans certains cas, le déclenchement de l'action disciplinaire mais ce fut un échec car il n'y avait aucun moyen d'obliger le ministre à infliger des sanctions à ses subordonnés s'ils refusaient de se soumettre aux injonctions de l'article 126¹⁶³, pas plus d'ailleurs qu'il n'était possible de sanctionner le non-respect de cette obligation. Enfin, la mise en cause de la responsabilité pénale¹⁶⁴ restait, quant à elle, trop

¹⁵⁹ Art. 26 de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948 stipule que : "si l'instruction fait apparaître des faits susceptibles de constituer des crimes ou des délits, d'une part, ou pouvant encourir une sanction disciplinaire, d'autre part, la Cour peut communiquer les dossiers aux autorités compétentes".

¹⁶⁰ C'est l'art. 27 de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948 qui, reprenant l'art. 126 de la loi n° 46-2154 du 7 octobre 1946, a continué à établir cette obligation.

¹⁶¹ J. Rossinol, "Le nouveau visage de la Cour de discipline budgétaire et financière (la loi du 13 juillet 1971)", *op. cit.*, p. 731.

¹⁶² JO 8 octobre 1946, p. 8500.

¹⁶³ Art. 126 loi n° 46-2154 préc. du 7 octobre 1946 : "les ministres sont tenus, sous leur responsabilité personnelle, d'engager l'action disciplinaire contre les fonctionnaires civils ou militaires et agents des services publics, dont la Cour des comptes leur aura signalé, par référé ou par la voie de son rapport annuel, la faute ou la négligence, chaque fois que cette faute ou cette négligence aura entraîné un dépassement de crédit ou compromis les intérêts financiers ou domaniaux de l'Etat, d'un établissement public de l'Etat, d'une société nationale ou d'une entreprise nationalisée".

¹⁶⁴ Voir, en ce sens, art. 9 loi du 10 août 1922 (JO 14 août 1922, p. 8558) relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées qui stipule qu' "il est interdit, à peine de forfaiture, aux ministres [...] et à tous autres fonctionnaires publics, de prendre sciemment et en violation des formalités prescrites (il s'agit du visa préalable du contrôleur financier), des mesures ayant pour objet d'engager des dépenses dépassant les crédits ouverts ou qui ne résulteraient pas de l'application des lois".

sévère, la gravité de la sanction¹⁶⁵ ainsi que la lourdeur de la procédure prévue pour les ministres, passibles de la Haute Cour de justice, expliquant son inapplication.

La Cour de discipline budgétaire ferait aussi, selon certains auteurs, double emploi avec la Cour des comptes. Ainsi pour Francis J. Fabre, la dualité de juridiction en matière de répression aux infractions de droit financier ne pouvait constituer qu'une fâcheuse complication¹⁶⁶. Si cette juridiction spécialisée pouvait se justifier à l'origine, étant donné la nouveauté des problèmes qui étaient posés par l'infliction d'amendes à des fonctionnaires aux prises avec les nombreuses embûches de l'action administrative, elle ne se justifie plus depuis que la Cour des comptes a considérablement développé son contrôle sur la gestion des ordonnateurs. Il est donc "peu rationnel d'avoir deux juridictions répressives en matière de finances publiques"¹⁶⁷ d'autant plus que "la Cour de discipline n'est, à bien des égards, qu'un prolongement de la Cour des comptes"¹⁶⁸. Cette affirmation trouve une base solide dans les liens multiples qui unissent les deux juridictions que ce soit à travers les membres affrétés à la Cour de discipline¹⁶⁹ comme à travers le nombre de saisine de cette dernière par la Cour des comptes¹⁷⁰. Francis J. Fabre préconise, en conclusion, de confier le soin d'appliquer les pénalités à la Cour des comptes sachant qu'elle possède une longue tradition de la répression et de la sanction des cas d'immixtion dans les fonctions de comptables publics. Mais comme peut le noter, fort justement, Jaume Rossinol, un tel transfert peut paraître "au demeurant non seulement inopportun mais encore dangereux"¹⁷¹. En effet, il ne pourrait conduire qu'à "une sanction quasi-automatique de toutes les irrégularités commises par les ordonnateurs, entraînant par-là la paralysie de la machine administrative en développant la passivité et en faisant perdre toute initiative aux fonctionnaires"¹⁷². Appliquer aux ordonnateurs la même rigueur qui caractérise la responsabilité des comptables risquerait de les paralyser, de tarir leur esprit d'initiative. Si le champ d'action de la Cour de discipline budgétaire était ainsi discuté, il en était de même quant à la nature des sanctions qu'elle pouvait prononcer.

¹⁶⁵ La forfaiture est un crime puni de dégradation civique.

¹⁶⁶ L'auteur exprimant cette opinion personnelle dans une série d'articles sur la réforme de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière, RA 1969, p. 186, RA 1970, p. 429 et 532, RA 1971, p. 539 et 662.

¹⁶⁷ F.-J. Fabre, "La Cour de discipline budgétaire et financière", RA 1970, p. 533.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Comme le note F.-J. Fabre, l'essentiel des membres composant la nouvelle Cour de discipline budgétaire provient de la Cour des comptes (président, parquet, rapporteurs, secrétariat, [...]).

¹⁷⁰ C'est la Cour des comptes qui a assuré l'essentiel des premières saisines de la Cour de discipline budgétaire (deux tiers des affaires).

¹⁷¹ J. Rossinol, "Le nouveau visage de la Cour de discipline budgétaire et financière (la loi du 13 juillet 1971)", *op. cit.*, p. 738.

¹⁷² J.-C. Maitrot, "Jouvence pour une inconnue ? La réforme de la cour de discipline budgétaire et financière", AJDA 1971, p. 510.

2. Un type de sanction controversé

305 - Le législateur n'a pas précisé dans quelle catégorie il convenait de faire rentrer les amendes infligées par la Cour ce qui a entraîné certaines difficultés quant au régime juridique applicable. La seule précision qui a été apportée sur les amendes qui pouvaient être prononcées par la Cour de discipline était relative au fait qu'elles présentaient "le même caractère que les amendes prononcées par la Cour des comptes en cas de gestion de fait"¹⁷³. Il n'y avait pas là de réponse suffisante à la question de leur nature juridique car si certains reconnaissaient aux amendes infligées par la Cour des comptes un caractère pénal¹⁷⁴, d'autres estimaient qu'elles avaient un caractère propre, qu'elles constituaient une catégorie intermédiaire à côté des amendes disciplinaires, civiles, administratives et fiscales¹⁷⁵.

Ce qu'il faut bien comprendre quant à la nature de ces sanctions, c'est que, par le but qu'elles poursuivent, elles se distinguent nettement déjà de la réparation civile. Le législateur n'a pas cherché à faire réparer le dommage causé aux collectivités publiques, il a voulu essentiellement sanctionner, sous une forme pécuniaire, des irrégularités particulièrement graves ou caractéristiques aussi bien à la légalité financière qu'à la morale administrative.

Pourtant, que l'on ait recours à des critères d'ordre formel ou d'ordre matériel, on ne peut pas dire qu'elles se rattachent vraiment au droit disciplinaire ou au droit pénal. L'indépendance des amendes infligées par la Cour de discipline est pour le moins marquée. La condamnation par la Cour n'empêche pas une sanction disciplinaire qui peut être encourue indépendamment de la sanction prononcée par cette dernière¹⁷⁶. Inversement, la relaxe d'un agent n'empêche pas l'intervention d'une sanction disciplinaire. Si l'instruction permet de relever une faute grave autre que celles prévues par la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948, le président de la Cour la signale au ministre dont relève l'intéressé. On peut retrouver, certes, comme le souligne Loïc Philip, certains éléments caractéristiques de la procédure disciplinaire¹⁷⁷ mais "aucun de ces éléments n'est vraiment décisif"¹⁷⁸.

¹⁷³ Art. 29 de la loi n°48-1484 préc. du 25 septembre 1948.

¹⁷⁴ Voir, en ce sens, A. Pomme de Mirimonde, *La Cour des comptes*, Sirey, 1947, p. 168 à 170 ; J. Magnet, *La Cour des comptes*, *op. cit.*, 1965, p. 144 ; L. Di Qual, *Droit de la comptabilité publique*, coll. U, Armand Collin, 1971, p. 99.

¹⁷⁵ Voir, en ce sens, G. Vedel, "La responsabilité des administrateurs devant la cour de discipline budgétaire", *RSLF* 1949, p. 127 et 128 ; Concl. Bernard sous l'arrêt *Procureur général de la Cour des comptes contre sieur Mazer*, *RDP* 1961, p. 850 et suiv.

¹⁷⁶ Si la Cour estime qu'indépendamment de la sanction qu'elle a infligée, une sanction disciplinaire peut être encourue, elle communique le dossier au ministre compétent.

¹⁷⁷ L'auteur souligne, par ex., la transmission du dossier pour avis, après l'instruction, au Ministre des finances, au ministre de l'intéressé et, le cas échéant, à la commission administrative compétente qui doivent répondre dans un délai d'un mois à l'expiration duquel la cour est autorisée à statuer (art. 3 de la loi n° 55-1043 du 6 août

Enfin, de même que pour l'action disciplinaire, la condamnation par la Cour n'empêche pas les poursuites pénales¹⁷⁹ comme ces dernières n'empêchent pas une condamnation de la Cour¹⁸⁰. On ne peut donc pas davantage assimiler les amendes prises par la Cour de discipline à des amendes pénales, le Conseil d'Etat s'y est d'ailleurs nettement refusé¹⁸¹ même si, d'un point de vue procédural, elles pouvaient s'apparenter dans une large mesure aux sanctions pénales¹⁸² et, même si, le doyen Trotabas pouvait encore estimer que l'importance de l'amende et l'esprit général de l'institution justifiaient son classement dans l'ordre d'une responsabilité de type pénal malgré sa qualification disciplinaire¹⁸³.

306 - Les amendes de la Cour ne sont donc pas à proprement parler des sanctions disciplinaires et elles ne sont pas de véritables amendes pénales. Or, comme la justement souligné le commissaire du gouvernement Bernard, "il semble bien, d'ailleurs, que telle ait été la pensée du législateur. On est frappé, à la lecture du texte, de voir avec quel soin on évite d'employer toute notion ou tout terme qui eussent impliqué nécessairement le caractère pénal ou disciplinaire des nouvelles sanctions. Que le but recherché ait été de laisser au juge le soin de qualifier la nouvelle institution ou de marquer le caractère particulier de celle-ci, la "neutralité" du texte à cet égard est trop manifeste pour n'avoir pas été voulue"¹⁸⁴. Si le législateur a ainsi laissé planer le doute, la doctrine est restée aussi nuancée et a surtout souligné l'originalité des amendes.

La loi n° 45-1484 du 25 septembre 1948 constitue, par exemple, pour Claude-Albert Colliard, "une application particulière d'un principe de responsabilité complexe, à la fois pénale, disciplinaire et civile destiné à sanctionner les irrégularités budgétaires"¹⁸⁵. Il rejoint par-là la position de Georges Vedel pour qui "les amendes prononcées par la Cour des

1955 (JO 9 août 1955, p. 7948) portant ouverture et annulation de crédits sur l'exercice 1955 et ratification de décrets).

¹⁷⁸ L. Philip, "La Cour de discipline budgétaire et financière", RSF 1964, p. 781.

¹⁷⁹ Si l'instruction fait apparaître pareillement des faits susceptibles de constituer des délits ou des crimes, le président transmet le dossier au Ministre de la Justice.

¹⁸⁰ Cf. En ce sens CDBF, 6 février 1962, *Sieur T. de B., R., M., K.* (Rec. CE 1963, p. 837) qui rappelle que : "considérant [...] que ces actes [...] appellent ainsi une sanction de la Cour indépendamment de la condamnation infligée à leur auteur par les tribunaux répressifs de droit commun [...]"

¹⁸¹ CE 30 juin 1961, *Procureur général près la Cour des comptes contre sieur Mazer* (Rec. CE, p. 451, AJDA 1961, II, p. 718, RDJ 1961, p. 845, concl. Bernard) qui dispose que "[...] les faits qui sont à l'origine du renvoi de l'ingénieur général Mazer devant la Cour n'ont (pas) été amnistiés [...] par l'article 6 de la loi du 31 juillet 1959, qui concerne uniquement les infractions pénales".

¹⁸² Voir, en ce sens, L. Philip, "La Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 780 qui souligne les pouvoirs très étendus du rapporteur "qui dépassent largement ceux dont il dispose généralement dans les juridictions administratives".

¹⁸³ L. Trotabas, "Institutions financières", D. 1962, p. 238.

¹⁸⁴ Concl. Bernard préc. sous CE 30 juin 1961, *Procureur général près la Cour des comptes contre sieur Mazer*.

comptes sont en réalité des sanctions d'un type propre. L'originalité du système institué par la loi du 25 septembre 1948, c'est que ce type de sanctions jusque-là réservé aux comptables réguliers ou de fait est étendu à des administrateurs¹⁸⁶. En général, les opinions des auteurs sont "diverses et parfois même divergentes"¹⁸⁷, si un consensus se dégage, comme on a pu le voir, sur un caractère *sui generis*¹⁸⁸, certains ont quand même apparenté l'amende "à une réparation forfaitaire"¹⁸⁹ ou, à l'inverse, à "une variété de sanctions administratives infligées selon une procédure juridictionnelle"¹⁹⁰. Il est indéniable que ces sanctions présentent, en définitive, un caractère spécifique propre qui ne peut les inclure directement dans aucune catégorie classique de sanctions. Les débats quant à leur nature témoignent, cependant, des difficultés liées à leur insertion dans la sphère administrative et des restrictions initiales liées à la définition de leur cadre. A cet égard, il convient de voir que, tout comme le cadre initial ainsi défini, la finalité même de l'action de la nouvelle Cour comme celle parallèle de la théorie de la gestion de fait vont se trouver établies à travers une logique initiale restreinte.

§ 2 : *Une finalité initiale restreinte*

307 - Si par le perfectionnement des contrôles financiers, on a voulu privilégier une certaine idée d'efficacité, il faut néanmoins noter que la finalité qui leur était assignée était une finalité simplement objective, en ce sens que l'application d'une procédure de gestion de fait avait juste pour but de rétablir les formes budgétaires et comptables et de régulariser les comptes (A) et que l'exercice de la Cour de discipline budgétaire devait, quant à lui, se limiter à une action moralisatrice vis-à-vis des administrateurs pour éviter de paralyser ainsi leur action (B).

A – La gestion de fait : régulariser les comptes

308 - Le contentieux lié à la gestion de fait est un contentieux objectif. Le gestionnaire de fait est traité de la même manière que le comptable patent, le contrôle s'exerçant sur le

¹⁸⁵ C.-A. Colliard, "Les irrégularités budgétaires", *op. cit.*, p. 66.

¹⁸⁶ G. Vedel, "La responsabilité des administrateurs devant la Cour de discipline budgétaire", *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁷ J. Rossinol, "Le nouveau visage de la Cour de discipline budgétaire et financière (la loi du 13 juillet 1971)", *op. cit.*, p. 786.

¹⁸⁸ On peut citer encore J.-C. Maitrot, "Jouissance pour une inconnue ? La réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 517 qui leur reconnaît "un caractère très particulier, une nature *sui generis*".

¹⁸⁹ C.-A. Colliard, "Les irrégularités budgétaires", *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁰ P. Lalumière, Les Finances publiques, coll.U, Armand Collin, 1970, p. 422.

comptable public de droit ne fait que se prolonger, selon les mêmes formes et avec les mêmes objectifs, aux personnes qui sans avoir le statut de comptable ont néanmoins effectué des opérations qui relevaient de la compétence exclusive de celui-ci. La procédure mise en œuvre a seulement pour objet de rétablir la légalité comptable en assujettissant le gestionnaire de fait aux mêmes obligations que celles qui pèsent sur un comptable patent. Le comptable de fait devra donc, une fois la gestion de fait déclarée, rendre un compte des opérations qu'il a pu réaliser ou, selon la terminologie habituellement employée, "compter" devant la Cour.

L'obligation de rendre compte s'impose du seul fait de l'existence d'opérations irrégulières. L'intérêt public qui la justifie n'est pas d'abord lié à une volonté ou une nécessité de réprimer. La prise en compte de l'intérêt général réside dans le contrôle des opérations réalisées, non dans leur répression. Pour cette raison, le juge financier ne prend pas en compte l'élément intentionnel de l'agissement, la bonne foi ou l'absence d'une quelconque intention dolosive ne sont pas considérées dans la constitution d'une gestion de fait. Ce que vise l'action de gestion de fait, c'est la remise en ordre des formes budgétaires et comptables dans l'état où elles auraient dû être si ces formes avaient été observées (2). Cette finalité première se retrouve dans de nombreux points particuliers de la procédure d'autant que cette dernière n'engendre pas forcément des suites contentieuses (1).

1. Une procédure qui n'engendre pas forcément des suites contentieuses

309 - Le juge des comptes est investi d'une compétence d'ordre public aux termes de laquelle il doit connaître de tous les actes comptables quels qu'en soient les auteurs, qu'il s'agisse d'un comptable patent ou d'un comptable de fait. Sa juridiction est justifiée du seul fait du maniement ou de la détention de deniers publics. La juridiction financière ne dispose pas du choix de "l'opportunité des poursuites" dans la mesure où sa mission lui est confiée par la loi et qu'elle ne peut donc y déroger, quelles que soient les circonstances¹⁹¹. Pourtant, toute gestion de fait, justement parce qu'elle a pour fin essentielle le rétablissement de l'ordre public financier, ne donne pas nécessairement origine à une procédure contentieuse. Les agissements fautifs peuvent être régularisés avant même que la gestion de fait n'ait été constatée et déclarée par le juge. On pourrait objecter que le juge financier a constitutionnellement

¹⁹¹ Le juge des comptes n'a donc pas à être saisi (art. L. 111-9 CJF) et la procédure de gestion de fait peut être ouverte soit d'office par la Cour lors de l'examen des comptes d'un comptable patent, soit sur saisine du ministère public. Aucune autre procédure n'est envisageable.

Voir, en ce sens, art. 4 al. 3 du décret n° 85-199 du 11 février 1985 (JO 15 février 1985, p. 1960) relatif à la Cour des comptes et art. 10 al. 2 du décret n° 83-224 du 22 mars 1983 (JO 25 mars 1983, p. 910) relatif aux chambres régionales des comptes.

l'obligation d'exercer sa juridiction et de faire rendre compte du maniement des deniers publics¹⁹². Qu'en s'abstenant de déclarer la gestion de fait parce que susceptible de régularisation, il s'interdirait, à sa discrétion, de la réprimer comme, il dispenserait, plus simplement, de l'obligation de rendre compte du maniement de deniers publics. Il n'en est rien car, comme peut le souligner Jacques Magnet, "les facilités de régularisation [...] n'y portent pas atteinte, puisqu'elles aboutissent bien, par des voies indirectes, au même résultat"¹⁹³. En témoigne, notamment, le fait qu'à défaut de régularisation, la gestion de fait est obligatoirement soumise au juge, ce dernier ne pouvant se dispenser d'intenter l'action sans méconnaître "la raison même d'être du juge des comptes, dont l'office n'est pas d'arbitrer entre des intérêts opposés, mais d'assurer le respect du droit public financier"¹⁹⁴.

310 - La régularisation de la gestion de fait peut, en premier lieu, être obtenue, par la réintégration des opérations irrégulières dans la comptabilité de droit. En effet, le comptable patent qui aurait dû réaliser les opérations effectuées par le comptable de fait peut accepter de les inscrire dans sa comptabilité, et par conséquent, d'en endosser la responsabilité¹⁹⁵. Il s'agit, selon Christian Descheemaeker, d'une "régularisation au sens étroit du terme"¹⁹⁶ qui "vise à faire disparaître la gestion de fait et donc à échapper à la procédure devant le juge des comptes"¹⁹⁷. C'est le cas aussi lorsque les fonds ou valeurs irrégulièrement perçus sont restitués aux comptables de droit¹⁹⁸, il ne resterait matière à gestion de fait que si le reversement n'était pas intégral. Le versement, par exemple, dans la caisse du comptable patent du reliquat des opérations irrégulières ne suffit pas à régulariser les opérations effectuées¹⁹⁹. Enfin, l'habilitation qui n'a pas été donnée, à l'origine, pour le maniement de

¹⁹² La déclaration des droits de l'homme et du citoyen édicte en son art. 15 que "la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".

¹⁹³ J. Magnet, "La régularisation de la gestion de fait", RFFP 1999, n° 66, n° spécial, p. 84.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Les opérations sont, de ce fait, soustraites au contrôle du juge et n'ont plus à être appréhendées par la gestion de fait.

Voir, par ex., C. des comptes, 15 novembre 1951, *Hospice de Pontorson* (Rec. C. des comptes, p. 18) ; C. des comptes, 3 octobre 1990, *Centre hospitalier spécialisé de Rouvray* (Rec. C. des comptes, p. 141, R du T 1991, p.132) ou encore CRC Aquitaine, 1^{er} décembre 1994, 12 décembre 1995, *Chaban-Delmas, Association Centre d'arts plastiques contemporains et autres, Commune de Bordeaux* (R du T 1996, p. 182, Juris-assoc. 1996, n°149, 1^{er} décembre, p.23, comm. Penaud et Chetrit).

¹⁹⁶ C. Descheemaeker, "Gestion de fait", JCA 1997, fasc. 1265, p. 6, n° 24.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Voir, par ex., C. des comptes, 7 novembre 1946, *Commune de Bas-Lieu* (Rec. C. des comptes, p. 14) ; C. des comptes, 6 mars 1952, *Hôpital-Hospice de Mende* (Rec. C. des comptes, p. 35) ; C. des comptes, 25 mai 1994, *Université de Nancy II* (Rec. C. des comptes, p. 94) ; C. des comptes, 3 avril 1997, *Ecole nationale d'administration* (R du T 1998, p. 253, 2^{ème} esp.).

¹⁹⁹ Voir, par ex., CRC Midi-Pyrénées, 1^{er} juin 1990, *Commune de Campan* (R du T 1991, p. 485) ; C. des comptes, 16 janvier 1997, *Département des Bouches-du-Rhône, Association pour le développement des études et*

deniers publics peut aussi être complétée ou conférée rétroactivement. Il s'agit, en quelque sorte, d'une ratification par mandat rétroactif²⁰⁰. Toutes ces régularisations au sens étroit du terme se distinguent de celles qui visent "à permettre l'apurement de la gestion de fait par un déroulement aussi rapide que possible de la procédure devant le juge des comptes"²⁰¹. La déclaration de gestion de fait peut, ainsi, être écartée quant le comptable de fait anticipe la procédure en produisant, avant la déclaration provisoire, un compte complet et détaillé de ses opérations, justifiées en recettes et en dépenses, en apportant la preuve de la réintégration du solde dans la caisse publique et en produisant un acte reconnaissant l'utilité publique des opérations²⁰². Dans ces hypothèses, la juridiction rend alors un arrêt ou jugement unique pour l'ensemble de la procédure et donne ainsi décharge et *quitus* au comptable de fait.

311 - Outre les procédés de régularisation, le juge peut décider aussi qu'il n'y a pas d'intérêt pratique à déclarer une gestion de fait²⁰³. Cette hypothèse se justifie lorsqu'elle résulte de sérieuses difficultés matérielles d'application tenant soit à l'ancienneté des faits reprochés²⁰⁴, soit à l'impossibilité d'apurement des gestions de fait²⁰⁵. Elle est plus critiquable lorsqu'il s'agit de simples raisons d'opportunité, même si ces dernières restent restreintes. Ont ainsi été évoqués, le caractère ponctuel et non répétitif de la gestion de fait²⁰⁶, l'ignorance des règles de la comptabilité publique ou le souci de participer à un service public de caractère

techniques départementales (R du T 1997, p. 359) ; C. des comptes, 2 octobre 1997, *Région du centre, association du personnel* (R du T 1998, p. 26).

²⁰⁰ Par ex., le renouvellement avec un effet stipulé rétroactif de traités d'adjudication ou de concession temporaire de services publics remet les adjudicataires ou concessionnaires en situation régulière pour le maniement des deniers publics (C. des comptes, 18 octobre 1951, *Service des pompes funèbres de Bourges*, Rec. C. des comptes, p. 14).

²⁰¹ C. Descheemaeker, "Gestion de fait", *op. cit.*, p. 6, n° 24.

²⁰² Voir, en ce sens, C. des comptes, 7 mai 1986, *Syndic d'un immeuble légué au C.H. de Beaune* (R du T 1987, p. 47) ; CRC Nord-Pas-de-Calais, 19 février 1993, *Commune de Trith-Saint-Léger* (R du T 1996, p. 603) ; C. des comptes, 23 septembre 1976, *Commune de Vareilles* (Rec. C. des comptes, p. 127) ; C. des comptes, 29 mai 1980, *Commune de Charny* (Rec. C. des comptes, p. 215).

En sens contraire, C. des comptes, 2 octobre 1997, *Président de l'association du personnel de la région du Centre* (R du T 1998, p. 26).

²⁰³ Cf. R. Ludwig, "Sur les arrêts ou jugements de non-lieu à déclaration de gestion de fait pour absence d'intérêt pratique de la procédure", R du T 1994, p. 604 et suiv. et "Sur le non lieu à déclaration de gestion de fait pour absence d'intérêt pratique de la procédure", R du T 1996, p. 336 et suiv.

²⁰⁴ La reconstitution des opérations comme la production de justifications restent, de ce fait, pratiquement impossible.

Voir, en ce sens, par ex. : C. des comptes, 1^{er} juillet 1970, *Institut des professeurs de français à l'étranger* (RA 1971, p. 169) ; CRC Languedoc-Roussillon, 6 janvier 1994, *CHS de Saint-Alban* (R du T 1994, p. 603) ; C. des comptes, 19 mars 1964, *Hôpital psychiatrique départemental de Ravenel* (Rec. C. des comptes, p. 67).

²⁰⁵ Par ex, lorsque la disparition des pièces justificatives empêche l'identification des opérations (C. des comptes, 6 décembre 1971, *Association syndicale de la rivière de Bresle*, Rec. C. des comptes, p. 70) ou lorsque le comptable de fait a disparu sans laisser d'adresse (C. des comptes, 28 octobre 1970, *Commune de Soual*, RA 1971, n° 141).

social²⁰⁷ voire encore l'absence de manœuvres frauduleuses et la régularisation des opérations²⁰⁸. Certains auteurs, devant l'écart entre le principe d'ordre public à déclarer la gestion de fait et la pratique qui conduit à ne pas toujours déclencher la procédure ou la mener à son terme, ce sont interrogés sur l'introduction de cette notion d'opportunité²⁰⁹. D'autres ont souligné la dangerosité de ces considérations en montrant qu'elles pouvaient être totalement étrangères au contentieux de la déclaration de gestion de fait, qu'il ne saurait y avoir, en cela, assimilation à un contentieux répressif. L'intangibilité du principe selon lequel le juge financier juge les comptes et non les comptables ne peut que rendre sans objet les considérations touchant personnellement au comptable²¹⁰. Maintenant, si on a vu que la procédure n'engendre pas forcément des suites contentieuses, il faut noter qu'elle vise aussi essentiellement à rendre compte des opérations irrégulières.

2. Une procédure qui vise essentiellement à rendre compte des opérations irrégulières

312 - La raison même de la procédure de gestion de fait est de placer les comptables de fait dans la situation des comptables de droit. Comme ces derniers, ils se trouvent soumis à l'obligation de rendre compte de leurs opérations irrégulières au juge des comptes. C'est dans une logique de régularisation non seulement comptable, mais aussi budgétaire, que le juge va procéder à l'examen du compte. Parce que la procédure de gestion de fait tend au rétablissement de ces formes comptables et budgétaires, le comptable de fait devra d'abord obtenir de l'organe délibérant de l'organisme public dont il a manié les fonds une reconnaissance de l'utilité publique des dépenses irrégulièrement effectuées. Le caractère public des deniers que le comptable a manipulé prévaut ici sur sa qualité de personne morale de droit privé. Or, les dépenses publiques ne peuvent être engagées et payées que si elles ont été autorisées par l'autorité budgétaire compétente²¹¹. Il convient, dans le cadre de la gestion

²⁰⁶ CRC Aquitaine, 19 mai 1993, *Commune d'Andernos* (R du T 1994, p. 124).

²⁰⁷ CRC Corse, 1^{er} juillet 1992, *Commune de Bonifacio* (R du T 1993, p. 137).

²⁰⁸ CRC Corse, 30 octobre 1991, *Commune de Foce-Bilzese* (R du T 1992, p. 65).

²⁰⁹ Voir, en ce sens, G. Cazanave, "Comment évoluent les relations entre les chambres régionales et les élus locaux ?", *Pouvoirs locaux* 1996, sept., p. 25 et suiv.

²¹⁰ Cf. X. Vandendriessche, "La déclaration de gestion de fait", *RFFP* 1999, n° 66, n° spécial, p. 34.

²¹¹ Voir, en ce sens, art. 14 de la DDHC de 1789 où "tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi".

Ce consentement est exprimé par la loi de finances annuelle (art. 4 al. 1^{er} de l'ord. préc. du 2 janvier 1959) et se matérialise à travers le budget (art. 4 al. 1^{er} du décret préc. du 29 décembre 1962). Le budget de l'Etat est inclus dans la loi de finances annuelle votée par le Parlement ; les budgets des collectivités locales sont votés par les

de fait, d'avoir cette autorisation qui, à défaut d'avoir été obtenue avant l'engagement de la dépense, fera l'objet, par la suite, d'une reconnaissance rétroactive de l'utilité des dépenses²¹². Cette reconnaissance ne fait pas disparaître la gestion de fait pas plus qu'elle ne constitue une approbation des dépenses, il s'agit simplement d'une ouverture rétroactive des crédits sans laquelle le juge financier ne peut fixer définitivement la ligne de compte.

313 - Le juge n'a pas le pouvoir de déterminer si les dépenses en question présentent ou non une utilité pour la personne publique, c'est le comptable de fait qui doit solliciter cette reconnaissance auprès de l'autorité budgétaire compétente²¹³ exception faite des cas où le comptable de fait répond des deniers de l'Etat²¹⁴. Or, "il s'agit là d'un aspect de la procédure souvent déroutant pour le comptable de fait"²¹⁵ puisque ce dernier est contraint, alors que la procédure juridictionnelle est engagée, de retourner devant l'autorité délibérante de la personne morale de droit public dont il a manié les deniers publics. Si la reconnaissance est essentielle et loin de nuire au comptable irrégulier puisqu'elle lui permet en fait de justifier des manipulations qui ne sont pas nécessairement frauduleuses, elle reste pourtant difficile à vivre du fait de son caractère public fort préjudiciable d'autant plus que le reste de la procédure est secret. Comme peut le noter Michel Lascombes, "notre gestionnaire de fait, honnête et de bonne foi, restera [...] frappé du sceau de l'infamie. On retiendra qu'il fut obligé de demander la reconnaissance d'utilité publique des dépenses ; on ne saura pas qu'il n'a commis aucune indélicatesse et qu'il ne s'est pas enrichi personnellement"²¹⁶.

314 - Une fois que la reconnaissance d'utilité publique a eu lieu, la vérification des opérations conduira à la fixation d'une ligne de compte, autrement dit à un arrêté de compte par lequel, toujours dans cette logique même de régularisation qui sous-tend la procédure de gestion de fait, le juge va effectuer un tri entre les opérations qu'il alloue et celle qu'il rejette.

conseils régionaux, généraux ou municipaux ; ceux des établissements publics nationaux ou locaux par les conseils d'administration de ces établissements.

²¹² La reconnaissance d'utilité publique ne concerne que les dépenses du compte, pas les recettes qui ne sont pas autorisées mais seulement prévues et évaluées par le budget des organismes publics bénéficiaires, sans que cette prévision et cette évaluation conditionnent leur établissement et leur recouvrement. Aucune intervention de l'autorité judiciaire n'est donc requise lorsque le comptable de fait n'allègue que des recettes et qu'il n'y a donc de sa part que détention ou détournements de fonds ou de valeurs.

²¹³ Ce sera l'assemblée délibérante pour la collectivité territoriale ou le conseil d'administration pour un établissement public.

²¹⁴ Ici, c'est la juridiction financière qui sollicite la reconnaissance auprès du Parlement même si ce dernier n'intervient pas toujours puisqu'il est possible, d'une part, que la décision soit prise par le Gouvernement dans le cadre d'une ordonnance et qu'il est possible, d'autre part, que le 1^{er} ministre, à qui il appartient seul de demander la reconnaissance, ne présente pas cette demande au Parlement.

²¹⁵ A. Le Gall, *La gestion de fait*, *op. cit.*, p. 102.

Il déterminera ainsi le montant qui devra être restitué à la caisse de l'organisme public dont les fonds ont été irrégulièrement maniés ou détenus. Pour ce faire, le juge prendra comme point de départ les opérations alléguées par le comptable de fait dans le compte fourni²¹⁷ tout en apportant, si nécessaire, certaines corrections²¹⁸. Il examinera, par la suite, la régularité des opérations²¹⁹ pour déterminer le montant des opérations acceptées et déduire, de la sorte, le solde entre les dépenses et les recettes devant être versé dans la caisse du comptable de la collectivité ou de l'organisme dont les fonds ont été irrégulièrement détenus ou maniés. Si ce reliquat n'a pas été versé en cours de procédure, le juge des comptes met en débet les comptables de fait²²⁰, les rendant ainsi débiteurs des sommes qui restent à verser. Tous ces points témoignent du caractère objectif de la procédure et de sa vocation régularisatrice, on retrouve, parallèlement, une vocation avant tout moralisatrice chez la Cour de discipline budgétaire.

B – La Cour de discipline budgétaire : moraliser les administrateurs

315 - L'intention du législateur lorsqu'il a institué la Cour de discipline budgétaire était plus préventive que répressive vis-à-vis des administrateurs (1). Cela a entraîné, en conséquence, une activité modeste et des conditions d'exercice limitées (2).

1. Une volonté plus préventive que répressive

316 - La nouvelle Cour de discipline budgétaire ne devait pas apparaître, dans l'esprit de ses promoteurs, comme “une institution tracassière et paralysante”²²¹. L'accent a surtout été mis sur le rôle préventif de la Cour pour considérer, dès l'origine, qu'au-delà de la répression des infractions au droit budgétaire, la fonction principale de la Cour était d'obliger les

²¹⁶ M. Lascombes, “La reconnaissance d'utilité publique des dépenses”, *RFFP* 1999, n° 66, n° spécial, p. 63.

²¹⁷ Ce compte de gestion de fait n'obéit à aucune règle de présentation, il récapitule juste les recettes qui ont été irrégulièrement extraites de la caisse publique ou ont été indûment encaissées hors de la caisse publique et les dépenses effectuées au moyen de ses sommes.

²¹⁸ Ces corrections concerneront notamment l'équilibre entre les recettes et les dépenses ou la suppression des opérations effectuées au moyen de deniers privés.

²¹⁹ A cet égard, la nature et la réalité des recettes comme des dépenses de la gestion de fait doivent être attestées par des pièces justificatives même si des considérations d'équité peuvent suppléer ces pièces.

²²⁰ Le débet est la somme due par le comptable de fait, il est égal à la différence entre les recettes et les dépenses figurant dans la ligne de compte définitive, déduction faite des versements que le comptable de fait a pu effectuer dans la caisse du comptable patent avant l'ouverture de la gestion de fait ou pendant son déroulement, spontanément ou sur injonction formulée dans un des arrêts qui se sont succédés.

²²¹ J.-C. Maitrot, “Jouissance pour une inconnue ? La réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière”, *op. cit.*, p. 508.

fonctionnaires à s'auto-discipliner sous la menace des sanctions qu'elle pouvait leur infliger. Si un contrôle qui ne s'accompagne pas de sanctions est un contrôle, *a priori*, inefficace, il ne faut pas oublier, comme le souligne, par exemple, le doyen Trotabas que “nous sommes évidemment ici dans un domaine où mieux vaut prévenir que guérir ; il est plus sûr de multiplier les précautions qui permettent d'éviter l'irrégularité d'un milliard qu'échafauder les plus belles procédures pour récupérer ce milliard”²²². L'aspect pour le moins solennel de la Cour témoigne de cet état de fait comme d'ailleurs les propos du doyen Georges Vedel, pour qui, “l'objet réel de la loi n'est évidemment pas la répression, mais à travers la répression, la prévention”²²³.

On espérait que, du seul fait de son existence, elle aurait pour effet de ramener les administrateurs à un plus grand respect des règles financières. L'exposé des motifs de la loi n°48-1484 du 25 septembre 1948 faisait clairement état de la nécessité d'éviter toute sévérité excessive qui risquerait, par la crainte que la Cour inspirerait, sinon de paralyser les administrateurs, du moins d'apporter une certaine gêne dans le fonctionnement des services publics. De la sorte, le législateur n'a pas voulu que la Cour sanctionne systématiquement toutes les irrégularités mais seulement les fautes lourdes. A cela s'ajoutait la volonté d'éviter surtout de sanctionner un agent pour une faute qui, en réalité, pouvait être imputable à l'administration. On a voulu “laisser aux administrateurs le temps de s'habituer à la nouvelle juridiction [...] en tenant largement compte des nécessités pratiques de la vie administrative”²²⁴. La Cour, tient, par exemple, largement compte, pour apprécier la gravité de la faute, des nécessités et des difficultés du service. Les difficultés rencontrées n'excusent jamais totalement les agents coupables, mais elles peuvent considérablement atténuer la gravité de la faute au point que la sanction se limitera parfois à une sanction de principe. Tout ceci révèle son intention de donner à son action un effet préventif beaucoup plus que répressif.

317 - Cependant, si on voulait éviter l'instauration du désordre dans les finances publiques par une certaine intimidation, il importait que l'instrument joue effectivement son rôle de dissuasion, or, la pratique a montré l'inadaptation de l'institution à la réalité administrative. Comme peut le noter Loïc Philip, “on se trouve dans un domaine où les faits l'ont toujours emporté sur le droit et il n'est pas étonnant que la création d'une nouvelle juridiction n'ait pas modifié le problème : des textes sont toujours en vigueur mais ils ne

²²² G. Trotabas, *Finances publiques*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1970, p. 185.

²²³ G. Vedel, “La responsabilité des administrateurs devant la Cour de discipline budgétaire”, *op. cit.*, p. 133.

²²⁴ L. Philip, “La Cour de discipline budgétaire et financière”, *op. cit.*, p. 771.

s'appliquent pas, une nouvelle institution a été créée mais elle ne joue aucun rôle. C'est sans doute regrettable mais cela n'a rien d'original²²⁵. A cela, il faut ajouter que l'appréhension des responsabilités est souvent difficile, la complexité des gestions modernes entraîne souvent une dispersion des responsabilités. En effet, il est fréquent que plusieurs administrations ou plusieurs services d'une même administration concourent à l'exercice d'une même fonction, sans d'ailleurs toujours coordonner suffisamment leurs actions ni être toujours départagés par un arbitrage net et précis. Il est une règle constante que "la décision administrative, comme la décision politique, n'est pas un acte isolé et intemporel, mais est l'aboutissement d'un long processus impliquant le fonctionnement d'un réseau de circuits entrecroisés"²²⁶. De même, il faut encore noter que de nombreuses décisions sont prises, dans notre administration, à un niveau qui n'est pas celui où se situent les responsabilités réelles. Francis J. Fabre souligne l'inconvénient de cet état de chose "lorsque la décision est prise sous la signature du ministre, dont la responsabilité n'est pratiquement jamais mise en jeu, au lieu de l'être sous celle du chef de service compétent qui pourrait lui être déféré à la Cour de discipline"²²⁷ ou encore "lorsque l'administration centrale ayant, en principe, abandonnée la décision aux services extérieurs s'en est, en fait, réservée les éléments essentiels"²²⁸. La volonté d'intimidation qui a prévalu lors de l'institution de la nouvelle Cour a empêché, en définitive, une application pratique concrète, cette dernière étant d'autant plus favorisée par des conditions d'exercices plutôt limitées.

2. Des conditions d'exercice limitées

318 - Si l'activité de la Cour de discipline budgétaire est d'abord restée plutôt modeste, c'est qu'elle n'a d'abord pu juger que les affaires qu'on voulait bien lui présenter ou lui transmettre. En effet, l'exercice de sa compétence s'est trouvé, à l'origine, considérablement limité par les conditions de sa saisine, seuls avaient qualité pour agir un nombre déterminé d'autorités²²⁹ qui, par l'usage du pouvoir qui leur était reconnu, faisait, de la sorte, dépendre

²²⁵ L. Philip, "La Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 748.

²²⁶ J.-C. Maitrot, "Jouvence pour une inconnue ? La réforme de la cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 508.

²²⁷ F.-J. Fabre, "La Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 434.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Selon l'art. 16 de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948, seuls ont qualité pour saisir la Cour, par l'organe du ministère public : les présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat, le Premier Ministre et le Ministre des finances, la Cour des comptes, la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques et les ministres, pour les faits relevés à la charge des fonctionnaires et agents placés sous leur autorité.

tout le fonctionnement du système²³⁰. L'expérience allait montrer un usage plutôt modeste de ce pouvoir pour la plupart d'entre elles. Premièrement nommés, les présidents des assemblées et le Premier ministre pouvaient avoir que rarement l'occasion d'avoir connaissance des irrégularités commises et saisir, à ce titre, la Cour. On ne pouvait aussi guère compter sur les ministres, notamment le Ministre des finances²³¹, pour alimenter le rôle de la Cour dans la mesure où ils considéraient souvent que le seul fait d'y porter une affaire constituait déjà une sanction à l'égard de l'auteur de l'irrégularité²³². Il semble, selon Francis J. Fabre "que ce soit le principe même d'une sanction de nature quasi-pénale qui gêne les autorités habilitées à saisir la Cour de discipline"²³³. L'amende n'est aisément acceptée que lorsqu'elle sanctionne la violation d'une règle fondamentale et incontestée ou lorsqu'elle réprime un manquement grave à la morale administrative, la plupart du temps, les règles administratives sont trop nombreuses et souvent mal adaptées pour arriver à cet état de fait.

319 - Il faut toutefois reconnaître que la Cour comme le Conseil d'Etat n'ont guère encouragé les ministres, dans l'exercice de leur pouvoir de saisine en considérant, par exemple, que le Ministre des finances devait exercer ce pouvoir personnellement, ce qui excluait une quelconque délégation de signature envers des responsables de service²³⁴. Or, comme le signale Loïc Philip, "cette solution est évidemment regrettable. Si l'article 16 a donné le pouvoir de saisir la Cour des infractions commises par tout agent, et non, comme c'est le cas pour les autres ministres, de leurs seuls subordonnés, c'est évidemment parce que certains de ses services, et notamment le secrétariat d'Etat au Budget, sont particulièrement bien placés pour les déceler"²³⁵. Restaient alors les organes de contrôle que sont la Cour des comptes et la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques, si leurs saisines ont été plus nombreuses, leurs contrôles n'ont pas toujours eu un rendement suffisant. Certaines vérifications ont souvent été effectuées trop tardivement pour que la Cour de

²³⁰ A noter que la Cour ne pouvait être saisie que par l'intermédiaire du ministère public qui pouvait estimer qu'il n'y avait pas lieu à poursuite avant comme après l'instruction (art. 17 et 20 de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre de 1948).

²³¹ On a, à ce sujet, beaucoup porté la responsabilité du demi-sommeil de la Cour de discipline budgétaire sur le Ministre de l'économie et des finances qui, malgré des sources d'information nombreuses et efficaces, n'a saisi la Cour qu'une seule fois dans les vingt premières années.

²³² Dans la mesure où, même si le procureur décide de classer l'affaire, il y aura toujours une trace de cette décision dans le dossier de l'agent.

²³³ F.-J. Fabre, "La Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 434.

²³⁴ Voir, en ce sens, CDB, 21 avril 1959, *Ingénieur général M.* (Rec. CE 1961, p. 897), arrêt confirmé par un arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat, malgré les conclusions contraires du commissaire de gouvernement Bernard: CE, 30 juin 1961, *Procureur général près la Cour des comptes contre Mazer* préc.

²³⁵ L. Philip, "La Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 766.

discipline puisse être saisie dans les limites de la prescription quadriennale²³⁶. Ce délai de quatre ans est généralement suffisant pour les autorités ministérielles mais il restreint sérieusement le pouvoir de saisine des autorités de contrôle qui sont, elles, extérieures à l'administration, exercent essentiellement un contrôle *a posteriori* et qui, par conséquent, n'ont connaissance des infractions que longtemps après qu'elles aient été commises. De ce fait, de nombreuses affaires ont échappé à la Cour qui n'a, en réalité, souvent sanctionné que des irrégularités qui se sont renouvelées pendant plusieurs années.

320 - Il convient enfin de relever que si la Cour de discipline n'a eu, à l'origine, qu'un rôle effacé, c'est en grande partie parce qu'on ne lui a pas donné les moyens de se faire connaître. Le législateur a cru, en effet, préférable d'entourer les décisions de la Cour d'une certaine discrétion puisque, les amendes qu'elle infligeait n'avaient pas simplement pour objet de sanctionner les irrégularités commises mais, surtout, d'éviter leur renouvellement²³⁷. Comme pouvait le noter Loïc Philip, "il semble que si l'on a sincèrement recherché en 1948 à sanctionner les fautes des administrateurs, on a cependant voulu éviter que les chansonniers et les journaux satiriques puissent s'emparer de certaines affaires que, par ailleurs, les adversaires politiques du gouvernement n'auraient pas manqué d'exploiter"²³⁸. Or, la Cour ne pouvait remplir sa mission sans une diffusion de son œuvre, on a bien prévu une mention au Journal officiel des arrêts par lesquels la Cour prononcerait des condamnations²³⁹ mais cette publication s'est effectuée sous une forme très succincte, les arrêts se trouvaient souvent résumés en une simple phrase qui n'apportait rien de nouveau.

²³⁶ Aux termes de l'art. 30 de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948, la Cour ne pouvait être saisie après l'expiration d'un délai de quatre années révolues à compter du jour où a été commis le fait de nature à donner lieu à l'application des sanctions.

²³⁷ La loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948 précisait seulement que l'arrêt de condamnation serait notifié à l'intéressé, à son ministre, au Ministre des finances, aux présidents des deux assemblées et à l'autorité qui avait saisi la Cour.

²³⁸ L. Philip, "La Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 784.

²³⁹ Loi n° 56-1193 du 26 novembre 1956 (JO 27 novembre 1956, p. 11295) portant ouverture de crédits spéciaux d'exercices clos et d'exercices périmés.

Chapitre 2

DU POUVOIR DE CONTROLER AU POUVOIR DE MESURER LA REPRESSION ADMINISTRATIVE

321 - Nous avons eu l'occasion d'étudier jusqu'à maintenant le rôle des autorités administratives ou juridictionnelles en tant qu'organes répressifs c'est-à-dire comme autorités chargées directement de la répression. Il importe désormais de présenter les différents aspects indirects de cette répression sur le juge administratif lui-même en tant qu'autorité chargée du contrôle juridictionnel des mesures répressives en cause. On entend par là comparer l'intervention de ce juge administratif en matière répressive avec le contrôle effectué par le juge répressif de droit commun. Certes, il ne peut pas y avoir de comparaison entre le juge administratif et son homologue pénal de premier ressort car comme le note Georges Dellis, "la procédure administrative a bel et bien abouti, avant la saisine du juge administratif, à l'édition d'une décision définitive et exécutoire. Le contrôle juridictionnel pourrait être seulement considéré comme un palliatif couvrant l'absence ou l'application incomplète de certaines garanties du procès pénal en procédure non contentieuse"²⁴⁰.

En revanche, on peut comparer l'intervention du juge administratif à celle du juge répressif d'appel dans la mesure où, dans certains cas, son contrôle dépasse la simple vérification de légalité et peut pénétrer dans l'opportunité de la répression mais aussi dans la mesure où, toujours dans certains cas, il ne dispose plus d'un simple pouvoir d'annulation mais d'un pouvoir de réformation de l'acte attaqué. Or, il y a, aujourd'hui, toute une évolution dans le contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif en matière de répression administrative qui amène à une telle comparaison avec le juge répressif d'appel. La première manifestation de la valorisation du rôle du juge administratif a été l'affermissement du contrôle effectué dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, recours de droit commun en contentieux administratif. D'abord limité à une simple appréciation de la légalité, le juge a

²⁴⁰ G. Dellis, Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, LGDJ, 1997, p. 390.

été amené, en certains cas, à dépasser ce contrôle minimum pour opérer un contrôle plus complet en recherchant l'adéquation de la sanction à la faute.

En opérant, de la sorte, un contrôle entier, le juge a été amené à exercer une fonction juridictionnelle analogue à celle de son homologue pénal de second degré. S'il manquait encore, en ce cas, un pouvoir de réformation et un pouvoir de modulation de la décision attaquée pour une analogie plus complète, ce manque a été comblé, sous l'influence notamment des principes européens et constitutionnels de protection du justiciable, par la consécration quasi-systématique du recours de plein contentieux en matière de répression administrative. Par ce recours, le juge devient en mesure d'apprécier la mesure prise par l'autorité administrative répressive, de la remplacer par sa propre décision et, conséquemment, de participer directement à la répression en fixant la sanction adéquate à l'image du juge pénal de seconde instance²⁴¹. Il conviendra, dans ce chapitre, de se pencher, avant tout, sur l'extension du contrôle juridictionnel effectué dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et donc du glissement, en certaines proportions, d'un contrôle restreint à un contrôle normal de la répression administrative²⁴². On verra, à travers cette évolution, que le juge administratif a d'abord dépassé progressivement le simple contrôle de légalité à travers son contrôle restreint (Section 1) puis, il a opté, de manière accrue, pour un contrôle normal du contenu de la sanction, dépassant ainsi définitivement la simple appréciation de légalité (Section 2).

Section 1 : Le contrôle restreint et le dépassement progressif de l'appréciation de légalité

322 - Le juge administratif a procédé depuis bien longtemps à un contrôle de fond très complet et très rigoureux sur l'existence et le caractère juridiquement répréhensible des fautes sanctionnées. Toute une jurisprudence a ainsi contribué à mieux définir les catégories de manquements susceptibles d'être reprochés²⁴³. Mais si le juge a ainsi largement étendu son

²⁴¹ En ce sens, également, G. Dellis, Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 396 et p. 397.

²⁴² La question de l'extension du contrôle juridictionnel dans le cadre des recours de plein contentieux fait l'objet d'un chapitre ultérieur. Cf. *Infra.*, p. 411 et suiv.

²⁴³ CE, 28 juin 1912, *Boisselet* (Rec. CE, p. 740) ; CE, 14 janvier 1916, *Camino* (Rec. CE, p. 15, S. 1922. 3. 10, concl. Corneille, RDP 1917, p. 463, chron. G. Jèze, GAJA) ; CE, 4 juin 1947, *Frémicourt* (Rec. CE, p. 245, D. 1947, p. 518, concl. Célier, JCP 1947, G, II, n° 3673, concl.) ; CE, 13 mars 1953, *Teissier* (Rec. CE, p. 133, D. 1953, p. 735, concl. Donnedieu de Vabres, GAJA) ; CE, 27 octobre 1961, *Bréart de Boisanger* (Rec. CE, p. 595,

contrôle sur la légalité interne de la décision de sanction, il s'est aussi longtemps refusé à porter tout contrôle sur le choix de cette même sanction opéré par l'autorité répressive, soit, en d'autres termes, à apprécier si la sanction infligée n'était pas excessive par rapport à la gravité de la faute commise. Il a, de la sorte, d'abord exercé un contrôle restreint que l'on peut qualifier de "limité", le juge contrôlant si la sanction est justifiée, pas si elle est adéquate (§1). A partir du moment où les faits étaient exacts et de nature à justifier une sanction, le juge ne s'immisçait pas dans le degré de gravité de la sanction. Ce n'est que, progressivement, que le juge a été amené à étendre son contrôle à l'adéquation ou à la corrélation entre la faute et la sanction par la censure de l'erreur manifeste, opérant, de la sorte, un contrôle restreint que l'on peut qualifier de "complet" (§2).

§1 : *Le contrôle restreint "limité" : le contrôle de la justification de la sanction*

323 - Le juge administratif s'est pendant longtemps contenté du contrôle de la simple justification de la sanction en procédant à l'examen de l'existence de la faute mais en ne s'immisçant pas dans le degré de la sanction qui la réprime. C'était la position première du juge de l'excès de pouvoir (A) mais c'est aussi encore la position actuelle du juge administratif lorsqu'il intervient en tant que juge de cassation (B).

A – La position première du juge de l'excès de pouvoir

324 - La position première du juge de l'excès de pouvoir a toujours été de ne pas contrôler l'adéquation de la sanction à la faute, dès lors que la sanction était justifiée, il n'allait pas plus loin dans son contrôle. S'il y avait certaines justifications au maintien toujours réaffirmé de cette jurisprudence (1), ces dernières ont progressivement fait place à toute une série de critiques amenant à ce que l'ancienne jurisprudence fasse ainsi figure d'anomalie (2).

1. Les justifications

325 - A l'origine, en matière de répression administrative, quand l'autorité répressive décidait d'incriminer un fait comme étant constitutif d'infraction, elle était, en droit positif,

concl. Henry, GP 1962, 1, p. 52) ; CE, 13 décembre 1968, *Ministre économie et finances contre Gomard* (Rec. CE, p. 652).

libre d'attribuer à l'infraction la gravité voulue. Cette libre appréciation de la gravité de l'infraction n'était pas reconnue comme telle en jurisprudence mais elle était autorisée indirectement par le juge par son refus d'apprécier la corrélation entre l'infraction et la sanction. A l'intérieur de l'échelle légale de sanction, toute peine pouvait donc, discrétionnairement, sanctionner toute faute. La jurisprudence était, en ce sens, abondante mais les décisions faisant prévaloir le refus de contrôle témoignaient de formules pour le moins diverses même si elles se révélaient concordantes. Après avoir d'abord déclaré que "l'appréciation des peines disciplinaires à infliger n'est pas de nature à faire l'objet d'un débat par voie contentieuse"²⁴⁴, "qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de la mesure [...] qui a été prise à l'égard du requérant"²⁴⁵ ou encore que "le choix de la sanction ne saurait être discuté devant le juge"²⁴⁶, le Conseil d'Etat a jugé, plus simplement, qu'il était incompétent pour apprécier "le degré de gravité de la sanction"²⁴⁷ ou sa "proportionnalité" à l'infraction²⁴⁸. De nombreuses décisions ont repris ces formulations ou des formulations équivalentes à propos de sanctions disciplinaires frappant des fonctionnaires ou des agents publics²⁴⁹ tout comme à propos de sanctions administratives ou de sanctions professionnelles²⁵⁰.

326 - Pendant longtemps, une telle jurisprudence n'a appelé aucune réserve, à de rares exceptions près²⁵¹, et a été, dans l'ensemble, acceptée, voire approuvée comme présentant une sorte d'équilibre entre, d'un côté, un contrôle plénier sur l'incrimination et, de l'autre côté,

²⁴⁴ CE, 12 mai 1911, *Bergès* (Rec. CE, p. 578).

²⁴⁵ CE, 28 novembre 1919, *Dhers* (Rec. CE, p. 860).

²⁴⁶ CE, 15 octobre 1954, *Société Financière de France* (Rec. CE, p. 536, AJDA 1954, II, p. 461, concl. Laurent).

²⁴⁷ CE, 21 mars 1947, *Baudinière* (Rec. CE, p. 118, D. 1948, p. 556, note P. L. J.) ; CE, 18 juin 1947, *Ferrero* (Rec. CE, p. 270) ; CE, 13 mai 1949, *Diehl* (Rec. CE, p. 218) ; CE, 8 novembre 1961, *Mauhé* (AJDA 1962, p.227) ; CE, 9 janvier 1963, *Société Charnoz* (AJDA 1963, p. 362).

²⁴⁸ CE, 29 avril 1960, *Gaudin* (RDP 1960, p. 869) ; CE, Ass., 26 octobre 1945, *Avanne* (GP 1945, 2, p. 165) ; CE, 21 octobre 1949, *Comptoir national des carburants* (Rec. CE, p. 428).

²⁴⁹ Par ex., CE, 30 janvier 1920, *Dame Barrachin* (Rec. CE, p. 116) ; CE, 9 mars 1929, *Barsalou* (Rec. CE, p.291) ; CE, 18 janvier 1950, *Arfi* (Rec. CE, p. 34) ; CE, sect., 15 février 1963, *Dame Leray* (Rec. CE, p. 97) ; CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris contre Delle Chevreau* (DO 1968, p. 113, concl. Kahn, D. 1969, jurisp., p. 51, note J. Mourgeon) ; CE, 17 janvier 1973, *Cazelles* (Rec. CE, p.43) ; CE, 1^{er} octobre 1976, *Soucasse* (Rec. CE, p. 386, AJDA 1977, II, p. 390, obs. S. S., D. 1977, jurisp., p. 552, note B. Pacteau).

²⁵⁰ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Belloir* (Rec. CE, p. 214) ; CE, 21 mars 1947, *Baudinière* préc. ; CE, 18 juin 1947, *Ferrero*, préc. ; CE, 20 octobre 1948, *Maussac* (Rec. CE, p. 397) ; CE, 21 octobre 1949, *Comptoir national des carburants* préc. ; CE, 21 janvier 1950, *Oulie* (Rec. CE, p. 54) ; CE, 11 juillet 1952, *Dame Veuve Montluc* (Rec. CE, p. 378) ; CE, 15 octobre 1954, *Société Financière de France* préc.

²⁵¹ Voir, en ce sens, A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, *op. cit.*, p. 349.

une liberté administrative dans le degré de la répression²⁵². Il y avait là conformité avec la thèse selon laquelle l'administration avait besoin d'un pouvoir discrétionnaire en tant que "chef d'entreprise"²⁵³. Le choix d'une sanction plus ou moins grave est, en effet, affaire de conjoncture et d'opportunité et met en jeu des éléments d'appréciation complexes comme des intérêts de service qu'on a toujours considéré comme difficilement appréciables pour le juge²⁵⁴. Dans une perspective plus juridique, on faisait valoir que la loi n'indiquait pas normalement dans quelles hypothèses il y avait lieu d'appliquer telle ou telle sanction. Dès lors qu'aucun texte n'énumérait les fautes professionnelles, le juge ne pouvait être en mesure d'établir une corrélation entre les fautes non définies et les sanctions énumérées au préalable²⁵⁵. Jacques Mourgeon, tout en espérant que le juge sorte de sa réserve, estimait encore, par exemple, que cette règle de libre appréciation de la gravité de l'infraction s'inscrivait dans la perspective souhaitable de l'individualisation de la peine comme pourrait le faire le jeu des circonstances aggravantes ou atténuantes en droit pénal et qu'elle permettait, de la sorte, d'éviter une "application trop rigide des hiérarchies des infractions et des sanctions correspondantes"²⁵⁶. Toutes ces considérations étaient en mesure de justifier la jurisprudence élaborée mais plus que ces dernières, c'est surtout, comme peut le noter Georges Dellis, "un problème du droit administratif de plus grande envergure qui fait ici son apparition. Il consiste en la réticence de la juridiction administrative de consacrer un principe général de proportionnalité pour l'ensemble du droit administratif"²⁵⁷. La corrélation entre sanction et infraction impliquait, en effet, nécessairement la reconnaissance du principe de proportionnalité risquant, de la sorte, d'amener le juge à l'exercice d'un pur contrôle d'opportunité comme au fait de se substituer complètement à l'autorité administrative, il y

²⁵² Cf. La doctrine citée notamment par J. Mourgeon (La répression administrative, *op. cit.*, p. 311) : par ex., C.-A. Colliard, La sanction administrative, Annales de la Faculté de droit d'Aix, n° 36, 1943, p. 35 et 68 ; G. Viche, La sanction professionnelle, thèse Paris, 1948, p. 278 ; M. Waline, Traité de droit administratif, 9^{ème} éd., 1963, n° 441 ; R. Bonnard, De la répression disciplinaire, thèse Bordeaux, 1903, p. 75 ; H. Welter, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, Sirey, 1929, p. 350.

²⁵³ Voir, en ce sens, A. Hauriou, "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", Mélanges Carré de Malberg, Sirey, 1933, p. 231 ; J.-C. Venezia, Le pouvoir discrétionnaire, LGDJ, 1959, p. 106 et suiv.

²⁵⁴ Cf. B. Pacteau, note sous CE, 1^{er} octobre 1976, Soucasse (D. 1977, p. 553) ; Concl. Genevois sous CE, 9 juin 1978, Lebon (AJDA 1978, p. 574) ; B. Pacteau, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (D. 1979, p. 31) ; J.-M. Auby, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (RDP 1979, p. 228) ; F. Moderne, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (RA 1978, p. 636) ; S. Rials, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (JCP 1979, G, II, n° 19159, § 16).

²⁵⁵ Cf. Concl. Genevois sous CE, 9 juin 1978, Lebon (AJDA 1978, p. 574) ; B. Pacteau, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (D. 1979, p. 31) ; J.-M. Auby, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (RDP 1979, p. 228) ; F. Moderne, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (RA 1978, p. 636) ; S. Rials, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon (JCP 1979, G, II, n° 19159, § 16).

²⁵⁶ J. Mourgeon, La répression administrative, *op. cit.*, p. 312.

²⁵⁷ G. Dellis, Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 257.

avait là des conséquences jugées encore excessives ce qui n'empêchait pas certaines critiques quant à la jurisprudence ainsi élaborée.

2. Les critiques

327 - La doctrine ne s'est, au départ, pas opposée à la jurisprudence liée à la thèse du pouvoir discrétionnaire dans le degré de la répression administrative mais il n'en a plus été de même à partir du moment où, vers le milieu des années soixante, il est apparu que, peu à peu, le contrôle de l'erreur manifeste allait appeler à faire partie intégrante du contrôle minimum. C'est le commissaire du gouvernement Kahn qui a apporté les premières critiques en soulignant le risque de sanctions disproportionnées et l'absence de mécanisme contentieux permettant d'y faire face en matière de contentieux disciplinaire. En effet, s'il "est injuste d'infliger un avertissement ou un blâme pour un fait qui n'est pas de nature à justifier une sanction, il n'est pas moins injuste de chasser du service un agent qui ne s'est rendu coupable que d'une faute légère"²⁵⁸. De nombreux auteurs ont, par la suite, souhaité une évolution en la matière en soulignant la nécessité grandissante de l'introduction d'un minimum de contrôle sur la gravité des sanctions²⁵⁹. Comme peut le noter Bernard Pacteau, "qu'il faille réserver à l'autorité disciplinaire une certaine marge d'appréciation, c'est indubitable. Que le juge ne doive pas, ici comme ailleurs, se réserver une marge de censure sur les débordements administratifs manifestes, cela est moins défendable"²⁶⁰. L'auteur ajoutant que "la notion d'erreur manifeste est assez souple pour laisser place à la modération jurisprudentielle si celle-ci est souhaitable ; les impératifs de la légalité et de la défense des intérêts des agents publics sont suffisamment légitimes pour justifier une nouvelle extension du contrôle juridictionnel dont on ne voit pas qu'elle puisse réellement ruiner le principe hiérarchique"²⁶¹. Comme le relevait, encore, le professeur Braibant, "le fait pour un agent public d'arriver en retard à son bureau pouvait entraîner la révocation alors qu'une malhonnêteté grave pouvait se

²⁵⁸ Concl. Kahn sous CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'administration publique de Paris contre Delle Chevreau* (DO 1968, p. 113).

²⁵⁹ Les conclusions du commissaire du gouvernement Kahn rencontraient, en effet, l'approbation de la doctrine. Voir, en ce sens, J. Mourgeon, note préc. sous CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'administration publique de Paris contre Delle Chevreau* ou in *La répression administrative*, op. cit., p. 313 ; B. Pacteau, note préc. sous CE, 1^{er} octobre 1976, Soucasse (D. 1977, p. 553).

Voir aussi les contributions de MM. Kahn et De Laubadère au colloque sur "*Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*", *Cahiers de l'IFSA*, n° 16, 1978.

²⁶⁰ B. Pacteau, note préc. sous CE, 1^{er} octobre 1976, Soucasse, D. 1977, p. 553.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 553 et 554.

traduire par un simple avertissement, sans que le juge puisse limiter l'arbitraire et rétablir l'équité²⁶².

328 - Mais le risque de laisser impunis de réels abus administratifs n'était pas la seule raison d'abandonner l'ancienne jurisprudence dans la mesure où cette dernière paraissait de plus en plus désuète par rapport à l'évolution générale de la jurisprudence sur l'exercice par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire. La théorie de l'erreur manifeste était, en effet, depuis peu, généralisée et avait lieu de s'appliquer dans les domaines les plus divers. Si elle avait vu le jour en matière de remembrement rural²⁶³ ou dans le domaine des "équivalences d'emplois" dans la fonction publique²⁶⁴, elle touchait désormais l'interventionnisme économique²⁶⁵, l'urbanisme²⁶⁶ ou la police des étrangers²⁶⁷ ce qui rendait délicat le maintien de la jurisprudence traditionnelle en matière disciplinaire. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, certains tribunaux administratifs avaient déjà entrepris d'introduire, en matière de répression administrative, un contrôle restreint sur le degré de gravité de la sanction²⁶⁸. Ils ont pu notamment y être incités, par l'évolution en ce sens en matière de fonction publique internationale²⁶⁹, la jurisprudence alors en vigueur concernant la discipline des agents communaux²⁷⁰ ou encore les solutions apportées dans le contentieux lié aux autorisations

²⁶² G. Braibant, "Le principe de proportionnalité", Mélanges Waline, LGDJ, 1974, vol. 2, p. 305.

²⁶³ Cf. CE, 2 mars 1960, *Ministre de l'agriculture contre Gesbert* (Rec. CE, p. 162, AJDA 1961, p.67, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot) ou CE, 13 juillet 1962, *Delle Achart* (Rec. CE, p. 472).

²⁶⁴ Par ex., CE, sect., 15 février 1961, *Lagrange* (Rec. CE, p. 121, AJDA 1961, p. 200, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot) ou CE, 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil contre Faittier* (Rec. CE, p.304).

²⁶⁵ Par ex., CE, sect., 26 janvier 1968, *Société Maison Genestal* (Rec. CE, p. 62, AJDA 1968, p.122, concl. Bertrand).

²⁶⁶ Par ex., CE, Ass., 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne* (Rec. CE, p. 210, concl. Vught, AJDA 1968, p. 335, chron. J. Massot et J.-L. Dewost, RDP 1969, p. 320, concl.).

²⁶⁷ CE, 3 février 1975, *Pardov* (Rec. CE, p. 83, AJDA 1975, p. 131, chron. M. Franc et M. Boyon, Rev. Crit. DI privé 1976, p. 301, note L. Dubouis).

²⁶⁸ Voir, en ce sens, TA Lyon, 10 avril 1975, *Dutrieux* (Rec. CE, p. 704) qui à propos de la révocation d'un agent d'une chambre de commerce avait estimé qu'en considération de la gravité des faits, le président avait pu "sans commettre une erreur manifeste d'appréciation" adopter cette sanction.

²⁶⁹ Cf. La jurisprudence du tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail qui dans des jugements du 14 mai 1973 avait considéré comme une erreur de droit le cas dans lequel une mesure disciplinaire est "hors de proportion par rapport aux conditions objectives et subjectives dans lesquelles l'acte reproché a été commis".

Voir F. Dreyfus, "Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du tribunal administratif de l'O. I. T.", RDP 1974, p. 691 et suiv. ou M. Letourneur, "Une jurisprudence administrative originale : la jurisprudence du tribunal administratif de l'O.I.T.", Mélanges Couzinet, Université des sciences sociales Toulouse, 1974, notamment p. 455 et 456.

²⁷⁰ En cette matière, le Conseil d'Etat a décidé que l'arrêté du maire prenant une sanction plus sévère que celle proposée par le conseil de discipline n'était pas illégal si l'avis du conseil était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Cf. CE, 23 avril 1975, *Commune de Tracy-sur-Loire* (Rec. CE, p. 254).

administratives nécessaires pour le licenciement des salariés investis d'un mandat représentatif²⁷¹. On a pu aussi estimer qu'en appliquant la jurisprudence relative à la pluralité des motifs à la sanction disciplinaire²⁷², le Conseil d'Etat avait déjà introduit un certain contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute²⁷³ mais une telle appréciation n'est pas unanime si l'on tient compte de l'ensemble de la doctrine²⁷⁴. Tous ces arguments et critiques allaient être de nature à emporter progressivement la conviction des juges en matière de recours pour excès de pouvoir mais s'ils étaient directement à l'origine du nouveau contrôle de l'erreur manifeste en ce domaine, il n'y avait, en aucun cas, une telle évolution à travers le recours en cassation, le juge se limitant toujours, actuellement et en pareil cas, à vérifier si la sanction est justifiée et non si elle est adéquate.

B – La position présente du juge de cassation

329 - Il est logique qu'en cassation, le contrôle de la qualification des faits soit théoriquement plus réduit que celui exercé par un juge compétent pour statuer au fond. Le juge de cassation, censé ignorer le fait, doit se borner à vérifier si la qualification retenue par le juge du fond pouvait légalement l'être et ne doit pas rechercher si les faits ont été correctement appréciés par le juge du fond. Mais si cette règle classique était appliquée en droit pénal, elle ne l'était point par le Conseil d'Etat, précisément en matière de répression administrative, et notamment dans l'exercice du contrôle des juridictions ordinales. En cette

²⁷¹ Le Conseil d'Etat décidant, en cette hypothèse, que dans le cas où était intervenu un licenciement pour faute, l'autorisation n'était légale que si la faute était "*d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi*". Voir, en ce sens, CE, 5 mai 1976, *S.A.F.E.R. d'Auvergne contre Bernette* (Rec. CE, p. 232, DS 1976, p. 346, concl. Dondoux, note J.-C. Venezia, AJDA 1976, p. 304, note M. Nauwelaers et L. Fabius, D. 1976, p. 563, note H. Sinay, JCP 1976, G, II, n° 18429, note J.-P. Machelon) et CE, sect., 18 février 1977, *Abellan* (Rec. CE, p. 96, AJDA 1977, p. 248, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius, D. 1978, p. 183, note O. Passelecq, DS 1977, p. 166, concl. Dondoux).

²⁷² Lorsqu'une décision, notamment disciplinaire, est fondée sur plusieurs motifs et que l'un d'eux se révèle illégal ou inexact, le juge peut rejeter le recours et admettre la validité de l'acte en considérant que l'administration aurait pris la même décision en se basant uniquement sur le motif exact ou légal. (CE, 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances contre Dame Perrot* (Rec. CE, p. 39, AJDA 1968, p. 170, concl. Kahn).

²⁷³ Voir, par ex., F. Dreyfus, "Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du tribunal administratif de l'O.I.T.", *op. cit.*, p. 703 ; S. Rials, note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon*, JCP 1979, G, II, n° 19159, § 14 ; Dewost et Denoix de Saint Marc, note sous CE, 21 février 1969, *Ministre des P.T.T. contre Kopacki*, AJDA 1969, I, p. 156.

²⁷⁴ Voir, par ex., le commissaire du gouvernement Kahn, lui-même, estimant que le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait que rechercher "*l'intention de l'auteur de l'acte*" et non procéder de lui-même à un contrôle de la gravité de la sanction disciplinaire par rapport à la faute commise, note sous CE, 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances contre Dame Perrot*, AJDA 1968, p. 179. Voir aussi, dans le même sens, G. Braibant, "Le principe de proportionnalité", *op. cit.*, p. 304.

matière, le juge s'est reconnu, en cassation, les pouvoirs qu'il détenait, à l'origine, comme juge de l'excès de pouvoir à savoir le contrôle de la matérialité des faits et de leur qualification juridique (1). Mais le juge de cassation n'a pas suivi l'évolution perçue chez le juge de l'excès de pouvoir en maintenant la partition entre appréciation et qualification juridique des faits et en refusant de contrôler l'adéquation de la sanction. Si cela peut paraître insuffisant, cette solution mérite cependant d'être tempérée pour rendre compte de la réalité des pouvoirs du juge de cassation. En effet, si le juge de cassation n'étend pas sa compétence à l'erreur manifeste d'appréciation, la question se pose, "de savoir comment se situe ce qui est appréciation des faits par rapport à ce qui est qualification juridique des faits"²⁷⁵. La frontière peut, en effet, s'avérer subtile à définir ce dont témoigne certaines distorsions à la partition de principe entre appréciation et qualification juridique des faits (2).

1. Le principe de la partition entre appréciation et qualification juridique des faits

330 - C'est le Conseil d'Etat qui a, par voie jurisprudentielle, défini l'économie générale du contrôle de cassation exercé sur la prise en considération des faits par les juges du fond. Comme en matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a accepté de connaître des moyens tirés, tant de l'erreur commise par l'autorité administrative quant à l'inexactitude matérielle de ces derniers²⁷⁶ que quant à la qualification juridique des faits. Comme le note le professeur Chapus, au niveau de l'exactitude matérielle des faits, "le contrôle porte plus précisément sur l'exactitude des "constatations" de fait opérées par les juges de fond ou, autrement dit, sur celle des faits "constatés" par eux"²⁷⁷. L'avènement du contrôle général de l'erreur matérielle s'est alors accompagné de la généralisation de celui de la qualification juridique des faits. Par ce contrôle, le juge vérifie, notamment en matière disciplinaire, si les faits retenus sont de nature à constituer un manquement à une obligation professionnelle. A l'égard des membres des ordres professionnels, le juge de cassation vérifie, ainsi, si les

²⁷⁵ Voir, en ce sens, R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., 1998, p. 1065 qui note "que la réponse à la question de savoir s'il y a ou non appréciation souveraine des faits par les juges du fond est largement sous la dépendance de considérations d'opportunité. Aussi, il ne faut pas s'étonner s'il arrive que soit considéré comme une appréciation des faits ce qui paraît plutôt intéresser leur qualification juridique".

²⁷⁶ Cf. Par ex., la jurisprudence du Conseil d'Etat affirmant que, pour que la décision du juge du fond ne soit pas censurée, il convient qu'elle soit fondée sur des faits réels : CE, 9 août 1924, Société Henry et Maurice Farman (Rec. CE, p. 829) ; CE, 18 décembre 1957, Monod (Rec. CE, p. 687, concl. Grevisse) ; CE, 9 mars 1960, Jourdan (Rec. CE, p. 189) ; CE, 18 juillet 1973, Lahana (Rec. CE, p. 1095) ; CE, 3 février 1978, Cales (RDP 1979, p. 574) ; CE, 18 juin 1993, Haddad (AJDA 1993, p. 572, concl. Kessler).

²⁷⁷ R. Chapus, "Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation" in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 375.

agissements sont contraires aux dispositions du Code de déontologie²⁷⁸. On voit là, finalement, que la parenté entre recours pour excès de pouvoir et recours en cassation a permis à ce que l'évolution du premier soit rapidement suivie de celle du second.

331 - On aurait pu penser alors, comme le commissaire du gouvernement Dael, que cette jurisprudence traditionnelle du contrôle de cassation disparaîtrait “dans la foulée de la décision Lebon qui inaugure le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur les erreurs manifestes commises par l'autorité disciplinaire dans le choix de la sanction appliquée à la faute”²⁷⁹. Cela n'a pas été le cas. Ce même commissaire du gouvernement proposait, à cet égard, de rechercher, en plus des contrôles traditionnels et à propos d'une sanction infligée par la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins, “si la faute telle qu'elle a été ainsi retenue par les juges du fond a pu se voir appliquer sans disproportion excessive de la sanction choisie”²⁸⁰. Se fondant sur la jurisprudence constitutionnelle relative à la nécessité de la peine²⁸¹ et s'adressant au Conseil d'Etat, il soulignait que ce que “nous proposons ne consiste pas à substituer votre appréciation à celle des juges du fond mais à vérifier si le grief tel qu'il a été retenu par la décision attaquée avec sa motivation pouvait, sans méconnaître l'interdiction de prononcer une sanction disproportionnée, justifier la sanction attaquée”²⁸². S'il y avait là entrave à la liberté de l'autorité répressive, le contrôle ne correspondait pas, pour autant, à un contrôle d'opportunité ni à une substitution aux fonctions de l'administration active. Le Conseil d'Etat ne suivit pas son commissaire du gouvernement même s'il retenait, en l'espèce, l'insuffisance de la motivation pour annuler la décision et la renvoyer et conservait, ainsi, sa jurisprudence traditionnelle. A noter encore que la Cour de cassation adopte une démarche similaire lorsqu'elle a à connaître d'instances disciplinaires

²⁷⁸ Cf. Par ex., CE, 9 novembre 1951, *Fischer* (Rec. CE, p. 523, concl. Guionin) ; CE, 12 avril 1972, *Lesafre* (Rec. CE, p. 282) ; CE, 12 mars 1976, *Raynal* (Rec. CE, p. 154, RDP 1976, p.1090, GP 1977, 1, p. 148, RTDSS 1977, p. 38, concl. Labetoulle, note F. Moderne) ; CE, 18 février 1977, *Hervouet* (Rec. CE, p. 98, concl. Dondoux, AJDA 1977, p. 255, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius) ; CE, 19 mars 1982, *Ageron* (Rec. CE, p.127) ; CE, 27 mars 1987, *Fontaine* (Rec. CE, p. 111).

²⁷⁹ Concl. Dael sous CE, 29 avril 1988, *Cuaz contre Conseil national de l'Ordre des médecins*, AJDA 1988, p.400.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 400.

²⁸¹ Voir en ce sens, CC, n° 87-237 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc. où le Conseil énonce que le principe de proportionnalité “ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de le prononcer à une autorité de nature non judiciaire”.

²⁸² Concl. Dael préc., p. 400.

concernant des avocats ou notaires en se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond²⁸³.

332 - Cette restriction volontaire au contrôle peut encourir la critique dans l'optique de la distinction recours pour excès de pouvoir / recours en cassation. Comme peut le noter Michel Lascombes, "la Haute Assemblée aurait pu sans peine revenir sur cette attitude et retirer ainsi l'essentiel des conséquences résultant, en matière disciplinaire, de l'absence de principe de légalité des peines et des délits"²⁸⁴. En effet, "le justiciable comprendra difficilement qu'en fonction d'une qualification à certains égards arbitraires, à propos d'organismes composés de façon similaire, suivant, à peu de choses près, la même procédure et statuant en matière disciplinaire, le Conseil d'Etat acceptera le moyen dans un cas et le refusera dans l'autre"²⁸⁵. Cela étant, cette attitude du juge de cassation peut se fonder sur les implications inhérentes à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En effet, "il n'est pas certain que l'introduction de l'erreur manifeste d'appréciation n'aille pas sans un réexamen général des pouvoirs du juge de cassation dans l'analyse du fait. Le plus souvent, le juge de cassation reste cantonné à un contrôle *in abstracto* de la faute"²⁸⁶. A noter, enfin, que l'organisation juridictionnelle peut aussi pallier parfois cette abstention du juge de cassation, c'est le cas lorsqu'il existe un juge disciplinaire d'appel qui exerce ce contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute. Dans l'ensemble, cependant, le juge se limite, par principe, à un contrôle de la qualification juridique des faits et se refuse à apprécier les faits, il y a néanmoins certaines exceptions à ce principe.

2. Les distorsions à la partition entre appréciation et qualification juridique des faits

333 - Si le juge de cassation n'étend pas sa compétence à l'erreur manifeste d'appréciation, il apparaît, néanmoins, que la partition entre appréciation et qualification juridique des faits présente certaines distorsions. Comme le relève encore René Chapus, "poser en principe que la qualification juridique des faits est contrôlée, mais que leur appréciation ne l'est pas, c'est énoncer deux principes inconciliables, parce qu'il n'est pas possible [...] d'assigner à l'opération d'appréciation des faits [...] une signification qui la

²⁸³ Voir, à cet égard, R. Schwartz, "Le contrôle juridictionnel des décisions du Conseil national des barreaux", LPA 2001, n° 50, 30 juillet, p. 20 et suiv.

²⁸⁴ M. Lascombes, "Les ordres professionnels", *op. cit.*, p. 861.

²⁸⁵ M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, *op. cit.*, p. 522.

²⁸⁶ M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, *op. cit.*, p. 354.

distingue de l'opération de qualification²⁸⁷. En effet, comme celui de l'exactitude matérielle des faits, le contrôle de la qualification juridique des faits se combine souvent avec le libre pouvoir d'appréciation des faits appartenant aux juges du fond. Cela résulte notamment du fait que la notion d'appréciation des faits n'est pas susceptible de définition et qu'elle est laissée à la libre appréciation du Conseil d'Etat, ce dernier ayant ainsi la faculté d'exercer ou non son contrôle.

Déjà, lorsqu'il contrôle l'exactitude matérielle des faits, le juge de cassation peut compenser dans une mesure non négligeable la limitation de son contrôle en imposant aux juges du fond d'assortir leurs décisions d'une motivation donnant une description complète et précise de la situation litigieuse²⁸⁸. Dans d'autres affaires, la rédaction des arrêts fait apparaître qu'il a contrôlé aussi bien l'appréciation que la qualification juridique des faits²⁸⁹. On pourrait dire, ainsi, "qu'il n'a pas distingué entre l'une et l'autre"²⁹⁰. Deux arrêts de 1947 ont même été présentés comme l'annonce d'un abandon de la jurisprudence traditionnelle relative à l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond²⁹¹. Si la jurisprudence postérieure ne les a pas confirmés, ces arrêts ont néanmoins montré que le Conseil d'Etat pouvait passer outre la distinction entre l'appréciation et la qualification juridique des faits ayant provoqué le prononcé d'une sanction disciplinaire en ne s'en remettant pas aux appréciations des juges du fond. Il est aussi en mesure de considérer certaines obligations, dans un premier temps, comme une question relevant de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond puis de les considérer, dans un second temps, comme une question de

²⁸⁷ R. Chapus, "Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation", *op. cit.*, p. 392 et p. 393.

²⁸⁸ Voir, par ex., CE, 19 novembre 1958, *Caisse primaire de sécurité sociale de Saint-Nazaire* (Rec. CE, p. 567, AJDA 1959, 1, p. 70, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert) où "en refusant de prononcer une sanction" pour prescriptions médicales abusives "sans indiquer les circonstances de fait ou de droit de nature à excuser la faute commise", les juges du fond ont mis le Conseil d'Etat "dans l'impossibilité d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits relevés [...] étaient ou non de nature à entraîner une sanction".

Voir, encore, CE, sect., 23 janvier 1959, *Perrier* (Rec. CE, p. 73, AJDA 1959, 1, p. 72, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert) où "en omettant de se prononcer" sur la question de savoir si un médecin avait pu ignorer telle règle juridique, les juges du fond ont "mis le juge de cassation dans l'impossibilité d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision attaquée".

²⁸⁹ C'est ainsi que le Conseil d'Etat a été amené, en certains cas, à examiner de façon approfondie l'ensemble de la situation litigieuse sans s'en remettre aux appréciations des sections disciplinaires du Conseil national de l'Ordre des médecins, juges du fond.

Cf., par ex., CE, 16 décembre 1960, *Colombel* (Rec. CE, p. 713) ; CE, 13 mai 1974, *Carpentier* (Rec. CE, p.284, RTDSS 1975, p. 34, concl. Braibant) ; CE, 17 décembre 1975, *Sultan* (Rec. CE, p. 648, RDP 1975, p.617) ; CE, 25 février 1976, *Alcay* (Rec. CE, p. 114) ; CE, 12 mars 1976, *Raynal* préc.

²⁹⁰ R. Chapus, "Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation", *op. cit.*, p. 382.

²⁹¹ Voir, en ce sens, note P.-L. J. sous CE, Ass., 16 mai 1947, *Teyssier* et CE, sect., 27 juin 1947, *Le Bris* (D. 1948, p. 556, 2^{ème} et 3^{ème} esp.) ainsi que R.-J. Dupuy, "Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation", RDP 1950, p. 529.

qualification juridique soumise au contrôle du juge de cassation²⁹². La part de cette appréciation des faits par les juges du fond n'est pas davantage respectée dans les nombreuses affaires où le juge de cassation doit se prononcer sur la qualification des faits au regard d'une loi d'amnistie²⁹³.

334 - Enfin, il faut noter aussi, dans les pouvoirs du juge de cassation, la recherche de la possible dénaturation des faits et du dossier par les juges du fond. Cette dénaturation est réalisée lorsque les juges du fond donnent de la situation litigieuse une image gravement déformée. La conception première du contrôle de la dénaturation était de simplement limiter le caractère souverain de l'appréciation des faits pour ne pas contraindre la juridiction de cassation à s'incliner devant des appréciations qui seraient inacceptables²⁹⁴. Pour autant, la dénaturation a été amenée à dépasser cette fonction et à renforcer conséquemment la position du juge de cassation pour jouer une fonction identique à celle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le contentieux de l'excès de pouvoir²⁹⁵. On constate, en effet, que, dans certaines espèces, le Conseil d'Etat a annulé pour cause de dénaturation des faits au lieu de censurer l'erreur commise dans la qualification²⁹⁶. La théorie de la dénaturation permet ainsi de sanctionner les erreurs manifestes commises par la juridiction, dans l'appréciation des faits normalement laissée à sa discrétion. Il y a souveraineté du juge du fond, sous réserve d'erreur flagrante et cela permet, dans une large mesure, de combler les lacunes du recours en

²⁹² Voir, en ce sens, l'obligation faite au praticien de fixer ses honoraires avec tact et mesure conformément au Code de déontologie médicale relevant d'abord de l'appréciation des juges du fond (CE, 9 mars 1960, *Jourdan*, Rec. CE, p. 189, *AJDA* 1960, 1, p. 97, chron. M. Gombarnous et J.-M. Galabert) ou CE, 18 mars 1963, *Nemegyel*, Rec. CE, p. 822) puis du juge de cassation comme question de qualification juridique (CE, 18 février 1977, *Hervouet* préc.).

²⁹³ Le Conseil d'Etat a, par ex., apprécié si c'est à juste titre que les faits ont été qualifiés par les juges du fond de "manquement à la probité" (par ex., CE, 2 février 1949, *Fécan*, Rec. CE, p. 44), de "manquement à l'honneur" (par ex., CE, 2 mai 1961, *Richand*, Rec. CE, p. 281, *AJDA* 1961, p. 334, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ou CE, 1^{er} mars 1972, *Ducreux*, Rec. CE, p. 179) ou encore de "manquement aux bonnes mœurs" (par ex., CE, sect., 12 juillet 1955, *Grunberg*, Rec. CE, p. 407, concl. Guionin).

²⁹⁴ Voir, par ex. CE, 19 octobre 1979, *Darlet* (Rec. CE, p. 246) où le moyen tiré de la dénaturation est rejeté, la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins n'ayant pas dénaturé les faits en estimant que ni la valeur, ni l'innocuité d'une thérapeutique n'étaient démontrées et qu'ainsi son application constituait une faute.

²⁹⁵ Voir, par ex., dans le même sens, R. Chapus, "Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation", *op. cit.*, p. 391 ; M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 530 ; G. Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, thèse Nancy, 1957, p.380.

²⁹⁶ Cf. Par ex., des arrêts rendus dans le contentieux de reconnaissance de la qualité de réfugié à propos d'affaires où la Commission des recours des réfugiés a dénaturé les pièces du dossier. En dénonçant l'incohérence née des faits ou en sanctionnant les déficiences de la motivation, il y a là aussi un moyen indirect de faire comprendre à la juridiction contrôlée le caractère manifestement erronée de son appréciation.

cassation sans pour autant amener à un véritable contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute comme on peut l'observer à travers le recours pour excès de pouvoir où le juge opère aujourd'hui ce que l'on peut appeler un contrôle minimum "complet" s'apparentant à un contrôle de la disproportion manifeste de la sanction.

§ 2 : Le contrôle restreint "complet" : le contrôle de la disproportion manifeste de la sanction

335 - Si, en droit pénal, le législateur a toujours pris soin de déterminer de façon rigoureuse la peine qui devait être infligée à la suite de chaque comportement incriminé, le principe de la légalité des peines n'a plus, aujourd'hui, la même valeur. La tendance est désormais d'élargir la marge d'appréciation du juge répressif par une individualisation du traitement de chaque délinquant et une évaluation *in concreto* de leur cas. Pour autant, le juge répressif a toujours eu obligation de ne prononcer que des peines proportionnées à la gravité de l'infraction²⁹⁷. En matière de répression administrative, il n'existe pas de principe de proportionnalité des sanctions conforme à l'exemple pénal. Pour autant, le juge a été amené, dans son contrôle juridictionnel, "à utiliser non pas un principe mais une technique de proportionnalité, en adaptant dans ce but le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation"²⁹⁸. Alors, certes, il n'y a pas transposition du principe pénal de proportionnalité puisque l'autorité répressive reste libre d'attribuer à l'infraction commise la gravité et les conséquences voulues mais le juge administratif se garde, néanmoins, le soin de censurer, *a posteriori*, les sanctions excessivement disproportionnées par le biais du contrôle de légalité. Il y a là une invocation indirecte de l'idée de proportionnalité dans l'idée de ne pas restreindre, *a priori*, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. C'est là la position actuelle du juge de l'excès de pouvoir dans le contrôle qu'il s'autorise à effectuer (A) mais, aussi et conjointement, la position du juge judiciaire, qui opère, par une sorte d'analogie, le même type de contrôle (B).

Cf. CE, 4 décembre 1987, *Zaldua et Lopez De Abechuco Liquiniano* (2 espèces) (Rec. CE, p. 397, AJDA 1988, p. 154, chron. Azibert et De Boisdeffre) ; CE, 16 novembre 1988, *Lecertua Urritibeascoa* (Rec. CE, p. 409).

²⁹⁷ Ce principe de proportionnalité et de nécessité des peines trouve son fondement textuel dans l'art. 8 DDHC : "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires [...]".

²⁹⁸ G. Dellis, Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 254.

A – La jurisprudence actuelle du juge administratif

336 - Si l'apparition formelle de l'erreur manifeste d'appréciation remonte, dans la jurisprudence administrative, à 1961²⁹⁹, c'est dans des domaines où le juge se heurtait à des difficultés matérielles de qualification que cette théorie s'est développée³⁰⁰. Dans de telles hypothèses, le juge, ne pouvant pleinement assumer son rôle comme organe de contrôle, a voulu, simplement, ne pas laisser les concepts contenus dans les définitions légales à la seule appréciation des autorités chargées de les mettre en œuvre et s'est donc limité à censurer les décisions à travers lesquelles transparissait un écart disproportionné entre l'infraction et la solution retenue. Le juge a, cependant, progressivement élargi le champ d'application de la théorie en cause en faisant une limite de principe à l'exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration³⁰¹ ce qui a permis des applications dans des hypothèses où le pouvoir discrétionnaire semblait exclure toute question d'appréciation de la part du juge, à savoir notamment le contrôle juridictionnel des sanctions disciplinaires³⁰². Si l'erreur manifeste d'appréciation accroît incontestablement le contrôle du juge en la matière, il n'y a pas cependant une révolution complète de la part du juge, l'utilisation de la théorie se faisant toujours avec prudence et parcimonie (1). Pour autant, il existe désormais un contexte favorable à une évolution plus poussée du contrôle du juge administratif en la matière (2).

1. Une jurisprudence prudente

337 - Au terme d'une étude de l'utilisation de la jurisprudence *Lebon* par le Conseil d'Etat, Didier Jean-Pierre conclut à la rareté des décisions annulées sur le moyen de l'erreur

²⁹⁹ CE, sect., 15 février 1961, *Lagrange* (Rec. CE, p. 121, AJDA 1961, p. 200, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot), 1^{er} arrêt contenant le terme “manifeste” ; CE, 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil* (Rec. CE, p. 304), 1^{ère} annulation d'une décision administrative pour erreur manifeste ; CE, 13 juillet 1961, *Demoiselle Achart* (Rec. CE, p. 304), 1^{er} arrêt contenant les termes “erreur manifeste”.

A noter que l'origine varie selon les auteurs, certains la font remonter à la décision CE, 13 novembre 1953, *Denizet* (Rec. CE, p. 489), d'autres à l'arrêt CE, 2 mars 1960, *Gesbert* (Rec. CE, p. 162, AJDA 1961, p. 67, obs. J.-M. Galabert).

³⁰⁰ Par ex., en matière d'équivalence d'emploi dans la fonction publique ou en matière de remembrement rural.

³⁰¹ Voir, en ce sens, D. Lagasse, L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Bruylant, 1986, p.195-196 ; J.-P. Bourgeois, L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence, coll.L'espace juridique, Lille, 1988, p.47 et suiv. ; J.-P. Henry, “Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif”, AJDA 1979, n° 6, p. 17.

³⁰² Cf. CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon* (Rec. CE, p. 245, AJDA 1978, p. 573, concl. Genevois, note S. Salon, D. 1978, IR, p.361, obs. P. Delvolvé, D. 1979, p. 30, note B. Pacteau, JCP 1979, G, I, n° 19159, note S. Rials, RA 1978, p. 634, note F. Moderne, RDP 1979, p. 227, note J.-M. Auby).

manifeste d'appréciation³⁰³. En outre, cela ne vise que les sanctions les plus graves, celles qui excluent l'agent de la fonction publique. En effet, les arrêts confirment que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'a de sens que concernant la révocation, c'est-à-dire la sanction la plus grave en ce qu'elle produit des conséquences définitives puisqu'elle rompt le lien employeur-employé³⁰⁴. Ainsi, malgré le caractère général de l'instrument de contrôle, on en arrive, en pratique, à une distinction de fait entre les fautes graves et les autres. Hélène Ruiz-Fabri qualifie cette jurisprudence de logique pour deux raisons : en effet, "il y aura difficilement disproportion manifeste concernant une sanction faible sauf dans deux cas extrêmes, c'est-à-dire soit en cas d'indulgence coupable, soit en présence de faits tellement bénins que l'on peut alors s'interroger sur leur qualification de faute disciplinaire, mais le problème relève alors du contrôle de la qualification juridique des faits, qui est effectué en amont du contrôle de la sanction. D'autre part, un contrôle des sanctions faibles autrement compris deviendrait un contrôle entre la sanction et les faits qui l'ont justifiée, ce qui est exclu"³⁰⁵.

Il faut rappeler, de même, que par la voie de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge contrôle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration et ne le sanctionne que dans la mesure où il a été utilisé de façon sinon arbitraire, du moins inadaptée. Il ne s'agit pas pour le juge de substituer son appréciation à celle de l'administration, de supprimer ainsi l'existence de ce pouvoir discrétionnaire. Il s'agit simplement d'assurer un contrôle minimum du bien fondé de cette décision. Si ce n'est plus l'existence des faits qui est en cause mais leur adaptation à la décision ou leur correspondance aux motifs de droit, ce n'est pas l'exacte adaptation ou correspondance qui déclenche la censure juridictionnelle mais la disproportion entre la situation de fait et les justifications de la décision. Quelle que soit la justification théorique étudiée³⁰⁶, on retrouve, sous une forme ou une autre, le contrôle de l'absence de disproportion comme facteur commun.

³⁰³ D. Jean-Pierre, L'éthique du fonctionnaire civil, son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle française, LGDJ, 1999, p. 413.

³⁰⁴ Voir, par ex., CE, 26 juillet 1978, *Vinolay* (Rec. CE, p. 315, JCP 1980, G, II, n° 19625, note J.-J. Thouroude); CE, 7 novembre 1979, *Mme Boury Nauron* (Rec. CE, p. 612, RDP 1980, p. 1449, note J.-M. Auby) ; CE, 4 mai 1983, *Ministre de l'économie et des finances contre Skorski* (Rec. CE, p. 174, GP 1974, I, pan. dr. adm., p. 139) ; CE, 25 mai 1990, *Kiener* (AJDA 1990, p. 740, obs. S. Salon, RFDA 1990, p. 671, DA 1990, n° 314, RA 1990, note H. Ruiz-Fabri) ; CE, 8 juillet 1991, *Martin et Commune de Levallois-Perret* (Rec. CE, p. 727) ; CAA Nantes, 9 février 1995, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire contre Veillard* (DA 1995, comm. n° 361) ; CE, 21 juillet 1995, *Ministre de l'intérieur contre Mangot* (DA 1995, comm. n° 603).

³⁰⁵ H. Ruiz-Fabri, note préc. sous CE, 25 mai 1990, *Kiener*, RA 1990, p. 518.

³⁰⁶ Voir à cet égard les principales analyses de J.-M. Galabert et M. Gentot, "Le contrôle de l'erreur manifeste par le juge de l'excès de pouvoir", AJDA 1962, p. 552 et suiv. ; B. Kornprobst, "L'erreur manifeste", D. 1965, chron., p. 121 ; J.-Y. Vincent, "L'erreur manifeste d'appréciation", RA 1971, p.401 ; M. Letourneur, "L'erreur

338 - Dans cette perspective, le contrôle du juge “a donné naissance à une jurisprudence, pour le moins, nuancée³⁰⁷ qui se fonde, surtout, sur le cas par cas et sur l'observation plutôt que sur la théorie elle-même³⁰⁸. Le Conseil d'Etat tient ainsi compte des circonstances particulières des affaires, il en résulte, parfois, un traitement différencié par le juge de cas, *a priori*, identiques, tout dépendant de l'identification de la norme de référence par rapport à laquelle le juge va apprécier l'erreur³⁰⁹. En réalité, la voie adoptée ressemble plus à l'application de la méthode traditionnelle du faisceau d'indices par laquelle le juge essaie de dégager les éléments objectifs déterminants fondant une disproportion excessive. Comme le juge se place ainsi sur le terrain de l'opportunité, on peut relever que “cette approche ne saurait étonner [...] cette possibilité est la seule voie pour ne pas conduire l'opportunité vers la subjectivité³¹⁰. Pour autant, à l'analyse, on peut noter, comme Xavier Philippe, que “sous l'appellation d'erreur d'appréciation se cache en réalité un contrôle minimal de la qualification juridique des faits³¹¹, l'auteur ajoutant qu' “il faut avoir la franchise d'appeler les choses par leur nom ! Apprécier si les données d'une situation ne sont pas sans rapport avec la réglementation juridique revient à rechercher si leur qualification juridique n'est pas disproportionnée³¹². Le contexte général plaide d'ailleurs pour une évolution continue en la matière.

2. Un contexte favorable à une évolution

339 - Si le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, se contente d'opérer, depuis 1978, un contrôle de l'absence de disproportion entre faute et sanction à travers la notion

manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français“, Mélanges Van der Meersch, Bruylant, 1972, t. 3, p. 563 et suiv. et les auteurs préc. note n° 64.

³⁰⁷ J.-P. Carton, Le droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 243.

³⁰⁸ En ce sens, H. Ruiz-Fabri, note préc. sous CE, 25 mai 1990, *Kiener*, RA 1990, p. 518.

³⁰⁹ Cf. Par ex., les décisions CE, 25 mai 1990, *Kiener* préc. et CE, 27 septembre 1991, *Ministre de l'intérieur contre Félix* (AJDA 1992, p. 529, obs. J.-C. Lorthé) où le juge administratif se trouve confronté à des faits fort semblables se déroulant dans des conditions analogues (vol d'une faible valeur commis respectivement par un gendarme et un gardien de la paix hors de leur fonction), seule la révocation du premier nommé est entachée d'erreur manifeste, la révocation du second nommé ne l'étant pas pour cause d'existence conjointe d'une condamnation pénale ; le motif déterminant imposant la différenciation pour le Conseil d'Etat étant l'existence d'une condamnation pénale, il y a là une pure hypothèse d'interprétation sachant que la simple qualité de gendarme aurait pu amener le Conseil d'Etat à ne pas retenir l'erreur manifeste d'appréciation.

³¹⁰ J.-C. Lorthé, note préc. sous CE, 27 septembre 1991, *Ministre de l'intérieur contre Félix*, AJDA 1992, p. 530.

³¹¹ X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises, *Economica*, 1990, p. 171.

³¹² *Ibid.*, p. 171. Dans le même sens, J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, *op. cit.*, 3^{ème} éd., t. 2, p. 401 ; R. Chapus, Droit administratif général, *op. cit.*, p. 1038 ; J.-P. Bourgeois, L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence, *op. cit.*, p. 101 et suiv.

“d'erreur manifeste d'appréciation“, il n'y a pas application, dans le cadre de ce contrôle, d'une stricte adéquation entre l'infraction et la peine, il y a juste une tentative d'objectivisation de la distorsion constatée entre faute et sanction, un tel contrôle de la vérification de l'adéquation entre les deux termes ne peut que contenir ou susciter, comme on l'a vu, certains aléas. Même si le contrôle de l'erreur manifeste permet indirectement de censurer la disproportionnalité manifeste, “qu'arrivera-t-il lorsqu'une sanction, tout en étant disproportionnée, ne le sera plus “manifestement“ ? L'annulation de cette sanction pour erreur manifeste altérera la cohérence conceptuelle de cette sanction, alors que le refus d'annulation exposerait la jurisprudence aux sarcasmes de la doctrine en donnant un bonus à l'arbitraire, fut-il véniel³¹³. Depuis quelques années, un contexte général plaide pour le strict respect de la proportionnalité de la sanction à la faute si on suit notamment l'évolution des premiers contrôles exercés en matière d'arrêtés d'interdiction du territoire³¹⁴ ou à travers les sanctions prononcées par les autorités régulatrices³¹⁵. On peut noter ainsi, comme le commissaire du gouvernement Fernandez, qu'une “sanction disciplinaire vaut bien quelquefois dans ses effets une sanction pécuniaire infligée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou la Commission des opérations de bourse. Le juge doit-il mieux protéger la personne dans sa dimension patrimoniale que l'agent public dans son droit au travail notamment ou l'étranger dans son droit d'aller et venir ?³¹⁶.

340 - On peut aussi rapprocher les moyens du contrôle de légalité de ceux du contrôle de constitutionnalité et y apercevoir que l'erreur manifeste, à travers ce dernier contrôle, a connu un développement important sachant que la notion alors décrite présentait un indéniable lien de parenté avec celle dégagée par le Conseil d'Etat. Pour autant, si le juge constitutionnel ne procédait qu'au contrôle de la disproportion manifeste en évoquant comme fondement le principe énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³¹⁷, il fut amené, néanmoins, à faire évoluer sa jurisprudence. Il décida d'abord que le

³¹³ J. Mekhantar, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale, thèse Paris II, 1990, p. 102.

³¹⁴ En vertu de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers en France, le préfet peut ordonner la reconduite à la frontière mais assortir cette mesure de l'interdiction administrative du territoire ne pouvant excéder un an. La première de ces mesures et une mesure de police administrative, la seconde une sanction (Voir, par ex., en ce sens, R. d'Haëm, La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, Que sais-je ?, n° 3157, p. 39). Or, c'est un contrôle normal qu'exerce le juge en la matière (Voir, par ex., TA Montpellier, 19 mars 1997, *Kordli, Padurariu, Ene* (3 espèces), RFDA 1998, p. 282, concl. Fernandez).

³¹⁵ Cf. *Supra*, p. 177 et suiv. sur la mise en évidence de la nécessité d'attribuer un cadre normatif nouveau aux sanctions prononcées.

³¹⁶ Concl. Fernandez préc. sous TA Montpellier, 19 mars 1997, *Kordli, Padurariu, Ene* (3 espèces), RFDA 1998, p. 282.

³¹⁷ Voir, pour une entrée formelle dans les motifs de la décision CC, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* (Rec. CC, p. 18, RJC, p. I-104, JO 17 janvier 1982, p. 299, GDCC, n° 31) et pour une 1^{ère}

principe de nécessité des peines “s'étend(ait) à toute sanction ayant le caractère de punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire”³¹⁸ puis il opéra ensuite un glissement de l'interdiction de la disproportionnalité manifeste vers l'obligation de proportionnalité³¹⁹. De la sorte, il consacrait, constitutionnellement, la corrélation entre les infractions et les peines même si elle ne concernait que les autorités administratives répressives, le juge constitutionnel ne s'étant pas prononcé explicitement pour les autorités disciplinaires.

341 - A noter aussi qu'en droit interne et plus spécialement en droit disciplinaire du travail, l'idée de proportion entre la faute et la sanction est nettement exprimée par les textes³²⁰ même si, on le verra, le contrôle pratique du juge judiciaire peut s'apparenter à celui du juge administratif³²¹. Plus récemment, le décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif à la discipline des détenus a exigé que soient prononcées des sanctions “proportionnées à la gravité des faits” même si le juge administratif aligne en ce domaine aussi, sa position sur celle effective à l'égard des agents de la fonction publique ou des militaires et qu'il se cantonne à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation³²². Par ailleurs, l'exigence européenne d'un tribunal doté “d'une plénitude de juridiction”³²³ pose le problème de la conformité au droit européen des procédures disciplinaires relevant de l'article 6 et pouvant donner lieu à un recours pour excès de pouvoir que ce soient celles diligentées par les fédérations sportives ou l'administration pénitentiaire ou celles dirigées contre les salariés protégés des entreprises privées ou les fonctionnaires. Voilà ce qu'il en est, en définitive, de la jurisprudence administrative en ce domaine, il convient de se pencher sur la conformité également révélatrice de la jurisprudence judiciaire.

annulation dans la décision CC, n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie* (Rec. CC, p. 63, RJC, p. I-234, JO 8 août 1985, p. 9125, GDCC, n° 38, Pouvoirs 1986, n° 36, p. 174, chron. P. Avril et J. Gicquel, RDP 1986, chron. L. Favoreu, AIJC 1985, p. 423, note B. Genevois, AJDA 1985, p. 609, note L. Hamon, D. 1986, p. 45, note F. Luchaire, RA 1985, p. 572, note R. Etien).

³¹⁸ Cf. Décision CC, n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc.

³¹⁹ Cf. Décision CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc.

³²⁰ L'art. L. 122-14-3 CT admet le contrôle de gravité de la faute en exigeant de l'employeur qu'il justifie d'un motif réel et sérieux de licenciement ; l'art. L. 122-43 al. 2 permet au conseil des prud'hommes d'annuler les sanctions, autres que le licenciement, disproportionnées à la faute commise.

³²¹ Cf. *Infra*, p. 327 et suiv.

³²² En ce sens art. D. 251-5 al. 1^{er} CPP issu du décret n° 96-287 du 2 avril 1996 (JO 5 avril 1996, p. 5260) relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du CPP.

³²³ Cf. *Infra*, p. 340 et suiv.

B – La jurisprudence conforme du juge judiciaire

342 - La matière répressive comme, plus précisément, la matière du droit disciplinaire se prête particulièrement à une comparaison des régimes privé et public. La doctrine a ainsi pu souligner, depuis longtemps, l'importance des similitudes entre, par exemple, la situation juridique du salarié et celle du fonctionnaire³²⁴. L'évolution convergente des deux régimes est très marquante lorsqu'on s'intéresse, notamment, au contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire de l'employeur par rapport à celui de l'administration et, conséquemment, des pouvoirs alors reconnus au juge judiciaire par rapport au juge administratif. Exportant les techniques du juge administratif, le juge judiciaire s'est d'abord livré à un contrôle du détournement de pouvoir sans de réels résultats (1) avant d'être amené, par le législateur, à exercer un véritable contrôle plus probant de proportionnalité de la sanction à la faute même s'il se limite, comme le juge administratif, à vérifier la disproportion manifeste (2).

1. L'apparence initiale du contrôle : le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire

343 - Pendant longtemps, la Cour de cassation a interdit au juge du fond d'apprécier la proportionnalité de la sanction à la faute commise, l'employeur avait ainsi toute liberté pour prononcer la sanction de son choix³²⁵. Le pouvoir disciplinaire reposait sur quelques règles simples qui se complétaient parfaitement et qui formaient un ensemble homogène. Toute sanction disciplinaire prononcée par l'employeur s'imposait au salarié qui ne pouvait que subir la sanction, le salarié sanctionné n'avait pas le droit de refuser la sanction prononcée à son encontre, l'exercice du pouvoir disciplinaire n'était subordonné qu'à un contrôle *a posteriori* de l'autorité judiciaire. La Cour de cassation conciliait ainsi "les intérêts de la communauté de travail, qui ne saurait accepter des lacunes dans l'organisation du pouvoir disciplinaire, et ceux des salariés, qu'elle assure de la protection judiciaire"³²⁶. Le juge judiciaire complétait, à partir de 1959, cette construction jurisprudentielle en prévoyant que

³²⁴ Voir, par ex., D. Ruzie, Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français, LGDJ, 1960 ; H. Sinay, "Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudences administrative et judiciaire", DS 1979, juillet-août, p.275 ; D. Loschak, "Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et l'administration", DS 1982, janvier, p. 22 ; J.-L. Crozafon, "Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration", DS 1985, Mars, p. 201.

³²⁵ Voir, à cet égard la jurisprudence de principe : Cass., 16 juin 1945, *Etablissements Poliet Chausson contre Vialard*, DS 1946, p. 427, note P. Durand.

³²⁶ P. Durand, note préc. sous Cass., 16 juin 1945, *Etablissements Poliet Chausson contre Vialard*, DS 1946, p.427.

les juges pouvaient annuler une sanction disciplinaire lorsqu'ils relevaient un "fait constitutif d'un détournement de son but du pouvoir disciplinaire exercé par l'employeur dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise"³²⁷. Comme pouvait le relever Jean Pélissier, "de même que les administrés peuvent obtenir l'annulation des actes administratifs pris par un fonctionnaire qui a utilisé ses pouvoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ceux-ci lui ont été conférés, de même un salarié peut faire annuler les sanctions disciplinaires prononcées à son encontre lorsque le chef d'entreprise a détourné de son but le pouvoir disciplinaire qu'il doit exercer dans l'intérêt de l'entreprise"³²⁸.

344 - Cependant, l'analyse des arrêts postérieurs rendus entre 1960 et 1980, a montré, à de rares exceptions près³²⁹, que l'utilisation du détournement de pouvoir n'a pas rencontré l'efficacité escomptée, la notion de détournement de pouvoir apparaissant surtout de façon "négative" à l'occasion d'une jurisprudence qu'on peut notamment qualifier "d'absence de détournement de pouvoir"³³⁰. La quasi-totalité des arrêts relevait, en effet, l'absence de détournement de pouvoir pour déclarer régulières des sanctions non proportionnées à la gravité des fautes commises par le salarié³³¹. Peu importe l'ampleur de la disproportion entre la faute et la sanction, à chaque fois que les juges du fond ou le demandeur au pourvoi estimaient qu'il y avait démesure entre la faute commise et la sanction prononcée, la Cour de cassation cassait systématiquement les décisions ayant contrôlé la proportionnalité des sanctions aux fautes commises en invoquant l'absence de détournement de pouvoir. Il y avait là une position plutôt critiquable dans la mesure où cette jurisprudence était contestée par les juges du fond³³² mais aussi dénoncée par la doctrine³³³. Quoi qu'il en soit, le détournement de

³²⁷ Cass., soc., 6 novembre 1959, *Société industrielle de transports automobiles contre Bosse* (JCP 1960, G, II, n° 11477, Bull. Civ., n° 1089, p. 867, DS 1960, p. 95, JCP 1962, G, II, n° 12507, obs. Lindon).

³²⁸ J. Pelissier, "Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire", *Mélanges Vincent*, Dalloz, 1981, p. 273.

³²⁹ Si la Cour de cassation a cassé systématiquement les décisions ayant contrôlé la proportionnalité des sanctions aux fautes commises en invoquant l'absence de détournement de pouvoir, elle a néanmoins décidé que la discrimination opérée entre des salariés constituait un détournement de pouvoir et que la sanction discriminatoire devait être annulée.

Voir, en ce sens, Cass., soc., 12 janvier 1967 (DS 1967, p. 302) ; Cass., soc., 6 novembre 1974 (Bull. V, n° 521).

³³⁰ J. Pelissier, "Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire", *op. cit.*, p. 274.

³³¹ Voir, à cet égard l'analyse de la jurisprudence effectuée par J. Pelissier, "Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire", *op. cit.*, p. 274 et 275, note 6.

³³² On peut relever comme Jean Pélissier sur la jurisprudence objet de son étude, *op. cit.*, p. 276, que "sur les vingt et un arrêts de la Cour suprême faisant état de l'absence de détournement de pouvoir, vingt sont des arrêts de cassation. A vingt reprises, la Cour de cassation a censuré les décisions des juges du fond qui avaient cru porter une appréciation sur l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur".

³³³ Voir, par ex. et de manière significative, G. Lyon-Caen, "L'étendue du contrôle des tribunaux dans le droit disciplinaire du travail", *Rec. Gén. lois 1960*, p. 12 ou H. Sinay, "Le contrôle de proportionnalité des sanctions

pouvoir invoqué en droit du travail ne présentait pas le même contenu qu'en droit administratif et l'apport de ce concept demeurerait bien faible en l'absence de définition de la finalité des pouvoirs de chef d'entreprise. Si les choses ont quelque peu évolué aujourd'hui³³⁴, il faut noter que, tout comme le juge administratif, qui a rapidement abandonné cette voie au profit de techniques qui lui permettent d'accroître plus sûrement son contrôle de la légalité, la réalité contemporaine du contrôle opéré par le juge judiciaire est surtout marquée par l'appréciation de la corrélation entre la faute et la sanction même si ce dernier se limite au contrôle de la disproportion manifeste.

2. La réalité contemporaine du contrôle : le contrôle de la disproportion de la sanction disciplinaire

345 - C'est le législateur, s'inspirant de l'appréciation par le juge administratif, depuis l'arrêt *Lebon*, du degré de la sévérité de la peine par l'introduction de l'erreur manifeste d'appréciation, qui a imposé, au sein de l'entreprise privée, un contrôle de proportionnalité de la sanction à la faute. Le juge judiciaire opérait déjà un début de contrôle de l'importance de la sanction en vérifiant si un salarié licencié avait commis une faute grave de nature à le priver du délai de congé et de l'indemnité minimale de licenciement³³⁵. En imposant, par la suite, aux juges de rechercher si le licenciement avait "une cause réelle et sérieuse"³³⁶, le législateur amenait aussi les juges du fond à rechercher si le licenciement était bien proportionné à la gravité de la faute commise. Mais qu'elle que soit l'importance de ce premier pas effectué en 1973, c'est le législateur de 1982 qui instaura, pour la première fois, un véritable contrôle de la proportionnalité de la sanction disciplinaire à la faute commise³³⁷.

En agissant de la sorte et en reprenant, dans un autre domaine, la règle initialement dégagée par la jurisprudence administrative, le législateur encourageait le juge à la consacrer en tant que véritable principe d'application générale. Cependant, comme peut le relever Jean-

disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudences administrative et judiciaire", *op. cit.*, p.277.

³³⁴ Voir, en ce sens, deux arrêts de la Cour de cassation cités par J.-P. Carton, Le droit disciplinaire professionnel, *op. cit.*, p. 454, reconnaissant à l'employeur un pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires dans l'intérêt de l'entreprise, dans la mesure où aucun détournement de pouvoir n'a été invoqué (Cass., soc., 15 mai 1991, *Lerch et autres contre SA Services Rapides Ducros et Schlienger contre SA Edouard Dufois*, DS 1991, p. 619, Rapport du conseiller Waquet et conclusions de l'avocat général Franck).

³³⁵ Voir, par ex., Cass., soc., 29 décembre 1953 (D. 1955, SC, p. 10) ; Cass., Soc., 23 avril 1959 (Bull. IV, p.415).

³³⁶ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 (JO 18 juillet 1973, p. 7763) modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée et art. L. 122-14-3 CT.

³³⁷ Loi n° 82-689 préc. du 4 août 1982 et art. L. 122-43 al. 2 CT.

Emmanuel Ray³³⁸, le législateur n'a pas prononcé le terme de "proportion" mais celui de "disproportion à la faute commise", il y a ici directement opposition entre absence de disproportion et proportionnalité. Le Ministre du travail précisant, lors des débats parlementaires, que "le conseil des prud'hommes devra vérifier si la sanction est disproportionnée à la faute et non si elle est proportionnée. C'est plus qu'une différence de vocabulaire"³³⁹. On peut, toutefois, se demander si le juge n'est pas tenu d'aller plus loin que le simple contrôle de l'erreur manifeste car la solution ainsi retenue risque d'entraîner des distorsions avec le droit du licenciement ou, *a fortiori*, le droit en cas de faute grave où le juge opère, en ces cas, un contrôle normal³⁴⁰. En réalité, le juge judiciaire adopte la même démarche que le juge administratif : il ne recherche pas si la sanction est justement adaptée mais seulement si elle n'est pas disproportionnée³⁴¹. Le contrôle minimum opéré est de nature à éviter, ainsi, au juge d'intervenir en opportunité dans un domaine relevant toujours du pouvoir discrétionnaire.

346 - Pour autant, il y a là une distorsion difficile à admettre dans le contrôle du juge, car, selon que l'employeur aura prononcé le licenciement ou une sanction moins grave, le juge du fond jouira ou non d'un pouvoir souverain pour apprécier la gravité des fautes disciplinaires reprochées au salarié. Comme peut le souligner Jean Savatier, "en cas de licenciement, il ne peut refuser à ces faits la qualification de faute sérieuse ou de faute grave sans risquer la censure de la Cour de cassation, estimant qu'il a commis une erreur de qualification. En cas de simple sanction disciplinaire, telle qu'une mise à pied, prononcée pour des faits identiques, le juge du fond pourra annuler la sanction qu'il estimera excessive, sans être soumis à aucun contrôle de son appréciation de la proportionnalité entre la sanction et la faute commise"³⁴². L'auteur ajoutant, qu'ainsi, "les mêmes faits, qualifiés de faute grave par la Cour de cassation dans le droit du licenciement [...] pourraient être appréciés souverainement par les juges du fond comme trop bénins pour justifier la sanction disciplinaire prononcée, si

³³⁸ J.-E. Ray, "Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire ?", DS 1987, p.366.

³³⁹ JO, A. N., 2^{ème} séance du 17 mai 1982, p. 2317.

³⁴⁰ Voir, notamment pour un contrôle normal du licenciement de salariés ordinaires, G. Lyon-Caen, Droit du travail, Précis Dalloz, 19^{ème} éd., 1998, p. 384 ou pour contrôle normal du licenciement des représentants du personnel dévolu au juge administratif : CE, Ass., 5 mai 1976, *Safer d'Auvergne contre Bernette* préc. Voir, à propos du contrôle normal en cas de faute grave ou lourde, J. Savatier, "La paire de lacets ou les limites de la faute grave", DS 1986, p. 236.

³⁴¹ Voir, par ex., Cass., soc., 23 avril 1986 (Bull. Civ., V, n° 161).

³⁴² J. Savatier, "Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982", DS 1986, juin, p. 504.

l'employeur s'est borné à prendre une sanction moins grave que le licenciement³⁴³. Quoi qu'il en soit, l'employeur conserve, comme l'administration, l'opportunité de la poursuite puisqu'il décide seul de la sanction à infliger mais il partage avec le juge l'appréciation de la gravité de la faute même si ce dernier se limite à un contrôle de la disproportion et donc à un contrôle qui reste minimum et ne procède pas de ce qu'on peut appeler un contrôle normal. On va, à cet égard, voir que ce contrôle normal du contenu de la sanction tend à dépasser progressivement l'exercice du contrôle restreint.

Section 2 : Le contrôle normal et le dépassement définitif de la simple appréciation de légalité

347 - On a pu voir que si l'on pouvait noter un progrès du contrôle juridictionnel à travers le contentieux de l'excès de pouvoir et l'exercice d'un contrôle minimum, le recours pour excès de pouvoir, dans ce cadre, pouvait paraître encore mal adapté aux nécessités de la répression administrative, assurant une protection incomplète des personnes poursuivies notamment par rapport à la justice pénale. Recours de droit commun en contentieux administratif mis en place chaque fois qu'un texte spécial n'en dispose autrement³⁴⁴, le recours en cause se présente essentiellement comme un procès fait à un acte, de nature donc objective, qui pose exclusivement une question de légalité et ne tend qu'à l'annulation de la décision attaquée. Comme peut le noter Georges Dellis, "sous cet aspect, la fonction juridictionnelle du juge administratif ne ressemble en aucun cas à celle du juge répressif d'appel ; ce dernier reprend l'affaire dès ses débuts et se pose aussi des questions d'opportunité avant de fixer lui-même la peine"³⁴⁵.

Si le juge administratif s'est progressivement penché, dans le cadre du contrôle minimum, sur le choix de la sanction fait par l'autorité administrative en prenant soin de censurer les sanctions excessivement disproportionnées sous couvert du contrôle de légalité, il n'a pas, pour autant, restreint, *a priori*, le pouvoir discrétionnaire de l'organe administratif

³⁴³ J. Savatier, "Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982", *op. cit.*, p. 504.

³⁴⁴ Voir, en ce sens, CE, 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte* (Rec. CE, p. 110, RDP 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note M. Waline) où, en vertu d'un principe général de procédure, le recours pour excès de pouvoir est assuré même en l'absence d'un texte précis.

³⁴⁵ G. Dellis, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 392.

répressif. Dans cette hypothèse, le juge n'invoque qu'indirectement l'idée de proportionnalité puisque son intervention consiste à utiliser non pas un principe mais une technique de proportionnalité³⁴⁶. Si, dans les deux cas, le contrôle juridictionnel interdit *a posteriori* les sanctions manifestement disproportionnées, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'impose pas au juge de procéder à une juxtaposition des sanctions et des infractions ou à l'autorité répressive de ne prononcer que des mesures proportionnées à la gravité de l'action visée. Pour autant, la jurisprudence s'oriente, de façon "récente et remarquable"³⁴⁷, vers l'examen de l'exacte correspondance entre la norme de référence et les motifs avancés, soit vers un strict ou un plein contrôle de proportionnalité.

Cette promotion du contrôle normal des sanctions administratives dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir permet au juge administratif d'exercer une fonction analogue à celle de son homologue pénal de second degré. Toutefois, il ne dispose pas d'un pouvoir de réformation de la décision attaquée et donc le pouvoir de changer éventuellement le contenu de la sanction prononcée, et, de ce point de vue, la protection assurée par le recours pour excès de pouvoir peut paraître encore insuffisante sur ce que doivent être les garanties d'un recours juridictionnel notamment au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, si le strict contrôle de proportionnalité permet d'assurer une protection plus complète des personnes poursuivies (§1), il permet aussi d'essayer de répondre, en restant dans le cadre de l'excès de pouvoir, à la définition européenne de ce que doit être un recours juridictionnel notamment quant aux garanties requises pour l'exercice d'un tel recours (§2).

§ 1 : *Un strict contrôle de proportionnalité pour assurer une protection complète des personnes poursuivies*

348 - Le contrôle du respect d'un strict principe de proportionnalité a été permis par l'évolution du droit positif dans le sens de l'affermissement du contrôle juridictionnel de la répression administrative. Etabli pour développer les garanties juridictionnelles offertes aux administrés, ce contrôle n'a fait l'objet que d'une application progressive quant aux sanctions dépendantes (A) puisqu'il n'a été amené à être appliqué, après certaines hésitations, qu'à propos de sanctions prononcées à l'encontre de personnes privées non impliquées dans un rapport de subordination hiérarchique tel que celui qui peut exister dans la fonction publique. Son application donne, de plus, matière à discussion et fait l'objet d'une controverse doctrinale

³⁴⁶ G. Dellis, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 392.

quant à la suffisance des garanties requises dans l'exercice d'un tel contrôle, notamment par rapport à l'efficacité que peut présenter un recours de plein contentieux en la matière (B).

A – Une application progressive quant aux sanctions dépendantes

349 - C'est d'abord une évolution propice au renforcement du contrôle juridictionnel qui a permis l'avènement d'un contrôle normal et, à travers lui, un contrôle du respect de l'exigence d'une stricte proportionnalité (1) mais malgré cette tendance à l'affermissement du contrôle, il n'y a toujours pas d'application générale à l'ensemble de la répression administrative puisqu'il faut noter, l'exclusion, au niveau des sanctions dépendantes, des sanctions disciplinaires classiques (2).

1. Un contrôle favorisé par une évolution propice

350 - Le choix entre contrôle normal et contrôle restreint dépend normalement de la nature de l'attribution détenue par l'autorité répressive lorsqu'elle prononce la sanction. Le contrôle normal va de pair avec la notion de compétence liée sachant que l'autorité ou l'organisme répressif est en situation de compétence liée lorsqu'il n'a pas, en présence de circonstances données, le choix de la sanction, celle-ci lui étant strictement dictée par le droit. En conséquence de la constatation de certains faits, elle est tenue de décider et ne peut décider que dans un sens déterminé³⁴⁸. Le contrôle restreint, lui, va de pair avec la notion de pouvoir discrétionnaire. En ce cas, le droit, en attribuant compétence à l'autorité ou l'organisme répressif, le laisse libre d'apprécier en fonction des circonstances si et comment elle doit utiliser cette compétence³⁴⁹. Si la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire est réelle, aucune des deux situations ne se rencontre jamais à l'état brut. Il peut être ainsi, en certains cas, extrêmement malaisé d'interpréter l'intention du législateur quant au caractère d'un pouvoir de sanction conféré à tel autorité ou organisme répressif et définir ainsi l'intensité

³⁴⁷ R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p.1059.

³⁴⁸ C'est le cas, par ex., lorsqu'une seule sanction est possible par rapport à l'infraction commise, le juge, en ce cas, exerce automatiquement un contrôle normal. Voir, en ce sens, CE, 2 juin 1995, *Bourse* (Rec. CE, p. 998) dans une hypothèse où la seule sanction prévue était le licenciement.

³⁴⁹ A noter que c'est du droit écrit comme de la jurisprudence que dépend l'existence et l'étendu de ce pouvoir discrétionnaire. Par ex., l'autorité disciplinaire en matière de fonction publique pouvait prononcer la sanction qu'elle jugeait la plus adéquate, c'était une décision prise "*en opportunité*" insusceptible de censure. Aujourd'hui sa liberté de détermination est moins étendue puisqu'il faut qu'il existe un certain rapport raisonnable entre la sévérité de la sanction et la gravité de la faute. Voir CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon* préc. et, en ce sens, R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 1035.

du contrôle du juge. Pour autant, il faut noter que la limite qui sépare le domaine des actes pour lesquels l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et le domaine des autres actes tels que ceux de compétence liée, est une limite qui n'est pas fixe, mais, au contraire, se déplace de façon constante, et toujours dans le même sens, celui d'une réduction du domaine des actes discrétionnaires³⁵⁰.

351 - Il y a, actuellement, une évolution profonde des rapports entre prérogative administrative et Etat de droit. C'est à travers la forme du recours pour excès de pouvoir, qu'a pris naissance la conquête de l'administration par cet Etat de droit. L'aménagement d'un recours spécifique en excès de pouvoir a, en effet, permis un contrôle de légalité que les techniques ordinaires n'étaient pas capables d'accueillir. Devenu le recours de droit commun en contentieux administratif, il a été mis en place chaque fois qu'un texte n'en disposait autrement. Ainsi, dans le domaine de la répression administrative qui nous intéresse particulièrement, la jurisprudence a qualifié de recours pour excès de pouvoir ceux dirigés contre des sanctions prises par le Ministre de l'économie dans le cadre de la police des prix³⁵¹, par les fédérations sportives³⁵² ou par les organismes chargés de la discipline des marchés boursiers³⁵³. Mais dans la logique de l'instauration de ce recours pour excès de pouvoir, si on soumettait ces actes à un contrôle juridictionnel, cela devait être, avant tout, à travers un contrôle minimum. Par ce recours, on se contentait d'un contrôle restreint sur les actes administratifs dans la volonté de respecter le pouvoir discrétionnaire de l'administration et de respecter ses prérogatives.

352 - Pour autant, si les hypothèses de contrôle restreint étaient très nombreuses dans le passé, elles sont aujourd'hui devenues plus rares en raison de l'évolution de la notion de pouvoir d'appréciation de l'administration et du rôle reconnu au juge administratif. Comme peut le noter Jean-Marie Woehrling, "désormais beaucoup de décisions qui sont commandées par l'application de principes juridiques généraux (égalité, proportionnalité, etc...) ou par des concepts juridiques indéterminés (ordre public, utilité publique, etc...) sont analysées comme constituant une question d'interprétation juridique, donc comme un point de droit, et non

³⁵⁰ Cf. En ce sens, M. Combarrous, "Progrès récents du contrôle juridictionnel de l'administration en France", RA 1999, n° spécial, p. 171.

³⁵¹ CE, 5 avril 1944, *Guignard* (Rec. CE, p. 110) ; CE, 5 juin 1953, *Jamet* (Rec. CE, p. 261).

³⁵² CE, sect., 19 décembre 1980, *Hechter* (Rec. CE, p. 488, D. 1981, p. 296, note J. Plouvin et p. 431, note G. Simon, JCP 1982, G, II, n° 19783, GP 1981, 10 sept., p. 544, concl. Genevois).

comme un élément de pouvoir discrétionnaire³⁵⁴. Et cela d'autant plus que la latitude d'action de l'administration dépend non seulement des conditions fixées par les textes mais aussi très largement de l'interprétation qu'en donne le juge et des techniques de contrôle qu'il met en œuvre. En pratique, le Conseil d'Etat a, par cette voie considérablement réduit la zone du pouvoir discrétionnaire allant même jusqu'à exercer, sous l'apparence d'un contrôle de légalité, un véritable contrôle de l'opportunité, estompant, ainsi, le tracé de la frontière qui sépare les deux notions. René Chapus pouvait noter, à cet égard, qu'ainsi, "en conséquence de la progression du contrôle, ce qui était question d'opportunité devient question de légalité et, finalement, il n'y a jamais de contrôle que de la légalité"³⁵⁵. En définitive, cette absence nouvelle d'opposition entre pouvoir discrétionnaire et légalité implique un dépassement du contrôle restreint et une évolution progressive vers le contrôle normal. Des cas de contrôle restreint demeurent néanmoins dans le contrôle de la répression administrative.

2. Un contrôle déterminé par la nature des personnes poursuivies

353 - Le glissement du contrôle restreint de la répression administrative vers un contrôle normal particulièrement rigoureux ne s'est effectué que pour les sanctions infligées à l'encontre de personnes privées non impliquées dans un rapport de subordination hiérarchique. Le juge administratif s'est bien maintenu sur le terrain du contrôle restreint lorsqu'il a eu à contrôler, par exemple, des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des détenus ou des militaires³⁵⁶. Il s'est cantonné à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et à aligner sa position sur celle effective à l'égard des agents de la fonction publique. Différents éléments ont justifié en matière de discipline *stricto sensu* que le juge laisse à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire une marge discrétionnaire³⁵⁷ même si elle a pu diminuer dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ces éléments ont aussi justifié la distinction progressive entre ce contrôle effectué sur ces sanctions disciplinaires classiques et celui effectué sur les organismes ou autorités que le législateur a créé pour assurer la police de certains secteurs économiques ou de certaines activités réglementées. A la différence des agents publics, les personnes morales ou physiques susceptibles d'être sanctionnées par ces

³⁵³ CE, sect., 18 mars 1977, *Dame Meaux* (Rec. CE, p. 158, AJDA 1977, p. 546, concl. Massot) ; CE, 16 novembre 1984, *Woetglin* (Rec. CE, p. 373, D. 1985, jurisp., p. 58, concl. Stirn) ; CE, 6 mars 1989, *Société de bourse JFA Buisson* (Rec. CE, p. 83).

³⁵⁴ J.-M. Woehrling, "Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?", *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 780.

³⁵⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., *op. cit.*, p. 1035.

³⁵⁶ Voir, en ce sens, CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie* préc.

organismes ou autorités ne leur sont pas hiérarchiquement subordonnées ce qui peut impliquer “que leur marge discrétionnaire soit bien moindre et qu’il convienne que le juge la contrôle plus étroitement”³⁵⁸. L’atteinte à des droits et situations privées nécessite, de ce fait, un encadrement plus strict dans le contrôle opéré et c’est, en ce sens, que le Conseil d’Etat a donné en ces litiges les plus grandes garanties en optant pour un entier contrôle et non pour un contrôle restreint³⁵⁹.

354 - Si le choix du contrôle normal s’est, en quelque sorte, concrétisé aujourd’hui³⁶⁰, ce choix ne s’est pas fait sans tâtonnements. Le juge administratif avait pu décider de soumettre à un contrôle complet les sanctions prononcées par un organisme privé tel que le défunt Conseil des bourses de valeur, mais, dans une autre décision du même type, il continuait à appliquer un contrôle restreint. Appelé à examiner les motifs d’une sanction prononcée par le Conseil supérieur de l’audiovisuel, organisme public et non privé, le juge s’en est tenu aux trois éléments traditionnels de son contrôle restreint³⁶¹. Il s’est d’abord assuré de l’exactitude matérielle des faits en vérifiant que les griefs articulés à l’encontre de l’association requérante étaient bien avérés. Tout en écartant le moyen tiré d’une éventuelle erreur de droit, le juge s’est enfin placé sur le terrain de l’erreur manifeste pour apprécier l’adéquation entre les faits reprochés et la gravité de la sanction infligée. Pour ce faire, il n’a pas hésité à tirer argument du comportement passé de l’association requérante pour estimer que le retrait d’autorisation prononcé ne présentait pas, en l’occurrence, un caractère excessif. C’est dire que le Conseil d’Etat s’est bien maintenu sur le terrain du contrôle restreint malgré les sollicitations de son commissaire du gouvernement qui l’invitait à exercer un contrôle entier sur la gravité de la sanction attaquée. Pour autant, il faut noter comme Jean-Louis Autin, que “le Conseil d’Etat a pu résoudre le litige qui lui était soumis sans déterminer précisément l’option qu’il faisait sienne”³⁶². Il y avait là le témoignage d’une position pas

³⁵⁷ Cf. Les raisons exposées par B. Genevois dans ses conclusions sous CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon*, AJDA 1978, p. 574.

³⁵⁸ Concl. Maryvonne de Saint Pulgent sous CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun et Société des bourses françaises*, RFDA 1991, p. 627.

³⁵⁹ Cf. CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun* (Rec. CE, p. 70, AJDA 1971, p. 358, chron. C. Maugué et R. Schwartz, RFDA 1991, p. 613, concl. Saint-Pulgent, QJ 1991, 23 mai, n° 62, obs. M.-C. Rouault).

³⁶⁰ Outre l’arrêt *Le Cun* préc., on peut noter les arrêts CE, 28 février 1997, *Monka* (Rec. CE, tables, p. 1032) ; CE, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny* (Rec. CE, p. 192, RFDA 1998, p.888, D. 1999, SC, p. 249, note I. Bon-Garcin, B et D 1998, n° 61, p. 37, note H. De Vauplane) ; CE, 29 décembre 1999, *Compagnie des mandataires judiciaires du ressort de la Cour de Paris* (Rec. CE, tables, p. 1024).

³⁶¹ CE, 14 mai 1991, *Association Radio-Solidarité* (Rec. CE, p. 232, RFDA 1992, p. 1016, note J.-L. Autin).

³⁶² J.-L. Autin, note préc. sous CE, 14 juin 1991, *Association Radio-Solidarité*, RFDA 1992, p.1022.

forcément arrêtée du Conseil d'Etat, les deux formes de contrôle pouvant se réclamer l'un et l'autre d'excellents arguments³⁶³.

355 - Mais si le Conseil d'Etat s'est cantonné dans une prudente réserve à l'origine, l'évolution rapide du contentieux l'a amené à vite s'en départir. Si la différenciation du contrôle du juge selon la nature de l'organisme, public ou privé, pouvait surprendre, elle a très vite été dépassée. Deux mois seulement après sa jurisprudence initiale et s'agissant toujours d'apprécier la régularité d'une sanction pécuniaire prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le juge estimait que l'instance de régulation n'avait pas "fait une appréciation erronée des circonstances de l'affaire"³⁶⁴ ce qui témoignait finalement d'une avancée significative vers l'instauration d'un contrôle normal de ces mesures répressives. Le contrôle de l'exigence du respect d'un strict principe de proportionnalité était, par la suite, nettement confirmé par la jurisprudence en cette matière³⁶⁵, cette dernière illustrant l'attention scrupuleuse que la haute juridiction entend porter à cet aspect du contrôle³⁶⁶. Le contrôle normal s'est ainsi implanté ce qui est bénéfique puisqu'il assure une protection plus complète des personnes poursuivies, pour autant, un tel contrôle est toujours exercé à travers le recours pour excès de pouvoir, or, même si ce dernier peut déboucher sur un contrôle maximum, il prête toujours à discussion quant à la suffisance des garanties pouvant être requises en matière de répression administrative.

B – Une application discutée quant aux garanties requises

356 - Il y a une controverse doctrinale qui s'est instaurée quant à savoir si le recours pour excès de pouvoir pouvait être, même à travers l'exercice d'un contrôle normal de la

³⁶³ L'utilisation directe par le CSA de toute une panoplie combinant sanctions administratives et sanctions pécuniaires aurait pu trouver sa contrepartie dans le renforcement de la capacité de censure du juge à l'égard des décisions entreprises. Inversement, le contrôle restreint dispose de solides arguments liés au "statut" d'indépendance de l'autorité de régulation ou à ses garanties organiques ou procédurales.

³⁶⁴ CE, 26 juillet 1991, *SA La Cinq* (Rec. CE, p. 298, AJDA 1991, p. 911, obs. J.-P. Théron, D. 1993, p. 485, note X. Philippe).

³⁶⁵ CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq* (Rec. CE, p. 117, concl. Frydman, AJDA 1994, p. 370, chron. C. Maugué et L. Touvet, RFDA 1994, p. 429, concl., DA 1994, avril, n° 189, JCP 1994, G, II, n° 22350, note M.-C. Rouault, RDP 1995, p. 517, note J.-M. Blanquer, LPA 1996, 14 juin, p. 7, note L. Bernard) ; CE, 13 janvier 1995, *Société TFI* (Rec. CE, p. 32, AJDA 1995, p. 406, concl. Toutée) ; CE, sect., 10 juillet 1995, *Société TFI* (Rec. CE, p. 298, AJDA 1995, p. 637, concl. Toutée) ; CE, 20 mai 1996, *Société Vortex* (RFDA 1997, p. 13, note F. Moderne) ; CE, 9 octobre 1996, *Association Ici et maintenant* (Rec. CE, p. 401, D. 1996, IR, p. 250) ; CE, 15 janvier 1997, *Association Radio-Sud-Vendée-Pictons* (RFDA 1997, p. 13, note F. Moderne).

³⁶⁶ En ce sens, F. Moderne, "Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens", RFDA 1997, p. 13.

stricte proportionnalité entre l'infraction et la sanction, suffisant par rapport à ce que doivent être les garanties d'un recours juridictionnel. Certains auteurs considèrent que la protection assurée par le recours pour excès de pouvoir reste insuffisante par rapport à ce qu'elle pourrait être par le biais d'un recours de plein contentieux (1), d'autres estiment, à l'inverse, que le recours pour excès de pouvoir protège aussi bien les administrés, si ce n'est plus, que le recours de plein contentieux (2).

1. Les considérations en faveur de l'insuffisance de la protection en excès de pouvoir

357 - Le Conseil d'Etat a toujours jugé, selon une jurisprudence traditionnelle, que les recours en matière de répression administrative devaient être des recours pour excès de pouvoir conformément au droit commun. Il n'en est autrement que lorsqu'un texte affirme expressément que le recours contre une sanction non juridictionnelle est un recours de pleine juridiction. Pour autant, il y a des exceptions à cet état de fait³⁶⁷ et la possibilité de contester des sanctions administratives par la voie du recours de pleine juridiction a été considérée comme une garantie susceptible de faire admettre la constitutionnalité des sanctions administratives, à une époque où d'aucuns pensaient que le Conseil constitutionnel pourrait l'opposer au principe même de telles sanctions³⁶⁸. Dans sa décision n° 88-148 DC du 17 janvier 1989³⁶⁹, le Conseil mentionna l'existence de ce recours au nombre des éléments qui le conduisirent à admettre la constitutionnalité des sanctions infligées par le Conseil supérieur de

³⁶⁷ Voir, en ce sens, l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui a considéré, qu'en matière de répression des ententes et positions dominantes et alors que le législateur ne qualifiait pas le recours éventuel, que seul un recours de pleine juridiction était plus propre à permettre au juge de contrôler exactement la proportionnalité, notamment de la sévérité des sanctions à la gravité des comportements reprochés, et, par là, à satisfaire à ce que serait une exigence de la Convention européenne des droits de l'homme. (Cf. CE, avis n° 317. 341 du 6 mai 1971 cité notamment par B. Genevois, "Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel", RFDA 1989, p.227 ou R. Abraham, "Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français", RFDA 1990, p. 1061).

³⁶⁸ C'est dans cet esprit que l'art. 19 de la loi n° 89-25 préc. du 17 janvier 1989 a introduit dans la loi n° 86-1067 préc. du 30 septembre 1986, un art. 42-8 qui prévoit que les sanctions prononcées par le CSA peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction.

³⁶⁹ CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication* préc.

l'audiovisuel³⁷⁰ même s'il ne précisa pas s'il s'agissait alors d'un élément indispensable ou nécessaire³⁷¹.

358 - Dans cette perspective, certains auteurs ont considéré que la forme de contrôle juridictionnel opéré par le recours pour excès de pouvoir était inadaptée aux particularités de la répression administrative et n'assurait qu'une protection incomplète des personnes poursuivies³⁷². Même dans le cadre d'un contrôle normal, "il ne dispose pas d'un pouvoir de réformation de la décision attaquée et de ce point de vue, la protection assurée par le recours pour excès de pouvoir reste toujours moins complète que celle qui résulte du recours de pleine juridiction"³⁷³. De même, il a pu être relevé que "l'attitude qui, de la part du juge, consiste à dire le droit sans commander les mesures propres à en assurer le respect est de moins en moins comprise. Elle donne au procès administratif un caractère théorique, irréel, qui peut sans doute dissuader et par là servir la prévention du contentieux, mais certainement ni le crédit du juge, ni l'Etat de droit"³⁷⁴.

Dans le même sens, Jean-Marie Woehrling souligne qu' "au-delà des évolutions de la technique juridique (notamment en matière de contrôle du pouvoir discrétionnaire), c'est l'attente à l'égard du juge qui a changé. Dans un nombre accru de cas, on attend de lui qu'il statue directement sur certaines situations juridiques. Tant les particuliers que l'administration souhaitent au fond qu'il vide les litiges qui lui sont soumis en faisant usage de son "*imperium*"

³⁷⁰ Le Conseil constitutionnel ajoutant que "*considérant qu'il convient de relever également que toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction [...] que le droit de recours étant réservé à la personne sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation*".

³⁷¹ Voir, en sens contraire, M. de Saint-Pulgent, concl. préc. sous CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, p. 619 ; B. Genevois, "Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel", *op. cit.*, p. 222 pour qui, en faisant intervenir une "*pluralité d'éléments*" dans l'examen de la conformité de la loi, le Conseil constitutionnel n'a pas précisé si ces éléments étaient tous indispensables et dans le cas contraire lesquels avaient emporté sa conviction.

De même, J.-L. Autin, "La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel", *op. cit.*, p. 226 pour qui "*il s'avère toutefois difficile en pratique d'isoler, dans les motifs qui fondent la décision, ce qui, selon le Conseil, correspond à ces exigences constitutionnelles. Le raisonnement qu'il suit le conduit en effet à relever parmi les dispositions du texte qui lui a été déféré toutes les précautions juridiques prises par le législateur pour éviter qu'il ne soit porté atteinte aux droits des administrés, sans distinguer entre ce que la Constitution imposait et ce que la loi a accordé de surcroît*".

³⁷² Par ex., M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *Economica*, 1992, p. 124 ; J.-M. Woehrling, "La redécouverte du plein contentieux", in Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle, PUG, 1995, p. 247 et suiv. ou "Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?", Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 777 et suiv.

³⁷³ G. Dellis, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, *op. cit.*, p. 394.

³⁷⁴ Y. Gaudemet, "Le juge administratif, futur administrateur ?", in Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle, PUG, 1995, p. 183.

et pas seulement de sa "*juridictio*"³⁷⁵. L'auteur va encore plus loin dans ses propos en préconisant l'élargissement du plein contentieux à de nombreux actes administratifs relevant traditionnellement du recours pour excès de pouvoir, et non pas seulement en matière de répression administrative, car cela serait une évolution normale du contentieux administratif constituant un perfectionnement de l'Etat de droit. En effet, si la technique de l'annulation reste légitime dans un certain nombre d'hypothèses où le juge ne veut ou ne peut entrer dans l'appréciation de fond d'une question et se borne à vérifier que les modalités de la prise de décision sont satisfaisantes, il n'est pas logique, selon l'auteur, que le recours en annulation soit utilisé, faute d'une autre voie de droit, dans le cas où il s'agirait de contester un acte portant atteinte à un droit³⁷⁶. En définitive, "dans ce cas, la technique de la demande d'annulation d'une décision négative refusant d'accorder ce droit ou une autorisation ne constitue pas un instrument approprié mais seulement une "béquille" pour compenser le défaut d'un outil procédural meilleur"³⁷⁷. Les garanties offertes par le recours pour excès de pouvoir, même à travers un contrôle normal, sont ainsi jugées insuffisantes dans le cadre de ce que devraient être les garanties d'un recours juridictionnel. Il existe, cependant, des considérations inverses en doctrine.

2. Les considérations en faveur de la suffisance de la protection en excès de pouvoir

359 - Le premier à s'insurger contre l'idée qu'un recours de plein contentieux serait plus efficace qu'un recours pour excès de pouvoir, notamment lorsque ce dernier débouche sur un contrôle normal permettant d'apprécier la proportionnalité d'une mesure administrative, a été le professeur Chapus. Dès 1991, il a souligné le fait qu'il ne "fallait pas sous-estimer les vertus de ce recours"³⁷⁸ et que ce qui importait finalement, au regard de ce que peuvent être les exigences du droit européen, "intéresse plus le degré du contrôle exercé que la façon dont le juge tire la conséquence de l'illégalité censurée"³⁷⁹. Si d'autres auteurs penchaient aussi pour une équivalence dans la protection à travers ce contrôle normal³⁸⁰, on pouvait noter certains propos allant encore plus loin. Il a, par exemple, été dit que "le simple contrôle restreint des sanctions prononcées par les autorités indépendantes pouvait se révéler d'excellents arguments et être plus adapté que le contrôle normal parce qu'il cadrerait mieux

³⁷⁵ J.-M. Woehrling, "Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?", *op. cit.*, p. 780.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 780.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 782.

³⁷⁸ R. Chapus, "L'administration et son juge. Ce qui change", *EDCE 1991*, p. 270.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 270.

³⁸⁰ Par ex., M. de Saint-Pulgent, concl. préc. sur CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, p. 618.

avec l'esprit qui anime la régulation indépendante³⁸¹. Les différentes attributions dévolues à ces autorités l'ont été dans la perspective globale d'une régulation d'un secteur donné, cette dernière implique tout à la fois connaissance du milieu, capacité d'expertise et instantanéité de l'action. Or, la bonne fin de ses missions suppose que ces autorités disposent dans l'exercice quotidien de ces activités "d'une marge d'autonomie préservée tant des investigations intempestives du pouvoir politique que des investigations trop tatillonnes du juge liées à l'application d'un contrôle normal"³⁸².

360 - Toujours dans la même perspective et face au procès fait au recours pour excès de pouvoir, on peut exprimer, comme Bernard Pacteau, "à la fois une croyance et une confiance, croyance dans les mérites de sa technique et confiance dans ses capacités d'adaptation et d'amélioration sans abandon de sa spécificité"³⁸³. En effet, sur le plan de la technique, on peut soutenir que "dès lors qu'il comporte un contrôle entier sur la proportionnalité entre la gravité de la sanction et celle de la faute, le recours pour excès de pouvoir constitue une garantie équivalente au recours de pleine juridiction et peut-être même une garantie supérieure, dans la mesure où, si le juge de l'excès de pouvoir constate que la sanction prononcée est excessive, il prononce une annulation totale, alors que le juge de plein contentieux peut substituer à la sanction jugée par lui excessive une autre sanction qui lui paraît plus adéquate"³⁸⁴. Les propos de certains commentateurs de l'arrêt *Le Cun* ont pu aller dans le même sens, ces derniers rappelant qu'en plein contentieux, le juge "peut se contenter de réduire la sanction"³⁸⁵, de la sorte, "le recours pour excès de pouvoir pouvait donc offrir des garanties plus larges aux administrés que le recours de pleine juridiction même dans l'hypothèse d'un contrôle restreint"³⁸⁶. En ce cas, le recours pour excès de pouvoir remplit une mission essentielle, "une sorte de mission sanitaire qui mérite d'être saluée autant que d'être conservée dans son principe"³⁸⁷.

361 - Enfin, sur le plan des capacités d'amélioration et d'adaptation du recours pour excès de pouvoir, il faut noter la rénovation permanente de ce recours par l'aménagement de nouveaux pouvoirs rapprochant le contentieux de l'annulation de contentieux plus

³⁸¹ J.-L. Autin, note préc. sous CE, 14 juin 1991, *Association Radio-solidarité*, p. 1024.

³⁸² *Ibid.*, p. 1024.

³⁸³ B. Pacteau, "Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?", *RA 1999*, n° spécial, p. 62.

³⁸⁴ M. Bernard, "Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?", *AJDA 1995*, p. 193.

³⁸⁵ R. Schwartz et C. Maugüé, chron. sous CE, Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, *AJDA 1991*, p. 361.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 361.

³⁸⁷ B. Pacteau, "Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?", *op. cit.*, p. 63.

traditionnels et permettant au juge de l'excès de pouvoir de s'apparenter à un véritable juge. C'est ce qu'on peut voir, par exemple, aujourd'hui, outre le cas de la transformation dans l'intensité du contrôle restreint en contrôle normal, à travers les nouveaux mécanismes d'injonction conférés par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 aux juridictions administratives³⁸⁸. Si ces pouvoirs s'appliquent aussi bien dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans le plein contentieux, c'est surtout dans le premier nommé que ce pouvoir d'injonction est amené à s'exercer et c'est là surtout qu'il constitue une innovation. Ce qui caractérisait jusqu'à présent le contentieux de l'excès de pouvoir, c'est que le juge n'y disposait que du pouvoir d'annuler les actes administratifs illégaux, désormais, il pourra se prononcer sur les conséquences de l'annulation³⁸⁹. Le recours pour excès de pouvoir cesse donc d'être un simple recours en annulation même si cela ne permet pas encore d'aligner ces pouvoirs sur celui du juge de pleine juridiction³⁹⁰. A cet égard, et au-delà de la controverse doctrinale qui a pu naître sur les mérites respectifs des deux sortes de recours, en matière de contrôle de la répression administrative ou de façon plus générale, il convient de voir, justement, si un strict contrôle de proportionnalité à travers le recours pour excès de pouvoir peut offrir une garantie suffisante selon le juge européen pour les administrés victimes de sanctions administratives.

§ 2 : *Un strict contrôle de proportionnalité pour répondre à la définition européenne du recours juridictionnel*

362 - Si les organes européens admettent que les Etats membres puissent instaurer une répression administrative, ce n'est qu'à la condition que ces décisions punitives puissent faire l'objet d'un recours devant un "tribunal" offrant les garanties de l'article 6 de la Convention. Pour le juge européen, seul mérite l'appellation de "tribunal", selon la terminologie utilisée par la Cour, ce que l'on peut appeler "un organe judiciaire de pleine juridiction"³⁹¹. On a vu que la notion de tribunal impliquait qu'une des juridictions au moins intervenant dans une

³⁸⁸ Cf. Art. 77 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (JO 9 février 1995, p. 2175).

³⁸⁹ Voir, en ce sens, M. Bernard, "Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?", *op. cit.*, p. 197.

³⁹⁰ Comme peut le noter Michel Bernard, *op. cit.*, p. 197, "le pouvoir d'injonction, même si l'injonction est assortie d'une astreinte, reste un pouvoir plus limité que le pouvoir de substitution ou de réformation, qui demeure réservé au juge de plein contentieux. Il ne pourra au surplus s'exercer qu'à la condition que la décision d'annulation implique nécessairement soit des mesures d'exécution dans un sens déterminé, soit au moins une décision nouvelle après instruction nouvelle. Au contraire le juge de plein contentieux peut substituer à la décision qu'il annule une nouvelle décision qui n'est pas la conséquence nécessaire de l'annulation et qui suppose de sa part l'exercice d'un pouvoir d'appréciation".

³⁹¹ Voir, en ce sens, CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, § 29 préc.

même affaire ait des pouvoirs de pleine juridiction, reste à savoir à quoi correspondent ces pouvoirs de pleine juridiction. Cette exigence ne doit pas se comprendre comme impliquant, en tous les cas, l'existence d'un recours de pleine juridiction, tel qu'entendu par le contentieux administratif français. Elle suppose d'une manière générale, selon la jurisprudence européenne, que soit exercé un contrôle complet de légalité et que le juge national soit compétent "tant pour les points de fait que pour les questions de droit"³⁹². Certains auteurs considèrent que cela correspond aux pouvoirs que possède notre juge pour excès de pouvoir et que la jurisprudence européenne n'implique nullement, en ce sens, l'existence d'un pouvoir de réformation³⁹³. Mais si la doctrine n'est pas unanime quant à cet état de fait³⁹⁴, il faut surtout faire une distinction à propos de la matière dont relève les actes au sens de la Convention européenne³⁹⁵. Le contrôle de légalité apparaît ainsi suffisant au titre du contrôle des actes relevant de la matière civile (A) mais il serait insuffisant pour le contrôle des actes relevant de la matière pénale (B).

A – Un contrôle de légalité suffisant en matière civile

363 - En cette matière, la Cour ne s'est pas encore prononcée de manière systématique sur la question de savoir si un contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs suffisait pour répondre aux exigences de l'article 6 de la Convention. Si certains arrêts

³⁹² CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43, § 29 préc.

³⁹³ En ce sens, J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *AJDA* 1994, p. 28 pour qui, "l'expression de recours de "pleine juridiction" ne doit pas être prise au pied de la lettre. En usant de ce qualificatif les organes de Strasbourg renvoient en réalité aux notions de recours de pleine légalité ou de contrôle complet de légalité".

A rapprocher aussi de M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, t. III, p. 1345 pour qui ce contrôle complet de légalité doit néanmoins être "accompagné, le cas échéant, d'une possibilité d'injonction à l'administration ou d'un système contraignant de réfection des actes administratifs annulés".

Voir enfin, dans le même sens, C. Teitgen-Colly, "Garanties du procès équitable et répression administrative" in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, *Economica*, 1993, p. 302 et 303 ; J. Pralus-Dupuis, "L'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire", *RSC* 1995, p. 742.

³⁹⁴ Voir, par ex., R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 111 pour qui "il faut comprendre que le tribunal doit pouvoir se prononcer sur l'ensemble des questions de fait et de droit posées par le litige et réformer la décision entreprise".

De même, G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, *op. cit.*, p. 394. ou F. Moderne, "Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens", *op. cit.*, p. 19 à propos de son analyse de l'arrêt CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger contre Autriche*, série A, n° 328, même si l'auteur nuance ses propos.

³⁹⁵ Cf. Dans cette perspective, C. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives",

semblaient en ce sens malgré la référence au concept d'organe juridictionnel de pleine juridiction (1), il y a eu une série d'arrêts semblant en contradiction avec ceux précédemment mentionnés (2) faisant reconnaître à Jean-François Flauss que "la jurisprudence européenne relativement clairsemée et pas toujours assurée d'un point de vue terminologique n'autorisait guère des conclusions fermes et définitives, quant à l'étendue (voire à la nature) du contrôle juridictionnel imposé par l'article 6-1 en matière "civile" tout spécialement"³⁹⁶.

1. La jurisprudence concordante

364 - Les premiers arrêts marquant la suffisance d'un contrôle juridictionnel de légalité ont été émis à propos de décisions administratives prises par le gouvernement suédois concernant donc des droits civils au sens de la Convention³⁹⁷. La Cour a d'abord constaté la violation de l'article 6 dans une affaire relative à un retrait de licence de transport au motif que la décision litigieuse "ne se prêtait à un contrôle de légalité ni devant une juridiction judiciaire ou administrative ni devant un autre organe pouvant passer pour un tribunal aux fins de l'article 6"³⁹⁸. Dans une affaire relative à un retrait de licence de débit de boissons alcoolisées, la Cour a constaté la même violation au motif que le requérant n' "avait pas la possibilité de présenter à un tribunal sa plainte relative à la régularité du retrait de la licence"³⁹⁹. Par ces décisions, il ressortait que "le droit à un tribunal" supposait que les décisions administratives soient justiciables d'un contrôle de légalité ou de régularité.

Dans la même perspective, la Commission européenne a rappelé dans une série d'affaires pénales contre l'Autriche⁴⁰⁰, qu'en matière civile, "un contrôle quelque peu restreint des décisions prises par les autorités administratives (peut), en certaines circonstances,

RFDA 1999, p. 1004 et suiv. ; J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 28 ; F. Sudre, note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, JCP 1997, G, II, n° 22935, § 18.

³⁹⁶ J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 27.

³⁹⁷ CEDH, 27 octobre 1987, *Pudas contre Suède*, série A, n° 125 et CEDH, 7 juillet 1988, *Tre Traktörer Aktiebolag contre Suède*, série A, n° 159 cités par J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 27 ou par M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1343.

³⁹⁸ CEDH, 27 octobre 1987, *Pudas contre Suède*, série A, n° 125, § 40.

³⁹⁹ CEDH, 7 juillet 1988, *Tre Traktörer Aktiebolag contre Suède*, série A, n° 159, § 47.

⁴⁰⁰ Voir les affaires CEDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer contre Autriche*, série A, n° 328 A ; *Umlauf contre Autriche*, série A, n° 328 B ; *Gradinger contre Autriche*, série A, n° 328 C ; *Pramstaller contre Autriche*, série A, n° 329 A ; *Palaoro contre Autriche*, série A, n° 329 B ; *Pfarmeier contre Autriche*, série A, n° 329 C (RTDE 1995, p. 730, chron. G. Cohen-Jonathan, AFDI 1995, p. 485, chron. V. Coussirat-Coustère, RSC 1996, p. 479, chron. R. Koering-Joulin, RFDA 1997, p. 19, note F. Moderne, JCP 1996, G, I, n° 3910, spéc. § 19 et 22, RUDH 1996, p. 1, note F. Sudre et autres, DA 1996, n° 116, RFDA 1996, p. 166).

satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Convention⁴⁰¹. Si cette jurisprudence amène à dire, qu'en certains cas, un contrôle limité est suffisant, la Commission n'a pas donné plus de précisions sur les limitations possibles ni sur les types de litiges à l'intérieur de la matière civile qui pourraient donner lieu à un contrôle limité. Michel Melchior note, à cet égard, que "le pouvoir dont doit disposer la juridiction de contrôle est fonction des prérogatives dont jouit l'autorité administrative et des obligations qui pèsent sur celle-ci"⁴⁰². En effet, en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des actes pour l'adoption desquels un pouvoir discrétionnaire a été attribué à l'administration, la Commission a considéré que l'article 6 garantit seulement un droit à un contrôle judiciaire de la "légalité" des décisions administratives⁴⁰³. Dans le même sens, la Cour européenne a conclu à la conformité à l'article 6 d'un contrôle de légalité opéré par une Cour administrative autrichienne, la Cour jugeant, de la sorte, "eu égard au respect dû aux décisions d'opportunité de l'administration"⁴⁰⁴.

365 - Suite à l'extension du champ d'application de l'article 6-1, au titre de la matière civile, à de nouveaux contentieux administratifs, en particulier ceux de l'urbanisme et de l'aménagement, la Cour a encore eu l'occasion de confirmer qu'un contrôle de légalité au sens du droit national pouvait parfaitement être assimilé à un contrôle plénier ou entier au sens européen lorsque la décision en cause était une décision d'opportunité. Elle a, en effet, admis comme suffisant, à propos d'une décision de permis de construire, un contrôle intermédiaire entre notre contrôle de l'erreur de droit et notre contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁰⁵. La Commission confirmant une telle interprétation en jugeant, à propos de l'appréciation de la validité d'un arrêté de démolition, qu'un contrôle circonscrit à l'erreur de droit et excluant tout contrôle sur les faits serait de nature à satisfaire à la condition de plénitude de juridiction⁴⁰⁶. En définitive, si la jurisprudence mentionnée est révélatrice, elle n'autorise pas à des conclusions définitives d'autant plus qu'il faut noter que la Cour est

⁴⁰¹ Citation empruntée à C. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives", *op. cit.*, p. 1008.

⁴⁰² M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1337.

⁴⁰³ Voir, en ce sens, ComEDH, rapport *Kaplan*, 17 juillet 1980 (D. R. 21, p. 5), §§ 159 à 162 cité par M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1341.

⁴⁰⁴ CEDH, 21 septembre 1993, *Zumtobel contre Autriche*, série A, n° 258-A, § 32 cité par C. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives", *op. cit.*, p. 1008.

⁴⁰⁵ CEDH, 25 novembre 1994, *Ortenberg contre Autriche*, série A, n° 295-B, § 33 et 34 cité par J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA 1995, p. 140.

⁴⁰⁶ ComEDH, 28 juin 1994, *Bryan contre Royaume-Uni*, req.n°19178/91, §44 à 46 cité par J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA 1995, p. 140.

soucieuse de ne pas figer l'étendue du contrôle exercé par le juge national. On peut ainsi relever une jurisprudence, en certains points, discordante.

2. La jurisprudence discordante

366 - Il y a lieu d'observer qu'une série d'arrêts semblent en contradiction avec la jurisprudence déjà mentionnée et ont pu être compris comme imposant un contrôle de légalité approfondi. La Cour a, en effet, relevé dans des affaires concernant des décisions d'autorités locales en matière de droit de visite à accorder aux parents d'enfants placés sous la garde de ces autorités⁴⁰⁷, qu'à travers la voie de recours offerte, "le tribunal saisi [...] ne contrôle pas le bien fondé de la décision : il se borne à s'assurer, en bref, que l'autorité n'a pas agi de manière illégale, déraisonnable ou inique"⁴⁰⁸. En ce cas et selon la Cour, le contrôle de la question du droit du parent en matière de visite ne répond pas aux exigences de l'article 6 car le tribunal compétent ne peut connaître du fond du problème. Pour autant, si ces décisions exigent, de la sorte, un contrôle approfondi de la légalité, il faut noter que cela tient, quand même, à la particularité de l'espèce. La contradiction apparente avec la jurisprudence classique trouve, en effet, son origine dans la nature du "droit civil" en cause, comme ce dernier est simultanément protégé par l'article 6 et l'article 8 de la Convention, il entraîne conséquemment une extension des garanties en matière procédurale et devient justiciable, de ce fait, d'un contrôle dit de proportionnalité conformément à la jurisprudence établie en la matière⁴⁰⁹. Si les contentieux portant sur des droits civils protégés en tant que droits substantiels par les articles 8 et suivants de la Convention nécessitent donc un contrôle de plus forte intensité, c'est le cas aussi, en général, des procédures dans lesquelles l'administration exerce une compétence liée⁴¹⁰. Il y a donc, en définitive, une différenciation à faire quant à l'étendue du contrôle devant être opéré suivant le type de litige concerné. Si dans les cas venant juste d'être évoqués, le contrôle exigé s'apparente au contrôle normal, toutes les autres décisions

⁴⁰⁷ Cf. Décisions CEDH, 8 juillet 1987, *O., H., B., R. et W. contre Royaume-Uni*, série A, n° 120 et n° 121 (CDE 1988, p. 465, chron. G. Cohen-Jonathan, *JDI* 1988, p. 868, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH* 2000, 7^{ème} éd., n° 126 à 130, p. 348, note V. Berger) cités par J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 27 et par M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1342 et p. 1344.

⁴⁰⁸ Par ex., dans l'affaire CEDH, 8 juillet 1987, *O. contre Royaume-Uni*, série A, n° 120, § 63.

⁴⁰⁹ En ce sens, M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1344 et J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 27.

⁴¹⁰ Voir, notamment, M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1339.

administratives relevant de la matière civile et édictées dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration, ne sont soumises, en revanche, qu'à un contrôle restreint⁴¹¹.

367 - Même dans le cas d'un contrôle complet de la légalité, le contrôle voulu par la Cour ne semble pas devoir être compris comme conférant au juge un pouvoir de substituer sa décision à celle de l'administration. Il n'y a, en effet, aucune référence à un pouvoir de réformation dans les différentes affaires affirmant qu'un tribunal devait avoir la plénitude de juridiction⁴¹². Pour autant, Michel Melchior affirme qu'il serait possible de soutenir l'existence d'un tel pouvoir, d'attribuer, plus concrètement, à la juridiction de contrôle "la compétence de décider à la place de l'administration défaillante"⁴¹³ ou, pour le moins, de prévoir "un mécanisme obligeant l'administration à "refaire" l'acte attaqué et, plus précisément, à prendre l'acte qu'illégalement elle n'a pas pris ou à s'abstenir dorénavant de prendre un acte semblable à l'acte annulé"⁴¹⁴. Une telle interprétation serait nécessaire, selon l'auteur, eu égard au fait que la simple annulation d'un acte ne suffit pas à répondre à elle seule aux exigences de l'article 6 de la Convention. En effet, "en règle générale, un droit n'est pas déterminé s'il est seulement dit de l'acte qui y porte atteinte qu'il est illégal et, en conséquence, nul. Il faut un complément à l'annulation qui consistera en un pouvoir direct ou indirect d'injonction à l'administration ou encore en un mécanisme juridiquement sanctionné de réfection de l'acte annulé par l'administration"⁴¹⁵. En définitive, si la notion de pleine juridiction en matière civile ne peut se définir avec certitude à travers la jurisprudence européenne, elle ne semble pas impliquer, dans ce type de litiges, la nécessité d'un recours de plein contentieux au sens français du terme et donc un pouvoir de réformation en la matière. En matière pénale, les données sont plus claires quant à l'insuffisance d'un simple contrôle de légalité et la nécessité conséquente d'un pouvoir de réformation dans le contrôle opéré par le juge, l'étendue de la pleine juridiction exigée par l'article 6 y apparaît incontestablement plus vaste.

⁴¹¹ Cf. J.-F. Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 27.

En sens contraire, M. Melchior (préc., p. 1341) où ce qu'exige la Convention, c'est l'exercice d'un contrôle normal de la légalité de l'usage fait du pouvoir discrétionnaire.

⁴¹² En ce sens, C. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives", *op. cit.*, p. 1008.

⁴¹³ M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1339.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 1339.

⁴¹⁵ M. Melchior, "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 1340.

B – Un contrôle de légalité insuffisant en matière pénale

368 - Si l'ensemble de la jurisprudence européenne incline vers l'octroi d'un pouvoir de réformation à l'organe de contrôle pour les sanctions relevant d'une accusation en matière pénale (1), toutes les sanctions en cause ne semblent pas bénéficier de la plénitude de juridiction vue en ce sens, on retrouve comme en matière civile une jurisprudence quelque peu discordante à la règle de principe faisant du contrôle de légalité un contrôle insuffisant au titre de la matière pénale (2).

1. La jurisprudence concordante

369 - C'est à l'occasion d'une série d'arrêts rendus contre l'Autriche le 23 octobre 1995 dans des affaires de sanctions administratives pour infractions routières ou d'urbanisme que les organes européens ont affirmé expressément qu'en matière de sanctions relevant d'une accusation en matière pénale, le juge national ne devait pas se limiter à un contrôle de légalité, fut-il complet⁴¹⁶. La Commission a d'abord établi une distinction importante au regard des pouvoirs du juge en précisant que si “en matière civile un contrôle quelque peu restreint des décisions [...] (peut), en certaines circonstances, satisfaire aux exigences de l'article 6 [...] les affaires pénales pourraient nécessiter une approche différente”⁴¹⁷. Elle a ensuite affirmé, qu'en cette matière, à savoir les litiges mettant en cause une accusation de nature pénale, les pouvoirs du juge ne pouvaient être limités dans l'examen de l'affaire en affirmant que “lorsqu'un défendeur souhaite qu'un tribunal statue sur le bien fondé d'une accusation en matière pénale portée à son encontre, rien ne peut limiter la portée du contrôle requis des décisions des autorités administratives”⁴¹⁸.

370 - Si la Cour, quant à elle, n'innove pas, à travers les arrêts définis, quant à l'intégration des infractions en cause dans la matière pénale⁴¹⁹, elle introduit, en revanche, des

⁴¹⁶ Cf. Affaires préc. CEDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer contre Autriche*, série A, n° 328 A ; *Umlauf contre Autriche*, série A, n° 328 B ; *Gradinger contre Autriche*, série A, n° 328 C ; *Pramstetter contre Autriche*, série A, n° 329 A ; *Palaoro contre Autriche*, série A, n° 329 B ; *Pfarmeier contre Autriche*, série A, n° 329 C.

⁴¹⁷ Décision commission, p. 24, § 53.

⁴¹⁸ Décision commission, p. 24, § 53.

⁴¹⁹ Pour des ex. antérieurs d'amendes administratives en droit interne mais qualifiées de pénales par la Cour européenne : CEDH, 21 février 1984, *Oztürk contre Allemagne*, série A, n° 73, § 56 (CDE 1986, p. 212, chron. G. Cohen-Jonathan, *AFDI* 1985, p. 403 et 416, chron. V. Coussirat-Coustère, *JDI* 1986, p. 1051, chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Jurisp. CEDH*, 7^{ème} éd., 2000, n°113, note V. Berger) ; CEDH, 25 août 1987, *Lutz contre Allemagne*, série A, n° 123 (CDE 1988, p. 458, chron. G. Cohen-Jonathan, *RSC* 1988, p. 136, chron. L.-

développements intéressants quant à la portée de la motivation concernant le contrôle exercé, en l'espèce, par la Cour administrative autrichienne. Il faut savoir ainsi que cette haute juridiction ne statue que sur les requêtes qui allèguent l'illégalité d'un acte et que, selon la loi qui l'institue, elle se borne à examiner la décision attaquée en se fondant sur les faits constatés par l'autorité administrative auteur de l'acte et sous l'angle des griefs relevés. Elle prononce ensuite une annulation si elle estime la décision illégale au terme de ce contrôle réduit. La Cour, pour répondre aux requérants, va alors rappeler, dans ces différentes affaires, la nécessité de l'intervention d'un organe de pleine juridiction et affirmer que la Cour autrichienne, qui ne peut examiner l'ensemble des faits en cause, ne répond pas aux exigences de l'article 6.

S'il y avait, en cela, application d'une jurisprudence constante, la Cour apporta certaines précisions plus évocatrices. Elle adopta d'abord l'avis de la Commission quant à la distinction à opérer entre affaires civiles et pénales en affirmant que la compétence de la Cour autrichienne devait s'apprécier en tenant compte du fait, qu'en l'espèce, elle était amenée à se prononcer dans un litige de nature pénale au sens de la Convention. Mais elle décida surtout que dès lors que le litige était de nature pénale, il suffisait de constater que la Cour administrative en cause n'avait pas "le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur"⁴²⁰ pour en déduire, qu'en l'absence d'un tel pouvoir, il n'y avait pas de "tribunal" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce pouvoir de réformer la sanction administrative implique autrement dit la possibilité pour le juge, au sens de la jurisprudence européenne, de substituer sa décision à celle de l'administration si celle-ci relève de la matière pénale. Ce sens correspond alors à celui donné par le droit administratif français à la plénitude de juridiction. Pour autant, cette jurisprudence ne procède pas d'une application générale, certaines sanctions ne semblent pas concernées par la nécessité d'un tel pouvoir de réformation.

2. La jurisprudence discordante

371 - Si la jurisprudence européenne fait du contrôle de légalité un contrôle insuffisant pour les sanctions relevant de la matière pénale, il y a néanmoins certaines nuances à apporter. C'est à travers une affaire relative aux retraits de points d'un permis de conduire, sanction

E. Pettiti, JDI 1988, p. 874, chron. P. Rolland et P. Tavernier, ADL 1996, p. 479, note A. Spielmann et D. Spielmann, Jurisp. CEDH, 7^{ème} éd., 2000, n° 96, note V. Berger) ; CEDH, 29 avril 1988, *Belilos contre Suisse*, série A, n° 132, § 68-73 (RGDIP 1989, p. 273, note G. Cohen-Jonathan, RIDE 1989, p. 165, note G. Cohen-Jonathan, RUDH 1994, p. 297, note J.-F. Flauss, JDI 1989, p. 804, chron. P. Rolland et P. Tavernier).

administrative consécutive à une condamnation pénale relevant de la matière pénale au sens de la Convention⁴²¹, que la Cour a développé une jurisprudence quelque peu discordante⁴²². Le requérant dénonçait le caractère systématique et automatique de la sanction de perte de points écartant toute intervention du juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, et l'absence consécutive de ce que devait être un recours effectif devant un tribunal répondant aux exigences de l'article 6-1⁴²³. En dépit de l'absence de recours de pleine juridiction et de la conception plus exigeante du droit à un tribunal retenue jusque là, la Cour considéra les garanties offertes par le droit français compatibles avec la Convention. Pour elle, il y avait déjà reconnaissance de l'infraction et acceptation tacite du retrait de points dans la mesure où ce dernier n'intervenait que si les infractions étaient établies, aux termes de l'article 11-1 du Code de la route, soit parce qu'il y avait eu une condamnation devenue définitive par une juridiction pénale, soit parce que le contrevenant avait payé une amende forfaitaire⁴²⁴. La Cour a pu noter, ensuite, qu'en dépit du caractère automatique de la perte de points, le droit français laissait au contrevenant la possibilité de contester sa culpabilité devant les juridictions répressives. De la sorte, en amont de la perte des points, le justiciable avait pu, ne s'étant pas acquitté de l'amende forfaitaire, contester la réalité de l'infraction devant une juridiction pénale satisfaisant aux exigences de la Convention⁴²⁵. La perte de points est donc subordonnée à l'établissement de la culpabilité et ne peut, en conséquence, être qualifiée de disproportionnée dans la mesure où elle n'entraîne pas l'annulation du permis de conduire et que l'intéressé peut reconstituer son capital de points⁴²⁶.

⁴²⁰ CEDH, 23 octobre 1995, Gradinger contre Autriche, série a, n° 328 C préc.

⁴²¹ Le retrait des points a un sens autonome selon la Cour, elle la qualifie de "*peine supplémentaire*" ou de "*peine accessoire*" relevant de la matière pénale de par la nature de l'infraction déclenchant le retrait (l'excès de vitesse est une infraction pénale), la nature de la sanction (elle intervient dans le cadre et à l'issue d'une accusation en matière pénale et résulte de plein droit de la condamnation prononcée par le juge pénal) et la gravité de la sanction (elle revêt un caractère général et touche l'ensemble des titulaires d'un permis et correspond à un droit primordial pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle).

⁴²² Cf. CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* (JCP 1999, G, II, n° 10086, note F. Sudre, RSC 1999, p. 145, note F. Massias, DP 1999, juin, comm. n° 87, D. 1999, somm. com., p. 154, obs. B. de Lamy et p. 266, obs. J.-F. Renucci, GP 1998, 2-3 déc., p. 30, note T.-P. Berthelot et Y. Rio, GP 1999, 13 fév., p. 202, note G. Durry et réponse T.-P. Berthelot et Y. Rio, GP 1999, 24-25 nov., p. 38, note M. Couzinet, LPA 1999, 24 novembre, n° 234, p. 9, note G. Pelissier).

La Commission européenne avait auparavant statuer en ce sens : ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France*, req. n° 27812/95 (GP 1997, 2, 29 juillet, p. 1018, note J.-G. M., p. 1019, note T.-P. Berthelot et Y. Rio, GP 1998, 24 janvier, obs. F. Samson et X. Morin, AJDA 1997, p. 977, note J.-F. Flauss).

⁴²³ CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, préc., § 27 et § 43.

⁴²⁴ CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, préc., § 46. A noter que la Cour relève que le requérant bénéficie, en outre, de garanties réglementaires : avertissement lors de la constatation de l'infraction de la menace de pertes de points, information de la présence d'un traitement automatisé des pertes et reconstitutions de points (§ 47).

⁴²⁵ *Ibid.*, § 48.

⁴²⁶ *Ibid.*, § 49.

En conséquence, la Cour considère, “qu'un contrôle suffisant au regard de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention se trouve incorporé dans la décision pénale de condamnation [...] sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un contrôle séparé supplémentaire de pleine juridiction portant sur le retrait de points”⁴²⁷ sachant, en outre, que le requérant peut “exercer un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative afin de faire contrôler que l'autorité administrative a agi à l'issue d'une procédure régulière”⁴²⁸. A l'analyse, il apparaît, comme peut le noter Catherine Mamontoff, “que l'appréciation de l'infraction faite par le juge pénal, combinée au contrôle de l'excès de pouvoir – ce dernier ayant pour objet de vérifier uniquement la régularité de la procédure d'information – est un contrôle suffisant en l'espèce, et qu'il n'y a donc pas lieu d'effectuer un contrôle supplémentaire, quel qu'il soit”⁴²⁹. En aucun cas, le juge européen n'emploie l'expression habituelle de “contrôle judiciaire de pleine juridiction”, il se contente simplement d'affirmer la suffisance du contrôle en introduisant la notion de “contrôle incorporé”.

372 - La jurisprudence ainsi développée appelle bien des réserves⁴³⁰ car si la conventionnalité de la procédure est admise, elle laisse planer quelques doutes quant à la signification de la solution pour l'avenir. Comme peut le relever Jean-Paul Céré, “la lecture qui consisterait à penser que l'arrêt brise définitivement les perspectives de réprobation du permis à points par le juge européen est tempérée par les réserves formulées par la Cour”⁴³¹. En effet, si elle a pu considérer que la sanction du retrait de points était, en l'espèce *Malige*, réversible⁴³², son raisonnement devait aboutir à une conclusion inverse lorsqu'il s'agissait de la perte des derniers points entraînant l'invalidité du permis et privant l'automobiliste de toute

⁴²⁷ CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, préc., § 50.

⁴²⁸ *Ibid.*, § 50.

⁴²⁹ C. Mamontoff, “La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives”, *op. cit.*, p. 1014.

⁴³⁰ Voir la doctrine presque unanime en ce sens : F. Sudre, note préc. sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* ; R. Koering-Joulin, chronique internationale, *RSC 1999*, p. 398-399 ; B. de Lamy, obs. préc. sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* ; J.-P. Céré, “L'impasse juridique du permis à points”, *GP 2000*, 28-29 janvier, p. 3 et suiv. ; C. Mamontoff, “La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives”, *op. cit.*, p. 1014 ; M. Couzinet, “Permis à points et Convention européenne des droits de l'homme”, *GP 1999*, 24-25 novembre, p. 38 et 39 ; F. Samsom et X. Morin, “Chronique de droit de la circulation routière”, *GP 1999*, 24-25 novembre, p. 2 et suiv.

Voir, de même, l'opinion dissidente de J.-C. Soyer et huit autres membres de la Commission sous ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France*, *GP 1997*, 29 juillet, p. 1027.

⁴³¹ J.-P. Céré, “L'impasse juridique du permis à points”, *op. cit.*, p. 11.

⁴³² Dans la mesure où la Cour constate que la loi prévoit “dans une certaine mesure” la modulation du retrait de points en fonction de la gravité de l'infraction commise et dans la mesure où la Cour souligne aussi que la

marge de manœuvre⁴³³. On pouvait ainsi imaginer, dans cette logique, que le prévenu qui perdait son dernier point sur une contravention de non-port de la ceinture de sécurité et se voyait infliger l'annulation de son permis de conduire pourrait valablement faire valoir la disproportion de la peine eu égard au comportement reproché, et surtout, l'insuffisance du contrôle du juge.

Ce n'est pas ce qu'a pourtant jugé la Cour, dans un arrêt rendu le 2 février 1999⁴³⁴, cette dernière reprenant la démonstration de l'arrêt *Malige* dans la situation d'une annulation du droit de conduire consécutive à l'érosion du capital de points⁴³⁵. En définitive, ce "rétrécissement du champ d'application de la plénitude de juridiction à l'intérieur de la sphère pénale"⁴³⁶ est contestable à plus d'un titre. "Contentieux sans juridiction"⁴³⁷, "conception minimale du droit à un tribunal"⁴³⁸, "aberration juridique"⁴³⁹ ou "hérésie juridique"⁴⁴⁰, les critiques de la doctrine sont très marquées quant à l'attitude du juge européen et on ne peut que souscrire à ces critiques.

sanction n'a pas pour conséquence immédiate l'annulation du permis de conduire et que l'intéressé peut reconstituer son capital de points.

⁴³³ Par ex. en ce sens, F. Samsom et X. Morin, "Chronique de droit de la circulation routière", *op. cit.*, p. 2 et suiv. ou J.-P. Céré, "L'impasse juridique du permis à points", *op. cit.*, p. 11.

⁴³⁴ CEDH, 2 février 1999, *Roche contre France* (GP 1999, 24-25 novembre, p. 6).

⁴³⁵ La Cour réutilise, en l'espèce, les § 34 à 40 pour conclure à l'applicabilité et les § 50 et 51 pour conclure au contrôle juridictionnel suffisant en faisant brièvement le lien entre le retrait point et l'annulation du permis de conduire par l'affirmation que "le requérant n'ignorait pas que chacun des excès de vitesse commis entraînerait la perte de quatre points [...] et l'annulation de ce dernier en cas de perte de la totalité des douze points [...]".

⁴³⁶ C. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives", *op. cit.*, p. 1014.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 1015.

⁴³⁸ J.-P. Céré, "L'impasse juridique du permis à points", *op. cit.*, p. 11.

⁴³⁹ F. Samsom et X. Morin, "Chronique de droit de la circulation routière", *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 5.

CONCLUSION TITRE 1^{er}

373 - L'Etat de droit ne se réduit plus à la soumission de l'exécutif au droit dans les termes sur lesquels le droit administratif a été fondé. Il y a désormais un désaveu croissant de l'administration et une volonté de rééquilibrage de la fonction administrative qui s'accompagne, en conséquence, d'un perfectionnement de l'instrument juridictionnel dans le sens d'une plus grande contrainte. L'office traditionnel du juge administratif s'en trouve affecté, il se transforme et évolue dans le sens du dépassement de la logique inégalitaire des rapports entre l'administration et les administrés. Cela s'est, d'abord, manifesté dans le contrôle des finances publiques où s'il existait une tradition d'irresponsabilité extrêmement vivace des agents publics envers l'administration, le Conseil d'Etat posa finalement le principe de responsabilité même si c'est une inapplication pratique qui succéda très vite à l'affirmation jurisprudentielle. Si cela pouvait témoigner des difficultés pouvant exister quant à l'appréhension de l'aspect répressif d'une telle responsabilité, cela n'a pas empêché, parallèlement, un perfectionnement de l'instrument juridictionnel dans le sens, justement, de l'accroissement d'une telle répression. La première prise en compte réelle des exigences de responsabilité tenant à l'imputation du dommage à un responsable précisément identifié s'est alors manifesté à travers la renaissance de la théorie de la gestion de fait même si celle-ci s'effectuait à travers une volonté plus gestionnaire que répressive. C'est ensuite un régime de responsabilité spécifique devant une juridiction originale qui s'est mis progressivement en place, là aussi, à travers une volonté plus préventive que répressive mais il y avait bien là les prémisses d'un contrôle plus poussé dans le sens d'une plus grande répression.

374 - On retrouve la même évolution à travers le contrôle effectué par le juge administratif de droit commun sur les actes administratifs, notamment ceux poursuivant une finalité répressive. Si le recours de droit commun, le recours pour excès de pouvoir, a contribué à la consécration même de l'Etat de droit, il n'autorise pas le juge à aller au-delà de la mise à néant de l'acte de sanction reconnu illégal. Ce cadre objectif fixé à la base a pourtant été dépassé pour permettre ainsi une certaine comparaison avec le contrôle effectué par le juge répressif d'appel. La simple appréciation de légalité de la sanction a été dépassé et le juge est allé jusqu'à rechercher l'adéquation de la sanction à la faute d'une façon analogue à celle de son homologue pénal. S'il manque, un véritable pouvoir de réformation ou de modulation de la sanction pour une analogie plus complète, il permet néanmoins de répondre à la définition européenne du recours juridictionnel même si la doctrine est partagée quant à cet état de fait.

L'APPARITION D'UN OFFICE PLUS SUBJECTIF DU JUGE ADMINISTRATIF

375 - On a pu voir jusqu'à maintenant qu'il y avait une tendance dans le contrôle du juge à dépasser le simple contrôle de légalité qui résumait, pour l'essentiel, son office. Or, il faut relever que ce développement de l'office objectif du juge s'accompagne, parallèlement, de l'apparition d'un office plus subjectif où le juge va avoir tendance à s'intéresser plus au sujet du droit objet de son application qu'au droit lui-même. Le phénomène est très marquant en matière de contrôle des finances publiques. On a vu qu'une des bases sociologiques traditionnelle de notre système public reposait sur la quasi-immunité des détenteurs de fonctions publiques pour les actes commis dans l'exercice de celles-ci, que pendant longtemps, il a été malaisé de soumettre les administrateurs et les ordonnateurs à une responsabilité effective¹. Pour autant, du fait de l'évolution du droit et de la façon dont il était perçu, on est passé progressivement d'un contrôle administratif de l'utilisation des deniers publics à un contrôle juridictionnel même si cela se faisait encore à travers une logique, avant tout, gestionnaire². Si le contrôle s'effectuait toujours dans un but objectif, on pouvait noter certaines prémisses d'une logique plus subjective. Il y avait déjà un aspect répressif dans les procédures de contrôle menées soit devant la Cour ou les chambres régionales des comptes quant à la gestion de fait, soit devant la Cour de discipline budgétaire et financière, or, celui-ci est progressivement devenu de plus en plus visible notamment par l'extension des prérogatives ou la modification des méthodes permettant d'apprécier, plus globalement, le comportement des intéressés. On verra qu'on peut alors évoquer le passage d'un contrôle matériel à un contrôle plus personnel des gestionnaires publics (Chapitre 1^{er}).

376 - Si les temps se prêtent à mettre l'accent, de façon plus subjective, sur l'efficacité du contrôle des finances publiques, on retrouve la même évolution à travers le contrôle

¹ Cf. *Supra*, p. 259 et suiv.

² Cf. *Supra*, p. 283 et suiv.

effectué par le juge administratif de droit commun sur l'activité administrative notamment quant elle poursuit une finalité répressive. On a pu voir qu'à travers le recours pour excès de pouvoir le juge avait, d'une certaine manière, développé son contrôle quant au contenu de la sanction administrative et qu'il pouvait prétendre à exercer, de la sorte, une fonction juridictionnelle analogue à celle de son homologue pénal de second degré³. Pour autant, il lui manquait, à travers ce recours, un pouvoir de modulation et de réformation de la sanction pour une analogie plus complète. Ce manque, il le comble, aujourd'hui, à travers le développement de plus en plus conséquent du recours de plein contentieux en la matière. On verra que ce recours peut, d'une certaine façon, lui donner la possibilité de réduire ou de fixer indirectement la répression (Chapitre 2nd).

³ Cf. *Supra*, p. 306 et suiv.

Chapitre 1^{er}

DU CONTROLE MATERIEL AU CONTROLE PERSONNEL DES GESTIONNAIRES PUBLICS

377 - Si la logique gestionnaire est toujours présente dans l'exercice du contrôle financier, "les temps se prêtent à une révision de certaines traditions, pour mettre l'accent sur l'efficacité du contrôle des finances publiques, avec une finalité plus large que le seul examen de la conformité des écritures et la régularité des opérations"⁴. La logique répressive sous-jacente de certaines procédures, qu'elles soient strictement financières ou budgétaires, tend, ainsi, à supplanter, sous l'influence de divers facteurs, la logique matérielle et fait, en tous les cas, l'objet d'une reconnaissance pratique (Section 1). Pour autant, si cette nouvelle dominante répressive est confirmée, son appréhension ne se fait pas sans difficultés et reste sujette à discussions ou à contestations. La pratique témoigne, à cet égard, d'une reconnaissance plutôt problématique (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance pratique de la logique répressive

378 - La dimension répressive a toujours été présente dans les procédures juridictionnelles liées aux contrôles financiers mais c'est la logique première de régularisation administrative qui dominait concrètement la procédure. Pourtant, on est venu, doucement, à dépasser cet agencement général et la réalité de cette logique de régularisation administrative. C'est l'adaptation à la transformation de la gestion publique qui a nécessité, en premier lieu, un accroissement de la dimension répressive du contrôle financier (§1). Mais c'est aussi la

⁴ R. Hertzog, "La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait", RFFP 1999, n° 66, n° spécial "La gestion de fait", p. 88

soumission nouvelle des procédures financières aux principes du droit processuel qui concrétisait, définitivement, cette dimension répressive nouvelle (§2).

§1 : *Une dimension répressive accrue : l'adaptation à la transformation de la gestion publique*

379 - Le contrôle du respect des règles de la comptabilité publique doit faire face à une véritable métamorphose de la gestion financière locale. Comme peuvent le noter certains auteurs, “la réalité financière locale déborde largement aujourd'hui ses cadres organiques traditionnels en se trouvant enserrée dans un maillon de structures et de rapport de plus en plus complexes, de plus en plus interrelationnels, autrement dit dans un système interactif, composé d'ensembles et de sous-ensembles, qui s'est et continue à se bâtir progressivement”⁵. Cette réorganisation du système local s'exprime dans les difficultés d'administration qu'elle soulève, notamment au regard des règles traditionnelles de gestion du secteur public mais pose aussi, en contrepartie et de manière cruciale, la question de sa maîtrise, de son contrôle. Cette évolution conduit inexorablement vers une nécessaire reformulation de l'architecture classique des contrôles dans les procédures et les techniques que ces contrôles soient notamment financiers ou budgétaires. Une dimension répressive nouvelle apparaît et se révèle de plus en plus dense pour adapter le contrôle financier à cette ouverture du pouvoir financier local (A) comme à l'utilisation désordonnée et nouvelle des formules institutionnelles locales(B).

A – L'adaptation à l'ouverture du pouvoir financier local

380 - C'est par le terme de “tutelle financière” que l'on désignait, avant 1982, l'ensemble des moyens d'action dont disposaient les organes de l'Etat sur les actes et les opérations des collectivités locales, les faisant ainsi participer aux décisions de celles-ci. Cependant, si, plus que de tutelle, il était plus approprié de parler de co-administration ou de co-gestion, l'affirmation des pouvoirs des autorités locales par la mise en œuvre en 1982 d'une vigoureuse politique de décentralisation allait permettre l'effacement de ces techniques de co-administration ou de co-gestion et la libération conséquente du pouvoir local de gestion financière. Cette suppression de l'écran protecteur des contrôles préventifs justifiait, en contrepartie, la mise en place d'un vrai contrôle *a posteriori*, de surcroît juridictionnalisé

⁵ M. Bouvier, M.-C. Esclassan, J.-P. Lassale, Finances publiques, LGDJ, 5^{ème} éd., 2000, p. 697.

ayant pour objectif de prévenir ou d'obtenir le redressement rapide d'irrégularités, d'erreurs ou de mauvaises gestions, plutôt que l'annulation des actes. Si le contrôle financier mis en place n'a pas permis d'éviter la dérive financière de certaines collectivités, il a du moins contribué à la révéler et à faire prendre les mesures correctrices nécessaires et, parmi elles, notamment des mesures répressives. L'autonomie plus forte du pouvoir financier (1) a ainsi engendré conjointement un contrôle financier à plus forte portée (2).

1. Un pouvoir financier à plus forte autonomie

381 - Sous l'empire de la "tutelle financière", l'Etat avait élaboré d'innombrables techniques de "manipulation des élus locaux" qui lui permettaient d'orienter leurs politiques financières. Très schématiquement, les subventions spécifiques, la liaison subventions/prêts, la prééminence d'une banque publique, la Caisse des dépôts et consignations pour l'octroi des prêts ou encore la régionalisation du plan et du budget permettaient aux ministères d'impulser leur politique dans toutes les ramifications du système administratif. La maîtrise du préfet sur les finances départementales et régionales venait aussi renforcer l'action de l'Etat, grâce aux aides des collectivités intermédiaires qui abondaient celles de l'Etat. Comme pouvait le relever Robert Hertzog, il fallait remarquer que "les grands services techniques, de l'équipement ou de l'agriculture, savaient fort bien jouer de ces synergies"⁶. La libération du pouvoir de gestion financière allait alors se faire dans de nombreuses directions. L'emprunt qui finançait environ le tiers des équipements des collectivités locales allait déjà se trouver profondément bouleversé. La possibilité d'emprunter est maintenant très souple puisqu'il n'existe plus de régime d'approbation préalable ni de contrôle *a priori*⁷. Le montant, le taux, l'organisme prêteur, sont choisis librement par la collectivité locale et la décision du conseil de la collectivité est exécutoire de plein droit dès publication et transmission au représentant de l'Etat. Avec cette ouverture sur le marché financier, les collectivités locales se sont vues offrir des choix très variés tant en ce qui concerne les prêteurs que les produits proposés, ce qui les a conduites à utiliser des pratiques de gestion nouvelles mais aussi, conséquemment, à gérer des risques nouveaux. Elles doivent faire face à des mécanismes parfois fort

⁶ R. Hertzog, "Les contrôles financiers", *AJDA* 1992, n° spécial "Décentralisation : bilan et perspectives" p. 61.

⁷ Tel qu'il fonctionnait avant les lois de décentralisation, le dispositif en place visait à ce que les collectivités demandent une approbation préfectorale lorsqu'elles entendaient emprunter à des organismes privés ou lorsque le taux d'intérêt ou la durée d'amortissement étaient supérieurs à des limites fixées par arrêté publié chaque mois au Journal officiel.

compliqués⁸ et elles doivent, surtout, assumer les contraintes liées à leur inscription au sein du marché financier⁹.

382 - Cette globalisation des emprunts s'accompagna, de même, de la globalisation des subventions d'équipement par la création de la dotation globale d'équipement¹⁰. Cette dernière faisait place aux subventions spécifiques d'équipement dont différentes justifications¹¹ étaient ressenties comme une tutelle *a priori* supplémentaire, à la fois technique et financière, de l'Etat sur les collectivités locales, même si celles-ci pouvaient relever, plus prosaïquement, d'un budget limité de l'Etat, les subventions possibles dépassant souvent la limite de l'enveloppe disponible. La dotation globale d'équipement est alors apparue comme un facteur de liberté dans la mesure où elle se traduisait par la suppression des contrôles techniques et financiers qui s'exerçaient, comme on l'a vu, *a priori*, à l'occasion de chaque demande spécifique. Elle est maintenant automatique et de plein droit sur simple justification du paiement des travaux faits, elle est aussi prévisible¹² et payée, dorénavant, à des dates rapprochées¹³.

Dans l'ensemble, il y a davantage de souplesse dans la politique d'investissement des collectivités locales d'autant plus que le ministère des finances a assoupli les obligations relatives à la gestion de trésorerie sous la double pression des associations d'élus locaux et des

⁸ Les prêts accordés aux collectivités locales dans le cadre de l'ancien système étaient basés sur un procédé simple et facile à gérer de prêts à taux fixes et à annuités constantes. Avec la banalisation de l'emprunt, il existe aujourd'hui une gamme étendue de prêts à taux révisibles ou variable prévoyant notamment une indexation sur le marché obligataire ou sur le marché monétaire plus délicate à gérer.

⁹ En vivant dans une économie de marché, les collectivités subissent, au même titre que les entreprises, les cycles économiques et monétaires, dont elles ne mesurent pas toujours toutes les conséquences.

¹⁰ Cf. Art. 103 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 (JO 3 mars 1982, p.730) qui a posé le principe de la globalisation des subventions d'investissement en instituant une dotation globale d'équipement pour les communes et les départements, appelée à se substituer progressivement aux subventions spécifiques.

La loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 (JO 9 janvier 1983, p. 215) relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions de l'Etat, en a précisé les mécanismes qui ont été révisés dernièrement par la loi n° 96-241 du 26 mars 1996 (JO 27 mars 1996, p. 4663) portant diverses dispositions relatives aux concours de l'Etat aux collectivités territoriales et aux mécanismes de solidarité financière entre collectivités territoriales.

¹¹ Notamment les nombreuses pièces à fournir, la nécessité d'obtenir un agrément technique sur un avant projet, mais, surtout, l'impossibilité de commencer tous travaux avant la décision de subvention faisait perdre du temps mais aussi de l'argent à tel point que certaines grandes villes préféraient réaliser le projet envisagé sans subventions de l'Etat.

¹² Si depuis le 1^{er} janvier 1996, la dotation globale d'équipement avec taux de concours a été supprimé au profit d'un dispositif qui différencie la dotation en fonction de l'importance des communes, les crédits alloués à ce titre ne sauraient être affectés par les mesures conjoncturelles de blocage ou de régulation budgétaire qui pourraient concerner les crédits d'investissement de l'Etat ; de plus, les crédits annoncés en début d'année ne sauraient faire l'objet d'une révision.

¹³ Les crédits alloués au titre de la dotation globale d'équipement des départements et des communes sont versés trimestriellement sur présentation d'une attestation des travaux réalisés.

établissements financiers. De même, des libertés nouvelles ont été reconnues en matière d'action économique, d'aides aux entreprises ou encore de politique sociale pour favoriser le développement économique et protéger les intérêts économiques et sociaux de la population¹⁴. Selon la conception classique, l'intervention des collectivités locales dans le domaine économique et social s'analysait surtout comme la création de services publics locaux déterminés. Il s'agissait, plus exactement, de prendre en charge une activité déterminée à l'égard de laquelle l'initiative privée s'avérait défailante ou insuffisante et de l'ériger en service public en raison de son caractère d'intérêt public local. Les lois de décentralisation s'appliquent à une autre forme d'intervention, celle de l'aide aux entreprises du secteur économique, qui n'était pas inconnue jusqu'alors mais dont le développement avait, notamment, été entravé par l'hostilité de l'autorité de tutelle¹⁵.

Si les possibilités d'intervention des collectivités ont été de la sorte élargies, ces dernières ont dû faire face aux difficultés économiques et à la dégradation de l'emploi qui ont provoqué, à la faveur de la décentralisation, une implication directe plus forte, qu'elle soit volontaire ou contrainte, des élus locaux dans le développement local¹⁶. Cela a d'abord été permis par le cadre légal d'intervention qui a laissé aux collectivités d'importantes possibilités d'initiatives juridiquement incertaines¹⁷. Ces dernières ont parfois aussi profité de l'indétermination des catégories d'aides directes ou indirectes pour verser des concours financiers aux entreprises sans fondement juridique¹⁸ ou pour excéder largement les limites

¹⁴ Voir, en ce sens, les art. 5-1 et 48-1 de la loi n° 82-213 préc. du 2 mars 1982 pour les interventions ayant pour objet de favoriser le développement économique et les art. 5-2 et 48-2 de la même loi pour l'aide des entreprises en difficulté.

¹⁵ L'autorité de tutelle disposait, en effet, d'une approbation préalable au caractère discrétionnaire qui s'ajoutait à la nécessité de prendre en compte, pour la jurisprudence, la conciliation de l'intervention locale avec le respect de l'initiative privée. Désormais, la compétence locale se fonde simplement et directement sur une disposition législative expresse.

¹⁶ Les élus, au lieu d'accompagner le développement local, sont devenus des acteurs très sollicités ; or, confrontés à de multiples pressions (citoyens, entreprises, presse locale, [...]), ils ne "*disposent pas toujours du recul nécessaire pour évaluer la cohérence globale et l'efficacité dans le temps des aides publiques*" (Rapport public particulier C. des comptes, Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises, Ed. du JO, 1996, p. 27).

¹⁷ Aux moyens d'action prévus par les textes se sont ajoutés des modalités de financement au cadre légal mal défini tels que des prêts et avances hors du cadre réglementaire, le crédit-bail en matière d'immobilier d'entreprise ou encore des concours divers accordés souvent par l'intermédiaire d'un organisme relais (Voir, en ce sens, Rapport public particulier C. des comptes, Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises, *op. cit.*, p. 28).

¹⁸ Si les aides directes autorisées sont limitativement énumérées par la loi et laissent une place essentielle à la région qui opère une mise en place préalable des régimes, la Cour des comptes note, par ex., que nombreuses de ces aides des régions sont souvent sans fondement juridique ou encore que de nombreux départements les accordent alors que la région ne les octroie pas et qu'ils devraient se limiter à une activité de complément (Voir, en ce sens, Rapport public particulier C. des comptes, Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises, *op. cit.*, p. 37 à 43).

posées par les textes les réglementant¹⁹. A noter encore que diverses pratiques ont facilité la transgression de la loi, notamment celles confiant à un tiers l'octroi de concours publics²⁰. L'ouverture de la gestion locale a ainsi contribué à entraîner quelques collectivités dans de grandes difficultés financières qui ont légitimé l'appel à un contrôle renforcé.

2. *Un contrôle financier à plus forte portée*

383 - La libération du pouvoir financier local et les dérives financières conséquentes ont permis l'élaboration conjointe d'un contrôle authentique tenant essentiellement à la réorganisation de la juridiction des comptes par la création des chambres régionales des comptes. Cette réorganisation exprimait la volonté du législateur d'établir un équilibre entre l'autonomie accrue des décisions des élus locaux et le contrôle des gestions locales par des juridictions indépendantes du pouvoir de ces élus. Dans l'ensemble, le rôle particulier de la loi et du droit dans la mise en œuvre de la décentralisation rendait ainsi possible l'intervention du juge mais le contrôle de légalité n'allait pas faire naître, comme supposé, un "raz de marée contentieux", c'est surtout du juge financier qu'allait venir la surprise et un succès assez inattendu. Tout laissait à penser, pourtant, que son rôle resterait secondaire à en référer notamment à la spécialisation de ses tâches comme à l'histoire, jusqu'ici plutôt discrète, de la Cour des comptes ou encore au fait que, finalement, il n'y avait qu'une simple transposition, et rien d'autre, des compétences dévolues jusque là à la Cour des comptes aux chambres régionales des comptes²¹.

Or, il n'en fut rien puisqu'il faut déjà relever la différence existante entre le contrôle des administrations centrales et des grandes collectivités et celui des collectivités territoriales, et particulièrement des plus petites d'entre elles. Dans le premier cas, les opérations des ordonnateurs, qui font l'objet de processus d'élaboration et de décision complexes, sont mises en œuvre, le plus souvent, par des administrateurs et sont exécutées par des services structurés. Dans le second cas, l'ordonnateur est le plus souvent un élu qui, ne disposant pas d'une infrastructure administrative importante, se trouve beaucoup plus directement impliqué dans la conduite des actions décidées par la collectivité ou par lui-même. Il faut noter, d'autant

¹⁹ Voir, par ex., la transgression de la réglementation sur les rabais pouvant être accordés lors de la mise à disposition de bâtiments par une collectivité territoriale. (Cf. Rapport public particulier C. des comptes, Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises, *op. cit.*, p. 43 à 50).

²⁰ Des fonds sont parfois constitués dans les écritures des collectivités mais utilisés selon des procédures et des critères distincts de ceux normalement fixés par les assemblées délibérantes.

²¹ L'art. 87 de la loi n° 82-213 préc. du 2 mars 1982 reproduisait les termes dans lesquels étaient formulés les compétences de la Cour des comptes en les transposant aux chambres régionales des comptes.

plus, que le nombre des exécutifs politiques des grandes collectivités a été grandement accru²² tout comme la charge des nouvelles fonctions des responsables politiques dans les communes²³. On peut alors affirmer comme Jean-François Larger et Patrick Bonnaud, que “dès lors, la portée des contrôles des chambres régionales des comptes est apparue toute différente de celle des interventions juridictionnelles ou administratives de la Cour des comptes. Dans une collectivité de taille réduite, contrôler les comptes revient tout autant à contrôler l'ordonnateur que le comptable”²⁴.

384 - Si les chambres régionales ont, certes, débuté avec beaucoup de discrétion leur office en concentrant leur action sur le contrôle budgétaire, elles ont quand même fini par développer l'examen de la gestion des collectivités locales avant de formuler une véritable théorie du contrôle portant sur l'adéquation des moyens aux objectifs. Devant cette mise en cause apparente des élus et le renforcement conséquent du contrôle des comptes, le législateur a cependant sereinement redéfini les limites du contrôle de la gestion en 1988²⁵. Il a ainsi limité le domaine du contrôle en faisant réapparaître le filtre de l'apurement administratif pour les collectivités de petite taille et en exigeant, dans tous les cas, la nécessité d'un jugement motivé pour décider de l'évocation de l'un de leur compte puis il a limité le contrôle dans son étendue²⁶ comme dans ses effets²⁷. C'est l'évolution des “paramètres sociaux”²⁸ du contrôle qui allait faire en sorte de rétablir le renforcement dudit contrôle. En effet, ce sont les progrès de la démocratie d'opinion qui ont concrètement modifié le comportement des citoyens à l'égard de leurs élus, et contribué à donner une dynamique nouvelle au rôle du juge financier. Comme peut le souligner Jean-Claude Hélin, “la démocratie de délégation dans laquelle les élus n'étaient guère responsables que politiquement devant les électeurs fait progressivement place à une situation plus complexe dans laquelle le citoyen, généralement contribuable, se

²² Voir, en ce sens, art. 25 et 73 de la loi n° 82-213 préc. du 2 mars 1982 qui transfère au président du conseil général et au président du conseil régional le pouvoir exécutif détenu jusqu'alors par des agents du pouvoir central et en fait alors des acteurs essentiels de la vie locale.

²³ Voir, par ex., l'octroi du droit de réquisition à l'ensemble des ordonnateurs territoriaux alors que depuis longtemps existaient des difficultés pour les comptables quant au contrôle des actes des ordonnateurs.

²⁴ J.-F. Larger et P. Bonnaud, “Les chambres régionales des comptes : 1982-1992, une décennie d'adaptations”, RFFP 1993, n° 43, p. 26-27.

²⁵ Loi n° 88-13 du 3 janvier 1988 (JO 6 janvier 1988, p. 208) d'amélioration de la décentralisation.

²⁶ Alors qu'elles devaient s'assurer du “*bon emploi*” des fonds publics, la loi n° 88-13 préc. du 3 janvier 1988 ne confie plus aux chambres régionales que la charge de s'assurer de “*l'emploi régulier*” des crédits, fonds et valeurs ce qui exclut tout contrôle d'opportunité et le droit de contrôler la qualité de la gestion.

²⁷ La loi organise, en effet, un strict secret des relations entre l'ordonnateur et la juridiction des comptes.

²⁸ Expression employée par J.-B. Auby, “Les contrôles administratifs, juridiques et financiers”, Pouvoirs 1995, n° 73, p. 79.

montre plus exigeant à l'égard des choix faits par les élus, notamment lorsqu'ils ont une conséquence financière²⁹.

Cette prise en compte d'un besoin nouveau de transparence était confirmée par le législateur qui associait, en conséquence, les juridictions financières à cet effort de transparence et d'information que les lois imposaient aux collectivités en précisant et confirmant, notamment, la place tenue par les chambres dans le contrôle des gestions locales. L'ensemble des mesures ainsi édictées permettait aux juridictions financières d'assurer un suivi plus continu des gestions incertaines mais aussi, conséquemment, d'assurer un renforcement des missions et des procédures qui en résultaient. Si les ordonnateurs n'étaient pas justiciables des chambres régionales des comptes, il apparaissait que le législateur donnait aux relations qu'ils entretenaient avec elles, de façon toujours plus accentuée, la forme d'une procédure juridictionnelle. Une loi n° 90-55 du 15 janvier 1990³⁰ introduisait les observations des chambres dans un processus de régulation de la démocratie locale, en prévoyant que les observations définitives arrêtées collégialement par les chambres, après contradiction avec les responsables des organismes contrôlés, seraient communiquées aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. La loi n° 92-125 du 6 février 1992³¹ confirmait, quant à elle, l'importance de la procédure contradictoire en y incluant l'ordonnateur en fonction pendant les exercices examinés. Enfin, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993³² créa le délit d'obstacle au contrôle des juridictions financières en énonçant une peine d'amende pour obstacle à l'exercice des pouvoirs attribués aux magistrats et compléta la contradiction en donnant la possibilité aux personnes mises en cause par les jugements ou les observations d'être auditionnées par les chambres. En définitive, si la réorganisation de la juridiction des comptes dans ses prérogatives comme ses méthodes avait permis d'adapter le contrôle opéré à la nouvelle liberté locale, il a renforcé aussi, conjointement, la responsabilité des détenteurs de fonctions publiques donnant au contrôle opéré une dimension répressive nouvelle face à l'ouverture du pouvoir financier local. On peut, de même, relever la même adaptation du contrôle à travers le désordre conséquent lié à l'utilisation des formules institutionnelles locales.

²⁹ J.-C. Hélin, "La décentralisation saisie par le juge", *LPA 1997*, n° 92, 1^{er} août, p. 5.

³⁰ Art. 16 du titre III de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 (*JO 16 janvier 1990*, p. 639) relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

³¹ Art. 47 de la loi d'orientation n° 92-155 du 6 février 1992 (*JO 8 février 1992*, p. 2064) relative à l'administration territoriale de la République.

³² Art. 79 et 80 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (*JO 30 janvier 1993*, p. 1588) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

B – L'adaptation au désordre des formules institutionnelles locales

385 - Si les lois dites de décentralisation ont pu étendre les compétences des collectivités locales par des interventions en faveur du développement économique ou des entreprises en difficulté, elles ont aussi favorisé, conjointement, la reconnaissance massive de nouvelles structures de gestion externe permettant de combiner l'efficacité de ces interventions avec le respect de la finalité tracée par la loi. Une certaine "euphorie spéculative"³³ comme une tentation à "l'urbanisme facile"³⁴ ont favorisé la multiplication au recours d'organismes satellites tels que les sociétés d'économie mixte ou autres associations para-publiques. Conçus à l'origine pour offrir un mode de gestion commode de certains services publics et un cadre plus souple que celui permis par la gestion publique directe, le développement massif de ces structures s'est révélé par la suite souvent irrégulier, injustifié en certains cas (1), imprudent en d'autres cas (2).

1. Le développement souvent irrégulier et injustifié des associations para-publiques

386 - Le recours par les collectivités locales à la formule associative n'a cessé de se développer au cours des années récentes, l'action publique locale est souvent soutenue et prolongée par le relais d'organismes à but non lucratif, notamment dans les domaines qui ne relèvent pas des missions régaliennes de l'administration traditionnelle tels que les interventions dans les secteurs économique, social, culturel et sportif³⁵. Ces organismes constituent le plus souvent de véritables démembrements de la collectivité, on parle d'associations para-publiques dont la dépendance à l'égard de celle-ci se manifeste par toute une série de critères³⁶. En soi, leur utilisation par une collectivité locale n'est pas une irrégularité mais il faut noter que les collectivités intéressées négligent trop souvent, quand elles ne les transgressent pas sciemment, les limites et les précautions liées à l'utilisation de

³³ B. Boyer et R. De Castelneau, Portrait des chambres régionales des comptes, LGDJ, 1997, p. 119.

³⁴ *Ibid.*, p. 119.

³⁵ Voir, par ex., J.-M. Garrigou-Lagrange, Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, LGDJ, 1970 ; J.-P. Negrin, L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, LGDJ, 1971 et "Les associations administratives", AJDA 1980, p. 129 ; A. Dubos et E. Lallement, "Recherche sur la spécificité des associations comme mode de gestion du service public" in Sur les services publics (Etudes coordonnées par M.-J. Guédon), Economica, 1982, p. 55 et suiv. ; Rapport public Conseil d'Etat 2000, "Les associations et la loi de 1901, cent ans après", p. 241 à 357.

³⁶ Sur le plan administratif, les organes dirigeants de l'association sont composés en majorité, voire de façon exclusive, d'élus ou de fonctionnaires locaux ; sur le plan fonctionnel, ces associations exercent généralement des activités ayant un caractère de service public marqué ; enfin, sur le plan matériel, ces associations dépendent, pour la quasi-totalité de leurs ressources, des subventions ou des concours en nature de la collectivité, qu'il s'agisse d'immeubles, d'équipements ou de personnel.

telles structures³⁷. Comme peut le constater le rapport de la Cour des comptes pour 1995, il arrive “fréquemment que la création d'une association ne se justifie pas, soit que l'activité déléguée aurait très bien pu être assurée directement par la collectivité, soit que le biais associatif soit utilisé pour mener des activités critiquables au regard de la régularité ou de la probité de la gestion locale”³⁸.

387 - Ainsi, par exemple, peut se révéler injustifié le recours à des associations pour leur “confier la charge de verser aux agents des collectivités des suppléments de salaire qui devraient être imputés directement sur le budget au même titre que les rémunérations mensuelles”³⁹. Dans son rapport public de 1982, la Cour signalait déjà la progression rapide des masses financières en cause et l'irrégularité de ses versements au regard des règles fixant les rémunérations publiques et, dans certains cas, au regard de la législation fiscale⁴⁰. Mais cette pratique s'est perpétuée depuis lors, malgré des évolutions de la législation qui auraient dû en entraîner la disparition⁴¹. Les avantages servis, de la sorte, par l'intermédiaire d'associations sont d'une très grande variété, quant à leur nature et quant à leur montant⁴² d'autant plus qu'à l'irrégularité intrinsèque de certains des versements opérés s'ajoute, d'une manière générale, celle des modalités de paiement qui constituent, pour l'essentiel, une grave

³⁷ La Cour des comptes a mis régulièrement en garde les collectivités publiques, ces dernières années, contre les risques que les collectivités publiques encourent du fait du développement des associations para-administratives. Cf. Notamment Rapport public 1995 : “Structures administratives et gestion des crédits du ministère des affaires étrangères”, p. 13 et suiv. et “Le contrôle des associations para-administratives du secteur local”, p. 123 et suiv.; Rapport public 1996 : “Le recours à des associations pour le versement de rémunérations accessoires à des fonctionnaires territoriaux”, p. 295 et suiv. ; Rapport public 1997 : “Les associations subventionnées par le DATAR”, p. 25 et suiv. ; Rapport public 1999, “L'Etat et les associations dans le secteur culturel”, p. 547 et suiv.

³⁸ C. des comptes, “L'activité des chambres régionales et territoriales des comptes”, Rapport Cour des comptes 1995, p. 245.

³⁹ *Ibid.*, p. 246.

⁴⁰ C. des comptes, “Les relations administratives et financières de l'Etat, des collectivités et des établissements publics avec les organismes à statut privé subventionnés”, Rapport Cour des comptes 1982, p. 26.

⁴¹ Voir, en ce sens, l'art. 20 de la loi n° 83-634 préc. du 13 juillet 1983 et l'art. 87 de la loi n° 84-56 préc. du 26 janvier 1984 qui ont consacré le principe de la fixation par un texte législatif ou réglementaire des indemnités versées aux fonctionnaires territoriaux mais dont les conditions d'application n'ont pas permis d'assurer l'effectivité d'un tel principe.

Voir, de plus, loi n° 90-1067 du 28 novembre 1990 (JO 2 décembre 1990, p. 14845) relative à la fonction publique territoriale et portant modification de certains articles du Code des communes, qui tout en établissant la libre fixation de leur régime indemnitaire par les collectivités, n'a conduit que, dans trop peu de cas, à des régularisations.

⁴² La Cour des comptes relève ainsi, indistinctement, à côté des primes proprement dites, des avantages divers tels que des aides aux repas, des cotisations à des organismes d'assurance, des compléments de retraite. (Voir, par ex., C. des comptes, “Le recours à des associations pour le versement de rémunérations accessoires à des fonctionnaires territoriaux”, Rapport Cour des comptes 1996, p. 298).

infraction aux règles de la comptabilité publique⁴³ autant qu'elles privent de toute efficacité le contrôle de légalité alors appliqué à ces rémunérations accessoires⁴⁴.

Autre exemple de cas où le détour associatif peut se révéler injustifié, celui où des associations coexistent avec des services administratifs de la collectivité pour exercer des missions très voisines ; les structures administratives peuvent se voir ainsi détachées, en certains cas, de l'essentiel de leurs responsabilités⁴⁵ voire d'attributions qu'elles devraient normalement exercer en propre sans pouvoir les déléguer⁴⁶. Dans certains cas, encore, le recours associatif peut constituer “un moyen sciemment et couramment utilisé pour échapper à la réglementation. L'association est détournée de son objet, elle devient un moyen de violer les règles qui définissent les compétences de la collectivité et délimitent les domaines respectifs d'intervention de l'assemblée délibérante et de l'exécutif local”⁴⁷. De nombreux exemples d'abus de cette nature sont constamment dénoncés par les rapports publics de la Cour des comptes⁴⁸, ces derniers étant d'autant plus facilités qu'il existe souvent une certaine confusion entre la collectivité et les associations dans les rapports réciproques et les contrôles opérés⁴⁹. A ce développement souvent irrégulier de la formule associative s'ajoute celui parallèle des sociétés d'économie mixte locales.

2. Le développement souvent irrégulier et imprudent des sociétés d'économie mixte locales

388 - Le phénomène des sociétés d'économie mixte locales dans lesquelles sont réunis des capitaux publics et des capitaux privés n'est pas nouveau. Il y a longtemps que le pouvoir réglementaire a ouvert puis élargi leur champ d'application, principalement dans le domaine

⁴³ Des fonds qui doivent être à la charge de la collectivité sont ainsi irrégulièrement extraits de la caisse publique.

⁴⁴ La quasi-totalité des rémunérations ainsi versées ne font l'objet d'aucune délibération transmise au contrôle de légalité du préfet.

⁴⁵ Les responsables de l'association prenant les décisions d'engagement de crédits tandis que les services administratifs se contentent de la gestion des dossiers.

⁴⁶ Le cas le plus fréquent est celui du versement de subventions qui est une prérogative de la collectivité publique qui ne peut être déléguée à un organisme privé.

⁴⁷ C. des comptes, “L'activité des chambres régionales et territoriales des comptes”, Rapport Cour des comptes 1995, p. 247.

⁴⁸ La Cour des comptes relève indistinctement les cas d'intervention hors des limites imparties aux collectivités locales, l'exercice de compétences réservées au conseil municipal, le contournement de règles relatives à l'exécution et à la justification des dépenses et des recettes publiques, la violation de la réglementation relative aux indemnités des élus locaux ou encore l'utilisation de fonds publics à des fins étrangères à l'intérêt public. (Voir, en ce sens, C. des comptes, “L'activité des chambres régionales et territoriales des comptes”, Rapport Cour des comptes 1995, p. 247).

de la construction et de l'urbanisme mais, par contre, il n'y avait encore là aucune maîtrise des collectivités locales. C'est le législateur qui, après avoir simplifié la procédure de participation des collectivités à ces sociétés d'économie mixte⁵⁰, a souhaité adapter leur statut aux nouvelles responsabilités des collectivités locales⁵¹. Au-delà des règles classiques⁵², la loi donne à ces dernières une grande latitude d'action dans l'utilisation de ces sociétés qui sont, désormais, dirigées par les collectivités locales et affranchies du contrôle de l'Etat⁵³. Leur mission se voit aussi considérablement élargie, puisque après avoir énuméré quelques-uns des motifs de création d'une société d'économie mixte, le législateur ajoute : "ou pour toute activité d'intérêt général"⁵⁴. Il n'est pas nécessaire non plus que l'activité qui leur est confiée atteigne le seuil du service public, il suffit qu'elle présente un intérêt général en rapport avec les compétences de la ou des collectivités locales qui la créent, d'une part, géographiquement, d'autre part, matériellement. De nombreuses collectivités ont ainsi délégué une part croissante de leurs attributions à des sociétés d'économie mixte locales mais si des contrôles ont été prévus par le législateur quant à leur utilisation⁵⁵, ils n'ont pas été suffisants et ont surtout témoigné des risques de dysfonctionnement et des abus inhérents à ces délégations, lorsqu'elles ne sont pas organisées et contrôlées de manière appropriée.

⁴⁹ Les collectivités ne tiennent pas souvent compte, par ex., de la situation financière réelle des associations qu'elles subventionnent, ignorant les risques pris et les déficits réels ou potentiels.

⁵⁰ Voir, en ce sens, la loi n° 82-213 préc. du 2 mars 1982 qui a rendu exécutoire de plein droit les délibérations par lesquelles les collectivités locales décident de participer au capital d'une société d'économie mixte et qui a, par ailleurs, retiré tout caractère obligatoire aux statuts types et contrats types.

⁵¹ Cf. La loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 (JO 8 juillet 1983, p. 2100) relative aux sociétés d'économie mixte locales.

Voir, par ex., J.-M. Garrigou-Lagrange, "La loi du 7 juillet 1983 sur les sociétés d'économie mixte locales", RA 1983, p. 556 ou R. Escaich et J. Gall, "Commentaire de la loi du 7 juillet 1983", LPA 1984, 9 janvier, p. 24 et 20 janvier, p. 13 ; P. Delvolvé, "Le nouveau statut des sociétés d'économie mixte locales", Droit et ville 1983, p.125; C. Devès, "Nouveau départ pour l'économie mixte locale ?", AJDA 1983, p. 596.

⁵² Il en ressort, par ex., que les SEM locales peuvent exploiter des services industriels et commerciaux ou des activités d'intérêt général entrant dans les compétences des collectivités actionnaires. Leur objet social peut comprendre plusieurs activités dès lors qu'elles sont complémentaires. Les statuts doivent assurer aux collectivités locales actionnaires un nombre de voix proportionnel à leur participation au capital et au minimum de la moitié des sièges.

⁵³ Voir, à cet égard, par ex., J.-M. Garrigou-Lagrange, "Les sociétés d'économie mixte, instruments d'interventionnisme des collectivités locales", Mélanges Péquignot, Université de Montpellier I, 1984, p. 309 ; C. Devès et J.-F. Bizet, Les sociétés d'économie mixte locales, Economica, 1991 ; J.-C. Michel, Les sociétés d'économie mixte locales, LGDJ, 1990 ou encore C. Maugué et J.-H. Stahl, "Le cadre juridique des relations financières entre les SEM et les collectivités locales", AJDA 1996, p. 475.

⁵⁴ Art. 1^{er} de la loi n° 83-597 préc. du 7 juillet 1983.

⁵⁵ Les représentants des collectivités ou groupements de collectivités dans la société doivent, au moins une fois par an, établir un rapport écrit sur lequel se prononcent les organes délibérants de la collectivité ou du groupement qu'ils représentent. Si la société exerce, pour le compte de la collectivité ou d'un groupement des prérogatives de puissance publique, elle établit chaque année un rapport spécial, présenté à l'organe délibérant de la collectivité. Si la société veut prendre une participation dans le capital d'une société commerciale, elle doit

389 - Les sociétés d'économie mixte auxquelles ont recours certaines collectivités concourent à altérer la transparence des situations financières. A cet égard, les rapports de la Cour des comptes ont, par exemple, dénoncé la situation des sociétés d'économie locale d'aménagement⁵⁶. Leurs états extra-comptables étant "établis sans règles précises et non soumis aux principes de permanence des méthodes, de régularité et de sincérité"⁵⁷, ne fournissent pas, par exemple, sur l'état des opérations d'aménagement, une information suffisante aux autorités responsables et, en particulier, aux assemblées délibérantes des collectivités. On a souvent retrouvé, dans ces sociétés, des atteintes à la fidélité des comptes qui ne retraçaient pas la totalité des charges et des risques encourus par le contribuable local. Beaucoup de communes partenaires ont ajusté ainsi les dates de mouvements de fonds réciproques non pas d'après les échéances contractuelles mais en fonction des besoins de trésorerie respectifs⁵⁸. Les mêmes opérations ne sont souvent pas décrites de façon cohérente dans les écritures de la commune et dans celles des sociétés d'économie mixte⁵⁹.

Certaines modalités de recours à l'économie mixte font aussi courir aux collectivités en cause des risques importants sans qu'aucune annexe aux documents budgétaires retrace ces engagements. Ainsi, si les sociétés en cause peuvent constituer une protection efficace pour les communes concédantes, les risques retombent, en réalité, très souvent, sur ces dernières. Aux risques résultant des garanties d'emprunt souvent octroyées aux sociétés, et qui peuvent jouer sans délai en cas de difficulté⁶⁰, s'ajoutent ceux moins immédiats résultant des conventions de concession elles-mêmes. Il en est ainsi d'engagements de garantie totale de gestion, obligeant certaines communes à prendre automatiquement en charge le déficit éventuel de la gestion de logements confiée à l'économie mixte⁶¹. L'appréciation du risque est souvent délicate d'autant plus que les communes doivent faire face aux nombreuses défaillances des partenaires privés soit en raison de leurs difficultés financières propres, soit

obtenir préalablement l'accord exprès de la ou des collectivités ou des groupements actionnaires et disposant d'un siège à son conseil d'administration (art. L. 1524 CGCT).

⁵⁶ Voir, par ex., C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixtes locales d'aménagement et de construction", Rapport Cour des comptes 1990, p. 351 et suiv. ; C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixte communales d'aménagement en Ile-de-France", Rapport Coudes comptes 1995, p. 331.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 340.

⁵⁸ Voir, en ce sens, C. des comptes, "Le recours par certaines communes d'Ile-de-France aux sociétés d'économie mixte", Rapport Cour des comptes 1993, p. 326.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 327.

⁶⁰ Voir, en ce sens, les ex. donnés in C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixte communales d'aménagement en Ile-de-France" préc., p. 325 et C. des comptes, "Le recours par certaines communes d'Ile-de-France aux sociétés d'économie mixte" préc., p. 328.

⁶¹ Voir, en ce sens, les ex. donnés in C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixte communales d'aménagement en Ile-de-France" préc., p. 325.

par défaut de motivation ou de véritable implication⁶². Souvent les communes concédantes sont alors obligées de réagir par le biais de subventions accordées à leurs sociétés mettant ainsi quelquefois les finances publiques en danger.

390 - Enfin, comme peut encore le noter la Cour des comptes, le recours à une société d'économie mixte "peut aussi être un masque cachant la réalité de pratiques abusives"⁶³. Certaines communes ont ainsi, par ce biais, engagé des dépenses d'intérêt communal sans disposer de financements adaptés et suffisants. Plus généralement, elles peuvent permettre de détourner de nombreuses règles juridiques ou jurisprudentielles applicables aux interventions directes des collectivités. La débudgétisation de certaines opérations par l'intermédiaire de ces sociétés peut permettre, par exemple, des financements dont l'inadaptation ou l'irrégularité ne peuvent être décelées en temps utile par les autorités chargées de veiller au respect de l'équilibre budgétaire⁶⁴. Des règles administratives ou de simple prudence en matière de marchés peuvent également être détournées⁶⁵. Enfin, les communes se servent souvent indirectement de telles sociétés pour diverses dépenses ou risques qu'elles ne pourraient régulièrement prendre en charge. L'objet social des sociétés d'économie mixte doit demeurer limité aux compétences des collectivités publiques actionnaires, or, certaines d'entre elles prennent parfois des participations dans d'autres sociétés dont les objets sont étrangers aux compétences des collectivités territoriales⁶⁶. Elles font ainsi courir à ces dernières des risques encore plus difficilement mesurables que ceux inhérents à leur activité propre. L'ensemble des risques ainsi décrits expose forcément les collectivités utilisatrices aux contrôleurs financiers qui, conjointement, pour contrecarrer ces débordements, exercent un contrôle plus conséquent et plus marqué répressivement. La nécessité de cette réaction répressive s'accompagne, en plus, aujourd'hui, de la mise à jour parallèle d'une certaine dimension répressive des procédures et conséquences attachées aux contrôles financiers et, ceci, sous l'influence et la soumission des principes européens et constitutionnels du droit processuel.

⁶² La Cour des comptes souligne, par ex., que "*les établissements de crédit, les grandes entreprises de bâtiment, de travaux publics ou de promotion immobilière, qui sont les associés privés les plus présents au capital des sociétés d'économie mixte, ont généralement pour objectif principal d'obtenir l'attribution préférentielle de contrats, de marchés ou de droits à construire*" (C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixte communales d'aménagement en Ile-de-France" préc., p. 337).

⁶³ C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixte communales d'aménagement en Ile-de-France" préc., p.339.

⁶⁴ Voir, en ce sens, les ex. donnés in C. des comptes, "Le recours par certaines communes d'Ile-de-France aux sociétés d'économie mixte" préc., p. 328 et 329.

⁶⁵ Voir, en ce sens, C. des comptes, "Le recours par certaines communes d'Ile-de-France aux sociétés d'économie mixte" préc., p. 329 et 330.

⁶⁶ Voir, en ce sens, les ex. donnés in C. des comptes, "Les sociétés d'économie mixte communales d'aménagement en Ile-de-France" préc., p. 341 et C. des comptes, "Le recours par certaines communes d'Ile-de-France aux sociétés d'économie mixte" préc., p. 330 .

§ 2 : *Une dimension répressive marquée : la soumission aux principes du droit processuel*

391 - Si certaines libertés locales ont pu rendre nécessaire un office plus répressif du juge financier, on a pu voir naître parallèlement un autre mouvement de remise en cause desdites procédures sous l'influence, cette fois, de la construction du droit judiciaire européen issu de la Convention européenne des droits de l'homme. S'appuyant sur une éthique qui va bien au-delà d'une critique de certains aspects du contrôle des finances publiques, cette conception juridique à dimension supra-nationale marque et concrétise l'évolution du caractère répressif de la procédure. Si l'applicabilité des principes conventionnels au titre du concept européen de la "matière pénale" s'est révélé, pour ainsi dire, inéluctable (A), l'application concrète de ses principes peine encore à se déterminer (B).

A – Une applicabilité qui s'est révélée inéluctable

392 - L'évolution du droit comme la manière dont il est ressenti a rendu l'applicabilité des principes européens du droit processuel inéluctable mais elle a été facilitée en cela par la nature répressive intrinsèque des sanctions financières (1) et, conséquemment, par une évolution largement amorcée (2).

1. La nature répressive intrinsèque des sanctions financières

393 - On avait pu traiter des difficultés liées à la définition de la nature des sanctions prononcées par la Cour de discipline budgétaire lors de son instauration⁶⁷ et on avait pu noter que la seule précision apportée était celle selon laquelle les amendes présentaient le même caractère que celles prononcées par le juge des comptes en cas de gestion de fait⁶⁸. Or, ces dernières, décidées par une juridiction, sont de nature répressive, elles ne sont pas de simples réparations pécuniaires et, ceci, même si leur montant maximum est fixé par la loi au montant des sommes irrégulièrement détenues ou maniées⁶⁹ ou si leur produit est affecté à la collectivité publique dont les fonds ont été irrégulièrement détenus ou maniés, comme les débets prononcés par le juge des comptes⁷⁰. Si cette amende pour ingérence dans les opérations comptables peut constituer une "sanction spécifique"⁷¹, la Cour des comptes a

⁶⁷ Cf. *Supra.*, p. 293 et suiv.

⁶⁸ Art. 29 de la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948 et art. L. 313-14 CJF.

⁶⁹ Art. L. 131-11 CJF.

⁷⁰ Art. L. 131-12 CJF se substituant à l'art. 10 de la loi n° 54-1306 préc. du 31 décembre 1954.

aussi affirmé, à de nombreuses reprises, qu'il s'agissait de véritables peines⁷² et a, de la sorte, dégagé un certain nombre d'éléments de ce caractère pénal *lato sensu*.

La condamnation est d'abord proportionnée à la connaissance qu'avait l'auteur de l'ingérence de l'irrégularité de ses opérations. Les arrêts de condamnation à l'amende mettent, désormais, souvent l'accent sur le fait que les fonctionnaires ou officiers publics qui se sont ingérés dans les opérations comptables ne pouvaient ignorer le caractère irrégulier de leurs agissements et l'importance du trouble apporté à l'ordre budgétaire et comptable⁷³. Dans tous les cas, la juridiction financière apprécie souverainement s'il convient ou non de faire effectivement application de l'amende. Sous le régime du décret-loi du 23 octobre 1935, la Cour des comptes n'avait guère sanctionné que les comptables de fait récalcitrants⁷⁴ ou ceux qui avaient irrégulièrement extrait des fonds de la caisse publique au moyen de mandats fictifs⁷⁵. Depuis 1954⁷⁶, elle se montre plus rigoureuse et considère que l'amende est une sanction dont la seule justification repose sur l'existence d'une comptabilité de fait. Comme le relève la Cour des comptes, "l'amende destinée à sanctionner l'immixtion sans titre dans les fonctions de comptable public, s'applique dès lors que celle-ci est constatée, les données de fait – notamment l'usage réservé aux fonds irrégulièrement maniés – constituant de simples circonstances atténuantes ou aggravantes qui ne sont prises en compte que pour la fixation du *quantum* de l'amende"⁷⁷. Arnaud Le Gall note, à cet égard, que "le juge est donc conduit à envisager le comportement du comptable lors de la gestion de fait et se réserve le droit d'apprécier le mérite des explications et justifications qu'il appartient aux intéressés de produire. Mais cette appréciation ne peut, en principe, avoir pour effet de faire échapper le comptable à l'amende"⁷⁸.

⁷¹ Cf. Par ex., C. des comptes, 26 novembre 1981, *Klein et Gsell, Commune de Benfeld* (Rec. C. des comptes p.223) ; C. des comptes, 7 octobre 1982, *Delahaye, Commune de Beaune* (Rec. C. des comptes, p. 220, GAJF, n° 46)

⁷² Cf. Par ex., C. des comptes, *Jolivot et consorts, Ecole de médecine de Marseille* (Rec. C. des comptes, p. 20) ; C. des comptes, 24 mars 1960, *Pot et consorts, Commune de Lewarde* (Rec. C. des comptes, p. 51) ; C. des comptes, 4 mai 1961, *Lehoux, Commune de Juré* (Rec. C. des comptes, p. 86) ; C. des comptes, 24 janvier 1968, *Vallière, Commune d'Agde* (Rec. C. des comptes, p. 138).

⁷³ Voir, par ex., C. des comptes, 7 juillet 1943, *Chapelain et Delouche* (Rec. C. des comptes, p. 17) ; C. des comptes, 16, 17 mars et 25 mai 1961, *Damien et consorts* (Rec. C. des comptes, p. 37) ; C. des comptes, 24 octobre 1952, *Dutel, secrétaire de la mairie de Bohain* (Rec. C. des comptes, p. 30).

⁷⁴ C. des comptes, 13 août 1940, *Morin, maire de Ry* (Rec. C. des comptes, p. 35) ; C. des comptes, 18 novembre 1941, *Chevalier, ancien maire de Birmandreis* (Rec. C. des comptes, p. 3).

⁷⁵ C. des comptes, *Pieplus, ancien maire de Bénouville* (Rec. C. des comptes, p. 25) ; C. des comptes, 1^{er} juillet 1938, *Bernard, ancien maire d'Eygallayes* (Rec. C. des comptes, p. 21).

⁷⁶ Loi n° 54-1306 préc. du 31 décembre 1954.

⁷⁷ C. des comptes, 4 janvier 1990, *Office pour l'information Eco-entomologique* (Rec. C. des comptes, p. 3) ou C. des comptes, 4 janvier 1990, *Poly et Melle Bienvenu, INRA* (Rec. C. des comptes, p. 3).

394 - Si la Cour a pu affirmer, curieusement, que “l'amende infligée à un comptable de fait n'a pas pour but de réparer un dommage matériel, mais qu'elle sanctionne le préjudice moral subi par la collectivité”⁷⁹ ou qu'elle a, parfois, tenu compte du préjudice subi par la collectivité⁸⁰, il n'en reste pas moins que les amendes ont un caractère personnel. La condamnation à l'amende pour gestion de fait est, ainsi, toujours proportionnée, dans l'hypothèse d'une gestion de fait collective, à l'importance respective du rôle joué par chacun des co-auteurs de l'ingérence ; si ceux-ci sont, en effet, solidairement débiteur du débet qui peut être prononcé, il en va différemment pour la peine, les uns pouvant être condamnés à l'amende et les autres bénéficier d'un non-lieu⁸¹. C'est aussi en vertu du principe de la personnalité des peines que l'amende ne saurait être appliquée à un comptable décédé⁸², elle ne peut être confirmée si elle a été prononcée à titre provisoire⁸³ et elle devient une dette de la succession en raison de son caractère patrimonial si elle a déjà été prononcée à titre définitif⁸⁴. Enfin, en cas de modification des dispositions législatives relatives aux amendes, la juridiction financière, sans se juger tenue de respecter le principe de la rétroactivité des lois plus douces qui est de règle en matière pénale, a toujours appliqué, en fait, le texte le plus favorable au comptable⁸⁵.

L'amende pour ingérence dans les opérations comptables n'a cependant pas tous les caractères de l'amende pénale. Elle ne donne pas lieu à l'application du sursis, n'est pas inscrite au casier judiciaire et n'a jamais été amnistiable⁸⁶. De même, l'action en reddition de

⁷⁸ A. Le Gall, *La gestion de fait*, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁹ C. des comptes, 24 octobre 1991, *Francois et Comité d'action sociale du personnel municipal de Salon-de-Provence* (R du T 1992, p. 322).

⁸⁰ C. des comptes, 14 mai 1963, *Sabatier et consorts, Syndicat intercommunal de Galans-Tournous-Recurt* (Rec. CE, p. 23) ; C. des comptes, 8 juin 1967, *Commune de Ringelsdorf* (RA 1967, n° 120, p. 691).

⁸¹ C. des comptes, 24 octobre 1978, *Bureau de recherches géologiques et minières, service de la carte géologique d'Alsace et de Lorraine* (Rec. C. des comptes, p. 155) ; C. des comptes, 24 février 1983 et 2 février 1984, *Ministère de l'agriculture, service des haras* (Rec. CdesC, p. 134) ; C. des comptes, 5 avril 1984, *Institut national de la recherche agronomique et école nationale supérieure d'agronomie de Rennes* (Rec. C. des comptes, p. 300).

⁸² C. des comptes, 27 juin 1951, *Commune de Persan* (Rec. C. des comptes, p. 3) ; C. des comptes, 16 juin 1977, *Hospice de Maillane* (Rec. C. des comptes, p. 122) ; C. des comptes, 29 mai 1997, *Université de Paris XI, laboratoire d'hydrologie et de géochimie isotopique* (Rec. C. des comptes, p. 81).

⁸³ C. des comptes, 27 juin 1951, *Commune de Persan* (Rec. C. des comptes, p. 3) ; C. des comptes, 24 mars 1960, *Pot et consorts, Commune de Lewarde* préc. ; C. des comptes, 28 septembre 1994, 14 décembre 1995, *Grout de Beaufort, Morin et Société pour l'inventaire de la faune et de la flore, Muséum national d'histoire naturelle* (R du T 1996, p. 421).

⁸⁴ Cf. En ce sens, C. des comptes, 8 décembre 1982, *Amadéo, collèges de Bray-sur-Seine et de Nangis* (Rec. C. des comptes, p. 331, R du T 1983, p. 287).

⁸⁵ C. des comptes, 27 mai 1943, *Lebrun, maire d'Ervillers* (Rec. C. des comptes, p. 10) ; C. des comptes, 26 janvier 1944, 11 mai 1945, *Hildesheimer et Broche, Département de l'Aisne* (Rec. C. des comptes, p. 28).

⁸⁶ Voir, en ce sens, CE, 21 juillet 1970, *Consorts Darrac* (Rec. CE, p. 506) ; C. des comptes, 13 octobre 1982, *Direction interdépartementale de l'industrie d'Orléans* (Rec. C. des comptes, p. 197) ; C. des comptes, 30 septembre 1992, *Association carrefour du développement, Nucci et autres* (Rec. C. des comptes, p. 101).

compte fait l'objet d'une prescription trentenaire alors que l'action publique se prescrit dans des délais beaucoup plus courts en matière de crimes et de délits. D'autre part, le régime de l'amende est ambiguë au regard du principe fondamental de non-cumul des peines dans l'hypothèse de concours d'infraction. L'amende ne peut ainsi être infligée lorsque les prévenus font l'objet de poursuites pénales au titre du délit d'usurpation de fonctions publiques⁸⁷. La seule poursuite, par laquelle l'autorité judiciaire affirme sa compétence, suffit à exclure l'action répressive du juge des comptes, alors même qu'elle n'aboutit pas à condamnation⁸⁸. En revanche, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation⁸⁹, la poursuite sous une autre inculpation, même suivie de condamnation, ne fait pas obstacle à l'infliction de l'amende pour gestion de fait⁹⁰, il y a là un témoignage marquant du caractère spécifique de la sanction qui n'est pas totalement assimilée à une véritable peine. En définitive, les auteurs parlent, finalement, de "sanction d'un type très particulier"⁹¹, de "sanction unique en son genre"⁹² voire de "peine disciplinaire spéciale"⁹³ pour ainsi justifier la dérogation au principe de non-cumul des peines⁹⁴. En tous les cas, la nature répressive est indéniable et justifie l'applicabilité des principes processuels du droit au procès équitable au titre de la matière pénale d'autant que cette applicabilité a fait l'objet d'une évolution largement amorcée.

2. La consécration d'une évolution largement amorcée

395 - La question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne au contentieux financier a traditionnellement suscité une réponse négative. C'est d'abord la Cour de discipline budgétaire et financière qui a rejeté l'application de ses dispositions en invoquant la spécificité de sa juridiction qui ne relève ni des juridictions pénales, ni des juridictions civiles⁹⁵. Pour autant, les qualifications civiles et pénales contenues dans l'article 6 sont, on le

⁸⁷ Tel que prévu par l'art. 258 CP et l'art. 433-12 NCP. Voir, en ce sens, art. L. 131-11 CJF.

⁸⁸ Voir, par ex., C. des comptes, 7 mars 1979, *Morlet, Commune de Dallet* (RA 1980, p. 53).

⁸⁹ La Cour de cassation juge depuis 1956 que la règle *non bis in idem* fait obstacle à des poursuites nouvelles à raison des mêmes faits, même s'ils sont pris sous une qualification différente (Cass., crim., 20 mars 1956, *Chevalet*, D. 1957, p. 33, note Huguéney).

⁹⁰ C. des comptes, 29 avril 1959, *Commune de Huningue* (Rec. C. des comptes, p.17) ; C. des comptes, 15 décembre 1969, *Commune de Grassendorf* (Rec. C. des comptes, p.32) ; CE, 2 mars 1973, *Massé* (Rec. CE, p.184, concl. Braibant, AJDA 1974, p. 197, note J. Magnet).

⁹¹ F.J.Fabre, note sous C. des comptes, 7 octobre 1982, *Delahaye, Commune de Beaune*, GAJF, 4^{ème} éd., n° 46, p.421.

⁹² A. Le Gall, *La gestion de fait*, op. cit., p. 115.

⁹³ J. Magnet, *Les gestions de fait*, op. cit., p. 184.

⁹⁴ En ce sens note préc. J. Magnet sous CE, 2 mars 1973, *Massé*, AJDA 1974, p. 197.

En sens contraire, R. Chapus, "La Cour des comptes et le juge judiciaire" in *La Cour des comptes d'hier à demain*, LGDJ, 1979, p. 144 et suiv. ou in *L'administration et son juge*, op. cit., p. 212 et suiv.

⁹⁵ CDBF, 17 février 1988, *Aubert, Services vétérinaires des Alpes-de-Haute-Provence* (Rec. CDBF, p.538).

sait, relatives à la nature du litige en cause et restent indépendantes de celles de la juridiction compétente⁹⁶. Le Conseil d'Etat est alors revenu à une motivation plus conforme tout en maintenant le principe de l'inapplicabilité⁹⁷ du fait notamment de la nature juridique propre des amendes prononcées par la Cour de discipline⁹⁸. La Cour des comptes, quant à elle, a d'abord témoigné d'une "relative incertitude à ce sujet"⁹⁹ ou d'une jurisprudence "loin d'être solidement établie"¹⁰⁰. On a pu relever, tour à tour, sans affirmation explicite, que les principes en cause s'imposaient "au juge des comptes statuant sur le point de savoir si des personnes n'ayant pas la qualité de comptable public se sont constituées comptables de fait"¹⁰¹, que la procédure suivie devant le juge des comptes n'était pas "substantiellement contraire" à ces principes¹⁰² ou encore que la cause des parties était équitablement entendue "conformément au principe posé" par cette Convention¹⁰³. En tous les cas, il faut néanmoins noter que la jurisprudence habituelle de la Cour des comptes ne voit aucune action civile ou pénale dans le jugement des comptes, à quelque niveau de la procédure que ce soit.

396 - Le Conseil d'Etat lui s'est d'abord prononcé par l'intermédiaire du commissaire du gouvernement Bruno Genevois qui considéra l'activité de la Cour des comptes "étrangère, en principe, au champ d'application de l'article 6, paragraphe 1"¹⁰⁴ tout en se demandant "si un sort particulier ne (devait) pas être réservé au cas où la Cour des comptes se prononce sur la gestion des comptables de fait et leur inflige une amende"¹⁰⁵. Le juge administratif n'avait pas eu à prendre position sur ce point, il le fit, près de dix ans plus tard, sur un recours en cassation formé par la ville d'Annecy contre un arrêt de la Cour des comptes mettant en débet le comptable de cette commune en jugeant que "la Cour des comptes, lorsqu'elle juge les comptes des comptables publics [...] ne statue pas en matière pénale et ne tranche pas des

⁹⁶ Voir, par ex., CEDH, 16 juillet 1971, *Ringeisen contre Autriche*, série A, n° 13, § 94 préc.

⁹⁷ CE, 30 octobre 1991, *Dussine et Gautier* (req. n° 95. 947 et n° 96. 054) et CDBF, 12 avril 1995, *Guisset, Centre culturel d'Abou Dhabi* (Rec. CDBF, p. 596).

⁹⁸ Elles n'ont pas, selon le Conseil d'Etat, "le caractère d'une sanction pénale, ni celui d'une sanction disciplinaire ou professionnelle". Voir, en ce sens, CE, sect., 7 juillet 1978, *Massip* (Rec. CE, p. 301, AJDA 1978, p. 446 et 465, chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau).

⁹⁹ A. Le Gall, La gestion de fait, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁰ Concl. Du Marais sous CE, 6 janvier 1995, *Nucci*, RFFP 1995, p. 216.

¹⁰¹ C. des comptes, 26 mai 1992, *Médecin, Association Nice-communication* (Rec. C. des comptes, p. 49, RA 1992, p. 528, note F.J. Fabre, GAJF, n° 11, p. 110, R du T 1992, p. 662).

¹⁰² C. des comptes, 11 mars et 29 avril 1993, *Association Animation sociale grenobloise et autres, Commune de Grenoble* (Rec. C. des comptes, p. 20, concl. ministère public, R du T 1993, p. 541, D. 1993, p. 534, note J. Magnet).

¹⁰³ C. des comptes, 4 mai 1993, *Association Œil émergence et autres, Commune de La Ciotat* (Rec. C. des comptes, p. 62, R du T 1993, p. 697, concl. ministère public).

¹⁰⁴ Concl. Genevois sous CE, sect., 19 décembre 1980, *Roques* (RA 1981, p. 146).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 146.

contestations sur des droits et obligations de caractère civil¹⁰⁶. Cette interprétation restrictive était confirmée, non plus à propos de l'apurement d'un compte public mais à propos d'une déclaration de gestion de fait. Suivant son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat concluait à l'inopérance de l'article 6 au stade de l'arrêt qui se borne à déclarer une gestion de fait¹⁰⁷. Le commissaire du gouvernement Bertrand Du Marais avait noté, tout en relevant que l'aspect répressif de la procédure de gestion de fait apparaissait "immédiatement à l'esprit"¹⁰⁸ et qu'il ne voyait "guère de moyens d'écarter d'un point de vue général l'application de l'article 6"¹⁰⁹, que la déclaration de gestion de fait n'entraîne cependant pas dans le champ d'application de l'article 6 notamment "du point de vue de ses effets"¹¹⁰ puisque "la déclaration n'emporte, en théorie, aucune automaticité ni à l'égard de l'amende, ni à l'égard du débet"¹¹¹. Il y avait là une décision spécifique à l'arrêt déclaratif de gestion de fait et non à l'intégralité de la procédure de gestion de fait mais la Cour des comptes maintenait, pour sa part, sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'instance de gestion de fait n'était ni une action civile, ni une action pénale¹¹².

397 - Telles étaient les décisions de principe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions financières ; pour autant, ces solutions allaient rapidement être fragilisées par une lecture de plus en plus extensive de l'article 6 opérée par la Cour européenne¹¹³, laquelle ne pouvait être sans conséquence sur les juridictions financières. Cela était d'autant plus vrai que, s'agissant du cas particulier des amendes prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière, la Commission européenne reconnaissait expressément l'applicabilité de l'article 6

¹⁰⁶ CE, 19 juin 1991, *Ville d'Annecy contre Dussolier* (Rec. CE, p. 242, AJDA 1992, p. 150, concl. Abraham, R du T 1991, p. 642, concl.)

¹⁰⁷ CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci* (Rec. CE, p. 6, Rec. C. des comptes, p. 147, concl. Du Marais, RFFP 1995, p. 207, concl., JCP 1996, G, II, n° 22592, note M. Degoffe, RA 1995, p. 259, note F.-J. Fabre, R du T 1995, obs. R. Ludwig, AJDA 1995, p. 116, chron. Touvet et Stahl).

¹⁰⁸ Concl. Du Marais sous CE, 6 janvier 1995, *Nucci*, RFFP 1995, p. 220.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 222.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 224.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 224.

¹¹² Voir, en ce sens, C. des comptes, 18 décembre 1995, *Commune d'Illkirch-Graffenstaden* (R du T 1996, n° 6, p. 324) ; C. des comptes, 24 septembre 1996 et 2 octobre 1996, *Ministère de la coopération* (RFFP 1997, n° 59, p. 246) ; C. des comptes, 16 janvier 1997, *Département des Bouches-du-Rhône, Association pour le développement des études et techniques départementales* (Rec. C. des comptes, p. 4).

¹¹³ Ainsi, la Cour européenne considère que relève de la qualification de droits et d'obligations de caractère civil, toute contestation ayant un objet essentiellement patrimonial. Voir en ce sens, CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43 préc. et, en matière d'aide sociale CE, sect., 29 juillet 1994, *Département de l'Indre* préc. ou en matière disciplinaire, CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu* préc.

Cf. *Supra.*, p. 160 et suiv.

La même évolution prévaut quant à la notion d'accusation en matière pénale. Voir, en ce sens, CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, série A, n° 284 préc. et CE, sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du budget contre SARL Auto-Industrie Méric* préc. Cf. *Supra.*, p. 154 et suiv.

à la matière¹¹⁴ et c'est cette solution que reprenait, finalement, le Conseil d'Etat par une formule lapidaire selon laquelle "quant elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux amendes prévues par la loi du 25 septembre 1948, la CDBF doit être regardée comme décidant du bien fondé d'accusations en matière pénale" au sens de l'article 6 de la Convention européenne¹¹⁵. La question était de savoir si ce revirement attendu était susceptible de s'étendre à l'ensemble du contentieux financier sachant que la loi attribue une identité de nature entre les amendes prononcées par le juge des comptes et celles décidées par la Cour de discipline¹¹⁶. Cette applicabilité était déjà admise implicitement par l'autorité réglementaire¹¹⁷ et certains commissaires du gouvernement¹¹⁸ avant que le Conseil d'Etat ne finisse par la confirmer quelques temps seulement après sa première décision d'applicabilité en jugeant que "lorsqu'elles sont saisies d'agissements pouvant donner lieu aux amendes pour gestion de fait [...] la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes doivent être regardées comme décidant du bien fondé d'accusations en matière pénale"¹¹⁹. Comme le comptable de droit était en mesure de se voir infliger dans certains cas des amendes, c'est en définitif l'ensemble des jugements des comptes qui se retrouvait susceptible d'être appréhendé par la Convention européenne. Si la question de l'applicabilité était ainsi réglée, restait à voir la question de l'application concrète de l'ensemble des principes concernés, or, la jurisprudence du juge administratif comporte, à cet égard, bien des réserves et laisse entrevoir une application peinant à se déterminer.

¹¹⁴ Voir, en ce sens, ComEDH, 9 mars 1998, *Guisset contre France* (req. n° 33933/96) ; CEDH, 26 septembre 2000, *Guisset contre France* (req. n° 00033933/96) et J.-F. Flauss, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (AJDA 1998, p. 984 et suiv. spéc., p. 988).

¹¹⁵ CE, sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi* (RDP 1999, p. 633, note G. Eckert, LPA 1999, n° 11, 15 janvier, p. 12, note J.-M. André, RFFP 1999, p. 189, note C. Pierucci).

¹¹⁶ Art. L. 313-14 CJF se substituant à l'art. 29 de la loi n°48-1484 préc. du 25 septembre 1948.

¹¹⁷ Le pouvoir réglementaire a introduit diverses dispositions prévoyant que doivent être rendus en séance publique les arrêts ou jugements statuant à titre définitif sur une amende pour éviter que ne se développe un contentieux fondé sur la méconnaissance de l'art. 6-1 CEDH.

Voir, en ce sens, art. 40 à 44 du décret n° 95-545 du 23 août 1995 (JO 27 août 1995, p.12717) relatif aux chambres régionales des comptes et décret n° 96-334 du 18 avril 1996 (JO, 20 avril 1996, p.6082) portant modification du décret n°85-199 relatif à la cour des comptes et instituant la publicité de certaines audiences.

Voir, également, C. Descheemaeker, "L'audience publique dans les juridictions financières", *Cou. Jur. Fin.* 1997, n° 81, p. 1 et suiv. et "Une innovation dans les chambres régionales des comptes : l'introduction de l'audience publique dans certaines procédures juridictionnelles", *DA* 1995, août / sept., p. 1 et suiv.

¹¹⁸ Voir conclusions préc. Du Marais sous CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci* et conclusions Lamy sur CE, sect., 3 avril 1998, *Mme Barthélémy* (RFDA 1998, p. 1039).

¹¹⁹ CE, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et M. Perrin* (Rec. CE, p. 415, RFDA 1999, p. 246 et p. 1022, note H. Surrel).

B – Une application qui peine à se déterminer

398 - Si une certaine applicabilité des dispositions conventionnelles a été reconnue par le juge administratif dans le domaine des sanctions financières, l'attitude globale du juge quant à l'application même des dispositions reste encore réticente. Il continue aujourd'hui à écarter du champ d'application du droit au procès le contentieux, dans son ensemble, de la mise en jeu de la responsabilité du comptable public, patent ou de fait, n'exigeant le respect de la Convention européenne que dans les procédures qui vont déboucher sur une amende et non dans les autres (1). De plus, lorsqu'il est amené à conforter une jurisprudence antérieure de la Cour de Strasbourg en rejetant une règle nationale classique et incontestée, il ne la rattache pas, quant à son fondement, aux dispositions conventionnelles. Il y a là, en définitive, une application détournée et avec concessions des principes du droit au procès (2).

1. L'exclusion particulière liée au jugement des comptes

399 - Si le Conseil d'Etat admet l'applicabilité de l'article 6-1 de la Convention européenne à l'infliction des sanctions financières, il maintient, en revanche, avec rigueur, son inapplicabilité au jugement des comptes des comptables de droit ou de fait¹²⁰. Il y a là exclusion d'une réitération traditionnelle fondée sur la conception de la nature du contrôle opéré par le juge des comptes et sur les caractéristiques propres de l'obligation pesant sur les comptables. La première justification tient au caractère objectif de la procédure de jugement des comptes des comptables publics qui, conformément au principe traditionnel, est élaboré pour juger les comptes et non les comptables¹²¹. Il en découle, pour le Conseil d'Etat, que la Cour des comptes "ne peut légalement fonder les décisions qu'elle rend dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que sur les éléments matériels des comptes soumis à son contrôle, à l'exclusion notamment de toute appréciation du comportement personnel des comptables intéressés"¹²². Seuls sont en cause, en application des règles de la comptabilité publique, le paiement ou le recouvrement des deniers publics. L'appréciation du comportement du comptable est le fait du seul Ministre des finances qui peut prendre une décision de décharge

¹²⁰ Cf. CE, 19 juin 1991, *Ville d'Annecy contre Dussolier* préc. ; CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci* préc. ; CE, sect., 3 avril 1998, *Mme Barthélémy* préc. ; CE, 6 novembre 1999, *SARL Deltana et Sieur Perrin* préc.

¹²¹ Voir, en ce sens, art. L. 111-1 CJF pour la C. des comptes et L. 211-1 pour les CRC.

¹²² CE, Ass., 20 novembre 1981, *Ministre du budget contre Rispaill et autres* (Rec. CE, p. 434, concl. Bacquet, RA 1982, p. 393, note F.-J. Fabre, R du T 1982, p. 195, note R. Ludwig) ; CE, Ass., 23 juin 1989, *Ministre de l'Economie, des Finances et du budget contre Veque et autres* (Rec. CE, p. 151, AJDA 1989, p. 424, 482 et p. 437, chron. E. Honorat et E. Baptiste ; RA 1990, p. 336, R du T 1989, p. 524 et p. 783, note R. Ludwig, R du T 1990, p. 520, RFFP 1989, n° 28, p. 115, RFDA 1990, p. 100, concl. Frydman).

ou accorder une remise gracieuse de débet¹²³. La responsabilité du comptable public se caractérise également par son automaticité. L'examen du compte par le juge n'est pas subordonné à l'existence d'un différend entre le comptable et la personne publique concernée. Par l'effet d'une véritable présomption légale, le comptable public est responsable dès que le compte est mis en débet, quel qu'en soit le motif et il est responsable pour le montant du débet indépendamment du préjudice subi par la personne publique. L'arrêt de débet ne représente ainsi que l'évaluation des sommes irrégulièrement manquantes que le comptable concerné est tenu de reverser.

400 - Si cette conception du rôle du juge financier se heurte, toutefois, à de vives critiques¹²⁴, il faut noter que la Commission et la Cour européenne n'ont, jusqu'à présent, guère eu l'occasion de se prononcer sur ces spécificités mais la thèse de l'inapplicabilité à la procédure de jugement des comptes a pu être confortée par la position adoptée par les instances européennes sur la législation belge relative à la responsabilité des comptables publics¹²⁵. L'applicabilité de l'article 6, pris dans son volet civil, y a été reconnue par la Commission¹²⁶ mais sur un fondement avant tout subjectif tenant au fait que la Cour des comptes belge avait statué sur l'ensemble de la responsabilité de la requérante et qu'elle avait, à cet égard, apprécié les manquements dans l'exercice de ses fonctions. Or, la procédure française étant essentiellement objective, il a pu être estimé, *a contrario*, que les particularités de la législation belge interdisaient toute transposition directe de cette solution au droit français. Il faut néanmoins relever certaines contradictions à ce sujet.

¹²³ Art. 6 du décret du n° 64-1022 du 29 septembre 1964 (JO 3 octobre 1964, p. 8917) relatif à la constatation et à l'apurement des débits des comptables publics et assimilés.

¹²⁴ Voir, par ex., J. Magnet, "Que juge le juge des comptes ?", RFFP 1989, n° 28, p. 115 à 124, spéc., p. 118 où l'auteur relève que : "le juge des comptes vérifie les comptes mais surtout statue sur la régularité des opérations qui sont ou devraient être décrites dans ces comptes ou sur la responsabilité qui en découle pour le comptable". N. Baverez in "La cour des comptes : juridiction introuvable ?" préc., note aussi, par ex., que "les sanctions prononcées par la Cour, qui justifient sa nature de juridiction, ne s'appliquent pas aux comptes, que leur irrégularité éventuelle ne modifie pas, mais aux comptables, dont la responsabilité pécuniaire est mise en jeu". Enfin, F.-J. Fabre in note sous C. des comptes, 30 octobre 1952, *Lévêque, receveur municipal de la commune de La Roche-posay* (GAJF, 4^{ème} éd., 1996, p. 251) peut aussi noter que "sans doute le juge des comptes n'a-t-il pas, en règle générale, à se préoccuper de faire expressément la preuve des fautes commises par ses justiciables [...] mais [...] il est clair qu'à l'origine des déficits de caisse, des paiements irréguliers ou des pertes de recettes, il y a, le plus souvent, une faute du comptable et que le juge des comptes ne peut ignorer cette faute lorsqu'il statue sur la situation du comptable".

¹²⁵ ComEDH, 17 janvier 1989, *Muyldermans contre Belgique* (req. n° 12217/86) et CEDH, 23 octobre 1991, *Muyldermans contre Belgique*, série A, n° 214-B (RFFP 1992, n° 37, p. 177, note G. Montagnier).

¹²⁶ L'arrêt de la Cour est de peu d'intérêt dans la mesure où il se contente de prendre acte de l'accord amiable auquel ont abouti le gouvernement belge et la requérante.

Si sous l'angle du volet pénal, l'inapplicabilité ne fait pas de doute¹²⁷, les commissaires du gouvernement qui ont examiné le problème sous l'angle de la matière civile ont eu, par contre, une position nuancée et ont souligné l'incertitude de la solution¹²⁸. En effet, il résulte de la jurisprudence européenne que l'engagement de la responsabilité civile d'un agent public par la personne publique qui l'emploie constitue, en principe, une contestation civile au sens de l'article 6¹²⁹. Or, la responsabilité civile se caractérise fondamentalement par le fait qu'elle consiste à réparer le préjudice subi par autrui ; si on la compare à celle qui pèse sur le comptable public, il y a indéniablement une certaine similitude puisque la responsabilité du comptable vise, elle, à réparer le préjudice financier causé par le comptable à la collectivité publique du fait de la méconnaissance ou de la violation d'une des règles relatives à la comptabilité publique. Le doute est ainsi permis sur la nature juridique de l'obligation qui pèse sur le comptable. D'autant plus qu'il faut encore noter que le critère de l'incidence d'une situation ou d'un acte sur les droits patrimoniaux du justiciable apparaît aujourd'hui comme le critère décisif de l'applicabilité de l'article 6 par le juge européen¹³⁰. Or, l'issue de la procédure de jugement des comptes peut avoir d'importantes répercussions sur le patrimoine du comptable concerné puisque le débet correspond au montant en principal et en intérêts et que le débet ou l'hypothèque légale qu'il peut emporter se transmet aux héritiers.

401 - Quoi qu'il en soit du jugement des comptables patents, il faut certainement réserver une place à part aux jugements des comptables de fait, cette fois au titre de la matière pénale. Les dispositions conventionnelles ne sont applicables qu'aux procédures qui vont déboucher sur une amende et non dans les autres¹³¹. Il y a là, selon Robert Hertzog, introduction de "subtilités et de complications qui sont dénuées de véritables enjeux"¹³².

¹²⁷ Si le débet peut être ressenti par le comptable comme une sanction, il ne répare que le préjudice financier causé à la collectivité publique, il n'est pas juridiquement une sanction personnelle infligée au comptable, il constate juste un manquement dans les comptes et oblige le comptable au reversement.

¹²⁸ Voir, par ex. concl. Abraham sous CE, 19 juin 1991, *Ville d'Annecy contre Dussolier* (AJDA 1992, p. 150) qui souligne le "caractère impressionniste de la jurisprudence des organes de Strasbourg" ou concl. Lamy sous CE, sect., 3 avril 1998, *Mme Barthélémy* (RFDA 1998, p.1039) qui reconnaît "un facteur d'incertitude quant à la solution que retiendrait la Cour de Strasbourg".

¹²⁹ Voir, par ex., CEDH, 26 mars 1992, *Editions Périscope contre France*, série A, n°234-B (DA 1992, n° 198) où la Cour a jugé que l'engagement de la responsabilité civile de l'Etat, même lorsque celle-ci découle d'activités largement régaliennes et relève, en droit interne, d'un régime de droit public est soumis à l'article 6 CEDH.

De même, les litiges en matière de fonction publique relèvent de l'art. 6 dès lors que ceux-ci ont un caractère directement patrimonial (Voir, en ce sens, par ex., CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France* préc.).

¹³⁰ Voir, par ex. CEDH, 28 septembre 1995, *Procola contre Luxembourg*, série A, n° 326, § 39 préc.

¹³¹ Cf. CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci* préc. et CE, 6 novembre 1999, *SARL Deltana et Sieur Perrin* préc.

¹³² R. Hertzog, "La procédure de gestion de fait : régularisation des comptes ou sanction de mécomptes ?", *Mélanges Rieg*, Bruylant, 2000, p. 489 et "La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait", *RFFP* 1999, n° 66, n° spécial, p. 93.

Toute procédure de gestion de fait étant susceptible de déboucher sur le prononcé d'amendes, dont le montant peut être élevé puisqu'il peut atteindre celui des sommes indûment maniées, c'est dès son déclenchement qu'elle doit être considérée comme étant relative à des "accusations en matière pénale". Sans revenir sur la nature pénale de ces amendes, il faut rappeler que le procès devant la Cour s'ouvre par la mise en mouvement de ce qui est en vérité une action publique¹³³ où les comptables de fait présumés vont être appelés comme des prévenus devant une juridiction répressive. Enfin, à la différence du jugement des comptabilités patentes, celui des comptabilités occultes réserve une large place à l'appréciation des responsabilités des uns et des autres, du rôle que chacun a joué dans l'organisation de la gestion irrégulière. Il y a là, en définitive, un aspect subjectif dans le contentieux qui ne peut que tendre à l'application des dispositions conventionnelles au titre de la matière pénale. Cela n'empêche pourtant pas le juge administratif lorsqu'il fait application finalement dans ces décisions de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg d'en rechercher les fondements ailleurs et d'en faire une application générale avec concessions.

2. L'application générale avec concessions

402 - De manière générale, on ne peut qu'observer les réticences du juge administratif à recourir aux stipulations de la Convention européenne ; il s'est, certes, résolu à reconnaître à certains contentieux administratifs les caractères tenant à une application de l'article 6¹³⁴ mais ce n'est que par le biais d'une jurisprudence qui comporte toutefois bien des réserves¹³⁵. La jurisprudence liée aux juridictions financières ne fait pas exception à la règle, on en trouve une illustration, par exemple, à propos d'une décision liée à la structure organique de la Cour des comptes¹³⁶. Dotée d'une dualité fonctionnelle administrative et juridictionnelle, la Cour des comptes s'est vue suspectée de préjuger l'issue de la procédure juridictionnelle par l'entremise de ses activités administratives. Si le cumul de telles attributions est

¹³³ Cette action est engagée par la C. des comptes elle-même, soit *proprio motu*, soit suivant les réquisitions du procureur général (art. R. 112-8 CJF).

¹³⁴ Voir en ce sens CE, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et Perrin* préc. et CE, sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi* préc. où le CE soumet à l'applicabilité de l'art. 6 respectivement la procédure tenant au prononcé définitif d'une amende pour gestion de fait et les poursuites exercées devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

¹³⁵ Voir, en ce sens, le contentieux lié aux autorités régulatrices où de deux choses l'une, soit le Conseil d'Etat écarte purement et simplement l'application des dispositions conventionnelles faute de juridiction (Cf. CE, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny* préc. ; CE, Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* préc.) soit il l'admet mais en restreint la portée (Cf. CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier* préc.).

¹³⁶ CE, Ass., *Société Labor Métal et autres* (AJDA 2000, p. 464 et p. 404, chron. M. Guyomar et P. Collin, RDP 2000, p. 323, note X. Prétot, RFFP 2000, juin, p. 207, note G. Orsoni, LPA 2000, 22 juin, n° 124, p. 13, note P. Fraisse, R du T 2000, n° 11, p. 688, note M. Lascombe et X. Vandendriessche, RA 2000, n° 319, p. 30, note A. Haudry, RGCT 2001, n° 17, p. 853, note M. Larue, DA 2000, comm. 61, obs. H.-M. Crucis).

caractéristique des juridictions administratives en France, cela vaut tout particulièrement pour la Cour des comptes. Or, il faut noter que leur exercice, en ce cas, peut prêter, en pratique, à confusion. A partir des constatations et remarques effectuées dans le cadre de son activité de strict contrôle administratif, le juge financier peut, en effet, entreprendre une démarche contentieuse au titre de la procédure de gestion de fait. Comme peut le relever Patrick Fraisseix, "l'attribution administrative purement déclarative et descriptive conditionne et provoque, de la sorte, le déclenchement d'une démarche juridictionnelle pourvue d'une force contraignante, opérant en substance un tempérament de l'absence d'imbrication entre fonction administrative et contentieuse"¹³⁷.

C'est dans cette perspective, où la Cour des comptes a successivement usé de ses pouvoirs de contrôle de gestion et de juge des comptes découlant de l'identification d'une gestion de fait, que le Conseil d'Etat a considéré dans l'espèce *Labor Métal* qu'en évoquant une affaire dans son rapport public et en relevant son irrégularité, la Cour des comptes ne pouvait plus, ultérieurement, l'examiner dans le cadre de ses compétences juridictionnelles, et déclarer une gestion de fait, sans porter atteinte au principe d'impartialité et à celui des droits de la défense¹³⁸. Si des commentaires ont pu diverger sur la portée réelle de l'arrêt¹³⁹ et si la Cour des comptes, elle-même, s'est attachée à mesurer la portée de l'arrêt¹⁴⁰, le Conseil d'Etat a pu confirmer sa jurisprudence par un nouvel arrêt où une chambre régionale des comptes était, cette fois, à l'origine de la procédure¹⁴¹. Il fit à nouveau droit à la demande des requérants sur la base d'un moyen soulevé d'office par le juge de cassation, à savoir le non-respect du principe d'impartialité, principe général du droit interdisant au magistrat d'une chambre régionale des comptes qui a été chargé de la vérification des comptes et de la gestion d'un organisme de participer en qualité de rapporteur au délibéré du jugement par lequel le juge des comptes, sur la base des constatations contenues dans ce rapport de vérification,

¹³⁷ P. Fraisseix, note préc. sous CE, Ass., *Société Labor Métal et autres*, p. 14.

¹³⁸ A noter que le Conseil d'Etat a récemment apporté un tempérament à cette jurisprudence en jugeant, à propos de la fixation de la ligne de compte, que la mention de l'affaire litigieuse, préalablement à l'intervention du jugement définitif de déclaration de gestion de fait, dans le rapport public de la Cour des comptes ne révélait pas un défaut d'impartialité de la part de celle-ci. Cf. CE, 28 septembre 2001, *Nucci*, req. n° 217490 cité par M. Guyomar et P. Collin, chron. in *AJDA 2002*, p. 128.

¹³⁹ Certains y ont vu des "conséquences plus limitées qu'il n'y paraît" (chron. préc. M. Guyomar et P. Collin), ou ont souligné "l'imprudence apparente de la position du commissaire du gouvernement" (note préc. A. Haudry), d'autres, enfin, ont prédit des "conséquences [...] très probablement considérables" (note préc. M. Lascombes et X. Vandendriessche).

¹⁴⁰ Voir, en ce sens, l'avis adopté par la C. des comptes en chambres réunies le 14 juin 2000 (*R du T 2000*, p. 683 avec les conclusions de Mme le Procureur général).

¹⁴¹ CE, Ass., 6 avril 2001, *Société Razel frères* (*RGCT 2001*, n° 17, p. 865, note M. Larue, *DA 2001*, n° 115, n°145, note C. Descheemaeker, n° 168, note H.-M. Crucis, *LPA 2001*, 7 août, n° 156, p. 19, concl. Seban ; *AJDA 2001*, p. 453, chron. M. Guyomar et P. Collin, *RProc. 2001*, sept., p. 23, note S. Deygas, *RFDA 2001*, p.1299, concl. Seban, p. 1306, note M. Lascombe et X. Vandendriessche).

déclare une gestion de fait à titre définitif. La participation du rapporteur au délibéré entache en effet d'irrégularité la composition de la formation de jugement¹⁴².

403 - Si la condamnation se révèle ainsi explicite¹⁴³, elle ne s'est pas faite sans nuances et sans réserves en témoigne les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'espèce *Labor Métal* quant à l'application des principes conventionnels du droit au procès¹⁴⁴. En effet, s'il ne pouvait avoir, selon lui, de remise en cause de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, ce dernier devait néanmoins "utilement"¹⁴⁵ s'inspirer des dispositions conventionnelles, le commissaire du gouvernement indiquant clairement que "nous ne sommes pas ici dans un procès fait à un acte, mais bien dans un procès fait à des personnes. Ces personnes ont droit à une protection qui soit sensiblement équivalente à celle dont elles jouiraient dans un procès pénal ou concernant des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales"¹⁴⁶. Le fondement du raisonnement mené reste ainsi incertain puisque si les juridictions financières doivent donc respecter une jurisprudence qui "s'inspire" des principes conventionnels, les deux espèces en cause ne mentionnent à aucun moment la Convention européenne, ni dans leurs visas, ni dans leurs motifs.

Il faut noter, d'autant plus, que le contenu même du principe général du droit que le Conseil d'Etat applique dans les deux espèces est difficile à définir concrètement. Si la Cour des comptes a l'obligation de faire application du principe d'impartialité et du principe du respect des droits de la défense, c'est en vertu des règles générales de procédure que le Conseil d'Etat forge lui-même à son usage. Or, on peut relever, comme le fait Xavier Prétot, que si "la règle jurisprudentielle peut sans doute s'autoriser de sa souplesse ; on peut toutefois douter de ses vertus dans le domaine de la procédure, l'impartialité du juge n'ayant rien à gagner, semble-t-il, à une procédure dont les parties sont en droit de considérer que celui-ci demeure le seul maître"¹⁴⁷. A cela, il faut ajouter, comme l'ont relevé beaucoup de

¹⁴² A noter que cette solution ne s'applique pas à la Cour des comptes puisque le membre de la Cour des comptes qui est chargé, en tant que magistrat, d'étudier la requête et d'en faire le rapport devant la formation collégiale de jugement qui rend l'arrêt ne peut à lui seul décider de modifier le périmètre de la gestion de fait. Cf. CE, 27 juillet 2001, *Petit*, req. n° 223568, cité par M. Guyomar et P. Collin, chron. in *AJDA 2002*, p. 128.

¹⁴³ D'autant plus qu'il faut y ajouter la décision d'assemblée du contentieux CE, Ass., 14 décembre 2001, *Société Réflexions, Médiations, Ripostes* (*AJDA 2001*, chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 127 et suiv.) qui confirme, de manière solennelle, la jurisprudence précédente

¹⁴⁴ Concl. Seban in *RFDA 2000*, p. 435 et suiv.

¹⁴⁵ Concl. Seban in *RFDA 2000*, p. 435 et suiv., p. 443.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 444.

¹⁴⁷ X. Prétot, note préc. sous CE, Ass., *Société Labor Métal* in *RDP 2000*, p. 329 et 330.

commentateurs¹⁴⁸, que le Conseil d'Etat ne pourra pas, de toute évidence, continuer encore longtemps à soutenir ce raisonnement tenant à la non-applicabilité de la Convention européenne en droit mais à son applicabilité en fait. En réalité, il semble bien, selon Marc Larue, “que, dans les deux affaires, la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas été considérée comme applicable pour des raisons d'ordre purement pratique, et en particulier au motif qu'un tel “détour“ n'était pas juridiquement nécessaire”¹⁴⁹. Un principe général est suffisant, en l'espèce, à contrevenir à un texte réglementaire, reste à savoir si le juge administratif reconnaîtra l'inapplicabilité de la Convention européenne dès lors qu'il s'agira d'écartier une disposition législative sachant qu'un principe général du droit est inopérant pour mettre en cause une telle disposition¹⁵⁰. En définitive, si le juge administratif et le juge financier décident d'appliquer certaines garanties européennes du procès équitable à la procédure de gestion de fait, ils maintiennent leur refus d'en faire une complète application¹⁵¹. En dépit de certaines interrogations, toutes ses évolutions font en sorte d'accentuer concrètement une certaine logique répressive dans le domaine financier, on va voir que cette logique, si elle est reconnue, met à mal la culture traditionnelle et matérielle du contrôle financier ce qui n'est pas sans poser certaines appréhensions et rend, de la sorte, la reconnaissance de cette nouvelle logique problématique.

Section 2 : La reconnaissance problématique de la logique répressive

404 - Le contrôle financier est aujourd'hui soumis à une certaine réalité répressive qui dépasse le strict cadre matériel du contrôle normalement effectué pour tendre vers un contrôle plus personnel du justiciable. Cela n'est pas sans poser certaines appréhensions notamment au niveau de ce que doit être ou rester l'office du juge financier et la confusion des pouvoirs qu'elle est en mesure de provoquer (§1). Cette réalité répressive amène aussi un risque nouveau dont il faut prendre conscience pour les justiciables comme pour les juridictions financières qui assument, plutôt difficilement, cette nouvelle dimension répressive attachée à leur contrôle (§2).

¹⁴⁸ Voir, par ex., note préc. M. Larue, RGCT 2001, n° 17, p. 858 ou R.Hertzog, “La procédure de gestion de fait : régularisation des comptes ou sanction des mécomptes”, *op. cit.*, p. 489 et “La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait”, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁹ Note préc. M. Larue, RGCT 2001, n° 17, p. 858.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 858.

§1 : *Une dimension répressive difficile à appréhender*

405 - L'appréhension de la dimension répressive amène le juge financier à dépasser son office traditionnel et à rompre avec certaines idées ou règles préconçues au niveau de sa compétence et de la spécificité de ses fonctions. La mise en avant de l'efficacité du contrôle des finances publiques laisse ainsi le juge financier procéder, en certains cas, à une appréciation qui peut paraître délicate de l'opportunité de la décision publique (A) d'autant plus que le pouvoir répressif ainsi dévolu à ce juge financier pose des problèmes de compétence et d'articulation des procédures et des sanctions avec le juge répressif de droit commun (B).

A – Une appréciation délicate de l'opportunité de la décision publique

406 - S'il est de principe que le juge financier ne se livre pas à une appréciation de l'opportunité de la décision publique, il y a, aujourd'hui, à travers son office, des interrogations réelles, d'une part, quant à l'étendue de la compétence même du juge des comptes (1) et, d'autre part aussi, quant à l'étendue de la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière pour l'appréciation des fautes de gestion (2).

1. Les interrogations réelles quant à l'étendue de la compétence du juge des comptes

407 - L'adage traditionnellement retenu pour déterminer la compétence du juge des comptes précise que ce dernier juge les comptes et non les comptables¹⁵¹. Contrairement au juge administratif, la Cour des comptes ne peut pas annuler ou réformer les actes irréguliers qui lui sont déférés, elle ne peut rectifier les comptes qui lui sont soumis et, notamment, en rejeter les opérations jugées irrégulières. Ainsi, comme peut le noter Jacques Magnet, “les

¹⁵¹ En ce sens, H. Surrel, “Le jugement des comptes des comptables de fait à l'épreuve des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme“, *RFDA* 2002, p. 105 et suiv.

¹⁵² Cette conception restrictive avait été originellement retenue par Edouard Laferrière à la fin du XIX^{ème} siècle (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, t. I, p. 349 et suiv.) puis avait été reprise par différents commissaires du gouvernement dont Romieu qui avait consolidé la formule (Concl. Saint-Paul sous CE, 18 décembre 1903, *Dame Greliche, Sieur Jossaud et Département de la Drôme*, *Rec. CE*, p. 796 ; Concl. Romieu sous CE, 12 juillet 1907, *Ministre des finances contre Nicolle*, *Rec. CE*, p. 656, *GAJF*, 4^{ème} éd., n° 21).

Aujourd'hui les textes sont peu explicites sur ce système juridique, les art. L. 111-1 et L. 211-1 CJF disposent que : “le juge des comptes juge les comptes des comptables publics“. L'art. 60-IV de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 (*JO*, 21 février 1963, p.1825) portant loi de finances pour 1963, quant à lui, dispose que la responsabilité d'un comptable public se trouve engagée “dès lors qu'un déficit ou un manquant en deniers ou en valeurs a été constaté, qu'une recette n'a pas été recouvrée, qu'une dépense a été irrégulièrement payée [...]“.

comptes ne sont pas des actes juridiques, au sens de déclarations de volonté qui produisent des effets de droit ; ce ne sont que de simples états descriptifs des opérations financières. Ils ne sont pas justes lorsqu'ils décrivent des opérations régulières et faux lorsqu'ils décrivent des opérations irrégulières : ils sont justes lorsqu'ils décrivent des opérations effectivement exécutées, régulières ou non, et faux lorsqu'ils décrivent des opérations qui n'ont pas été exécutées ou au contraire omettent des opérations qui ont été exécutées¹⁵³. Il suffit donc au juge des comptes de constater le trop payé ou le défaut de recouvrement d'une créance pour mettre en jeu la responsabilité du comptable public par un jugement de débet : le comptable public est déclaré devoir à la collectivité publique dont il exécute les dépenses, recouvre les recettes et tient les comptes, une somme correspondant au trop-payé ou à la somme non recouvrée. Dans un cas comme dans l'autre, le juge des comptes n'a aucune possibilité de moduler le montant du débet en introduisant, par exemple, des considérations d'équité ou des éléments subjectifs tenant à la situation du comptable, seul le Ministre des finances est en mesure de le faire par une décision administrative de décharge totale ou partielle de responsabilité¹⁵⁴. Si la Cour des comptes a eu plutôt tendance à étendre ses compétences par rapport à ce système juridique initial¹⁵⁵, le juge administratif a, lui, développé une conception restrictive de ce système au point d'interdire au juge des comptes de fonder ses décisions sur d'autres fondements que les éléments matériels des comptes et notamment l'appréciation du comportement personnel du comptable¹⁵⁶.

408 - Cependant, “les particularités du jugement des comptes conduisent toutefois à s'interroger sur l'étendue réelle de compétence du juge des comptes à l'endroit des comptables publics¹⁵⁷. Comme peut déjà le relever Jacques Magnet, “si au-delà (non abstraction faite) des dispositions légales, on recherche leur cause, on voit que la raison même d'être du juge des comptes est de statuer sur la responsabilité des comptables. S'il ne s'agissait que de constater l'exécution ou l'inexécution des opérations financières ou même d'exprimer sur leur

¹⁵³ J. Magnet, “Que juge le juge des comptes ?”, RFFP 1989, n° 28, p. 116.

¹⁵⁴ Ce pouvoir est prévu actuellement par l'art. 60-IX de la loi n° 63-156 préc. du 23 février 1963 et par le décret n° 64-1022 préc. du 29 septembre 1964.

¹⁵⁵ Voir, par ex., C. des comptes, 29 juin 1978, *Rispail et Consort* (Rec. C. des comptes, p. 434) ; C. des comptes, 1^{er} février 1979, *Gallé* (Rec. C. des comptes, p. 57).

¹⁵⁶ Cf. CE, Ass., 20 novembre 1981, *Ministre du budget contre Rispail et autres* (Rec. CE, p. 434) ; CE, 10 février 1984, *Ministre délégué auprès du Ministre de l'économie et des finances chargé du budget contre Gallé* (req. n° 45178) ; CE, 23 juin 1989, *Ministre de l'économie, des finances et du budget contre Vèque et autres* (Rec. CE, p. 151, RFDA 1990, p. 101 et suiv., concl. Frydman, notes F.-J. Fabre, J. Rougié et G. Melleroy, RA 1990, n° 256, note F.-J. Fabre, GAJF, 4^{ème} éd., n° 23) et, dernièrement, CE, 17 novembre 1999, *Lalut*, (R du T 2000, p. 392 et 458, obs. Lascombes et Vandendriessche, Collectivités-Inter-communalité 2000, comm. n° 36) ou CE, Ass., 27 octobre 2000, *Desvigne* (DA 2001, n° 66, note H.-M. Crucis).

¹⁵⁷ S. Damarey, Le juge administratif, juge financier, Dalloz, 2001, p. 78.

régularité ou leur irrégularité des avis sans force obligatoire, des commissaires aux comptes suffiraient. S'il faut des juges, c'est que les constatations et qualifications faites ont l'autorité attachée à la chose jugée et produisent des conséquences envers les comptables, pris personnellement [...] ¹⁵⁸. Certes, en règle générale, le juge n'aura pas à se préoccuper de faire la preuve d'une faute du comptable puisque la constatation objective de la disparition des deniers suffit en principe à fonder la responsabilité du comptable mais il n'en reste pas moins, "qu'à l'origine du déficit, de la perte de recette ou du paiement irrégulier, il y a, non pas toujours mais le plus souvent, une faute et que le juge des comptes ne peut ignorer cette faute qui lui est révélée par l'examen des pièces produites au soutien des comptes et qui ne peut être détachée de l'anomalie génératrice de la responsabilité du comptable"¹⁵⁹.

409 - Si le juge des comptes ne peut ignorer la faute du comptable, cette faute demeure une faute objective, une faute par omission ou irrégularité qui s'appréhende indépendamment de circonstances aggravantes ou atténuantes ; en ce sens, le juge des comptes n'a pas à porter une appréciation sur le "comportement personnel" du comptable. Pourtant, si les comptes des comptables publics retracent des opérations qui se traduisent par des faits matériels d'encaissement et de décaissements, ils "sont aussi nécessairement le résultat des contrôles et des diligences effectuées par les comptables conformément à leurs obligations réglementaires ou, au contraire, le résultat de leur négligence ou de leur impéritie"¹⁶⁰. Le juge des comptes tient, par exemple, compte des diligences des comptables à l'occasion du recouvrement de recettes publiques. Si la loi dispose que la responsabilité des comptables est engagée "dès lors qu'une recette n'a pas été recouvrée"¹⁶¹, la jurisprudence de la Cour des comptes a transformé cette obligation de résultat en obligation de moyens, le juge des comptes ne mettant pas en débet le comptable public s'il a apporté la preuve qu'il a fait des diligences "adéquates, complètes et rapides"¹⁶².

Or, comme peut le noter Christian Descheemaeker, "compte tenu de la diversité dont il assure le recouvrement et de la variété des règles de prescription, il n'existe pas de barème de diligences remplissant les conditions fixées par la jurisprudence, d'autant moins que le montant de la créance est évidemment un élément important : on ne peut exiger d'un

¹⁵⁸ J.Magnet, "Que juge le juge des comptes ?", *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁹ F.-J.Fabre, note sous C. des comptes, 19 février 1963, *Caron, percepteur de La Saussaye*, GAJF, 4^{ème} éd., n°5, p. 59.

¹⁶⁰ F.-J.Fabre, note préc. sous C. des comptes, 19 février 1963, *Caron, percepteur de La Saussaye*, p. 59.

¹⁶¹ Art. 60-IV de la loi n° 63-156 préc. du 23 février 1963.

¹⁶² Voir, par ex., en ce sens, C. des comptes, 27 février et 19 mars 1964, *Dupis, receveur municipal d'Igny-le-Jard*, Rec. C. des comptes, p. 91.

comptable public les mêmes efforts pour recouvrer une petite et une grosse créance¹⁶³. C'est aux comptables publics alors qu'il appartient de prendre, pour chaque créance, les initiatives opportunes ce qui amène forcément le juge des comptes à examiner, en ce cas, la conduite professionnelle du comptable.

D'autres éléments peuvent se rapprocher de cet état de fait, notamment ceux relatifs aux considérations d'équité dont le juge des comptes peut user en matière de gestion de fait que ce soit pour suppléer à l'absence ou l'insuffisance de justifications¹⁶⁴ ou s'agissant des amendes pour retard et, à plus forte raison, celles sanctionnant une gestion de fait¹⁶⁵. Finalement aujourd'hui, on pourrait, à la formule classique, préférer la suivante : "la Cour juge les comptes et aussi (ou et ainsi) les comptables"¹⁶⁶ ou "la Cour a spécialement pour mission de juger les comptes de deniers publics [...] et, dans une certaine mesure, de juger les comptables eux-mêmes"¹⁶⁷. Il y a là, en définitive, une extension marquante de l'office classique du juge des comptes qu'on retrouve aussi au niveau de la Cour de discipline budgétaire et financière notamment dans son appréciation relative aux fautes de gestion.

2. L'extension de la répression disciplinaire et budgétaire aux fautes de gestion

410 - C'est à travers une conception purement juridique de la faute que l'on a rattaché la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière. Pour ne pas entraver les possibilités d'action des ordonnateurs et ne pas instituer un contrôle qui, par une conception trop large de la faute, risquerait de paralyser leur action, c'est uniquement la violation de la légalité budgétaire et financière qui est sanctionnée, non la faute de gestion dans la mesure où si cette dernière s'assimile à un acte ou un comportement préjudiciable à la collectivité publique, elle n'implique pas la violation de règles ou d'obligations imposées au gestionnaire.

Si l'intention du législateur d'écarter la faute de gestion du domaine d'intervention de la Cour se trouve contredite plutôt que confirmée par la mention de la faute de gestion dans le titre de la loi¹⁶⁸, cette dernière n'a été reprise, ni dans les textes, ni dans les développements relatifs aux infractions punissables. Le débat aurait pu se clore sur cette petite imprécision de

¹⁶³ C. Descheemaeker, "Le juge des comptes et l'équité", *Justices 1998-9*, n° spécial "Justice et équité", p. 72.

¹⁶⁴ Art. 60-XI de la loi n° 63-156 préc. du 23 février 1963.

¹⁶⁵ Voir en ce sens, H. Gisserot, "Où va le juge des comptes ?", *RA 1998*, p. 249 ; C. Descheemaeker, "Le juge des comptes et l'équité", *op. cit.*, p. 71 ; S. Damarey, *Le juge administratif, juge financier*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁶ J. Magnet, "Que juge le juge des comptes ?", *op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁷ F.-J. Fabre, note sous C. des comptes, 19 février 1963, *Caron, percepteur de La Saussaye* préc., p. 61.

¹⁶⁸ Bien qu'elle tende, aux termes de son intitulé, "à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités", la loi n° 48-1484 préc. du 25 septembre 1948 portant création de la Cour de discipline budgétaire n'a pas chargé celle-ci de réprimer les fautes de gestion proprement dites.

langage, en fait, il ne l'était pas, les limites liées à la stricte application du formalisme de la technique administrative tendaient incontestablement à étendre le champ de compétence de la Cour. Evoquée mais écartée par le législateur en 1948 comme en 1971, l'idée de sanctionner la faute de gestion restait toujours pendante. On rappellera, à cet égard, le projet de loi adopté par le conseil des ministres du 14 mars 1990 prévoyant déjà, à côtés des irrégularités existantes, une infraction nouvelle constituée par les fautes de gestion. Si ce texte qui définissait, en quelque sorte, la faute grave de gestion¹⁶⁹, n'est pas venu en discussion devant le Parlement¹⁷⁰, il inspira néanmoins largement la rédaction de la disposition de la loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995 sanctionnant, pour la première fois, la faute de gestion en tant que telle, certes, dans un cas particulier¹⁷¹, mais il y avait là "une innovation significative dans un dispositif légal voué à la répression d'irrégularités ou de manquements à des obligations imposées aux gestionnaires publics"¹⁷².

411 - Si la Cour de discipline budgétaire et financière n'est normalement pas admise à apprécier l'opportunité des décisions prises par les administrateurs, elle a néanmoins eu une conception particulièrement extensive de sa compétence et a fait une place non négligeable à la faute de gestion alors que, par ailleurs, aucune violation de prescriptions législatives, réglementaires ou contractuelles ne pouvait être invoquée. Ainsi, à défaut de pouvoir réprimer des fautes de gestion en tant qu'infraction autonome, la Cour de discipline a interprété avec mesure la notion d'infraction punissable. Elle a toujours entendu faire prévaloir une appréciation sur le fond de la finalité des règles budgétaires et financières, sans s'en tenir à un

¹⁶⁹ L'art. 13 de ce projet de loi prévoyait que la Cour pouvait réprimer les fautes de gestion suffisamment graves lorsqu'elles causaient un préjudice important à l'Etat ou à une autre personne publique. L'infraction sanctionnée par la Cour était constituée par "*le fait d'avoir, dans l'exercice de fonctions de responsabilité, causé un préjudice grave à l'Etat ou à une personne morale mentionnée à l'article 6 par des agissements d'une particulière gravité, des carences graves dans les contrôles qui incombaient à l'intéressé ou par des omissions ou négligences répétées dans son rôle de direction*".

¹⁷⁰ Notamment parce qu'il comportait une disposition sensible qui rendait justiciables de la Cour les ordonnateurs élus locaux en cas d'inexécution de décisions de justice, innovation jugée encore trop importante, à l'année donnée, sur le plan des principes.

Voir, en ce sens, C. Descheemaeker, "La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion", NBB 1994, n° 47, p. 3 à 4.

¹⁷¹ Contrairement aux autres infractions que la Cour est appelée à sanctionner, l'infraction créée par la loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995 (JO 30 novembre 1995, p. 17487) relative à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs ne vise que les personnes chargées de responsabilité au sein d'une entreprise publique qui, dans l'exercice de leurs fonctions, auront causé "*un préjudice grave à cet organisme, par des agissements manifestement incompatibles avec les intérêts de celui-ci, par des carences graves dans les contrôles qui lui incombaient ou par des omissions ou négligences répétées dans son rôle de direction*" (art. L. 313-7-1 CJF).

¹⁷² J. Charrier, "Cour de discipline budgétaire et financière", RDCA, 1997, p. 15, n° 103.

contrôle de formalité¹⁷³. Elle s'efforce aussi d'avoir toujours une appréciation globale des faits ce qui la conduit, parfois, à accorder des circonstances atténuantes notamment lorsque l'opération reprochée a été commise dans le souci de l'intérêt général ou tient à la mauvaise organisation des services publics¹⁷⁴.

Dans l'ensemble, on peut relever que si aucun des arrêts n'a comporté d'incriminations explicitement fondées sur une faute de gestion, “la notion, sinon l'expression, n'en est pas pour autant absente des décisions de la Cour”¹⁷⁵. On peut même dire que la faute de gestion en tant qu'infraction, et non en tant que circonstance aggravante d'une autre infraction, est apparue très tôt dans la jurisprudence de la Cour¹⁷⁶. La faute de gestion que la Cour s'autorise à sanctionner peut alors s'analyser en une “abstention ou omission contraire aux principes constants d'une saine gestion”¹⁷⁷.

La principale abstention constitutive d'une faute de gestion est le défaut de surveillance qu'il provienne du chef qui ne surveille pas le fonctionnement de son service¹⁷⁸ ou qu'il s'applique seulement au déroulement d'une opération ou d'une catégorie d'observations¹⁷⁹. L'obligation de surveillance qui incombe au chef de service peut aussi se prolonger dans l'obligation de pallier les carences dans la gestion du service¹⁸⁰. Le fait de tolérer certaines irrégularités ou de dissimuler certaines actions peut, de même, s'analyser en

¹⁷³ Voir, en ce sens, CDBF, 14 mai 1973, *Sieur Marchal* (JO 21 octobre 1973, p. 11349 ; GAJF, n° 53, note F.-J. Fabre) où la Cour rappelle que la finalité sur le fond “des règles fondamentales [...] n'est pas l'observation des formes extérieures, mais l'organisation des compétences et la détermination des modalités garantissant l'utilisation, dans l'intérêt général, des deniers de l'Etat”.

¹⁷⁴ La Cour prend souvent en compte les éléments touchant à la personne et au comportement de l'auteur de l'infraction (par ex., le fait que les intéressés n'ont pas commis les infractions dans une intention malhonnête ou tiré un profit personnel de celles-ci : Cf. CDBF, 16 octobre 1981, *Agard et Laboudigue*, JO 31 mars 1982, p.3181 ou CDBF, 6 novembre 1992, *Pillay, Billon et Hébras*, Rec. CDBF, p. 644) ou même les défauts du cadre juridique dans lequel l'intéressé exerçait ces fonctions (voir, par ex., CDBF, 6 mai 1993, *Hug et Tailly*, Rec. CDBF, p. 141, CDBF, 7 février 1989, *Denis*, Rec. CDBF, p. 411, CDBF, 1^{er} juillet 1991, *Omnes et Lebeau*, Rec. CDBF, p. 635).

¹⁷⁵ J. Charrier, “Cour de discipline budgétaire et financière”, *op. cit.*, p. 16, n° 106.

¹⁷⁶ Voir, en ce sens, C. Descheemaeker, “La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion”, *op. cit.*, p. 4 et CDBF, 22 mai 1957, *Piette, Société nationale de constructions aéronautiques du Nord* (Rec. CE 1961, p. 890, Rec. CDBF, t. 1, p. 18).

¹⁷⁷ C. Descheemaeker, “La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion”, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁸ Voir, par ex., CDBF, 3 décembre 1985, *Dehaye et autres, Service des monnaies et médailles* (JO 16 septembre 1987, p. 10795, Rec. CDBF, t. 2, p. 33) ou CDBF, 6 novembre 1992, *Hébras et autres, Caisse primaire d'assurance maladie de Melun* (Rec. CE, p. 644, R du T 1993, p. 782, JO 7 octobre 1993, p. 13969) cités par C. Descheemaeker, “La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion”, *op. cit.*, p. 5 et 6.

¹⁷⁹ Voir, par ex., CDBF, 3 novembre 1964, *Ricroch et autres, RATP* (Rec. CE, p. 801, Rec. CDBF, t. 1, p. 55) ou CDBF, 28 avril 1987, *Benoît et Souquière, AFPA* (Rec. CE, p. 503, Rec. CDBF, t. 2, p. 71) cités par C. Descheemaeker, “La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁰ Cf. CDBF, 10 mai 1989, *Pagny et Mme Vuccino, Centre national d'enseignement à distance* (JO 24 janvier 1990, p. 976, Rec. CDBF, t. 2, p. 169).

une faute de gestion¹⁸¹ mais, en tous les cas, se sont toujours des abstentions ou des carences qui sont condamnées par la Cour : l'agent est condamné pour n'avoir pas fait ce qu'il aurait dû faire, quand bien même aucun texte ne lui prescrit explicitement la conduite à tenir.

A noter, cependant que, si comme le souligne Christian Descheemaeker, la faute de gestion sanctionnée par la Cour est, dans la grande majorité des cas, une carence, "certains actes ou agissements ont été sanctionnés par elle dans quelques cas restés rares. C'est l'ébauche d'une faute de gestion "par action" à côté de la faute de gestion "par omission"¹⁸². Certains agissements qui ne violent aucune disposition formelle d'un texte législatif ou réglementaire mais qui sont soit contraire à un principe général, explicite ou non¹⁸³, soit contraire aux intérêts matériels d'un organisme¹⁸⁴ ont ainsi été sanctionnés. Cette extension jurisprudentielle, loin d'avoir été sanctionnée par le Conseil d'Etat, a, au contraire, été consacrée par lui¹⁸⁵. Cette tendance vers l'appréciation de l'opportunité de la décision publique est ainsi manifeste même si elle peut paraître, en un certain sens, délicate. On retrouve les mêmes difficultés d'appréhension à travers l'articulation des procédures entre juridictions financières et pénales.

B – Une articulation délicate des procédures entre juridictions financières et pénales

412 - Si l'adage *non bis in idem* ne s'applique pas au cumul entre sanctions pénales et financières, l'existence d'une double procédure ne saurait avoir, néanmoins, pour conséquence de conduire à un cumul des peines au-delà des prévisions légales¹⁸⁶. Or si l'on s'attache à l'articulation des sanctions et procédures entre, d'une part la Cour de discipline budgétaire et financière et le délit dit de favoritisme (1) ou, d'autre part, la procédure de gestion de fait et le délit d'usurpation de fonction (2), cette articulation peut, à certains égards, paraître délicate.

¹⁸¹ Voir, par ex., CDBF, 5 juin 1989, *Velozzi et consorts, Hôpital d'Orange* (JO 24 janvier 1990, p. 978, Rec. CDBF, t. 2, p. 172) ou CDBF, 17 décembre 1990, *Gas et Fouchet, Caisse de retraite du personnel navigant de l'aéronautique civile* (JO 9 août 1991, p. 10597, Rec. CDBF, t. 2, p. 227) cités par C. Descheemaeker, "La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion", *op. cit.*, p. 9.

¹⁸² C. Descheemaeker, "La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion", *op. cit.*, p. 10.

¹⁸³ Voir, par ex., CDBF, 19 février 1992, *Poirot et autres, Association française de terminologie* (Rec. CE, p.630, R du T 1992, p. 775).

¹⁸⁴ Voir, par ex., CDBF, 22 novembre 1989, *Chiganne, Ajax et autres, Société La Signalisation* (JO 20 juin 1990, p. 7171, Rec. CDBF, t. 2, p. 184).

¹⁸⁵ Voir, notamment, CE, sect., 7 juillet 1978, *Massip* (Rec. CE, p. 301, GAJF, n° 54, note F.-J. Fabre) ou CE, 22 juin 1987, *Dehaye* (req. n° 77. 001).

¹⁸⁶ Voir, à cet égard, art. 4 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH et art. 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques mais aussi la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives prononcées par les institutions régulatrices. Cf. *Supra.*, p. 178 et suiv.

1. La faute budgétaire et financière et le délit dit de favoritisme

413 - Constituant des sanctions spécifiques, les amendes prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière peuvent être cumulées avec une sanction disciplinaire et avec une sanction pénale sans qu'il soit dérogé au principe de non-cumul des peines¹⁸⁷. Pourtant, si le fait que la personne déférée à la Cour ait subi, par exemple, une sanction pénale "ne fait pas obstacle à ce qu' (elle) soit l'objet d'une condamnation à une amende par la CDBF à raison des mêmes faits"¹⁸⁸, on peut se demander si leur qualification d'accusation en matière pénale par la Commission européenne et le juge administratif n'aboutit pas à prohiber cette pratique dans la mesure où les amendes en cause perdent leur caractère de sanction spécifique¹⁸⁹. Plus que la possibilité de ne pas retenir une infraction pour éviter que le fait incriminé, qui a déjà donné lieu à une condamnation pénale, ne soit exagérément sanctionné¹⁹⁰, cela interdirait, dès lors, à la Cour de prononcer une amende lorsque la personne a déjà été condamnée pénalement à propos des faits en cause. Tel pourrait être le cas, par exemple, de la combinaison du délit dit de favoritisme du Code pénal¹⁹¹ et de l'amende prononcée par la Cour en cas davantage injustifié procuré à autrui¹⁹². L'articulation entre ces deux procédures répressives est pour le moins délicate.

Le délit dit de favoritisme est d'institution récente¹⁹³ et prête, à ce sujet, beaucoup à discussion. Pour qu'il puisse être constitué, il suppose, à l'origine, la violation de dispositions administratives relatives notamment à l'égalité d'accès aux marchés publics¹⁹⁴. Ce sont là des

¹⁸⁷ Cf. Art. 29 al. 1^{er} de la loi n°48-1484 préc. du 25 septembre 1948 et art. L.314-18 al. 1^{er} CJF d'où il ressort que "les poursuites devant la cour ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire".

¹⁸⁸ Voir, par ex., CDBF, 17 février 1988, *Aubert* (JO 16 septembre 1989, p. 11749) ou CDBF, 6 novembre 1992, *Hébras et autres* préc.

¹⁸⁹ En ce sens, note G. Eckert sous CE, sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, RDP 1999, p. 646 et suiv.

¹⁹⁰ Cf. CDBF, 6 novembre 1992, *Hébras et autres* préc.

¹⁹¹ L'art. L. 432-14 CP dispose que : "est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public [...] de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité dans les marchés publics et les délégations de service public".

¹⁹² L'art. L. 313-6 CJF dispose que : "toute personne [...] qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenter de procurer un tel avantage, sera passible d'une amende [...]".

¹⁹³ Le délit dit de favoritisme a été institué par l'art. 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (JO 5 janvier 1991, p.236) relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché.

¹⁹⁴ Si les manquements susceptibles d'être commis sont plutôt nombreux et les violations possibles multiples, on peut citer, par ex., le recours injustifié à l'achat sur facture, l'absence de mise en concurrence, la diffusion de renseignements privilégiés à certaines entreprises ou encore les irrégularités dans le déroulement de la commission d'appel d'offres.

irrégularités qui rentraient directement dans le champ de compétence de la Cour de discipline au titre des avantages injustifiés à autrui et qui relèvent désormais du juge pénal, les irrégularités administratives ayant été transformées en infractions pénales. Or, la Cour de discipline avait élaboré une jurisprudence plutôt restrictive en distinguant, d'abord, les infractions relatives seulement à la passation d'un marché¹⁹⁵ et celles procurant un avantage injustifié au cocontractant. Elle s'est, de plus, montrée exigeante quant à la démonstration de l'existence d'un avantage, injustifié de surcroît, pour prononcer une condamnation. L'avantage injustifié procuré à autrui devait, notamment, entraîner un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé¹⁹⁶ et si, comme l'avantage injustifié, le préjudice n'avait pas à être évalué, il devait être établi¹⁹⁷.

414 - Le juge pénal a, lui, adopté une jurisprudence plus extensive et ceci par une interprétation plutôt controversée de l'élément intentionnel¹⁹⁸. L'absence d'intention frauduleuse a été regardée comme sans incidence sur la commission du délit¹⁹⁹. Il en est de même pour la cause des manquements et l'absence de malhonnêteté considérée comme sans effet sur la constitution de l'infraction. Le délit de favoritisme est ainsi établi même s'il n'a pas eu pour but d'entraîner un surcoût pour la collectivité²⁰⁰. La seule violation d'une règle dépourvue d'ambiguïté suffit à établir les manquements²⁰¹, peu importe le fait que la règle n'était pas connue, que la décision avait l'aval de la préfecture ou que l'acte avait été décidé par un adjoint ou les services du maire. Comme le souligne Marcel Pochard, "toute cette jurisprudence a entraîné une vive émotion sinon une polémique"²⁰². On peut noter, par exemple, que "compte tenu de la complexité des règles de passation des marchés ou des conventions par les collectivités publiques, il peut paraître sévère de faire de toute irrégularité constatée dans la procédure de passation de l'acte un élément constitutif du délit de favoritisme sans même démontrer l'existence d'un préjudice pour la collectivité publique"²⁰³. Il en résulte un paradoxe notamment pour les élus locaux, lesquels ne peuvent être poursuivis devant la Cour de discipline budgétaire et financière pour une irrégularité dans la passation

¹⁹⁵ Ces infractions sont visées par l'art. L. 313-4 CJF.

¹⁹⁶ Voir, par ex., CDBF, 28 novembre 1990, *Burlot* (Rec. CE, p. 529, JO 9 août 1991, p. 10595)

¹⁹⁷ Le Conseil d'Etat a confirmé, en ce sens, que la Cour n'était pas tenue d'évaluer l'avantage injustifié (CE, 28 mars 1980, *Deleau*, Rec. CE, p. 175).

¹⁹⁸ Voir, en ce sens et par ex., M. Pochard, *Responsabilité des élus*, JCA, fasc. 812, 2001, p. 33, n° 190 à 194 ou F. Thiriez, "Moralisation ou Démoralisation", *Le Monde*, 10 février 2000.

¹⁹⁹ Voir, par ex., CA Orléans, 5 juin 1996, citée par M. Pochard, *Responsabilité des élus*, *op. cit.*

²⁰⁰ Voir, par ex., CA Orléans, 3 mars 1998, citée par M. Pochard, *Responsabilité des élus*, *op. cit.*

²⁰¹ Voir, par ex., CA Caen, 20 avril 1998 ou CA Colmar, 12 décembre 1997, citées par M. Pochard, *Responsabilité des élus*, *op. cit.*

²⁰² M. Pochard, *Responsabilité des élus*, *op. cit.*, p. 34, n° 194.

d'un marché public mais peuvent l'être devant le juge pénal, même pour les infractions les moins graves d'entre elles, alors qu'il serait plutôt normal que toute irrégularité budgétaire ou administrative commise dans la passation ou l'exécution des marchés publics ou d'une convention de délégation de service public expose seulement le fautif à des sanctions financières. A tout le moins, et comme le relève Christian Descheemaeker, "pour ne pas risquer de bloquer l'action des gestionnaires, une hiérarchie devrait en effet exister non seulement dans les sanctions des irrégularités mais aussi dans les juridictions chargées de les prononcer"²⁰⁴. On retrouve les mêmes problèmes d'agencement des procédures et des sanctions si on prend en compte, maintenant, la procédure de gestion de fait et le délit d'usurpation de fonction.

2. La gestion de fait et le délit d'usurpation de fonction

415 - L'ingérence dans les opérations comptables est dominée, en l'état actuel du droit, par deux régimes répressifs. Une amende peut d'abord être prononcée, dans les limites de ses compétences respectives, par le juge des comptes²⁰⁵. Mais il existe aussi une deuxième sanction, de nature pénale, qui ne vise pas spécifiquement la gestion de fait, mais réprime le délit d'usurpation de fonction, qui consiste, pour une personne agissant sans titre, à s'immiscer dans l'exercice d'une fonction publique en accomplissant l'un des actes réservés au titulaire de cette fonction, délit constitué notamment par l'ingérence dans les fonctions de comptable public²⁰⁶. L'articulation entre ces deux régimes répressifs, devant le juge des comptes et devant le juge pénal, est parfois délicate à gérer²⁰⁷.

Si les tribunaux répressifs peuvent assurément être saisis les premiers de poursuites engagées sur la base du délit d'usurpation de fonction pour cause d'ingérence dans les fonctions de comptable public, ils ne peuvent statuer sans que le juge financier se soit

²⁰³ C. Descheemaeker, "La responsabilité des gestionnaires", *AJDA* 1996, n° spécial, p. 674.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 674.

²⁰⁵ En l'état actuel des textes, l'amende pour immixtion dans les fonctions de comptable public peut être prononcée, dans les limites de leurs compétences respectives, par la Cour des comptes en application de l'art. L. 131-11 CJF et par les CRC en application de l'art. L. 231-11 CJF.

²⁰⁶ Voir, en ce sens, art. 433-12 CP qui punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende le fait, par toute personne agissant sans titre, de s'immiscer dans l'exercice d'une fonction publique en accomplissant l'un des actes réservés au titulaire de cette fonction.

Des peines complémentaires sont, en outre, prévues, à l'art. 433-22 CP, notamment l'interdiction des droits civiques, civils et de famille et celle d'exercer une fonction publique pour une durée de cinq ans au plus.

²⁰⁷ Voir, par ex., R. Chapus, "La Cour des comptes et le juge judiciaire" *op. cit.*, p. 212 ; G. Miller, "Les relations entre les juridictions financières et judiciaires", *R du T* 1995, p. 357.

prononcé sur la gestion de fait résultant d'une telle ingérence²⁰⁸. Ce dernier est néanmoins privé du droit de réprimer l'ingérence dans les opérations comptables dans la mesure où les auteurs de l'ingérence ont fait l'objet de "poursuites pénales"²⁰⁹. Il suffit que de telles poursuites aient été engagées avant que la Cour se soit trouvée en mesure de statuer sur les comptes, pour que cette dernière ne puisse user du pouvoir qui lui a été conféré, peu importe qu'il y ait eu condamnation ou pas. Ceci peut paraître critiquable dans la mesure où, comme le note le professeur Chapus, "dans le cas, en effet, où les poursuites tourneraient court pour des raisons purement procédurales, la Cour ne pourrait pas plus infliger d'amende qu'elle ne le peut lorsque les poursuites ont abouti à une condamnation ou, plus généralement, à un jugement sur le fond – ce qui ne paraît pas satisfaisant"²¹⁰.

En pratique, il est tout à fait exceptionnel que la juridiction financière ait eu à constater son incapacité à infliger l'amende suite à de telles poursuites²¹¹. C'est souvent elle qui est saisie la première et qui décide de la sanction soit en appliquant l'amende, soit en l'abandonnant pour saisir la juridiction pénale et dénoncer le délit d'usurpation de fonction. S'il n'y a, au fond, aucune contradiction avec la règle *non bis idem*, on peut relever, comme le fait Robert Hertzog, qu'il "n'est jamais heureux qu'existent deux procédures répressives, portant sur le même objet et ayant partiellement la même sanction (l'amende), confiées à des juridictions de nature différente, et pouvant, selon les aléas des instances, être engagées alternativement ou cumulativement"²¹².

416 - Par contre, si les poursuites ont tendu à la sanction d'infractions différentes au délit d'usurpation de fonction, il en va tout autrement. La poursuite sous une autre inculpation, même suivie de condamnation, ne fait pas obstacle à l'infliction de l'amende pour gestion de fait. C'est là une solution qui est consacrée très fermement par la jurisprudence de la Cour des comptes²¹³, qui a été approuvée par le Conseil d'Etat²¹⁴ et confirmée par le Code de procédure

²⁰⁸ Voir, en ce sens, Cass., crim., 16 mars 1888 (D. 1888, 1. 393, rapport Sallantin) s'agissant de poursuites exercées contre un maire qui s'était immiscé dans les fonctions de receveur municipal où la Cour dispose que (dans l'état du droit alors en vigueur), "c'est aux conseils de préfecture, sauf recours à la Cour des comptes, d'apprécier [...] si un maire s'est ingéré dans le maniement des deniers communaux et s'est ainsi constitué comptable".

²⁰⁹ Art. L. 131-11 al. 1^{er} CJF.

²¹⁰ R. Chapus, "La Cour des comptes et le juge judiciaire", *op. cit.*, p. 238 à 239.

²¹¹ Voir; seulement en ce sens, C. des comptes, 24 octobre 1952, *Bazin, ancien maire du Pin* (Rec. C. des comptes, p. 4) où le maire a été effectivement condamné par le juge pénal et C. des comptes, 7 mars 1979, *Morlet, ancien maire de Dollot* (RA 1979, n° 193) où le maire a bénéficié d'une ordonnance de non-lieu.

²¹² R. Hertzog, "La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait", *op. cit.*, p. 95 ou "La procédure de gestion de fait : régularisation des comptes ou sanction des mécomptes", *op. cit.*, p. 491 et 492.

²¹³ Voir, en ce sens, C. des comptes, 29 avril 1959, *Commune de Huningue* (Rec. C. des comptes, p. 17) ; C. des comptes, 17 novembre 1966, *Commune de Tancua* (RA 1967, n° 116), C. des comptes, 19 septembre 1968 et 15

pénale²¹⁵ mais qui reste, cependant, contraire à celle développée par la Cour de cassation²¹⁶. Le problème de la justification de cette jurisprudence au regard de la règle *non bis in idem* paraît alors se poser puisque c'est en raison des mêmes faits qu'interviennent la condamnation pénale, non fondée sur le délit d'usurpation, et l'infliction de l'amende. Tout dépend, en réalité, du caractère pénal de l'amende prononcée, si on pouvait être en droit, par exemple et en certains temps, de nier que l'amende en cause ait la nature d'une sanction pénale²¹⁷, les données du problème ont quelque peu changé sous l'influence de la Convention européenne et, au-delà de la nature pénale, il y a bel et bien intervention de deux régimes répressifs différents pour condamner des mêmes faits, même s'ils sont pris sous une qualification différente. Tous ces points témoignent, en définitive, de l'agencement délicat des procédures financières et pénales à travers la répression menée dans les deux cas et si cette dernière pouvait, de la sorte, être difficile à appréhender, on va voir qu'elle est aussi concrètement difficile à assumer.

§2 : *Une dimension répressive difficile à assumer*

417 - La différence dans les responsabilités respectives entre ordonnateurs et comptables est toujours apparue comme l'une des justifications et la conséquence majeure du principe de séparation entre ces deux fonctions. A l'effectivité et à la généralité de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables répondait l'application exceptionnelle et peu sévère des diverses formes de responsabilité de l'ordonnateur. Outre l'absence de responsabilité civile souvent imputée à la personne morale pour le compte de laquelle agissait l'ordonnateur et qui était donc rarement personnelle à celui-ci, c'est essentiellement le statut politique d'un grand nombre d'ordonnateurs qui a longtemps servi d'alibi pour récuser les autres formes de responsabilité ou pour en empêcher la mise en œuvre réelle. Or, il faut admettre comme Robert Hertzog, "le caractère très imparfait des méthodes de contrôle

décembre 1969, *Commune de Grassendorf* (RA 1969, p. 600 et Rec. C. des comptes, p. 32) ; C. des comptes, 20 novembre 1974, *Commune de Sainte-Marie* (Rec. C. des comptes, p. 45, RA 1975, p. 603) ; C. des comptes, 7 octobre 1982, *Commune de Beaune* (Rec. C. des comptes, p. 220).

²¹⁴ CE, sect., 2 mars 1973, *Massé préc.*

²¹⁵ Art. 368 CPP qui dispose : "Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente".

²¹⁶ Cf. Cass., crim., 20 mars 1956, *Chevalot* (D. 1957, jurisp., p. 33, note L. Huguency).

²¹⁷ Si certains traits sont liés au caractère de sanction de l'amende (par ex., le bénéfice de la règle d'application de la loi plus favorable) d'autres traits décisifs s'opposent à l'attribution à l'amende d'une nature pénale comme, par ex., l'exclusion du bénéfice du sursis, la non inscription au casier judiciaire ou encore la non application des dispositions d'amnistie.

Voir, en ce sens, R. Chapus, "La Cour des comptes et le juge judiciaire", *op. cit.*, p. 240 à 241.

politique²¹⁸. Pour autant, aujourd'hui, les progrès de ce que l'on range sous l'expression "transparence financière" permettent de renforcer cette responsabilité politique mais, paradoxalement, ce n'est pas par le biais des procédures politiques, mais par la multiplication des mises en cause devant le juge pénal et les juridictions financières. Il y a là un étrange paradoxe que souligne toujours Robert Hertzog, tenant à ce qu'aujourd'hui les gestionnaires locaux doivent faire face à une "montée" des sanctions politiques qui sont finalement rarement la conséquence d'une procédure politique²¹⁹. Il y a là une réalité difficile à assumer pour les élus locaux qui doivent prendre en compte, aujourd'hui, le risque financier presque autant que le risque pénal (A) d'autant plus que les juridictions financières ont beaucoup de difficultés à assumer concrètement cette nouvelle répression (B).

A – Pour les justiciables : l'exemple des élus locaux et la prise en compte du risque financier

418 - Le risque financier se traduit, pour les élus locaux, par une justiciabilité nouvelle devant la Cour de discipline budgétaire et financière (1) mais aussi par le caractère excessif des conséquences répressives attachées à la procédure de gestion de fait (2).

1. Une justiciabilité nouvelle devant la Cour de discipline budgétaire et financière

419 - Il est toujours apparu, étant donné le caractère politique des fonctions assurées, que la sanction politique était la sanction la plus appropriée pour réprimer les irrégularités de gestion commises par les élus locaux. Rendre ces derniers justiciables de la Cour de discipline ne pouvait, disait-on, qu'étendre le terrain de la polémique sur le plan local et fournir aux adversaires des autorités municipales le moyen d'exploiter la comparution à des fins politiques²²⁰. Comme pouvait le noter Jaune Rossinol, "il était superflu et dangereux de voir se multiplier par ce biais des querelles de clocher alors que, d'une façon générale, les fautes reprochées sont souvent mineures et ne soulèvent que des problèmes de comptabilité publique"²²¹. Certains parlementaires n'hésitant pas à décrire ainsi le défilé "dans la rue

²¹⁸ R. Hertzog, "La responsabilité politique des ordonnateurs" in actes du colloque La comptabilité publique : continuité et modernité, CHEFF, 25 et 26 novembre 1993, Imprimerie Nationale, 1995, p. 302.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 302.

²²⁰ Voir, notamment, en ce sens, les arguments avancés par M. Giraud, Rapport Sénat, 1981-1982, n° 33, t. II, p.272, G. Sabatier, JO, AN, 22 avril 1971, p. 1321 ou encore P. Seguin, JO, AN, 31 juillet 1981, p. 649 sur l'importance de la sanction électorale.

²²¹ J. Rossinol, "Le nouveau visage de la Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 758.

Cambon [...] des charrettes d'élus locaux en attente d'être jugés²²² qui "ressemblera à la file d'attente qui se presse sur la place Rouge devant le mausolée de Lénine"²²³.

Pour autant, la thèse suivant laquelle la comparution d'un maire devant la Cour serait dangereuse dans la mesure où une infraction pourrait donner lieu à une exploitation politique ne saurait être retenue puisque, dans une telle hypothèse, les électeurs soutiendraient leur maire. On peut noter, en effet, qu'à partir du moment où ils portent, avant tout, un jugement sur la qualité et les résultats de la gestion de leur commune, "il est certain qu'en cas de conflit entre l'intérêt particulier de leur commune et l'intérêt général des finances publiques les électeurs choisiraient le premier et approuveraient un maire qui n'aurait pas hésité à "oublier" certaines règles financières si la gestion même de sa commune se trouvait mise en cause"²²⁴. Il paraît ainsi difficile d'admettre, sinon en théorie tout au moins dans les faits, que la sanction des fautes commises dans la gestion municipale puisse résulter efficacement du verdict du corps électoral²²⁵.

420 - La question de la justiciabilité des élus locaux a progressivement fait son chemin. Si le domaine d'intervention de la Cour de discipline a d'abord été élargi aux agents des collectivités locales et des organismes de sécurité sociale²²⁶, le législateur est venu mettre un terme à l'immunité des agents élus par des collèges restreints sans caractère politique et, surtout, à celle des élus locaux qui exercent des activités ne se rattachant pas à leur fonction élective²²⁷. Ainsi, si les élus locaux avaient été jusque là quasi-absents de la jurisprudence de la Cour, ils allaient progressivement être mis en cause par des mandats qui n'étaient pas jugés comme constituant l'accessoire obligé de leur fonction principale²²⁸ même si le principe d'immunité demeurerait. Le processus de décentralisation renouvelait encore la question en

²²²J. Toubon, *JO, AN*, 31 juillet 1981, p. 631.

²²³P. Seguin, *JO, AN*, 31 juillet 1981, p. 649.

²²⁴J.-C.Maitrot, "Jouvence pour une inconnue ? La réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 512.

²²⁵En ce sens, F.-J. Fabre, "La réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière", *RA 1971*, p.663 à 664; J. Rossinol, "Le nouveau visage de la Cour de discipline budgétaire et financière", *op. cit.*, p. 759 ; J. Boudine, "La responsabilité directe des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière", *LPA 1993*, 13 août, n° 97, p. 7 et suiv. ; V. Inserguet Brisset, "Vers la fin de politique des élus ordonnateurs ou quand le droit de réquisition trouve sa contrepartie", *Les cahiers du CNFPT 1994*, n° 41, p. 207.

²²⁶Cf. Loi n° 63-156 préc. du 23 février 1963.

²²⁷Cf. Loi n° 71-564 préc. du 13 juillet 1971.

²²⁸Voir, CDBF, 19 juillet 1974, *De Grailly, PDG de la SEMVI, et consorts* (*Rec. CE*, p. 803 ; *JO 4 février 1978*, p. 943 ; *GAJF*, 4^{ème} éd., n° 56) confirmé par CE, 9 décembre 1977, *De Grailly* (*Rec. CE*, p. 493).

Voir aussi, CDBF, 16 juin 1987, *Lebas, SEM Jeumont-Avesnes* (*JO 23 février 1988*, p. 2528, *Rec. CE*, p. 512) ; CDBF, 2 décembre 1987, *Chatel, Centre hospitalier spécialisé Prémontré* (*JO 1^{er} juin 1988*, p. 7549, *Rec. CE*, p.656) ; CDBF, 23 février 1994, *X et Y, Société d'économie mixte A.* (*Rec. CE*, p. 719).

1979 à l'occasion d'un projet de loi sur le développement des responsabilités locales²²⁹ et en 1982 à l'occasion d'un projet de loi "droits et libertés"²³⁰ mais ce n'est finalement qu'au début des années 1990 que la Cour était finalement habilitée à exercer son contrôle sur des élus politiques²³¹. Fruit de cette lente maturation, l'article 78 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993²³² enlevait, pour la première fois, une partie de l'immunité dont bénéficiaient jusqu'ici les élus et si leur responsabilité ne pouvait être engagée que dans des cas limités, on pouvait noter que "l'importance de la disposition en cause tient pour autant, moins aux cas concernés, marginaux par rapport à l'ensemble des missions d'ordonnateurs des exécutifs locaux, qu'à son intervention même. Celle-ci marque plus qu'un changement, une véritable rupture tant le principe de l'immunité de ces élus paraissait intangible"²³³.

421 - La spécificité de ces nouveaux justiciables a conduit le législateur à adapter le régime des sanctions applicables, il a opté pour un régime de sanctions purement financières en adoptant leur *quantum* à la situation propre des élus²³⁴ tout en restreignant la compétence du juge financier à l'égard de ces mêmes justiciables par une rigueur et une précision importante dans la détermination des éléments d'infraction. Seuls sont susceptibles d'abord d'être sanctionnés, tous les cas d'inexécution des décisions de justice²³⁵ ce qui comble, en une certaine manière, un manque dans le souci de garantir le respect par l'administration de la chose jugée²³⁶. Mais concernant les infractions aux règles du droit financier, le législateur s'est montré singulièrement restrictif puisqu'il ne permet de traduire les élus des collectivités locales que pour usage irrégulier de leur pouvoir de réquisition du comptable public²³⁷. Si ce

²²⁹ Dans sa version initiale, le projet ne remettait pas en cause le principe d'immunité mais un amendement sénatorial non retenu avait introduit une responsabilité devant la CDBF en cas d'usage irrégulier du pouvoir de réquisition des maires.

²³⁰ Le mécanisme de soumission des élus locaux à la CDBF avait été abandonné au cours de la discussion parlementaire sous la pression des élus.

²³¹ A noter encore la tentative de réforme du gouvernement Rocard avec l'art. 9 du projet de loi du 14 mars 1990 (AN 1989 / 1990, n° 1189) prévoyant l'extension de la compétence de la CDBF qui ne fut cependant pas inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale.

²³² Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (JO 30 janvier 1993, p.1588) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

²³³ M. Pochard, *Responsabilité des élus*, op. cit., p. 10, n° 54.

²³⁴ Il est, en effet, tenu compte, pour la sanction qui peut être infligée, des revenus de fonctions des élus locaux, l'amende pouvant atteindre le montant brut du traitement annuel alloué à l'élu à la date où la décision de justice aurait du recevoir exécution.

²³⁵ Voir l'art. L. 312-2 CJF renvoyant aux art. L. 313-7 CJF pour l'inexécution des décisions des juridictions administratives ne comportant pas de conséquences pécuniaires et L. 313-12 CJF pour celles ayant des conséquences pécuniaires.

²³⁶ Voir, par ex., en ce sens, Rapport public du Conseil d'Etat, EDCE 1991, n° 43, p. 89.

²³⁷ Voir art. L. 312-2 CJF qui dispose que les ordonnateurs élus locaux sont justiciables de la CDBF lorsqu'ils ont engagé leurs responsabilités propres à l'occasion d'un ordre de réquisition et que l'ordre de réquisition aurait pour effet de procurer un avantage injustifié à autrui au sens de l'art. L. 313-6 CJF.

pouvoir avait été octroyé aux ordonnateurs par les lois de décentralisation²³⁸, il n'avait pas été accompagné d'un élargissement conséquent de leur responsabilité ce que répara le législateur en 1993. Toutefois, comme peut le noter Marcel-René Tercinet, “il ne faut pas trop exagérer la portée pratique de la disposition en question”²³⁹, aux traductions et aux condamnations exceptionnelles pour ce motif²⁴⁰, s'ajoute, en effet, une limite supplémentaire à l'intervention de la Cour à savoir que la réquisition illégale de paiement doit avoir procuré ou tenté de procurer à autrui “un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice”²⁴¹ pour la collectivité ce qui rend l'application de la disposition en cause plutôt délicate. Pour autant, la prise en compte de l'évolution de notre système financier public et les voies de réformes sur lesquelles l'Etat s'engage aujourd'hui, consacrées par l'adoption de la nouvelle loi organique relative aux lois de finances²⁴² imposent, incontestablement, de soumettre les ordonnateurs aux règles de la comptabilité publique et le fait d'organiser la sanction du manquement à ces règles essentielles par une juridiction particulière participerait de la mise en œuvre concrète de la responsabilité des gestionnaires. S'il faut surmonter certains obstacles pour réformer la Cour de discipline budgétaire et financière²⁴³, certains ajustements semblent néanmoins nécessaires pour adapter l'office de ce juge financier et mettre fin aux obstacles fonctionnels auxquels il peut être confronté²⁴⁴. A cette justiciabilité nouvelle et, en définitive, plutôt exceptionnelle devant la Cour de discipline, il faut ajouter l'existence d'une répression plus marquante tenant aux conséquences possibles de la procédure de gestion de fait.

²³⁸ Cf. Les art. 15, 55 et 82 de la loi n° 82-213 préc. du 2 mars 1982 dont les dispositions ont été abrogées et reprises à l'art. L. 233-1 CJF.

²³⁹ M.-R. Tercinet, “Cour de discipline budgétaire et financière et responsabilité des élus locaux”, Mélanges Peiser, PUG, 1995, p. 466.

²⁴⁰ Cf. A propos d'ordonnateurs locaux autres que des élus locaux : CDBF, 11 octobre 1982, *Contensou et autres*, ONERA (JO 1^{er} décembre 1984, p. 11044, Rec. CE, p.333, Rec. CDBF, t. 1, p.206) et CE, 17 octobre 1984, *Contensou* (Rec. CE, p. 333) ; CDBF, 1^{er} et 2 juillet 1987, *Guillou*, *Université de Paris XII* (Rec. CDBF, t. 2, p.89) ; En sens contraire : CDBF, 1^{er} juillet 1991, *Omnes et Lebeau*, *Centre hospitalier de Lorient* (Rec. CDBF, t. 2, p. 229, Rec. CE, p. 635).

²⁴¹ Art. L. 312-2 CJF.

²⁴² Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (JO 2 août 2001, p. 12480).

²⁴³ Notamment l'éternelle question de la responsabilité des ministres et des élus, ordonnateurs principaux de l'Etat et des collectivités territoriales mais aussi le fait que les dispositions relatives à la Cour de discipline ont toutes valeur législative ce qui impose de porter un projet de loi à l'examen du Parlement pour pouvoir réformer.

²⁴⁴ Voir, en ce sens, S. Thebault, “L'impérieuse réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière”, RFFP 2002, n° 78, p. 172 et suiv. L'auteur proposant, notamment, de créer un corps de magistrats spécifique, de “restituer au pouvoir réglementaire les prérogatives qui sont traditionnellement les siennes en matière de fonctionnement des institutions” ou encore de limiter les possibilités de classement du procureur de la république.

2. Une répression excessive devant le juge des comptes

422 - Institué pour redresser un maniement irrégulier de deniers publics d'un fonctionnaire ou d'un élu en le déclarant comptable de fait, la procédure de gestion de fait pouvait aboutir à le frapper d'une sanction politique présentée non pas comme une sanction mais comme une conséquence des dispositions du Code électoral visant les comptables de deniers publics. Ainsi, un candidat à une élection déclaré comptable de fait à titre définitif avant l'élection ne pouvait plus s'y présenter en vertu des dispositions du Code électoral relatives à l'inéligibilité des comptables publics²⁴⁵. Si ces derniers étaient, en effet, inéligibles dans le but de garantir l'exercice régulier de leurs fonctions ou notamment pour garantir l'égalité des candidats à une élection²⁴⁶, par l'effet de l'assimilation légale²⁴⁷, cette inéligibilité s'appliquait également aux comptables de fait à partir du moment où ils étaient déclarés tels par l'arrêt ou le jugement définitif du juge des comptes et ceci jusqu'à ce qu'ils aient perdu cette qualité par l'obtention du *quitus* de leur gestion irrégulière²⁴⁸. En réalité, cette inéligibilité ne cessait même que six mois après la fin des fonctions de comptable²⁴⁹, ce qui, pour les comptables de droit s'entend de la remise de leur service à leur successeur. Or, comme pouvait le noter Jacques Magnet, "ce délai, qui a sa raison d'être pour les comptables de droit, qu'on peut soupçonner de vouloir se concilier les électeurs en s'abstenant d'exercer des poursuites pour le recouvrement des impôts, ne l'a pas pour les comptables de fait, auxquels cette qualité ne confère pas une influence supérieure à celle qu'ils auraient déjà comme élus locaux ; sa suppression éviterait une inéligibilité qui, depuis la délivrance du *quitus*, n'est plus justifiée"²⁵⁰.

²⁴⁵ Voir, en ce sens, art. L. 231-6 Code Electoral pour les conseillers municipaux, art. L. 195-11 pour les conseillers généraux, art. L. 340-1 pour les conseillers régionaux. Ces trois articles disposant que ne peuvent être élus conseillers municipaux, "*les comptables de deniers communaux*" et conseillers généraux ou régionaux "*les comptables de tout ordre [...]*".

²⁴⁶ Voir, à ce sujet, O. Négrin, "Les inéligibilités des comptables de fait", *RGCT 1999*, n° 7, sept./oct.

²⁴⁷ On rappelle ici l'art. 60 de la loi n° 63-156 préc. du 23 février 1963 qui dispose notamment que : "*les gestions irrégulières entraînent, pour leurs auteurs, déclarés comptables de fait par la Cour des comptes, les mêmes obligations et responsabilités que les gestions patentes pour les comptables publics*".

La jurisprudence rappelant l'assimilation de ce chef : CE, 1^{er} décembre 1922, *Elections municipales de Nivolas-Vermelle* (*Rec. CE*, p. 897) ; CE, 16 décembre 1994, *Falicon* (*Rec. CE*, p. 551).

²⁴⁸ Voir, de façon générale, A. Leyat, "Elus locaux et gestion de fait : incidences d'une déclaration de gestion de fait sur la situation du candidat à une élection ou de l'élu local", *RduT 1993*, p. 20 et suiv. ; P. Mandon et B. Diringer, "Elections locales et gestion de fait : quelles inéligibilités, pour quels comptables ?", *RFFP 1995*, p. 155 et suiv. ; E. Perez, "Etude sur l'inéligibilité du comptable de fait", *RFFP 1981*, p. 233 ; O. Négrin, "Les inéligibilités des comptables de fait", *RGCT 1999*, n° 7, sept./oct. ; J. Magnet, "L'inéligibilité et la déchéance des comptables de fait des deniers publics locaux", *RFFP 1999*, n°66, n° spécial "La gestion de fait", p. 47 et suiv.

²⁴⁹ Voir, en ce sens, art. L. 195-11, L. 231-6 et L. 340-1 du Code électoral.

²⁵⁰ J. Magnet, *Les gestions de fait, op. cit.*, p. 122.

Si le Conseil d'Etat avait toujours adopté une interprétation assez restrictive des dispositions relatives à l'inéligibilité des comptables patents, s'appuyant, notamment, sur le fait que tout citoyen a vocation à participer à la gestion de sa commune²⁵¹, il avait pris une position plus ferme à propos des comptables de fait. L'inéligibilité s'apprécie à la date de l'élection, il faut qu'à cette date, le juge des comptes ait rendu un jugement de *quitus*, donc qu'aucune charge ne pèse plus contre le gestionnaire de fait²⁵². A noter aussi que l'appel du jugement déclaratif de gestion de fait, n'étant pas suspensif, laissait intacte l'inéligibilité²⁵³, à moins que la Cour des comptes n'ordonne le sursis à l'exécution de ce jugement²⁵⁴.

423 - Si les élus pouvaient être déclarés coupables de gestion de fait antérieurement à un mandat éventuel, ils pouvaient aussi l'être en cours de mandat, le Code électoral, tirant les conséquences de l'incompatibilité, les soumet à la déchéance de leurs fonctions²⁵⁵ qu'ils ne peuvent reprendre, après que la cause de l'incompatibilité ait disparu, qu'en vertu d'une nouvelle élection, l'autorité compétente pour prononcer la démission d'office étant, dans la majorité des cas, le préfet²⁵⁶. Si les cas d'application étaient quasiment inexistant, le législateur a atténué la rigueur de la règle en donnant un sursis supplémentaire à l'élu déclaré comptable de fait, ces derniers étant déchus de leurs fonctions que faute d'avoir obtenu *quitus* de leur gestion dans un délai de six mois comptant à partir de l'expiration du délai qui leur avait été imparti pour rendre leur compte²⁵⁷.

²⁵¹ Voir, à cet égard, la jurisprudence citée par R. Ludwig dans sa note sous CE, 24 juin 1987, *Elections municipales de Clouange* ; CE, 6 décembre 1989, *Elections cantonales de Saint-Chéron* ; CE, 29 décembre 1989, *Elections municipales de Saint-Andréa-d'Orcino*, R du T 1990, n° 6, p. 381.

²⁵² Cf. CE, 6 décembre 1989, *Elections cantonales de Saint-Chéron* (Rec. CE, p.695, R du T 1990, n° 6, p. 381, note R. Ludwig) ; CE, 14 juin 1987, *Elections municipales de Clouange* (Rec. CE, p. 748, R du T 1990, n° 6, p.381, note R. Ludwig) ; TA Strasbourg, 1^{er} août 1986, *Comm.rép.Moselle* (Rec. CE, p. 543) ; CE, 11 décembre 1996, *Election municipale de Tarascon* (cité par O. Négrin, *op. cit.*).

²⁵³ Voir, en ce sens, CE, 28 décembre 1923, *Elections municipales de Nivolas-Vermelle* (Rec. CE, p.902).

²⁵⁴ Voir, par ex., CE, 12 juin 1996, *Elections municipales de Mutzig* (DA 1996, n° 385, obs. Touvet) et la jurisprudence de la CdesC citée à la R du T 1995, p. 535 avec les conclusions du procureur général et à la R du T 1997, p. 532.

²⁵⁵ Cf. Les art. L. 236 du Code électoral pour les conseillers municipaux, art. L. 205 pour les conseillers généraux, art. L. 341 pour les conseillers régionaux.

²⁵⁶ Pour les élections locales, la démission d'office est prononcée par le préfet du département pour les conseillers municipaux, par le préfet de région pour les conseillers régionaux, et par le conseil général (soit d'office, soit sur demande d'un électeur) pour les conseillers généraux sachant qu'il est obligé de déclarer "immédiatement" la démission pour les conseillers municipaux (art. L. 236 du Code électoral), ce caractère d'urgence n'apparaissant pas pour les conseillers généraux et régionaux (art. L. 205 et L. 341 du Code électoral).

²⁵⁷ Art. 41 de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 (JO 27 juillet 1991, p. 9955) portant diverses dispositions d'ordre économique ou financier qui ajoute à chacun des articles L. 236, L. 205 et L. 341 du Code électoral un alinéa prévoyant que "la procédure de démission d'office n'est mise en œuvre à l'égard (de l'élu concerné) déclaré comptable de fait par un jugement du juge des comptes statuant définitivement que si *quitus* ne lui a pas été délivré de sa gestion dans les six mois de l'expiration du délai de production des comptes imparti, par ledit jugement".

Malgré cette disposition, la procédure de démission d'office demeurait sujette à interprétations. Christian Descheemaeker soulignait, par exemple, le problème relatif à la computation du délai de six mois où “la difficulté vient de la lettre de la loi qui considère que le délai de production du compte est imparti dans le jugement qui statue définitivement sur la déclaration de gestion de fait alors que la pratique la plus courante des juridictions financières est de réclamer la production du compte à un stade plus précoce de la procédure, dans le jugement déclarant à titre provisoire la gestion de fait”²⁵⁸. Il en résulte que “la date servant de référence pour le calcul du délai de six mois peut être différente de celle qui a été réellement fixée au comptable de fait pour la production de son compte”²⁵⁹. Jacques Magnet évoquait, quant à lui, le caractère doublement inadéquate de la procédure en cause dans la mesure où “elle laisse en fonctions, en dépit de l'incompatibilité, des élus déclarés comptables de fait et elle continue de frapper ceux qui, après l'expiration du délai imparti, ont obtenu leur *quitus*, alors que l'incompatibilité a cessé d'exister”²⁶⁰. S'il fallait, finalement, déplorer, cette politisation excessive de la procédure de gestion de fait à travers l'ensemble de ses données, il faut noter que le législateur est intervenu, récemment, pour supprimer ce régime d'inéligibilité²⁶¹. Désormais, l'inéligibilité ne s'abat plus automatiquement sur celui qui est déclaré comptable de fait. L'ordonnateur élu ou nommé est simplement suspendu de sa qualité d'ordonnateur jusqu'à ce qu'il ait reçu *quitus* de sa gestion. Il est remplacé dans ses attributions soit par un adjoint soit par un vice-président d'établissement public de coopération intercommunale soit par un membre du conseil exécutif pour l'Assemblée de Corse. Quoi qu'il en soit, il y a, en la matière, “de grandes complications procédurales”²⁶² qui sont facteurs d'inégalité entre les titulaires des fonctions électives et les autres gestionnaires de fait mais aussi une accentuation du caractère répressif de la procédure dans la mesure où les sanctions politiques se rattachent “à une gestion qui n'est pas dénouée”²⁶³. Si cet aspect répressif de la procédure est donc difficile, en un certain sens, à assumer pour les justiciables, on va voir que le juge a aussi des difficultés pour en tirer toutes les conséquences au niveau procédural et à assumer, de façon sereine, cet aspect de son office.

²⁵⁸ C. Descheemaeker, Gestion de fait, JCA, fasc. 1265, 1997, p. 35, § 178.

²⁵⁹ *Ibid.*, § 178.

Voir, dernièrement, CE, 19 juin 1998, *Siffre et autres* (Rec. CE, p. 239) duquel il ressort qu'un comptable de fait est sensé être déclaré tel postérieurement à la date de l'élection lorsque le jugement d'appel intervient après l'élection, quand bien même le jugement de première instance serait intervenu avant la date de l'élection.

²⁶⁰ J. Magnet, Les gestions de fait, *op. cit.*, p. 123.

²⁶¹ Cf. Art. 45 à 48 de la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001 (JO 26 décembre 2001, p. 205755) relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes qui modifie les art. L. 205, L. 236 et L. 341 du Code électoral.

²⁶² R. Hertzog, “La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait”, *op. cit.*, p. 98.

²⁶³ *Ibid.*, p. 98.

B – Pour les juges : l'exemple de la procédure de gestion de fait et la prise en compte des conséquences répressives

424 - Les textes ont toujours donné à la procédure de gestion de fait un caractère essentiellement objectif dans la mesure où elle n'a pas été instituée pour sanctionner un comportement donné mais pour régulariser seulement les comptes de l'organisme public concerné. En cela, elle n'est qu'une simple transposition du contrôle qui s'exerce sur les comptables de droit. Pour autant, la procédure doit faire face actuellement à un caractère répressif de plus en plus marqué et si elle est perçue comme telle par les justiciables, il faut qu'elle le soit aussi par le juge. Il est obligé de prendre en considération le mouvement qui fait aujourd'hui du droit juridictionnel, un droit de plus en plus formaliste et exigeant, dans les garanties offertes aux justiciables. Mais s'il doit en cela s'adapter et assumer une tendance nouvelle dans son office, en aucun cas, il ne doit en développer, à l'extrême, les conséquences procédurales. Comme peut le noter Robert Hertzog, il faut que le juge des comptes admette "sereinement"²⁶⁴ le caractère répressif de la gestion de fait. Son contrôle ne peut plus se limiter, à travers cette procédure, à un contrôle objectif et le juge des comptes doit, en conséquence, adapter son office. Mais qui dit adaptation ne dit pas forcément révolution, il faut prendre bien garde de ne pas dépasser certaines spécificités. Il ne faut pas condamner la procédure mais plutôt y réfléchir. Ainsi, le caractère répressif de la gestion de fait pourrait amener d'abord à une reconnaissance du caractère personnel des jugements prononcés par le juge des comptes (1) mais aussi, conjointement, à des adaptations de certains principes de la procédure de gestion de fait (2).

1. Vers la reconnaissance du caractère personnel des jugements prononcés par le juge des comptes

425 - Dans les faits, et comme on a déjà pu le souligner, la procédure mise en œuvre par les chambres régionales des comptes ou la Cour des comptes dans le jugement des comptes des comptables publics ou des comptables de fait présente une part d'interprétation et d'appréciation d'éléments subjectifs²⁶⁵. Si on peut même aller jusqu'à parler de "dénier de justice" en certains cas²⁶⁶, cela traduit inmanquablement certaines incohérences dans la

²⁶⁴ R. Hertzog, "La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait", *op. cit.*, p. 100.

²⁶⁵ Cf. *Supra.*, p. 382 et suiv.

²⁶⁶ Voir, en ce sens, à propos des différentes hypothèses de non lieu à gestion de fait pouvant s'apparenter à un véritable déni de justice surtout lorsque le juge renonce à déclarer une gestion de fait pourtant constituée, X.

procédure. On avait déjà pu relever, pour le comptable de droit, que si le débet arrêté par le juge financier procédait d'une constatation objective, il n'en présentait pas moins un aspect répressif. En effet, le comptable se trouve jugé et même condamné à payer puisque le débet étant mis à sa charge, il doit en verser le montant, théoriquement, sur ses propres deniers dans la caisse publique dont il a la responsabilité. Et là apparaît un aspect plutôt paradoxal de la procédure car, aujourd'hui, plutôt que de reconnaître au juge financier une part d'appréciation dans la fixation du débet, on laisse intervenir le Ministre des finances qui, de par sa possibilité d'accorder à son comptable décharge totale ou partielle pour cas de force majeure ou remise totale ou partielle en appréciation de sa situation personnelle, devient, finalement, le vrai juge du comptable. C'est, en réalité, une appréciation des circonstances de l'espèce mais qui est faite, la plupart du temps, non pas, par le juge des comptes, mais par le supérieur hiérarchique du comptable. Il y a là une certaine ambiguïté qui peut amener à reconnaître le caractère personnel des jugements prononcés par le juge des comptes en lui permettant d'assumer concrètement le plein exercice de son office.

426 - La situation est d'autant plus choquante si on tient compte du comptable de fait qui, ne bénéficiant pas du même statut que le comptable de droit, est l'objet d'un risque financier bien plus important que ce dernier. Comme peut le souligner Robert Hertzog, "il ne bénéficie pas des protections que ce dernier a pu constituer ; il n'a pas cotisé à une association de caution mutuelle ; il n'a pas le soutien des syndicats et celui que lui assure son insertion dans une organisation administrative solidement charpentée. Il ne peut pas attendre la relative bienveillance de son supérieur hiérarchique, qui lui accordera, le cas échéant, la remise, alors que tout comptable sait que son directeur général ne cherche pas à désespérer ses troupes en punissant chaque erreur, dont la cause se trouve fréquemment dans la mauvaise organisation des services ou une allocation insuffisante de personnels"²⁶⁷. L'aspect répressif est, en tous les cas, bien présent et amène à ce que le juge des comptes assume de façon plus conséquente cette nouvelle dimension de son office. En aucun cas, il ne faut remettre en cause ces pouvoirs mais ils nécessitent, certainement, le dépassement d'une simple appréciation objective du juge et, conjointement, la reconnaissance du caractère personnel des jugements prononcés. Reconnaître au contrôle financier son aspect subjectif pourrait permettre de distinguer, par exemple, comme peut le suggérer Robert Hertzog, les gestions de bonne et de mauvaise foi dans l'optique d'une simplification de la procédure ou dans l'optique d'éviter une répression

Vandendriessche, "La déclaration de gestion de fait", RFFP 1999, n° 66, n° spécial "La gestion de fait", p. 32 et suiv.

²⁶⁷ R. Hertzog, "La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait", *op. cit.*, p. 100.

trop forte ou non fondée²⁶⁸ ou encore de distinguer, par exemple, les gestions de fait selon la qualité des personnes concernées : élus, fonctionnaires, tiers [...] ²⁶⁹. En tous les cas, cela a déjà abouti à la suppression du caractère automatique de l'inéligibilité du comptable de fait comme à celle de la mise en jeu définitive de son mandat²⁷⁰ conformément à la solution de déchéance des élus locaux préconisée par Jacques Magnet pour qui : “la substitution de la suspension temporaire à la déchéance définitive établirait la cohérence entre la cause et la conséquence : les élus déclarés comptables de fait seraient immédiatement remplacés par leurs suppléants légaux, ou, si ceux-ci étaient eux-mêmes comptables de fait, par les suppléants antérieurs dans l'ordre fixé par la loi, mais reprendraient leurs fonctions aussitôt qu'ils auront obtenu leur *quitus*”²⁷¹. Ce sont là, dans l'ensemble, autant de points qui marquent le fait que, comme dans toute procédure répressive, c'est au juge qu'il incombe de faire l'examen du comportement réel des individus mis en cause et non au supérieur hiérarchique du comptable, cela débouche inmanquablement, dans le contexte actuel, sur l'application de nouvelles pratiques procédurales.

2. Vers l'adaptation de certains principes de la procédure de gestion de fait

427 - Lorsque l'on se penche sur la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait, on a, comme le note certains commentateurs, “l'impression d'un flou considérable”²⁷² quant à l'application concrète des principes du droit processuel. On a pu, dégager, comme d'autres, la base juridique incertaine des annulations prononcées par le Conseil d'Etat²⁷³, mais il convient aussi de souligner les risques inhérents, aujourd'hui, de

²⁶⁸ R. Hertzog, “La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait”, *op. cit.*, p. 104.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 101.

²⁷⁰ Cf. art. 45 à 48 de la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001 préc.

Voir, à cet égard, notamment, Rapport d'information du Sénat sur les chambres régionales des comptes, Doc. Sénat, n° 520, 1998, p. 86 et suiv. et les inconvénients soulignés par ce groupe de travail au sein du Sénat tenant au caractère “*très lourd et inadapté*” de ces sanctions automatiques appliquées même pour la condamnation d'opérations ne présentant pas de caractère frauduleux et plaçant la CRC dans la position d'être juge non seulement de la régularité comptable mais aussi du “*mandat de l'ordonnateur*”. Voir, de même, la synthèse de ce rapport d'information, p. 130 qui suggère le remplacement de la démission d'office par une procédure de suspension des fonctions de l'ordonnateur jusqu'à l'apurement de la gestion de fait

Voir, également, pour la suppression de l'automatisme de l'inéligibilité du comptable de fait, par ex. : P. Saint-Marc, “Les chambres régionales des comptes “en procès””, GP 1999, 2-3 juillet, p. 21 ; S. Huteau, La Gestion de fait, Ed. du Papyrus, 2000, p. 169.

²⁷¹ J. Magnet, “Inéligibilité et déchéance des comptables de fait”, RFFP 1999, n° 66, n° spécial, p. 51.

²⁷² S. Ruelle, “A propos des talibans du droit, l'arrêt Entreprise Razel Frères (23 mars 2001)”, RA 2001, p. 371.

²⁷³ Voir, en ce sens, notamment, M. Larue, “La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure”, RGCT 2001, n° 17, p. 856 et suiv. ; A. Haudry, “Un arrêt imprudent : l'arrêt Labor Métal (23 février 2000)”, RA 2001, n° 319, p. 30 et suiv. ; R. Hertzog, art. préc. in RFFP 1999 ou in Mélanges Rieg préc.

l'application d'une telle jurisprudence. L'application, en effet, des exigences supranationales orientées vers une protection croissante des justiciables amène le Conseil d'Etat à s'engager dans une voie qui, si elle tend à remettre en cause la procédure de gestion de fait telle qu'elle est actuellement conduite devant les juridictions financières, tend aussi à aboutir à une certaine paralysie des juridictions financières²⁷⁴. Le sentiment général qui se dégage des dernières annulations prononcées par le Conseil d'Etat quant à ses conséquences sur les procédures en cause est un "sentiment d'impasse"²⁷⁵. En effet, si dans l'espèce *Labor Métal*, le commissaire du gouvernement proposait au Conseil d'Etat de mener lui-même, à son terme, la procédure²⁷⁶, ce dernier ne décida aucun renvoi aboutissant, de la sorte, à une solution de "dénî de justice"²⁷⁷, ni le Conseil d'Etat, ni la Cour des comptes n'étant en mesure de sanctionner l'existence d'une véritable gestion de fait.

Même remarque vis-à-vis de l'espèce *Razel*, si le juge de cassation a ici bien renvoyé l'affaire devant la Cour des comptes pour qu'elle statue à nouveau, on peut s'interroger, "sur la portée réelle d'une telle décision"²⁷⁸ sachant que la Cour des comptes devra forcément tenir compte de la décision du Conseil d'Etat et qu'elle devra se poser la même question quant à l'avenir de la procédure. Marc Larue souligne ici un point essentiel : "Comment imaginer en effet que les juridictions financières vont continuer à faire le travail qui leur incombe pourtant en matière de gestion de fait, alors qu'elles savent [...] que la procédure qu'elles doivent suivre actuellement sera très probablement considérée dans quelques années comme contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et que, de surcroît, cette annulation pourra avoir pour effet de faire disparaître complètement et définitivement, non seulement la procédure, mais la gestion de fait elle-même ?"²⁷⁹.

²⁷⁴ Voir, en ce sens, M. Larue, "La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure", *op. cit.* ; S. Ruelle, "A propos des talibans du droit, l'arrêt *Entreprise Razel Frères* (23 mars 2001)", *op. cit.* ; A. Haudry, "Un arrêt imprudent : l'arrêt *Labor Métal* (23 février 200)", *op. cit.*

²⁷⁵ M. Larue, "La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure", *op. cit.*, p. 861 ou A. Haudry, "Un arrêt imprudent : l'arrêt *Labor Métal* (23 février 200)", *op. cit.*, p. 31.

²⁷⁶ Voir, à cet égard, concl. Seban in *RFDA 2000*, p. 435 et suiv., spéc. p. 447 où, pour le commissaire du gouvernement, "*Le Conseil d'Etat, après avoir censuré la décision de cette juridiction peut, et nous pensons même qu'il ne peut faire autrement, régler le litige au fond*".

²⁷⁷ Voir, en ce sens, M. Larue, "La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure", *op. cit.*, p. 859 ou A. Haudry, "Un arrêt imprudent : l'arrêt *Labor Métal* (23 février 200)", *op. cit.*, p. 32.

²⁷⁸ M. Larue, "La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure", *op. cit.*, p. 860.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 861.

428 - Ces éléments amènent, de plus, à dépasser le simple cadre de la gestion de fait et posent la question de “l'imprudencé”²⁸⁰ d'une telle jurisprudence si on tient compte du climat particulier dans lequel cette dernière a été prononcée. Il convient, à cet égard, de relever le risque inhérent à l'application excessive de tels principes car, au-delà de la disparition possible de la procédure de gestion de fait, c'est toute une confusion des fonctions administratives et contentieuses qui est remise en cause²⁸¹, et, même plus que cela, c'est l'existence même d'un juge financier comme d'un juge administratif qui est, en quelque sorte, mise en cause²⁸². Il faut bien prendre garde des dangers d'une conception très formaliste du droit. On peut reprendre, à cet égard, les propos de Sophie Ruelle, pour qui, “on a affaire à des intégristes du droit, ou même à des “talibans du droit”, qui ne voient guère les conséquences des constructions abstraites d'un droit limité aux formes”²⁸³.

Il y a là une révolution à éviter qui passe néanmoins par certains aménagements pour admettre “sereinement” certaines conséquences procédurales sous l'influence des principes constitutionnels et internationaux. Afin de préserver l'impartialité des juridictions financières, le législateur est déjà venu modifier le Code des juridictions financières pour prohiber la présence du rapporteur lors du délibéré lorsqu'il est statué en matière de gestion de fait ou raccourcir la prescription trentenaire en matière de gestion de fait. Par contre, l'admission sereine de certains aspects procéduraux impose d'en rejeter d'autres pour éviter certaines conséquences néfastes. Il ne faut pas revenir ainsi, nous semble-t-il sur le mélange des phases d'instruction et de jugement. Comme le note Marc Larue, “au-delà de la nécessité d'emprunter la voie législative, une telle réforme imposerait une refonte complète de l'organisation même des juridictions financières et une remise en cause profonde de leur logique même de fonctionnement [...]”²⁸⁴. Il ne faut pas, non plus, revenir, selon nous, sur la règle du double arrêt, notamment lorsque des magistrats connaissent de l'apurement de la gestion de fait à différents stades de la procédure. Les différents stades de la procédure constituent une procédure unique même s'ils impliquent l'intervention de plusieurs arrêts et il n'y a pas d'irrégularité à ce que des mêmes magistrats aient siégé dans des formations successives²⁸⁵. Le juge des comptes dispose, en certains points, d'une réelle légitimité, il ne faudrait pas

²⁸⁰ Cf. A. Haudry, “Un arrêt imprudent : l'arrêt Labor Métal (23 février 200)”, *op. cit.*, p. 30 et suiv.

²⁸¹ A. Haudry, “Un arrêt imprudent : l'arrêt Labor Métal (23 février 200)”, *op. cit.*, p. 33.

²⁸² En ce sens, S. Ruelle, “A propos des talibans du droit, l'arrêt Entreprise Razel Frères (23 mars 2001)”, *op. cit.*, p. 374 et 375.

²⁸³ S. Ruelle, “A propos des talibans du droit, l'arrêt Entreprise Razel Frères (23 mars 2001)”, *op. cit.*, p. 375.

²⁸⁴ M. Larue, “La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure”, *op. cit.*, p. 863 et suiv.

²⁸⁵ Cf. En ce sens CE, Ass., 14 décembre 2001, *Société Réflexions, Médiations, Ripostes préc.*

revenir dessus simplement pour permettre de juger les gestions de fait en respectant les principes du droit processuel.

Chapitre 2nd

DU POUVOIR DE REDUIRE AU POUVOIR DE FIXER LA REPRESSION ADMINISTRATIVE

429 - On a pu noter qu'il y avait, aujourd'hui, dans le contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif en matière de répression administrative, toute une évolution qui amenait à une comparaison avec le juge répressif d'appel²⁸³. Si la première manifestation de cette évolution a été reconnue à travers la valorisation du rôle du juge dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, on a pu relever qu'il manquait, en ce cas, certains pouvoirs dans l'approche de la sanction pour pouvoir prétendre à une analogie complète. Le juge pénal dispose, en effet, non seulement du pouvoir de réformation de la sanction mais aussi de larges pouvoirs d'individualisation ou de personnalisation de la peine en fonction, notamment, des circonstances de l'infraction ou de la personnalité de l'auteur, pouvoirs dont ne disposent pas le juge administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Seul le recours de plein contentieux est en mesure de donner des pouvoirs équivalents au juge administratif dans le contrôle de la sanction.

Or, on a pu voir que ce recours est, désormais, consacré quasi systématiquement dans le contrôle des sanctions administratives. Pouvant être présenté comme un recours où le juge "y exerce les pouvoirs les plus larges, statuant entre l'administration et les requérants comme les tribunaux judiciaires le font entre les justiciables"²⁸⁴, ce dernier serait en mesure de faire soutenir la comparaison entre le juge administratif et son homologue pénal du second degré dans la participation à la répression. Pour autant, si l'instrument du plein contentieux peut apparaître plus puissant et plus complet que celui de l'excès de pouvoir, l'approche traditionnelle des pouvoirs dévolus au juge ne permettait pas, à ce dernier, à l'instar du juge pénal, de réduire ou de fixer lui-même la sanction (Section 1). Ce n'est que progressivement

²⁸³ Cf. *Supra*, p. 306 et suiv.

²⁸⁴ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 171. L'auteur reprenant les propos d'Edouard Laferrière in Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, *op. cit.*

que s'est posé un regard nouveau sur la définition des pouvoirs en question, permettant de soutenir, d'une certaine manière, la comparaison avec le juge répressif (Section 2).

Section 1 : L'interprétation traditionnelle des pouvoirs du juge dans l'approche de la sanction

430 - Si on regarde la définition donnée par les textes assez nombreux qui consacrent le recours de pleine juridiction, on peut définir ce dernier à travers la possibilité pour le juge d'annuler ou de réformer, totalement ou partiellement, la décision administrative attaquée²⁸⁵. La question se pose de savoir ce que contient réellement ce pouvoir de réformation. Comme le note Yves Gaudemet, "le premier mouvement est d'en déduire que la réformation est précisément une alternative à l'annulation pure et simple, qu'elle conserve l'acte et en évite l'annulation, tout en le rectifiant pour certaines de ses dispositions"²⁸⁶, l'auteur ajoutant que "si l'acte n'est pas réformable et mérite l'annulation, le juge de plein contentieux n'a d'autres pouvoirs que de prononcer celle-ci"²⁸⁷. C'est là une interprétation limitative du pouvoir de réformation qui fait en sorte, qu'en ce cas, le juge ne puisse pas, à l'inverse de son homologue pénal, graduer la peine en fonction des circonstances ou fixer lui-même la sanction en se substituant à l'administration le cas échéant. Elle débouche, conséquemment, sur une conception séculaire du pouvoir de modulation de la sanction qui prône l'absence de tout pouvoir de modération du juge dans le contrôle de la sanction (§1) ainsi que sur une conception stricte du pouvoir de réformation limitant les pouvoirs du juge à une simple réfection de l'acte de sanction (§2).

§ 1 : *La conception séculaire du pouvoir de modulation : l'absence de pouvoir modérateur*

431 - L'évolution du droit pénal a, depuis deux siècles, dissipé le mythe de l'automatisme de la sanction ou celui de la fixité des peines. Ce sont d'abord des nouvelles théories axées sur la personnalité du délinquant qui ont progressivement fait abandonner le

²⁸⁵ Voir, par ex., art. 12 al. 3 et art. 15 al. 1 de l'ord. n° 86-1243 préc. du 1^{er} décembre 1986.

²⁸⁶ Y. Gaudemet, "Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence", *JCP* 1999, G, I, n° 188, § 4.

²⁸⁷ *Ibid.*, § 4.

besoin d'institution de peines fixes visant à donner à la répression un caractère inéluctable²⁸⁸ puis certains éléments du régime pénal alors en vigueur ont visé à individualiser la répression²⁸⁹ mais c'est le nouveau Code pénal qui posait le principe essentiel de la personnalisation des peines²⁹⁰ en donnant au juge pénal de larges pouvoirs dans la mesure de la peine en fonction des circonstances de l'infraction ou de la personnalité de l'auteur et en ajoutant que "lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction"²⁹¹. A vrai dire, le principe n'était novateur que par sa formule générale, puisque les juges possédaient déjà, sous l'empire de l'ancien Code, des instruments permettant d'adapter la peine au prévenu²⁹². Quoi qu'il en soit, aujourd'hui comme hier, la juridiction de jugement dispose de larges pouvoirs dans la mesure de la peine d'autant plus que, conformément au principe constitutionnel de nécessité²⁹³, la liberté du juge est presque entière quant au *quantum* de la peine à l'intérieur du maximum légal. En effet, il n'y a plus dans le Code, de référence, dans les incriminations à un minimum légal²⁹⁴.

432 - Si ces avancées étaient significatives en matière pénale, on n'a pas retrouvé les mêmes acquis dans le contrôle de la répression menée par l'administration ; en ce cas, le juge ne dispose pas du pouvoir de modération de la sanction prononcée que ce soit dans le contrôle des sanctions fiscales ou dans le contrôle de sanctions strictement administratives. L'un des principaux traits de la répression fiscale²⁹⁵ n'est, à cet égard, de comprendre, pour l'essentiel,

²⁸⁸ Voir, à cet égard, en faveur des peines fixes : C. Beccaria, Traité des délits et des peines, 1764, nouvelle trad. française, Paris, Ed. Cujas, 1966, chapitre 20 ou le Code pénal de 1791 (Cf. H. Remy, Les principes généraux du Code pénal de 1791, thèse Paris, 1910, p. 27).

²⁸⁹ On peut citer, par ex., la variabilité des taux de la peine ou les causes légales d'exemption ou de diminution de peine qui ont remplacé, dans le Code de procédure pénale, les excuses absolutoires et atténuantes.

Cf. Pour une analyse plus complète : J. Pradel, "L'individualisation de la sanction", RSC 1977, p. 723 et suiv. ou B. Vareille, "Le pardon du juge répressif", RSC 1988, p. 676.

²⁹⁰ Voir, en ce sens, la section intitulée "*Des modes de personnalisation des peines*" (art. 132-24 à 132-70 CP). Le législateur parle, désormais, de personnalisation et non plus d'individualisation dans le sens d'englober tant les personnes morales que les individus (Cf. M. Arpaillange, JO Sénat, 10 mai 1989, p. 553, 1^{ère} colonne).

Cf. Pour une analyse plus complète : J. Pradel, Le Nouveau Code Pénal (Partie Générale), Dalloz, 1994, p. 169 et suiv.

²⁹¹ Art. 132-24 CP.

²⁹² Par ex., l'art. 41 de l'ancien CP qui, concernant la seule amende, disposait que celle-ci "*est déterminée en tenant compte des circonstances de l'infraction ainsi que des ressources et des charges des prévenus*".

²⁹³ Cf. Art. 8 DDHC préc.

²⁹⁴ Voir, par ex., les art. 131-13 et 131-4 CP, pour, respectivement, les peines contraventionnelles et les peines correctionnelles.

²⁹⁵ Le CGI distingue les pénalités fiscales en trois rubriques : les "*sanctions fiscales*", les "*sanctions pénales*" et les "*autres sanctions et mesures diverses*". Les première et troisième sont des sanctions administratives prononcées par l'administration sous quatre formes : amendes, intérêts de retard, majorations et des sanctions diverses (déchéances automatiques d'avantages fiscaux, confiscations, fermetures d'établissements).

que des peines fixes²⁹⁶. Si plusieurs catégories d'infractions y sont distinguées, il faut savoir qu'à chacune de ces catégories ne correspond qu'une sanction unique²⁹⁷. Ainsi, si l'infraction est constituée, le juge, à la suite de l'administration, ne peut qu'appliquer la peine fixée par la loi. Si l'infraction n'est pas constituée, le juge doit accorder la décharge totale de la pénalité que l'administration a prononcée à tort. Le juge fiscal n'a donc pas la possibilité de réduire le montant de la sanction à un niveau jugé par lui adapté à la gravité de la faute commise par le contribuable. On retrouve, en matière de répression administrative, le même type de sanctions automatiques où les textes déterminent exactement le montant de l'amende qui doit être infligée ne laissant aucune possibilité de choix à l'autorité compétente²⁹⁸. Le contrôle du juge se limite pareillement au point de savoir si les conditions légales de la sanction étaient ou non remplies sans pouvoir porter sur son contenu même. Ce raisonnement tenant à nier un pouvoir modérateur au juge repose sur plusieurs considérations qu'il convient de relever, certaines d'entre elles reposent sur une volonté de négation d'un tel pouvoir, d'autres proviennent, dans le sens contraire, d'une absence d'exigence d'un tel pouvoir si l'on tient compte, notamment, des normes supra-législatives. Ce pouvoir n'est donc, successivement, pas permis (A) comme il n'est pas requis (B).

A – Un pouvoir modérateur qui n'est pas permis

433 - La volonté de négation du pouvoir de modération repose sur des arguments qui sont à la fois théoriques (1) et pratiques (2).

Cf. Pour une présentation plus complète : J. Fourré, "Les sanctions administratives du Codes général des impôts", LPA 1990, 17 janvier, n° spécial "*Les sanctions administratives*", p. 46.

²⁹⁶ Sauf en matière de contributions indirectes où depuis la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 (JO 30 décembre 1977, p. 6279) accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale ou douanière, la pénalité du quintuple droit a été remplacée par une pénalité comprise entre une fois et trois fois le montant des impôts fraudés.

²⁹⁷ Si les intérêts de retard ne sont pas à proprement parler des sanctions et si les amendes sont souvent modiques, ce sont surtout à travers les majorations que l'on retrouve des exemples de sanctions uniques : par ex., la majoration de 150 % prévue à l'art.1730 CGI en cas d'opposition à contrôle fiscal, la pénalité de 100 % prévue à l'art. 1763 A CGI en cas de distribution occulte, la pénalité de 80 % pour abus de droit prévue par l'art. 1729 CGI.

²⁹⁸ C'est le cas, par ex., de la contribution spéciale infligée en vertu de l'art. L. 341-7 al. 1 CT à l'employeur qui recrute des travailleurs étrangers clandestins ou alors du retrait des points du permis en vertu de la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 (JO 11 juillet 1989, p. 8676) relative à diverses dispositions en matière de sécurité routière et en matière de contravention.

1. Les arguments d'ordre théorique

434 - Le droit interne ne permet pas au juge fiscal d'appliquer d'autres taux ou montants que la loi a définis. La lettre de la loi limite le pouvoir d'appréciation du juge de l'impôt en fixant des pénalités dont le *quantum* est déterminé de façon automatique en fonction de la nature de la faute commise par le contribuable. Mais si le juge, comme l'administration, ne peuvent, en présence d'une infraction fiscale, prononcer d'autre sanction que celle établie par la loi, il lui appartient, quand même, de vérifier que l'infraction considérée est bien constituée. En d'autres termes, et comme l'énonce le Conseil d'Etat, le juge de l'impôt contrôle seulement "l'exactitude de la qualification donnée au comportement du contribuable"²⁹⁹. Cette situation a pu apparaître, en certains points, critiquable, le juge appliquant la règle du "tout ou rien"³⁰⁰ au détriment du principe de proportionnalité des peines, qui a pourtant valeur constitutionnelle. Il se comporte, en quelque sorte, à l'égard des sanctions fiscales, "comme un juge de cassation qui s'assure seulement que la peine appliquée est restée dans les limites du maximum légal, sans s'autoriser à apprécier la nécessité ou la proportionnalité de la peine à la gravité des faits retenus à l'encontre du contribuable ou du préjudice effectivement subi par le Trésor, ni, moins encore, la personnalité du contribuable délinquant"³⁰¹.

435 - Pour autant, certains commentateurs ont pu affirmer que la loi fiscale proportionnerait elle-même les sanctions fiscales pour certaines infractions³⁰². Ils s'appuient pour cela sur l'exemple du régime des pénalités pour mauvaise foi ou pour manœuvres frauduleuses fixées par l'article 1729-1 du Code général des impôts et retenant respectivement un taux de pénalité de 40% et de 80%. Le juge aurait prévu lui-même une gradation suivant la gravité de la faute commise puisque si les faits reprochés à la personne sanctionnée ne sont pas constitutifs de dissimulations ou de montages destinés à égarer le pouvoir de contrôle du service et ne constituent pas ainsi des manœuvres frauduleuses mais relèvent de la mauvaise foi, le juge déchargera le contribuable de la différence entre la pénalité de 80% qui a été mise

²⁹⁹ Cf. Par ex., CE, 10 octobre 1984, *req. n° 37323* (RJF 1984-12, n°1477).

³⁰⁰ Voir, en ce sens, M. Bornhauser, "La modération des pénalités fiscales devant le juge de l'impôt", BF 1993-10, p. 617 et suiv. ; P. Derouin, "L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales", LPA 1993, n°120, 6 octobre, p. 70 et suiv.

³⁰¹ P. Derouin, "L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales", *op. cit.*, p. 72 et 73.

³⁰² En ce sens, J. Petit, "L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales", RFDA 1997, p. 859 ; Concl. Arrighi de Casanova sous CE, Avis, 8 juillet 1998, *Fatell*, RJF 1998-8/9, p. 638 et 639 ; M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", BF 1999-6, p. 277, §21.

en recouvrement et la pénalité de 40% dont il est légalement redevable. Dans cette mesure, le juge vérifie l'adéquation de la peine à la faute et exerce bien un contrôle de proportionnalité entre les infractions et les peines fiscales. Comme peut le noter Jacques Petit, "autrement dit, le régime de la répression fiscale ne se borne pas ici à distinguer plusieurs espèces d'infractions et à imputer à chacune une sanction ; il dresse une hiérarchie corrélative des infractions et des sanctions. La loi ayant ainsi, selon l'expression du Conseil d'Etat, proportionné les pénalités selon la qualification des agissements du contribuable, contrôler cette qualification, c'est bien contrôler qu'une sanction proportionnée a été appliquée à celui-ci"³⁰³.

436 - Il a été affirmé, pareillement, que la non possibilité de modulation ne concernait, en réalité, que les sanctions automatiques, catégorie que l'on pouvait qualifier de marginale dans l'ensemble de la répression administrative³⁰⁴. Or, si de nombreuses sanctions fiscales revêtent ce caractère d'automaticité, c'est encore le fait, on le rappelle, de certaines sanctions administratives. Si les textes dictent là aussi largement l'attitude de l'autorité répressive³⁰⁵, le Conseil d'Etat y a récemment transposé le raisonnement suivi à propos des sanctions fiscales, l'employeur ne pouvant, pour se disculper, arguer de sa bonne foi³⁰⁶. A noter aussi que dans la majorité des cas, l'autorité détient une large palette de sanctions et qu'en cela, le juge tient souvent compte, d'une certaine façon, du principe de personnalité des peines, modulant de façon indirecte la sanction³⁰⁷. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il évoque les circonstances particulières de l'espèce et "la tenue générale de l'établissement" lors de l'annulation d'un arrêté préfectoral ordonnant la fermeture d'un débit de boissons pour erreur manifeste

³⁰³ J. Petit, "L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales", *op. cit.*, p. 860.

³⁰⁴ Par ex., M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p.277.

³⁰⁵ Par ex., pour la contribution spéciale infligée à l'employeur qui recrute des travailleurs étrangers clandestins, l'art. L. 341-7 al. 2 CT dispose que : "*Le montant de cette contribution spéciale ne saurait être inférieur à 500 fois le taux horaire du minimum garanti prévu à l'article L. 141-8*".

En vertu de l'art. R. 341-35 CT : "*Son montant est égal à mille fois le taux horaire, à la date de la constatation de l'infraction, du minimum garanti prévu à l'art. L. 141-8. Lorsque l'emploi de l'étranger n'a pas donné lieu à la constatation d'une infraction autre que l'infraction au premier alinéa de l'art. L. 341-6, le directeur de l'Office des migrations internationales peut [...] réduire ce montant à cinq cent fois [...]. Le montant de la contribution spéciale est portée à 2000 fois [...] lorsqu'une infraction [...] aura donné lieu à l'application de la contribution spéciale à l'encontre de l'employeur au cours de la période de cinq années précédant la constatation de l'infraction*".

³⁰⁶ En ce sens, CE, sect., 28 juillet 1999, *Groupement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouët* (AJDA 1999, p. 783 et suiv., chron. P. Fombeur et M. Guyomar, LPA 1999, n° 244, 8 décembre, p. 9 et suiv., concl. Bonichot).

³⁰⁷ M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, *op. cit.* p. 322.

d'appréciation³⁰⁸. De même, le Conseil d'Etat retient un certain nombre d'éléments comme, par exemple, le comportement auparavant irréprochable de l'agent, la faible valeur des matériaux volés ou encore la faute commise hors service lorsqu'il se livre à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation pour contrôler le choix de la sanction infligée à un fonctionnaire³⁰⁹.

437 - Il a pu être objecté, enfin, que la loi fiscale avait prévu, en certains cas, un pouvoir de modulation puisqu'il existe une disposition du Livre des procédures fiscales qui donne à l'administration le pouvoir d'accorder, par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales lorsque ces pénalités ne sont pas définitives³¹⁰. Si le Conseil d'Etat a déjà pu juger que la réduction, "par mesure de bienveillance", d'une pénalité légalement encourue relève de la juridiction gracieuse et qu'il n'appartient pas au juge de l'impôt d'y faire droit³¹¹, il faut cependant noter que cette faculté reconnue à l'administration "ne saurait être considérée comme correspondant au pouvoir pour l'autorité répressive d'adapter les peines fixées par la loi ; elle n'est, tout au plus, qu'un palliatif de l'absence d'un tel pouvoir"³¹². C'est une décision distincte du prononcé de la sanction à laquelle l'administration procède par pure bienveillance et qui joue le rôle d'une "soupape de sécurité"³¹³ lorsque le montant des pénalités est très élevé, qu'il y a un cumul de pénalités ou que la situation du requérant est très mauvaise financièrement, alors qu'il s'acquitte du montant des impôts à lui réclamés. Il faut aussi remarquer que ces transactions définitives s'opposent à ce que le contribuable remette ultérieurement en cause devant le juge tant le principal que les pénalités, ce dernier peut seulement saisir le juge d'un recours contre la décision de rejet de la demande gracieuse et comme il s'agit de décisions administratives non motivées prises en opportunité, elles ne sont soumises qu'à un contrôle restreint³¹⁴. A ces arguments d'ordre théorique s'ajoutent des arguments d'ordre pratique.

³⁰⁸ Cf. par ex., CE, 22 novembre 1995, *Ministre de l'intérieur contre M. Glise* (req. n° 131226).

³⁰⁹ Cf. *Supra*, p. 321 et suiv.

³¹⁰ Cf. Art. L. 247 LPF qui prévoit que "[...] l'administration peut accorder sur la demande du contribuable [...] des remises totales ou partielles d'amendes fiscales ou de majorations d'impôt lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent sont définitives [...]". A rapprocher de l'art. R. 247-8 LPF qui prévoit que des transactions peuvent être proposées d'office par l'un des trois titulaires de ces pouvoirs à savoir le directeur des services fiscaux, le directeur général des impôts ou le ministre.

³¹¹ Par ex., CE, sect., 8 novembre 1974, *Sieur X* (Rec. CE, p. 549, RJF 1975-1, n° 17).

³¹² J. Petit, "L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales", *op. cit.*, p. 859.

³¹³ Concl. Martin sous CAA Paris, 9 avril 1998, *M. Fattell*, RDF 1998, n° 23, p. 741.

2. Les arguments d'ordre pratique

438 - La modulation possible des sanctions soulève, selon certains auteurs, des difficultés pratiques importantes qu'il convient de ne pas négliger. En premier lieu, si l'on considérait que ce pouvoir devait être réservé au juge, certains ont souligné le risque d'accroissement considérable du contentieux³¹⁵, puisque les personnes sanctionnées seraient systématiquement incitées à introduire un recours pour obtenir une modération de l'amende or le juge devra alors faire face à un contentieux de masse dont il convient de ne pas surestimer l'impact car comme peut le relever le commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova, "ce sont, ainsi, deux millions de pénalités fiscales qui sont prononcées chaque année, alors que seulement 750 poursuites pénales sont engagées"³¹⁶. De même, il convient de souligner que le juge fiscal en tant que juge de plein contentieux, mis en face d'une décision illégale, ne se bornera pas à l'annuler, mais la remplacera par sa propre décision. En d'autres termes, le juge de plein contentieux est chargé de refaire la décision de l'administration, de décider à nouveau après elle. Il en résulte, selon Jacques Petit, "qu'il ne saurait avoir plus de pouvoir que l'autorité administrative. Or, il est certain qu'en présence d'une infraction fiscale, l'administration n'a d'autres pouvoirs que celui d'infliger la peine établie par la loi et n'est pas habilitée à en prononcer une autre qui lui paraîtrait plus adaptée à la faute commise"³¹⁷.

Si le juge fiscal devait se trouver investi d'un tel pouvoir de modulation, il faudrait immanquablement laisser à l'administration la possibilité de s'écarter du taux légal. Or, si l'administration peut adapter la sévérité des sanctions qu'elle décide à la gravité des fautes selon son bon vouloir, le risque d'arbitraire ne pourrait être écarté, les auteurs soulignant, par exemple, "que cela pourrait livrer les citoyens et les entreprises à l'arbitraire et à d'inadmissibles discriminations"³¹⁸ ou qu'il serait "tout à fait irréaliste, voire dangereux, d'investir des milliers d'inspecteurs des impôts du pouvoir de choisir le taux d'une majoration"³¹⁹. Pour autant, il a été objecté que ce ne sont pas les inspecteurs des impôts qui ont été investis du pouvoir de choisir le taux d'une majoration étant donné qu'en pratique

³¹⁴ Par ex., CE, 9 mars 1983, *req. n° 35525* (RJF 1983-5, n° 720).

³¹⁵ M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p.277 ; Concl. Arrighi de Casanova sous CE, Avis, 8 juillet 1998, *Fatell*, préc., p.641 ; chron P. Fombour et M. Guyomar sous CE, sect., 28 juillet 1999, *Groupelement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouët*, préc., p. 786.

³¹⁶ Concl. Arrighi de Casanova sous CE, Avis, 8 juillet 1998, *Fatell*, préc., p. 641.

³¹⁷ J. Petit, "L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales", *op. cit.*, p. 859.

³¹⁸ Concl. Bonichot sous CE, sect., 28 juillet 1999, *Groupelement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouët*, préc., p. 14.

³¹⁹ Concl. Arrighi de Casanova sous CE, Avis, 8 juillet 1998, *Fatell*, préc., p. 641.

l'agent qui notifie la pénalité appliquera le taux maximal de la sanction et que ce n'est, qu'ensuite, que le directeur des services fiscaux sera appelé à tenir compte des observations destinées à la modération des sanctions³²⁰. Maximilien Jazani ajoutant que “dans le cas où le contribuable conteste la décision du directeur des services fiscaux devant le juge de l'impôt, la modération par le juge ne signifie pas qu'il désavoue l'administration. Cela signifie que le contribuable a fait valoir des arguments d'ordre personnel devant le juge de l'impôt et qui l'ont conduit à modérer la sanction ou de l'en dispenser”³²¹.

439 - Quoi qu'il en soit, il convient d'évoquer, de façon plus générale, les risques existant quant à l'application de telles pratiques pour les personnes sanctionnées car même si l'opacité des procédures tend à reculer, elle favorise, sans aucun doute, des traitements variables. Ainsi, comme le souligne Michel Degoffe, “le principe d'égalité, principe général du droit selon le Conseil d'Etat n'est d'aucun secours. Il ne peut être invoqué que par rapport à une règle générale. Aussi, une personne sanctionnée ne peut invoquer la clémence du pouvoir disciplinaire à l'égard de certains pour contester la sévérité à son encontre”³²². L'auteur cite l'exemple des problèmes de la Cour de cassation dans le droit du travail, sa jurisprudence ne consacrant pas un principe général d'égalité des sanctions pour les auteurs d'une même faute, l'employeur peut librement choisir, à l'occasion, par exemple, d'une grève, de ne pas sanctionner certains ou de sanctionner plus sévèrement d'autres³²³. Si cette liberté peut, en certains cas, être limitée³²⁴, le chef d'entreprise pourra appliquer des sanctions différentes s'il est en mesure de s'en justifier³²⁵, il y a là un risque d'arbitraire qui peut être mis en avant et par lequel on peut souligner les dangers d'une personnalisation excessive des peines et, ainsi, de façon corrélatrice, d'un pouvoir de modulation que l'on pourrait, dans le même sens, juger excessif. En définitive, l'existence de ces arguments théoriques et pratiques peut témoigner des difficultés quant à la possible instauration de pouvoir modérateur du juge, on va voir qu'il

³²⁰ Voir, en ce sens, M. Jazani, “Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *op. cit.*, p. 277.

³²¹ *Ibid.*, p. 277.

³²² M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, *op. cit.*, p. 323.

³²³ Voir, par ex., Cass., soc., 15 mai 1991, *Lerch et autres contre SA Services rapides Ducros et Schlienger contre SA Edouard Dufois* (DS 1991, p. 619, rapport P. Waquet, concl. Franck).

³²⁴ La liberté de l'employeur trouve certaines limites dans l'interdiction des pratiques discriminatoires. Voir, par ex., art. L. 122-45 CT qui déclare nulle toute sanction ou tout licenciement en raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race, des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, de l'exercice normal du droit de grève ou des convictions religieuses.

³²⁵ Voir, encore, par ex., Cass., soc., 17 décembre 1996, *Giordano contre Association au service de l'enfance batipaume* (JCP 1997, G, II, n° 22773, rapport P. Waquet).

n'existe aussi aucune exigence supra-législative imposant, formellement, l'existence d'un tel pouvoir.

B – Un pouvoir modérateur qui n'est pas requis

440 - Les règles supra-législatives se révèlent incertaines quant à l'affirmation d'un pouvoir de modulation en matière de contrôle de la répression administrative. En effet, si certains principes constitutionnels peuvent être susceptibles de favoriser la reconnaissance d'un pouvoir de modulation des juges, ils ne permettent pas de conclure expressément à l'existence, pour le juge, d'un pouvoir modérateur (1). La jurisprudence européenne, de même, n'implique pas avec certitude l'obligation d'attribuer au juge statuant en matière pénale un pouvoir de modulation de la peine dans la limite d'un maximum légal (2).

1. Une reconnaissance constitutionnelle incertaine

441 - Le Conseil constitutionnel n'a jamais pris formellement position quant à la modulation par les juges des sanctions administratives ou des sanctions fiscales³²⁶. Toutefois, l'assimilation des sanctions fiscales et pénales³²⁷ a conduit, notamment en matière fiscale, à l'application de principes tirés du droit pénal susceptibles de confier un pouvoir de modulation au juge. Le Conseil constitutionnel a ainsi plusieurs fois statué sur le principe de proportionnalité des délits et des peines³²⁸ et il existe assurément une contradiction entre le principe de proportionnalité des sanctions et un régime de peines fixes comme celui que peut instituer le droit de la répression fiscale. Comme peut le noter Jacques Petit, “par définition, un tel régime interdit en effet d'adapter la sanction aux circonstances propres à chaque individu et à chaque affaire”³²⁹. Le juge constitutionnel n'a jamais caché, en ce sens, son hostilité à l'égard de l'automaticité des incriminations et des peines³³⁰, il est même allé jusqu'à

³²⁶ Contrairement à certaines idées reçues : voir, à cet égard, l'opinion dissidente de M. Soyer jointe au rapport de la ComEDH sur l'affaire *Jérôme Malige contre France* préc., req. n° 27812/95.

³²⁷ Cf. CC, n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982* préc.

³²⁸ Le principe de proportionnalité des délits et des peines se déduit, on le rappelle, de l'art. 8 DDHC préc.

³²⁹ J. Petit, “L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales”, *op. cit.*, p. 859.

³³⁰ Cf. En ce sens les décisions où le Conseil manifeste sa réprobation plus ou moins implicitement : CC, n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de Finances pour 1988* (Rec. CC, p. 63, RJC, p. I-324, JO 31 décembre 1987, p.15761, Pouvoirs 1988, n° 45, p. 174, chron. P. Avril et J. Gicquel, RDP 1989, p. 389 et suiv., chron. L. Favoreu, AJJC 1987, p. 578, note B. Genevois, RFDA 1988, p. 350, note B. Genevois, DF 1988, p. 1228, note L. Philip) ; CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de la communication*, préc. ; CC, n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* (Rec. CC, p. 45, RJC, p. I-707, JO 25 avril 1997, p. 6271, LPA 1997, 25 avril, n° 50,

établir une déclaration de non-conformité de dispositions législatives édictant des sanctions susceptibles de porter, du seul fait de leur automaticité, atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie³³¹. Pour autant, il n'a, en aucun cas, jugé de même à propos de sanctions de nature pécuniaire ou de sanctions fiscales en particulier. Alors que les auteurs d'une saisine à propos d'une décision relative à une loi de finances l'y avaient clairement invité³³², le Conseil s'est refusé à faire de l'automaticité un motif direct d'inconstitutionnalité. Il a non seulement passé sous silence l'argument mais il a aussi admis la conformité à la Constitution de l'une des pénalités en cause en dépit de la fixité de son montant³³³. En outre, lorsque le Conseil constitutionnel s'est référé au principe de proportionnalité des sanctions administratives, il n'a imposé le respect de ce principe que s'agissant du *quantum* des peines édictées par le législateur³³⁴.

442 - Si l'utilité du principe de proportionnalité reste incertaine, il en va de même en ce qui concerne le principe d'individualisation de la peine³³⁵. Le Conseil a aussi évité de prendre position quant à ce principe en ne lui reconnaissant pas expressément de valeur constitutionnelle et en précisant, au contraire, que la nécessité des peines ne devait pas être appréciée "du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins qu'à cette fin le juge doit être revêtu d'un pouvoir arbitraire que, précisément, l'article 8 de la déclaration de 1789 a entendu proscrire et qui lui permettait, à son gré, de faire échapper à la loi pénale, hors des cas d'irresponsabilité établis par celle-ci, des personnes convaincues de crimes ou de délits"³³⁶. Le Conseil ajoutant même que "si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un

p.9 et 27 juin, n° 77, p. 4, note G. Pelissier, AJDA 1997, p. 524, note F. Julien-Laferrière, RDP 1997, p. 931, note F. Luchaire, RFDC 1997, p. 571, note O. Lecucq).

³³¹ CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* (Rec. CC, p. 224, RJC, p. I-539, JO 18 août 1993, p. 17722, GDCC, n° 46, RFDA 1993, p. 871, note B. Genevois, LPA 1994, 9 septembre, n° 108, p. 4, note B. Mathieu et M. Verpeaux, RDP 1994, p. 5, note F. Luchaire, AJDA 1994, p. 37, note C. Teitgen-Colly, RFDC 1993, p. 583, note L. Favoreu).

³³² Cf. CC, n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de Finances pour 1998*, considérant n° 34 (Rec. CC, p. 333, RJC, p. I-732, JO 31 décembre 1997, p. 19313, AJDA 1998, p. 118, note J.-E. Schoettl, LPA 1998, 22 juin, n°74, p. 20, note B. Mathieu, M. Verpeaux et V. S. Aivazzadeh-Barré, RFDC 1998, p.160, note L. Philip, RProc. 1998, n° 4, p. 24, note J.-L. Pierre, Cahiers du CC 1998-4, p. 19).

³³³ *Ibid.*, considérant n° 40.

³³⁴ En ce sens, L. Barone, *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français*, L'Harmattan, 2000, p. 185 et S. Austry, "L'application des principes généraux du droit pénal aux pénalités fiscales : étendue et limites", RJF 1996-5, p. 314.

³³⁵ Principe découlant aussi, selon le Conseil constitutionnel, de l'article 8 DDHC préc.

³³⁶ Décision CC, n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, préc., considérant n° 15.

principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu'ainsi à supposer même que le principe d'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions³³⁷.

Enfin, plus récemment, le Conseil, après avoir constaté, dans une décision, que “la peine est arrêtée en tenant compte [...] des conclusions et éléments de preuve pertinents présentés au procès, de la gravité du crime et de la situation personnelle du condamné³³⁸”, s'est contenté d'observer que “ces règles n'encourent aucune critique d'inconstitutionnalité et sont, en particulier, conformes au(x) principe(s) de nécessité [...] des peines³³⁹”. Comme peut le noter ainsi Guy Gest, le Conseil, en ce sens, “s'est bien gardé d'aller au-delà de cette formulation neutre et de préciser que le principe constitutionnel de nécessité impliquait l'individualisation de la peine et donc l'octroi d'un pouvoir complet de modulation³⁴⁰”. A ce jour, il apparaît donc qu'aucune norme de valeur constitutionnelle n'exige qu'un mécanisme de sanction fiscale ou administrative doive comporter, au bénéfice de l'autorité chargée d'infliger la sanction, le pouvoir de moduler celle-ci. On en arrive à la même conclusion si l'on étudie, maintenant, la jurisprudence européenne en la matière qui n'impose pas, elle aussi, de reconnaître expressément un tel pouvoir au juge.

2. Une reconnaissance conventionnelle incertaine

443 - Les instances européennes n'ont encore jamais, comme le Conseil constitutionnel, statué directement sur la possibilité pour le juge de modérer les sanctions administratives ou fiscales mais diverses décisions permettent, toutefois, de déterminer la position du juge européen. On a vu que ce dernier exigeait que le tribunal statuant sur toute contestation relative à des droits et obligations de caractère civil ou toute accusation en matière pénale devait être doté de la “plénitude de juridiction” entendue comme devant

³³⁷ CC, n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, préc., considérant n° 16.

³³⁸ Décision CC, n°98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* préc., considérant n° 26.

³³⁹ *Ibid.*, considérant n° 26.

³⁴⁰ G. Gest, “Non-cumul et modulation : les limites du droit interne au processus de pénalisation des sanctions fiscales”, *RFFP 1999*, n° 65, n° spécial “*Les sanctions fiscales*”, p. 66.

permettre au tribunal “de réformer en tous points en fait comme en droit“ la sanction prononcée³⁴¹. Comme peut le noter Jean-François Flauss, la formule est “intrinsèquement ambivalente“³⁴². Elle peut invoquer, d'un côté, l'idée de modulation et l'idée “d'un contrôle de proportionnalité de la pénalité fiscale par rapport à la finalité répressive poursuivie“ mais elle peut aussi renvoyer, d'un autre côté, au contrôle de pleine juridiction exercé en fait comme en droit, sur les pénalités fiscales, et conduisant au prononcé tantôt de réformations, tantôt de décharges³⁴³. S'il est difficile de se prononcer à travers cette formulation, certains commentateurs se sont référés à l'aspect significatif de la formulation anglaise de la notion³⁴⁴ pour affirmer que les juges ne devaient pas entendre le pouvoir de réformation comme un pouvoir de modulation³⁴⁵. Cette dernière implique, en effet, que le juge de pleine juridiction doit avoir le pouvoir bien plus de “casser“ ou “d'infirmer“, selon la traduction que l'on adopte, que de “réformer“, sur tous les plans, questions de fait comme de droit, la décision du juge inférieur.

444 - La jurisprudence récente de la Cour et plus encore de la Commission européenne des droits de l'homme conforte cette position. Comme on l'a vu et conformément à une option précédemment arrêtée par la Commission³⁴⁶, le juge européen a estimé que le contrôle exercé par le juge administratif français sur la sanction automatique de retrait de points du permis de conduire répondait aux impératifs de l'article 6-1 de la Convention³⁴⁷. Le contrôle sur les sanctions administratives en cause, excluant un pouvoir de modération du juge, n'y était, certes, pas validé mais il était considéré comme suffisant dès lors qu'il n'était pas disproportionné par rapport à l'objectif de répression recherché. En effet, le retrait des points n'entraînait pas l'annulation du permis, la procédure incorporait un contrôle juridictionnel préalable et la sanction était elle-même graduée en fonction de la gravité de la contravention

³⁴¹ Cf. *Supra*, p. 340 et suiv.

³⁴² J.-F. Flauss, “Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme“, RFFP 1999, n° 65, n°spécial “*Les sanctions fiscales*“, p. 87.

³⁴³ En ce sens, concl. Martin préc. sous CAA Paris, Plén., 9 avril 1998, *M.Fattell*, p. 739.

³⁴⁴ Cf. La formule ainsi rédigée : “*to quash in all respects, on questions of fact and law, the décision of the body below*“.

³⁴⁵ Voir, par ex., L. Barone, L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français, *op. cit.*, p. 183 ; Concl. Martin préc. sous CAA Paris, Plén., 9 avril 1998, *M.Fattell*, p. 739 ; Concl. Arrighi de Casanova préc. sous CE, avis, 8 juillet 1998, *Fattell*, p. 640 ; J.-F. Flauss, “Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme“, *op. cit.*, p. 87.

³⁴⁶ ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France*, req. n° 27812/95 préc.

³⁴⁷ CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* préc.

commise. En conséquence, la loi avait prévu “dans une certaine mesure la modulation du retrait de points en fonction de la gravité de la contravention commise par le prévenu”³⁴⁸.

A noter que la Commission européenne avait, presque conjointement, jugé que l'existence d'une modulation législative des sanctions fiscales suffisait à satisfaire aux exigences conventionnelles en affirmant, à l'occasion d'une requête dirigée contre le refus du juge administratif fiscal de pratiquer une modulation des pénalités pour mauvaise foi, “qu'il est exact que les juridictions saisies ne pouvaient moduler le taux des pénalités infligées pour mauvaise foi puisque celui-ci est fixé par l'article 1729 du Code général des impôts précité. Il n'en reste pas moins que cet article prévoit que le montant des pénalités est calculé sur la base et en pourcentage du montant des redressements infligés, selon qu'il y a “mauvaise foi” ou “manœuvres frauduleuses”³⁴⁹. La Commission étant d'avis “que, ce faisant, la loi elle-même prévoit et permet d'assurer la proportionnalité de la sanction aux faits reprochés ainsi qu'aux circonstances particulières de l'espèce”³⁵⁰. On voit, en définitive, que même si la jurisprudence de la Cour est difficile à interpréter, elle ne reconnaît pas un pouvoir de modulation des sanctions. Cette dernière n'exige, pas plus que la jurisprudence constitutionnelle, l'octroi d'un tel pouvoir. La conception classique du pouvoir de modulation prône donc l'absence de pouvoir modérateur du juge. Si le juge ne dispose pas ainsi du pouvoir de réduire la sanction, il ne peut pas, non plus, fixer lui-même la sanction si on s'attache, maintenant, à l'étude de la conception stricte de son pouvoir de réformation, conception limitée à la simple réfection de l'acte de sanction.

§ 2 : *La conception stricte du pouvoir de réformation : la réfection de l'acte de sanction*

445 - Le pouvoir de réformation a d'abord été interprété comme devant être une alternative à l'annulation de l'acte, il fallait que l'acte en lui-même, à défaut d'annulation, soit conservé dans son principe et il ne pouvait, en cela, faire l'objet que d'un simple travail de “réfection”. Le juge administratif ne pouvait, sur le fondement de l'interdiction, pour ce dernier, de faire acte d'administrateur, substituer sa propre décision à celle de l'administration. Ainsi, il ne faut pas confondre le pouvoir de réformation avec le pouvoir de substitution dans la mesure où le premier présuppose l'existence d'un acte que le juge va seulement modifier alors que le second suppose que le juge se prononce en lieu et place de l'administration en étant à l'origine d'un nouvel acte. Alors, certes, il faut relever, comme Yves Gaudemet, “qu'il

³⁴⁸ CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France* préc.

³⁴⁹ ComEDH, 29 juin 1998, *Taddéi contre France* (req. n° 36118/97, RJF 1999-3, n° 366).

est en fait très difficile de séparer la substitution de la réformation ; on passe insensiblement de l'une à l'autre ; il n'y a entre elles qu'une différence de degré, relativement à l'intensité et à l'étendue de l'intervention du juge, mais pas de nature³⁵¹. En effet, lorsque le juge se substitue à l'administration, il ne crée pas un acte entièrement nouveau, il préexiste généralement un acte administratif que le juge va en fait totalement modifier. Dès lors, il n'y a pas de différence de nature entre la réformation d'un acte qui peut affecter tous les éléments de celui-ci et la substitution à cet acte, d'un acte nouveau. Pour autant, si la distinction des pouvoirs n'entraîne aucune conséquence pratique, il reste une différence dans la portée de l'intervention du juge sachant qu'à travers son pouvoir de réformation, il lui a longtemps été interdit d'user de son pouvoir de substitution (A) même s'il faut souligner que l'interdiction d'un tel pouvoir pouvait se révéler, en pratique, relative (B).

A – Une interdiction pratique du pouvoir de substitution

446 - La prohibition du pouvoir de substitution est le résultat d'une longue et régulière évolution de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat vis-à-vis de l'administration. C'est le juge lui-même, approuvé en cela par la doctrine, qui a renoncé à exercer ce pouvoir, le considérant comme contraire à son statut juridictionnel (2). Pour autant, cette limitation du pouvoir du juge administratif ne repose sur aucun fondement juridique, le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active censé fonder la prohibition du pouvoir de substitution n'étant consacré par aucune disposition légale (1).

1. Une interdiction sans fondement juridique

447 - Le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active censé fonder la prohibition de la substitution n'a pas de fondement juridique, aucun arrêt du Conseil d'Etat ne l'a expressément mentionné mais, surtout, aucun texte de portée générale ne l'a consacré. Les textes révolutionnaires des 16 et 24 août 1790 et du 16 fructidor an III³⁵² se contentent d'affirmer le principe de séparation des autorités administratives et

³⁵⁰ ComEDH, 29 juin 1998, *Taddéi contre France* préc.

³⁵¹ Y. Gaudemet, "Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence", *op. cit.*, n° 7.

³⁵² A savoir, précisément, l'art. 13 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 qui dispose : "Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions".

judiciaires et mettent en garde les tribunaux judiciaires en leur rappelant qu'ils ne peuvent sortir de leur rôle et faire œuvre d'administrateurs actifs mais, en aucun cas, ils n'établissent de séparation entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. Pourtant, pour une partie notable de la doctrine³⁵³, la loi a été interprétée comme ayant exclu ce contentieux de la compétence des juridictions judiciaires et, partant, créé la justice administrative. Cette loi étant une conséquence indirecte de la séparation des pouvoirs, l'existence d'une justice administrative était rattachée à ce principe selon une conception dite "française". Si la fragilité de cette thèse selon laquelle la loi aurait entendu exclure sans la moindre équivoque le contentieux administratif du champ de compétence des tribunaux judiciaires a depuis lors été démontré, il faut bien relever que c'est la doctrine qui a élaboré ce principe *a posteriori* à la fois pour expliquer rationnellement le statut de la juridiction administrative comme pour favoriser certaines évolutions jurisprudentielles.

448 - C'est ainsi que le principe de séparation a surtout été dégagé pour remédier à la confusion ancienne des fonctions entre les juges et les administrateurs : si la juridiction administrative doit être dotée d'indépendance vis-à-vis de l'autorité qu'elle a à juger, à l'inverse, la juridiction administrative doit éviter de s'immiscer dans le domaine propre de l'action administrative. Comme peut le noter Jacques Chevallier, "tout comme l'administrateur s'est vu retirer la qualité de juge, le juge administratif s'est vu interdire la possibilité de prendre des actes administratifs"³⁵⁴. Ainsi formulée, cette interdiction paraissait tout à fait conforme aux exigences d'une saine justice, pour autant, la portée que lui a donné le droit français devait nuancer ces propos. On peut dire, en effet, que la règle de l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur "a dépassé son sens strict originaire pour étendre la garantie d'indépendance au profit de l'administration active"³⁵⁵. L'idée de départ, selon laquelle il fallait refuser, en cela, la possibilité pour le juge administratif de faire de véritables actes administratifs exécutoires, s'impose à l'évidence pour ne pas réintroduire la confusion de la juridiction administrative et de l'administration active. En revanche, rien ne

On relève aussi une disposition dans le décret du 16 fructidor an III selon laquelle "*Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient*".

³⁵³ Voir, par ex. E. Laferrère qui considère la loi des 16 et 24 août 1790 comme "*un des textes fondamentaux de notre droit public*" dans la mesure où il interdit toute immixtion des tribunaux dans le domaine administratif (in Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, *op. cit.*, t. 1, p. 150) ou encore M. Hauriou, pour qui, l'institution de la juridiction administrative est indissociable d'une conception "politique" de la séparation des pouvoirs visant à garantir l'indépendance constitutionnelle de l'exécutif" (in Précis de droit administratif et de droit public, 11^{ème} éd., Sirey, 1927, t. 2, p. 946, note 1).

³⁵⁴ J. Chevallier, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", AJDA 1972, p. 67.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 68.

justifie la conception large interdisant de faire des actes administratifs en la forme juridictionnelle, elle fut pourtant le résultat d'une longue et régulière évolution.

2. Une interdiction empirique

449 - C'est l'octroi de la justice déléguée au Conseil d'Etat en 1872³⁵⁶ qui a conduit à l'interprétation rigoureuse et extensive de l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur. Jusque là et sous le régime de la justice retenue³⁵⁷, le Conseil d'Etat n'avait pas hésité à employer le pouvoir de substitution³⁵⁸. Alors, certes, c'est en tant qu'organe incorporé dans l'administration et couvert par l'autorité du chef de l'Etat, que ce dernier mettait en œuvre le pouvoir de substitution et c'est, de la sorte, à travers le statut de supérieur hiérarchique que le juge exerçait un tel pouvoir dès lors qu'il ne se trouvait pas dans un domaine où les intérêts politiques de l'Etat devaient être protégés. Pour autant, Jacques Chevallier précise bien que si le Conseil d'Etat pouvait pousser très loin ses investigations, "l'explication n'est pas très satisfaisante dans la mesure où la préoccupation de renforcer le statut juridictionnel du Conseil d'Etat était constante pendant tout le XIX^{ème} siècle. Si l'injonction et la substitution sont restées utilisées si longtemps et sans difficulté, c'est parce qu'elles ont paru compatibles avec les pouvoirs normaux d'un juge, et l'exemple judiciaire ne faisait que renforcer cette conviction"³⁵⁹.

450 - Le pouvoir de substitution, sans disparaître, s'est raréfié après l'abandon de la justice retenue. Comme les conseils de préfecture, le Conseil d'Etat est doté maintenant d'un véritable pouvoir de décision en matière juridictionnelle. Le droit coïncide avec le fait, et le chef de l'Etat perd la qualité de juge administratif suprême. Pouvoir par nature attaché à la qualité de supérieur hiérarchique, le pouvoir de substitution était à même de disparaître par le passage des pouvoirs juridictionnels du chef de l'Etat au Conseil d'Etat en matière de

³⁵⁶ C'est de la loi du 24 mai 1872 que résulte la substitution définitive du système de la justice déléguée à celui de la justice retenue. Le risque d'une mise en échec de la volonté du Conseil d'Etat par le chef de l'Etat est ainsi supprimé.

Voir, à cet égard, "Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat", Bulletin des Lois, 12^{ème} S. B. 92, n° 1160 ; A. Batbie, "Rapport sur le projet de loi", D. 1872, L., p. 88 ; R. Drago, "La loi du 24 mai 1872 et V. Wright, La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872", EDCE 1972, n° 25, p. 13 et 21.

³⁵⁷ Voir, à cet égard, T. Sauvel, "La justice retenue de 1806 à 1872", RDP 1970, p. 237.

³⁵⁸ Voir, pour quelques ex. jurisprudentiels de cette attitude, J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, *op. cit.*, p. 189 à 191.

L'auteur citant, par ex., les arrêts : CE, 1^{er} août 1837, Baudot (Rec. CE, p. 375) ; CE, 2 août 1854, Frémont (Rec. CE, p. 728) ; CE, 6 mars 1857, Davesnes (Rec. CE, p. 179) ; CE, 12 mai 1869, Dame Clément (Rec. CE, p. 456) ; CE, 9 mars 1870, Ville de Nemours (Rec. CE, p. 251).

contentieux administratif. A partir de là, le Conseil d'Etat s'est, en effet, trouvé dans une position plus délicate face à l'administration active qu'il devait continuer à juger. N'étant plus couvert par l'autorité du chef de l'Etat, supérieur hiérarchique de l'administration, ce dernier a dû faire face à une attitude logique de méfiance de la part de celle-ci. Pour ménager cette dernière, il renonça ainsi, tout en approfondissant le contrôle sur ses actes, à nombre de pouvoirs qui se rapprochaient plus d'un supérieur hiérarchique parmi lesquels le pouvoir de substitution, pouvoir d'une nature éminemment hiérarchique. On peut, comme certains auteurs, "regretter cette évolution qui, pour affermir l'indépendance du juge, a abouti à réduire l'efficacité de la censure juridictionnelle [...] "³⁶⁰ ou souligner que "paradoxalement, l'institution de la justice déléguée, même si elle améliore l'indépendance du Conseil d'Etat, a donc eu pour effet de restreindre l'étendue de ses pouvoirs"³⁶¹. Enfin, il ne faut pas oublier de noter que le juge, par cette longue évolution dans l'étendue de ses pouvoirs, n'a pas renoncé à tout pouvoir de substitution, il n'a fait que restreindre son exercice, les exceptions à l'interdiction de principe étant fort nombreuses.

B – Une interdiction relative du pouvoir de substitution

451 - Malgré la règle lui interdisant de faire acte d'administration active, le juge administratif a conservé de très larges pouvoirs de substitution. S'il faut déjà noter que ces exceptions concernent aussi bien le recours pour excès de pouvoir que le plein contentieux, c'est surtout, à travers le second nommé, que le juge administratif persiste, dans de nombreuses hypothèses, à se substituer à l'administration³⁶² allant même jusqu'à s'octroyer un pouvoir de substitution dans des contentieux nouveaux dès lors qu'il le juge souhaitable³⁶³. Sans s'attacher à étudier toutes les hypothèses dans lesquelles le juge de pleine juridiction détient un pouvoir de substitution, il convient de s'attarder, en notre matière, sur l'existence, toujours consacré, d'un pouvoir de substitution du juge en matière de pénalités fiscales (1). Parallèlement, il faut relever, que dans le contentieux de l'excès de pouvoir, il existe aussi, dans une moindre mesure, des exceptions à l'interdiction du pouvoir de substitution. Si le juge ne peut, en cette matière, qu'annuler l'acte qu'il lui est présenté ou bien rejeter le recours, il est

³⁵⁹ J. Chevallier, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *op. cit.*, p. 69.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 75.

³⁶¹ B. Baldous, Les pouvoirs du juge de pleine juridiction, thèse, Aix-en-Provence, 1998, p. 340.

³⁶² Notamment dans les contentieux électoral, fiscal ou des établissements classés.

³⁶³ Le contentieux des édifices menaçant ruine et le contentieux de la tarification sanitaire et sociale en sont des exemples significatifs, le juge s'octroyant un pouvoir de substitution malgré l'interdiction de faire acte d'administrateur.

des cas où “l’annulation comme le rejet peuvent être prononcés selon des modalités telles qu’il n’est pas impossible de considérer que le jugement du recours a abouti à une modification, par le juge, de la décision”³⁶⁴. C’est le cas à travers l’utilisation de la pratique de la substitution de motifs et/ou de base légale qu’on peut relever dans le contrôle d’excès de pouvoir des sanctions disciplinaires (2).

1. *Le pouvoir de substitution de plein contentieux des pénalités fiscales*

452 - En matière fiscale, lorsqu’une pénalité a été appliquée à tort, le juge décharge l’assujéti du paiement. Cependant, il faut noter qu’il lui arrive souvent de constater qu’une pénalité devait bien être infligée au contribuable mais que l’administration fiscale l’avait incorrectement évaluée³⁶⁵. En ce cas, lorsque l’administration a pu présenter des conclusions tendant à une substitution de pénalités, le juge a pu lui donner satisfaction depuis longtemps³⁶⁶. Par contre, il a toujours jugé qu’il “n’appartient pas au juge fiscal, lorsqu’il n’y est pas invité par l’administration défenderesse, de substituer au fondement de l’imposition contestée un autre fondement sur lequel serait justifié le fondement de cette imposition”³⁶⁷. Il a même confirmé sa jurisprudence malgré le commissaire du gouvernement Fabre qui proposait pourtant une solution de portée différente en préconisant une intervention d’office du juge administratif puisque tout motif de nature à justifier en droit le bien fondé d’une imposition est, en principe, d’ordre public³⁶⁸. Le juge ne pouvait substituer d’office, par exemple, à une majoration de droits irrégulière, une amende fiscale régulière dès lors que la compensation n’avait pas été expressément demandée par l’administration, cette dernière ne relevant pas de l’ordre public, le juge ne pouvant l’opposer que s’il était saisi de conclusions à cette fin³⁶⁹.

453 - Aujourd’hui, les pouvoirs de pleine juridiction du juge fiscal lui permettent de substituer, à une pénalité qu’il estime illégale, une autre pénalité, régulière celle-ci, alors

³⁶⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., 7^{ème} éd., p. 825.

³⁶⁵ Par ex, l’assujéti est frappé par une amende de 100% alors que seule une indemnité de retard pouvait lui être appliquée. Dans ce cas, les pouvoirs de pleine juridiction lui permettent de substituer la pénalité adéquate.

³⁶⁶ Cf. Par ex., CE, 15 mars 1929, *Ministre des finances contre Société Davey, Bickford, Smith et Cie* (Rec. CE, p. 320) ; CE, Ass., 20 novembre 1959, *Société Closet et Pagès* (Rec. CE, p. 614) ; CE, 21 décembre 1977, *Ministre des finances contre Société Siporex* (Dupont 1978, p. 98).

³⁶⁷ Voir, par ex., CE, 7 mars 1975, *req. n° 85. 946* (DF 1975, n° 45-46, comm. n° 161).

³⁶⁸ Cf. CE, 23 mars 1975, *req. n° 87. 573 et 85. 496* (RJF 1975-5, comm. n° 226, DF 1975, n° 23, comm. n° 775, concl. Fabre).

³⁶⁹ CE, 13 février 1974, *req. n° 80. 476, 80. 478 et 80. 479* (DF 1974, n° 28, comm. n° 864, concl. Schmeltz).

même que la substitution ne lui aurait pas été expressément demandée par l'administration. Le juge fiscal a agi de la sorte lorsque c'est le contribuable, dont il a admis la bonne foi, qui lui a demandé³⁷⁰ mais aussi dans des cas où il n'y avait pas de motivation particulière et où il n'était pas saisi de conclusions en ce sens par le ministre³⁷¹. De manière définitive, il s'est enfin reconnu le pouvoir de substituer d'office à une pénalité qu'il estime illégale, une autre pénalité régulière alors que la substitution ne lui a pas été expressément demandée par l'administration³⁷². La jurisprudence en ce sens étant d'autant plus marquée que la décision définitive était contraire à celle proposée par le commissaire du gouvernement qui lui adoptait un point de vue plutôt conforme à la position traditionnelle du Conseil d'Etat faisant des services fiscaux les seuls capables d'appliquer ces sanctions³⁷³.

454 - Le Conseil d'Etat a, par la suite, confirmé l'évolution amorcée³⁷⁴ mais il a aussi développé le revirement de jurisprudence en opérant, en certain cas, à la fois une substitution de base légale et une substitution de motifs. Le Conseil d'Etat a, par exemple, admis la substitution des pénalités pour absence de déclaration aux pénalités pour manœuvres frauduleuses³⁷⁵ ou, symétriquement, de substituer aux pénalités pour absence de déclaration des pénalités pour absence de bonne foi³⁷⁶. Il y avait là une conception très large de la technique de substitution opérant à la fois, en cette matière de plein contentieux, une substitution de base légale et une substitution de motifs. Pour autant, le Conseil d'Etat est revenu à une conception plus stricte de la substitution pour ces pénalités régies par des textes différents conformément au principe constant en matière pénale faisant obligation au juge répressif de procéder à la requalification des poursuites à partir de l'ensemble des faits qui lui sont soumis. En ce sens, le Conseil d'Etat a subordonné la technique de substitution de base légale à la condition que les faits faisant l'objet de la répression sur la nouvelle base invoquée soient les mêmes que ceux pris en compte pour infliger la pénalité sur le fondement initialement retenu³⁷⁷. Il existe, à côté de ce pouvoir de substitution du juge de l'impôt,

³⁷⁰ CE, 8 juillet 1977, *req. n° 3. 378* (Dupont, p. 348).

³⁷¹ CE, 4 mai 1977, *req. n° 1. 518 et 1. 518 bis* (DF 1977, n° 31-37, comm. n° 1285, Dupont, p. 265 et 266).

³⁷² CE, Ass., 26 juillet 1978, *SARL Armoric Robert Houdin* (Rec. CE, p. 320, DF 1979, n° 19, comm. n° 963, concl. Rivière).

³⁷³ Cf. Concl. Rivière préc. sous CE, Ass., 26 juillet 1978, *SARL Armoric Robert Houdin*, p. 592 et 593.

³⁷⁴ Par ex. : CE, 15 novembre 1978, *req. n° 6. 924* (RJF 1979-1, comm. n° 14) ou CE, 2 mars 1979, *req. n° 6. 646* (DF 1981, n° 4, comm. n° 125, concl. Lobry).

³⁷⁵ CE, 29 septembre 1982, *req. n° 22022* (RJF 1982-11, comm. n° 1077).

³⁷⁶ CE, 25 novembre 1985, *req. n° 39358* (RJF 1986-2, comm. n° 166).

³⁷⁷ CE, sect., 1^{er} octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial* (RJF 11/1999, comm. n° 1397, concl. Bachelier, RProc. 2000, n° 4, p. 25-26, BCF 1999-11, p. 47, concl., Bulletin de gestion fiscale des entreprises 1999, p. 14, note R. Beauvais).

d'autres exceptions à l'interdiction de principe, cette fois dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

2. *Le pouvoir de substitution de motifs et/ou de base légale dans le contentieux de l'excès de pouvoir*

455 - A l'origine, la finalité et la forme du pouvoir du juge de pleine juridiction et du pouvoir de substitution de motifs et/ou de base légale, généralement mise en œuvre par le juge de l'excès de pouvoir, diffèrent dans le sens où, si le juge de plein contentieux entend modifier, voire transformer, un acte administratif illégal, le juge de l'excès de pouvoir souhaite, au contraire, protéger un acte en lui fournissant un fondement légal qui lui fait défaut. Mais si le dispositif du jugement est très différent et si la transformation de l'acte en excès de pouvoir est plus discrète et de portée moindre que la substitution qui tend à modifier, voire transformer un acte administratif illégal, il y a bien, dans les deux cas, exercice d'un véritable pouvoir de substitution et donc réalisation d'une véritable modification de l'acte contesté³⁷⁸. Cependant, le degré d'intervention du juge dans l'élaboration des actes des autorités administratives au moyen de la technique de substitution dépend de son utilisation en cas de compétence liée comme de compétence discrétionnaire. Substituer des motifs erronés par des motifs légaux revient, en cas de compétence liée, à éviter une annulation inutile ou factice³⁷⁹. Par contre l'intervention du juge est plus conséquente dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire où le juge se doit théoriquement de respecter la liberté d'action de l'administration. Admise par le juge, la technique de substitution lui donne, en ce cas, les moyens d'intervenir au sein du pouvoir dit discrétionnaire de l'administration en ne prenant en compte, ici, que les motifs de droit de ses actes. On ne parle plus de substitution de motif mais de substitution de base légale³⁸⁰.

456 - Si on observe la jurisprudence en matière de sanction, on peut voir que dans le contentieux disciplinaire des ordres professionnels, l'Assemblée du contentieux a, à propos

³⁷⁸ Cf. Malgré des qualifications différentes, B. Pacteau, Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, LGDJ, 1977, p. 90 ; B. Baldous, Les pouvoirs du juge de pleine juridiction, *op. cit.*, p. 327 ; M.-J. Guédon, "Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge", AJDA 1981, p. 443.

³⁷⁹ Voir, en ce sens, M.-J. Guédon, "Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge", *op. cit.*, p. 443 ou J.-M. Peyrical, "Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude sur la neutralisation et la substitution de motifs", AJDA 1996, p. 30.

³⁸⁰ Cf. Par ex. : CE, 20 novembre 1942, Vally (Rec. CE, p. 326, D. C. 1944, p. 29, note M. Waline) ; CE, sect., 8 mars 1957, Rozé (Rec. CE, p. 147, AJDA 1947, 2, p. 181, chron. J. Fournier et G. Braibant) ; CE, sect. 27 janvier 1961, Dauzizeau (Rec. CE, p. 57, AJDA 1961, p. 75, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot).

d'une affaire concernant un médecin sanctionné par le Conseil national de l'Ordre à propos d'une expérimentation effectuée sur une personne en état de mort cérébrale, procédé par substitution de base légale pour confirmer, aux vues des faits reprochés, une décision de la section disciplinaire entachée d'erreur de droit³⁸¹. Le Conseil d'Etat n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement Kessler qui proposait une substitution des motifs de droit, les motifs erronés ne devant pas "nécessairement entraîner la solution juste"³⁸² et a opté pour la technique de substitution de la base légale du texte de référence de la décision du Conseil de l'ordre. Mais plutôt qu'un texte écrit, il a invoqué "les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient et ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci"³⁸³. Il est, ainsi, difficile de juger du degré d'intervention du juge en la matière tout comme la clé de tous les paradoxes soulevés dans le cadre de la substitution de motifs et/ou de la base légale mais comme peut le noter Jean-Marc Peyrical, ce qu'il faut retenir, c'est que "tout en s'interdisant de prendre la place de l'auteur d'une décision (administrative ou juridictionnelle), il cherche, selon les espèces, à se donner une marge de manœuvre suffisante afin de faire respecter le droit"³⁸⁴. Dans cette marge de manœuvre, il s'autorise donc, parfois, à réaliser une véritable modification de l'acte contesté amenant en notre matière à une fixation indirecte de l'acte de sanction. L'interdiction de substitution peut donc se révéler, en certains points, relative, en cela, elle va surtout amener à l'interprétation contemporaine des pouvoirs du juge dans l'approche de la sanction.

Section 2 : L'interprétation contemporaine des pouvoirs du juge dans l'approche de la sanction

457 - On a toujours défini l'étendue des pouvoirs du juge sur la base de considérations théoriques telles que la présence ou l'absence d'un droit protégé par un texte, le caractère de gestion ou de puissance publique de l'acte litigieux, la nature objective ou subjective de la

³⁸¹ CE, Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud* (Rec. CE, p. 194, *RFDA* 1993, p. 1002, concl. Kessler, *AJDA* 1993, p. 530, chron. C. Maugué et L. Touvet, *D.* 1994, p. 73, note J.-M. Peyrical, *JCP* 1993, G, II, n° 22133, note P. Gonod, *JCP* 1993, G, I, n° 3700, chron. E. Picard, *LPA* 1994, 2 décembre, note C. Schaegis).

³⁸² Concl. Kessler préc.

³⁸³ CE, Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud* préc.

³⁸⁴ J.-M. Peyrical, "Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude sur la neutralisation et la substitution de motifs", *op. cit.*, p. 34.

question de droit posée. Il faut, pourtant, reconnaître, aujourd'hui, la place capitale des considérations d'opportunité dans le choix des pouvoirs attribués au juge. L'époque récente a vu la transformation significative des rapports entre l'administration et les administrés vers un plus juste équilibre. Le contentieux administratif, longtemps favorable à la défense des prérogatives de l'Etat, est devenu plus attentif à la protection des justiciables. Dans cette optique, on a fait du juge administratif un juge capable de se prononcer sur le fond du litige et non pas seulement sur la légalité de l'acte administratif, un juge capable d'assurer un règlement complet de la contestation et de vider, ainsi, le litige, en bref, un juge disposant des pouvoirs classiques de la *jurisdictio* comme peuvent les détenir tous les juges de droit privé. Un des meilleurs exemples de cette évolution des pouvoirs du juge réside précisément dans le contentieux des sanctions. Nous avons déjà indiqué que, si les derniers textes avaient opté, de façon quasi-unanime, pour le plein contentieux, l'interprétation première des pouvoirs du juge, dans un tel contentieux, ne permettait, pourtant pas, une assimilation totale avec les juges de droit privé et, notamment, le juge répressif. Nous allons voir, cependant, que la question peut se poser aujourd'hui si l'on tient compte de la définition actuelle du pouvoir de réformation qui laisse la possibilité au juge de fixer, en certains cas ou indirectement, l'acte de répression (§2) mais aussi si l'on se penche sur l'évolution partielle de la question du pouvoir de modulation du juge et la possibilité conséquente d'un pouvoir modérateur du juge sur la répression fixée (§1).

§ 1 : *L'évolution partielle du pouvoir de modulation : la question d'un pouvoir modérateur du juge*

458 - L'exercice du pouvoir de modulation consiste en la reconnaissance pour le juge de la possibilité de réduire la répression encourue par les administrés ou les contribuables. Quel que soit le contenu de la loi, les sanctions énoncées ne constitueraient que de simples limites supérieures que le juge pourrait aménager en fonction des circonstances de l'espèce. Si le législateur et l'administration n'ont jamais admis une telle hypothèse, la doctrine a été amenée à proposer l'idée d'une modulation de la répression administrative notamment en matière de répression fiscale³⁸⁵ (A). Les diverses juridictions se sont ensuite positionnées en

³⁸⁵ Voir, notamment, L. Barone, L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français, *op. cit.*, p. 177 et suiv. ; M. Bornhauser, "La modération des pénalités fiscales devant le juge de l'impôt. Une révolution à accomplir", BF 1993-10, p. 617 et suiv. ; P. Derouin, "L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales", LPA 1993, 6 octobre, n° 120, p. 70 et suiv. ; N. Andreae et D. Carreau, "Droits de l'homme et répression de l'abus de droit", DF 1997, n° 11, p. 396 et suiv. ; J. Turot, "L'abus de droit est-il un vice ?", RJF 1996-7, p. 486 et suiv. ; M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt."

conséquence et, si un changement dans les comportements a pu apparaître, il n'est que partiel puisque seul le juge judiciaire a admis cette possibilité. Il pose, en tout cas, la question de l'existence d'un tel pouvoir (B).

A – Une certaine volonté de reconnaissance en doctrine

459 - La considération d'un pouvoir modérateur du juge a pu naître en doctrine suite à la censure par le juge constitutionnel de la procédure de sanction fiscale, considérée, dans son ensemble, comme ne respectant pas le principe constitutionnel des droits de la défense³⁸⁶. Le Conseil rappelant, d'une part, qu'il résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et des droits de la défense, et que, d'autre part, ces principes s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si elle est prononcée par une autorité non juridictionnelle³⁸⁷. S'il y avait là consécration d'un principe d'équivalence des garanties applicables aux peines prononcées par le juge répressif ou le juge fiscal, le débat rebondissait encore par le biais d'un autre processus de pénalisation alors issue de la jurisprudence européenne. Cette dernière rappela que certaines sanctions fiscales, qui ne tendaient pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice et dont le but était à la fois préventif et répressif, entraient dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention au titre de la qualification "d'accusation en matière pénale" et qu'un tel système de sanctions ne pouvait être validé que sous l'expresse réserve que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte³⁸⁸. De la sorte, des arguments fondés sur des exigences conventionnelles (2) s'ajoutaient à ceux basés sur les exigences constitutionnelles (1).

Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*

³⁸⁶ Voir, en ce sens, les décisions CC, n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de Finances pour 1982* préc. ; CC, n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de Finances pour 1990* (Rec. CC, p. 110, RJC, p. I-382, JO 30 décembre 1989, p. 16498, Pouvoirs 1990, n° 53, p. 164, chron. P. Avril et J. Gicquel, DF 1990, p. 464, note L. Philip, RFDC 1990, p. 122, note L. Philip, RJF 1990-2, n° 198) ; CC, n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de Finances pour 1991* (Rec. CC, p. 95, RJC, p. I-424, JO 30 décembre 1990, LPA 1991, n° 17, p. 15, note J.-P. Chaumont, RFDC 1991, p. 136, note L. Philip et p.145, note L. Favoreu, DF 1991, p. 612, note L. Philip, JCP 1991, G, I, n° 3522, note F. Querol, Pouvoirs 1991, n° 57, p. 183, chron. P. Avril et J. Gicquel, AJDA 1991, p.475, note X. Prétot).

³⁸⁷ Cf. A cet égard, A.-M. Le Bos-Le Pourhiet et J. Buisson, "La Constitution et la procédure de sanction fiscale", AJDA 1991, p. 497 et suiv.

1. Les arguments fondés sur les exigences constitutionnelles

460 - Suivant la voie tracée par le juge constitutionnel, la doctrine a pu revendiquer la méconnaissance du principe de nécessité des peines dans l'existence de l'automatisme de certaines sanctions administratives, notamment fiscales³⁸⁹. Elle s'est appuyée pour cela sur un certain nombre d'arguments directement issus de la jurisprudence constitutionnelle et a pu noter que, si le juge constitutionnel n'a pas tiré l'obligation de modulation de ce principe de nécessité des peines, il a, néanmoins, par une interprétation audacieuse de ce même principe, "introduit une forme de modulation approximative"³⁹⁰. En ce sens, il a essayé de relativiser l'automatisme de nombreuses sanctions administratives, fiscales en particulier, en acceptant d'exercer un contrôle sur la mesure de ces sanctions au regard du principe constitutionnel de proportionnalité, corollaire de celui de nécessité. Son contrôle s'est alors effectué selon une appréciation *in concreto*, le Conseil regardant, si, dans l'application des sanctions en cause, leur caractère automatique associé à un *quantum* trop élevé ne pourrait pas conduire, dans certaines hypothèses, à une disproportion manifeste³⁹¹.

461 - Le juge constitutionnel a, pareillement, marqué, en certaines occasions, sa réprobation à l'encontre de sanctions automatiques. On a vu, par exemple, qu'il a fait apparaître plus ou moins implicitement le caractère automatique d'une sanction fiscale instituée par le législateur comme un élément justifiant, avec d'autres, sa censure³⁹². Mais c'est aussi le caractère automatique de la sanction que le Conseil constitutionnel a pris en considération pour estimer que les pouvoirs conférés à la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse produisait des effets équivalents à ceux d'un régime d'autorisation

³⁸⁸ CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, série A, n° 284, préc.

³⁸⁹ Voir, en ce sens, M. Bornhauser, "La modération des pénalités fiscales devant le juge de l'impôt. Une révolution à accomplir", *BF 1993-10*, p. 617 et suiv. ; P. Derouin, "L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales", *op. cit.*, p. 70 et suiv.

³⁹⁰ G. Gest, "Non-cumul et modulation : les limites du droit interne au processus de pénalisation des sanctions fiscales", *op. cit.*, p. 75.

³⁹¹ Cf. Par ex., CC, n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de Finances pour 1988* préc. où le Conseil relève "qu'en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne sera, en toute hypothèse, égale au montant des revenus divulgués", la disposition déférée édictait "une sanction qui pourrait dans nombre des cas revêtir un caractère manifestement disproportionné".

Cf., Par ex. CC, n°97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de Finances pour 1998* préc. où le Conseil relève que les sanctions fiscales, en l'espèce, pourraient, dans nombre de cas, donner lieu à l'application de sanctions manifestement hors de proportion avec la gravité ou l'omission de l'inexactitude constatée.

³⁹² Voir, en ce sens, CC, n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de Finances pour 1998* préc. où il faut rajouter comme B. Genevois dans sa note sous la décision (*RFDA 1988*, p. 350) que "l'accent mis sur le fait que l'amende serait encourue "en toute hypothèse" en souligne discrètement le caractère automatique" et, par là-même, son inconstitutionnalité.

préalable³⁹³. Enfin, *a contrario*, il a estimé que le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel était conforme à la Constitution car il y avait une absence d'automatisme³⁹⁴. Certains auteurs ont déduit de cette réticence du Conseil face aux sanctions automatiques, le caractère pour le moins fragile de la constitutionnalité des peines fixes³⁹⁵. Pour autant, Jacques Petit a pu souligner que cette opinion “postule une équivalence des notions de peine automatique et de peine fixe qui semble rien moins qu'évidente. L'idée de sanction automatique, que les auteurs comme le juge constitutionnel manient sans la définir, est ambiguë. Elle peut se rapporter soit aux conditions d'édiction de la sanction soit au choix de la sanction applicable”³⁹⁶. Cette ambiguïté ne permettrait pas, ainsi, “d'affirmer avec certitude que le régime des peines fixes établie par la loi fiscale contrarie la Constitution”³⁹⁷.

462 - Pour autant, la doctrine a pu relever un dernier argument, en sens contraire, relatif au principe d'individualisation des peines³⁹⁸. Etabli comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République³⁹⁹, on a pu voir que le Conseil constitutionnel lui avait attribué, dans un premier temps, une portée modérée⁴⁰⁰. Mais il faut noter une certaine évolution de la position du Conseil suite à une décision rendue à propos d'une loi relative à la maîtrise de l'immigration⁴⁰¹. Si le Conseil, après avoir cité l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a pris soin, de manière classique, de noter qu'il résultait de cette disposition un certain nombre de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il a, par la suite, nonobstant le fait qu'il condamnait sans appel les sanctions

³⁹³ CC, n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* préc.

³⁹⁴ CC, n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de la communication* préc.

³⁹⁵ Cf. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit répressif sur le droit administratif, *op. cit.*, p. 280 ; M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *op. cit.*, p. 91.

³⁹⁶ J. Petit, L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales”, *op. cit.*, p. 861.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 862.

³⁹⁸ Voir, en ce sens, M. Jazami, “Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *op. cit.*, p. 277.

³⁹⁹ CC, n° 78-98 DC, 22 novembre 1978, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté* (Rec. CC, p. 33, RJC, p. I-63, JO 22 novembre 1978, Pouvoirs 1979, n° 9, p. 186, chron. P. Avril et J. Gicquel, RDP 1979, p. 1686, note L. Favoreu, JCP 1980, G, II, n° 19309, note Nguyen Quoc Dinh).

L'individualisation des peines consistant à considérer que la justice pénale doit juger un homme et non une infraction et que le juge doit décider de la peine en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction.

⁴⁰⁰ CC, n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* préc.

⁴⁰¹ CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* préc.

automatiques en l'espèce, apprécié *in concreto* le principe de nécessité des peines⁴⁰² en distinguant, d'une certaine manière, mais en les mettant sur un pied d'égalité, certains points relatifs au principe de nécessité mais aussi relatifs au principe d'individualisation⁴⁰³. Il y avait selon Maximilien Jazani, une volonté du juge constitutionnel de "ne pas punir l'individu plus qu'il est nécessaire de le punir eu égard à sa personnalité"⁴⁰⁴. De la sorte, il faisait du principe d'individualisation une notion indépendante de la proportionnalité, une autre variante du principe de nécessité des peines s'imposant au juge, et notamment au juge de l'impôt, et signifiant que la sanction ne devait pas dépasser la juste mesure nécessaire à la réhabilitation de l'individu. En ce sens, une disposition établissant une sanction administrative automatique et ne permettant pas de moduler son *quantum* ou d'en dispenser son auteur est contraire à ce principe⁴⁰⁵. A ces arguments fondés sur les exigences constitutionnelles s'ajoutent les arguments fondés sur les exigences conventionnelles.

2. Les arguments fondés sur les exigences conventionnelles

463 - On a vu, dans la jurisprudence européenne que, si la question de l'intensité du contrôle devant être exercée par le juge demeurait relativement incertaine en "matière civile", il n'en allait pas de même en "matière pénale", où, malgré quelques réserves, l'étendue du contrôle exigé apparaissait, incontestablement, plus vaste⁴⁰⁶. Au sens de la jurisprudence européenne, la sanction administrative "pénale" doit pouvoir être contrôlée par un "organe judiciaire de pleine juridiction", ce qui implique qu'il ait compétence pour examiner l'ensemble des faits de la cause et qu'il détienne le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise⁴⁰⁷. Une telle solution vaut donc pour les sanctions fiscales qui relèvent de la matière pénale puisqu'il faut rappeler que, dans l'arrêt

⁴⁰² Le Conseil constitutionnel considéra, en effet, que : "qu'en vertu des dispositions contestées tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée et, que dans ces conditions, le prononcé de ladite interdiction du territoire par l'autorité administrative ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la déclaration de 1789".

⁴⁰³ On peut citer, à l'instar de M. Jazani (*op. cit.*, p. 273), l'absence de lien avec la gravité du comportement qui se rattache au principe de nécessité alors que l'absence de possibilité de dispenser l'intéressé de sanction ou de faire varier la durée de la sanction se rattachent au principe d'individualisation des peines.

⁴⁰⁴ M. Jazani, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p.273.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 273.

⁴⁰⁶ Cf. *Supra*, p. 346 et suiv.

⁴⁰⁷ Cf. *Supra*, p. 346 et suiv. et CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger contre Autriche*, série A, n° 328 C préc.

*Bendenoun*⁴⁰⁸, la Cour européenne n'a validé le système des sanctions fiscales françaises que sous l'expresse réserve que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte⁴⁰⁹. Cela nécessite, comme peut le relever l'un des analystes les plus perspicaces de la jurisprudence européenne, "que le juge de l'impôt ait la faculté d'établir et de vérifier les faits à la base de la sanction, de corriger les éventuelles erreurs commises par l'Administration fiscale et aussi qu'il exerce un contrôle de proportionnalité de la pénalité par rapport à la finalité répressive poursuivie"⁴¹⁰. L'auteur ajoutant, "la plénitude de juridiction dans le contentieux fiscal, dès lors qu'elle suppose de pouvoir "réformer en tous points, en fait comme endroit, la décision entreprise", implique de reconnaître au juge de l'impôt un pouvoir de modération des sanctions fiscales [...]"⁴¹¹. La solution actuelle contreviendrait ainsi aux exigences européennes du "droit à un tribunal".

464 - On a pu évoquer, à cet égard, la dernière jurisprudence européenne relative au retrait des points du permis⁴¹², sanction automatique, on le rappelle, pour laquelle la Cour a jugé que le contrôle opéré, n'incluant pas un pouvoir de modération, était suffisant au regard des exigences européennes. Il faut, cependant, noter que, si cette jurisprudence pouvait prêter à confusion sur l'étendue du contrôle juridictionnel requis, certains commentateurs ont surtout souligné l'absence de similitudes avec les sanctions fiscales pouvant faire l'objet d'une certaine modération⁴¹³. Ainsi, si, en tant que sanction administrative, le retrait des points peut présenter certaines similitudes avec les sanctions fiscales en cause, il n'y a pas assimilation totale. Le retrait de points est une sanction provisoire ne pouvant être attaquée que par un recours pour excès de pouvoir alors que les sanctions fiscales sont définitives et relèvent d'un recours de plein contentieux⁴¹⁴.

Les effets pouvant découler des deux types de sanction n'ont pas la même gravité : c'est l'absence même de gravité qui a motivé la décision de la Cour européenne à propos du retrait de points⁴¹⁵ alors, qu'à l'inverse, cette dernière a pu s'étendre, en matière de sanctions

⁴⁰⁸ CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, série A, n° 284 préc.

⁴⁰⁹ Voir en ce sens § 47 où, selon la Cour, "*pareil système ne se heurte pas à l'article 6 de la convention pour autant que le contribuable puisse saisir à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte*".

⁴¹⁰ F. Sudre, note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, *JCP 1997*, G, II, n° 22935, §19.

⁴¹¹ *Ibid.*, § 19.

⁴¹² Cf. CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, préc. Cf. *Supra.*, p. 351 et suiv.

⁴¹³ Voir, essentiellement, M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 275 et 276.

⁴¹⁴ Il y a, en ce sens, une différence de pouvoir importante dans l'office du juge.

⁴¹⁵ Il suffit de rappeler que la Cour a rejeté la requête notamment parce que, d'une part, le retrait des points n'avait pas pour conséquence immédiate l'annulation du permis de conduire et que, d'autre part, l'intéressé

fiscales, sur la gravité des peines en question faisant remarquer, par exemple, que les majorations d'impôt pouvaient revêtir, en l'occurrence, une ampleur considérable⁴¹⁶. Enfin, il faut noter que la décision de retrait se présente aussi comme une décision automatique faisant suite à une décision du juge pénal devant lequel le prévenu a pu faire état de circonstances purement personnelles pouvant atténuer la peine qui tenait nécessairement compte du retrait des points correspondants. Or, il n'existe aucun passage préalable correspondant en matière fiscale où le contribuable peut faire état de circonstances personnelles afin d'atténuer le *quantum* de la sanction⁴¹⁷.

465 - En définitive, la jurisprudence européenne ne semble pas transposable, en ce sens, aux sanctions fiscales. Une décision de la Commission européenne élaborée à l'occasion d'une requête dirigée contre le refus du juge administratif fiscal de pratiquer une modulation de pénalités pour mauvaise foi et affirmant que l'existence d'une modulation législative suffisait à répondre aux exigences européennes⁴¹⁸ a pu aussi être évoquée mais elle s'est plutôt révélée d'une portée incertaine⁴¹⁹. En effet, elle opère déjà une différence de degré et non de nature entre la mauvaise foi et les manœuvres frauduleuses alors que ces dernières sont, au contraire, deux infractions distinctes. La jurisprudence administrative distingue, en effet, la manœuvre frauduleuse de la mauvaise foi en se fondant sur le fait, qu'il faut, d'une part, qu'il y ait un agissement du contribuable, c'est-à-dire une action positive pour caractériser la première et non une simple omission ou abstention et, d'autre part, cet agissement ou ce montage doit avoir eu pour objet d'égarer l'administration ou de rendre plus difficile l'exercice de son pouvoir de contrôle⁴²⁰. Enfin elle opère, de même, une confusion entre le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des peines qui sont, eux aussi, deux

pouvait reconstituer son capital de points en ne commettant pas pendant trois ans une nouvelle infraction ou en suivant une formation spécifique.

A noter, cependant, en sens contraire, la décision CEDH, 2 février 1999, *Roche contre France* préc. qui ne reconnaît pas la violation de l'art. 6-1 sur le contentieux du dernier point et l'annulation du droit de conduire qui en découle.

⁴¹⁶ Cf. En ce sens, CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, série A, n° 284 préc., § 47.

⁴¹⁷ Voir, M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p.276.

⁴¹⁸ ComEDH, 29 juin 1998, *Taddéi contre France*, préc. Cf. *Supra*, p. 421.

⁴¹⁹ Pour les explications correspondantes : M. Jazami, "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 277.

⁴²⁰ Voir, à cet égard et par ex., CE, 24 octobre 1979, req. n° 10143 (RJF 1979-12, n° 735) ; CE, 22 décembre 1982, req. n° 22560 (RJF 2/1983, n° 255) ; CE, 14 juin 1985, req. n° 21521 (RJF 1985-8/9, n° 1168) ; CE, 3 mai 1995, req. n° 77174 (RJF 1995-6, n° 698).

principes distincts⁴²¹. Si les arguments sont finalement partagés quant à la reconnaissance d'un pouvoir de modulation, la question est posée, reste à savoir si elle est à même de retenir l'attention des juges.

B – Une certaine volonté de reconnaissance en jurisprudence

466 - Si la réticence des juridictions de droit commun en matière de modération des sanctions administratives ou fiscales a longtemps été généralisée, il faut relever comme Laurent Barone que, ces dernières années, “les prodromes d'un changement sont apparus”⁴²². La norme dominante reste la même mais un voile d'incertitude semble planer sur la position des juges. Si on a vu que le droit européen ou constitutionnel n'imposait pas expressément une reconnaissance d'un pouvoir modérateur en faveur du juge, cela n'a pas empêché le droit français de s'orienter, d'une certaine manière et de façon partielle, vers la reconnaissance d'un tel pouvoir. Certes, les juges de droit commun n'ont pas une attitude identique puisque chacun des deux ordres de juridiction a développé une conception propre. La juridiction administrative a toujours eu une position de rejet face à la reconnaissance d'un tel pouvoir et si les juges du fond ont pu amorcer une tentative de changement⁴²³, le Conseil d'Etat y a clairement mis fin⁴²⁴. Le juge judiciaire a, en revanche, interprété la jurisprudence européenne dans un sens conduisant à la reconnaissance d'un droit pour les juges de modérer les sanctions fiscales⁴²⁵. Si le changement dans le comportement des juridictions n'est ainsi que partiel (2), le débat est posé et reste susceptible d'entraîner un renversement des conceptions. En tous les cas, et même s'il reste incertain, le champ d'application de la modulation est ouvert (1).

⁴²¹ Cf. En ce sens, CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* préc.

⁴²² L. Barone, L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français, *op. cit.*, p.178.

⁴²³ Voir, en ce sens, TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Simon* (RJF 1996-1, n° 73, RUDH 1995, p.120, note G. Cohen-Jonathan, p. 145, concl. Louis, RTDH 1995, p. 523, concl.) et TA Saint-Denis de la Réunion, 17 décembre 1997, *SARL Maf Intérim* (RJF 1998-2, n° 176).

⁴²⁴ CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond* (RJF 1996-5, n° 607, chron. S. Austry, DF 1996, n° 25, comm. n°765, concl. Arrighi de Casanova, RFDA 1997, p. 843, note J. Petit, JCP 1996, G, IV, n° 1754, obs. M.-C. Rouault, QJ 1997, n° 43, note D. Davoust, RProc. 1996, comm. n° 318) et CE, avis, 8 juillet 1998, *Fattell* (RJF 1998-8/9, concl. Arrighi de Casanova, RDF 1998, comm. n° 842, RProc. 1999, comm. n° 22).

⁴²⁵ Cf. Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI* (JCP 1997, G, II, n° 990, note Y. Brard et n°22935, note F. Sudre, RJF 6/1997, comm. n° 641, note Y. Brard, RTDH 1998, p. 169, note J.-J. Louis, LPA 1997, n° 144, 1^{er} décembre, p. 6, note G. Tixier et A.-G. Harmonic-Gau, RGP 1998, n° 1, p. 126, note J. Lamarque, DF 1997,

1. L'ouverture du champ d'application de la modulation

467 - C'est en 1997, comme on a déjà pu le noter, que la Cour de cassation a introduit la jurisprudence selon laquelle, dans le cadre d'un procès juste et équitable au sens européen, le contribuable devait pouvoir obtenir la modulation des pénalités de caractère forfaitaire qui lui sont infligées. Si cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises⁴²⁶, certains y ont vu la consécration d'un principe aux termes duquel le juge de l'impôt devrait être compétent pour moduler le *quantum* des sanctions fiscales, or, la Cour de cassation n'a pas expressément reconnu aux juges du fond un pouvoir modérateur leur permettant de moduler ce *quantum* des sanctions fiscales. Le juge judiciaire n'a fait qu'écarter, pour violation de l'article 6-1 de la Convention européenne, l'application des pénalités forfaitaires dans la mesure où il n'existe pas, à leur encontre, une voie de recours portant non seulement sur l'impôt correspondant mais aussi sur le principe et la quotité de cette pénalité⁴²⁷. Pour autant, s'il n'y a pas eu de confirmation explicite d'un tel pouvoir, la Cour de cassation a rendu un arrêt de cassation avec renvoi impliquant nécessairement une issue non définitive au litige et la nécessité pour les juges du fond de statuer à nouveau sur ce dernier et confirmant ainsi, seulement de manière implicite, l'existence d'un pouvoir modérateur. Restait alors à savoir l'attitude adoptée, en conséquence, par les juges du fond d'autant plus que la Cour de cassation ne précisait pas le texte en vertu duquel les juges du fond se trouveraient compétents pour moduler le taux d'une sanction fiscale.

n°25, comm. n° 688, RProc. 1997, comm. n° 229, QJ 1997, n° 51, p. 9, note B. V., Bull. Civ., IV, p. 96, n° 110, GP 1997, sept / oct., n° 5, note E. Robinot-Lafortune, Les Nouvelles Fiscales 1997, n° 761).

⁴²⁶ Voir, en ce sens, Cass., com., 21 octobre 1997, Marbotte (RJF 1998, n° 361) ; Cass., com., 30 juin 1998, Boblet (DF 1998, comm. n° 983) ; Cass., com., 20 octobre 1998, Charnallet (RJF 1999, n° 87) ; Cass., com., 17 novembre 1998, Dupuis (RJF 1999, n° 284, RGP 1999, n° 2, p. 237, note J. Lamarque) ; Cass., com., 16 novembre 1999, De Nouel (RJF 2000-2, n° 296) ; Cass., com., 4 mai 1999, Sanchez (DF 2000, n° 7, comm. n°97) ; Cass., com., 22 février 2000, Mme Ferrière (RJF 2000-5, n° 737) ; Cass., com., 27 juin 2000, Rey (RJF 2000-11, n°1400).

⁴²⁷ Les termes qu'utilise la Cour de cassation sont chaque fois identiques : "Il résulte de la jurisprudence de la CEDH qu'un système de majorations d'impôt ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte ; que l'amende fiscale prévue par l'article 1840 N quater du CGI constitue une sanction ayant le caractère d'une punition et que cette disposition n'a pas institué à l'encontre de la décision de l'administration un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende ; qu'il en résulte que l'application de l'article 1840 N quater doit être écartée dans cette mesure au regard de l'article 6-1 susvisé, le tribunal a violé cette disposition".

468 - L'attitude des juges du fond de l'ordre judiciaire⁴²⁸, et partiellement de l'ordre administratif⁴²⁹, a été d'interpréter la jurisprudence de la Cour de cassation dans le sens de la reconnaissance implicite du pouvoir modérateur. Il est désormais possible, dans un litige devant un tribunal de grande instance relatif à une sanction fiscale ayant le caractère de punition, de demander au juge de modérer le montant de celle-ci, alors même qu'aucun texte de loi fiscale ne lui donne compétence à cet effet. Il y avait là, néanmoins, une importante difficulté de motivation, le Tribunal de grande instance de Lyon qui s'est prononcé en ce sens, a, par exemple, pris soin de ne citer aucun texte pour justifier de sa compétence et a seulement modulé la majoration en considérant que ce taux était "manifestement disproportionné" compte-tenu des circonstances de l'espèce. Cette décision a été suivie par deux décisions, l'une du Tribunal de grande instance de Paris, l'autre du Tribunal de grande instance de Nîmes, confirmant que les pénalités afférentes aux impôts relevant de la compétence de la juridiction judiciaire pouvaient être modulées par le juge judiciaire, le terme de "pénalités" étant entendu au sens large. En effet, ces derniers jugements étaient relatifs à des modulations concernant des intérêts de retard, en reconnaissant un caractère largement excessif à ces intérêts eu égard au préjudice qu'ils étaient censés réparer, les juges acceptaient d'en réduire le montant à celui de l'intérêt légal. Les tribunaux précisant que le juge était autorisé à assurer ce type de modulation dès lors que le législateur n'était pas intervenu pour distinguer les taux en fonction de la bonne ou mauvaise foi du contribuable. A noter, cependant, qu'une décision est venue mettre un coup d'arrêt à cette évolution constatée ainsi dans la jurisprudence des tribunaux de premier ressort en affirmant que l'intérêt de retard n'a pas le caractère d'une sanction dès lors qu'il est dû indépendamment de toutes autres sanctions⁴³⁰. Par ailleurs le taux fixant cet intérêt est d'origine législative alors que le taux d'intérêt dit "légal" est fixé par voie réglementaire. Il n'est donc pas justifié, selon la Cour d'appel ayant jugé de la sorte, d'affirmer que les intérêts de retard constituent une pénalité en ce qu'ils sont supérieurs aux intérêts calculés sur la base du taux dit "légal", ils ne sont donc pas modulables. Si l'ensemble

⁴²⁸ Cf. TGI Lyon, 24 février 1999, *Société Sofodim contre Directeur des services fiscaux du Rhône* (LPA 1999, n° 149, 28 juillet, p. 21, note A. Chastel et P. Schiele, RProc.1999, n° 263, JCP 2000, E, p. 279) ; TGI Paris, 6 juillet 2000, *Dalloz Furet et Gautier (Les Nouvelles fiscales 2000, n° 835, RDF 2001, n° 3, p. 133, note B. Boutemy et E. Meier, RProc. 2001, n° 76) ; TGI Nîmes, 15 février 2001, SCI Guardians Aigues-Mortes (DF 2001, n° 28, comm. n° 670, note B. Boutemy et E. Meier).*

Voir, article de synthèse B. Boutemy et E. Meier, "Intérêts de retard : rendez à César ce qui est à César (Matthieu 22, 21)...mais pas plus", DF 2001, n° 3, p. 133 et suiv.

⁴²⁹ Voir les jugements préc. : TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Simon* et TA Saint-Denis de la Réunion, 17 décembre 1997, *SARL Maf Intérim* et, dernièrement, TA Nantes, 18 juillet 2001, *SA Mécatlantique* (DF 2002, n°11, comm. n° 225, note B. Boutemy et E. Meier).

⁴³⁰ CA Paris, 1^{ère} ch., 30 mars 2001, *SCI Nicky* (Droit et Patrimoine 2001, n° 98, p. 114, note A. Granier, RProc. 2001, n° 206). Voir, également, CA Paris, 26 avril 2001, *SA Unilever* (DF 2001, n° 44-45, comm. n° 1019).

de la jurisprudence mentionnée a ouvert le champ de la modulation, elle s'accompagne, en ce sens, de nombreuses incertitudes.

2. L'incertitude du champ d'application de la modulation

469 - Le pouvoir général de modulation des sanctions reconnu, en droit interne, au juge fiscal reste, aujourd'hui, réservé aux sanctions ayant la nature d'une majoration d'impôt⁴³¹ et relevant des droits d'enregistrement et des contributions indirectes pour lesquels sont seuls appelés à se prononcer les tribunaux judiciaires. L'exercice du pouvoir de modulation se heurte, cependant, à de nombreuses difficultés. La première est relative au champ même de la notion de sanction fondant l'application du pouvoir de modulation. Les intérêts et majorations de retard ont toujours été exclus de ce champ au motif qu'ils ne visaient qu'à réparer le préjudice subi par le Trésor public, qu'ils avaient un caractère purement civil et étaient dus indépendamment de toute sanction ou, qu'enfin, ils ne correspondaient qu'à la seule prise en compte du prix du temps. Le Conseil constitutionnel les avait ainsi exclus de la catégorie des sanctions fiscales en distinguant les pénalités selon leur objet⁴³². Si la Cour de cassation a d'abord pu juger, très tôt, que, "d'après leur nature, les amendes, en matière fiscale, sont moins une peine que la réparation civile du préjudice causé à l'Etat par la fraude"⁴³³ et si elle tend, depuis quelques années, à faire prévaloir le caractère répressif de l'amende sur son caractère réparateur⁴³⁴, elle juge, aujourd'hui, que "la majoration de 10% prévue pour paiement tardif de l'impôt ne présente pas le caractère d'une peine ayant pour objet de réprimer la carence du redevable"⁴³⁵.

⁴³¹ A savoir les pénalités de mauvaise foi, de taxation d'office, de manœuvres frauduleuses ou encore d'abus de droit.

⁴³² CC, n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de Finances pour 1982* préc. affirmant que les principes posés par l'art. 8 DDHC en matière pénale s'appliquent à toute sanction administrative ayant le caractère d'une punition, sous réserve, en matière fiscale, des "majorations de droits et intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire".

⁴³³ Voir, par ex. Cass., crim., 19 août 1836 (S. 1836. 1. 762) ; Cass., civ., 3 janvier 1923, (S. 1923. 1. 62) ; Cass., crim., 10 janvier 1947 (D. 1947, p. 251) et, en dernier lieu, Cass., crim., 24 février 1977 (Bull. Crim., n° 78) où l'on trouve réaffirmé "le caractère particulier des pénalités fiscales encourues, qui constituent en même temps des réparations civiles".

⁴³⁴ Notamment "lorsque le législateur a modifié le régime d'amendes fiscales en faisant prédominer leur caractère pénal sur leur caractère indemnitaire" (Cass., crim., 9 novembre 1978, Bull. Crim., n°310) ou "lorsque les dispositions fiscales affectent un caractère strictement pénal" (Cass., crim., 9 mars 1966, Bull. Crim., n° 88).

⁴³⁵ Voir, par ex., Cass., com., 25 octobre 1960 (S. 1961. 1. 78) et Cass., com., 2 janvier 1968 (GP 1968, 1, p.280) et, dernièrement, Cass., com., 6 octobre 1998, *SCC Sofon* (DF 1998, n° 48, comm. n° 1059, RJF 1998-12, n°1503) ; Cass., com., 29 juin 1999, n° 1334 D (RJF 1999-10, n° 1299) ; Cass., com., 9 octobre 2001, *Burgart et Nigon* (DF 2001, n° 48, comm. n° 1113, RJF 2002-1, n° 118).

470 - Pareillement, si le Conseil d'Etat avait pu sembler, à l'origine, les inclure dans la catégorie des sanctions fiscales⁴³⁶, il a, finalement, renoncé à cette solution distinguant, d'une part, les intérêts de retard dont le caractère pécuniaire découle de l'absence d'appréciation, par l'administration, du comportement du contribuable et, d'autre part, les majorations de droit dont le caractère répressif est marqué par des considérations propres à la personne⁴³⁷. Si, par cette jurisprudence, le juge administratif distinguait les réparations pécuniaires des sanctions par l'automatisme de la majoration ou par son caractère objectif, il ouvrirait, cependant, "le champ à toute une casuistique"⁴³⁸ puisqu'il fallait maintenant "passer en revue les quelques 120 articles du CGI qui sont relatifs aux pénalités fiscales pour faire la part entre celles qui ont un caractère indemnitaire ou répressif"⁴³⁹, le critère n'était ainsi pas très fiable. Aujourd'hui, le Conseil d'Etat a infléchi la définition de la sanction, c'est maintenant l'objet de la majoration qui détermine sa nature, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et, dans cette optique, seuls les intérêts calculés *pro rata temporis* peuvent être regardés comme une indemnité⁴⁴⁰. Le critère conduisant à exclure que, d'une façon générale, les intérêts de retard soient regardés comme des sanctions⁴⁴¹. Pour autant, malgré cette dernière jurisprudence, le Conseil d'Etat laisse transparaître certaines incertitudes dans la qualification de la sanction ce qui laisse entrevoir un champ d'application incertain quant à un pouvoir de modulation éventuel. D'autant plus qu'il faut aussi évoquer le fait que des voix s'élèvent pour dénoncer, notamment devant le juge judiciaire, le caractère largement excessif de l'intérêt de retard eu égard au préjudice qu'il est censé réparer⁴⁴². En effet, devant le juge judiciaire, l'intérêt de retard fixé actuellement et uniformément à 9 % l'an à propos des sanctions relevant des droits d'enregistrement et des contributions indirectes s'avère être deux

⁴³⁶ Voir, en ce sens, CE, 13 octobre 1986, *req. n° 44193* (RJF 1986-12, n° 1141, concl. Martin Laprade, DF 1987, n° 19, comm. n° 996) où il n'y pas lieu, quant à l'exigence de motivation, de distinguer les pénalités résultant d'une simple constatation matérielle des faits et celles nécessitant une appréciation individualisée de la gravité du comportement du contribuable.

⁴³⁷ Cf. CE, 9 novembre 1988, *Grisoni* (RJF 1989-2, n° 179, concl. Martin Laprade, DF 1989, n° 27, comm. n°1360) annoncé notamment par les arrêts CE, 12 juillet 1987, *req. n° 50422* (RJF 1987-4, n° 419) ou CE, 12 février 1988, *req. n° 57602* (RJF 1988-4, n° 377).

⁴³⁸ J. Turot, "Pénalités fiscales : une "zone de transit" du droit administratif", RJF 1992-4, p. 264.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 264.

⁴⁴⁰ En ce sens, CE, 17 février 1992, *Vermeesch* (Rec. CE, p. 162, DF 1992, n° 45, comm. n° 2117, concl. Martin, RJF 1992-4, p.263, chron. J. Turot).

⁴⁴¹ Cf., En ce sens, CE, 4 avril 1997, *Société Kingroup INC* (Rec. CE, p. 133, DF 1997, n° 26, comm. n° 728, RJF 1997-5, n° 452) ; CE, 27 juillet 2001, *SA Agencinox* (DF 2001, n° 49, comm. n° 1138, concl. Goulard, RJF 2001-11, n° 1416).

⁴⁴² Voir, par ex., P. Durand, "Appauvrissez-vous !", RA 2000, n° 316, p. 372 qui souligne cet état de fait ou voir, aussi, le développement libéral de la jurisprudence de certains Tribunaux de grande instance, *jurisp. préc. Supra*, p. 437.

à trois fois plus élevé que l'intérêt légal dont le taux est fixé chaque année⁴⁴³, il y a, en l'espèce, disproportion manifeste entre les deux taux d'autant plus que l'intérêt de retard peut, en ce sens, dépasser le simple prix du temps, et revêtir, donc, à certains égards, le caractère d'une sanction.

471 - Le champ de modulation peut, en ce sens, paraître incertain dans la mesure où, en définitive, le Conseil d'Etat ne partage pas l'analyse du juge judiciaire quant à l'existence d'un tel pouvoir de modulation. Le juge administratif dissipant l'idée d'une possible modulation des intérêts de retard à travers un avis en date du 12 avril 2002 dans lequel il énonce que : "l'intérêt de retard vise *essentiellement* à réparer les préjudices de toute nature subis par l'Etat à raison du non-respect, par les contribuables, de leurs obligations de déclarer et payer l'impôt aux dates légales. Si l'évolution des taux des marchés a conduit à une hausse relative de cet intérêt depuis son institution, cette circonstance ne lui confère pas pour autant la nature d'une sanction, dès lors que son niveau n'est pas devenu *manifestement excessif* au regard du taux moyen pratiqué par les prêteurs privés pour un découvert non négocié"⁴⁴⁴. Le sens de l'avis rendu par le Conseil d'Etat ne surprendra pas beaucoup puisqu'il vient confirmer la jurisprudence précédente mais le raisonnement mené par le juge mérité toutefois qu'on s'y attarde. Le Conseil d'Etat s'autorise dorénavant à exercer un contrôle de proportionnalité sur le montant des intérêts de retard puisqu'il réserve l'hypothèse où le niveau du taux fiscal serait devenu manifestement excessif par rapport au taux du marché bancaire retenu pour les découverts non négociés. Il y a peut être là, "une solution d'ouverture contrôlée visant à admettre que le juge pourrait moduler l'intérêt de retard si devenant manifestement excessif, il devait être alors considéré comme une sanction"⁴⁴⁵. Pour autant, il s'agit là d'une hypothèse pour le moins réservée, le juge administratif ayant dernièrement réaffirmé l'impossibilité pour le juge de l'impôt de moduler le taux des pénalités fixé par la loi⁴⁴⁶.

A partir d'une sanction de même essence, une majoration des droits dans chacun des cas, les deux juges fiscaux ne se reconnaissent pas un pouvoir d'une même étendue. Cette

⁴⁴³ Il ressortait, par ex., à 4,26 % pour l'année 2001.

⁴⁴⁴ CE, Avis, 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie* (DF 2002, n° 26, comm. n° 555, note B. Boutemy et E. Meier, concl. Séners, *Les nouvelles fiscales 2002*, n° 871, p. 4).

Avis confirmant les dernières jurisprudences en date : CAA Paris, 10 février 2000, *Eskeslassy* (RDF 2000, n° 49, p. 1634, concl. Haïm, *Les Nouvelles fiscales 2000*, n° 829) ou encore CAA Bordeaux, 9 mai 1999, *SARL Espace Loisir* (JCP 2000, E, p.330), CAA Nantes, 29 décembre 2000, *Jammet* (BCF 2001, juillet, p. 44, concl. Grangé), CAA Nantes, 29 décembre 2000, *SA Périmédical* (AJDA 2001, p. 270, note J.-F. Millet).

⁴⁴⁵ G. Amédée-Manesme, "Modulation des intérêts de retard : quand la frustration du fiscaliste fait le bonheur du client", *Les nouvelles fiscales 2002*, n° 870, p. 6.

divergence ne peut qu'être source d'incompréhension pour le justiciable.. Comme peut le suggérer Laurent Barone, "bien que peu d'éléments étayent cette thèse, il semble que les juges du Palais Royal attendent que le législateur intervienne. Cette solution apparaît notamment comme étant des plus sages, car les conséquences financières d'une telle réforme la placent à l'intérieur du champ de compétence du législateur"⁴⁴⁷. Pour autant, plus qu'une intervention en faveur d'un véritable pouvoir de modulation aux conséquences importantes, certains auteurs ont pu noter que l'intervention du législateur devrait plutôt porter essentiellement sur la diminution des taux pour les rendre plus conformes au principe de la nécessité des peines⁴⁴⁸. Ainsi, pour Jean Lamarque, les taux des majorations sont "manifestement excessifs"⁴⁴⁹. Ils devraient être ramenés, selon l'auteur, "de 40 % ou 80 % à ceux de 20 % ou 30 % au maximum, alors surtout que depuis la réforme réalisée par la loi du 8 juillet 1987, un intérêt de 0,75 % par mois de retard s'ajoute dans tous les cas à ces sanctions"⁴⁵⁰. Il faut bien relever, ainsi, que "les sanctions actuelles sont manifestement excessives, car disproportionnées à la gravité des infractions qu'il s'agit de prévenir"⁴⁵¹. En définitive, si le champ de la modulation a donc été ouvert, il reste de nombreuses incertitudes quant aux sanctions dépendantes. Si le pouvoir de modération du juge est limité, une certaine évolution reste néanmoins perceptible et tend à rapprocher les juges de droit commun dans leur office d'autant plus qu'il faut reconnaître la possibilité pour le juge administratif de fixer, indirectement, la répression à travers le recours de pleine juridiction et l'exercice actuel de son pouvoir de réformation.

§ 2 : *L'exercice actuel du pouvoir de réformation : la possibilité de fixer la répression*

472 - Beaucoup de pouvoirs du juge administratif n'apparaissent pas, d'une certaine manière, comme des pouvoirs de sanction, comme des pouvoirs permettant de fixer une répression. Par exemple, les dommages et intérêts, en matière de responsabilité administrative, sanctionnent, pécuniairement, le responsable, l'annulation sanctionne l'incorrection d'un acte administratif, l'astreinte sanctionne, *a priori*, préventivement l'éventuel irrespect de l'injonction. Ces pouvoirs ne sont pas, en réalité, des sanctions puisque le juge dit

⁴⁴⁶ Cf. CE, 8 mars 2002, *SARL Clinique médicale de Mazargues* (DF 2002, n°30-35, comm. n° 648, concl. Goulard, *Les nouvelles fiscales 2002*, n° 870, p. 4).

⁴⁴⁷ L. Barone, *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français*, *op. cit.*, p.189.

⁴⁴⁸ En ce sens, J. Lamarque, note préc. sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, p. 134 ou note préc. sous Cass., com., 17 novembre 1998, *Dupuis*, p. 239 et 240.

⁴⁴⁹ J. Lamarque, note préc. sous Cass., com., 17 novembre 1998, *Dupuis*, p. 239.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁵¹ J. Lamarque, note préc. sous Cass., com., 17 novembre 1998, *Dupuis*, p. 240.

le droit et tranche des litiges mais ne “sanctionne” pas, même dans le plein contentieux, le juge ne dispose pas, malgré des pouvoirs pouvant se révéler identiques aux juges privés, de pouvoirs de sanction. Il existe, pourtant, certaines exceptions où le juge met directement en œuvre, au-delà de son pouvoir de réformation, un pouvoir de sanction et dispose, en ce sens, d'une véritable mission sanctionnatrice, l'exemple de l'application des sanctions contre les détournements du processus électoral est, à cet égard, révélateur (B). Enfin, en certains cas, le juge est amené à exercer, de façon indirecte, un réel pouvoir répressif, que ce soit dans le contentieux de pleine juridiction ou, de façon plus générale, à travers l'ensemble des contentieux (A).

A – Les possibilités de fixation indirecte de la répression

473 - On sait qu'à travers les recours de pleine juridiction dont le juge peut être saisi à propos de sanctions administratives, le juge dispose d'un pouvoir de réformation. Si ce dernier pouvait être interprété comme un simple pouvoir de réfection de l'acte de sanction, il y a désormais une prise de position doctrinale et jurisprudentielle qui identifie le pouvoir de réformation au pouvoir de substitution. Or, en se substituant à l'administration le cas échéant, le juge fixe, lui-même, indirectement, la sanction⁴⁵². Certes, il n'en est pas à l'origine, se contentant de contrôler sa légalité et son opportunité mais il apparaît bien comme l'autorité fixant définitivement la sanction (2). Il faut rapprocher de ce pouvoir indirect de répression, celui que le juge peut exercer à travers ses pouvoirs d'injonction et d'astreinte. Si l'injonction fait partie d'un certain nombre de mesures qui entourent la sanction elle-même⁴⁵³, elle ne constitue pas une sanction, cela n'empêche pas le fait qu'elle initie un processus répressif et lorsqu'elle est accompagnée d'actes plus contraignants comme l'astreinte, l'ensemble ne peut alors présenter qu'un caractère de sanction, la liquidation de l'astreinte marquant le passage d'un pouvoir comminatoire à un pouvoir de sanction (1).

⁴⁵² En ce sens, F. Moderne, “Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens”, *op. cit.*, p. 14 ; P. Delvolvé, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, p. 492 ; C. Mamontoff, “La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives”, *op. cit.*, p. 1021.

⁴⁵³ Au même titre que les mesures préalables, préventives, conservatoires ou comminatoires d'intensité variable : mise en garde, mise en demeure, suspension et interruption provisoire, saisie, consignation, ect. [...].

1. Par la transformation du pouvoir de réformation en pouvoir de substitution

474 - Les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour dire que l'office du juge dans le recours de pleine juridiction est de remplacer les décisions administratives par ses propres décisions⁴⁵⁴. Ainsi, pour le professeur Chapus, "l'office ou, si l'on préfère, la mission du juge de plein contentieux est de remplacer les décisions dont il est saisi, et qui sont contestées à juste titre, par ses propres décisions, qui se substituent à celles qui étaient ainsi contestées"⁴⁵⁵, l'auteur ajoutant que "le juge y est investi du pouvoir de prendre des décisions qui traduisent habituellement l'exercice de leurs fonctions par les administrateurs et qui se substitueront à celles qui lui ont été déferées"⁴⁵⁶. Il va sans dire, comme peut le souligner Franck Moderne, que "lorsque le recours contre les sanctions administratives est qualifié par la loi de recours de pleine juridiction, le juge administratif a le pouvoir, non seulement, de contrôler l'adéquation de la sanction au manquement commis mais aussi de se substituer éventuellement à l'administration pour fixer lui-même la sanction adéquate"⁴⁵⁷.

Si on trouve dans la jurisprudence des traces de l'existence d'un pouvoir de substitution⁴⁵⁸, il est un contentieux qui se révèle encore plus révélateur, c'est celui confié à la Cour d'appel de Paris suite à la série de lois ayant institué nombre d'autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction. Les textes sont muets sur la qualification des recours. Il a donc fallu la déterminer et le raisonnement n'a pu se faire, on le rappelle, que par référence aux solutions du contentieux administratif classique⁴⁵⁹ et a conduit à considérer la Cour d'appel de Paris comme une juridiction administrative⁴⁶⁰. Si dans le contentieux administratif strict, le juge peut, en cas de litige, se substituer à l'autorité administrative pour fixer la sanction, dans la pratique, la majorité des arrêts donne lieu soit au rejet de la requête, soit à

⁴⁵⁴ Notamment, R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 191 et suiv., J.-M. Woehrling, "La revanche du plein contentieux", *op. cit.* p. 247 ou encore C. Mamontoff, "La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives", *op. cit.*, p. 1021.

⁴⁵⁵ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 191.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 197.

⁴⁵⁷ F. Moderne, "Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens", *op. cit.*, p. 14.

⁴⁵⁸ Cf. CE, 8 janvier 1982, *Aldanna Barena* (Rec. CE, p. 9, concl. Genevois) ou CE, 29 janvier 1986, *Kodia* (RFDA 1986, p. 615, concl. Dutheillet de Lamothe) à propos de décisions de la Commission des réfugiés.

⁴⁵⁹ Cf. *Supra.*, p. 87 et suiv.

⁴⁶⁰ Cf. P. Delvolvé, "La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *op. cit.* et "La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières", *op. cit.* ou G. Canivet, "Le juge et les autorités de marché", *op. cit.*

l'annulation de pleine juridiction de ladite sanction⁴⁶¹. Le juge judiciaire semble plus enclin à exercer une telle substitution. La Cour d'appel de Paris a pu juger, ainsi, que dans le contentieux de pleine juridiction des décisions de sanction du Conseil de la concurrence, "la Cour d'appel, après avoir annulé la décision, a le pouvoir de se prononcer [...] sur les pratiques dont le conseil (de la concurrence) était saisi"⁴⁶². La décision de la Cour d'appel de Paris peut se substituer ainsi à celle adoptée initialement par le Conseil de la concurrence, qui, totalement annulée, est censée n'avoir jamais existé. On retrouve la même jurisprudence à propos des recours formés contre les sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse⁴⁶³ ou formés contre l'ancien Conseil des bourses de valeur où la Cour d'appel a jugé, sans ambiguïté, qu'elle contrôlait l'opportunité des décisions prises par cet organisme⁴⁶⁴.

475 - A noter, cependant, qu'il y a une limite qui est posée dans l'exercice du pouvoir de substitution de la Cour d'appel de Paris ainsi défini. Cette limite, qu'on retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat⁴⁶⁵, résulte du fait que le pouvoir de substitution ne peut s'exercer à propos d'une décision administrative qui n'a pas été prise selon les formalités requises. Le juge ne peut substituer sa sanction à celle, irrégulière, de l'autorité régulatrice s'il n'est pas en mesure, lui-même, d'accomplir ou de respecter toutes les formalités auxquelles l'organe en cause est assujettie pour prendre ladite sanction. Comme peut le noter Yves Gaudemet, "le juge exerce alors les pouvoirs de l'administration mais ceux-là seulement"⁴⁶⁶. La question se pose, en effet, lorsque la Cour d'appel annule la décision de sanction d'une autorité régulatrice ou lorsqu'elle statue sur renvoi après cassation d'un premier arrêt ; en ces cas, il faut bien noter que le pouvoir de substitution peut se trouver paralysé si l'administration a pris la sanction selon une procédure irrégulière et cette irrégularité entache toute la procédure. A partir du moment où le juge entreprend de faire acte d'administrateur, dans la

⁴⁶¹ Voir, par ex., CE, 29 janvier 1982, *Société Feudor-France* (D. 1984, jurisp., p. 23, note R. Cristini et J.-M. Rainaud, AJDA 1982, p. 365, chron. Tiberghien et Lasserre).

⁴⁶² CA Paris 15 juin 1999, *SA Canal Plus contre SNC TPS et autres* (JCP 2000, G, II, n° 10254, note J.-C. Fourgoux, JCP 1999, E, n° 49, p. 1966, note J.-C. Fourgoux, D. Aff. 1999, n° 174, p. 1319).

⁴⁶³ CA Paris, 2 juillet 1999 (LPA 1999, n° 206, 15 octobre, p. 6 note C. Ducouloux-Favard, BJB 1999, p. 494, note N. Ronchevsky).

⁴⁶⁴ CA Paris, 13 juillet 1988, *Société Emass P.L.C. contre Société E.M.I. P.L.C. (affaire Holophane)* (Bull. Joly 1988, p. 715, note Y. Sexer, D. 1989, p. 160, note P. Le Cannu, JCP 1988, E, n° 15337, note Forschbach, RDB 1988, p. 172, note M. Jeantin et A. Viandier) et CA Paris, 24 juin 1991, *Devanlay S.A. contre Société des Galeries Lafayette* (Bull. Joly 1991, § 289, p. 806, RS 1992, p. 70, note Carreau et Martin, RJC 1991, p. 305, note C. Goyet, GP 1991, n° 349 à 351, p. 21, note J. Revuz et P. de Fontbressin).

⁴⁶⁵ Voir, par ex., CE, 7 mai 1969, *Ministre de l'Industrie contre Spasaro* (Rec. CE, p. 244) ou CE, 15 décembre 1989, *Société Spechinor* (CJEG 1990, p. 136, concl. De la Verpillière).

⁴⁶⁶ Y. Gaudemet, "Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence", *op. cit.*, § 9.

mesure où cela lui est possible, il ne peut le faire qu'à partir d'une procédure administrative régulière. C'est finalement dans l'assimilation du juge à un administrateur qu'on trouve une certaine limite au pouvoir de substitution, le juge ne possède pas davantage de pouvoir qu'un administrateur et ne peut décider que s'il trouve dans le dossier les éléments d'une décision régulière⁴⁶⁷. Ce pouvoir de substitution est une première façon d'accéder, indirectement, à travers le contentieux de la pleine juridiction, à la répression, il y a une autre façon si l'on tient compte, maintenant, des pouvoirs généraux du juge dans l'exécution des décisions de justice.

2. Par la transformation du pouvoir comminatoire en pouvoir de sanction

476 - Lorsque l'injonction est accompagnée d'actes plus contraignants comme l'astreinte et lorsque cette dernière est liquidée, il y a transformation d'un pouvoir comminatoire à la base en un véritable pouvoir de sanction. L'astreinte présente, en ce sens, une double nature juridique : au stade de son prononcé, elle est une menace destinée à forcer le débiteur à exécuter une obligation mais lors de sa liquidation, si elle n'est pas purement et simplement supprimée, elle devient une peine. Pourtant, comme peuvent le noter Jacques et Louis Boré, l'astreinte a longtemps flotté "dans les limbes des qualifications juridiques"⁴⁶⁸. A l'origine, l'astreinte se confondait dans la théorie des dommages et intérêts qui lui a longtemps servi de couverture : si ces derniers étaient d'abord fixés par avance de façon définitive, le juge a pris progressivement l'habitude de les fixer à tant par jour de retard en les grossissant pour effrayer le débiteur. On parlait encore de dommages et intérêts mais le procédé s'en séparait nettement, dans sa première phase, puisque la condamnation était prononcée sans égard pour le préjudice subi par le créancier et, même, en l'absence de tout préjudice. Par exemple, en matière privée, le juge considérait que la liquidation de l'astreinte n'était pas autre chose qu'une liquidation de dommages et intérêts. Usant de son pouvoir d'injonction, le juge prononçait une simple mesure révocable et l'astreinte, lors de sa liquidation, ne débouchait pas sur une peine arbitraire mais sur des dommages et intérêts classiques⁴⁶⁹.

La jurisprudence a, cependant, renversé cette position classique en reconnaissant, par la suite, très clairement la nature de peine de l'astreinte⁴⁷⁰ en tenant compte, notamment, que

⁴⁶⁷ En ce sens, Y. Gaudemet, "Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence", op. cit., § 8 et suiv.

⁴⁶⁸ J. et L. Boré, *Astreintes*, RDDCiv, avril 1996, p. 6, n° 24.

⁴⁶⁹ Voir, par ex., Cass., civ., 20 janvier 1913 (D. P. 1913. 1. 357) ou Cass., civ., 27 février 1953 (S. 1953. 1. 961).

⁴⁷⁰ Cass., 1^{ère} civ., 20 octobre 1959 (D. 1959, p. 537, note G. Holleaux, JCP 1960, G, II, n° 11449, note P. Mazeaud) à propos de l'astreinte provisoire mais le juge judiciaire continuait, sans raison logique, à juger que

le juge n'avait pas seulement le pouvoir de dire le droit (*jurisdictio*) mais aussi un pouvoir de commandement (*imperium*) pour assurer le respect de ses décisions⁴⁷¹. Si certaines de ces décisions pouvaient encore prêter à confusion⁴⁷², le doute sur la nature juridique de l'astreinte n'est, aujourd'hui, plus permis depuis l'intervention du législateur, qu'elle soit provisoire ou définitive⁴⁷³ : il s'agit d'une peine qui a pour but de sanctionner un retard fautif et non d'en réparer les conséquences⁴⁷⁴. Son montant est calculé, lors de sa liquidation, en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

477 - Si le procédé de la liquidation a été grandement éprouvé en droit privé jusqu'à maintenant, ce n'est, cependant, pas le cas en contentieux administratif même s'il faut, pourtant, reconnaître une certaine évolution en cette matière⁴⁷⁵. Si le législateur n'avait investi du pouvoir de prononcer des astreintes que le seul Conseil d'Etat⁴⁷⁶, il l'a, par la suite, étendu aux tribunaux administratifs et cours administratives d'appel en en dédoublant expressément l'exercice⁴⁷⁷. L'évolution a été en mesure de corroborer, d'ailleurs, la doctrine civiliste quant à la nature de peine de l'astreinte. Du fait que la liquidation de l'astreinte est dorénavant considérée comme une sanction de l'inexécution de la décision juridictionnelle, elle n'en assure pas, pour autant, l'exécution et c'est la juridiction qui a prononcé l'astreinte qui est compétente pour en fixer le montant, dans chaque cas d'espèce, eu égard à son taux et à la

l'astreinte définitive avait une vocation purement réparatrice (Cass., soc., 30 novembre 1950, JCP 1951, G, II, n°6089, note M. Frejaville ou Cass., com., 6 décembre 1954, Bull. Civ. III, n° 378).

⁴⁷¹ Cf. A. Esmein, "L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte", RTDCiv 1903, p. 5.

⁴⁷² La Cour de cassation a pu jugé encore que l'astreinte n'est "*ni une peine complémentaire, ni une peine accessoire, mais une condamnation pécuniaire prononcée à titre comminatoire à l'encontre du débiteur d'une obligation de faire ou de donner pour le contraindre à exécution*" (Cass., crim., 19 février 1964, D. 1964, p. 376, note J. Mayard ou Cass., crim., 7 décembre 1972, D. 1973, p. 697, note B. Bouloc).

Voir pour une critique de cette jurisprudence, R. Gassin, "Remarques sur l'astreinte en matière pénale", Mélanges Kayser, PUAM, 1979, t. 1, p. 399 et suiv.

⁴⁷³ Voir la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 (JO 9 juillet 1972, p. 7181) instituant un juge de l'exécution et réformant la procédure civile, abrogée et remplacée par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (JO 14 juillet 1991, p. 9228) portant réforme des procédures civiles d'exécution et par le décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992 (JO 5 août 1992, p. 10530) instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution.

⁴⁷⁴ En ce sens, J. et L. Boré, "Astreintes", *op. cit.* ; F. Chabas et S. Deis, "Astreintes", RDPCiv, 1998 ; E. Du Russec, "Astreintes", JCL Procédure civile, fasc. 2120 ; P. Esmein, "Peine ou réparation", Mélanges Roubier, Dalloz-Sirey, 1961, t. 2, p. 39 et suiv. ; A. Esmein, "L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte", *op. cit.*

⁴⁷⁵ On peut citer, par ex., les décisions : CE, 2 mars 1988, *SA Les Tennis Jean-Becker contre Commune de Morne-à-l'Eau* (Rec. CE, p. 108, AJDA 1988, p. 485, note X. Prétot, JCP 1988, G, IV, n°186) ; CE, 15 décembre 1993, *Mme Bastien* (Rec. CE, p. 972) ; CE, 6 janvier 1995, *Boivin et Soulat* (Rec. CE, p. 15, AJDA 1995, p. 104, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl) ; CE, 3 avril 1996, *Soulat* (Rec. CE, p. 115, DA 1996, n° 390).

⁴⁷⁶ Cf. Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 (JO 17 juillet 1980, p. 1799) relative aux astreintes et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

durée du délai d'inexécution⁴⁷⁸. Le principe s'applique notamment quand le jugement de premier ressort qui a imposé l'astreinte est frappé d'appel. A noter, cependant, que le juge administratif témoigne d'une certaine prudence en matière de liquidation notamment grâce à la liberté dont il dispose pour apprécier souverainement le "délai raisonnable" pour exécuter la chose jugée⁴⁷⁹. Il ne prononce, pareillement pas d'astreinte définitive, en choisissant l'astreinte provisoire, le juge se réserve ainsi la possibilité de moduler voire de supprimer l'astreinte au moment de la liquidation⁴⁸⁰. Enfin, le juge utilise aussi largement la possibilité qui lui est offerte de partager l'astreinte⁴⁸¹ notamment, il faut le souligner, pour bien distinguer la nature de réparation de celle de l'astreinte. Il y a là, finalement, un procédé indirect de répression qui transforme un pouvoir comminatoire à la base en un pouvoir de sanction. On va voir qu'il existe aussi des possibilités plus directes pour le juge de fixer une répression, l'exemple, parmi d'autres, de la prise de sanctions contre les détournements du processus électoral est révélateur de l'exercice de tels pouvoirs dans l'office du juge.

B – Les possibilités de fixation directe de la répression : l'exemple des sanctions prises contre les détournements électoraux

478 - Il existe des hypothèses où le juge administratif met directement en œuvre un pouvoir de sanction. S'il faut mentionner l'existence de l'amende pour recours abusif⁴⁸², qui n'est pas un pouvoir spécifique du juge de pleine juridiction, ou de l'amende dans le contentieux des contraventions de grande voirie⁴⁸³, qui relève d'un contentieux spécial, on

⁴⁷⁷ Cf. Art. 62 de la loi n° 95-125 préc. du 8 février 1995.

⁴⁷⁸ Voir, en ce sens, CE, Avis, 30 avril 1997, *Mme Marchal* (JO 21 août 1997, p. 12394) et TA Grenoble, 9 mai 1996, *Raymann* (AJDA 1996, p. 706, obs. M. B., JCP 1997, G, IV, n° 573).

⁴⁷⁹ Voir art. 6-1 de la loi n° 80-539 préc. du 16 juillet 1980 introduit par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 selon les termes duquel : "Le Conseil d'Etat, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure (d'exécution) et peut assortir sa décision d'une astreinte à compter de la date qu'il détermine".

⁴⁸⁰ Aux termes de l'art. 3 de la loi n° 80-539 préc. du 16 juillet 1980, l'astreinte doit être considérée comme provisoire à moins que le Conseil d'Etat n'ait précisé son caractère définitif et le juge administratif ne prononce généralement pas d'astreinte définitive.

⁴⁸¹ L'art. 5 de la loi n° 80-539 préc. du 16 juillet 1980 ouvre la possibilité de réserver une part de l'astreinte au profit du Fonds d'équipement des collectivités locales qui a, depuis, été remplacé par le Fonds de compensation de la TVA.

⁴⁸² Voir, par ex., L. Richer, "L'amende pour recours abusif devant le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs", AJDA 1983, p. 451 et suiv. ; M. Khdir, "Le recours abusif devant le juge administratif", RA 1991, p. 520 ; M. Heinis, "L'amende pour requête abusive devant le juge administratif", GP 1999, n° 29-30, p. 2 et suiv. ; P. Fraisse, "Droit au juge et amende pour recours abusif", AJDA 2000, p. 20 et suiv. ; J.-E. Callon, "L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ?", LPA 2000, 28 mars, n° 62, p. 4 et suiv.

⁴⁸³ Voir, notamment, quant à leur qualification : P. Gélard, "Le caractère mixte de la contravention de grande voirie", AJDA 1967, p. 140 et suiv. ; CE, 1^{er} mars 1967, *Delle Lescot*, RDP 1968, p. 175, note M. Waline ; CE, 22 juin 1987, *Rognant* (Rec. CE, p. 727, AJDA 1988, p. 60, obs. X. Prétot) ; CC, n°87-151 L, 23 septembre

trouve des hypothèses, dans le plein contentieux, où le pouvoir de réformation du juge s'accompagne également d'un pouvoir direct de sanction. C'est le cas dans le contentieux des contrats sous forme de pénalités⁴⁸⁴ ou de sanctions résolutoires⁴⁸⁵ mais c'est, surtout, le cas dans le contentieux électoral où l'on sait que le juge se considère comme étant investi de pouvoirs importants lui permettant non seulement d'annuler les élections irrégulières mais aussi de rectifier les résultats du scrutin. Le détournement du processus électoral est un exemple concret de l'utilisation réussie de pouvoirs répressifs directs par le juge administratif, en l'occurrence le juge de l'élection. Devant l'incapacité de ce juge à endiguer le phénomène et l'absence d'efficacité de la répression pénale (1), le législateur a mis en place une réglementation rigoureuse du financement des campagnes électorales et de la vie politique⁴⁸⁶ en ne se contentant pas d'établir des dispositions de fond mais en en assurant l'effectivité par un dispositif original de sanction confié au juge de l'élection. Le résultat a été plus que probant et apporte, d'une certaine manière, la preuve de l'efficacité d'une telle orientation dans l'office du juge (2).

1. Les insuffisances du dispositif traditionnel de sanction

479 - Face à l'irruption de l'argent dans la vie politique et dans le processus électoral, le juge administratif s'est plutôt retrouvé désarmé face à la dérive des comportements irréguliers n'ayant pas à sa disposition une force de dissuasion efficace. Jean-Marc Duval note, par exemple, que "devenu un simple juge de la sincérité des opérations électorales, il en est réduit, de plus en plus souvent, à blâmer les comportements irréguliers qu'il ne peut, faute de pouvoirs, sanctionner"⁴⁸⁷. Au même titre que le Conseil constitutionnel pour les élections

1987, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article L. 69-1 du Code postes et télécommunications* (Rec. CC, p. 53, RJC, p. II-125, JO 26 septembre 1987, p. 11260, AJDA 1988, p. 60, note X. Prétot, RFDA 1988, p.273, note B. Genevois).

⁴⁸⁴ L'administration a la possibilité en matière de contrat administratif de prononcer de nombreuses et diverses sanctions à l'égard des cocontractants privés mais elle peut demander au juge du contrat de prononcer la condamnation à sa place, le pouvoir de sanction s'en trouve donc partagé même si le pouvoir du juge est, en pratique, très limité.

Voir, par ex., CE, 26 décembre 1924, *Ville de Paris contre Chemin de fer métropolitain de Paris* (S. 1925. 3. 25) ou CE, 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya* (RDP 1988, p. 1428).

⁴⁸⁵ La déchéance des concessions ou des contrats de longue durée est prononcée par le juge des contrats même si ce pouvoir peut être transféré à l'administration elle-même.

Voir, par ex., CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux* (Rec. CE, p. 56, concl. Romieu) ou CE, 22 novembre 1967, *Société générale technique* (Rec. CE, p. 859).

⁴⁸⁶ Notamment à travers la loi n° 90-55 préc. du 15 janvier 1990.

⁴⁸⁷ J.-M. Duval, "La sanction des comportements irréguliers relevés au cours des opérations électorales", RFDCel 2001, n° 48, p. 826.

nationales⁴⁸⁸, le juge administratif, sur le plan local, ne peut se prononcer que sur les recours visant à mettre en cause une élection déterminée⁴⁸⁹. En ce sens, il ne peut examiner que les actes et les faits accomplis par le candidat ou les candidats de la liste proclamée vainqueur ou susceptible de leur être imputée sans tenir compte de ceux accomplis par les autres candidats. Le juge est limité au jugement des seules élections contestées, il ne peut statuer *ultra petita* et ne peut s'interroger que sur la régularité des comportements qui ont concouru au résultat contesté. Ensuite, à partir du moment où le juge électoral constate que des actes ou faits sont contraires à la loi électorale, il lui appartient d'annuler l'élection. Certes, devant les difficultés soulevées par l'annulation d'une élection⁴⁹⁰, la jurisprudence a reconnu au juge le pouvoir de rectifier les résultats de l'élection contestée et de procéder à une substitution d'élus⁴⁹¹ mais l'utilisation d'un tel pouvoir demeure exceptionnelle puisque le juge doit être en mesure d'évaluer l'incidence exacte des erreurs ou irrégularités commises sur les résultats des élections contestées et il est rare que les circonstances de l'espèce s'y prêtent. La seule arme dont dispose le juge est donc l'annulation et il ne détient, en ce sens, que le pouvoir de prescrire le renouvellement des opérations électorales, il ne peut être juge des comportements des candidats et autres acteurs de la compétition électorale à l'égard desquels il ne dispose d'aucun pouvoir de sanction.

480 - C'est là une mission qui incombe normalement au juge pénal, juge naturel des comportements asociaux. Or, il y a beaucoup d'obstacles qui empêchent la répression pénale d'être efficace. Le déclenchement des poursuites n'est pas automatique et appartient au ministère public qui en apprécie l'opportunité⁴⁹². De plus, il faut noter, qu'en droit pénal, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait⁴⁹³, seul les faits accomplis par un candidat peuvent lui être reprochés et la responsabilité pénale ne peut être engagée que si les faits constitutifs de l'infraction peuvent être imputés à l'individu. Or, "en matière électorale, si les faits délictueux ne sont pas toujours, loin s'en faut, accomplis par les candidats eux-mêmes, de

⁴⁸⁸ Art. 38 de l'ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958 (JO 9 novembre 1958, p. 10129) portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁴⁸⁹ Art. 223 et 250 du Code électoral.

⁴⁹⁰ Le choix des électeurs ne peut être mis en cause par le juge, seules les conditions dans lesquelles il s'est opéré peuvent être critiquées et cela conduit nécessairement à une nouvelle élection qui peut parfaitement en confirmer les résultats.

⁴⁹¹ Voir, B. Malinger, "Des conditions d'exercice du pouvoir de réformation du juge de l'élection", Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 397 et suiv.

⁴⁹² Art. 1 al. 1 CPP.

⁴⁹³ Art. L. 121-1 CP.

tels faits sont souvent commis à leur profit, quand ils n'en sont pas les instigateurs⁴⁹⁴. Il existe, de la sorte, toute une série de comportements, objectivement irréguliers, qui demeurent difficilement sanctionnables d'autant plus qu'en raison de leur caractère politique, les infractions en cause font souvent l'objet de certains aménagements⁴⁹⁵ sans parler du fait qu'il est des cas où elles ne font l'objet d'aucune poursuite⁴⁹⁶. Face, finalement, à l'exercice difficile de la répression pénale en la matière et à l'impossibilité pour le juge administratif de faire face aux comportements irréguliers, c'est l'octroi de pouvoirs de sanction à ce même juge qui a permis de tendre, en quelque sorte, vers l'assainissement et la moralisation des campagnes électorales.

2. L'efficacité du dispositif de sanction confié au juge électoral

481 - C'est récemment que le juge administratif s'est trouvé investi d'un rôle sanctionnateur, c'était le cas déjà en matière de fraude électorale⁴⁹⁷, c'est également le cas, maintenant, dans la lutte contre l'irrespect des règles du financement de la vie politique suite à l'accroissement du coût des campagnes et des diverses malversations qui en résultaient. Si le législateur a institué de nouvelles sanctions pénales⁴⁹⁸ et a instauré une vérification systématique des comptes de campagne⁴⁹⁹, il a permis, au cœur du dispositif, au juge de l'élection de rendre effectives ces mesures en lui confiant un réel pouvoir de sanction. Il existe des sanctions purement électorales comme des sanctions financières et ces dernières sont ainsi des exemples caractéristiques des possibilités d'intervention directe du juge administratif en matière de répression. Le juge électoral a, aujourd'hui, le pouvoir de prononcer l'inéligibilité pour un an des candidats fautifs⁵⁰⁰. Cette inéligibilité concerne tout candidat ou tête de liste, et

⁴⁹⁴ J.-M. Duval, "La sanction des comportements irréguliers relevés au cours des opérations électorales", *op. cit.*, p. 834.

⁴⁹⁵ La poursuite des infractions électorales est, par ex., enfermée dans un délai relativement bref (six mois à compter du jour de la proclamation du résultat, art. L. 114 CT).

⁴⁹⁶ La survenance d'une amnistie est, ainsi, fréquente en ce domaine.

⁴⁹⁷ Il faut noter, à cet égard, que le juge électoral peut suspendre le mandat de ceux dont l'élection est annulée (art. L. 250-1 du Code électoral) comme il a le devoir, en cas de fraude, de communiquer le dossier au procureur de la République pour que ce dernier engage les poursuites (art. L. 117-1 du Code électoral).

⁴⁹⁸ Cf. Art. L. 113-1 du Code électoral.

⁴⁹⁹ L'art. L. 52-12 du code électoral oblige tous les candidats à une élection nationale ou locale à établir "un compte de campagne retraçant, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection [...]".

⁵⁰⁰ Voir les dispositions combinées des art. L. 118-3, L. 234 pour les élections municipales, L. 197 pour les élections cantonales et L. 341-1 pour les élections régionales et les élections à l'Assemblée territoriale de Corse. Pour des ex. d'application : CE, Ass., 23 octobre 1992, *Panizzoli* (Rec. CE, p. 376, D. 1993, p. 126, note R. Ghevontian, RFDA 1993, p. 469, concl. Abraham) ou CE, Ass., 18 décembre 1992, *Moutoussamy* (Rec. CE, p.456, AJDA 1993, p. 50, concl. Denis-Linton).

non pas seulement tout élu, dont le compte de campagne n'a pas été déposé dans les formes ou, surtout, le délai prescrit et a été rejeté à bon droit. Si le juge peut être saisi en ce sens par la Commission des comptes de campagne⁵⁰¹, à laquelle tous les candidats doivent transmettre leurs comptes, ou encore par un candidat ou un électeur dans le cadre d'une protestation dirigée contre l'élection elle-même⁵⁰², il a le devoir de prononcer cette sanction sauf lorsque le compte de campagne, le cas échéant après réformation, fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales⁵⁰³. Ce régime a été quelque peu modifié par le législateur⁵⁰⁴ dans la mesure où, jusqu'alors, si le juge constatait que le compte de campagne n'avait pas été déposé ou que la commission l'avait rejeté à juste titre, il se trouvait en situation de compétence liée pour prononcer l'inéligibilité. Désormais, le juge n'est plus obligé d'infliger, dans cette hypothèse, ladite sanction : il bénéficie donc d'une plus grande liberté dans la mise en œuvre de ses pouvoirs de sanction, qui lui permettra, notamment, de tenir compte de l'éventuelle bonne foi du candidat fautif⁵⁰⁵.

482 - A ces sanctions premières s'ajoutent d'autres sanctions plus complémentaires propres aux seuls candidats élus puisqu'il y a lieu, à la suite d'un recours électoral classique, d'annuler l'élection d'un candidat ou d'une tête de liste élue frappée d'inéligibilité. En l'absence d'un tel recours, le candidat ou la tête de liste proclamée élue est démissionnaire d'office consécutivement à la constatation de l'inéligibilité⁵⁰⁶. Il existe, de même, des sanctions pécuniaires à travers l'application desquelles le juge administratif de plein contentieux est doublement concerné. C'est le cas lorsqu'un dépassement du plafond des dépenses électorales a été constaté par la Commission nationale des comptes de campagne, cette dernière n'est pas en droit d'ordonner immédiatement au candidat concerné la sanction correspondante, elle est tenue, dans cette hypothèse, de saisir le juge électoral à qui il appartient de vérifier la pertinence de l'appréciation portée sur ce point par la Commission nationale⁵⁰⁷. Enfin, le juge administratif de plein contentieux ordinaire a aussi compétence pour connaître de la sanction pécuniaire infligée au fautif par cette même Commission puisque la décision en cause est

⁵⁰¹ Art. L. 52-15 du Code électoral.

⁵⁰² Art. L. 118-2 du Code électoral.

⁵⁰³ Art. L. 118-3 al. 2 du Code électoral.

⁵⁰⁴ Voir loi n° 96-300 du 10 avril 1996 (JO 11 avril 1996, p. 5570) tendant à préciser la portée de l'incompatibilité entre la situation de candidat et la fonction de membre d'une association de financement électoral ou de mandataire financier.

⁵⁰⁵ En ce sens, CE, 10 juin 1996, *Elections cantonales de Toulon* (AJDA 1996, p. 559, note D. Chauvaux et T.-X. Girardot).

⁵⁰⁶ Cf., par ex., CE, Ass., 18 décembre 1992, *Schwartzenberg* (Rec. CE, p. 457, AJDA 1993, p. 45, concl. Le Chatelier).

détachable du contentieux de l'élection, c'est là un recours de plein contentieux qui est opéré laissant, comme il a pu déjà l'être souligné, des pouvoirs importants au juge dans l'approche de la sanction⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ En ce sens, art. L. 52-15 al. 3 du Code électoral.

CONCLUSION TITRE 2ND

483 - Un office plus subjectif du juge administratif est apparu conjointement au développement de son office objectif. Le contrôle financier s'est toujours exercée à travers une logique matérielle de régularisation ou de prévention et la dimension répressive n'était que sous-jacente mais cette dernière est progressivement devenue de plus en plus visible et a tendu à supplanter la logique matérielle du contrôle. Cet accroissement a été permis par l'extension des prérogatives ou la modification des méthodes des juridictions financières et a fait apparaître, dans le contrôle jusque là effectué, une finalité plus large que le seul examen de la conformité des écritures et la régularité des opérations. C'est la véritable métamorphose de la gestion financière locale qui a nécessité une telle logique répressive, la réalité financière a dépassé les cadres organiques traditionnels pour s'insérer dans des structures et des rapports de plus en plus complexes ce qui a posé, en contrepartie, la question de sa maîtrise et de son contrôle et a fait en sorte à ce que la dimension répressive se révèle de plus en plus dense pour adapter le contrôle financier. Ce dernier tend désormais à dépasser le strict cadre matériel dans lequel il a été établi, cela ne va pas sans poser certaines appréhensions notamment quant à l'appréciation délicate de l'opportunité de la décision publique mais il fait en sorte de placer quasiment sur un pied d'égalité le risque financier et le risque pénal.

484 - Au même titre que le contrôle financier, on a pu voir que le contrôle de la répression administrative à travers le recours pour excès de pouvoir peut amener à une comparaison avec le juge répressif d'appel mais qu'il manquait en ce cas un pouvoir de réduction ou de réformation de la sanction pour une analogie complète. Seul le recours de plein contentieux est en mesure de pallier ce manque. Si l'approche traditionnelle de ce recours ne permet pas au juge de réduire ou de fixer lui-même la sanction notamment en raison de l'impossibilité pour ce dernier de faire acte d'administrateur et de substituer sa propre décision à celle de l'administration, il s'est néanmoins posé un regard nouveau sur la réalité de ses pouvoirs. Si on a toujours défini les pouvoirs en question sur la base de considérations théoriques, il y a, aujourd'hui, une place de plus en plus importante reconnue aux considérations d'opportunité dans le choix de ses pouvoirs. Dans cette optique, la doctrine a pu, en certains cas, être amené à proposer un pouvoir de modulation de la sanction, si un

⁵⁰⁸ Cf. CE, 12 octobre 1992, *Gally-Dejean* (Rec. CE, p. 366, RDP 1993, p. 329, concl. Le Chatelier, AJDA 1993, p. 84, chron. C. Maugué et R. Schwartz).

changement dans le comportement des juges a pu apparaître de ce fait, il n'est que partiel puisque seul le juge judiciaire a admis cette possibilité et non le juge administratif. Les pouvoirs de ce dernier ne permettent pas, pareillement, de fixer directement la répression mais il existe des exceptions où le juge fixe directement cette répression, c'est le cas notamment à travers le contrôle des détournements du processus électoral. Dans d'autres cas, s'il n'est pas à l'origine de la répression puisqu'il se contente d'un contrôle de la légalité et de l'opportunité de la sanction, il peut apparaître comme l'autorité fixant définitivement la sanction. C'est le cas par la transformation de son pouvoir de réformation en pouvoir de substitution mais aussi par la transformation de son pouvoir comminatoire en pouvoir de sanction.

CONCLUSION 2^{NDE} PARTIE

485 - La justice administrative, dans son fonctionnement comme dans son idéologie, est amené au dépassement du caractère objectif de son office pour tendre indéniablement vers une orientation plus subjective. Poussée en cela par la prise en considération d'un mouvement qui fait aujourd'hui du droit juridictionnel un droit de plus en plus formaliste, ce dépassement s'accompagne du rattachement, dans l'office du juge, d'une logique plus répressive à la fois dans des domaines où ce dernier est amené à faire face au désaveu croissant de l'administration mais aussi dans des domaines où l'on observe une exigence de plus en plus poussée de protection des droits des administrés. C'est le cas dans le domaine financier où le contrôle du juge s'est toujours exercé dans cette logique répressive mais cette dernière n'était que sous-jacente et restait dominée par une volonté de régularisation administrative comme une volonté de prévention du risque financier. Cette logique matérielle tend à être dépassée sinon à être supplantée aujourd'hui et est en tout cas ressentie comme tel par les justiciables. Si le juge financier ne doit pas développer, à l'extrême, les conséquences procédurales de ce nouvel office, il doit, en conséquence, s'adapter et l'assumer. Il n'est pas question d'une remise en cause des pouvoirs du juge financier mais il y a nécessité de dépasser la simple appréciation objective du juge et, conjointement, de reconnaître au contrôle financier son aspect subjectif. Dans toute procédure répressive, il incombe au juge de faire l'examen du comportement réel des individus et non des actes et conséquences pouvant en découler sur l'agencement budgétaire et comptable.

486 - Si le juge financier pourrait être amené à exercer un office analogue en son domaine de compétence à celui du juge répressif, on peut faire le même parallèle entre le contrôle du juge administratif de droit commun pouvant s'effectuer sur la répression administrative et le contrôle effectué par le juge répressif d'appel. Le juge administratif dit le droit et tranche des litiges mais ne sanctionne pas, même dans le plein contentieux, le juge ne dispose pas, malgré des pouvoirs pouvant se révéler identiques aux juges privés, de pouvoirs de sanction. Pour autant, l'interprétation contemporaine de ces pouvoirs peut amener au-delà des exceptions pouvant déjà exister, à un office analogue à celui du juge répressif car, si la question du pouvoir de modulation de la sanction peut être posée, son pouvoir de réformation peut aussi se transformer en un véritable pouvoir de substitution. Au-delà de l'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur, il peut remplacer les décisions de sanction dont il est saisi par ses propres décisions tout comme il peut transformer son pouvoir comminatoire

en un véritable pouvoir de sanction. Il y a là un aspect à prendre en considération si l'on veut faire du juge administratif, un juge répressif. En tout les cas, les contrôles des détournements du processus électoral sont un exemple précis de l'utilisation réussie de pouvoirs répressifs directs par le juge administratif, en l'occurrence le juge de l'élection, en son domaine de compétence. Plus que l'intervention d'une répression pénale dans le domaine d'activité du juge administratif, il est préférable d'opter, lorsque cela est nécessaire, pour une telle orientation dans l'office du juge administratif, ce dernier étant plus à même de répondre efficacement et sans dérapages, aux exigences ainsi définies.

CONCLUSION GENERALE

487 - L'avènement du pluralisme juridique et l'émergence de plusieurs types de concurrence ont laissé entrevoir, sur le fondement d'une mission de répression, un repositionnement avantageux de la justice administrative prise dans toutes ses composantes. Fondée sur un développement institutionnel et conceptuel sans précédent dans la sphère de compétence administrative, cette réévaluation amène à une rupture avec beaucoup de préceptes traditionnels du droit administratif. Si le pouvoir de sanction a toujours existé dans la sphère administrative, il a non seulement toujours été limité dans sa nature et dans son exercice mais des ambiguïtés ou incertitudes ont aussi toujours accompagné la véritable nature juridique des institutions ou organes agissant sous cet office. Pour autant, cela n'a pas empêché leur insertion dans l'ordre administratif à travers une démarche prétorienne qu'on a pu qualifier de similaire. A la reconnaissance audacieuse et parfois gênante de la compétence administrative en matière disciplinaire a pu succéder une reconnaissance conforme et parfois discutée de cette même compétence administrative dans le contrôle des autorités de régulation. Si cette compétence n'est pas uniforme, elle tend à prédominer dans les contentieux disciplinaires comme elle tend à s'exercer de manière détournée à travers les contentieux régulateurs. L'insertion dans la sphère juridictionnelle a, de même, été confuse, si des parentés ont pu être établis avec la notion de juridiction, elles peuvent se révéler *a posteriori* contingentes.

Cette ambiguïté et cette confusion tendent aujourd'hui à s'estomper dans la mesure où l'influence conjuguée des jurisprudences européenne et constitutionnelle, tend à établir un système plus légitime et plus cohérent fondé notamment sur le dépassement de l'alternative droit public / droit privé ou sur une équivalence avec le système juridictionnel classique. Alors, certes, il y a ici remise en cause de l'intention première de justement séparer ces concepts et ces institutions des juridictions traditionnelles mais le débat tend, selon nous, quelque peu à se renouveler car il faut bien relever que l'approche des phénomènes disciplinaires et régulateurs est emprunte de pragmatisme. Comme peut le noter Alain Seban,

“le juge cherche à trouver un équilibre d'ensemble qui lui paraisse satisfaisant entre une certaine souplesse de fonctionnement et les garanties des justiciables”¹. Ainsi, la question n'est pas tant de savoir si les autorités en cause sont des juridictions ou non mais plutôt de savoir si elles sont légitimes ou pas pour exercer un office qui concurrence de toute façon celui du juge administratif. Comme peut le relever Marie-Anne Frison-Roche, “dans un monde pragmatique la seule pertinence tient dans la façon dont les divers intervenants exercent leur office : si la décision est adéquate, si l'efficacité est acquise, si les liens de confiance en résultent, alors le pouvoir est suffisamment fondé”².

488 - Sans aller jusqu'à la juridictionnalisation à l'extrême, nous pensons qu'il est plus opportun de laisser vivre ces concepts qui témoignent peut-être d'une nouvelle façon d'administrer la justice dans la sphère de compétence administrative, une forme nouvelle qui s'interposerait à la vision classique, qui la compléterait. C'était déjà le cas des institutions disciplinaires, c'est aussi le cas dorénavant des institutions régulatrices. Plus spécialisées avec un rôle plus étroit, elles amènent à des changements significatifs dans le champ d'application de la justice administrative. Le domaine de cette dernière apparaît plus étendu puisque le champ disciplinaire tend à dépasser le contrôle des simples corps intermédiaires réunis autour de l'exercice d'une même activité ou d'un même secteur et rejoint le champ de compétence des autorités régulatrices allant même parfois jusqu'à se confondre. Les fonctions de la justice administrative apparaissent aussi plus étendues, à la faculté de contrôle s'ajoute la faculté de réprimer les infractions pour lesquelles chaque institution dispose de la capacité de fixer, au préalable, les règles devant être respectées. Le phénomène n'est peut-être pas uniforme puisque ce processus de convergence des fonctions administrative et juridictionnelle ne se retrouve pas chez toutes les autorités mais il est bien présent.

489 - Il y a en cela, comme nous avons pu le relever³, non pas une politique de dépénalisation mais plutôt une nouvelle “justice” répressive redéfinie à l'usage de l'administration ou de la sphère administrative. Il n'y a pas un réel transfert d'autorité mais un transfert de fonction ou de pouvoirs d'une justice déterminée vers un autre type de justice qui reste immanquablement administrative. La crise d'autorité de la justice pénale se manifeste dans la transformation de destination de la répression, il n'y a pas transfert d'une répression sous forme juridictionnelle vers une répression de type administratif ou disciplinaire mais un

¹ A. Seban, “Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation”, *LPA* 2002, 3 juin, n° 110, n° spécial *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 67.

² M.-A. Frison-Roche, “Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?”, *op. cit.*, p. 92.

transfert d'une répression globale vers une répression plus déterminée, plus localisée. Certes, cela ne répond pas à l'idéal constitutionnel de la construction du droit pénal puisque la justice pénale, emblème de l'autorité judiciaire et gardienne des libertés, ne saurait être exercée sur un autre schéma que celui de la procédure pénale mais on ne peut pas dire que le transfert de compétence revient à rompre, de façon abusive, avec l'autorité judiciaire. Il contraint, au contraire, le juge administratif à se situer plus nettement par rapport à l'institution juridique et à la fonction judiciaire dans son ensemble.

490 - Il n'y a qu'à voir la tendance manifeste du juge administratif à développer aujourd'hui un aspect plus subjectif de son office, à mettre de côté l'objet du droit inhérent à son institution pour s'intéresser davantage au sujet du droit amenant à son intervention. Cela est manifeste, on a pu le voir, dans le contrôle de l'utilisation des deniers publics où s'affirme, de manière concrète, la logique répressive même si cette dernière reste difficile à appréhender tant pour les juridictions financières que pour les justiciables⁴. Comme peut le noter Robert Hertzog, "les temps se prêtent à une révision de certaines traditions, pour mettre l'accent sur l'efficacité du contrôle des finances publiques, avec une finalité plus large que le seul examen de la conformité des écritures et la régularité des opérations"⁵. S'il faut bien prendre garde d'une conception trop formaliste du droit et éviter une certaine révolution en la matière, il convient d'admettre sereinement cette nouvelle dimension répressive en s'adaptant et en l'assumant sans en développer, à l'extrême, les conséquences procédurales. Le contrôle du juge des comptes, à travers ces missions, ne peut plus se limiter à un contrôle avant tout objectif.

Il y a de même, dans le contrôle effectué, cette fois, par le juge administratif de droit commun en matière de répression administrative, toute une évolution dans l'office du juge qui amène à une comparaison avec le juge répressif d'appel⁶. D'abord limité à une simple appréciation de légalité par le biais du recours pour excès de pouvoir, le contrôle du juge a eu tendance, en certains cas, à être plus complet dans la recherche de l'adéquation de la sanction à la faute amenant ainsi le juge administratif à exercer une fonction analogue à celle de son homologue pénal de second degré. S'il manquait un pouvoir de réformation et de modulation de la décision attaquée pour une analogie plus complète, ce manque est en mesure d'être comblé par la consécration quasi-systématique du recours de plein contentieux en matière de répression administrative. Par ce recours, le juge devient capable d'apprécier la mesure prise

³ Cf. *Supra*, p. 248 et suiv.

⁴ Cf. *Supra*, p. 381 et suiv.

⁵ R. Hertzog, "La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait", *op. cit.*, p. 88.

par l'autorité administrative répressive, de la remplacer par sa propre décision et, conséquemment, de participer à la répression en fixant la sanction adéquate à l'image du juge pénal de seconde instance. On peut dire que s'agissant des actes administratifs comportant une sanction, un tel recours donne ainsi au juge "d'une part, le pouvoir de contrôler complètement l'acte de sanction qui lui est soumis, d'autre part, la prérogative de le réformer soit en allégeant soit en aggravant la sanction"⁷.

491 - Il faut retenir, finalement, de l'ensemble de ces développements le fait que la dialectique traditionnelle entre l'administration active et celui qui apparaît de moins en moins comme "son" juge n'est plus la même : aux yeux de toutes les parties en présence, il ne fait guère de doute que juger l'administration, ce n'est plus administrer. Alors que le juge administratif était à l'origine compétent parce que lui seul pouvait concilier les intérêts privés et l'intérêt public, sa compétence ne se justifie plus désormais que parce qu'il sait imposer à cette administration un strict respect des droits fondamentaux au risque de ne plus faire droit à l'intérêt général que sous-tend l'action administrative. Or, si le juge administratif peut offrir une protection des droits fondamentaux identique à celle apportée par le juge judiciaire, c'est nécessairement parce qu'il ne procède pas ou plus à une lecture spécifique de l'intérêt public contenu dans les actes qu'il contrôle. On peut dire que le droit administratif est pris dans un étau redoutable : sa légitimité dépend désormais d'un alignement sur les jurisprudences les plus en pointe dans la protection des droits individuels ; mais ce processus de banalisation réduit dans le même temps la spécificité qui était la justification ultime de son institution. Le juge administratif n'a plus, en ce sens, de spécificité réelle qui puisse justifier son existence propre et la question se pose alors de savoir si ce dernier n'a pas ainsi perdu sa raison d'être.

492 - Certes, "quitte à décevoir quiconque se réjouit par-devers soi de ce que son radicalisme a de provocant et qui trouve salutaire qu'une certaine iconolâtrie rencontre ses iconoclastes, force est de commencer par dire que la question n'est ni nouvelle, ni vraiment originale"⁸. Pour autant, si la question est ancienne, il y a des nouveaux éléments de réponse. A partir du moment où, dans son fonctionnement comme dans son idéologie, la justice administrative se rapproche progressivement des formes classiques de la justice, la théorie de l'intérêt général et toutes les règles de fond et de procédure qu'elle sous-tend ne sont plus compatibles avec une vision conflictuelle de la démocratie, la revendication d'un meilleur

⁶ Cf. *Supra*, p. 306 et p. 406 et suiv.

⁷ J.-M. Woehrling, "La revanche du plein contentieux", *op. cit.*, p. 247.

équilibre entre l'Etat et la société ou la revalorisation idéologique du droit et les attentes des justiciables. On a toujours appelé au recours de la distinction droit public / droit privé ce critère de l'intérêt : le droit public prend en charge l'intérêt général et le droit privé se contente de veiller aux intérêts particuliers. Or, comme peuvent le noter Roland Drago et Marie-Anne Frison-Roche, "si l'on comprend intuitivement que l'intérêt privé consiste à ne rechercher la satisfaction que d'une personne tandis que l'intérêt général fait écho à l'idée chrétienne de bien commun, il est difficile de définir substantiellement ces intérêts autonomes voire antinomiques, et plus encore de les distribuer à travers la distinction du droit public et du droit privé"⁹.

Dans ces conditions, ce qui cristallise la distinction droit public / droit privé en France, c'est la dualité de juridiction et non l'inverse, la dualité juridictionnelle ne peut s'expliquer par le dualisme du droit¹⁰ et on en arrive à dire que le droit public se définit seulement comme ce qui est soumis au juge administratif et le droit privé seulement comme ce que connaît le juge judiciaire. On avait pu noter, à cet égard, que la doctrine avait mis en lumière les surprises et les paradoxes engendrés par un principe non voulu¹¹ et notamment le fait que la séparation des pouvoirs n'imposait ni la séparation des autorités administratives et judiciaires, ni la dualité de juridictions¹². Ce principe avait pu faire l'objet d'une certaine réactualisation mais il y a ici selon certains "une sorte de *vulgate* qui fait circuler l'idée que la dualité de juridictions serait ainsi constitutionnalisée, autant dire intangible"¹³. Didier Truchet montrant, par exemple, que la décision, qui concerne principalement le contentieux de l'annulation, et par accessoire celui de la réformation, n'implique que la spécialité du juge qui le prend en charge et non qu'on construise autour de lui un ordre particulier¹⁴.

493 - L'alignement de la justice administrative sur le modèle judiciaire classique ne pourrait aboutir selon certains qu'à un transfert de compétence à l'autorité judiciaire. Or celle-

⁸ J. Boulouis, "Supprimer le droit administratif ?", Pouvoirs 1988, n° 46, n° spécial "Droit administratif. Bilan critique", p. 5.

⁹ R. Drago et M.-A. Frison-Roche, "Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative", APD 1997, n° 41, n° spécial "Le privé et le public", p. 137.

¹⁰ En ce sens, J.-M. Auby, "Dualité juridictionnelle et dualisme juridique" in Le contrôle juridictionnel de l'administration, Economica, 1991, p. 103.

¹¹ Voir, par ex., P. Delvolvé, "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires", Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 135 et suiv.

¹² Cf. *Supra*. p. 423 et suiv.

¹³ R. Drago et M.-A. Frison-Roche, "Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative", *op. cit.*, p. 138.

Voir aussi S. Velley, "La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs", RDP 1989, p. 766 et suiv.

ci ne peut que se révéler incapable à faire prévaloir efficacement les droits du citoyen contre l'administration. Cela découle de son statut sociologique, de sa subordination de fait au pouvoir politique dès que l'Etat est en cause – ce qui n'est pas le cas du juge administratif qui est plus indépendant –, de sa méconnaissance du milieu administratif – puisqu'il faut connaître l'administration de l'intérieur pour bien la juger – voire, paradoxalement, du fait que le juge judiciaire n'exerce pas un rôle consultatif considéré par le Conseil d'Etat comme une arme efficace pour faire pression sur l'administration. En résumé, même si la Constitution confie la garde des libertés individuelles à l'autorité judiciaire, cette dernière n'aurait jamais pu accomplir l'œuvre de la jurisprudence administrative au service de ces mêmes libertés, il ne faut donc, en conséquence, rien changer à la justice administrative. Si la personne publique perd toute spécificité aux yeux du juge, si elle devient un justiciable parmi d'autres, si l'intérêt général est assimilé à l'intérêt privé, alors la justice administrative perd toute sa raison d'être et devrait, en conséquence, disparaître. A quel titre conserver un dualisme juridictionnel, source de complexité, si les procès présentent une nature identique devant les deux ordres de juridiction ?

494 - Si la constitutionnalisation de la juridiction administrative¹⁵ peut s'opposer à un tel "scénario", il reste concevable si on raisonne sur le long terme. L'exemple européen, dont il est de moins en moins possible de ne pas tenir compte, plaide d'ailleurs en ce sens puisque la majorité des pays de l'Union européenne s'efforcent de situer l'administration sur le même plan que les citoyens¹⁶ mais la question qui est en cause ici, selon nous, n'est pas l'institution du juge administratif en elle-même mais celle de l'institution d'un ordre juridictionnel autonome, le juge administratif doit demeurer le juge spécialiste de l'activité administrative, ce qui peut être amené à disparaître, c'est la dualité d'ordre de juridictions fondé sur la distinction droit public / droit privé. Cette distinction première n'est plus à même de faire face au développement institutionnel et conceptuel qu'on a pu souligner tout au long de notre étude. Il n'y a qu'à voir comment il est difficile de manier le phénomène disciplinaire ou la théorie juridique de la régulation à travers le principe de dualité de juridiction ou, comment, de façon parfaitement aléatoire, les contentieux échoient à un ordre plutôt qu'à un autre. On a pu voir ainsi, à titre d'exemple, que la compétence des juridictions administratives à propos

¹⁴ D. Truchet, "Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel", *Justices* 1996- 3, n°spécial "Justice et pouvoirs", p. 56.

¹⁵ Cf. Décision CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* préc.

¹⁶ Voir, par ex., M. Fromont, "La justice administrative en Europe, convergences", *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 197 et suiv.

des activités sportives, lointainement justifiée par le service public, relève d'un arbitraire certain¹⁷. De même, quant à l'exercice des différentes régulations économiques et l'existence afférente d'un véritable "droit administratif judiciaire"¹⁸. Des organismes s'apparentant à des juridictions se développent hors de cette dualité, il en est de même des contentieux tels que ceux de la concurrence, des marchés financiers, ceux strictement disciplinaires voire le contentieux constitutionnel. Plus qu'une réelle dualité des ordres de juridiction, on peut plutôt parler d'une véritable "pagaille juridictionnelle"¹⁹. S'il ne fallait encore prendre qu'un exemple, c'est celui du contentieux fiscal dont l'organisation n'est pas le fait de l'application d'une théorie mais d'une construction doctrinale au coup par coup selon que l'office du juge exige ou non l'interprétation et le contrôle d'un acte administratif. Philippe Marchessou relève, par exemple, que "si la réalité même de la dualité de juridiction n'appelle pas d'observations particulières, en revanche le résultat induit par cette dualité est critiquable lorsqu'il offre au citoyen contribuable le spectacle de divergences qui doivent peu à l'idéal d'une justice exigeante mais plus prosaïquement à une survivance de l'organisation féodale"²⁰. Il n'y qu'à voir le chemin sinueux qu'emprunte la reconnaissance du pouvoir de modulation des sanctions fiscales primitivement posée par le tribunal administratif de Strasbourg, repoussée par le Conseil d'Etat avant d'être solennellement consacrée par la Cour de cassation²¹.

495 - Il reste, néanmoins, un postulat fondamental dans la justice administrative : l'administration n'est pas un justiciable ordinaire et ne saurait, à notre sens, le devenir : c'est une question de philosophie politique, sa mission de défense de l'intérêt général et de la gestion du service public, quoi que l'on entreprenne, la place dans une situation privilégiée par rapport au particulier, qui ne peut se prévaloir que d'intérêts individuels. Pousser sans cesse plus loin l'interventionnisme du juge est évidemment contradictoire avec ce postulat mais la suppression du juge administratif et du droit administratif ne résiste pas à un examen de la nature et de la fonction de celui-ci car, comme le note Jean Boulouis, "le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières mais vouloir s'en défaire relève moins du libéralisme que de l'utopie"²². Il peut paraître, en effet, impossible pour le droit commun de suppléer le droit administratif dans

¹⁷ Cf. *Supra*, p. 54 et suiv.

¹⁸ Cf. *Supra*, p. 87 et suiv.

¹⁹ R. Drago et M.-A. Frison-Roche, "Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative", *op. cit.*, p. 145.

²⁰ P. Marchessou, "Le poids de la dualité de juridiction sur les sanctions fiscales", *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 682.

²¹ Cf. *Supra*, p. 429 et suiv.

²² J. Boulouis, "Supprimer le droit administratif ?", *op. cit.*, p. 12.

celles de ses règles qui constituent le régime propre des actes administratifs eu égard à la qualité de ses sujets, à la nature de leur pouvoir juridique comme à la finalité des relations qu'ils entretiennent. Ce qui change, c'est la définition de l'intérêt général, l'Etat n'est plus désormais le seul à exprimer cet intérêt général qui n'est plus unique ou absolu. Il y a aujourd'hui une vision nouvelle et plurielle de l'intérêt général et de la société qui est plus complexe et segmentée. Comme peut le noter Jean-Marc Sauvé, l'intérêt général "est plus relatif, plus transactionnel, plus respectueux de l'autonomie des acteurs sociaux et doit s'apprécier davantage par secteur d'activité en procédant à la pesée contradictoire des intérêts en présence"²³. La notion d'intérêt général n'a pas disparu, elle a évolué, il doit en être de même pour le juge administratif.

496 - Rien n'empêche ainsi que le juge administratif, s'il doit rester un juge spécialisé, n'en exerce pas moins les fonctions dévolues à un juge au sens plein du terme. Il faut donner les moyens au juge administratif d'exercer pleinement son office. Comme peut le noter Yves Gaudemet, "l'avenir du juge administratif en fera toujours davantage un juge et de moins en moins un juge administratif"²⁴. Il y a un fait aujourd'hui que l'on ne peut plus en rester à une image de dualité des ordres de juridictions impliquant ordinairement qu'il y ait répartition des matières qui relèvent de l'un ou de l'autre ordre. La répartition première et simple des contentieux fondée sur la distinction droit public et droit privé semble, d'une certaine manière, dépassée. Des règles substantielles spécifiques existent toujours mais les critères et les justifications d'une dualité des ordres de juridiction s'effritent. Il y a toujours des ensembles cohérents et autonomes de règles puisque le droit public reste l'ensemble des règles qui gouverne l'ensemble des personnes publiques tandis que le droit privé est l'ensemble des règles qui gouverne l'ensemble des personnes privées mais le droit, aujourd'hui, se dédouble et s'insère dans chacun des ordres de juridiction. On a pu voir que le droit administratif se trouvait aussi souvent appliqué par le juge judiciaire qu'il ne l'était par le juge administratif. On peut avancer désormais qu'il y a aussi dualité de justice répressive tantôt exercée par le juge judiciaire, tantôt exercée par le juge administratif, il y a un fait que "nous vivons non pas sous l'empire du principe de dualité des ordres de juridictions mais presque sous celui d'un unique ordre de juridictions, répété deux fois, d'un ordre dupliqué, redondant"²⁵, on peut ainsi noter que "le discours sur la dualité des ordres des juridictions judiciaires et administratives

²³ J.-M. Sauvé, "Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives", *op. cit.*, p. 18.

²⁴ Y. Gaudemet, "Le juge administratif, une solution d'avenir ?" in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1217.

²⁵ R. Drago et M.-A. Frison-Roche, "Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative", *op. cit.*, p. 144.

nous cache la véritable organisation qui prévaut en droit français : les dualités de la justice administrative, qui s'exprime dans chacun des deux ordres, et la dualité de la justice répressive, qui s'organise pareillement²⁶.

497 - Le droit pénal a toujours eu une place à part dans le système juridique, s'il se définit comme l'ensemble des règles selon lesquelles la société organise la sanction des violations qui sont perpétrées à l'encontre de ses règles essentielles, il est ainsi, selon cette définition, au cœur du droit public, pourtant, il a toujours exclusivement relevé de l'ordre judiciaire. Ce qui est justement en cause aujourd'hui, c'est l'extension du domaine du droit pénal, son étendue au-delà de la répartition entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Il y a, en effet, un certain malaise à voir se développer le contrôle du juge judiciaire sur l'activité administrative, non pas tant parce que ce contrôle soit contraire à l'exercice des libertés individuelles mais plutôt parce qu'il est exercé par un juge qui ignore la technique de l'administration et de son droit. Le juge pénal est un juge, par exemple, bien mal préparé pour traiter correctement de la matière techniquement difficile des marchés publics. Il existe, bien sûr, au-delà des distinctions de simple vocabulaire, un développement remarquable de la répression administrative et disciplinaire mais elle n'aboutit qu'à brouiller les compétences.

498 - Il faut prendre acte aujourd'hui que l'objet du droit pénal permettant une réaction à des comportements qui menacent, par hostilité ou indifférence, les intérêts supérieurs de la société fait que la sanction est définie ou prononcée au nom de la société et de l'Etat. Cela exclut, *a priori*, de la matière pénale au sens substantiel du terme, tout ce qui ne peut être assimilé à une réaction d'une portée aussi générale telles que les sanctions de type disciplinaire ou administrative. Pour autant, on peut considérer que la société s'organise non plus tant autour de personnes mais plutôt autour d'activités spécifiques ou regroupées et d'objets techniques. Cela entraîne un mélange des genres et des techniques répressives qui dépasse la distinction entre matière pénale, administrative ou disciplinaire. L'organisation sociale actuelle, l'affaiblissement de la figure de l'Etat, l'importance des objets techniques voire le phénomène de mondialisation plaident pour le dépassement de la dualité d'ordres juridictionnels comme pour l'existence d'une justice administrative répressive et non pour la disparition de cette dernière. Il convient de maintenir l'existence de juges spécialisés, tel que peut l'être le juge administratif mais rien n'empêche le fait que cette existence se traduise à travers l'unicité d'un ordre juridictionnel articulant ses particularités.

²⁶ R. Drago et M.-A. Frison-Roche, "Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice

“L'unité du droit est son avenir ; c'est préserver la matière et le droit administratifs, montrer son attachement au droit, se soucier de leur pérennité, que de s'exprimer ainsi”²⁷.

administrative“, *op. cit.*, p. 144.

²⁷ R. Drago et M.-A. Frison-Roche, “Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative“, *op. cit.*, p. 144.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.),** *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 1 : 1014 pages, t. 2 : 718 pages.
- AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.),** *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 pages.
- AUBY (J.-M.) et AUBY (J.-B.),** *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 1996, 373 pages.
- BONNARD (R.),** *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 1943, 786 pages.
- BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.), LASSALE (J.-P.),** *Finances publiques*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 1998, 422 pages.
- BRAIBANT (G.) et STIRN (B.),** *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1999, 5^{ème} éd., 564 pages.
- CARRE DE MALBERG (R.),** *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 2 vol., t. 1 : 1920, 837 pages ; t. 2 : 1922, 638 pages.
- CHABANOL (D.),** *Le juge administratif*, Paris, LGDJ, 1993, 120 pages.
- CHAPUS (R.),** *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t. 1, 15^{ème} éd., 2001, 1427 pages ; t.2, 15^{ème} éd., 2001, 797 pages..
- CHAPUS (R.),** *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2001, 1339 pages.
- DARCY (G.) et PAILLET (M.),** *Contentieux administratif*, Paris, Armand Colin, 2000, 318 pages.
- DEBBASCH (C.) et RICCI (J.-C.),** *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2001, 1018 pages.
- DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.),** *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, t. 1 (droit administratif général), 16^{ème} éd., 2001, 918 pages ; t. 2 (droit administratif des biens), 11^{ème} éd., 1998, 477 pages ; t. 3 (grands services publics administratifs), 6^{ème} éd., 1997, 495 pages, t. 4 (administration de l'économie), 3^{ème} éd., 1977, 454 pages, t. 5 (fonction publique), 12^{ème} éd., 2000, 229 pages.
- DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.),** *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 17^{ème} éd., 2002, 459 pages.
- DEVOLVE (P.),** *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, 799 pages.
- DEVOLVE (P.),** *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1998, 156 pages.
- DUGUIT (L.),** *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. Bocard, 5 vol, t. 1 : 3^{ème} éd., 1927, 763 pages ; t. 2 : 3^{ème} éd., 1928, 288 pages ; t. 3 : 1930, 3^{ème} éd., 856 pages ; t. 4 : 1924, 2^{ème} éd., 937 pages ; t. 5 : 1925, 2^{ème} éd., 703 pages (réimpression aux Ed. Cujas, 1974).
- DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.) et CHRETIEN (P.),** *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2000, 642 pages.
- EISENMANN (C.),** *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-83, 2 vol., t. 1 : 786 pages ; t. 2 : 908 pages.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.),** *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2001, 1018 pages.
- GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.),** *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Paris, Dalloz, 1997, 834 pages.
- GOHIN (O.),** *Contentieux administratif*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1999, 426 pages.
- JEZE (G.),** *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Ed. Marcel Giard, 4 vol., t. 1 : 1925, 3^{ème} éd., 443 pages ; t. 2 : 1930, 3^{ème} éd., 848 pages ; t. 3 : 1926, 3^{ème} éd., 519 pages ; t. 4 : 1934-36, 3 vol.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 13^{ème} éd., 1933, 1150 pages.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, 828 pages.

HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 5^{ème} éd., 1943, 534 pages.

HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1938, 336 pages.

HAURIOU (M.), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, 2 vol., t. 1 : 235 pages ; t. 2 : 150 pages.

LACHAUME (J.-F.), *Droit administratif*, PUF, 12^{ème} éd., 1999, 651 pages.

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ/EJA, (réédition de 1887), 1989, 2 vol., t. 1 : 670 pages ; t. 2 : 675 pages.

LALUMIERE (P.), *Les finances publiques*, Paris, Armand Colin, 8^{ème} éd., 1986, 543 pages.

LANGAVANT (E.) et **ROUAULT (M.C.)**, *Le contentieux administratif*, Paris, Masson, 1987, 359 pages.

LEROY (M.), *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2 vol., t. 1 : 938 pages ; t. 2 : 106 pages.

LONG (M.), **WEIL (P.)**, **BRAIBANT (G.)**, **DELVOLVE (P.)** et **GENEVOIS (B.)**, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, 1930 pages.

MAGNET (J.), *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Paris, PUF, 1980, 125 pages.

MATHIOT (A.), *Cours de droit administratif*, Paris, Cour de droit, 1962-63, 758 pages.

MOREAU (J.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989, 569 pages.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Paris, Les cours du droit, 1981, 6 vol., 2245 pages.

PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2002, 506 pages.

PAYSANT (A.), *Finances publiques*, Paris, Armand Colin, 4^{ème} éd., 1997, 424 pages.

PHILIP (L.), *Finances publiques*, Paris, Cujas, 5^{ème} éd., 1995, 472 pages.

PHILIP (L.), *Finances publiques*, Paris, Cujas, 1999, t. 1 : 404 pages.

PICARD (J.-F.), *Finances publiques*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1997, 445 pages.

RIVERO (J.) et **WALINE (J.)**, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 18^{ème} éd., 2000, 540 pages.

TROTABAS (L.) et **COTTERET (J.-M.)**, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 1995, 420 pages.

VEDEL (G.) et **DELVOLVE (P.)**, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 1992, t. 1 : 416 pages ; t.2 : 802 pages.

VIGUIER (J.), *Le contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1997, 139 pages.

WALINE (M.), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 9^{ème} éd., 1963, 934 pages.

OUVRAGES SPECIAUX

ABRAHAM (R.), *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989, 223 pages.

ANDERSEN (R.), **LENOBLE (J.)** (Ed.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1990, 171 pages.

ARNAUD (A.J.), *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, 304 pages.

Association française pour l'histoire de la justice, *Juger les juges : du moyen-âge au conseil supérieur de la magistrature*, Documentation française, 2000, 296 pages.

AUBY (J.-M.) et autres, *Droit médical et hospitalier*, Paris, Librairies techniques, Librairie de la Cour de cassation, 2 vol., 1988, traité sur feuillets mobiles.

BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, Paris, Cujas, (réimpression éd. 1794), 1966, 148 pages.

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 7^{ème} éd., 2000, 727 pages.

BOULOIS (J.) et **CHEVALLIER (R.-M.)**, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz., 4^{ème} éd., 1997, t. 2 : 569 pages.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.) et **CANIVET (G.)**, *Droit français de la concurrence*, Paris, Paris, LGDJ, 1994, 378 pages.

BOYER (B.) et de CASTELNAU (R.), *Portrait des chambres régionales des comptes*, Paris, LGDJ, 1997, 219 pages.

CABANES (A.) et BOURDA (A.), *Les contrôles des chambres régionales des comptes sur les marchés et contrats publics*, Annecy-le-Vieux, Ed. Tissot, 2000, 151 pages.

Centre d'études et de recherche administratives et politiques, Villetaneuse, Seine Saint-Denis, *Les sanctions pénales fiscales*, Paris, L'harmattan, 2000, 139 pages.

Centre d'études et de recherche sur l'administration publique, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque 11 et 12 mai 1990, Paris, Economica, 1991, 259 pages.

Centre d'études européennes, *L'amélioration de la justice répressive par le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1970, 178 pages.

Centre universitaire de recherches administratives et politiques, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, 321 pages.

CERE (J.-P.), *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, 1999, 400 pages.

CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, Paris, PUF, 1999, 426 pages.

CHARRETTE (H. de) et DOMINGO (M.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, 63 pages.

CHARRIER (J.-L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, 2000, 438 pages.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1999, 150 pages.

CLIQUENNOIS (M.), *La CEDH et le juge français : vade-mecum de pratique professionnelle*, Paris, L'harmattan, 1997, 101 pages.

COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 616 pages.

COHEN-TANUGI (L.), *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1992, 3^{ème} éd., 206 pages..

COLLIARD (C.-A.) et TIMSIT (G.) (dir.), *Les Autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, 320 pages.

Comité pour l'histoire économique et financière, *La comptabilité publique : continuité et modernité*, Actes du colloque du 25 et 26 novembre 1993 du, Paris, Imprimerie nationale, 1995, 539 pages.

Conseil d'Etat, *Etude sur les organismes à caractère juridictionnel*, Paris, Imprimerie nationale, 1975, 167 pages.

Conseil d'Etat, *Sports, pouvoir et discipline : l'exercice et le contrôle des pouvoirs disciplinaires des fédérations sportives*, Paris, La documentation Française, 1991, 144 pages.

Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La documentation française, 1995, 197 pages.

Conseil d'Etat, *Rapport public 2000. Jurisprudence et avis 1999. Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Paris, La documentation française, 2000, 430 pages.

Conseil d'Etat, *Rapport public 2001. Jurisprudence et avis 2000. Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La documentation française, 2001, 470 pages.

Conseil d'Etat, *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son 150^{ème} anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, 693 pages.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, *Les collectivités locales, 10 ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges*, colloque 8-9 octobre 1992, PUAM 1994, 394 pages.

Cour des comptes, *La Cour des comptes d'hier à demain*, Actes des journées Cour des comptes / Université de Strasbourg, 13-14 mai 1977, Paris, LGDJ, 1979, 247 pages.

Cour des Comptes, *Les chambres régionales des comptes, 10 ans après (1982-1992)*, Paris, Ed. du JO, 1992, 170 pages.

Cour des Comptes, *Démocratie locale et chambres régionales des comptes*, Paris, Ed. du JO, 1997, 124 pages.

Cour des comptes, *Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises*, Paris, Ed. du JO, 1996, 262 pages.

CROZIER (M.), *Etat modeste, Etat moderne : stratégies pour un autre changement*, Paris, Fayard, 3^{ème} éd., 1997, 314 pages.

CRUCIS (H.-M.), *Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales*, Paris, AJDA-Le Moniteur, 1998, 750 pages.

CNRS, *La Cour des comptes*, Paris, Ed. CNRS, 1984, 1191 pages.

DEBBASCH (C.), *La Commission nationale de la communication et des libertés*, Paris, Economica / Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix-Marseille, 1988, 137 pages.

DEBBASCH (C.), *Droit de l'audiovisuel*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1995, 749 pages.

DECOOPMAN (N.), *La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés*, Paris, Economica, 1980, 254 pages.

DECOOPMAN (N.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, Paris, Cepsisca, 2002 (A paraître).

DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, 375 pages.

DELCROIX (G.), *Le pouvoir disciplinaire de l'ordre des médecins*, Lille, Ed. Gabriandre, 1994, 184 pages.

DELCROS (B. et NEVOLTRY (F.)), *Le CSA : fondement politique et analyse juridique*, Paris, Ed. Victoires, 1989, 253 pages.

DELCROS (B.) et VODAN (B.), *La liberté de communication : la loi du 30 septembre 1986 / Commission nationale de la communication et des libertés*, Paris, La documentation française, 1986, 240 pages.

DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986, 332 pages.

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Raisonner la raison d'Etat, vers l'Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, 512 pages.

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, 320 pages.

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 1993.

DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Le seuil, 1994, 306 pages.

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1996, 640 pages.

DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, 177 pages.

DESCHEEMAER (C.), *La Cour des comptes*, Paris, Documentation Française, 2^{ème} éd., 1998, 213 pages.

DESCHEEMAER (C.), PIBEYRE (B.-A.), DOYELLE (A.) et RAYNAUD (J.), *Les risques de la gestion financière des collectivités locales*, Paris, Dexia, Imprimerie nationale, 2001, 811 pages.

DE SWARTE (V.), *Traité de la comptabilité occulte et des gestions extra réglementaires*, Paris, Berger-Levrault, 1884, 26 pages.

DEVES (C.) et BIZET (J.-F.), *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, Economica, 1991, 299 pages.

DEVAUX (G.), *La comptabilité publique*, Paris, PUF, 1957, 247 pages.

DI QUAL (L.), *Droit de la comptabilité publique*, Paris, Armand Colin, 1971, 327 pages.

Direction générale des collectivités locales, *Les nouvelles relations Etat-collectivités locales*, colloques Rennes avril 1990, Paris, La documentation française, 1991, 389 pages.

DOUAY (D.), *Les chambres régionales des comptes, guide du justiciable et du contrôlé*, Lyon, Ed. Agorel, 1995, 288 pages.

DUCHER (G.), *La Cour des comptes, juge d'appel*, Paris, Berger-Levrault, 1994, 196 pages.

EWALD (F.), *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, 608 pages.

FABRE (F.-J.), *Le contrôle des finances publiques*, Paris, PUF, 1968, 204 pages.

FABRE (F.-J.), *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1996, 537 pages.

FABRE (F.-J.), MORIN (R.) et SERIEX (A.), *Les sociétés locales d'économie mixte et leur contrôle*, Paris, Berger-Levrault, 1964, 182 pages.

FABRE (M.) et GOURON-MAZEL (A.), *CEDH - Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Paris, Litec, 1998, 334 pages.

FALQUE (E.), *Les juges et la sanction ou l'analyse d'une crise*, Paris, Ed. Anthropos, 1980, 322 pages.

FLAUSS (J.-F.) et DE SALVIA (M.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1997, 198 pages.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 2000 (nouveau tirage éd. de 1975), 360 pages.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Droit, finance, autorité : les modes de régulation juridiques propres aux autorités de marchés financiers*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 1999, 117 pages.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, Dalloz, 1997, 210 pages.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Paris, Dalloz, 2001, 75 pages.

GALLETTI (F.), *Le juge pénal, nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus ? Une manifestation d'un droit administratif en mutation*, Paris, L'Harmattan, 2000, 175 pages.

GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.), *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, Paris, LGDJ, 1970, 378 pages.

GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, Sciences et Techniques Humaines, 1988, 406 pages.

GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1994, 158 pages.

GRANJEAT (P.) et **DETRAIGNE (Y.)**, *Les chambres régionales des comptes. Analyse d'une pratique*, Notes et études documentaires, Paris, La documentation Française, 1987, 126 pages.

GRISON (R.), *Prise illégale d'intérêt et gestion de fait*, Voiron, La lettre du cadre territorial, 1996, 104 pages.

GROTRIAN (A.), *L'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1994, 90 pages.

GUEDON (M.-J.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, 142 pages.

GUETTIER (C.), *La loi anti-corruption : loi n° 93-122 du 29 janvier 1993*, Paris, Dalloz, 1993, 207 pages.

GUINCHARD (S.), **BANDRAC (M.)**, **LAGARDE (X.)** et **DOUCHY (M.)**, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001, 962 pages.

GURVITCH (G.), *L'idée de droit social : notion et système du droit social, histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle*, Paris, Sirey, 1932, 710 pages.

HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme*, Toulouse, PUT, 1996, 237 pages.

HENRION DE PANSEY (P.-P.-N.), *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Ed. Barrois, 1818, 587 pages.

Institut de la décentralisation, *La gestion locale face à l'insécurité juridique (Diagnostic / Analyse / Propositions)*, Paris, L'harmattan, 1997, 343 pages

Institut français des sciences administratives et Centre national de la recherche scientifique, *30^{ème} anniversaire des TA*, Paris, Ed. du CNRS, 1986, 377 pages.

ISRAEL (J.-J.), *Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier*, Université Paris Val de Marne, Ed. Saint-Maur, 2001, 445 pages.

JACQUEMART (D.), *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, Paris, LGDJ, 1957, 287 pages.

KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 482 pages.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1977, traduction française par Charles Eisenmann, 496 pages.

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

LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 321 pages.

LE GALL (A.), *La Gestion de fait*, Paris, Ed. ESKA, 1999, 126 pages.

LINOTTE (D.), *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2001, 450 pages.

MAGNET (J.), *Comptabilité publique*, Paris, PUF, 1978, 608 pages.

MAGNET (J.), *Les comptables publics*, Paris, Berger-Levrault, 1974, 295 pages.

MAGNET (J.), *Les comptables publics*, Paris, LGDJ, 1995, 152 pages.

MAGNET (J.), *La Cour des comptes. Les institutions associées et les chambres régionales des comptes*, Paris, Berger-Levrault, 5^{ème} éd., 2001, 382 pages.

MAGNET (J.), *Eléments de comptabilité publique*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2001, 186 pages.

MAGNET (J.), *Les gestions de fait*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, 213 pages.

MAGNET (J.), *La gestion de fait des deniers publics locaux*, Paris, LGDJ-Montchrestien, 2000, 112 pages.

MARQUES DI BRAGA (P.) et LYON (C.), *Traité de la comptabilité de fait*, Paul Dupont, 1890-1892, 6 volumes, extrait du Répertoire de droit administratif Béquet.

MASSOT (J.) (dir.), *Le Conseil d'Etat de l'an VIII à nos jours, livre jubilaire du 2^{ème} centenaire*, Paris, Adam Biro, 191 pages.

MASSOT (J.), FOUQUET (O.), STAHL (J.-H.), DENOIX de SAINT-MARC (R.), *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, 5^{ème} éd., 2001, 353 pages.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Congrès Association française des constitutionnalistes Dijon, 14, 15 et 16 juin 1996, Paris, Economica, 1998, 204 pages.

MESTRE (J.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, 294 pages.

MICHEL (J.-C.), *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, LGDJ, 1990, 218 pages.

MODERNE (F.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, 438 pages.

MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1993, 341 pages.

MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, 294 pages.

NEEL (B.), *Les pénalités fiscales et douanières*, Paris, Economica, 1989, 424 pages.

NEGRIN (J.-P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Travaux et mémoires de la faculté d'Aix-Marseille, n°25, Centre de recherches administratives, Aix-en-Provence, 1976, 208 pages.

LOUDIN (J.), *Rapport d'information sur les chambres régionales des comptes*, Paris, Doc. Sénat, 1998, 158 pages.

LOUDIN (J.) et AMOUDRY (J.-P.), *Chambres régionales des comptes et élus locaux : un dialogue indispensable au service de la démocratie locale*, Paris, Doc. Sénat, 1998, 277 pages.

OULD-BOUBOUTT (A.-S.), *L'apport du conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris/Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1987, 590 pages.

PEDRON (P.), *La prison et les droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1995, 131 pages.

PELLET (R.), *La Cour des comptes*, Paris, La Découverte, 1998, 122 pages.

PENAUD (S.), *Contrôle des élus : gestion de fait de fonds publics et ingérence*, Paris, Ed. Juris-Service, 1995, 176 pages.

PETIT (S.), *Le contentieux judiciaire de l'administration*, Paris, Berger-Levrault, 1993, 350 pages.

PETTITI (L.-E.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, actes journée d'étude 16 novembre 1991 Lille, Bruxelles, Némesis, 1992, 101 pages.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1999, 1230 pages.

PHILIP (L.) (dir.), *Chambres régionales des comptes*, Actes des journées Cour des comptes / Université d'Aix en Provence, Paris, Economica, 1985, 306 pages.

PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991, 1647 pages.

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990, 541 pages.

PIOLE (G.), *Les chambres régionales des comptes*, Paris, LGDJ, 1999, 113 pages.

PLIAKOS (A.), *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987, 160 pages.

POMME DE MIRIMONDE (A.), *La Cour des comptes*, Paris, Sirey, 1947, 320 pages.

POTIER (V.) et BŒUF (J.), *Guide 1996 des petites et grandes observations des chambres régionales des comptes*, Voiron, La Lettre du cadre territorial, 1996, 129 pages.

PRADA (M.) et BARBEYRE (R.), *La comptabilité publique*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} éd., 1988, 376 pages.

PRADEL (J.), *Le Nouveau code pénal (partie générale)*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1995, 246 pages. .

PRADEL (J.) et CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 2002, 2^{ème} éd., 609 pages.

PRAIRAT (E.), *Sanction et socialisation : idées, résultats et problèmes*, Paris, PUF, 2001, 219 pages.

PUTMANN (E.), *Contentieux économique*, Paris, PUF, 1998, 609 pages.

QUERTAINMONT (P.) et SIMONET (H.), *La Cour des comptes et sa mission juridictionnelle : précis de la responsabilité des comptables publics et des ordonnateurs*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 402 pages.

QUILLERE-MAJZOUB (F.), *La défense du droit à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 319 pages.

RAYNAUD (J.), *La Cour des comptes*, Paris, PUF, "Que sais-je ?", 1998, 127 pages.

RAYNAUD (J.), *Les chambres régionales des comptes*, Paris, PUF, "Que sais-je ?", 1992, 2^{ème} éd., 127 pages.

RAYNAUD (J.), *Les contrôles des chambres régionales des comptes*, Paris, Ed. Sorman, 7^{ème} éd., 1995, 209 pages.

RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, 688 pages.

REYDELLET (M.), *Le nouveau contrôle des actes des collectivités locales ou la suppression des tutelles*, Paris / Aix en Provence, Economica / PUAM, 1985, 172 pages.

REYNAUD (A.), *Les droits de l'homme dans les prisons*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995 (réimpression), 224 pages.

RIALS (S.), *La fonction de juger*, Paris, PUF, 1989, 190 pages.

RIDEAU (J.), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 1998, 230 pages.

RIDEAU (J.), *De la communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, 515 pages.

RIGOU (M.), **SITBON (P.)** et **THEVENON (E.)**, *Bilan des observations et contrôles des chambres régionales des comptes*, Voiron, La lettre du cadre territorial, 2001, 236 pages.

ROBERT (J-C) et **LABBOZ (B.)**, *La Commission des opérations de bourse*, Paris, PUF, "Que sais-je ?", 1991, 127 pages.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 (réimpression éd. 1975), 174 pages.

ROUSSEAU (D.) et **SUDRE (F.)** (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe* (colloque Montpellier, 20-21 janvier 1989), Paris, , Sciences et Techniques Humaines, 1990, 232 pages.

RUZIE (D.), *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, Paris, LGDJ, 1960.

SERMET (L.), *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996, 433 pages.

SPIELMANN (D.), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 160 pages.

SONRIER (A.) (dir.), *La comptabilité publique*, Paris, Berger-Levrault, 1978, 411 pages.

STASSINOPOULOS (M.), *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, Paris, LGDJ, 1976, 236 pages.

SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 356 pages.

SUDRE (F.) (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl, Engel, 1994, 315 pages.

SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 536 pages.

SUDRE (F.), *Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, "Que sais-je ?", 1997, 127 pages.

SUDRE (F.), *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, "Que sais-je ?", 5^{ème} éd., 2002, 127 pages.

SUDRE (F.) et **LABAYLE (H.)** (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 pages.

TAVERNIER (P.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 513 pages.

TULKENS (F.) et **BOSLY (H.-D.)** (Ed.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 540 pages.

Université de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruxelles, Bruylant, 1996, 200 pages.

VAUPLANE (H. de) et **BORNET (J.P.)**, *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2001, 1162 pages.

VAUPLANE (H. de) et **BORNET (J.P.)**, *Droit de la bourse*, Paris, Litec, 1994, 393 pages.

VEDEL (G.) et **DELVOLVE (P.)**, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, Sirey, 1991, 280 pages.

VELU (J.) et **ERGEC (R.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1188 pages.

VIEILLEVILLE (J.), *Les risques de gestion des Collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 1994, 170 pages.

VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, Bordeaux, Ed.Bière, 1956, 667 pages.

- WALINE (M.)**, *Les rapports du droit administratif et du droit pénal*, Paris, Les cours du droit, 1948-49, 271 pages.
- WELTER (H.)**, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative : étude de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Sirey, 1929, 513 pages.
- WOERHLING (J-M) (dir.)**, *Les transformations de la justice administrative*, actes du colloque du 75^{ème} anniversaire TA de Strasbourg du 9-10 décembre 1994, Paris, Economica / IDL, 1195, 244 pages.

THESES

- ALIBERT (R.)**, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391 pages.
- AMAUGER-LATTES (M.-C.)**, *Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée. L'irréductible pouvoir disciplinaire*, thèse Toulouse, 1992, 2 vol., 734 pages.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français (Conseil constitutionnel, Cour de Justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme)*, Paris, LGDJ, 1998, 662 pages.
- ARNAUD (P.)**, *Les commissions administratives à caractère juridictionnel*, thèse Paris, 1938, 184 pages.
- BAGNAM GAMON (G.)**, *L'encadrement juridique de la sanction administrative*, thèse Paris, 1996, 351 pages.
- BALDOUS (B.)**, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, 383 pages.
- BARONE (L.)**, *L'apport de la CEDH au droit fiscal français*, Paris, L'harmattan, 2000, 439 pages.
- BENOIT (P.)**, *La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics*, thèse Strasbourg, 1967, 294 pages.
- BERTON (J.)**, *Les ordres professionnels*, thèse Paris, 1951.
- BIATARANA (J.)**, *Les tribunaux administratifs spéciaux et la séparation entre l'administration et la juridiction*, Bordeaux, Ed. Bière, 1935, 161 pages.
- BIAYS (P.)**, *La fonction disciplinaire des ordres professionnels*, thèse Rennes, 1949.
- BIGOT (G.)**, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, 516 pages.
- BLANCHET (J.-H.)**, *Contribution à la théorie générale des autorités administratives indépendantes : la commission des opérations de bourse*, thèse Paris, 1997, 414 pages.
- BOLLEY (F.)**, *Etude sur la responsabilité civile des fonctionnaires envers les collectivités dont ils dépendent*, thèse Dijon, 1942, 200 pages.
- BONIN (B.)**, *La discipline des magistrats*, thèse Toulouse, 1981, 368 pages.
- BONNARD (R.)**, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, Paris, Librairie Delagrave, 1934, 266 pages.
- BONNARD (M.)**, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse Bordeaux, 1903, 164 pages.
- BONNECASE (J.)**, *Le droit disciplinaire de la profession médicale*, Paris, Sirey, 1930, 472 pages.
- BOUCHAMA-BROQUELET (N.)**, *Les droits de la défense dans les procédures de sanction des comportements anti-concurrentiels devant le Conseil de la concurrence*, thèse Paris, 2001, 502 pages.
- BOULARD (L.)**, *Des ordonnateurs et des comptables et de leurs rapports*, thèse Caen, 1902, 271 pages.
- BOURGEOIS (P.)**, *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, Villeneuve d'Ascq, L'Espace juridique, 1988, 341 pages.
- BOURREL (A.)**, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation face au pouvoir d'appréciation des juges du fonds*, thèse Pau, 1999, 377 pages.
- BOUSSARD (S.)**, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, 2002, 470 pages.

- BRACONNIER (S.)**, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, thèse Poitiers, 1995, 2 vol., 504 pages.
- BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) et LEGAL (A.)**, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, 500 pages.
- CASSIN (F.)**, *Le rôle des autorités administratives indépendantes au regard des libertés fondamentales*, thèse Paris, 1995.
- CARTON (J.-P.)**, *Le droit disciplinaire professionnel*, thèse Lille, 1995, 541 pages.
- CHALVON-DEMERSAY (E.)**, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1922, 110 pages.
- CHAMPAGNE (G.)**, *Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique*, 2 vol., thèse Poitiers, 1979, 762 pages.
- CHAPUS (R.)**, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1957, 617 pages.
- CHARZAT (J.-M.)**, *Les fonctions de la Cour de discipline budgétaire et financière*, thèse Paris, 2001, 462 pages.
- CHEVALLIER (J.)**, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, 317 pages.
- CHIARI (J.)**, *La répression des infractions fiscales (sanctions administratives et sanctions pénales)*, thèse Toulouse, 1999, 453 pages.
- COMPAYRE (G.)**, *Des juridictions universitaires : composition, attributions contentieuses*, thèse Lyon, 1899, 263 pages.
- CONAC (P.-H.)**, *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse et la Securities and Exchange Commission*, thèse Paris, 1999, 571 pages.
- CORDIER (R.)**, *Droit disciplinaire médical : l'ordre des médecins*, Besançon, Imprimerie de l'Est, 1930, 136 pages.
- CORDOLIANI (A.)**, *L'ordre national des experts comptables*, Paris, Sirey, 1947, 254 pages.
- CORNESSE (I.)**, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, 567 pages.
- CORNU (G.)**, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Paris, Matot-Braine, 1951, 298 pages.
- COT (P.)**, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, thèse Paris, 1922, 334 pages.
- CROZAFON (J.-L.)**, *L'emprunt des techniques de droit administratif par le droit du travail*, thèse Paris, 1984, 227 pages.
- DAMARAY (S.)**, *Le juge administratif, juge financier*, Paris, Dalloz, 2001, 538 pages.
- D'AMBRA (D.)**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, 339 pages.
- DEBOVE (F.)**, *Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen*, thèse Paris, 1995.
- DEGOFFE (M.)**, *La juridiction administrative spécialisée*, Paris, LGDJ, 1996, 559 pages.
- DEGUERGUE (M.)**, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, 884 pages.
- DELAJOUX BRICE (C.)**, *Le Conseil d'Etat et les sources supranationales de droit*, thèse Paris, 1994.
- DELAUNAY (B.)**, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1993, 1003 pages.
- DELLIS (G.)**, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Paris, LGDJ, 1997, 464 pages.
- DELPÉREE (F.)**, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, LGDJ, 1969, 253 pages.
- DE MARCE (V.)**, *Des comptabilités occultes*, thèse Paris, 1887, 234 pages.
- DE SCHUTTER (O.)**, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 pages.
- DESFOUGERES (E.)**, *Le contrôle des campagnes électorales par les autorités administratives indépendantes*, thèse Clermont-Ferrand, 1997, 3 vol., 686 pages.
- DIVANACH (Y.)**, *“La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français”*, thèse Rennes, 1935, 360 pages.

- DOARE (R.)**, *Les sanctions administratives (contribution à l'étude du renouveau de la sanction administrative)*, thèse Rennes, 1994.
- DOUAT (E.)**, *Les chambres régionales des comptes et l'ordre juridictionnel administratif*, thèse Bordeaux, 1991, 2 vol., 691 pages.
- DRAN (M.)**, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Biblio.de droit const., Paris, LGDJ, 1968, 2 vol., 771 pages.
- DROUILLE (J.)**, *Le pouvoir disciplinaire des fonctionnaires publics*, thèse Toulouse, 1900, 295 pages.
- DUBISSON (M.)**, *La frontière entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1958, 281 pages.
- FONT-REULT (P.de)**, *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les décisions des autres tribunaux administratifs*, Paris, Sirey, 1930, 402 pages.
- FRISON ROCHE (M.-A.)**, *Généralités sur le principe du contradictoire en droit processuel*, thèse Paris, 1988.
- GAUDEMET (Y.)**, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321 pages.
- GAY (F.)**, *Les contrôles des sociétés d'économie mixte locales : organisation et efficacité*, thèse Rennes, 2000, 703 pages.
- GOHIN (O.)**, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988, 495 pages.
- GOLDENBERG (L.)**, *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, Paris, Dalloz, 1932.
- GREVY (M.)**, *La sanction civile en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2002, 388 pages.
- GROS (J.-M.)**, *La doctrine française et les autorités administratives indépendantes*, thèse Montpellier, 1995, 2 vol., 986 pages.
- GUIBAL (M.)**, *L'ordre professionnel*, thèse Montpellier, 1970, 303 pages.
- HAMSON (C.J.)**, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration. Considérations sur le Conseil d'Etat statuant en contentieux*, Paris, LGDJ, 1958, 237 pages.
- HERVIO-LELONG (A.)**, *Le droit processuel économique*, thèse Rennes, 2001, 562 pages.
- ICARD (P.)**, *Les autorités administratives indépendantes*, thèse Lille, 1992, (microfiches).
- IMPERIAL (D.)**, *Pertinence et efficacité du contrôle de gestion des chambres régionales des comptes dans les associations subventionnées entre 1993 et 1997*, thèse Corte, 2000, 566 pages.
- JACK (C.)**, *Vers un droit commun de la sanction : incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, thèse Paris, 1989, 614 pages.
- JAILLARD (A.)**, *L'appropriation des règles pénales par le juge administratif répressif*, thèse Orléans, 2000, 444 pages.
- JANNAUD (C.)**, *La responsabilité des élus locaux sur le plan financier et la Cour de discipline budgétaire et financière*, Mémoire IEP Grenoble, 2000, 160 pages.
- JEAN-PIERRE (D.)**, *L'éthique du fonctionnaire civil, son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1999, 547 pages.
- JIMENEZ BERGON (C.)**, *Les pouvoirs préventifs et répressifs des autorités administratives indépendantes françaises et des superintendances colombiennes*, thèse Paris, 1999, 581 pages.
- JOSSERAND (S.)**, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, 1998, 651 pages.
- KERMALEGUEN (F.)**, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse Rennes, 1979.
- KOULOURIS (N.)**, *Les AAI et les Independent Regulatory Agencies : étude comparée sur leur insertion et leur nature juridique*, thèse Paris, 1992.
- KTISTAKI (S.)**, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1991, 472 pages.
- LABBE (P)**, *De la nature de la satisfaction obtenue par le titulaire d'un droit judiciairement reconnu : amende pénale et amende fiscale*, thèse Lille, 1894, 172 pages.
- LACHARRIERE (R. de)**, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Paris, Sirey, 1937, 279 pages.
- LAGASSE (D.)**, *L'erreur manifeste en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 558 pages.
- LALUMIERE (C.)**, *La responsabilité des agents publics envers les collectivités publiques*, thèse Rennes, 1968, 478 pages.
- LAMBERT (E.)**, *Les effets des arrêts de la CEDH. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 pages.
- LASCOMBE (M.)**, *Les ordres professionnels*, thèse Strasbourg, 1987, 538 pages.

LECLERE (C.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires*, thèse Nice, 2000, 520 pages.

LEFEBURE (J.), *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, thèse Amiens, 1997, 546 pages.

LEFONDRE (M.), *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, thèse Caen, 3 vol., 1973.

LE GALL (A.), *La Cour de cassation, juge administratif*, thèse Paris, 1993.

LESAGE (M.), *Les administrateurs et les ordonnateurs devant les juridictions financières*, thèse Paris, 1913, 340 pages.

LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse Bordeaux, 1975, 451 pages.

LZU (W.), *Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Strasbourg, 2000, 370 pages.

MAESTRE (J-C), *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris, LGDJ, 1962, 354 pages.

MARTY (C.), *Répression pénale et répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse Paris, 1947, 250 pages.

MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, 396 pages.

MEKHANTAR (J.), *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, thèse Paris, 1990 (microfiches).

MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001, 466 pages.

MENURET (J.-J.), *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Paris, 2001, PUCF/LGDJ.

MESTRE (A.), *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, Paris, LGDJ, 1974.

MORILLOT (A.), *La Cour de cassation, Conseil supérieur de la magistrature*, thèse Toulouse, 1910, 152 pages.

MOURGEON (J.), *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, 646 pages.

MOYRAND (A.), *Le régime disciplinaire des étudiants*, thèse Rouen, 1983, 385 pages.

MUNCH (J.P.), *La sanction administrative*, thèse Paris, 1947, 232 pages.

NEGRIN (J.-P.), *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, LGDJ, 1971, 363 pages.

NEZARD (H.), *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse Paris, 1903, 427 pages.

NINKOVITCH (V.), *La responsabilité des agents administratifs vis-à-vis des personnes morales de droit public*, thèse Paris, 1941.

NOQUE (A.), *Le Conseil supérieur de la magistrature*, thèse Paris, 1985.

ODIN (A.), *L'ordre des médecins*, Paris, Ed. La nouvelle France, 1941, 199 pages.

ODERZO (J.-C.), *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, thèse Aix-Marseille, 2000, 554 pages.

PACTEAU (B.), *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Paris, LGDJ, 1977, 263 pages.

PECHILLON (E.), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, LGDJ, 1998, 627 pages.

PEISER (G.), *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Paris, Sirey, 1958, 517 pages.

PLAGNET (P.), *L'exécution des décisions de justice par les collectivités territoriales et leurs établissements publics*, thèse Lyon, 1993, 450 pages.

PORTET (P.), *Le Conseil d'Etat et les autorités administratives indépendantes compétentes en matière audiovisuelle*, thèse Angers, 1997, 2 vol., 648 pages.

POTVIN (L.), *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1999, 799 pages.

PUIGELIER (C.), *Le pouvoir disciplinaire de l'employeur*, Paris, Economica, 1997, 112 pages.

RENOUX (T.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Paris / Aix en Provence, Economica / PUAM, 1984, 606 pages.

RICOL (J.), *Les tendances du droit disciplinaire : droit disciplinaire et droit pénal*, thèse Toulouse, 1908, 167 pages.

RIVERO (J.), *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridique de la vie intérieure des services*, Paris, Sirey, 1934, 403 pages.

ROETS (D.), *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997, 494 pages.

ROBARD (I.), *La responsabilité disciplinaire des médecins depuis 1945*, thèse Paris, 1995.

ROUVIERE (J.), *Le Conseil d'Etat, juridiction de cassation*, Paris, Librairies techniques, 1958, 277 pages.

SALON (S.), *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, Paris, LGDJ, 1969, 375 pages.

SALL (B.), *Contribution à l'étude des autorités administratives indépendantes*, thèse Poitiers, 1990, 431 pages.

SANDEVOIR (P.), *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964, 459 pages.

SCHMITTER (G.), *La constitutionnalisation du droit processuel*, thèse Aix-Marseille, 1994, 389 pages.

SCHONBERG (E.), *La comptabilité de fait*, thèse Montpellier, 1948, 172 pages.

SCIORTINO-BAYART (S.), *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, thèse Aix-Marseille, 2000, 470 pages.

SFEZ (L.), *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, 520 pages.

SIMON (G.), *Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, Paris, LGDJ, 1990, 429 pages.

STASIAK (F.), *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, thèse Nancy, 1995, 2 vol., 428 pages.

STIBBE (I.), *Les autorités administratives indépendantes et le droit du commerce international*, thèse Paris, 2001, 482 pages.

SYLVESTRE (C.), *Le rôle régulateur de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Aix-en-Provence, 1995.

THIBAUT (F.), *La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de concurrence françaises et communautaires*, thèse Toulon, 2000, 532 pages.

TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, 251 pages.

TROUCHE (M.), *L'action répressive de la Cour de discipline budgétaire et financière*, Mémoire IEP Grenoble, 1997, 101 pages.

VAN LANG (A.), *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1996, 359 pages.

VENEZIA (J.C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, LGDJ, 1959, 175 pages.

VENNIN-DOMENACH (F.), *Pouvoir au droit disciplinaire dans l'entreprise privée*, thèse Lyon, 1973, 242 pages.

VICHE (M.), *La sanction professionnelle : notion du droit administratif nouveau*, thèse Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1948, 383 pages.

XYNOPOPULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, 463 pages.

ARTICLES

ABRAHAM (R.), "Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français", RFDA 1990, p. 1055.

ABRAHAM (R.), "L'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme devant la juridiction administrative", RUDH 1991, n° 7-9, n° spécial, p. 277.

ABRAHAM (R.), "Le juge administratif français et la Cour de Strasbourg" in Quelle Europe pour les droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 235.

ADER (H.), "L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme en matière disciplinaire", Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 94.

AMEDEE-MANESMES (G.), "Modulation des intérêts de retard : quand la frustration du fiscaliste fait le bonheur du client", Les nouvelles fiscales 2002, n° 870, p. 4.

AMSELEK (P.), "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", in La pensée de Charles Eisenmann, Economica, 1986, p. 31.

ANDREAE (N.) et **CARREAU (D.)**, "Droits de l'homme et répression de l'abus de droit", DF 1997, n° 11, p. 396.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), "Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme 1995-1996 : l'adaptation progressive au droit européen des droits de l'homme", RFDA 1997, p. 1246.

ARHEL (P.), "L'activité de la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence en 1996", LPA 1997, n° 95, p. 7.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), "Le Conseil d'Etat se rallie-t-il à la jurisprudence judiciaire reconnaissant au juge fiscal un pouvoir de modération des pénalités ?", BCF 1998-4, p. 71.

ARTUR, "De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer", RDP 1902, p. 415.

AUBIN (E.), "L'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit disciplinaire", AFJP 2000-3, juillet / août, p. 5.

AUBY (J.-B.), "Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites", Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 3.

AUBY (J.-B.), "Les contrôles administratifs, juridiques et financiers", Pouvoirs 1995, n° 3, p. 79.

AUBY (J.F.), "La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ?", AJDA 1984, p. 412.

AUBY (J.-M.), "Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels", JCP 1973, G, I, n° 1545.

AUBY (J.-M.), "Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics", Mélanges Brethe de la Gressaye, Ed. Bière, 1967, p. 69.

AUBY (J.-M.), "Le contentieux des actes des chambres régionales des comptes", RDP 1984, p.1125.

AUBY (J.-M.), "Dualité juridictionnelle et dualisme juridique", in Le contrôle juridictionnel de l'administration, Economica, 1991, p. 103.

AUBY (J.-M.), "Autorités administratives et autorités juridictionnelles", AJDA 1995, n° spécial, p.91.

AUSTRY (S.), "L'application des principes généraux du droit pénal aux pénalités fiscales : étendue et limites", RJF 1996-5, p. 311.

AUSTRY (S.), "Cumul des sanctions fiscales et pénales : requiem en 3 temps pour la règle non bis in idem", RJF 1997-5, p. 287.

AUSTRY (S.), "Les sanctions administratives en matière fiscale", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 51.

AUTIN (J.-L.), "Les autorités administratives indépendantes et la constitution", RA 1988, p. 333.

AUTIN (J.-L.), "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes un autre mode de régulation", RDP 1988, p. 1213.

AUTIN (J.-L.), "La commission nationale de la communication et des libertés", in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 170.

AUTIN (J.-L.), "La réforme de la COB : la consécration d'une instance régulatrice", JCP 1989, E, CDE, n° 3, p. 2.

AUTIN (J.-L.), "Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent ?", RDP 1991, p. 1533.

AUTIN (J.-L.), *Autorités administratives indépendantes*, JCL Adm., fasc. 75, 1997.

AUTIN (J.-L.), "Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative" in Conseil d'Etat, Rapport public 2001, La documentation française, 2001, p. 389.

AUTIN (J.-L.) et **SUDRE (F.)**, "La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Procola contre Luxembourg du 28 septembre 1995", RFDA 1996, p. 783.

AUVRET-FINCK (J.), "Réflexion sur la revalorisation de la fonction contentieuse du juge administratif", LPA 1987, 29 mai, n° 64, p. 14.

AYOUB (E.), "Le conseil de discipline dans la fonction publique", RDP 1971, p. 1129.

AZEMA (J.), "La dépenalisation du droit de la concurrence", RSC 1989, p. 658.

AZIBERT (M.), "La communication audiovisuelle : éléments de conceptualisation d'un système", RFAP 1987, n° 44, p. 619.

BACHELIER (G.), "Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises", DS 1988, p. 785.

BACHELIER (G.), "Le contentieux fiscal et la Cour européenne des droits de l'homme : un 1^{er} bilan de jurisprudence", CJF 1997, n° 81, n° spécial, p. 11.

BACHELIER (G.), "Les sanctions fiscales dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", RFFP 1999, n° spécial "Sanctions fiscales", n° 65, p. 17.

BADINTER (R.), "Justice pour la justice", Le Monde 1997, 4 février, p. 4 et p. 17.

BARNUSIAUX (C.), "Instrument de dissuasion ou réparation des dommages causés à l'économie : la nature des sanctions infligées par le conseil de la concurrence", LPA 1990, 17 janvier, n° 8, p. 64.

BARTHE (D.), "Propos critiques sur la disparition des rapporteurs au délibéré du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6-1 de la CEDH", CCC 2001, chron. n° 2.

BATJOM (B.), "Le contentieux administratif face à l'article 6-1 de la CEDH", LPA 1995, 24 mars, n°36, p. 11.

BAUDOIN (P.), "Les pouvoirs de la COB", LPA 1987, 19 octobre, p. 19.

BAUDOIN (P.), "Les pouvoirs de la COB", LPA 1987, 21 octobre, p. 17.

BAVEREZ (N.), "La Cour des comptes : juridiction introuvable ?", D. 1992, chron., p. 173.

BAYEUX (P.), "Les relations entre collectivités publiques et associations sportives : attention à la gestion de fait des fonds publics", RJES 1997, n° 42, mars, p. 61.

BAZEX (M.), "La réforme de la concurrence", AJDA 1985, p. 593.

BAZEX (M.), "L'implosion du dualisme de juridiction", Pouvoirs 1988, n°46, p. 350.

BAZEX (M.), "Le conseil de la concurrence et les marchés publics", AJDA 1994, n° spécial, p. 103.

BECET (J.-M.), "L'échec du système actuel de la responsabilité actuelle de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 165.

BELVAL (B. de), "Procédure et COB : à l'occasion du décret du 31 juillet 1997", RProc 1998, janvier, p. 3.

BERAUD (J.-M.), "La discipline dans l'entreprise", Mélanges Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 383.

BERGER (V.), "La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme : d'une jurisprudence à l'autre ?" in Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 129.

BERGER (V.), **LABAYLE** (H.) et **SUDRE** (F.), "Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme", RFDA 1991, p. 101 et p. 843.

BERGER (V.), **GIAKOUMOPOULOS** (G.), **LABAYLE** (H.) et **SUDRE** (F.), "Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme", RFDA 1992, p. 510 et RFDA 1993, p. 963.

BERLIN (D.), "Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence", AJDA 1995, p. 259.

BERNARD (M.), "Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?", AJDA 1995, n° spécial, p. 190.

BERTHON (C.), *Autres juridictions administratives*, JCL Adm., fasc. 1029, 1995.

BERTRAND (D.), *Fonction publique. Régime disciplinaire*, JCL Adm., fasc. 183, 1995.

BERTRAND (C.), "Contribution à l'étude de l'influence du droit européen sur le droit administratif français", Annales de Clermont-Ferrand 1994, n° 30, p. 327.

BERTRAND (L.), "La Cour de discipline budgétaire", Banque et Bourse 1948, déc.

BERTRAND (L.), "La Cour de discipline budgétaire, bilan d'une 1^{ère} décennie et perspectives d'avenir", Bull. de liaison et d'information de l'administration centrale des finances, sept/oct. 1961, n° 13, p. 6.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle des interventions économiques des collectivités locales", AJDA 1994, p. 883.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : l'examen des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public", AJDA 1995, p. 200.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : les questions de compétence et de recevabilité soulevées par le contrôle des actes budgétaires", AJDA 1995, p. 894.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : les nouveaux textes concernant les chambres régionales des comptes", AJDA 1996, p. 264.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle sur les établissements publics de santé", AJDA 1997, p. 444.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.); "L'activité des chambres régionales des comptes : la déclaration de gestion de fait", AJDA 1997, p. 852.

BERTUCCI (J.-Y.) et **DOYELLE** (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : l'apurement des gestions de fait", AJDA 1998, p. 236.

BESOMBES (C.), "Les SEM locales : les contrôles par les chambres régionales des comptes", AJDA 1993, p. 622.

BESOMBES (C.), "Responsabilité financière et personnelle des élus", Cahiers du CNFPT 1995, n°45, n° spécial "Responsabilité de l'élu locale", p. 55.

BEZARD (P.), "Le nouveau visage de la COB (loi sécurité et transparence)", RIDComp 1989, p. 929.

BEZARD (P.), "Le pouvoir de sanction financière directe de la COB", LPA 1990, 17 janvier, n° 8, n°spécial "Sanctions administratives", p. 52.

BEZARD (P.), "Le juge et le marché boursier : conclusion", LPA 1994, 15 juin, n° 71, n° spécial "Le juge et le marché boursier".

BIBET (F.), "Du rapporteur de la COB à celui du conseil de la concurrence", B et D 1999, n° 108, p.47.

BIENVENU (J.J.), "Variations sur les difficultés de fonder le partage des compétences juridictionnelles", RFFP 1987, n° 17, p. 31.

BŒUF (J.-L.) et POTTIER (V.), "5 ans d'activité des chambres régionales des comptes", G des Com 1996, 4 novembre, p. 29.

BOITARD (M.), "La COB", JCP 1968, G, I, n° 2161.

BOLARD (G.) et LECLERC (H.), "Principe de procédure et efficacité : du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la bourse", JCP 1993, E, n°44, p. 36.

BOLZE (C.), "Le transfert de compétence réalisé par la loi du 6 juillet 1987", D. 1988, chron., p. 169.

BON (P.), "La responsabilité du fait des personnes dont on a la garde : sur un rapprochement des jurisprudences administrative et judiciaire", RFDA 1991, p. 991.

BONHAUSER (M.), "La modération des pénalités fiscales devant le juge de l'impôt : une révolution à accomplir", BF 1993-10, p. 617.

BONHAUSER (M.), "Sanctions fiscales et procès équitable : la compatibilité du contentieux des pénalités fiscales avec l'article 6 CEDH", DF 1995, n° 28, p. 1141.

BONICHOT (J.-C.), "Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat et le la Cour de justice des communautés européennes", RFDA 1989, p. 579.

BONICHOT (J.-C.), "L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la CJCE", RUDH 1991, n° 7-9, n° spécial, p. 317.

BONICHOT (J.-C.), "La Cour de justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe" in Quelle Europe pour les droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 93.

BONICHOT (J.-C.), "Quelques remarques sur le champ d'application de l'article 6-1 dans le droit français" in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, p. 49.

BONICHOT (J.-C.), "Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme", JCP 1998, G, I, n° 176.

BONICHOT (J.-C.), "Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme. De la prévention pour les adaptations à l'adaptation préventive", AJDA 2001, n°spécial "Les sanctions administratives", p. 73.

BONNARD (R.), "La conception matérielle de la fonction juridictionnelle", Mélanges Carré de Malberg, Sirey,, 1933, p. 3.

BONNEAU (T.), "Charte des droits de la défense (à propos de la COB)", BJB 1997, p. 783.

BONNEFOI (J.-L.), "Le malade, le médecin et l'ordre", RA 1973, p. 497 et p. 623.

BONNET (J.), "Quel avenir pour le contrôle des chambres régionales des comptes ?", RFFP 1992, n°38, p. 205.

BORE (J.) et BORE (L.), Astreintes, EDDCiv, 1996.

BORDE (D.) et PONCELET (A.), "Le pouvoir de sanction administrative conféré à la COB par la loi du 2 août 1989 : bilan des 1^{ères} décisions", RDBB 1993, p. 217.

BOSLY (H.), "Les frontières de la répression en droit économique" RDPC 1972, n° 12, p. 146.

BOSQUET-DENIS (J.-B.), "La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal", RSC 1995, p. 531.

BOUDINE (J.), "La responsabilité directe des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière (article 78 de la loi du 29 janvier 1993)", LPA 1993, 13 août, n° 97, p. 7.

BOULOUIS (J.), "Supprimer le droit administratif ?", Pouvoirs 1988, n° 46, p. 7.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.), "Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence", LPA 1998, 30 sept., n° 117, p. 44.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.) et GAUDEMET (Y.), "Le contentieux des sanctions pécuniaires du conseil de la concurrence", LPA 1990, 25 avril, n° 50, p. 7.

BOYER (B.), "Finances locales : faut-il avoir peur des chambres régionales des comptes ?", Le courrier des maires 1995, 10 février, p. 12.

BOYER (B.), "Faut-il réintégrer les associations para-administratives ?", G des Com. 1996, 8 avril, p.14.

BOYON (M.), "Le pouvoir de sanction du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 116.

BRACKERS D'HUGO (J.), "Compétences et procédures devant les juridictions disciplinaires médicales", Lois nouvelles 1954, I, p. 24 et p. 69.

BRAIBANT (G.), "Le principe de proportionnalité", Mélanges Waline, LGDJ, 1974, t. 2, p. 305.

BRAIBANT (G.), "Droit d'accès et droit à l'information", Mélanges Charlier, Emile-Paul, 1981, p.708.

BRAULT (D.), "Bilan d'activité de la Commission de la concurrence", RJC 1985, déc., p. 25.

BRAULT (D.), "La présence du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence : se fier aux apparences ou aux réalités ?", D et P 1999, n° 74, p. 79 et Lamy 1999, Droit éco., n° 118.

BRECHON-MOULENES (C.), "L'impossible définition du conseil supérieur de la magistrature", RDP 1973, p. 599.

BRECHON-MOULENES (C.), "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", AJDA 2000, n° spécial, p. 683.

BREDIN (J.D.), "La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire", D. 1963, chron., p.33.

BREEN (E.), *Responsabilité pénale des agents publics*, JCL Adm., fasc. 809, 2002.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), *Discipline*, EDPCiv, 1978.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), "Essai sur le droit professionnel", Annales de Bordeaux 1954, n°2.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), "Le pouvoir juridictionnel des ordres professionnels", DS 1955, p. 598.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), "Le pouvoir de contrôle des tribunaux sur les décisions disciplinaires", JCP 1957, G, II, n° 10.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), "Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise", DS 1960, p. 634.

BRISSON (J.-F.), "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1 CEDH", AJDA 1999, p. 847.

BRUN (J.-P.), "La responsabilité administrative des gestionnaires locaux et l'intervention du juge" in Les collectivités locales, 10 ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges, PUAM, 1994, p. 249.

BUCHER (F.), "Vers un progrès des droits de la défense devant la COB", RSés 1997, p. 481.

BUCHER (F.), "Procédure de sanction de la COB et garanties fondamentales", D. Aff. 1999, n° 160, p. 746.

BUEB (F.), "Poursuites disciplinaires et publicité des débats", GP 1984, doct., p. 456.

BUFFELAN (J.P.), "Etude de déontologie comparée dans les professions organisées en ordres", JCP 1962, G, I, n° 1695.

BUISSON (J.), "Sur le recouvrement des sanctions pécuniaires infligées par une autorité administrative indépendante", RFDA 1991, p. 633.

BUISSON (J.), "Le code des juridictions financières", AJDA 1996, p. 433.

BUILLY (P.), "La sanction administrative en matière de circulation routière", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 34.

BURDEAU (F.), "Les crises du principe de dualité de juridictions", RFDA 1990, n°spécial "La dualité de juridictions en France et à l'étranger", p. 728.

BURDEAU (F.), "Du sacre au massacre du juge : la doctrine et le Conseil d'Etat statuant au contentieux", Mélanges Cosnard, Economica, 1990, p. 309.

BURGARD (J.-J.), "La COB", Banque 1972, p. 861.

BURGOT (B.), "Responsabilité du médecin devant la section disciplinaire et la section des assurances sociales du conseil de l'ordre", GP 1996, 2, doct., p. 799.

BURST (J.-J.), **FERRIER (D.)**, **MONEGE (C.)**, **MOUSSERON (J.-M.)** et **SELINSKY (V.)**, "Montagne ou souris : commentaire de la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence", JCP 1986, G, II, n° 14682.

CADIET (L.), "L'équité dans l'office du juge civil", Justices 1998-9, n° spécial "Justice et équité", p.104.

CADIET (L.) et **GUINCHARD (S.)**, "Les nouvelles dimensions de la justice pénale", Justice 1998-10, n° spécial "La justice pénale", p. 7.

CAILLOSSE (J.), "Le droit administratif français saisi par la concurrence ?", AJDA 2000, p. 99.

CALLEWAERT (J.), "La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale" in La justice pénale et l'Europe, Bruylant, 1996, p. 135.

CALMES (S.), *Juridictions spécialisées*, JCL Justice adm., fasc. 100, 2001.

CANAC (A.), "La COB", GP 1968, 2, doct., p. 60.

CANIVET (G.), "Le juge et l'autorité de marché", RJC 1992, p. 193.

CANIVET (G.), "L'obligation du procès équitable et les règles du contradictoire dans les procédures de sanction en matière de concurrence", RCC 1995, p. 37.

CANIVET (G.), "Les garanties de procédures applicables à la procédure de sanction de la COB", D. Aff. 1996, p. 63.

CANIVET (G.), "La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales", RJDA 1996-5, p. 423.

CANIVET (G.), "Les droits de la défense à l'occasion d'une procédure de sanction administrative de la COB", Bull. mensuel COB 1997, n°315, p. 21.

CARCELLE (P.) et MAS (G.), "Les principes généraux du droit applicables à la fonction publique", RA 1958, p. 606.

CARREAU (D.) et MARTIN (J.Y.), "La loi n° 89-531 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier", ALD 1989, p. 191.

CARREAU (D.) et TREGUILLY (H.), "La loi n°88-70 du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeur", ALD 1988, p. 137.

CASSIA (P.) et SAULNIER (E.), "Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA 1997, p. 411.

CASTAGNE (A.), "Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'administration en cas de cumul des responsabilités", RDP 1958, p. 733.

CATTOIR-JONVILLE (V.), "Aux origines de la gestion de fait, la gestion occulte", RFFP 1999, n°66, n° spécial "*Gestion de fait*", p. 11.

CAYLA (J.-S.), "Le nouveau code de déontologie médicale", RTDSS 1979, p. 465.

CAZANAVE (G.), "Comment évoluent les relations entre les chambres régionales des comptes et les élus locaux ?", Pouvoirs locaux 1996, sept., p. 46.

CAZANAVE (G.), "Les travaux des chambres régionales des comptes : quel impact sur la gestion et la vie publique locale ?", in La décentralisation en France, La découverte, 1996, p. 355.

CELERIER (T.), "Le contrôle des actes de la chambre régionale des comptes par le juge administratif", LPA 1998, 27 juillet, p. 9.

CERE (J.-P.), "Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises", RSC 1994, p. 597.

CERE (J.-P.), "Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'homme", Rev. Pén. 1994, p. 109.

CERE (J.-P.), "L'impasse juridique du permis à points", GP 2000, 28-29 janvier, p. 3.

CHAMBRAUD (C.) et MALINGRE (V.), "Un arrêt du CE met en cause les rapports publics de la Cour des comptes", Le Monde, 6 mars 2000.

CHAMPAUD (C.), "L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies", Justices 1995-1, p. 61.

CHANLAIR (M.-P.), "L'anticipation de la reconnaissance d'utilité publique permet-elle d'échapper à une gestion de fait ?", G des Com 1996, 9 déc., p. 30.

CHAPUISAT (J.), "Tutelle ou contrôle ?", AJDA 1984, p. 353.

CHAPUS (R.), "Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative", Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 265 et in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 244.

CHAPUS (R.), "De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile", EDCE 1977/78, n° 29, p. 11 et in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 293.

CHAPUS (R.) "La Cour des comptes et le juge judiciaire" in La Cour des comptes d'hier à demain (Actes des Journées Cour des comptes-Université, Strasbourg, 13-14 mai 1977), LGDJ, 1979, p. 119 et in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 212.

CHAPUS (R.), "Le contrôle des faits par le Conseil d'Etat français en tant que juge de cassation", RIDC 1980, p. 183 et in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 371.

CHAPUS (R.), "Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique", RFDA 1990, n° spécial "*La dualité de juridictions en France et à l'étranger*", p. 739 et in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 187.

CHAPUS (R.), "L'administration et son juge. Ce qui change", EDCE 1992, n° 43, p. 259 et in L'administration et son juge, PUF, 1999, p. 9.

CHARDEAU (J.), "Le régime disciplinaire des professions médicales", EDCE 1980, n° 32, p. 37.

CHARRIER (J.), "Cour de discipline budgétaire et financière", RDCA, 1997, 26 pages.

CHARLIER (R.-E.), "La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ?", EDCE 1951, n° 5, p. 32.

CHARTIER (J.-L.), "Le juge financier", RFFP 1997, n° 58, p. 87.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle juridictionnel des marchés des collectivités territoriales et des établissements publics locaux", AJDA 1989, p. 158.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : les gestions de fait dans les collectivités et établissements locaux", AJDA 1990, p. 166.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle des organismes non assujettis aux règles de la comptabilité publique", AJDA 1990, p. 787.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : les dépenses obligatoires", AJDA 1991, p. 196.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : les procédures contradictoires des chambres régionales des comptes", AJDA 1991, p. 765.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle des comptes produits par les comptables des collectivités et établissements publics locaux", AJDA 1992, p. 194.

CHARTIER (J.-L.) et DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : les chambres régionales des comptes et les collectivités en grave difficulté financière", AJDA 1992, p. 717.

CHARVIN (A.), "Responsabilités et compétences des autorités de marché", Annales Clermont-Ferrand 1994, n° 30, p. 441.

CHAUMONT (J.P.), "La création du CSA", LPA 1989, 3 mars, p. 7.

CHELLE (D.) et PRETOT (X.), "Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise", AJDA 1989, p. 203.

CHELLE (D.) et PRETOT (X.), "Le contrôle administratif du règlement intérieur : évolution récente de la jurisprudence", RJS 1993, p. 563.

CHEROT (J.Y.), "La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la constitution", D. 1991, chron., p. 163.

CHETRIT (J.-D.) et PENAUD (S.), "La procédure d'apurement d'une gestion de fait de fonds publics", Juris-Associations 1996, 1^{er} déc., p. 23.

CHEVALLIER (J.), "L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur", AJDA 1972, p. 67.

CHEVALLIER (J.), "Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle", Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 275.

CHEVALLIER (J.), "Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes", JCP 1986, G, I, n° 3254.

CHEVALLIER (J.), "Le nouveau statut de la liberté de communication", AJDA 1987, p. 59.

CHEVALLIER (J.), "Les enjeux de la déréglementation", RDP 1987, p. 281.

CHEVALLIER (J.), "COB, CNIL, CNCL et compagnie : la philosophie des autorités administratives indépendantes", Regards sur l'actualité 1988, n° 146, p. 13.

CHEVALLIER (J.), "Les instances de régulation de l'audiovisuel", Regards sur l'actualité 1988, n° 146, p. 21.

CHEVALLIER (J.), "De la CNCL au CSA, 1^{ers} commentaires de la loi du 17 janvier 1989", AJDA 1989, p. 59.

CHEVALLIER (J.), "Du principe de séparation au principe de dualité", RFDA 1990, n° spécial "La dualité de juridictions en France et à l'étranger", p. 712.

CHEVALLIER (J.), "Constitution et communication", D. 1991, chron., p. 247.

CHEVALLIER (J.), "La réglementation des télécommunications", AJDA 1991, p. 203.

CHEVALLIER (J.), "Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés", Justices 1995, janvier-juin, p. 81.

CHEVALLIER (J.), "La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités", RFDA 1996, p. 909.

CHEVALLIER (J.), "L'évolution du droit administratif", RDP 1998, n° spécial "Les 40 ans de la Vème république", p. 1794.

CHEVALLIER (J.), "Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique", RDP 1998, p. 674.

CIAUDO (P.J.), "Les sanctions fiscales exclues des droits de la défense", LPA 1992, 23-29 oct., n°259, p. 5.

CIAUDO (P.J.), "Les droits de l'homme, l'Europe et la fiscalité", LPA 1992, 2-8 oct. 1983, n°258, p.9.

CIAUDO (P.J.), "Les déficits des droits de la défense dans les procédures fiscales", D et P 2000, fév., p. 30.

CLEMENT (B.), "Les nouveautés introduites dans le droit français de la concurrence par la loi du 19 juillet 1977", LPA 1978, 11, 13 et 16 janvier.

CLEMENT-CUZIN (S.), "Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 111.

CLIQUENNOIS (M.), "Cumul des sanctions pénales et fiscales", JCP 1998, G, II, n° 10087.

COHEN (D.), "Le juge administratif face au droit de la concurrence : la compétence spécifique de la juridiction administrative", RCC 1995, n° 88, p. 8.

COHEN-JONATHAN (G.), "Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme", RFDC 1994, p. 175.

COHEN-JONATHAN (G.), "CEDH et fiscalité : quelques observations", LPA 1994, n°spécial "CEDH et fiscalité", 6 juillet, n° 80, p. 15.

COHEN-JONATHAN (G.), "Les TA et les traités relatifs aux droits de l'homme", RUDH 1995, p.120.

COHEN-JONATHAN (G.), "Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la CEDH", Mélanges Eissen, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 399.

COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), "Chronique d'actualité : Commission et Cour européennes des droits de l'homme", Justices 1995, p. 147.

COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), "Chronique d'actualité : Commission et Cour européennes des droits de l'homme", Justices 1996, p. 223.

COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), "Chronique d'actualité : Commission et Cour européennes des droits de l'homme", Justices 1997, p. 167.

COHEN-TANUGI (L.), "Une doctrine pour la régulation", Le débat 1988, n° 52, p. 56.

COLLIARD (C.-A.), "La sanction administrative", Annales de la faculté de droit d'Aix 1943, p. 5.

COLLIARD (C.-A.), "Les irrégularités budgétaires et leurs sanctions", D. 1949, chron., p. 65.

COMMARET (N.), "Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité du magistrat", D. 1998, chron., p. 262.

COMBARNOUS (M.), "Progrès récents du contrôle juridictionnel de l'administration en France", RA 1999, n° spécial, p. 171.

CONTE (C.), GOUTAL (Y.) et PIFFARETTI (A.), "Faut-il supprimer les chambres régionales des comptes ?", Journal des maires 1997, mars, p. 14.

COPPOLANI (M.-C.), "Vers un contrôle intégré des chambres régionales des comptes", RFFP 1994, n° 46, p. 187.

CORAIL (J.-L. de), "Les droits de la défense et la commission de la concurrence", RJC 1985, déc., p.25.

CORAIL (J.-L. de), "Administration et sanction : réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression", Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 103.

COSCAS (A.), "Le champ de compétence de la COB dans le nouveau paysage institutionnel et financier", RDBB 1996, p. 154.

COSSALTER (P.) et DEPORCQ (D.), "L'imbrication des responsabilités administratives et pénales" in La gestion locale face à l'insécurité juridique (diagnostic - analyse - propositions), L'harmattan, 1997, p. 173.

COSTA (J.-P.), "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", AJDA 1988, p. 434.

COSTA (J.-P.), "La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat de France", RTDH 1990, p. 126.

COSTA (J.-P.), "Le principe de proportionnalité", AJDA 1995, n° spécial, p. 156.

COSTA (J.-P.), "L'application par le Conseil d'Etat de la Convention européenne des droits de l'homme", RTDH 1997, p. 395.

COSTA (J.-P.), “La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ?”, Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 197.

COSTA (J.-P.), “Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ?”, Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 141.

COURET (A.), “Les droits de la défense devant la COB”, BJ 1991, p. 1081.

COURET (A.), “Droit financier : chronique de haut du bilan”, RJCom 1997, p. 24.

COURET (A.), “La sauvegarde des droits de la défense devant la COB”, RJDA 1999-3, p. 203.

COURET (A.), **MARTIN (D.)** et **FAUGEROLAS (L.)**, “Sécurité et transparence du marché financier”, BJ 1989, n° spécial 11 bis.

COUTANT (P.), “La communication du dossier”, RA 1955, p. 398.

COUTANT (P.), “La responsabilité pécuniaire des agents de l'Etat pour faute personnelle”, RA 1970, p. 293.

COUZINET (M.), “Permis à points et Convention européenne des droits de l'homme”, GP 1999, 24-25 nov., p. 2.

CROZAFON (J.-L.), “Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration”, DS 1985, mars, p. 201.

CROZE (H.), “Les organes de la procédure”, Mélanges Perrot, Dalloz, 1996, p. 49.

CROZE (H.), “Recours contre certaines décisions individuelles du CMF”, RProc. 1997, comm. n° 60.

CROQUEZ (A.), “L'organisation professionnelle”, GP 1941, 1, doct., p. 83.

CRUCIS (H.-M.), “Le contrôle de la régularité financière”, RFDA 1992, p. 730.

CRUCIS (H.-M.), “Gestion locale, exécutifs locaux, juridictions financières dans la loi du 29 janvier 1993: les contrôles financiers entre prévention et répression”, RFDA 1993, p. 1091.

CRUCIS (H.-M.), “Commentaire de l'article 78 de la loi du 29 janvier 1993”, RFDA 1993, p. 1104.

CRUCIS (H.-M.), *Sanctions administratives*, JCL Adm., fasc. 108-40, 1999.

DAILLE-DUCLOS (B.), “Le respect du contradictoire devant les autorités administratives non juridictionnelles”, CCC 2000, chron. n° 9.

DANET (D.), “Le conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée ?”, RIDE 1991, n° 1, p. 3.

DAVID (T.-M.), “Participation du rapporteur au délibéré et principe d'impartialité de l'article 6-1 de la CEDH : les évolutions de la jurisprudence française”, LPA 2001, 26 mars, n° 60, p. 8.

DAVIGNON (J.-F.), “L'évolution des conditions d'imputation et de la mise en jeu de la responsabilité locale: manager l'imprévisible” in La gestion locale face à l'insécurité juridique (diagnostic - analyse - propositions), L'harmattan, 1997, p. 183.

DAVIGNON (J.-F.), “Quelle place pour la répression administrative dans notre ordonnancement juridique”, LPA 1997, 11 juillet, n° 83, p. 5.

DAVOUST (D.), “L'application de la loi pénale plus douce aux pénalités fiscales : une obligation pour le juge”, QJ 1997, 29 mai, n°43, p. 10.

DEBBASCH (C.), “L'amnistie en matière disciplinaire”, D. 1963, p. 255.

DEBBASCH (C.), “Déclin du contentieux administratif”, D. 1967, chron., p. 23.

DEBBASCH (C.), “Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ?”, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 127.

DEBBASCH (R.), “L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales”, JCP 1993, G, I, n° 3663.

DEBOUY (C.), “Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français”, JCP 1992, G, I, n° 3616.

DECOOPMAN (N.), “Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes”, JCP 1987, G, I, n° 3303.

DECOOPMAN (N.), “Le pouvoir de sanction administrative de la COB”, RDBB 1990, p. 16.

DECOOPMAN (N.), “Recevabilité des recours contre les actes pris par la COB au cours de la procédure de sanction”, BJ 1992, p. 52.

DECOOPMAN (N.), “Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes” in Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 211.

DECOOPMAN (N.), “Le contrôle juridictionnel de l'action de la COB”, RFDA 1994, p. 1139.

DECOOPMAN (N.), “La COB”, thème 8 in La MAE, GLN Joly, 1996, p. 105.

DECOOPMAN (N.), “Renforcement des pouvoirs et coordination des autorités de contrôle du secteur financier”, RDBB 1999, n° 75, p. 138.

- DECOOPMAN (N.)**, *Commission des opérations de bourse*, JCL Société et JCL Banque, Crédit et Bourse, fasc. 1510, 1998.
- DECOOPMAN (N.)**, *Conseil des marchés financiers*, JCL Société et JCL Banque, Crédit et Bourse, fasc. 1520, 1998.
- DE CROONE (J.)**, “La sanction administrative dans le droit des étrangers“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 60.
- DEGOFFE (M.)**, “L’extension de la faute de gestion“, AJDA 1996, chron. de législation, p. 206.
- DEGOFFE (M.)**, “L’ambiguïté de la sanction administrative“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 27.
- DE GOUTTES (R.)**, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et la justice française en 1992“, GP 1992, 1, doct., p. 1181.
- DE GOUTTES (R.)**, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le juge national“, GP 1993, 1, doct., p. 1.
- DE GOUTTES (R.)**, “Vers un droit pénal européen“, RSC 1993, p. 643.
- DE GOUTTES (R.)**, “La Convention européenne des droits de l’homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge“ in Le droit français et la convention européenne des droits de l’homme, Engel, 1994, p. 149.
- DE GOUTTES (R.)**, “Le juge français et la Convention européenne des droits de l’homme : avancées et résistances“, RUDH 1995, p. 605.
- DEGUERGUE (M.)**, “Sanctions administratives et responsabilité“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 81.
- DE JUGLART (M.)**, “Les sanctions administratives dans la législation récente“, JCP 1942, G, I, n°283.
- DELARUE (J.-M.)**, “Actualité de la problématique de la sanction administrative“, AJDA 2001, n°spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 13.
- DELAUBADERE (A.)**, “Réflexions sur la crise du droit administratif français“, D. 1952, chron., p. 5.
- DELAUBADERE (A.)**, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d’Etat“, Mélanges Waline, LGDJ, 1974, t. 2, p. 71.
- DELCROS (B.)**, “La loi instituant le CSA“, Légipresse 1989, n° 59, mars, p. 9.
- DELCROS (X.)**, “CNCL : les limites du pouvoir de réglementation – les pouvoirs de répression“, AJDA 1988, p. 209.
- DELCROS (X.)**, “Le contrôle des infractions aux règles de la communication audiovisuelle“, AJDA 1988, p. 341.
- DELCROS (X.)**, “Le CSA, nouvelle institution constitutionnelle“, AJDA 1988, p. 467.
- DELEUZE**, “La réforme de la procédure de sanction administrative de la COB“, JCP 1997, E, n° 709, p. 495.
- DELION (A.)**, “Les autorités administratives indépendantes“, Bull. mensuel COB 1994, n° 284, p. 26.
- DELIVET (J.P.) et RONY (H.)**, “La CNCL et la régulation de la communication audiovisuelle“, RFAP 1987, p. 719.
- DELMAS-MARTY (M.)**, “Code pénal d’hier, droit pénal d’aujourd’hui, matière pénale de demain“, D. 1986, p. 27.
- DELMAS-MARTY (M.)**, “La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme : flou du droit pénal“, RSC 1987, p. 819.
- DELMAS-MARTY (M.)**, “Vers une autre logique juridique à propos de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme“, D. 1988, chron., p. 221.
- DELMAS-MARTY (M.)**, “La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et le droit pénal de fond“, Mélanges Levasseur, GP et Litec, 1992, p. 195.
- DELMAS-MARTY (M.)**, “Réflexions sur le pouvoir disciplinaire“, RTDH 1995, n° spécial “*Convention européenne des droits de l’homme et droit disciplinaire*“, p. 155.
- DELPECH (J.)**, “La responsabilité envers l’administration des fonctionnaires autres que les comptables“, Mélanges Hauriou, Sirey, 1929, p. 202
- DELPÉREE (F.)**, “Le droit disciplinaire. Unité ou diversité ?“, RTDH 1995, n° spécial, “*Convention européenne des droits de l’homme et droit disciplinaire*“, p. 341.
- DELVOLVE (P.)**, “La justice hors du juge“, JCP 1984, E, n° 4, p. 16.
- DELVOLVE (P.)**, “La nature des recours devant la Cour d’appel de Paris contre les actes des autorités boursières“, BJ 1990, n° 6, p. 499.

DELVOLVE (P.), "Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée", RFDA 1990, n° spécial "La dualité de juridictions en France et à l'étranger", p. 792.

DELVOLVE (P.), "La Cour d'Appel de Paris, juridiction administrative", Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 47.

DELVOLVE (P.), "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire", Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p.135.

DELVOLVE (P.), "Répression, droit pénal et droit administratif" in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz, 1997, p. 123.

DEMICHEL (A.), "Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique", Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 705.

DE MELLO (X.), "L'ordonnance modifiée sur la concurrence et la constitution", GP 1987, 4-5 janvier, doct., p. 5.

DE NAUW (A.), "L'évolution législative vers un système punitif administratif", RDPC 1989, p. 337.

DENIS-LINTON (M.), Régime général des recours de plein contentieux, JCL Adm., fasc. 1122, 1994.

DERIEUX (E.), "Le nouveau statut de la communication", RDP 1987, p. 321.

DERIEUX (E.), "La loi du 17 janvier 1989 relative au CSA", D. 1990, p. 133.

DEROIN (P.), "Le contentieux de la répression", RFFP 1993, p. 102.

DEROIN (P.), "L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales", LPA 1993, 6 oct., n° 120, p. 70.

DE SALVIA (M.), "Procédures fiscales et droits processuels garantis par la CEDH", LPA 1994, 6 juillet, n° spécial "CEDH et fiscalité", n° 80, p. 13.

DESCHEEMAER (C.), "Comment devient-on comptable de fait ?", Pouv. Loc. 1991, mars, p. 35.

DESCHEEMAER (C.), "Les procédures d'exécution des décisions de justice : la menace de déféré en Cour de discipline budgétaire et financière", CJF 1992, mai et juin, n° 25 et 26.

DESCHEEMAER (C.), "La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales", RFFP 1993, n° 43, p. 49.

DESCHEEMAER (C.), "La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion", NBB 1994, n° 47, p. 1 et R du T 1994, juin, n° 6.

DESCHEEMAER (C.), "Une innovation dans les chambres régionales des comptes : l'introduction de l'audience publique dans certaines procédures juridictionnelles", DA 1995, août/sept., p. 1.

DESCHEEMAER (C.), "La responsabilité des ordonnateurs locaux devant les juridictions financières" in La comptabilité publique : continuité et modernité, Imprimerie nationale, 1995, p. 313.

DESCHEEMAER (C.), "Délégations de service public : la responsabilité des gestionnaires", AJDA 1996, n° spécial "Délégations de service public", p. 667.

DESCHEEMAER (C.), "La gestion de fait et les associations transparentes", CJF 1997, juillet, n°78.

DESCHEEMAER (C.), "L'audience publique dans les juridictions financières", CJF 1997, n° 81, p. 1.

DESCHEEMAER (C.), "Le juge des comptes et l'équité", Justices 1998-9, n° spécial "Justice et équité", p. 72.

DESCHEEMAER (C.), "L'examen du compte de la gestion de fait et les condamnations à des amendes", RFFP 1999, n° 66, n° spécial "Gestion de fait", p. 65.

DESCHEEMAER (C.), Gestion de fait, JCL Adm., fasc. 1265, 1997.

DESCHEEMAER (C.), **LAMARQUE (D.)** et **VACHIA (J.-P.)**, "Les Chambres régionales des comptes : de la fiction à la réalité", GP 2001, 13 juillet, p. 3.

DESJEUX (X.), "La répression des ententes illicites et des abus de position dominante", GP 1978, 8-9 févr., p. 60.

DE SOTO (J.), "La notion de juridiction", D.1956, chron., p.45.

DETON (H.), "La protection par le Conseil d'Etat des droits de l'individu dans l'organisation professionnelle", EDCE 1952, p. 53.

DEVES (C.), "Nouveau départ pour l'économie mixte locale ? ", AJDA 1983, p. 596.

DEZEUZE (E.), "La réforme de la procédure de sanction administrative de la COB", JCP 1997, E, I, n° 709.

DIRINGER (B.) et **MANDON (P.)**, "Commissaires aux comptes d'associations, déceler et prévenir la gestion de fait", Les cahiers de l'audit 1998, n°3, nov., p. 1.

DOBKINE (M.), "L'ordre répressif administratif", D. 1993, chron., p. 157.

DONNEDIEU de VABRES (J.), "La COB : une administration de mission", RA 1980, p. 237.

DONNEDIEU de VABRES (J.), "La commission de la concurrence, bilan et perspectives", EDCE 1984-85, p. 79.

DONNEDIEU de VABRES (J.), "La nouvelle autorité : le conseil de la concurrence", JCP 1987, E, CDE, n° 1, p. 28.

DONNEDIEU de VABRES (J.), "La commission de la concurrence et le conseil de la concurrence", in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 173.

DOUAT (E.), "La chambre régionale des comptes de la loi du 2 mars 1982 à celle du 29 janvier 1993. De la décentralisation à la lutte contre la corruption", JCP 1993, G, I, n° 3716.

DOUBLET (J.), "L'ordonnance du 24 septembre 1945 sur l'exercice et le statut des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage femme", DS 1945, p. 331.

DOUBLET (J.), "L'ordre national des pharmaciens", DS 1946, p. 99.

DOUBLET (J.), "Le code de déontologie de la profession médicale", DS 1947, p. 307.

DOUMLE-BILLE (S.), "Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux. A propos de la nouvelle frontière", AJDA 1993, p. 3.

DOURNEAU-JOSETTE (J.), "Les acteurs économiques, le juriste d'affaires et la CEDH", D. Aff. 1998, p. 610.

DOUVRELEUR (J.) et DOUVRELEUR (O.), "Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes", Mélanges Robert, Montchrestien, 1998, p. 323.

DOUVRELEUR (O.), "Une voie de recours sui generis : les recours contre les décisions du conseil de la concurrence", GP 1988, 1, p. 179.

DOYELLE (A.), "Le droit financier entre régulation et autonomie locale" in La gestion locale face à l'insécurité juridique (diagnostic - analyse - propositions), L'harmattan, 1997, p. 161.

DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le domaine de compétence en matière juridictionnelle", AJDA 1993, p. 192.

DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle des actes des collectivités locales dans l'activité juridictionnelle", AJDA 1993, p. 768.

DOYELLE (A.), "L'activité des chambres régionales des comptes : le contrôle de la régularité et du caractère exécutoire des actes des collectivités locales", AJDA 1994, p. 200.

DRAGO (R.), "Le conseil de la concurrence", JCP 1987, G, I, n° 3300 et JCP 1987, E, n° 14987.

DRAGO (R.), "Le juge judiciaire, juge administratif", RFDA 1990, n° spécial "La dualité de juridictions en France et à l'étranger", p. 757.

DRAGO (R.), "Un nouveau juge administratif", Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 421.

DRAGO (R.), "Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique", Mélanges Van der Meersch, Bruylant, 1972, t. 3, p. 455.

DRAGO (R.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), "Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative", APD 1997, n° 41, p. 135.

DREYFUS (F.), "Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du tribunal administratif de l'O.I.T.", RDP 1974, p. 691.

DROUOT (G.), "La loi relative à la liberté de communication", ALD 1987, 23 avril, n° 8, p. 55.

DUBOIS (P.), "L'article 6 CEDH et les procédures administratives et disciplinaires", CDE 1979, p.411.

DUBOS (A.) et LALLEMENT (E.), "Recherche sur la spécificité des associations comme mode de gestion du service public" in Sur les services publics (Etudes coordonnées par M.-J.Guédon), Economica, 1982, p. 55.

DUBROCARD (M.), "Evolution de l'application de l'article 6-1 CEDH", CJF 1997, nov., n° spécial, n° 81, p. 8.

DUBOIS (L.), "L'ordre des médecins à nouveau en question", Mélanges Savatier, PUF, 1992, p.191.

DUBOIS (L.), "Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne", Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p. 205.

DUCAROUGE (F.), "Le transport international de voyageurs : le cas des amendes administratives infligées aux transporteurs", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 65.

DUCHADEUIL (P.), Contrôle des budgets locaux par les chambres régionales des comptes, JCL Adm., fasc.1260, 2001.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "10 ans de jurisprudence et d'activité de la COB", GP 1984, doct., p.419.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "Nouveaux pouvoirs de la COB (loi du 2 août 1989)", GP 1990, 1, doct., p. 50.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "Nouveaux pouvoirs pour la COB", GP 1990, 16 janv., p. 2.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "De la nature juridique des actes pris par la COB", LPA 1991, 21 juin, p. 27.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "Investigations et enquêtes des autorités des marchés boursiers (COB, SEC, CBF)", LPA 1995, n° 13, p. 3.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "Questions de procédure devant les autorités boursières", LPA 1997, 19 sept., p. 13.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), "Où en est-on avec le contradictoire et l'impartialité dans les procès boursiers", LPA 2000, 3 janv., n° 1, p. 12.

DUCOULOUX-FAVARD (C.) et **RONCHEVSKY (N.)**, "La procédure de sanction administrative des infractions boursières après le décret n°97-774 du 31 juillet 1997", BJB 1998, mars, p. 107.

DUFFAR (J.), "La protection des droits économiques par la Convention européenne des droits de l'homme", GP 1995, 27-28 sept., p. 7.

DUGRIP (O.), "Les autorités administratives indépendantes en droit économique", JCP 1988, E, CDE, n° 26.

DUGRIP (O.), "L'applicabilité de l'article 6 CEDH aux juridictions administratives", RUDH 1991, n°spécial, n° 7-9, p. 337.

DUGRIP (O.) et **SUDRE (F.)**, "Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives", RFDA 1990, p. 203.

DUGUIT (L.), "L'acte administratif et l'acte juridictionnel", RDP 1906, p. 413.

DUGUIT (L.), "La fonction juridictionnelle", RDP 1922, p.165.

DU MARAIS (B.), "La sanction politique des irrégularités financières : la démission d'office pour gestion de fait", D. 1995, chron., p. 557.

DURAND (C.) et **MOREAU (J.)**, "La profession médicale devant le juge administratif", D. 1958, chron., p. 119.

DURAND (G.), "La responsabilité financière des élus locaux, administrateurs de SEM locales", RDP 1996, p. 240.

DURAND (H.), "La Commission technique des ententes", DS 1960, p. 67.

DURAND (P.), "Appauvrissez-vous !", RA 2000, n° 316, p. 372.

DUVAL (J.-M.), "La sanction des comportements irréguliers relevés au cours des opérations électorales", RFDCel 2001, n° 48, p. 826.

EISEN (M.-A.), "Droit à un tribunal dans la jurisprudence de la commission", Mélanges Van der Meersch, Bruylant, 1972, t. 1^{er}, p. 455.

EISEN (M.-A.), "L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Ed. STH, 1990, p. 137.

EISEN (M.-A.), "Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme : leur influence mutuelle", RTDH 1991, p. 167.

EISEN (M.-A.), "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in Convention Européenne des Droits de l'Homme : commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 66.

EISENMANN (C.), "Juridiction et logique (selon les données du droit français)", Mélanges Marty, USST, 1978, p. 477.

EISENMANN (C.), "L'arrêt Monpeurt : légende et réalité", Mélanges Mestre, Sirey, 1956, p. 221

EISENMANN (C.), "Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques", JCP 1949, G, I, n° 742 et n° 751.

ESMEIN (A.), "L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte", RTDCiv 1903, p. 5.

ESMEIN (P.), "Astreintes : peine ou réparation", Mélanges Roubier, Dalloz-Sirey, 1961, t. 2, p. 39.

FABRE (F.-J.), "L'amende pour ingérence dans les opérations comptables", RA 1968, p. 327.

FABRE (F.-J.), "La Cour de discipline budgétaire et financière", RA 1970, p. 429 et p. 532.

FABRE (F.-J.), "La réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière", RA 1971, p. 539 et p.662.

FABRE (F.-J.), "La réforme de la Cour des comptes", RA 1977, p. 4.

FABRE (F.-J.), "Réflexions sur l'institution des chambres régionales des comptes", Mélanges P.-M. Gaudemet, Economica, 1984, p. 541.

FABRE (F.-J), “Brèves remarques sur les nouveaux textes relatifs à la cour des comptes“, RA 1985, p. 262.

FABRE (F.-J), “La révision des arrêts rendus par la Cour des comptes“, RA 1986, p. 50.

FABRE (F.-J), “L'obligation de reddition de compte et sa sanction dans le cas de mutation de comptables publics“, RA 1987, p. 243.

FABRE (F.-J), “La Cour des comptes, juge d'appel“, RA 1988, p. 532.

FABRE (F.-J), “Cour de discipline budgétaire et financière : arrêts rendus de 1984 à 1986“, RA 1988, p. 147.

FABRE (F.-J), “Le juge des comptes et la responsabilité des comptables successifs en matière de recouvrement de recettes“, RFDA 1990, p. 110.

FABRE (F.-J), “L'affaire de l'association “Nice-communication““, RA 1993, p. 45.

FABRE (F.-J), “Jurisprudence financière : arrêts d'appel mai 1992 à juillet 1992“, RA 1993, p. 227.

FABRE (F.-J), “La gestion de fait de l'association “Carrefour du développement““, RA 1993, p. 447.

FABRE (F.-J), “Jurisprudence financière : arrêts d'appel janvier 1993 à avril 1993“, RA 1994, p. 142.

FABRE (F.-J), “Jurisprudence financière : arrêts d'appel septembre 1993 à décembre 1993“, RA 1994, p. 480.

FABRE (F.-J), “Une décision du Conseil d'Etat dans l'affaire “carrefour du développement““, RA 1995, p. 258.

FABRE (F.-J), “Jurisprudence financière : arrêts d'appel décembre 1994 à mai 1994“, RA 1995, p.593.

FABRE (F.-J), “Gestion de fait à l'opéra“, RA 1996, p. 287.

FABRE (M.), “Le droit à un procès équitable“, JCP 1998, G, I, n° 157.

FABRE (M.), “L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juges nationaux“, LPA 1996, 2 août, p. 4.

FAUGERE (J.-P.), “La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 48.

FAUGEROLAS (L.), “La nature juridique des actes administratifs pris par la COB“, BJ 1987, p. 913.

FAURO (K.), “La procédure disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire et la loi organique n° 2001-539 du 15 juin 2001“, LPA 2001, 20 déc., n° 253, p. 6.

FAUVET (J.), “La CNIL, 20 ans après“, Mélanges Robert, Montchrestien, 1998, p. 111.

FAVOREU (L.), “Le Conseil d'Etat, défenseur de l'exécutif“, Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p.237.

FAVOREU (L.), “L'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit“, Mélanges Hamon, Economica, 1982, p. 235.

FAVOREU (L.), “La constitutionnalisation du droit“, Mélanges Drago, Economica, p. 25.

FAVRO (C.), “Le contrôle du juge administratif sur la discipline des magistrats de l'ordre judiciaire“, RRJ 2001, p. 1693.

FIALAIRE (J.), “L'évolution récente des quangos en Grande-Bretagne“, RA 1988, p. 364.

FIALON (G.), “La procédure contradictoire et le juge financier“, RFDA 2001, p. 332.

FILIPPI (J-F), “La révision des jugements rendus par les chambres régionales des comptes“, R du T 1993, p. 14.

FITTE-DUVAL (A.), “La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme“, AJDA 1997, p. 731.

FLAUSS (J.-F.), “Vers une évolution du contentieux disciplinaire devant la juridiction ordinaire“, GP 1982, 1, doct., p. 338.

FLAUSS (J.-F.), “Le juge administratif et la Convention Européenne des Droits de l'Homme“, AJDA 1983, p. 387.

FLAUSS (J.-F.), “Les effets pervers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme“, GP 1987, 11-12 sept., doct., p. 10.

FLAUSS (J.-F.), “Le contentieux administratif français et l'article 6-1 CEDH“, LPA 1989, 18 déc., p.13.

FLAUSS (J.-F.), “De la renonciation à la publicité des débats judiciaires dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme“, LPA 1991, n° 130, p. 20.

FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la CEDH = CEDH et droit administratif : juillet-décembre 1991“, AJDA 1992, p. 27

FLAUSS (J.-F.), “De la dénonciation partielle de la CEDH“, Mélanges Velu, Bruylant, 1992, p. 1253.

FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la CEDH = droit administratif et CEDH : janvier-avril 1993“, AJDA 1993, p. 483.

FLAUSS (J.-F.), “Fiscalité et droits substantiels garantis par la CEDH“, LPA 1994, n° spécial “CEDH et fiscalité“, 6 juillet, n° 80, p. 15.

FLAUSS (J.-F.), “La CEDH, une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires“, RJDA 1995-6, p.524.

FLAUSS (J.-F.), “Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française“, RTDH 1995, n° spécial, p. 201.

FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la CEDH = droit administratif et CEDH : janvier-avril 1995“, AJDA 1995, p. 132.

FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la CEDH = CEDH et droit administratif : juillet 1995-décembre 1995“, AJDA 1996, p. 385.

FLAUSS (J.-F.), “Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif“, AJDA 1996, n° spécial, p. 156.

FLAUSS (J.-F.), “Les nouvelles frontières du procès équitable“ in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 81.

FLAUSS (J.-F.), “La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme“, AJDA 1997, p.731.

FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la CEDH = CEDH et droit administratif : septembre 1996-septembre 1997“, AJDA 1997, p. 977.

FLAUSS (J.-F.), “Actualité de la CEDH = CEDH et droit administratif : octobre 1997-octobre 1998“, AJDA 1998, p. 984.

FLAUSS (J.-F.), “Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme“, RFFP 1999, n° spécial “*Sanctions fiscales*“, n° 65, p. 77.

FLAUSS (J.-F.), “Dualité des ordres de juridiction et Convention européenne des droits de l'homme“, Liber Amicorum J. Waline, Dalloz, 2002, p. 523.

FLECHEUX (G.), “Les procédures disciplinaires et la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 363.

FLECHEUX (O.), “Le rôle créateur de la Cour d'appel de Paris dans le domaine de la procédure“, GP 1997, n° spécial “*Droit de la concurrence*“, p. 19.

FLEURIOT (P.), “L'origine et le bilan de l'exercice par la COB de son pouvoir de sanction“, LPA 1994, 15 juin, n° 71, n° spécial “*Le juge et le marché boursier*“, p. 102.

FLEURIOT (P.), “Respect du droit et compétition économique, l'entreprise face aux juges“, Bull. mensuel de la COB 1997, n° 311, mars, p. 181.

FOUGERES (M.), “1790-1990, 2 siècles de dualisme juridictionnel“, AJDA 1990, n° spécial., p. 579.

FOUQUET (O.), “Cumul des sanctions fiscales et pénales“, RA 1997, p. 170.

FOURGOUX (J.-C.), “L'enterrement au ralenti des ordonnances de 45 et la mététempyose de la Commission de la concurrence : un projet pour hier, une proposition pour demain“, GP 1985, doct., p.525.

FOURNIER (J.), “La nouvelle réglementation des télécommunications“, CJEG 1997, p. 77.

FOURRE (J.), “Les sanctions administratives du Code général des impôts“, LPA 1990, 17 janv., n°spécial “*Sanctions administratives*“, n° 8, p. 46.

FRADIN (L.), *Cour des comptes*, JCL Adm., fasc. 1210, 1995.

FRAISSEX (P.), “Droit au juge et amende pour recours abusif“, AJDA 2000, p. 20.

FRANCHIMONT (A.), “Loyauté, proportionnalité et procès équitable“, Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 375.

FREYRIA (C.), “Les aspects répressifs de la réglementation boursière actuelle“, RDBB 1988, p. 113.

FRICERO (N.), “Nouvelles applications de la CESDH aux procédures adaptées aux affaires“, D et P 1999, sept., p. 73.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence“, LPA 1995, 17 mai, p. 4.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Vers un droit processuel économique“, Justices 1995-1, p. 91.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Les garanties de la défense dans les procédures de sanction devant la COB (annotations)“, RDBB 1997, p. 182.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Les offices du juge“, Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 463.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Les différentes définitions de la régulation“, LPA 1998, 10 juillet, n° 82, n° spécial “*La régulation : monisme ou pluralisme*“, p. 5.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “La Cour de cassation met en cause le fonctionnement des autorités de régulation“, Le Monde 1999, 9 février, p. 18.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Les autorités de régulation confrontées à la CEDH (entretien)“, LPA 1999, 10 février, n° 29, p. 17.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Le droit de la régulation“, D. 2001, chron., p. 615.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation?“, REFin 2001, p. 88.

FRISON-ROCHE (M.-A.), “La régulation, objet d'une branche du droit“, LPA 2002, 3 juin, n° 110, n° spécial *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 3.

FROMENT (J.-C.), “Remarques sur les enjeux et la portée d'une “criminalisation“ du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d'un “contentieux pénal de l'excès de pouvoir““, RDP 2001, p. 555.

FROMONT (M.), “La justice administrative en Europe. Convergences“, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 197.

GABAY (Y.-B.), “Défense des élus locaux face à la gestion de fait“ in Les collectivités locales, 10 ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges, PUAM, 1994, p. 303.

GABOLDE (C.), “Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? (à propos de la loi du 8 février 1995)“, DA 1995, nov., p. 1.

GALMOT (Y.) et **BONICHOT (J.-C.)**, “Le juge administratif, la CJCE et les directives communautaires : l'ébauche d'une jurisprudence“, CJEG 1999, p. 207.

GARAPON (A.) et **SALAS (D.)**, “Le droit disciplinaire des magistrats français : *quis custodiet custodes* ?“, RTDH 1995, n° spécial, p. 193.

GARCION (C.), “La nouvelle répression du dopage sportif“, LPA 2000, 22 mai, n° 101, p. 4.

GASTINEL (J.-P.), “Gestion de fait, mandat fictif et subvention fallacieuse“, RFD 1995, sept., n° 1, p. 39.

GALABERT (J.-M.), “La pratique de la justice au regard du dualisme juridictionnel. Aspects administratifs“ in Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique, Economica, 1991, p.134.

GALABERT (J.-M.) et **GENTOT (M.)**, “La notion des faits contraires à l'honneur et à la probité“, AJDA 1961, p. 333.

GALABERT (J.-M.) et **GENTOT (M.)**, “Le contrôle de l'erreur manifeste par le juge de l'excès de pouvoir“, AJDA 1962, p. 552.

GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.), “Les sociétés d'économie mixte, instruments d'interventionnisme des collectivités locales“, Mélanges Péquignot, Université de Montpellier 1, p. 309.

GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.), “La loi du 7 juillet 1983 sur les sociétés d'économie mixte locales“, RA 1983, p. 556.

GASSE (D.), *Contrôle des comptes et de la gestion des entreprises publiques*, JCL Adm, fasc. 1250, 2001.

GASSIN (R.), “Remarques sur l'astreinte en matière pénale“, Mélanges Kayser, PUAM, 1979, t. 1, p.399.

GASTINEL (J.-P.), *Cour de discipline budgétaire et financière*, JCL Adm, fasc. 1270, 1996.

GAUDEMET (Y.), “Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif“, Mélanges Burdeau, LGDJ, 1977, p. 805.

GAUDEMET (Y.), “L'avenir de la juridiction administrative“, GP 1979, 2, p.511.

GAUDEMET (Y.), “Le médiateur est-il une autorité administrative“, Mélanges Charlier, Emile-Paul, 1981, p. 117

GAUDEMET (Y.), “Toujours à propos du médiateur“, AJDA 1987, p. 520.

GAUDEMET (Y.), “Crise du juge et contentieux administratif français“ in La crise du juge, LGDJ, 1990, p. 87.

GAUDEMET (Y.), “Le juge administratif, futur administrateur ?“ in Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle, PUG, 1995, p. 179.

GAUDEMET (Y.), “Monde économique et justice administrative : la mesure d'une critique“, Justices 1995-1, p. 45.

GAUDEMET (Y.), “Conflit de compétence et droit de la concurrence. Sur une équivoque“, Mélanges Perrot, Dalloz, 1996, p. 121.

GAUDEMET (Y.), "Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du conseil de la concurrence", JCP 1999, G, I, n° 188.

GAVALDA (C.), "Adieu au juge. Une réforme en trompe l'œil du droit français de la concurrence", LPA 1985, 7 juin, p. 5.

GAVALDA (C.), "Commentaire de la loi du 2 août 1989 concernant l'amélioration de la transparence et de la sécurité du marché financier", R. Sés 1990, p. 20.

GAVALDA (C.), "Les sanctions fiscales applicables par le Conseil supérieur de l'audiovisuel", LPA 1990, 17 janv., n° spécial "Sanctions administratives", n° 8, p. 70

GAVALDA (C.) et LUCAS de LEYSSAC (C.), "Non, il est encore temps" (à propos du conseil de la concurrence), JCP 1986, G, II, n° 14682.

GAVALDA (C.) et LUCAS de LEYSSAC (C.), "Commentaire de la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence", D. 1986, chron., p. 187.

GAVALDA (C.) et LUCAS de LEYSSAC (C.), "Commentaire de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence", ALD 1988, p. 47.

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), "La loi bancaire du 24 janvier 1984 (instituant la commission bancaire)", JCP 1985, G, I, n° 3176.

GAZIER (F.) et CANNAC (Y.), "Etude sur les Autorités administratives indépendantes", EDCE 1983-84, n° 35, p. 17.

GAZIER (F.), GENTOT (M.) et GENEVOIS (B.), "La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel", EDCE 1988, n° 40, p. 151.

GELARD (P.), "Le caractère mixte de la contravention de grande voirie", AJDA 1967, p. 140.

GENEVOIS (B.), "Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelles et administratives", RFDA 1990, p. 143.

GENTOT (M.), "Marchés et autorités administratives indépendantes", LPA 2001, 17 sept., n° 185, n°spécial "La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché", p. 10.

GEORGEL (J.), "La dépendance de la magistrature en France", Mélanges Velu, Bruylant, 1992, t. 2, p. 845.

GEORGEL (J.), *Enseignement supérieur*, JCL Adm., fasc. 232, 1999.

GERBOD (P.), "L'administration de l'enseignement supérieur public en France, de la révolution à nos jours", RA 1986, p. 115.

GERMAIN (M.) et NOURY (M.A.), "La loi du 2 juillet 1996", JCP 1997, G, I, n° 4022.

GEST (G.), "Dualité de juridiction et unité de droit fiscal", RFDA 1990, n° spécial, "La dualité de juridictions en France et à l'étranger", p. 822.

GEST (G.), "La convention et l'action des autorités fiscales", Droit et pratique du commerce international 1991, t. 17, n° 4, p. 546.

GEST (G.), "CEDH et fiscalité : synthèse des travaux", LPA 1994, 6 juillet, n° 80, n° spécial "CEDH et fiscalité".

GEST (G.), "Non cumul et modulation : les limites de droit interne au processus de pénalisation des sanctions fiscales", RFFP 1999, n° spécial "Sanctions fiscales", n° 65, p. 61.

GEZE (G.), "La responsabilité pécuniaire envers l'Etat des agents publics à raison des violations des lois et règlements ou de leur mauvaise gestion", La réforme budgétaire 1954, t. 2, p. 255.

GHEVONTIAN (R.), "Les inéligibilités-sanctions", Cahiers du CNFPT 1995, n° 45, nov., n° spécial "Responsabilité de l'élu local", p. 91.

GIRARDOT (T.-X.), "Les comptables de fait devant le Conseil d'Etat", Cahiers de la fonction publique et de l'administration 1995, n° 131, p. 8.

GISSERROT (H.), "Où va le juge des comptes ?", RA 1998, p. 249.

GODART (O.), "L'amnistie en droit du travail", JCP 1968, G, I, n° 623.

GOHIN (O.), "Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ?", Droits 1989, n° 9, p. 93.

GOHIN (O.), "La contradiction avant l'article 6-1", RFDA 2001, n° spécial, p. 6.

GOULARD (G.), "CEDH et contentieux administratif de l'impôt", LPA 1994, 6 juillet, n° 80, n°spécial "CEDH et fiscalité".

GRABAR (N.), "La COB à la lumière de l'expérience EU", Le Débat 1988, n° 52, p. 67.

GREVISSE (F.) et BONICHOT (J.-C.), "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres", Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p.297.

GRISON (R.), "Les collectivités locales face à la gestion de fait", La vie judiciaire 1997, 12 oct., n°2687, p. 2.

GROS (M.), "Le sursis à exécution judiciaire en matière de concurrence : genèse et 1^{er} bilan jurisprudentiel", LPA 1991, 8 mars, n° 29, p. 4.

GROSCLAUDE (J.), "CEDH et fiscalité : ouverture des travaux", LPA 1994, 6 juillet, n° 80, n° spécial "CEDH et fiscalité".

GROSHENS (J.-C.), "Réflexions sur la dualité de juridictions", AJDA 1963, p. 526.

GROSRICHARD (F.) et **MEMANTEAU (J.)**, "L'irrésistible émancipation des élus et des citoyens vis à vis d'un Etat trop régalién", Le Monde 1997, 4 mars.

GUEDJ (A.), "Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence", LPA 2000, 27 avril, n°84, p. 4.

GUEDON (M.-J.), "Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge", AJDA 1981, p. 443.

GUETTIER (C.), *Injonction et astreinte*, JCL Adm., fasc. 1114, 1997.

GUETTIER (C.), "L'administration et l'exécution des décisions de justice", AJDA 1999, n° spécial "Puissance ou impuissance publique", p. 66.

GUIBAL (M.), "De la proportionnalité", AJDA 1978, p. 477.

GUIDONI (M.), "Articulation des pouvoirs de sanction des différentes autorités visées par la loi MAF", Revue mensuelle du CMF 1997, n°3, p. 21.

GUILLAUME-HOFNUNG (F.), "Réflexions sur la nature juridique de la COB", RDP 1982, p. 1343.

GUILLAUME-HOFNUNG (F.), "Les actes juridiques de la COB", AJDA 1982, p. 683.

GUILLAUMIN (V.), "La cohabitation boursière ou les rôles et pouvoirs respectifs de la COB et du CBV", BJB 1993, p. 347.

GUILLENSCHMIDT (J. de), "Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation", LPA 2002, 3 juin, n° 110, n° spécial *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 58.

GUILLENSCHMIDT (M. de), "La loi du 21 décembre 2001 : une avancée en matière de procédure devant les juridictions financières", LPA 2002, 8 avril, n° 70, p. 8.

GUINCHARD (S.), "Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel", Mélanges Farjat, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 139.

GUINCHARD (S.), "Le procès équitable : droit fondamental ?", AJDA 1998, n° spécial, p. 200.

GUINCHARD (S.), "Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire" in Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 1182.

GUYENOT (J.), "Commentaire de l'ordonnance instituant la COB", BLD 1968, p. 31.

GUYON (Y.), "La COB est-elle une AAI ?", La vie judiciaire 1987, p.1.

GUYON (Y.), "Le rôle de la COB dans l'évolution du droit des sociétés", RTDCom 1975, p. 447.

GUYON (Y.), "La commission des opérations de bourse" in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 178.

HAASLER, "A propos de l'insuffisance des sanctions de la CNCL", GP 1989, 1, doct., p. 211.

HAGUENAU-MOZARD (C.), "Le contrôle de la dénaturation par le juge administratif", RRJ 2001, p. 739.

HAÏM (V.), "Le contribuable peut-il prétendre à un procès équitable devant le juge administratif?", RDF 1999, n° 25, p. 862.

HANNOUN (C.), "Les règles déontologiques émises par le CBV", RDBB 1989, p. 83.

HANNOUN (C.), "La déontologie des activités financières : contributions aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme", RTDCom 1989, p. 417.

HAURIOU (A.), "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", Mélanges Carré de Malberg, Sirey, 1933, p. 231.

HAURIOU (M.), "La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)", Cahiers de la nouvelle journée 1925, n° 4.

HEERS (M.), "Le caractère de peine de la contribution spéciale infligée par l'office des migrations internationales", D. 1996, chron., p. 15.

HEERS (M.), "Le principe non bis in idem devant le juge administratif français", RTDH 1996, p. 35.

HELALI (M.-S.), "La convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence", RTDE 1991, p. 335.

HELIN (J.-C.), "La décentralisation saisie par le juge", LPA 1997, n° 92, 1^{er} août, p. 9

HEILBRONNER (H.), "Le pouvoir professionnel", EDCE 1952, p. 33.

HEINISS (M.), "L'amende pour requête abusive devant le juge administratif", GP 1999, n°29-30, p.2.

HENAFF (G.), "Questions sur la nature juridique du conseil de la concurrence", LPA 1988, 3 juin, p.25.

HENRY (J.-P.), “Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif“, AJDA 1979, n° 6, p. 17.

HERMANN (J.), “Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?“, D. 1998, chron., p. 196.

HERNU (P.), “L'évolution des contrôles des chambres régionales des comptes à travers les lois des 5 janvier 1988, 15 janvier 1990, 6 février 1992 et 29 janvier 1993“, RFFP 1993, n° 43.

HERTZOG (R.), “Les contrôles financiers“, AJDA 1992, n° spécial “*Décentralisation : bilan et perspectives*“, p. 60.

HERTZOG (R.), “La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait“, RFFP 1999, n° 66, n°spécial “*Gestion de fait*“, p. 87.

HERTZOG (R.), “La procédure de gestion de fait : régularisation des comptes ou sanction des mécomptes ?“, Mélanges Rieg, Bruylant, 2000, p. 489.

HERTZOG (R.), “*La responsabilité politique des ordonnateurs*“ in La comptabilité publique : continuité et modernité, Imprimerie nationale, 1995, p. 302.

HESSEL (S.), “La haute autorité de la communication audiovisuelle“ in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 165.

HOENN (D.), “L'indispensable refonte des organes de tutelle“, B et D 1995, n° 560, p. 58.

HOLLEAUX (A.), “Les nouvelles lois relatives à la liberté de communication“, LPA 1987, 9 fév., p.6.

HOLLEAUX (A.), “*La commission de contrôle des assurances*“, LPA 1991, 26 juin, n°76, p.16 à 20.

HOLLEAUX (A.), “La commission de contrôle des assurances, ses cinq dernières années d'exercice“, LPA 1995, 8 nov., n° 134, p. 4.

HOUEÛL (J.), “Le contrôle financier des chambres régionales des comptes“, Pouvoirs 1992, n° 60, p.135.

HUBAC (S.) et PISIER (E.), “Les autorités face aux pouvoirs“, in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 117.

HUBAC (S.) et ROBINEAU (Y.), “Droit administratif : vues de l'intérieur“, Pouvoirs 1988, n° 46, n°spécial, p. 113.

HUBERT (J.-M.), “L'autorité française de régulation des télécommunications“, RCC 1998, n° 103, 1^{er} mai, p. 66 et LPA 1998, 10 juillet, n° 82, p. 33.

HUET (P.), “La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication“, D. 1989, chron., p. 179.

HUET (P.), “Observations sur le recours de l'administration contre l'agent public ou la faute du lampiste“, RA 1970, p. 523.

HUGLO (C.) et LEPAGE (C.), “Le titre IV de la loi de 1995 contient-il des dispositions révolutionnaires ?“, LPA 1995, 17 mars, p. 9.

IDOT (L.), “L'activité du conseil de la concurrence en 1990“, D. 1991, chron., p. 289.

IDOT (L.), “Chronique de droit processuel économique“, Justices 1995-2, p. 311.

IDOT (L.), “Chronique de droit processuel économique“, Justices 1997-8, p. 154.

IMBERT (J.), “Sur le statut particulier des enseignants de 1800 à 1880“, RDP 1983, p. 5.

INSERGUET BRISSET (V.), “Vers la fin de l'immunité politique des élus ordonnateurs ou quand le droit de réquisition trouve sa contrepartie“, Cahiers du CNFPT 1994, n° 41, p. 202.

ISRAEL (J.-J.), “Etude sur la nature non juridictionnelle de la commission nationale administrative d'évaluation“, RDP 1986, p. 971.

ISRAEL (J.-J.), “Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986“, LPA 1990, 28 mars, p. 15.

ISRAEL (J.-J.), “Contentieux administratif et contentieux de la concurrence“, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 315.

JACOMET (R.), “Discipline budgétaire“, Rev. Pol. et Parl. 1947, p. 32.

JACOT-GUILLARMOD (O.), “Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme“ in La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 1995, p. 83.

JACQUEMIN (A.) et SHRANS (G.), “Eléments structurels d'une magistrature économique“, RTDCom 1977, p. 428.

JAILLARD (P.), “Télécommunications et régulation“, RCC 1997, 1^{er} janv., n° 95, p. 5.

JALADE (P.), “Vers un renforcement des pouvoirs de la COB“, LPA 1989, 16 juin, n° 72, p. 4.

JALADE (P.), “Le renforcement des pouvoirs de la COB“, LPA 1989, 13 sept., n° 110, p. 2.

JANIN (O.), “La responsabilité du comptable“ in La comptabilité publique : continuité et modernité, Imprimerie nationale, 1995, p. 196.

JAZANI (M.), "Le Conseil d'Etat refuse la modération des sanctions fiscales", Option finance 1998, 5 oct., n° 515, p. 20.

JAZANI (M.), "Sanctions fiscales et pouvoir de modération du juge de l'impôt. Les perspectives de la jurisprudence européenne au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", BF 1999-6, p. 270.

JEAN-PIERRE (D.) et **MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, "Le principe de l'égalité des armes", RRJ 1993, p. 489.

JEANTET (F.-C.), "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence", RTDE 1986, p. 53.

JEANTET (F.-C.), "L'esprit du nouveau droit de la concurrence", JCP 1987, G, I, n° 3277.

JEZE (G.), "La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la révocation et la discipline des fonctionnaires publics", RDP 1904, p. 780.

JEZE (G.), "L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux", RDP 1909, p. 667.

JODEAU-GRYMBERG (M.), "Autorités administratives indépendantes, un essai de recensement", Les cahiers de la fonction publique et de l'administration 2000, mai.

JOLY (S.), "Les risques liés aux relations entre collectivités locales et associations", Gestion Locale 1996, n° 63.

JOUVE (B.), "Prison et sanction : le régime disciplinaire des détenus", Rev. Pén. 1987, p. 243.

JOXE (P.), "La décentralisation n'a pas provoqué la corruption", Le Monde 1994, 16 octobre.

JOXE (P.), "La protection de l'intérêt public : les missions des juridictions financières", RFFP 1996, n° 56, p. 7.

JOXE (P.), "Le juge des comptes est garant de l'état de droit", Pouvoirs locaux 1996, sept., p. 43.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), "La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ?", Mélanges Drago, Economica, 1996, p. 395.

JUNG (H.), "Droits de l'homme et sanctions pénales", RTDH 1994, p. 163.

KDHIR (M.), "Le système français de contrôle administratif des concentrations économiques", RDP 1992, p. 1103.

KDHIR (M.), "Le recours abusif devant le juge administratif", RA 1991, p. 520.

KISS (A.), "La Convention européenne a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?", Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 493.

KLAOUSEN (P.), "Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", LPA 1993, 30 juillet, n° 91, p. 22.

KLUGER (J.), "L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du conseil constitutionnel", RSC 1995, p. 504.

KNIGHT (J.), "Grandes tendances dans la régulation des marchés boursiers", LPA 1994, 15 juin, n°71, n° spécial "Le juge et le marché boursier".

KOERING-JOULIN (R.), "La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 CEDH", RSC 1990, p. 765.

KOERING-JOULIN (R.), "Le juge impartial", RGP 1998, n° 10, p. 1.

KOERING-JOULIN (R.) et **TRUCHE (P.)**, "Retour sur le champ pénal européen", Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 513.

KORNPROBST (B.), "L'erreur manifeste", D. 1965, chron., p. 121.

KOVAR (R.), "Le Conseil d'Etat et le droit communautaire, de l'état de guerre à la paix armée", D. 1990, chron., p. 57.

KOVAR (R.), "La notion de juridiction en droit européen", Liber Amicorum J. Waline, Dalloz, 2002, p. 607.

KRIEGK (J.-F.), "L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance", LPA 1989, 12 juillet, p.5.

KRUGER (H.), "Sanctions fiscales et droits de la défense", GP 1994, doct., p. 1381.

LABAYLE (H.), "L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers : le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne", RFDA 1992, p. 624.

LABIE (F.), "La responsabilité solidaire des comptables dans la jurisprudence de la Cour des comptes", R du T 1980, p. 247 et p. 321.

LACHARRIERE (R. de), "L'ordre des médecins et l'ordre des architectes", DS 1941, p. 21 et p. 53.

LACHARRIERE (R. de), "La gestion par les organismes professionnels des services publics de l'économie dirigée", DS 1943, p. 263 et DS 1944, p. 1.

LAFORTUNE (M.-A.), "L'application de la CEDH aux procédures de sanctions administratives", RDBB 1999, n° 76, p. 217.

LAFORTUNE (M.-A.), “Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier“, GP 2001, 23 sept., p. 12.

LAMARQUE (J.), “Le procès du procès“, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 149.

LAMARQUE (J.), “Le cumul des sanctions fiscales et pénales“, RGP 1998, n° 2, p. 347.

LAMARQUE (D.) et MILLER (G.), “L'activité des chambres régionales des comptes : le juge administratif face aux attributions non contentieuses du juge des comptes“, AJDA 1998, p. 955.

LAMARQUE (D.) et MILLER (G.), “L'activité des chambres régionales des comptes : l'appel des jugements des chambres régionales des comptes, requêtes formées par des appelants autres que les comptables“, AJDA 1999, p. 1015.

LAMBERT (P.), “La CEDH et le droit disciplinaire“, JT (Belgique) 1988, p. 53.

LAMBERT (P.), “La Convention européenne des droits de l'homme et les procédures disciplinaires au sein des professions libérales“, RTDH 1990, p. 35.

LAMBERT (P.), “Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Cour européenne des droits de l'homme“, RTDH 1991, p. 3.

LAMBERT (P.), “Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme“, RTDH 1995, n° spécial, p. 161.

LAMBERT (P.), “Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité“ in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant et Nemesis, 1998, p. 63.

LAMBERT (T.), “La place des sanctions pénales dans le dispositif général de lutte contre la fraude fiscale“, LPA 1999, 30 avril, n° 86, p. 4.

LAMPUE (P.), “La notion d'acte juridictionnel“, RDP 1946, p. 5.

LANDAIS (T.), “L'évolution de l'action disciplinaire, vers un contrôle juridique du prétoire“, Rev. Pén. 1990, p. 269.

LANGE (D.-G.), “La disparition de la responsabilité des comptables“, RA 2000, n° 314, p. 173.

LAPOUBLE (J.-C.), *Fédérations et compétitions sportives*, JCL Adm., fasc. 269, 1996.

LAPOUBLE (J.-C.), “Une nouvelle AAI : le conseil de prévention et de lutte contre le dopage“, DA 2000, n° 4, avril, p. 8.

LARGER (J-F) et BONNAUD (P.), “Les chambres régionales des comptes, 1982-1992 : une décennie d'adaptations“, RFFP 1993, n° 43, p. 19.

LARGER (J-F) et DECONFIN (C.), “Les chambres régionales des comptes : 1983-1987, 5 années de fonctionnement“, RFFP 1988, p. 165.

LARUE (M.), “La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de gestion de fait sonne-t-elle le glas de cette procédure“, RGCT 2001, n° 17, p. 856.

LASCOMBE (M.), “Les ordres professionnels“, AJDA 1994, p. 855.

LASCOMBE (M.), “La reconnaissance d'utilité publique des dépenses“, RFFP 1999, n° 66, n° spécial “*Gestion de fait*“, p. 53.

LASCOMBE (M.), “Le juge des comptes, juge administratif ?“, Liber Amicorum J. Waline, Dalloz, 2002, p. 639.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), *Cour des comptes*, EDCA, 1996.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), “Chronique de droit financier“, RFDA 2001, p.1101.

LASSERRE (B.), “L'autorité de régulation des télécommunications“, AJDA 1997, p. 224.

LAURENT (P.), “Le contrôle des comptes publics locaux“, RFFP 1993, n° 43, p. 7.

LAURIN (Y.), “L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme“, GP 1993, 1-5 janv., p. 13.

LAVIALLE (C.), “Les normes déontologiques boursières“, JCP 1993, E, I, n° 241.

LAVIALLE (C.), “De la déontologie boursière, réflexion sur la renaissance du droit professionnel“ in Déontologie et droit, Presses de l'IEP Toulouse, 1994, p. 194.

LAVIALLE (C.), “Le corporatisme voilé. Réflexion recommencée sur l'arrêt Monpeurt“ in Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme, PUT, 1996, p. 9.

LAVIGNE (S.), “L'application des lois d'amnistie dans la fonction publique“, LPA 1989, n° 67, p. 19.

LE BOS-LE POURTHIET (A.-M.) et BUISSON (J.), “La constitution et la procédure de sanction fiscale“, AJDA 1991, p. 497.

LE CHATELIER (G.), “Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif“, AJDA 1996, n° spécial, p. 97.

LECLERE (C.), "Réflexions sur l'incidence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit des affaires", D et P 1999, sept., p. 67.

LECRUBIER (D.), "Les perspectives d'évolution de la sanction administrative vues par le juge judiciaire", AJDA 2001, n° spécial "*Les sanctions administratives*", p. 131.

LEFEVRE (R.), "Extension de compétence de la Cour de discipline budgétaire", R du T 1964, fév., p. 12.

LE FOLL (J.), "Chambres régionales et territoriales des comptes", JCL Administratif, fasc.1215, 1995, 27 pages.

LE GALL (J.P.) et GERARD (G.), "Le recours des contribuables sur le fondement de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", DF 1994, n° 21, p. 8785.

LE GALL (J.P.), "A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme", Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 55.

LEGATTE (P.), "Le médiateur est-il une autorité administrative ?" in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 135.

LEGATTE (P.), "Le médiateur de la République, situation actuelle?", RA 1986, p. 431.

LE GLOAN (J.), "L'influence croissante de la jurisprudence de la CEDH sur les droits nationaux", RDP 1999, p. 1765.

LE PLOUVIER (R.), "Le contentieux de pleine juridiction devant la CJCE", RMC 1973, p. 365.

LE PORTZ (Y.), "L'évolution du rôle et des pouvoirs de la COB", RDBB 1988, p. 118.

LEROY (C.), "Commentaire de la loi MAF", DA 1996, chron. 16.

LEROY (C.), "Commentaire de la loi MAF", DA 1997, chron. 2.

LE SOLLEU (G.), "Le pouvoir de sanction des autorités administratives contesté", La Tribune 1999, 2 juillet.

LESTOURNEAUX (A.) et FONTENEAU (P.), "Matière fiscale et droits de l'homme : le cas spécifique des pénalités fiscales", Fiscalité Européenne 1984-6, p. 19.

LESTOURNEAUX (A.) et FONTENEAU (P.), "Les garanties individuelles face aux actes des administrations fiscale et douanière : une étape décisive", Fiscalité européenne 1986, p. 27.

LETENEUR (M.), "La discipline pénitentiaire", Rev. Pén. 1984, p. 235.

LETOURNEUR (M.), "L'appréciation de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir", EDCE 1953, p. 66.

LETOURNEUR (M.), "L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français", Mélanges Van der Meersch, Bruylant, 1972, t. 3, p. 563.

LETOURNEUR (M.), "Une jurisprudence administrative originale : la jurisprudence du tribunal administratif de l'O.I.T.", Mélanges Couzinet, Université des sciences sociales Toulouse, 1974, p. 453.

LEVEL (P.), "La COB et la vie des sociétés", JCP 1997, G, II, n° 12350.

LEVIONNOIS (A.), "Réflexions sur les procédures des chambres régionales des comptes", CJF 1997, n° 72, janv., p. 1.

LEYAT (A.), "Les divers aspects de la mise en cause personnelle des élus locaux par le juge financier" in Les collectivités locales, 10 ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges, PUAM, 1994, p. 285.

LEYAT (A.), "Elus locaux et gestion de fait : incidences d'une déclaration de gestion de fait sur la situation du candidat à une élection ou de l'élu local", R du T 1993, p. 20.

LIET-VEAUX (G.), *Ordres professionnels. Règles communes*, JCL Adm., fasc. 145, 1997.

LIET-VEAUX (G.), *Ordres professionnels. Contrôle disciplinaire*, JCL Adm., fasc. 146, 1997.

LIET-VEAUX (G.), *Ordres professionnels de santé*, JCL Adm., fasc. 147, 1997.

LIET-VEAUX (G.), *Autres ordres professionnels*, JCL Adm., fasc. 148, 1997.

LLORENS (F.), "La Cour de discipline budgétaire et financière", Annales de l'université de sciences sociales de Toulouse 1981, p. 147.

LLORENS (F.), "La compétence des tribunaux judiciaires pour connaître de la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par la COB", RFDA 1991, p. 293.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), "La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence", D. 1989, chron., p. 67.

LHORTY (C.), "Quand l'ordonnateur s'immisce dans les attributions du comptable : la gestion de fait", NBB 1993, n° 21, p. 1.

LIET-VEAUX (G.), "L'ordre des architectes", RA 1962, p. 463.

LIMOUSIN-LAMOTHE (P.), “La réforme des chambres régionales des comptes, amélioration ou amputation ?”, AJDA 1988, p. 427.

LINDON (R.) et **DEVOLVE (P.)**, “Nature juridique de la commission nationale du droit de réponse à la radio et à la télévision”, JCP 1975, G, I, n° 2715 et n° 2734.

LINOTTE (D.), “Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif”, AJDA 1980, p. 362.

LINOTTE (D.), “Le droit public de la concurrence”, AJDA 1984, p. 60.

LOSCHAK (D.), “Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et l'administration”, DS 1982, janvier, p. 22.

LONG (M.), “L'état actuel de la dualité de juridictions”, RFDA 1990, n° spécial “*La dualité de juridictions en France et à l'étranger*”, p. 7.

LONG (M.), “Le conseil d'Etat, rouage de l'administration et juge administratif suprême”, RA 1995, p. 5.

LONGOBARDI (N.), “Autorité administrative indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique”, RFDA 1995, p. 171 et p. 383.

LONGOBARDI (N.), “Les autorités administratives indépendantes : une 1^{ère} approche (1^{ère} partie)”, LPA 1995, 6 oct., n° 120, p. 5.

LONGOBARDI (N.), “Les autorités administratives indépendantes : une 1^{ère} approche (2nde partie)”, LPA 1995, 13 oct., n° 123, p. 12.

LORTHE (J.C.), “Le contrôle administratif français des concentrations économiques”, RDP 1978, p.471.

LOUSSOUARN (Y.) et **BREDIN (J.-D.)**, “La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire”, D. 1963, chron., p. 36.

LUBEN (I.), “Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications”, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*”, p. 121.

LUC (I.), “L'application du principe d'impartialité aux autorités de concurrence françaises”, LPA 2002, 15 fév., n° 34, p. 4 et 18 fév., n° 35, p. 4.

LUCAS de LEYSSAC (C.), “Faut-il faire du conseil de la concurrence une juridiction ?”, RJC 1992, p. 273.

LUDWIG (R.), “Sur les gestions de fait consécutives à l'extraction irrégulière de fonds au moyen de subventions simulées consenties à des associations”, R du T 1983, p. 210.

LUDWIG (R.), “Sur la recevabilité des pourvois devant diverses juridictions contre les interventions des chambres régionales des comptes”, R du T 1984, p. 548.

LUDWIG (R.), “Réflexions sur la mise en mouvement de la juridiction des comptes par son ministère public au regard des gestions de fait”, R du T 1986, p. 495.

LUDWIG (R.), “Compétence du juge financier local”, R du T 1988, p. 193.

LUDWIG (R.), “Sur la reconnaissance d'utilité publique par le parlement des dépenses de gestions de fait sur les deniers de l'Etat” in Cahier de comptabilité publique de l'université de Caen 1989, n° 1.

LUDWIG (R.), “Les chambres régionales des comptes et la gestion de fait : une approche novatrice”, in Chambres régionales des comptes, dix ans après, Ed. JO, 1993, p. 25.

LUDWIG (R.), “Sur les arrêts ou jugements de non lieu à déclaration de gestion de fait pour absence d'intérêt pratique de la procédure”, R du T 1994, p. 604.

LUDWIG (R.), “Sur le non-lieu à déclaration de gestion de fait pour absence d'intérêt pratique de la procédure”, R du T 1996, p. 336.

LYON-CAEN (G.), “L'étendue du contrôle des tribunaux dans le droit disciplinaire du travail”, Rec. Gén. Lois 1960, p. 12.

LYON-CAEN (G.), “Corporation, corporatisme, néo-corporatisme”, DS 1986, p; 742.

MAESTRE (J.-C.), “La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ?” Mélanges Waline, LGDJ, 1974, p. 123.

MAESTRE (J.-C.), “Nécessaire mais juste responsabilité civile des agents publics”, Rev. Jurid. et polit. de l'Indépendance et de la Coopération 1973, p. 1093.

MAGNET (J.), “L'évolution de la théorie des gestions de fait”, AJDA 1964, p. 464.

MAGNET (J.), “Le ministère public près la Cour des comptes”, RDP 1973, p. 319.

MAGNET (J.), “La Cour des comptes est-elle une juridiction administrative ?”, RDP 1978, p. 1537.

MAGNET (J.), “Les pourvois à la Cour des comptes contre les arrêts et jugements relatifs aux comptes des collectivités locales”, Mélanges P.-M. Gaudemet, Economica, 1984, p. 503.

MAGNET (J.), “Que juge le juge des comptes ?”, RFFP 1989, n° 28, p. 115.

MAGNET (J.), “La responsabilité des comptables successifs“, RFFP 1990, n° 30, p. 163.

MAGNET (J.), “Chronique de justice financière“, Justices 1995-2, p. 295.

MAGNET (J.), “Les singularités du double degré dans la juridiction des comptes“, Justices 1996, juillet-décembre, p. 111.

MAGNET (J.), “L’inéligibilité et la déchéance des comptables de fait des deniers publics locaux“, RFFP 1999, n° 66, n° spécial “*Gestion de fait*“, p. 47.

MAGNET (J.), “La régularisation de la gestion de fait“, RFFP 1999, n° 66, n° spécial “*Gestion de fait*“, p. 81.

MAGNET (J.) et HEMAR (E.), “Qui cherche trouve : actualité de la juridiction des comptes“, D. 1993, chron., p. 41.

MAGNIER (V.), “La notion de justice impartiale“, JCP 2000, G, I, n° 252.

MAITROT (J.C.), “Jouvence pour une inconnue ? La réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière“, AJDA 1971, p. 507.

MAISL (H.), “Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale“ in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 75.

MAISL (H.), “La nouvelle réglementation des télécommunications“, AJDA 1996, p. 762.

MALIGNER (B.), “Des conditions d'exercice du pouvoir de réformation du juge de l'élection“, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 397.

MALIGNER (B.), “Le juge administratif et le contrôle des comptes de campagne des candidats aux élections“, RFDA 1993, p. 439.

MAMONTOFF (C.), “La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives“, RFDA 1999, p. 1004.

MANDON (P.) et DIRINGER (B.), “Elections locales et gestion de fait : quelles inéligibilités, pour quels comptables ?“, RFFP 1995, n° 50, p. 155.

MARCHESSOU (P.), “Le poids de la dualité de juridiction sur les sanctions fiscales“, Liber Amicorum J. Waline, Dalloz, 2002, p. 671.

MARCHI (J.P.), “La compétence de la Cour d'appel de Paris en matière de droit boursier“, GP 1991, p. 20.

MARCUS-HELMONS (S.), “Commentaires sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme“, Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 569.

MARGERIE (G. de), “Un nouveau type d'autorités“, Le débat 1988, n°52, p. 87.

MARIMBERT (J.), “L'autorité de régulation des télécommunications“, CJEG 2001, n° 582, p. 485.

MARIMBERT (J.), “L'office des autorités de régulation“, LPA 2002, 3 juin, n° 110, n° spécial *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 73.

MARINI (P.), “Le conseil de discipline de la gestion financière ou de la plus mauvaise façon de franchir un précipice“, B et D 1998, juillet-août, p. 28.

MARTENS (P.), “L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité“, Mélanges Velu, Bruylant, 1992, t. 1, p. 49.

MARTIN (D.), “Répartition des pouvoirs entre les autorités financières“, RDBB 1990, p. 11.

MARTIN (R.), “La fonction juridictionnelle du conseil de la concurrence“, JCP 1990, G, I, n° 3469.

MARTIN (R.), “Sur l'unité des ordres de juridiction“, RTDC 1996, p. 109.

MARTIN (D.) et AMIEL-MORABIA (S.), “L'extension du contrôle juridictionnel des marchés“, RTDCom 1996, p. 31.

MATHIEU (B.), “Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme“, D. 1995, chron., p. 211.

MATHIEU (G.), “L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques“, D. 1995, chron., p. 259.

MATSCHER (F.), “La notion de “décision d'une contestation sur in droit ou une obligation de caractère civil au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme“ in Mélanges Wiarda, Ed. Carl Heymanns, 1988, p. 395.

MATSCHER (F.), “La notion de “tribunal“ au sens de la Convention européenne des droits de l'homme“ in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant et Nemesi, 1996, p. 29.

MATSCHER (F.), “Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle – Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne“ in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant et Nemesi, 1998, p. 15.

MATSOPOULO (H.), “La présence du rapporteur du conseil de la concurrence au délibéré au regard de la CEDH”, LPA 1996, 20 sept., n° 114, p. 4.

MAUBLANC-FERNANDEZ (L.) et **MAUBLANC (J.-P.)**, “Dynamique européenne et résistances internes : propos sur l'application de la CEDH en matière fiscale”, RFDA 1995, p. 1181.

MAUGÛE (C.) et **STAHL (J.-H.)**, “Le cadre juridique des relations financières entre les SEM et les collectivités locales”, AJDA 1996, p. 475.

MAYAUD (Y.), “La justice pénale dans le monde des affaires. Libre propos sur une crise d'autorité”, Justices 1995-1, p. 35.

MAZEAUD (A.), “Un élargissement en jurisprudence du domaine de la sanction pécuniaire”, DS 1991, p. 469.

MCKEE (J.-Y.), “Le Conseil supérieur de la magistrature, siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6 CEDH”, Mélanges Draï, Dalloz, 2000, p. 89.

MELCHIOR (M.), “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la CEDH”, Mélanges Velu, Bruylant, 1992, t. 3, p. 1327.

MEMLOUK (M.), “L'état du droit dans les installations classées”, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*”, p. 38.

MENURET (J.-J.), “La saisine d'office du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme”, CCC 2002, chron. n° 1.

MENY (Y.), “La légitimation des groupes d'intérêts par l'administration française”, RAP 1986, n° 39, p. 99.

MERCUZOT (B.), “L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative” in Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 177.

MERKIN (C.) et **SAINT-MARS (B. de)**, “Le Conseil des marchés financiers”, thème 7, in La MAF, GLN Joly, 1996, p. 79.

MIGNON (E.), “L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives”, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*”, p. 99.

MIGNON (E.), “L'apport des juridictions communautaire et européenne au droit fiscal français”, LPA 2002, 15 mai, n° 97, p. 61.

MILLER (G.), “Les relations entre les juridictions financières et judiciaires”, R du T 1995, p. 357 et NBB 1995, n° 71, 16 sept, p. 1.

MILLER (G.), “Vers un droit des procédures propre aux juridictions financières”, R du T 1997, p. 83.

MITARD (E.), “L'impartialité administrative”, AJDA 1999, p. 478.

MODERNE (F.), “Etude comparée” in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p.186.

MODERNE (F.), “Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme”, LPA 1990, 17 janvier, n° 8, p. 15.

MODERNE (F.), “Les sanctions administratives au confluent du droit interne et des droits européens”, RFDA 1997, p. 1.

MODERNE (F.), “Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé”, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 411.

MODERNE (F.), “L'extension du contrôle juridictionnel à la corrélation faute disciplinaire-mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique”, RA 1978, p. 634.

MODERNE (F.), “La sanction administrative (éléments d'analyse comparative)”, RFDA 2002, p. 483.

MOLINIER (J.), “La jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière”, Mélanges Marty, USST, 1978, p. 839.

MOLINIER (J.), “Pour une clarification du droit de la répression fiscale”, DF 1980, n° 45, p. 1201.

MONNIER (F.), “Justice administrative”, Droits 2002, n° 34, p. 105.

MONTAGNIER (G.), “Le juge financier, juge des comptes et des comptables”, RFFP 1993, n° 43, p.46.

MOOR (P.) et **WOEHLING (J.-M.)**, “Le contrôle juridictionnel de l'administration” in Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest, Editions du CNRS, 1985, p. 37.

MORAND-DEVILLER (J.), “Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif” in Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique, Economica, 1991, p.183.

MORANGE (J.), “Les pouvoirs de la Haute autorité de la communication audiovisuelle”, RDP 1983, p. 1509.

MORANGE (J.), “La Commission nationale de la communication et des libertés et le droit de la communication audiovisuelle”, RFDA 1987, p. 372.

MORANGE (J.), “Le conseil supérieur de l'audiovisuel“, RFDA 1989, p. 235.

MOREAU (J.), “Les autorités administratives indépendantes dans le domaine des assurances“, RGAT 1991, p. 11.

MOREAU (J.), *Responsabilité personnelle des agents et responsabilité de l'administration*, JCL Adm., fasc. 806, 1993.

MOREAU (J.), “Règlement intérieur d'entreprise, sécurité et libertés individuelles“, Mélanges Drago, Economica, 1996, p. 447.

MOTTES (J.-E.), “Le contrôle financier des délégations“, AJDA 1996, n° spécial “*Délégations de services publics*“, p. 661.

MOURRE (A.), “La répression des infractions boursières après la loi de 1989“, GP 1990, doct., p.265.

MOUSSERON (J.M.), **SELINSKY (V.)** et **FERRIER (D.)**, “L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : le mort saisit le vif“, JCP 1987, E, n° 14840.

MUZELLEC (R.), “Le contrôle de la Cour des comptes sur les entreprises publiques“, AJDA 1976, p.540.

MUZELLEC (R.), “Chambres régionales des comptes/Cour des comptes : une séparation relative“, Les cahiers du CFPC 1985, juin, p. 72.

MUZELLEC (R.), “Le contrôle budgétaire des chambres régionales des comptes“, G des Com 1985, juillet, p.163.

NEGRIN (J.-P.), “Les associations administratives“, AJDA 1980, p. 129.

NEGRIN (O.), “Les inéligibilités des comptables de fait“, RGCT 1999, n° 7 , sept./oct.

NORMAND (J.), “Le droit à un procès impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (art. 6-1 CEDH) et la composition des juridictions“, RTDCiv 1993, p. 874.

NICOLLE (M.), “Propositions pour une réforme des conseils régionaux de l'ordre des médecins“, JCP 1991, I, n° 3523.

ODENT (R.), “Le contrôle du Conseil d'Etat sur les ordres professionnels“, APD 1953-54, p. 109.

ODENT (R.), “Les droits de la défense“, EDCE 1953, p. 55.

ODENT (R.), “De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas – Réflexions sur une jurisprudence“, EDCE 1962, p. 43.

ORANGE (M.), “La cour de cassation condamne les procédures de la COB“, Le Monde 1999, 7-8 fév., p. 16.

ORANGE (M.), “La cour de cassation condamne les procédures du conseil de la concurrence“, Le Monde 1999, 7 oct., p. 20.

ODIN (A.), “L'organisation de la profession dentaire“, DS 1942, p. 145.

PACTEAU (B.), “Les tendances actuelles d'évolution de la juridiction administrative en France“, RIDC 1986, n° 8, p. 55.

PACTEAU (B.), “Le contentieux administratif : une révolution de velours“, G des Com 1995, 10 avril, p. 74.

PACTEAU (B.), “Les Cours administratives d'appel. De nouveaux juges pour une justice administrative nouvelle“, Justices 1996-4, p. 99.

PACTEAU (B.), “Le juge administratif français et l'interprétation européenne“ in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p. 251.

PACTEAU (B.), “Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?“, RA 1999, n° spécial, n° 1, p. 51.

PALAU (P.), “Les demandes d'intervention spontanées faites par les citoyens aux chambres régionales des comptes“, RFFP 1994, n° 47, p. 125.

PAULIAT (H.), “Le contrôle du juge administratif sur les décisions des autorités administratives compétentes en matière audiovisuelle“, RFDA 1992, p. 256.

PAULTRE de LAMOTTE (J.), “Les sanctions fiscales dans le système fiscal français“, RFFP 1999, n° spécial “*Sanctions fiscales*“, n°65, p. 9.

PAYSANT (A.), “Le régime disciplinaire de l'enseignement supérieur“, AJDA 1966, p. 287 et p. 331.

P. C. et G. M., “Les nouvelles attributions de la Cour de discipline budgétaire et financière“, RA 1963, p. 386.

PELISSIER (J.), “Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire“, Mélanges Vincent, Dalloz, 1981, p. 273.

PELLAS (J.-R.), “L'influence du droit à un procès équitable sur le pouvoir de sanction fiscale“, LPA 1994, 1^{er} juillet, n° 78, p. 28.

PELLOUX (M.), “Vrais et faux droits de l'homme : problème de définition et de classification“, RDP 1981, p. 53.

PEREZ (E.), “Etude sur l'inéligibilité du comptable de fait“, RFFP 1991, n° 34, p. 233.

PETIT (J.), “L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales“, RFDA 1997, p. 843.

PETTITI (C.), “L'amnistie en matière sociale“, GP 1988, p. 620.

PETTITI (L.-E.), “Les droits du détenu et la Convention européenne des droits de l'homme“, RPen 1981, p. 317.

PETTITI (L.-E.), “Les principes généraux du droit pénal et la Convention européenne des droits de l'homme“, RSC 1987, p. 167.

PETZOLD (H.), “La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme“, CJF 1997, n° spécial, n° 81, p. 1.

PEYRICAL (J.-M.), “Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude sur la neutralisation et la substitution de motifs“, AJDA 1996, p. 30.

PEYTEL (A.), “La charte médicale et le Conseil d'Etat“, GP 1951, 2, doct., p. 98.

PHILIP (L.), “La Cour de discipline financière et budgétaire“, RSF 1964, p. 744.

PHILIP (L.), “Mise en cause de la responsabilité financière des élus locaux“ in Les collectivités locales, 10 ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges, PUAM, 1994, p. 269.

PHILIP (L.), “L'évolution récente de la jurisprudence constitutionnelle en matière fiscale“, DF 1998, n° 23, p. 730.

PICARD (E.), “La juridiction administrative et les exigences du procès équitable“ in Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992, Engel, 1994, p. 217.

PICAVET (G.), “La responsabilité du comptable public“ in La comptabilité publique : continuité et modernité, Imprimerie nationale, 1995, p. 188.

PINIOT (M.-C.), “Sanctions administratives et personnes morales : une autre forme de répression“, LPA 1996, 11 déc., n° 149, p. 54.

PINIOT (M.-C.), “La mise en œuvre de la répression à l'encontre des personnes morales : évaluation comparée des 2 voies répressives“, RSC 1995, p. 293.

PINIOT (M.-C.), “Le nouveau paysage des sanctions après la mise en application de la directive“, LPA 1996, n° 5, n° spécial “*Le nouveau marché boursier européen au 1^{er} janvier 1996*“, p. 49.

PIOLE (G.) et PIQUIN (J.-M.), “Les chambres régionales des comptes et les délégations de service public au plan local“, RFFP 1996, n° 56, p. 49.

PIRET (J.-M.), “Impartialité du juge et suspicion légitime“, Mélanges Velu, Bruylant, 1992, t. 2, p.857.

PISIER (E.), “Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les autorités administratives indépendantes“, Pouvoirs 1988, n° 46, p. 71.

PISIER (E.) et BOURETZ (P.), “Le retour des sages“, Esprit 1988, avril, p. 12.

PISSALOUX (J.-L.), “Le contrôle des associations par le juge des comptes“, LPA 1996, n° 71, 12 juin, p. 35.

PISSALOUX (J.-L.), “Faut-il réintégrer les associations para-administratives ?“, G des Com 1996, 8 avril, p. 14.

PIVET (Y.), “La diversité d'activité et ses limites“, AJDA 1993, p. 587.

PLAGNET (B.), “La répression de la fraude fiscale : vers un rapprochement de la répression administrative et de la répression pénale“, RJF 1995-3, p. 155.

PLAISANT (R.) et BARBRY (P.), “Libre concurrence et ententes industrielles“, D. 1954, chron., p.67.

PLAISANT (R.) et LASSIER (B.), “Les trois premières années d'une politique des ententes“, D. 1960, chron., p. 61.

POCHARD (M.), “Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique“, Cahiers de la FP 2001, n° 206, p; 3.

POCHARD (M.), “Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction“, AJDA 2001, n°spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 106.

POCHARD (M.), *Responsabilité des élus*, JCL Adm., fasc. 812, 2001.

POIRMEUR (Y.) et FAYET (E.), “La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit“ in Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 97.

PONS (B.), “La responsabilité professionnelle disciplinaire : l'évolution des procédures disciplinaires“, LPA 2001, 11 juillet, n° 137, p. 54.

POULY (C.), *Contrôle des comptes des comptables publics*, JCL Adm., fasc. 1240, 1995.

POUYAUD (D.), “La réforme du 31 décembre 1987 et la distinction des contentieux“, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 541.

PRADA (J.), “L'évolution du rôle de la Cour des comptes dans ses relations avec le pouvoir législatif“, RA 1995, p. 29.

PRADA (J.), “Faut-il opposer contrôle privé/contrôle public ?“, RFFP 1993, n° 43, p. 81.

PRADA (M.), “La loi MAF et le rôle de la COB“, Bull. mens. de la COB 1996, n° 302, mai, p. 1.

PRADA (M.), “La loi MAF et le rôle de la COB“, Bull. mens. de la COB 1996, n° 306, oct., p. 1.

PRADA (M.), “La loi MAF et le rôle de la COB“, Bull. mens. de la COB 1997, n° 313, mai, p. 1.

PRADEL (J.), “La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français“, RSC 1990, p. 692.

PRADEL (J.), “Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes“, Mélanges Levasseur, GP-Litec, 1992, p. 459.

PRADEL (J.), “L'individualisation de la sanction“, RSC 1977, p. 723.

PRALUS-DUPUY (J.), “La répression disciplinaire de l'infraction pénale“, RSC 1992, p. 229.

PRALUS-DUPUY (J.), “Cumul et non cumul de sanctions en droit disciplinaire“, D. 1993, chron., p.135.

PRALUS-DUPUY (J.), “Le sursis disciplinaire : un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal“, RSC 1994, p. 135.

PRALUS-DUPUY (J.), “L'article 6 CEDH et les contentieux de la répression disciplinaire“, RSC 1995, p. 723.

PRALUS-DUPUY (J.), “Discipline“, EDPen, 1997.

PRALUS-DUPUY (J.), “Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire“, RSC 2000, p.547.

PREAT (D.), “Chambres régionales des comptes : entre respect du contradictoire et méconnaissance du secret professionnel“, LPA 1996, 20 déc., p. 4 .

PRETOT (X.), “Réflexions sur la justice administrative“, D. 1986, p. 271.

PRETOT (X.), “Le contentieux de la fonction publique et la Convention européenne des droits de l'homme“, RDP 2000, n° 3, p. 617.

PRIET (F.), “Astreinte et expulsion d'étrangers“, LPA 1995, 19 juillet, n° 86, p. 35.

PUECH (M.), “La COB et la surveillance du marché financier au regard du droit pénal“, Mélanges Bastian, Librairies Techniques, 1974, t. 1, p. 211.

PUISOYE (J.), “Le respect des droits de la défense devant les juridictions administratives“, D. 1962, p. 1.

PUISOYE (J.), “La jurisprudence sur les respects des droits de la défense devant l'administration“, AJDA 1962, p. 79.

PUISOYE (J.), “Le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels“, S. 1963, p. 35.

QUASTANA (J.), “L'accroissement des garanties. L'exemple des débits de boissons et du retrait d'agrément“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 95.

QUASTANA (J.), “La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration ? Rapport général“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 141.

RAMETTE (R.), “Le pouvoir de sanction administrative de la COB“, RDBB 1994, p. 365.

RAMETTE (R.), “Le pouvoir de sanction administrative de la COB“, BJB 1994, p. 365.

RAMETTE (R.), “La réforme de la COB et le cumul des pouvoirs normatifs, de sanction et d'investigation“, BJB 1995, p. 483.

RAPP (L.), “Le droit public, l'économie et la régulation : l'exemple des télécommunications“, LPA 2002, 3 juin, n° 110, n° spécial *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 50.

RASERA (M.), “Les chambres régionales des comptes et la démocratie locale : le temps de la maturité“ in La gestion locale face à l'insécurité juridique (diagnostic - analyse - propositions), L'harmattan, 1997, p. 253.

RASSON-ROLAND (A.), “Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'article 6-1 CEDH“, Administration publique (Belgique) 1983, p. 205.

RAVAUD (C.), “Les fonctionnaires de l'Europe des droits de l'homme : vers un droit public européen“, AJFP 2000, n° 6, p. 38.

RAY (J.-E.), “Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire ?”, DS 1987, p. 366.

RAYNAL (A.), “Le rôle de la COB : bilan 1990 et perspectives”, LPA 1992, 20 avril, p. 6.

RAYNAUD (J.-M.), “Réflexions sur l'arrêt Caro : de l'Ordre à l'ordre ou les dangers de la disparition d'une majuscule”, D. 1965, chron., p. 207.

REGOURD (S.), “Le droit de la communication audiovisuelle après la loi du 29 juillet 1982”, D. 1982, p. 23.

REGOURD (S.), “La dualité public/privé et le droit de la communication audiovisuelle”, RFAP 1987, n° 3, p. 356.

REILLER (J.), “Régulation administrative, régulation judiciaire...régulation globale ?”, Justices 2000-2, p. 71.

RENAUD (S.), “Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central”, RRJ 2001, n°16, n° spécial, p. 2203.

RIBS (J.), “Le CE et les marchés financiers”, LPA 1995, 2 oct., p. 4.

RIBS (J.), “L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes”, GP 2000, 28 juillet, p. 3.

RICHER (L.), “Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire)”, CJEG 1990, p. 367.

RICHER (L.), “L'amende pour recours abusif devant le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs”, AJDA 1983, p. 451.

RIDEAU (J.) et **RENUCCI (J.F.)**, “Dualité de protection juridictionnelle des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme”, Justice 1997-6, p. 95.

RIFFAULT-TRECA (J.), “La répression administrative (COB, Conseil de la concurrence)”, RSC 1995, n° spécial “*La mise en œuvre de la répression à l'encontre des personnes morales*”, p. 262.

RIFFAULT-TRECA (J.), “La répression administrative (COB et conseil de la concurrence)”, RSC 1996, p. 262.

RIFFAULT-TRECA (J.), “La répression pénale et/ou administrative des infractions d'initié”, RSC 1997, p. 1.

RIGAUX (F.), “Le droit disciplinaire du sport”, RTDH 1995, n° spécial, p. 295.

RIVAI (R.), “Les autorités de régulation devant le Conseil d'Etat”, Le Monde 1999, 21 novembre.

RIVERO (J.), “Le juge administratif, un juge qui gouverne ?”, D. 1951, chron., p. 22.

RIVERO (J.), “Apologie pour les faiseurs de systèmes”, D. 1951, chron., p. 99.

RIVERO (J.), “Existe-t-il un critère du droit administratif ?”, RDP 1953, p. 279.

RIVERO (J.), “Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, D. 1962, chron., p. 37.

RIVERO (J.), “Sanction juridictionnelle et règle de droit”, Mélanges Juliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 457.

RIVERO (J.), “Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif”, EDCE 1979-1980, n° 31, p. 27.

RIVERO (J.), “Filtrer le moustique et laisser passer le chameau”, AJDA 1981, p. 277.

RIVERO (J.), “Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique”, Mélanges Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.

ROBERT (J.), “Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel, propos et variations”, RDP 1987, p. 1151.

ROBERT (J.) (dir.), “Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?”, RFDA 1993, p. 849.

ROBERT (J.), “Droit administratif et droit constitutionnel”, RDP 1998, p. 971.

ROBERT (J.-H.), “Unions et désunions des sanctions de droit pénal et de celles du droit administratif”, AJDA 1995, n° spécial, p. 76.

ROBERT (J.-H.), “La bonne administration de la justice”, AJDA 1995, n° spécial, p. 117.

ROBERT (J.-H.), “La dépenalisation”, APD 1997, p. 191.

ROBERT (J.-H.), “L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives”, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*”, p. 27.

ROBERT (M.-C.), *Commission des opérations de bourse*, EDStés et EDCom, 1994.

ROLLAND (P.), “Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme” in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Ed. STH, 1990, p. 47.

ROLLAND (P.), “L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme”, RUDH 1991, n° spécial, n° 7-9, p. 280.

RONCHEVSKY (N.), "L'application du principe de la personnalité des poursuites et des sanctions aux sanctions administratives prononcées à l'encontre des personnes morales", BJB 1997, n° 4, p. 646.

RONCHEVSKY (N.), "La COB à l'épreuve de l'exigence d'impartialité", BJB 1999, p. 130.

ROSSINOL (J.), "Le nouveau visage de la Cour de discipline et budgétaire", RSF 1972, p. 725.

ROUHETTE (G.), "L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès", Mélanges Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 687.

ROUSSET (O.), "Collectivités locales, associations : un partenariat à encadrer", LPA 1998, 23 janvier, n° 10, p. 5.

ROUYERE (A.), "Faut-il faire figurer les autorités administratives indépendantes dans la constitution?", LPA 1992, 4 mai, n° 54, p. 56.

RYSSDAL (R.), "Aperçu de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", CJF 1997, n° spécial, n° 81, p. 1.

SABOURIN (P.), "Les Autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle", AJDA 1983, p.275 à 295.

SABOURIN (P.), "Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat" in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 93.

SABOURIN (P.), "Un persan au Conseil d'Etat", AJDA 1993, p. 515.

SABOURIN (P.), "Le Conseil d'Etat face au droit communautaire. Méthodes et raisonnements", RDP 1993, p. 397.

SAINT MARC (P.), "Les chambres régionales des comptes "en procès" ", GP 1999, 2/3 juillet, p. 10.

SAINTE-ROSE (J.) et LALARDRIE (A.), "Procès équitable et procédure disciplinaire" in Rapport de la Cour de cassation pour 1999, Documentation française, 2000, p. 207.

SALOMON (R.), "Le particularisme des infractions boursières", JCP 2000, E, 18 mai, n° 20, p. 788.

SALOMON (R.), *La réforme de la procédure de sanction de la COB par les décrets n° 2000-720 et 2000-721 du 1^{er} août 2000*, JCL Banque, Crédit et Bourse, fasc. 1511, 2001.

SALON (S.), "La Cour de discipline budgétaire et financière", CFP 1995, n° 131, janvier.

SARGOS (R.), "Le devoir d'impartialité, fondement de la légitimité et de la crédibilité du juge dans un Etat démocratique", GP 1992, 24-26 mai, p. 1.

SARGOS (R.), "La dimension économique de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme", Cahiers du CREDHO, n° 2, 1994, p. 19.

SAUNIER (P.), "La faute de gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline financière et budgétaire", RFDA 1992, p. 1055.

SAUVE (J.-M.), "Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives", AJDA 2001, n° spécial "*Les sanctions administratives*", p. 16.

SAVATIER (J.), "La juridiction disciplinaire médicale. Epreuve vécue d'un pouvoir disciplinaire organisé à l'intérieur d'une profession", Mélanges Brethe de la Gressaye, Ed. Bière, 1967, p.733.

SAVATIER (J.), "L'amnistie des sanctions disciplinaires dans les entreprises", DS 1981, p. 609.

SAVATIER (J.), "La paire de lacets ou les limites de la faute grave", DS 1986, p. 236.

SAVATIER (J.), "Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982", DS 1986, juin, p. 504.

SAVOYE (J.), "La notion de "manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs", D. 1968, chron., p. 103.

SCHIELE (P.), "Cumul des sanctions fiscales répressives et des sanctions pénales pour fraude fiscale", RProc.1998, août/sept., p. 4 .

SCHRAMECK (O.), "*Droit administratif et droit constitutionnel*", AJDA 1995, n° spécial, p. 34.

SCHRAMECK (O.), "Quelques observations sur le principe du contradictoire", Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 632.

SCHRAMECK (O.) et DELCROS (X.), "La commission des sondages, un garant fragile pour la démocratie", AJDA 1988, p. 386.

SCHWARTZ (R.), "Le contrôle juridictionnel des décisions du Conseil national des barreaux", LPA 2001, n° 50, 30 juillet, p. 20.

SCOFFONI (G.), "Jurisprudence fiscale et Convention européenne des droits de l'homme, vers une protection européenne du contribuable national", Cahiers de l'IDEDH 1993, n° 2, p. 110.

SCNAPPER (D.), "Défense et illustration des sages", Pouvoirs 1990, n°52, p. 101.

SEBAN (A.), "Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation", LPA 2002, 3 juin, n° 110, n° spécial *Droit de la régulation : questions d'actualité*, p. 63.

SEILLIER (B.), "Le droit communautaire et le principe de séparation des autorités", RFDA 1997, p.1161.

SELINSKY (V.), "Le contentieux de la répression administrative des ententes et des positions dominantes", Mélanges Péquignot, CERAM-Université de Montpellier, 1984, t. 2, p. 641.

SELINSKY (V.), "La commission de la concurrence : bilan provisoire des travaux", JCP 1985, G, I, n° 14221.

SELINSKY (V.), *Conseil de la concurrence*, JCL Com., Conc., Cons., fasc. 60, 1992.

SERRA (Y.), "L'évolution du droit pénal des sociétés dans le cadre de la COB", D. 1974, chron., p.43.

SERMET (L.), "Bilan de jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'application de l'article 6 CEDH", RFDA 1997, p. 1010.

SERIEYX (A.), "Associations, gestion de fait, inéligibilité", G des Com.1997, 23 juin, p. 33.

SFEZ (L.), "La nature juridique des sanctions fiscales non pécuniaires", RSF 1966, p. 361.

SIMON (D.), "Le juge administratif et le juge européen" in Le juge administratif à l'aube du XXIème siècle, PUG, 1995, p. 369.

SINAY (H.), "Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité des jurisprudences administrative et judiciaire", DS 1979, juillet-août, p. 275.

SOLER-COUTEAUX (P.), "Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif", Liber Amicorum J. Waline, Dalloz, 2002, p. 377.

SOLUS (H.), "L'ordre des experts-comptables et des comptables agréés", DS 1942, p. 193.

SOLUS (H.), "L'ordre des experts-comptables et des comptables agréés et l'ordonnance du 19 septembre 1945", DS 1946, p. 395.

SOUBELET (P.), "Bilan (provisoire) de l'activité des chambres régionales des comptes", AJDA 1984, p. 368.

SOYER (J.-C.), "La loi nationale et la CEDH", Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 125.

SOYER (J.-C.) et DE SALVIA (M.), "Article 6" in La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 239.

SPERDUTTI (G.), "Sur la notion de "droits et obligations de caractère civil" dans l'article 6-1 de la CEDH", Mélanges Dupuy, Pédone, 1991, p. 279.

SPIELMANN (A.), "Les détenus et leurs droits (de l'homme)", Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p.777.

SPITZ (E.), "Sanctions fiscales et droits de la défense", RFFP 1993, p. 193.

STASIAK (F.), "Les cumuls de sanctions en droit boursier", BJB 1997, p.181.

STIRN (B.), "Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation", AJDA 1990, p. 591.

STIRN (B.), "Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel", Justices 1996-3, p. 41.

STIRN (B.), "Juridictions administratives et cours européennes", RA 1998, p. 212.

STOUFFLET (J.) et DESCHANEL (J.P.), "Commentaire de la loi du 2 août 1989", Banque 1990, p.27 et p. 146.

SUDRE (F.), "L'Europe des droits de l'homme", Droits 1991, p. 105.

SUDRE (F.), "Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme", RUDH 1991, p. 257.

SUDRE (F.), "Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", JCP 1993, G, I, n° 3654.

SUDRE (F.), "Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", JCP 1996, G, I, n° 3910.

SUDRE (F.), "Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme", Cahiers de l'IDEDH 1997, n° 6, p. 123.

SUDRE (F.), "Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", JCP 1998, G, I, n° 107.

SUDRE (F.), "Le recours aux notions autonomes" in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant et Némésis, 1998, p. 93.

SUDRE (F.), "La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme" in Mélanges Mourgeon, Bruylant, 1998, p. 687.

SUDRE (F.), "Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", JCP 1999, G, I, n° 105.

SUDRE (F.), "L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 821.

SURREL (H.), "La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions financières", RFDA 1999, p. 1022.

SURREL (H.), "Le jugement des comptes des comptables de fait à l'épreuve des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme", RFDA 2002, p. 105.

SYNVET (H.), "Le nouveau droit boursier français après la loi sécurité et transparence du marché financier", RDBB 1990, n° 17, p. 3.

SZAFRAN (D.), "L'incidence des droits de l'homme en droit économique et financier", Mélanges Lambert, 2000, p. 841.

TAMION (E.), "Le rôle et le fonctionnement des chambres régionales des comptes", G des Com 1994, 26 sept., p. 82.

TAVERNIER (P.), "La CEDH et la distinction droit public /droit privé", Liber-Amicorum M.-A.Eisen, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 399.

TAVERNIER (P.), "Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? (à propos du champ d'application de l'article 6)", Mélanges Pettiti, Bruylant, 1998, p. 707.

TEBOUL (G.), "Ordre juridique international et ordre juridique interne. Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif", RDP 1999, p. 697.

TEITGEN-COLLY (C.), "Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution" in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 21.

TEITGEN-COLLY (C.), "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", LPA 1990, 17 janvier, n° spécial "Sanctions administratives", n° 8, p. 25.

TEITGEN-COLLY (C.), "Les instances de régulation et la constitution", RDP 1990, p. 153.

TEITGEN-COLLY (C.), "Garanties du procès équitable et répression administrative" in "Quelle politique pénale pour l'Europe?", Economica, 1993, p. 291.

TERCINET (M.-R.), "Cour de discipline budgétaire et financière et responsabilité des élus locaux", Mélanges Peiser, PUG, 1995, p. 451.

TERNEYRE (P.), "Le juge administratif et le juge constitutionnel" in Le juge administratif à l'aube du XXIème siècle, PUG, 1995, p. 423.

TERRE (F.), "La réforme de la COB : la confusion des pouvoirs", La Vie Jud. 1989, 7 août, p. 3.

TERRE (F.), "Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel", AJDA 1990, p. 595.

THEBAULT (S.), "L'impérieuse réforme de la Cour de discipline budgétaire et financière", RFFP 2002, n° 78, p. 171.

THEVENON (E.), Chambres régionales des comptes, EDCA, 1996.

THERY (J.), "Compétence et fond du droit dans le contentieux de la responsabilité des fonctionnaires", EDCE 1958, n° 12, p. 78.

THIRIEZ (F.), "L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif", AJDA 1999, n° spécial, p.105.

TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), "Comptabilité publique", AJDA 1995, p. 116.

TROPER (M.), "Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire", Pouvoirs 1981, n° 16, p. 5.

TROTABAS (L.), "Institutions financières", D. 1962, p. 238.

TROTABAS (L.), "Adieu au conseil supérieur de l'éducation nationale statuant en matière contentieuse et disciplinaire", D. 1965, chron., p. 25.

TROTABAS (L.), "La création des nouveaux ordres de juridiction et les attributions des conseils de l'enseignement", Mélanges Julliot de la Morandière, LGDJ, 1964, p. 583.

TRUCHET (D.), "Une loi de la dernière chance ? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle", JCP 1983, G, I, n° 3120.

TRUCHET (D.), "Vers un droit commun de la communication", RFAP 1987, n° 3, p. 347.

TRUCHET (D.), "La loi du 17 janvier 1989 sur la communication audiovisuelle ou la fin de l'illusion lyrique", RFDA 1989, p. 235.

TRUCHET (D.), "Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?", Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 335.

TRUCHET (D.) "Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel", Justices 1996-3, p. 53.

TURC (A.), "La responsabilité du comptable dans l'administration moderne" in La comptabilité publique : continuité et modernité, Imprimerie nationale, 1995, p. 205.

TUNC (A.), "La nouvelle COB", RIDComp. 1992, p. 132.

TUNC (A.), "Pouvoirs et compétences de la COB : surveillance et régulation des marchés", NBB 1983, 16 / 31 mai.

TUNC (A.), "La réforme de la COB", NBB 1991, 21 / 27 janvier.

TUOT (T.), "Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? Les organismes de régulation économique", AJDA 2001, n° spécial "Les sanctions administratives", p. 135.

TUROT (J.), “Pénalités fiscales : une zone de transit du droit administratif“, RJF 1992-4, p. 263.

TUROT (J.), “L’abus de droit est-il un vice ?“, RJF 1996-7, p. 486.

TURPIN (D.), “L’audience publique dans les juridictions financières“, CJF 1997, n° 81, p.15.

VAILLANT (D.), “Réflexion sur l’action administrative et sa sanction“, AJDA 2001, n° spécial “*Les sanctions administratives*“, p. 7.

VALADOU (P.), “Le pouvoir de commandement du juge à l’administration“, LPA 1995, 28 juin, p.12.

VAN COMPERNOLLE (J.), “Evolution et assouplissement de la notion d’impartialité objective“, RTDH 1994, p. 429.

VAN COMPERNOLLE (J.), “L’incidence de la Convention européenne des droits de l’homme sur l’administration de la justice“ in La mise en œuvre interne de la convention européenne des droits de l’homme, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 1994, p. 69.

VAN COMPERNOLLE (J.), “Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire“, Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 935.

VAN DE KERCHOVE (M.), “Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : 2 versions asymétriques de la dépenalisation“, Déviante et Société 1981, n° 1, p. 1.

VANDENDRIESSCHE (X.), “La déclaration de gestion de fait“, RFFP 1999, n° 66, n° spécial “*Gestion de fait*“, p. 21.

VAN SOLINGUE (A.), “L’article 6 CEDH et les procédures disciplinaires devant l’ordre des médecins“, RDIP (belge) 1983, p. 903.

VAQUIER (R.), “La Cour de discipline financière et budgétaire“, compte rendu de la journée Université - Cour des comptes, 11 décembre 1975, Imprimerie nationale, 1975.

VAREILLE (P.), “Le pardon du juge répressif“, RSC 1988, p. 676.

VASSEUR (M.), “La COB“, Banque 1969, p. 84.

VATEL (D.), “Aspects judiciaires et juridictionnels du pouvoir de sanction de la COB“, RSés 1994, p.25.

VEDEL (G.), “La responsabilité des administrateurs devant la Cour de discipline budgétaire“, RSLF 1949, p. 115.

VEDEL (G.), “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge“, Mélanges Waline, LGDJ, 1974, p. 777.

VEDEL (G.), “La réforme de la Cour de discipline financière et budgétaire“, NBB 1990, n° 481, p. 5.

VEDEL (G.), “La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?“, RFDA 1990, n° spécial “*La dualité de juridictions en France et à l’étranger*“, p. 698.

VEDEL (G.), “Réflexions sur la justice universitaire“, Mélanges Trotabas, LGDJ, 1970, p. 559.

VELLEY (S.), “La constitutionnalisation d’un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs“, RDP 1989, p. 766.

VENEZIA (J.-C.), “Sur le degré d’originalité du contentieux économique“, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 147.

VIANDIER (A.), “Sécurité et transparence du marché financier“, JCP 1989, E, I, n° 15612 et JCP 1989, G, I, n° 3420.

VIANDIER (A.), “Compétence du juge judiciaire en matière de recours contre certaines décisions du Conseil des bourses de valeur“, BJ 1991, p. 771.

VIANDIER (A.), “Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marché“, BJB 1994, p. 249 et LPA 1994, 15 juin, n° 71, n° spécial “Le juge et le marché boursier“.

VICHNEVSKY (L.), “La mise en œuvre de la répression à l’encontre des personnes morales : bilan sommaire“, RSC 1995, n° spécial, p. 289.

VIGNAL (N.), “La COB rappelée à l’ordre dans l’exercice de son pouvoir de sanction“, Bull. d’actualité Lamy Sociétés Commerciales, mars 1999, n° 15, p. 1.

VIGNERON (B.), “CEDH et contentieux judiciaire de l’impôt“, LPA 1994, 6 juillet, n° 80, n° spécial “CEDH et fiscalité“.

VINCENT (J.-Y.), “L’erreur manifeste d’appréciation“, RA 1971, p. 401.

VOGEL (L.), “Le juge et le marché boursier : rapport de synthèse“, LPA 1994, 15 juin, n° 71, n°spécial “*Le juge et le marché boursier*“.

VOGEL (L.), “Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France. Bilan d’une année d’activité du Conseil de la concurrence et de la Cour d’appel de Paris, section concurrence“, JCP 1990, G, I, n° 3470.

VOILLEMOT (D.), “Les procédures de sanction : motivation et proportionnalité de la sanction“, RCC 1995, p. 45.

WALINE (J.), “La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des danaïdes ?“, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 347.

WALINE (M.), “Le critère des actes juridictionnels“, RDP 1933, p. 565.

WALINE (M.), “La notion de juridiction et ses conséquences“, RDP 1947, p. 68.

WALINE (M.), “De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour les fautes personnelles et des moyens d'y remédier“, RDP 1948, p. 5.

WALINE (M.), “Nature juridique des pénalités fiscales“, RSF 1949, p. 14.

WEIL (P.), “La règle de la “double juridiction“ en matière de responsabilité des comptables publics“, RSLF 1950, p. 593.

WEIL (P.), “Droits de l'homme et droit administratif français“, Mélanges Cassin, Pédone, 1971, p.245.

WIEDERKEHR (G.), “Qu'est-ce qu'un juge ?“, Mélanges Perrot, Dalloz, 1996, p. 577.

WINKLER (A.), “Conseil de la concurrence et concurrence des autorités“, Le débat 1988, n° 52, p.76.

WOEHLING (J.-M.), “Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins“, Mélanges Charlier, Emile-Paul, 1981, p. 341.

WOEHLING (J.-M.), “La procédure et les pouvoirs du juge en contentieux administratif“, in 30^{ème} anniversaire des Tribunaux administratifs, Ed.CNRS, 1986, p. 73.

WOEHLING (J.-M.), “Le juge administratif français et les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme relatives aux accusations en matière pénale“, RFDA 1994, p. 414.

WOEHLING (J.-M.), “Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi“, LPA 1995, 24 mai, n° 62, p. 18.

WOEHLING (J.-M.), “La redécouverte du recours plein contentieux“ in Le JA à l'aube du XXI^e siècle, PUG, 1995, p. 247.

WOEHLING (J.-M.), “Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?“, Mélanges Braibant, 1996, Dalloz, p. 777.

WOEHLING (J.-M.), “Les sanctions administratives forfaitaires et l'article 6 CEDH“ in La CEDH, développements récents et défis nouveaux, Bruylant, 1997, p. 182.

X, “Les débuts de la CDBF“, R du T 1952, janvier, p. 3.

X, “L'avenir des autorités administratives indépendantes“ in Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, p. 302.

YERNAULT (D.), “Le fisc, ses amendes et la matière pénale“, RTDH 1995, p. 427.

YERNAULT (D.), “Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un procès équitable ? Les sanctions administratives et l'article 6 CEDH dans les jurisprudences belge, française et européenne“, Adm. Pub. 1995, p. 241.

YERNAULT (D.), “Procession d'Echternach à Strasbourg ? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de la puissance publique“, RTDH 1998, p. 307.

YOLKA (P.), Contraventions de grande voirie, JCL Justice adm., fasc. 70-21, 2001.

ZAKINE (I.), “L'exigence du contradictoire“, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 69.

ZEGBIB (H.), “Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse“, RDP 1998, p. 467..

ZIMMERMANN (R.), “Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 CEDH“, RFDA 1994, p. 335.

CONCLUSIONS

- ABRAHAM**, concl. sur CE, 24 octobre 1990, *Alfredo Ragusi*, AJDA 1991, p. 322.
- ABRAHAM**, concl. sur CE, 19 juin 1991, *Ville d'Annecy contre Dussolier*, AJDA 1992, p. 150 et RduT 1991, p. 642.
- ABRAHAM**, concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1992, *Panizzoli*, RFDA 1993, p. 469.
- ARRIGHI DE CASANOVA**, concl. sur CE, avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Méric*, RJF 1995-5, p. 326.
- ARRIGHI DE CASANOVA**, concl. sur CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, DF 1996, n° 25, comm. n° 765 et BCF 1996-5, comm. n° 607.
- ARRIGHI DE CASANOVA**, concl. sur TC, 4 novembre 1996, *Société Datasport contre Ligue nationale de football*, JCP 1997, G, II, n° 22802.
- ARRIGHI DE CASANOVA**, concl. sur CE, avis, 8 juillet 1998, *Fattell*, RJF 1998-8/9, p. 637.
- BACHELIER**, concl. sur CE, sect., 1^{er} octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, RJF 1999-11, comm. n° 1397 et BCF 1999, n° 11, p. 47.
- BACQUET**, concl. sur CE, 1^{er} février 1980, *Société peintures Corona*, DS 1980, p. 310.
- BACQUET**, concl. sur CE, Ass., 20 novembre 1981, *Ministre du budget contre Rispaill et autres*, Rec. CE, p. 434.
- BERNARD**, concl. sur CE, 30 juin 1961, *Procureur général de la Cour des comptes contre sieur Mazer*, RDP 1961, p. 850.
- BERNARD**, concl. sur CE, Ass., 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, D. 1962, p.630.
- BERTRAND**, concl. sur CE, 26 février 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, RDP 1965, p. 506.
- BERTRAND**, concl. sur CE, 24 mai 1966, *Ministre des finances contre sieur Lemaire*, AJDA 1966, II, p. 637.
- BONICHOT**, concl. sur CE, 14 janvier 1998, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, LPA 1998, 31 juillet, n° 91, p. 27.
- BONICHOT**, concl. sur CE, sect, 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, RFDA 1993, p. 506.
- BONICHOT**, concl. sur CE; 28 janvier 1994, *Cohen*, RFDA 1994, p. 443.
- BONICHOT**, concl. sur CE, sect, 27 septembre 1994, *Département de l'Indre*, RFDA 1995, p. 162.
- BONICHOT**, concl. sur CE, sect, 28 juillet 1999, *Groupement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouët*, LPA 1999, n° 244, 8 décembre, p. 9.
- BRAIBANT**, concl. sur CE, 19 juin 1959, *Moritz*, S. 1960, p. 59.
- BRAIBANT**, concl. sur CE, 2 mars 1973, *Massé*, Rec. CE, p. 184.
- BRAIBANT**, concl. sur CE, 2 mars 1973, *Delle Arbousset*, RDP 1973, p. 1066.
- BRAIBANT**, concl. sur CE, 13 mai 1974, *Carpentier*, RTDSS 1975, p. 34.
- CELIER**, concl. sur CE, 4 juin 1947, *Frémicourt*, D. 1947, p. 518 et JCP 1947, G, II, n° 3673.
- CHARDEAU**, concl. sur CE, 12 décembre 1953, *De Bayo*, RPDA 1954, p. 3.
- CHAUVAUX**, concl. sur CE, 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, AJDA 1998, p.729.
- CHAUVAUX**, concl. sur CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, D. 1999, p. 85 et Rec. CE, p. 320.
- CHENOT**, concl. sur CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, RDP 1944, p. 256 et D. 1945, p. 110..
- COMBEXELLE**, concl. sur CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, AJDA 1998, p. 362.
- CORNEILLE**, concl. sur CE, 20 juin 1913, *Téry*, Rec. CE, p. 736.
- CORNEILLE**, concl. sur CE, 14 janvier 1916, *Camino*, S. 1922, 3. 10.
- DAEL**, concl. sur CE, 29 avril 1988, *Cuaz contre Conseil national de l'Ordre des médecins*, AJDA 1988, p. 400.
- DELVOLVE**, concl. sur CE, 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte*, RDP 1951, p. 478.
- DENIS-LINTON**, concl. sur CE, Ass., 18 décembre 1992, *Moutoussamy*, AJDA 1993, p.50.
- DONNEDIEU de VABRES**, concl. sur CE, 13 mars 1953, *Teissier*, D. 1953, p. 735.
- DONNEDIEU de VABRES**, concl. sur CE, Ass., 29 janvier 1954, *Chaigneau*, DS 1954, p. 589.
- DONDOUX**, concl. sur CE, sect., 14 mars 1975, *Rousseau*, RDP 1975, p. 823.
- DONDOUX**, concl. sur CE, 5 mai 1976, *S. A. F. E. R. d'Auvergne contre Bernette*, DS 1976, p. 346.

DONDOUX, concl. sur CE, sect., 18 février 1977, *Abellan*, DS 1977, p. 166.

DONDOUX, concl. sur CE, 18 février 1977, *Hervouet*, Rec. CE, p. 98.

DU MARAIS, concl. sur CE, 6 janvier 1995, *Nucci*, RFFP 1995, p. 216 et Rec. C des C, p. 147.

DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. sur CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, RFDA 1985, p. 381.

FOURNIER, concl. sur CE, sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, RDP 1961, p. 155.

FABRE, concl. sur CE, 23 mars 1975, *req. n° 87. 573 et 85. 496*, DF 1975, n° 23, comm. n°775.

FLIPO, concl. sur TC, 22 juin 1992, *Mizon*, JCP 1993, G, I, n° 22035.

FRANC, concl. sur CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, JCP 1979, G, II, n° 19242.

FRANC, concl. sur CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, RDP 1981, p. 1441.

FRYDMANN, concl. sur CE, Ass., 23 juin 1989, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget contre Veque et autres*, RFDA 1990, p. 100.

FRYDMANN, concl. sur CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, RFDA 1994, p.429 et Rec.CE, p. 118.

FRYDMANN, concl. sur CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, Rec. CE, p. 82, RFDA 1995, p. 353 et RUDH 1995, p. 323.

GALABERT, concl. sur CE, sect., 21 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme*, AJDA 1977, p. 139.

GENEVOIS, concl. sur CE, 9 juin 1978, *Lebon*, AJDA 1978, p. 574.

GENEVOIS, concl. sur CE, sect., 9 mai 1980, *Société des Etablissements Cruse fils*, AJDA 1980, p.482.

GENEVOIS, concl. sur CE, sect., 19 décembre 1980, *Hechter*, GP 1981, 10 sept., p.544.

GENEVOIS, concl. sur CE, 19 décembre 1980, *Roques*, RA 1981, p.146.

GENEVOIS, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, D.1985, p.150.

GENEVOIS, concl. sur CE, sect., 16 mars 1984, *Broadie*, D. 1984, p. 317.

GOULARD, concl. sur CE, 8 mars 2002, *SARL Clinique médicale de Mazargues*, RDF 2002, n° 30-35, comm. n° 648.

GREVISSE, concl. sur CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre contre Coulon*, RDP 1955, p. 995.

GREVISSE, concl. sur CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, AJDA 1973, p. 37.

GUIONIN, concl. sur CE, 9 novembre 1951, *Fischer*, Rec. CE, p. 523.

GUIONIN, concl. sur CE, sect., 12 juillet 1955, *Grunberg*, Rec. CE, p. 407.

GUIONIN, concl. sur CE, sect., 20 janvier 1956, *Nègre*, D. 1957, p. 319.

GULPHE, concl. sur Cass., 1^{ère} civ., 10 janvier 1984, JCP 1984, G, II, n° 20210.

HAGELSTEEN, concl. sur CE, 13 mars 1981, *Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris et autres et SARL Armand Pellerin*, JCP 1981, G, II, n° 19580.

HAGELSTEEN, concl. sur CE, 15 avril 1992, *Smets*, DF 1993, n° 44, com. n° 2084, p.1749.

HAÏM, concl. sur CAA Paris, 10 février 2000, *Eskeslassy*, RDF 2000, n° 49, p. 1634.

HENRY, concl. sur CE, 27 octobre 1961, *Bréart de Boisanger*, Rec. CE, p. 595.

HUBAC, concl. sur CE, 27 avril 1988, *Sophie*, Rec. CE, p. 160.

JAGERSCHMIDT, concl. sur CE, 4 décembre 1891, *Bastier*, Rec.CE, p. 726.

KAHN, concl. sur CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. CE, p. 196, D. 1957, jurisp., p. 748, S. 1958. 1. 32.

KAHN, concl. sur CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris contre Delle Chevreau*, DO 1968, p. 113.

KAHN, concl. sur CE, 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances contre Dame Perrot*, AJDA 1968, p. 170.

KESSLER, concl. sur CE, Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, RFDA 1993, p. 1002.

LABETOULLE, concl. sur CE, 12 mars 1976, *Raynal*, RTDSS 1977, p. 38.

LABETOULLE, concl. sur CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, Rec.CE, p. 395.

LABETOULLE, concl. sur TC, 13 février 1984, *Cordier et autres*, LPA 1984, 14 novembre, p. 11.

LAFORTUNE, concl. sur Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, GP 1999, 24-25 fév., p. 60 et Bull. Cass. 1999, 15 avril, p. 3.

LAFORTUNE, concl. sur Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, GP 1999, 1-2 déc., p. 9.

LAGRANGE, concl. sur CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, S. 1944. 3. 1 et D. 1944, p.52.

LAMY, concl. sur CE, sect., 3 avril 1998, *Mme Barthélémy*, RFDA 1998, p. 1039.

LAMY, concl. sur CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, JCP 2000, G, n°10459.

LAMY, concl. sur CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, RFDA 2002, p. 509.

LAURENT, concl. sur CE, 15 octobre 1954, *Société financière de France*, AJDA 1954, II, p. 461.

LE CHATELIER, concl. sur CE, 12 octobre 1992, *Galy-Dejean*, RDP 1993, p. 329.

LE CHATELIER, concl. sur CE, 18 décembre 1992, *Schwartzenberg*, AJDA 1993, p. 45.

LEONARD, concl. sur CE, Ass., 19 février 1943, *Bugnet et autres*, DS 1943, p. 173.

LEROY, concl. sur CE, sect., 25 janvier 1991, *Vigier*, AJDA 1991, p. 389.

LETOURNEUR, concl. sur TC, 26 mai 1954, *Moritz*, S. 1954, 3. 85.

LINDON, concl. sur TC, 22 novembre 1965, *Collin*, D. 1966, p. 195.

LOLOUM, concl. sur CE, avis, 4 avril 1997, *Jammet*, BCF 3/1997, p.41 et DF 1997, n° 24, com. n°660.

LOUIS, concl. sur TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Simon*, RTDH 1995, p. 523.

MARGUERIE, concl. sur CE, 5 mai 1882, *Ministre de l'intérieur contre Chasteau*, D. 1883, 3. 105.

MARTIN (C.), concl. sur CAA Paris, 9 avril 1998, *Fattell*, DF 1998, n°23, com. n° 497.

MARTIN (P.), concl. sur CE, 17 février 1992, *Vermeersh*, DF 1992, n° 45, p.1773.

MARTIN LAPRADE, concl. sur CE, 9 novembre 1988, *Grisoni*, RJF 1989-2, comm. n° 179.

MASSOT, concl. sur CE, sect., 18 mars 1977, *Dame Meaux*, AJDA 1977, p. 546.

ODENT, concl. sur CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, RDP 1947, p. 68.

PAUTI, concl. sur CE, 8 février 1985, *Castet*, Rec. CE, p. 31.

PINIOT, concl. sur Cass., com., 9 avril 1996, *Haddad contre Agent judiciaire du Trésor*, RJDA 1996-5, p. 438.

PIVETEAU, concl. sur CE, 21 février 1996, *Mutuelle antillaise des assurances et autres*, AJDA 1996, p. 322.

POCHARD (M.), concl. sur CE, 11 janvier 1993, *Conseil régional de l'ordre des géomètres-experts de Bordeaux contre Belsegues*, RA 1993, p.123.

QUENCEZ, concl. sur CAA Lyon, 1^{er} avril 1997, *Zekri*, AJDA 1997, p. 512.

QUESTIAUX, concl. sur CE, 6 mai 1966, *Ministre des Armées contre Chedru*, D. 1967, jurisp., p. 50.

QUESTIAUX, concl. sur CE, Ass., 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, RDP 1969, p. 520.

RIVIERE, concl. sur CE, Ass., 26 juillet 1978, *SARL Armoric Robert Houdin*, DF 1979, n°19, comm. n° 963.

ROBERT, concl. sur CE, 23 janvier 1864, *Petit-Colas*, Rec. CE, p. 51.

ROBINEAU, concl. sur CE, Ass, 22 décembre 1982, *D'Orcival*, AJDA 1983, p. 321.

ROMIEU, concl. sur CE, 9 février 1894, *Broks*, Rec. CE, p. 109.

ROMIEU, concl. sur CE, 19 avril 1907, *Gleize*, Rec. CE, p. 333 et D. P. 1908, 3. 97.

ROMIEU, concl. sur CE, 12 juillet 1907, *Ministre des finances contre Nicolle*, Rec. CE, p. 656.

ROUX, concl. sur CE, 20 mai 1985, *Labbe et autres*, RFDA 1985, p. 554.

SAINTE-ROSE, concl. sur Cass., civ., 5 octobre 1999 (2 arrêts), JCP 1999, G, II, n°10203 et GP 2000, 20 janv., p. 5.

SAINT-PAUL, concl. sur CE, 18 décembre 1903, *Dame Greliche, Sieur Jossaud et Département de la Drôme*, Rec. CE, p. 796.

SAINT-PULGENT, concl. sur CE, Ass, 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, RFDA 1991, p. 613.

SANSON, concl. sur CE, Ass, 14 février 1996, *Maubleu*, RFDA 1996, p. 1186 et Rec. CE, p. 34.

SCANVIC, concl. sur CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, RFDA 1992, p. 1131.

SCHMELTZ, concl. sur CE, 13 février 1974, *req. n° 80. 476, 80. 478 et 80. 479*, DF 1974, n° 28, comm. n° 864.

SCHWARTZ, concl. sur CE, 24 février 2000, *L'hermite*, G des Com 2000, 27 mars, p. 60 et DS 2000, fév., p. 194.

SCHWARTZ, concl. sur TC, 18 octobre 1999, *A. D. P.*, AJDA 1999, p. 996.

SEBAN, concl. sur CE, 3 décembre 1999, *Didier*, RFDA 2000, p. 584.

SEBAN, concl. sur CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RFDA 2000, p. 435.

SEBAN, concl. sur CE, Ass., 6 avril 2001, *Société Entreprise Razel Frères*, LPA 2001, 7 août, n° 156, p. 19 et RFDA 2001, p. 1299.

SEGALAT, concl. sur CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, S. 1942, 3. 37, D. 1942, p. 138 et RDP 1943, p. 57.

SENNERS, concl. sur CE, Avis, 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie*, RDF 2002, n° 26, comm. n°555.

STAHL, concl. sur CE, 26 mars 1999, *Société E. D. A.*, AJDA 1999, p. 427.

STAHL, concl. sur CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Intermarbres et Société Million et Marais*, Rec. CE, p. 406, CJEG 1997, p. 441 et RFDA 1997, p. 1228.

STIRN, concl. sur CE, 16 novembre 1984, *Woetglin*, D.1985, p. 58.

STIRN, concl. sur TC, 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau*, RFDA 1989, p. 457 et GP 1989, 2, p. 582.

THERY, concl. sur CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, Rec. CE, p. 576.

TOUTEE, concl. sur CE, 10 juillet 1995, *Société TFI*, AJDA 1995, p. 637.

TOUTEE, concl. sur CE, 13 janvier 1995, *Société TFI*, AJDA 1995, p. 406.

TUOT, concl. sur CE, 6 janvier 1989, *Société automobiles Citroën*, RFDA 1989, p. 871.

VERPILLIERE, concl. sur CE, sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers*, CJEG 1990, p. 380.

NOTES

A. C., note sous CE, 26 février 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, CJEG 1966, p. 32.

ANDRE (J.-M.), note sous CE, sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, LPA 1999, n° 11, 15 janvier, p. 12.

APPLETON (J.), note sous CE, 28 mars 1924, *Poursines*, D. 1924, 3. 49.

AUBY (J.-M.), note sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, RDP 1981, p. 1687.

AUBY (J.-M.), note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon*, RDP 1979, p. 228.

AUBY (J.-M.), note sous CE, 7 novembre 1979, *Mme Boury Nauron*, RDP 1980, p. 1449.

AUBY (J.-M.), note sous CE, 21 novembre 1952, *Tesse*, S. 1953, 3. 69.

AUBY (J.-M.), note sous CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, RDSS 1979, p. 210.

AUBY (J.-M.), note sous CE, 8 février 1985, *Castet*, JCP 1985, G, II, n° 20524.

AUSTRY (S.), chron. sous CE, avis, 4 avril 1997, *Jammet*, RJF 1997-5, p. 287.

AUSTRY (S.), chron. sous CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, RJF 1996-5, p. 611.

AUTIN (J.-L.), note sous CE, 14 juin 1991, *Association Radio Solidarité*, RFDA 1992, p. 1016.

AUTIN (J.-L.) et SUDRE (F.), note sous CEDH, 28 septembre 1995, *Procola contre Luxembourg*, RFDA 1996, p. 783.

AZIBERT (M.) et BOIDIEFFRE (M. de), chron. sous CE, 27 avril 1988, *Sophie*, AJDA 1988, p. 489.

AZIBERT (M.) et BOIDIEFFRE (M. de), chron. sous CE, 21 octobre 1988, *Syndicats des avocats de France*, AJDA 1988, p. 727.

BAILLY, note sous Cass., 1^{ère} civ., 18 mai 1989, D. 1990, p. 113.

BASEK (M.), note sous TC, 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau*, AJDA 1989, p. 467.

BEAUVAIS (R.), note sous CE, sect., 1^{er} octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, BGF des ent. 1999, p. 14.

BELLOUBET-FRIER (N.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, D. 1995, p. 381.

BENOÎT-ROHMER (F.), note sous CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen contre Belgique et Lobo Machabo contre Portugal*, RTDE 1997, p. 373.

BERNARD (L.), note sous CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, LPA 1996, 14 juin, p. 7.

BERTHELOT (T.-P.) et RIO (Y.), note sous ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France*, GP 1997, 2, 29 juillet, p. 1018.

BERTHELOT (T.-P.) et RIO (Y.), note sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, GP 1998, 2-3 déc., p. 30.

BIENVENU-PERROT (A.), note sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, BJB 2000, janv./ fév., p. 29.

BIERE (J.-M.), note sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, RA 2000, p. 42.

BLANCHARD (B.), note sous Cass, 1^{ère} civ, 5 octobre 1999, *2 arrêts*, D. 2000, n° 14, p. 312.

BLANQUER (J.-M.), note sous CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, RDP 1995, p. 517.

BLIN (H.), note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, JCP 1973, G, II, n° 17324.

BOITEAU (C.), obs. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, JCP 2000, G, I, n° 25.

BOIZARD (M.), obs. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, D. 2000, CDaf, n° 4, p. 62.

BOIZARD (M.), obs. sous Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, D. Aff. 1999, p. 410.

BOIZARD (M.), obs. sous CA Paris, 7 mars 2000, D. 2000, CDaf., p. 212.

BONNARD (R.), note sous CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, RDP 1943, p. 57.

BONNET (A.), note sous CAA Lyon, 9 octobre 1996, *SARL Ambulances Centrales*, DF 1997, n° 18, com. n° 485.

BON-GARCIN (I.), chron. sous CE, 3 février 1999, *Bedoian*, D.1999, p. 249.

BON-GARCIN (I.), chron. sous CE, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, D.1999, p. 249.

BONHAUSER (M.), note sous TA Saint-Denis de la Réunion, 17 décembre 1997, *SARL Maf Intérim*, La lettre de l'IACF 1998, n° 63, p. 47.

BONICHOT (J.-C.), note sous CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, RFDA 1990, p. 912.

BONICHOT (J.-C.), obs. sous CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels de football contre Heylens*, RJES 1988, n° 5, p. 3.

BONICHOT (J.-C.) et ABRAHAM (R.), note sous CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, JCP 1998, G, I, n° 176.

BOULOC (B.), note sous Cass., crim., 7 décembre 1972, D. 1973, p. 697.

BOURDON (J.), note sous CE, 29 décembre 1999, *Montoya*, RGCT 2001, p. 927.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.), obs. sous CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels de football contre Heylens*, JDI 1988, p. 517.

BOUTEMY (B.) et MEIER (E.), note sous TGI Paris, 6 juillet 2000, *Dalloz Furet et Gautier*, RDF 2001, n° 3, p. 133.

BOUTEMY (B.) et MEIER (E.), note sous TGI Nîmes, 15 février 2001, *SCI Guardians Aigues-Mortes*, RDF 2001, n° 28, comm. n° 670.

BOYON (M.) et NAUWELAERS (M.), note sous CE, Ass., 16 janvier 1976, *Dujardin*, AJDA 1976, p. 75.

BRACONNIER (S.), note sous CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, JCP 2000, G, I, n° 296.

BRARD (Y.), note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, JCP 1997, G, II, n° 990 et RJF 1997-6, comm. n° 641.

BRAUD (M.), note sous CE, 29 juillet 1998, *Brochot-Denys*, AJFP 1999, n° 3, p. 20.

BRECHON-MOULENES (C.), note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, AJDA 1973, p. 339.

BRIERE (J.-M.), note sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, RA 2000, n° 313, p.42.

BUEB (G.), note sous CEDH, 28 janvier 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, GP 1994, doct., p. 456.

CABANES (P.) et LEGER (D.), chron. sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, AJDA 1973, p.31.

CADOU (E.), note sous Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, JCP 2000, G, II, n° 10255.

CALLEWAERT (J.), note sous CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers contre Belgique*, RTDH 1992, p.204.

CARREAU et MARTIN, note sous CA Paris, 24 juin 1991, *Devanlay S. A. contre société des Galeries Lafayette*, RS 1992, p. 70.

CELIER (C.), note sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, JCP 1944, G, II, n° 2565.

CHAPPERT (A.), note sous CE, avis, 8 juillet 1998, *Fattell*, Répertoire Defrenois 1999, n° 36945.

CHAPUS (R.), note sous TC, 26 mai 1954, *Moritz*, D. 1955, p. 385.

CHASTEL (A.) et SCHIELE (P.), note sous TGI Lyon, 24 février 1999, *Société Sofodim contre directeur des services fiscaux du Rhône*, LPA 1999, n° 149, 28 juillet, p. 21.

CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.), chron. sous CE, 10 juin 1996, *Elections cantonales de Toulon*, AJDA 1996, p. 559.

CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.), chron. sous TC, 4 novembre 1996, *Société Datasport contre Ligue nationale de football*, AJDA 1997, p. 142.

CHELLE (D.) et PRETOT (X.), note sous CE, 6 janvier 1989, *Société automobiles Citroën*, DS 1989, p. 376.

CLAUDEL (E.), obs. sous Cass, 1^{ère} civ, 5 octobre 1999, *2 arrêts*, RTDCom 2000, p. 632.

COHEN-JONATHAN (G.), note sous TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Simon*, RUDH 1995, p.120.

COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz contre Espagne* et CEDH, 9 décembre 1994, *Hilani contre Espagne*, Justices 1996-3, p. 236.

COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, Justices 1997-5, p. 206.

COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen contre Belgique et Lobo Machabo contre Portugal*, Justices 1997-5, p. 195.

COLLIARD (C.-A.), note sous CE, sect., 2 février 1945, *Moineau*, D. 1945, p. 269.

COMBARNOUS (M.) et GALABERT (J.-M.), chron. sous CE, 19 novembre 1958, *Caisse primaire de sécurité sociale de Saint-Nazaire*, AJDA 1959, 1, p. 70.

COMBARNOUS (M.) et GALABERT (J.-M.), chron. sous CE, sect., 23 janvier 1959, *Perrier*, AJDA 1959, 1, p. 72.

COULARD (G.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, RJF 1994-6, p. 383.

COURET (A.), note sous TC, 22 juin 1992, *Mizon*, BJ 1992, p. 961.

COUVRAT (P.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, RSC 1995, p. 381.

COUZINET (M.), note sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, GP 1999, 24-25 nov., p. 38.

C. P., note sous CE, sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, AJDA 1961, p. 141.

CRISTINI (R.) et RAINAUD (J.-M.), note sous CE, 29 janvier 1982, *Société Feudor-France*, D. 1984, jurisp., p. 23.

CRUCIS (H.-M.), note sous CE, Ass, 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, DA 2000, n° 61.

CRUCIS (H.-M.), note sous CE, Ass., 27 octobre 2000, *Desvigne*, DA 2001, n° 66.

CRUCIS (H.-M.), note sous CE, Ass., 6 avril 2001, *Société Razel frères*, DA 2001, n° 168.

DAIGRE (J.-J.), obs. sous CE, 9 avril 1999, *Gie Oddo-Futures contre CMT*, JCP 1999, E, n° 37, p.1435.

DAMIEN (A.), note sous Cass, 1^{ère} civ, 5 octobre 1999 (2 arrêts), GP 2000, 20 janv., p. 5.

DAVOUST (D.), note sous CAA Lyon, 9 octobre 1996, *SARL Clinique Mozart*, QJ 1997, n° 43.

DECAUX (E.) et TAVERNIER (P.), chron. sous CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers contre Belgique*, JDI 1992, p. 797.

DECAUX (E.) et TAVERNIER (P.), chron. sous CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos contre Espagne*, JDI 1994, p. 799.

DECAUX (E.) et TAVERNIER (P.), chron. sous CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol contre France*, JDI 1994, p. 821.

DECAUX (E.) et TAVERNIER (P.), chron. sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, JDI 1995, p. 752.

DECOOPMANN (N.), note sous TC, 22 juin 1992, *Mizon*, D. 1993, p. 439.

DEGOFFE (M.), note sous CE, sect, 6 janvier 1995, *Nucci*, JCP 1996, G, I, n° 22592.

DEGUELDRE (J.-M.), GRAMBLAT (L.) et HERBIERE (M.), note sous Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, GP 1999, 24-25 fév., p. 70.

DEGUERGUE (M.), TC, 24 octobre 1994, *Institut privé de gestion financière*, LPA 1995, 20 juin, p.7.

DELAMARRE (G.), note sous CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, GP 1981, 2, p. 775.

DELAPORTE (V.), note sous CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol contre France*, Cahiers du CREDHO 1994, n° 2, p. 43.

DELVOLVE (P.), note sous CE, sect., 9 mai 1980, *Société des Etablissements Cruse fils*, D. 1980, IR, p. 557.

DELVOLVE (P.), obs. sous TC, 7 juillet 1980, *Peschaud*, D. 1980, IR, p. 561.

DELVOLVE (P.), note sous CE, sect, 19 décembre 1980, *Hechter*, D. 1980, IR, p. 561.

DELVOLVE (P.), obs. sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, D. 1981, IR, p. 528.

DENOIX de SAINT-MARC (R.), note sous CE, 21 janvier 1985, *Hospices de Châteauneuf-du-Pape*, RFDA 1985, p. 716.

DESCHEEMAEKER (C.), note sous CE, Ass., 6 avril 2001, *Société Razel frères*, DA 2001, n° 115 et n° 145.

DE SOTO, note sous CE, 12 décembre 1953, *De Bayo*, AJDA 1954, II, p. 138.

DE SOTO, note sous CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, D. 1945, p. 110.

DE SOTO et LEAUTE, note sous CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre contre Coulon*, D. 1955, p. 554.

DEWOST et DENOIX de SAINT-MARC (R.), chron. sous CE, 21 février 1969, *Ministre des P. T. T. contre Kopacki*, AJDA 1969, I, p. 156.

DEWOST et DENOIX de SAINT-MARC (R.), chron. sous CE, 12 juillet 1969, *L'Etang*, AJDA 1969, p. 558.

DEYGAS (S.), note sous CE, Ass, 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RProc 2000, avril, com n° 110.

DEYGAS (S.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RProc 2001, sept., p. 23.

DILLEMAN (G.), note sous CE, 14 janvier 1981, *Putot*, JCP 1981, G, I, n° 19650.

D. M. R., note sous CE, 19 mars 1997, *Association Ici et maintenant*, AJDA 1997, p. 633.

DOBKINE (M.), note sous CA Paris, 15 janvier 1993, JCP 1993, E, n° 414.

DONNEDIEU DE VABRES (J.) note sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, D. 1944, p. 52.

DRAGO (R.), note sous CE, 19 juin 1959, *Moritz*, AJDA 1959, II, p. 304.

DRAGO (R.), note sous TC, 13 février 1984, *Cordier et autres*, RDP 1984, p. 1139.

DRAGO (R.), note sous CE, 21 janvier 1985, *Hospices de Châteauneuf-du-Pape*, RDP 1985, p. 1356.

DRAGO (R.), note sous CA Paris, 7 mars 2000, JCP 2000, G, II, n° 10408.

DRAPIER (M.), note sous CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, D. 1980, p. 433.

DREIFUSS (M.), note sous CE, avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Méric*, AJDA 1995, p. 739.

DREYFUS (F.), note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, GP 1973, doct., p. 211.

DUBOUIS (L.), note sous CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, RDSS 1979, p. 59.

DUBOUIS (L.), note sous CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, RDSS 1982, p. 57.

DUBOUIS (L.), note sous CE, Ass, 11 juillet 1984, *Subrini*, RDSS 1985, p. 25.

DUBOUIS (L.), note sous CJCE, 15 mai 1986, *Mme Johnston contre Chief Constable of the royal Ulster Constabulary*, RFDA 1988, p. 691.

DUBOUIS (L.), note sous CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels de football contre Heylens*, RFDA 1988, p. 691.

DUBOUIS (L.), obs. sous CE, 26 juillet 1996, *Pandit*, RDSS 1997, p. 265.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), note sous CA Paris, 15 janvier 1993, D. 1993, p. 273.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), note sous Cass., com., 9 avril 1996, *Haddad contre Agent judiciaire du Trésor*, LPA 1996, 26 juin, n° 77, p. 29.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), note sous Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, LPA 1999, n° 29, 10 fév., p. 3.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), note sous CA Paris, 2 juillet 1999, LPA 1999, n° 206, 15 oct., p. 6.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), note sous Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, LPA 1999, n° 206, 15 oct., p. 4.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), note sous CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG contre COB*, LPA 2000, 22 mai, n° 101, p. 4.

DUGRIP (O.) et SUDRE (F.), note sous CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby contre Grèce*, JCP 1997, G, II, n° 22949.

DURAND (P.), note sous Cass, soc., 16 juin 1945, *Etablissements Poliet Chausson contre Vialard*, DS 1946, p. 427.

DURRY (G.), note sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, GP 1999, 13 février, p. 202.

DUTHELLET de LAMOTHE (O.) et ROBINEAU (Y.), chron. sous CE, sect., 7 juillet 1978, *Massip*, AJDA 1978, p. 446.

ECKERT (G.), note sous CE, sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, RDP 1999, p. 633.

EISENMANN (C.), note sous CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, JCP 1952, G, I, n° 6734.

FABRE (F.-J.), note sous CdesC, 26 mai 1992, *Médecin, Association Nice-communication*, RA 1992, p. 528.

FABRE (F.-J.), note sous CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci*, RA 1995, p; 259.

FABRE (F.-J.), note sous CE, Ass., 20 novembre 1981, *Ministre du budget contre Rispaill et utres*, RA 1982, p. 393.

FAUGEROLAS (L.), note sous CE, sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers*, BJ 1990, p. 1056.

FIALAIRE (J.), note sous CE, 23 février 2000, *L'Hermitte*, LPA 2001, 29 janvier, n° 20, p. 6.

FLAUSS (J.-F.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, LPA 1994, 11 mai, n° 56, p. 23.

FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou contre Turquie*, AJDA 1995, p. 723.

FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen contre Belgique et Lobo Machabo contre Portugal*, AJDA 1996, p. 1028.

FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby contre Grèce*, AJDA 1997, p. 986.

FLAUSS (J.-F.), note sous ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France*, AJDA 1997, p.977.

FLAUSS (J.-F.), note sous CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, AJDA 1998, p. 991.

FLAUSS (J.-F.), chron. sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, AJDA 2000, p. 530.

FLAUSS (J.-F.), obs. sous CEDH, 18 mars 1997, *Fouchet contre France*, RGDP 1998, p.247.

FLECHEUX (O.), note sous Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, GP 1999, 1-2 déc., p. 2.

FRAISSEX (P.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, LPA 2000, 22 juin, n° 124, p. 13.

FRANC (M.) et BOYON (M.), chron. sous CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, AJDA 1975, p. 19.

FRANC (M.) et BOYON (M.), chron. sous CE, sect., 14 mars 1975, *Rousseau*, AJDA 1975, p. 350.

FREJAVILLE (M.), note sous Cass. soc., 30 novembre 1950, JCP 1951, G, II, n° 6089.

FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.), chron. sous CE, sect., 28 juillet 1999, *Groupement d'intérêt économique Mumm Perrier-Jouët*, AJDA 1989, p. 783.

FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.), chron. sous TC, 18 octobre 1999, *A. D. P.*, AJDA 1999, p.1029.

FORSCHBACH (P.), note sous CA Paris, 13 juillet 1988, *Société Emass P. L. C. contre Société E. M. I. P. L. C. (affaire Holophane)*, JCP 1988, E, n° 15337.

FOURGOUX (J.-C.), note sous CA Paris, 15 juin 1999, *SA Canal Plus contre SNC TPS et autres*, JCP 2000, G, II, n° 10254 et JCP 1999, E, n° 49, p. 1966.

FOURGOUX (J.-C.), note sous Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, JCP 2000, E, p. 2016.

FOURNIER et BRAIBANT, chron. sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, AJDA 1957, II, p.186.

FOURRE et PUYBASSET, chron. sous CE, 15 juillet 1964, *Hôpital-Hospice d'Aunay-sur-Odon*, AJDA 1964, p. 555.

FRISON-ROCHE (M.-A.), note sous TC, 22 juin 1992, *Mizon*, JCP 1993, G, I, n° 22035.

FROMMEL (S.-N.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, JCP 1995, G, I, n°22372.

GALABERT (J.-M.) et GENTOT (B.), chron. sous CE, 18 novembre 1960, *Tilhaud*, AJDA 1960, 1, p. 189.

GALABERT (J.-M.) et GENTOT (B.), chron. sous CE, sect., 6 octobre 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines*, AJDA 1961, p. 610.

GALABERT (J.-M.) et GENTOT (B.), chron. sous CE, Ass., 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, AJDA 1962, p. 286.

GALABERT (J.-M.) et GENTOT (B.), chron. sous CE, 2 mai 1961, *Richand*, AJDA 1961, p. 334.

GARAUD (E.), chron. sous CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, JCP 2000, E., n°19, p. 799.

GARAUD (E.), chron. sous Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, JCP 1999, E, p. 957.

GAUDEMET (Y.), note sous CE, 22 mai 1985, *Société Cabot Corporation et autres*, RDP 1987, p.232.

GAUDEMET (Y.), note sous CE, 13 mars 1981, *Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris et autres et SARL Armand Pellerin*, RDP 1981, p. 1428.

GAUDEMET (Y.), note sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, D. 1981, p. 622.

GAVALDA (C.), note sous CE, 13 mars 1981, *Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris et autres et SARL Armand Pellerin*, D.1981, p.418.

GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), chron. sous CA Paris, 15 janvier 1993, RDBB 1993, p. 93.

GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), chron. sous Cass., com., 9 avril 1996, *Haddad contre Agent judiciaire du Trésor*, RDBB 1996, p. 177.

GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), chron. sous CA Paris, 7 mai 1997, *Oury contre Agent judiciaire du Trésor*, RDBB 1997, n° 61, p. 119.

GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), chron. sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, RDBB 1999, n° 71, p. 32.

GHEVOTIAN (R.), note sous CE, Ass., 23 octobre 1992, *Panizzoli*, D. 1993, p. 126.

GIRARDOT (T.-X.) et RAYNAUD (F.), note sous CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Intermarbres et Société Million et Marais*, AJDA 1997, p. 945.

GODFRIN (P.), note sous CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, AJDA 1985, p.274.

GOHIN (O.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, RDP 1995, p. 1338.

GONOD (P.), note sous CE, Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, JCP 1993, G, II, n° 22133.

GONZALES (G.), note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, RDP 2000, n° 3, p.711.

GOYET (C.), note sous CA Paris, 24 juin 1991, *Devanlay S. A. contre société des Galeries Lafayette*, RJC 1991, p. 305.

GRAFFIN (T.), note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, JCP 2000, G, II, n°10426.

GRANIER (A.), note sous CA Paris, 1^{ère} ch., 30 mars 2001, *SCI Nicky*, D et P 2001, n° 98, p. 114.

GRIESBECK (N.), note sous CE, 20 mai 1985, *Labbe et autres*, D.1986, p. 12.

GUETTIER (C.), chron. sous CE, 28 juillet 1999, *Le Goff*, RDP 2000, p. 354.

GUEZOU (A.), note sous sur CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Intermarbres et Société Million et Marais*, AJDA 1998, p. 362.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), chron. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, AJDA 2000, p. 126.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), chron. sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal*, AJDA 2000, p. 404 et 464.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), chron. sous CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, AJDA 2000, p. 1001.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), chron. sous CE, Ass., 6 avril 2001, *Société Razel Frères*, AJDA 2001, p. 453.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), chron. sous CE, Ass., 14 décembre 2001, *Société Réflexions, Médiations, Ripostes*, AJDA 2002, p. 127.

HAMON (F.), note sous CE, 5 mai 1982, *Bidalou*, D. 1984, jurisp., p.104.

HAUDRY (A.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RA 2000, n° 319, p.30.

HAURIOU (M.), note sous CE, 28 mars 1924, *Poursines*, S. 1926. 3. 17.

HEERS (M.), chron. sous TA Strasbourg, 13 juillet 1993, *Mme Monnin*, D. 1996, p. 15.

HEERS (M.), chron. sous TA Strasbourg, 20 juillet 1993, *SARL Diffusion Grand Est*, D.1996, p.15.

HEERS (M.), chron. sous TA Strasbourg, 30 juillet 1993, *SARL Coe*, D. 1996, p. 15.

HEILBRONNER, note sous CE, 8 mars 1935, *Magnon*, D. 1935. 3. 12.

HERZOG-EVANS (M.), note sous CAA Paris, 30 janvier 1997, *Bekkouche*, LPA 1996, 5 juillet, n°81, p. 5 et LPA 1997, 9 août, n° 94, p. 7.

HILLION-LECUYER (M.-L.), note sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, Lamy 1999, DFin, n° 95, p. 1.

HOMONT, note sous CE, Ass., 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, AJDA 1969, p. 180.

HONORAT (E.) et BAPTISTE (E.), chron. sous CE, Ass., 23 juin 1989, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget contre Veque et autres*, AJDA 1989, p. 424 et p. 437.

HONORAT (E.) et BAPTISTE (E.), chron. sous TC, 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau*, AJDA 1989, p. 431.

HOLLEAUX (G.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1959, D. 1959, p. 537.

HOVASSE (H.), chron. sous CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG contre COB*, DS 2000, mai, com. n° 80.

HUGUENAY (L.), note sous Cass., crim, 20 mars 1956, *Chevalot*, D. 1957, jurisp., p. 33.

HUYETTE, note sous CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael contre Royaume-Uni*, D. 1995, p. 449.

IDOT (L.), obs. sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, RGDP 1999, p.275.

ISRAEL (J.-J.), note sous TC, 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau*, D. 1990, p.418.

JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.), note sous CA Paris, 13 juillet 1988, *Société Emass P. L. C. contre Société E. M. I. P. L. C. (affaire Holophane)*, RDB 1988, p. 172.

JEZE (G.), chron. sous CE, 14 janvier 1916, *Camino*, RDP 1917, p. 463.

JEZE (G.), note sous CE, 28 mars 1924, *Poursines*, RDP 1924, p. 601.

JEZE (G.), note sous CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, RDP 1944, p. 256.

J. J. R., note sous CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, JCP 1951, G, I, n° 6532.

J. M., note sous TC, 22 novembre 1965, *Collin*, AJDA 1966, II, p. 304.

JORION (B.), note sous CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, D. 1998, p. 591.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), note sous CE, 24 octobre 1990, *Alfredo Ragusi*, AJDA 1991, p. 322.

KARAQUILO (J.-P.), note sous CE, 11 mai 1984, *Pebeyre*, D. 1985, p. 65.

KIRKPATRICK (J.), note sous CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers contre Belgique*, JT 1992, p. 161.

KOERING-JOULIN (R.), obs. sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, RSC 1997, p.472.

KOERING-JOULIN (R.), obs. sous CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol contre France*, RSC 1994, p. 632.

KOERING-JOULIN (R.), obs. sous CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos contre Espagne*, RSC 1994, p. 362.

KRÜGER (H.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, GP 1994, 11-13 déc., p.2.

LACHAUME (J.-F.), note sous CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, D. 1975, p. 739.

LACHAUME (J.-F.), note sous TC, 13 janvier 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, D. 1993, SC, p. 345.

LAMARQUE (J.), note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, RGP 1998, n°1, p. 126.

LAMARQUE (J.), note sous Cass, com, 17 novembre 1998, *Dupuis*, RGDP 1999, n° 1, p.237.

LAMBERT (P.), note sous CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers contre Belgique*, JT 1992, p.167.

LAMBERT (P.), note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, GP 2000, 21/23 mai, n° spécial, p. 26.

LAMBERT (P.), note sous CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, JT 1981, n° 5184, p. 624.

LAMBERT (P.), note sous CEDH, 30 novembre 1987, *H. contre Belgique*, JT 1988, p. 423.

LAMBERT (P.), note sous CEDH, 26 novembre 1992, *Lombardo contre Italie*, JT 1993, p.280.

LAROQUE (M.), note sous CE, 8 mars 1935, *Magnon*, S. 1935, 3. 73.

LARUE (M.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RGCT 2001, n° 17, p.853.

LARUE (M.), note sous CE, Ass., 6 avril 2001, *Société Razel frères*, RGCT 2001, n° 17, p.865.

LASCOMBE (M.) et VION (D.), note sous CE, Ass, 14 février 1996, *Maubleu*, JCP 1996, G, II, n° 22669.

LASCOMBE (M.) et BERNARD (F.), note sous CE, 17 février 1995, *Marie et Hardoin (2 arrêts)*, JCP 1995, G, II, n° 22426.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, R du T 2000, n° 11, p. 688.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), note sous CE, 17 novembre 1999, *Lalut*, R du T 2000, p. 392 et p. 458.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), note sous CE, Ass., 6 avril 2000, *SA Entreprise Razel Frères*, RFDA 2001, p. 1306.

LAURIN (Y.), note sous CE, 29 juillet 1994, *SCP Jean Giraud contre Commission bancaire*, D.1994, p. 540.

LE CANNU (P.), note sous CA Paris, 13 juillet 1988, *Société Emass P. L. C. contre Société E. M. I. P. L. C. (affaire Holophane)*, D. 1989, p. 160.

LE GALL (J.-P.) et GERARD (L.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, DF 1994, n° 21-22, p. 878.

LEGRAND (V.), obs. sous CEDH, 18 mars 1997, *Fouchet contre France*, JDI 1998, p. 613.

LE MIRE (P.), note sous CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, AJDA 1990, p. 832.

LE NABASQUE (H.), note sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, RSés 1999, p. 620.

L'HUILLIER, note sous CE, sect., 2 février 1945, *Moineau*, S. 1946, 3. 9.

LIBCHABER (L.), Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, RTDCiv 1999, p.738.

LIENHARD (A.), obs. sous Cass, crim, 1^{er} mars 2000, D. 2000, CDaf, n° 18, 4 mai, p. 29.

LIET-VEAUX (G.), note sous TC, 25 mars 1957, *Hospices civils du Puy contre Dr. De la Perelle*, RA 1957, p. 247.

LINDON, obs. sous Cass., soc., 6 novembre 1959, *Société industrielle de transports automobiles contre Bosse*, JCP 1962, G, II, n° 12507.

LINOTTE (D.), note sous CE, 13 mars 1981, *Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris et autres et SARL Armand Pellerin*, JCP 1982, G, II, n° 19807.

LLORENS (F.), note sous CE, sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers*, RFDA 1991, p.293.

LONG (M.), sous CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre contre Coulon*, AJDA 1955, II, p. 181.

LORTHE (J.-C.), note sous CE, 27 septembre 1991, *Ministre de l'intérieur contre Félix*, AJDA 1992, p. 529.

LOUIS (J.-J.), note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, RTDH 1998, p. 169.

LOUIS-LUCAS (P.), note sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, JCP 1957, G, II, n° 10303 bis.

LUDWIG (R.), note sous CE, Ass., 20 novembre 1981, *Ministre du budget contre Rispaill et autres*, R du T 1982, p. 195.

LUDWIG (R.), note sous CE, Ass., 23 juin 1989, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget contre Veque et autres*, R du T 1989, p. 524 et p. 783.

LUDWIG (R.), note sous CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci*, R du T 1995, p. 56.

MACHELON (J.-P.), note sous CE, 5 mai 1976, *S. A. F. E. R. d'Auvergne contre Bernette*, JCP 1976, G, II, n° 18429.

MAGNEE (X.), note sous CEDH, 16 juillet 1971, *Ringelsen contre Autriche*, JT 1974, p. 50.

MAGNET (J.), note sous CE, 2 mars 1973, *Massé*, AJDA 1974, p. 197.

MAGNET (J.), note sous CdesC, 11 mars et 29 avril 1993, *Association Animation sociale grenobloise et autres, Commune de Grenoble*, D. 1993, p. 534.

MALAURIE-VIGNAL, obs. sous Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, CCC 1999, n° 40, p. 44.

MARCUS-HELMONS (S.), obs. sous CEDH, 16 juillet 1971, *Ringelsen contre Autriche*, CDE 1974, p. 384.

MARTENS (P.), obs. sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, RTDH 1996, p.640.

MARTIN (M.), note sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, DS 1943, p. 243.

MARTIN (R.), obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 1999 (2 arrêts), JCP 2000, G, I, n° 231.

MARTIN (R.), note sous Cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2000, JCP 2000, G, II, n° 10400.

MASSIAS (F.), note sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, RSC 1999, p.145.

MATHIOT (A.), note sous CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, S. 1952. 3. 25.

MATSOPOULO (H.), note sous Cass., Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, JCP 1999, G, II, n° 10060.

MAUBLANC (J.-P.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, RMC 1995, mars, n° 356, p. 175.

MAUBLANC-FERNANDEZ (L.) et MAUBLANC (J.P.), note sous CE, avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Méric*, RFDA 1995, p.1185.

MAUBLANC-FERNANDEZ (L.) et MAUBLANC (J.P.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, RFDA 1995, p. 1182.

MAUGÜE (C.) et SCHWARTZ (R.), chron. sous CE, Ass, 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, AJDA 1991, p.358.

MAUGÜE (C.) et SCHWARTZ (R.), chron. sous CE, 20 novembre 1991, *Association Salève*, AJDA 1991, p. 353.

MAUGÜE (C.) et SCHWARTZ (R.), chron. sous CE, 12 octobre 1992, *Gally-Dejean*, AJDA 1993, p.84.

MAUGÜE (C.) et TOUVET (L.), chron. sous CE, Ass, 2 juillet 1993, *Milhaud*, AJDA 1993, p. 530.

MAUGÜE (C.) et TOUVET (L.), chron. sous CE, Ass, 11 mars 1994, *SA La Cinq*, AJDA 1994, p.370.

MAURO (J.), note sous CEDH, 30 novembre 1987, *H. contre Belgique*, GP 1988, 2-3 sept., p. 6.

MAYARD (J.), note sous Cass., crim., 19 février 1964, D. 1964, p. 376.

MELLERAY (F.), note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, LPA 2000, 17 mai, n° 98, p.7.

MEMETEAU (G.), note sous CE, 19 octobre 1989, *Sevlian*, JCP 1991, G, II, n° 21693, 3^{ème} esp.

MESTRE (A.), note sous CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, S. 1944, 3. 1.

MEURISSE, note sous CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, S. 1953, 3. 57.

MILCHIOR (R.), Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, LJA 1999, n°447, p.1.

MODERNE (F.), note sous CE, sect., 21 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme*, AJDA 1977, p. 139.

MODERNE (F.), note sous Cass., civ., 1^{ère}, 7 octobre 1975, *F. F. J. contre F. F. K.*, D. 1976, p. 389.

MODERNE (F.), note sous CE, 12 mars 1976, *Raynal*, RTDSS 1977, p. 38.

MODERNE (F.), note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon*, RA 1978, p. 636.

MODERNE (F.), note sous CE, CE, 20 mai 1996, *Société Vortex et CE*, 15 janvier 1997, *Association Radio-Sud-Vendée-Pictons*, RFDA 1997, p. 13.

MONIOLLE (C.), note sous CE, 23 février 2000, *L'Hermitte*, JCP 2000, G, II, n° 10371.

MOREAU (J.), note sous CE, sect, 8 février 1985, *Castet*, AJDA 1985, p.234.

MORANGE (G.), note sous CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, JCP 1947, G, II, n° 3508.

MOURGEON (J.), note sous CE, 22 novembre 1967, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris contre Delle Chevreau*, D. 1969, jurisp., p. 51.

NAUWELAERS (M.) et **FABIUS** (L.), chron. sous CE, 5 mai 1976, *S. A. F. E. R. d'Auvergne contre Bernette*, AJDA 1976, p. 304.

NAUWELAERS (M.) et **FABIUS** (L.), chron. sous CE, 18 février 1977, *Hervouet*, AJDA 1977, p.255.

NAUWELAERS (M.) et **FABIUS** (L.), note sous CE, sect., 18 février 1977, *Abellan*, AJDA 1977, p.248.

NERAC (P.), note sous CE, sect., 14 mars 1975, *Rousseau*, JCP 1976, G, I, n° 18423.

NGUYEN DO, note sous CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, D. 1951, p. 623.

NORMAND (J.), note sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, RTDCiv 2000, p. 625.

NORMAND (J.), note sous Cass, 1^{ère} civ, 5 octobre 1999, *2 arrêts*, RTDCiv 2000, p. 622.

NORMAND (J.), note sous Cass., com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S. G. E. contre Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget*, RTDCiv 2000, p. 625.

NORMAND (J.), note sous Cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2000, RTDCiv 2000, p. 622.

OURLIAC (F.), note sous TC, 13 février 1984, *Cordier et autres*, LPA 1984, 20 juillet, p. 13.

PACTEAU (B.), note sous CE, 1^{er} octobre 1976, *Soucasse*, D. 1977, jurisp., p. 552.

PACTEAU (B.), note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon*, D. 1979, p. 31.

PACTEAU (B.), note sous CE, sect, 19 décembre 1980, *Hechter*, JCP 1982, G, I, n° 19783.

PACTEAU (B.), note sous TC, 13 février 1984, *Cordier et autres*, RA 1984, p. 588.

PACTEAU (B.), note sous CE, Ass, 11 juillet 1984, *Subrini*, RA 1984, p.482.

PASSELECQ (O.), note sous CE, sect., 18 février 1977, *Abellan*, D. 1978, p. 183.

P. C., note sous CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, D. 1942, jurisp., p. 138.

PELISSIER (G.), CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, LPA 1999, 24 nov., n° 234, p.9.

PELTIER (F.), note sous Cass., com., 9 avril 1996, *Haddad contre Agent judiciaire du Trésor*, BJB 1996, p. 305.

PETIT (J.), note sous CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, RFDA 1997, p.843.

PETTITI (L.-E.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, GP 1995, 27-28 sept., p. 19-20.

PEYRICAL (J.-M.), note sous CE, Ass, 2 juillet 1993, *Milhaud*, D. 1994, p. 73

P. H., note sous CE, sect., 28 juin 1946, *Morand*, S. 1947, 3. 19.

PHILIPPE (X.), note sous CE, 26 juillet 1991, *SA La Cinq*, D. 1993, p. 485.

PICARD (E.), chron. sous CE, Ass, 2 juillet 1993, *Milhaud*, JCP 1993, G, I, n° 3700.

PIERRE (J.-L.), note sous Cass., crim., 20 juin 1996, *Ponsetti*, RProc 1997, oct., n° 254.

PIERRE (J.-L.), note sous CE, avis, 4 avril 1997, *Jammet*, RProc 1997, juillet, com. n° 255.

PIERRE (J.-L.), note sous CE, sect, 1^{er} août 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, RProc 2000, avril, com. n° 114.

PIERUCCI (C.), note sous CE, sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, RFFP 1999, p. 189.

PLOUVIN (J.-Y.), note sous CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, JCP 1975, G, I, n° 2274.

PLOUVIN (J.-Y.), note sous Cass., civ., 1^{ère}, 7 octobre 1975, *F. F. J. contre F. F. K.*, JCP 1976, G, II, n° 18468.

PLOUVIN (J.-Y.), note sous TC, 7 juillet 1980, *Peschaud*, D. 1981, p. 296.

PLOUVIN (J.Y.), note sous CE, sect, 19 décembre 1980, *Hechter*, D.1981, p.296.

PRALUS-DUPUY (J.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1998 et 28 avril 1998, JCP 1999, G, II, n°10102.

PRETOT (X.), obs. sous CE, 22 juin 1987, *Rognant*, AJDA 1988, p. 60.

PRETOT (X.), note sous CE, 2 mars 1988, *SA Les Tennis Jean-Becker contre commune de Morne-à-l'eau*, AJDA 1988, p. 485.

PRETOT (X.), note sous CE, 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, D. 1994, p. 593.

PRETOT (X.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal*, RDP 2000, p. 323.

OLIVE (P.), note sous CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, Revue Juridique de l'Ouest 1991, n°1, p. 73.

ORSONI (G.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RFFP 2000, juin, p. 207.

OTEKPO (V.-A.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, GP 1995, 30-31 août, p.10 et LPA 1995, n° 93, 4 août, p. 28.

RASSON-ROLAND (A.), note sous CEDH, 28 janvier 1983, *Albert et Le Compte contre Belgique*, AP 1983, p. 205.

REVUZ (J.) et FONTBRESSIN (P. de), note sous CA Paris, 24 juin 1991, *Devanlay S. A. contre société des Galeries Lafayette*, GP 1991, n° 349 à 351, p. 21.

RIALS (S.), note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon*, JCP 1979, G, II, n° 19159.

RIALS (S.), note sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, RA 1981, p. 493.

RICHER (L.), note sous CE, sect., 6 juillet 1990, *Compagnie diamantaire d'Anvers*, AJDA 1990, p.907.

ROBERT (J.), note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, D. 1973, p. 190.

ROBERT (J.-H.), note sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, DP 1999, avril, n° 54.

ROBERT (J.-H.), note sous CA Paris, 7 mars 2000, DP 2000, juin, n° 74.

ROBINOT-FORTUNE (E.), note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, GP 1997, sept./oct., n° 5.

ROGGEN (F.), note sous CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol contre France*, RTDH 1995, p. 623.

ROLIN (F.), obs. sous CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, AJDA 1999, p. 69.

RONCHEVSKY (N.), note sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, RTDCom 1999, p. 467 et BJB 1999, n° 2, p. 129.

RONCHEVSKY (N.), note sous CA Paris, 2 juillet 1999, BJB 1999, p. 494.

RONCHEVSKY (N.), note sous CA Paris, 7 mars 2000, RTDCom 2000, p. 405.

ROUAULT (M.-C.), note sous CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, JCP 1994, G, II, n°22350.

ROUAULT (M.-C.), obs. sous CE, avis, 31 mars 1995, *SARL Auto Industrie Méric*, JCP 1995, G, IV, n° 2719.

ROUAULT (M.-C.), obs. sous CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond*, JCP 1996, G, IV, n° 1754.

ROZIER et THEVENIN, note sous CE, sect., 9 mai 1980, *Société des Etablissements Cruse fils*, GP 1980, 2, p. 749.

R. S., note sous CE, 3 décembre 1999, *Leriche*, DA 2000, fév., com. n° 40.

R. S., note sous CE, 22 novembre 1999, *Lother*, DA 2000, janv., com. n° 1.

RUIZ-FABRI (H.), note sous CE, 25 mai 1990, *Kiener*, RA 1990, p. 518.

RUIZ-FABRI (H.), note sous CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, RA 1992, p. 224.

RUZIE, note sous CE, 8 février 1985, *Castet*, RFDA 1985, p. 590.

SALOMON (R.), note sous CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, JCP 2000, E., n°6, p. 272.

SALON (S.), obs. sous CE, 1^{er} octobre 1976, *Soucasse*, AJDA 1977, II, p. 390.

SALON (S.), note sous CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon*, AJDA 1978, p. 573.

SALON (S.), obs. sous CE, 25 mai 1990, *Kiener*, AJDA 1990, p. 740.

SAMSON (F.) et MORIN (X.), obs. sous ComEDH, 29 mai 1997, *Jérôme Malige contre France*, GP 1998, 24 janvier.

SARGOS (P.), obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2000, AJDA 2000, p. 762 et GP 2000, 1^{er} août, p. 6..

SCHIELE (P.), note sous Cass., crim., 20 juin 1996, *Ponsetti*, DF 1997, n° 427.

SCHOETTL (J.-E.) et HUBAC (S.), chron. sous CE, sect., 16 mars 1984, *Broadie*, AJDA 1984, p.531.

SCHOETTL (J.-E.) et HUBAC (S.), chron. sous CE, 11 mai 1984, *Pebeyre*, AJDA 1984, p.531.

SCHOETTL (J.-E.) et HUBAC (S.), chron. sous CE, Ass, 11 juillet 1984, *Subrini*, AJDA 1984, p.539.

SCHOETTL (J.-E.) et HUBAC (S.), chron. sous CE, 20 mai 1985, *Labbe et autres*, AJDA 1985, p.554.

SCHULZ (P.), note sous CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, JCP 1979, G, II, n° 19529.

SEIGNOLLE, note sous CE, Ass., 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, JCP 1969, G, II, n° 15793.

SERMET (L.), chron. sous CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, RFDA 1999, p. 807.

SERMET (L.), chron. sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, RFDA 2000, p. 1061.

SEXER (Y.), note sous CA Paris, 13 juillet 1988, *Société Emass P. L. C. contre Société E. M. I. P. L. C. (affaire Holophane)*, BJ 1988, p. 715.

SIMON (D.) et BARAV (A.), note sous CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, RMC 1990, p. 912.

SIMON (G.), note sous CE, sect, 19 décembre 1980, *Hechter*, D.1981, p.431.

SINAY (H.), note sous CE, 5 mai 1976, *S. A. F. E. R. d'Auvergne contre Bernette*, D. 1976, p.563.

STAHL (J.H.) et CHAUVAUX (D.), chron. sous CE, Ass, 14 février 1996, *Maubleu*, AJDA 1996, p.358.

SUBRA de BIEUSSES (P.), note sous CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal*, AJDA 2000, p. 1071.

SUDRE (F.) et autres, chron. sous CEDH, 26 novembre 1992, *Lombardo contre Italie*, RUDH 1993, n° 1-2, p. 1.

SUDRE (F.), note sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, JCP 1997, G, I, n°4000.

SUDRE (F.), note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, JCP 1997, G, II, n°22935.

SUDRE (F.), note sous CEDH, 23 septembre 1998, *Malige contre France*, JCP 1999, G, II, n°10086.

SUDRE (F.), note sous CE, 3 décembre 1999, *Didier*, JCP 2000, G, II, n° 10267.

SURREL (H.), note sous CE, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et M. Perrin*, RFDA 1999, p. 246.

TEITGEN (P.-H.), note sous CE, sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, DS 1961, p. 72.

TERNEYRE (P.), note sous TC, 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau*, JCP 1990, G, II, n° 21395.

TERNEYRE (P.), obs. sous CE, 30 mars 1990, *Bottazi*, RFDA 1990, p. 472.

THERON (J.-P.), obs. sous CE, 26 juillet 1991, *SA La Cinq*, AJDA 1991, p. 911.

THERON (J.-P.), note sous CE, 4 octobre 1991, *Milhaud*, AJDA, 1992, p. 223.

THERON (J.-P.), obs. sous TC, 13 janvier 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, AJDA 1992, p. 451.

THERON (J.-P.), obs. sous CE, sect., 5 mai 1995, *Burruchaga*, AJDA 1995, p. 753.

THOUROUDE (J.-J.), sous CE, 26 juillet 1978, *Vinolay*, JCP 1980, G, II, n° 19625.

TIBERGHIE (F.) et LASSERRE (B.), chron. sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, AJDA 1981, p.467.

TIBERGHIE (F.) et LASSERRE (B.), chron. sous CE, 29 janvier 1982, *Société Feudor-France*, AJDA 1982, p. 365.

TIXIER (G.) et HARMONIC-GAU (A.-G.), note sous Cass., com., 29 avril 1997, *Ferreira contre DGI*, LPA 1997, n° 144, 1^{er} déc., p. 6.

TIXIER (G.) et LAMULLE (T.), note sous Cass., crim., 20 juin 1996, *Ponsetti*, D. 1997, jurisp., p.249.

TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), chron. sous CE, 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, AJDA 1994, p. 691.

TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), chron. sous CE, 6 janvier 1995, *Boivin et Soulat*, AJDA 1995, p.104.

TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), chron. sous CE, sect., 6 janvier 1995, *Nucci*, AJDA 1995, p. 116.

TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), chron. sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, AJDA 1995, p. 379.

VALLEE (C.), note sous CEDH, 16 juillet 1971, *Ringelsen contre Autriche*, RGDIP 1972, p.110 et RGDIP 1974, p. 864.

VAN COMPERMOLLE (J.), note sous CEDH, 24 août 1993, *Nortier contre Pays-Bas*, RTDH 1994, p. 437.

VAN SOLINGUE (A.), note sous CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, RbelgeDI 1983, p. 903.

VAUPLANE (H. de), chron. sous CE, 9 avril 1999, *Gie Oddo-Futures contre CMT*, B et D 1999, n°67, p.36.

VAUPLANE (H. de), chron. sous CE, 3 février 1999, *Bedoian*, B et D 1999, n° 64, p. 39.

VAUPLANE (H. de), chron. sous CE, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, B et D 1998, n°61, p. 37.

VAUPLANE (H. de), chron. sous CA Paris, 7 mai 1997, *Oury contre Agent judiciaire du Trésor*, B et D 1997, mai-juin, p. 40.

VENEZIA (J.-C.), note sous CE, 5 mai 1976, *S. A. F. E. R. d'Auvergne contre Bernette*, DS 1976, p.346.

VEDEL (G.), note sous TC, 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane*, JCP 1953, G, II, n° 7598.

VEDEL (G.), note sous TC, 26 mai 1954, *Moritz*, JCP 1954, G, II, n° 8334.

VIANDIER (A.) et **CASSIN** (J.-J.), note sous CA Paris, 7 mai 1997, *Oury contre Agent judiciaire du Trésor*, JCP 1997, G, I, n° 4058 et JCP 1997, E, n° 676.

VIDAL (F.), note sous Cass, Ass. Plen., 5 février 1999, *COB contre Oury et autres*, Option Finance 1999, n° 535, p. 6.

VLACHOS (G.), note sous CE, Ass., 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, LPA 1995, 28 avril, n° 51, p. 11.

WALINE (M.), note sous CE, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, RDP 1947, p. 68.

WALINE (M.), note sous CE, 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte*, RDP 1951, p. 478.

WALINE (M.), note sous CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, RDP 1951, p. 1087.

WALINE (M.), note sous CE 9 décembre 1955, *Ministre des Postes, Télégraphes et Téléphones contre Garysas*, RDP 1956, p. 330.

WALINE (M.), note sous CE, 15 juillet 1964, *Hôpital-Hospice d'Aunay-sur-Odon*, RDP 1964, p.1010.

WALINE (M.), note sous CE, 26 février 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, RDP 1965, p. 506.

WALINE (M.), note sous CE, 1^{er} mars 1967, *Delle Lescot*, RDP 1968, p. 175.

WALINE (M.), note sous CE, Ass., 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, RDP 1969, p. 512.

WALINE (M.), note sous CE, 12 juillet 1969, *L'Etang*, RDP 1970, p. 387.

WALINE (M.), note sous CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, RDP 1975, p. 1109.

WEIL (P.), note sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, D. 1957, jurisp., p. 757.

WOEHLING (J.-M.), note sous TA Strasbourg, 13 juillet 1993, *Mme Monnin*, RFDA 1994, p. 414.

WOEHLING (J.-M.), note sous TA Strasbourg, 20 juillet 1993, *SARL Diffusion Grand Est*, RFDA 1994, p. 414.

WOEHLING (J.-M.), note sous TA Strasbourg, 30 juillet 1993, *SARL Coe*, RFDA 1994, p. 414.

X, note sous CE, sect, 6 janvier 1995, *Nucci*, AJDA 1995, p.161.

YERNAULT (D.), note sous CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, RTDH 1995, p. 423.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

Acte administratif : 44, 49, 50, 445, 448
Adéquation de la sanction à la faute : 321, 324
Administrateurs : 268, 271, 275, 294, 304, 315, 316, 375, 411, 447, 448, 475
Agents de change devenus les sociétés de bourse : 6
-- chambres syndicales statuant en chambre de discipline : 135, 136
Amendes pour gestion de fait : 300, 393, 394, 396, 401, 409
Amendes pour recours abusif : 478
Amendes pour retard : 409
Amendes prononcées par la CDBF : 305, 306, 319, 320, 393, 394, 397, 413
-- nature juridique : 305, 306
Amnistie : 180, 193
Appréciation souveraine des faits par les juges du fond : 333
Apurement administratif : 384
Architecte : 6
Arrêt de débet : 272
Association : 165, 387
-- para-publique : 385, 386
Astreinte : 472, 473
-- astreinte définitive : 478
-- astreinte provisoire : 478
-- liquidation de l'astreinte : 473, 476, 477
-- nature de dommages et intérêts : 476
-- nature de peine : 476
Automaticité de la sanction : 431, 441, 460, 470
Autorités administratives indépendantes : 9, 41, 42, 57, 60, 64, 67, 68, 116, 119
ACNSA : 57, 59, 142, 143, 146
ART : 10, 59, 67, 84, 93, 119, 142, 143, 144
Avocat : 6, 103, 244,
-- conseil de discipline : 103
-- participation du rapporteur au délibéré : 221, 223
-- contrôle en cassation : 331
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation : 6
Avoué près les Cours d'appel : 6

- C -

Centres hospitaliers et universitaires : 101
-- organisme disciplinaire : 101
Chambre de discipline : 6
Chambre des comptes du Roi de France : 297
Chambres régionales des comptes : 102, 375, 383, 384, 402
-- conseil de discipline : 102
Chirurgien-dentiste : 6
Code de justice administrative : 230
Code monétaire et financier : 230
Collectivités locales : 380, 381, 382, 385
-- aide aux entreprises : 382
-- dotation globale d'équipement : 382
-- subventions spécifiques : 381
-- globalisation des emprunts : 381
Comité de prévention et de lutte contre le dopage : 57, 59, 142, 143, 145
Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : 10
Commissaires aux comptes : 6
-- chambres régionales de discipline : 101
-- chambre nationale de discipline : 101, 108
-- commission régionales : 108, 111
Commissaire du gouvernement : 232
Commissaire-priseur : 6
Commission bancaire : 10, 102, 142, 143, 218
-- pouvoir de saisine d'office : 218
Commission d'accès aux documents administratifs : 59
CCA : 10, 59, 142, 143, 145
Commission de contrôle des banques : 109, 111
Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance : 10
Commission de la concurrence : 57, 86, 113, 115, 116, 121
CRE : 10, 59, 67, 84, 90, 93, 142, 143, 145, 146, 147, 148
COB : 10, 57, 59, 61, 62, 66, 83, 84, 89, 90, 92, 93, 117, 118, 119, 123, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 160, 220
Commission des sondages : 57
Commission de vérification des comptes des entreprises publiques : 319
Commission du droit de réponse : 57

Commission européenne : 20, 21, 165, 168, 364, 369, 370, 397, 400, 444, 465
Commissionnaires agréés près la bourse de commerce et la chambre de commerce et d'industrie de Paris : 109
Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité : 57
Commission nationale de déontologie de la sécurité : 57
Commission nationale de la communication et des libertés : 57, 59, 61, 62, 66
CNIL : 10, 57, 60
Commission nationale d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel : 57
Commission nationale du débat public : 57
Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels : 109, 111
Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse : 57, 61, 172, 461
Commission technique des ententes : 57, 114
Commission technique des ententes et des positions dominantes : 57
Comptabilité publique : 387
Comptable agréé : 6
Comptables de fait : 297, 301, 308, 313, 314, 393, 399, 401, 422, 423, 426
Comptables patents : 309, 401
Comptables publics : 266, 268, 271, 272, 275, 276, 277, 278, 299, 398, 399, 400, 407, 409,
-- admission en non valeur des créances : 278
-- assurance : 278
-- décharge de responsabilité : 278, 407
-- indépendance à l'égard de l'ordonnateur : 278
-- ordre de réquisition : 278
-- pouvoir de réquisition : 421
-- remise gracieuse : 278
-- responsabilité pécuniaire : 273, 276, 302
-- responsabilité pécuniaire et personnelle : 278, 417
Comptables supérieurs du trésor : 296
Concurrence :
-- supra-étatique : 17, 18, 19, 20, 21
-- infra-étatique : 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33
Conseil constitutionnel : 24, 26, 30, 61, 62, 120, 121, 122, 123, 149, 170, 174, 175, 229, 442, 443, 479
Conseil de discipline de la gestion financière : 57

Conseil de la concurrence : 10, 57, 61, 66, 83, 84, 85, 86, 92, 93, 113, 116, 122, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 221, 242, 474
Conseils de préfecture : 296, 450
Conseil des bourses de valeur : 84, 90, 139, 354
Conseil des marchés financiers : 10, 57, 84, 89, 142, 217
Conseil d'Etat : 16, 48, 59, 64, 68, 107, 108, 121, 159, 160, 161, 395, 396, 402, 411, 436, 437, 450, 466, 470, 471, 477
Conseil du marché à terme : 84
Conseils en brevets d'invention : 6
-- chambre de discipline : 109
Conseils en propriété industrielle : 6
-- chambre de discipline : 102
CSA : 10, 57, 59, 61, 62, 66, 83, 117, 119, 123, 142, 143, 145, 146, 147, 229, 354, 355, 357, 461
CSM : 73, 103, 109, 142
Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : 134
Contentieux
-- disciplinaire : 70, 71, 72
-- des fédérations sportives : 76
-- régulateur : 70, 83, 85
-- service public magistrature judiciaire : 73
Contentieux des contrats : 478
-- pénalités : 478
-- sanctions résolutoires : 478
Contentieux électoral : 478, 479, 480, 481, 482
-- commission nationale des comptes de campagne : 481, 482
-- détournement processus électoral : 472, 478
-- fraude électorale : 481
-- irrespect règles financement politique : 481
Contradiction ou pouvoir contradictoire : 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232
-- par rapport rôle commissaire du gouvernement : 232
Contravention de grande voirie : 1, 478
Contrôle de légalité : 362, 363, 364, 365, 366, 367, 375, 383, 387
Contrôles financiers : 307, 377, 378, 379, 380
-- logique gestionnaire : 377
-- logique répressive : 377
Contrôle normal ou entier : 321, 346, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 359
Contrôle restreint ou minimum : 321, 322, 328, 337, 345, 347, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 359
-- contrôle "limité" : 322, 323

-- contrôle "complet" : 334, 335

Convention européenne des droits de l'homme : 20, 21, 347, 391, 395, 397, 398, 403

-- notions autonomes : 21

-- matière pénale : 21, 156, 157, 158, 167, 362, 370, 371, 443, 459, 463

-- critères d'identification : 158

-- matière "civile" : 156, 162, 163, 164, 165, 166, 362, 363, 365, 443, 463

-- critère d'identification : 163, 164

-- procès équitable :

Corps professionnels : 6, 39

-- corps privés professionnels : 45, 49, 52, 54

-- corps privés non professionnels : 47, 50, 53, 55

Cour d'appel de Paris : 84, 85, 86, 89, 90, 91, 94, 95, 96, 116, 122, 243, 474, 475

Cour de cassation : 103, 159, 160, 161, 416, 439, 467, 469

-- juridiction disciplinaire : 103

CDBF : 375, 393, 395, 397, 406, 410, 411, 412, 413, 414, 418, 419, 420, 421

-- Cour de discipline budgétaire : 266, 295, 302, 303, 304, 305, 306, 315, 316

-- fautes de gestion : 406, 410, 411

-- saisine : 318, 319

Cour des comptes : 266, 276, 294, 296, 297, 298, 301, 304, 305, 319, 375, 383, 386, 389, 390, 393, 395, 396, 397, 402, 403, 407, 409, 411, 415, 427

-- rapports publics : 387

Cour européenne des droits de l'homme : 20, 21, 158, 163, 165, 174, 364, 370, 397, 400, 444, 463, 464

- D -

Débet : 276, 277, 278, 314, 396, 399, 407, 425

Décentralisation : 382, 383, 385, 421

Décharge de responsabilité : 278

Déclaration de gestion de fait : 296, 311

Délai raisonnable : 25

Délit de favoritisme : 412, 413, 414

Délit d'usurpation de fonction : 412, 415, 416

Démission d'office des comptables de fait : 423

Dénaturation des faits : 334

Déni de justice : 425, 427

Deniers privés réglementés : 300

Deniers publics : 298, 299, 300, 399

Déontologie : 13

Détournement de pouvoir : 343, 344

-- en droit du travail : 343, 344

-- importation en droit privé : 244

Discipline

-- militaire : 78, 79, 82

-- pénitentiaire : 78, 79, 80, 82

-- scolaire : 79, 80, 82

Dommages et intérêts : 472, 476

Droits de la défense : 113, 149, 188, 194, 224, 225, 226, 227, 403, 459

-- procédure administrative contentieuse : 226

-- procédure administrative non contentieuse : 226

Droit administratif :

-- autonomie : 2

-- déclin : 262

-- répressif : 236

Droit disciplinaire : 162, 176

-- comparaison avec le droit pénal : 177, 178

Droits fondamentaux : 236, 237

Droit pénal : 162, 176

-- comparaison avec le droit disciplinaire : 177, 178

-- extension : 1, 31, 32

-- logique pénale : 32

-- nouveau code pénal : 29, 31, 33

Droit processuel : 14, 234, 240, 378, 392, 427

-- codification : 239

-- constitutionnalisation : 235, 236, 237

-- croisement des compétences et des contentieux : 243

-- économique : 234, 241

-- standards communs : 234, 240

-- fond commun procédural : 234, 235

-- confusion des contentieux : 234

-- publicisation des procédures : 240

Droit public économique : 24

- E -

Elus locaux : 33, 383, 384, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 426

Enseignement

-- discipline : 100, 104

-- comité départementaux de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi : 106

-- commission de l'instruction publique : 104

-- conseils académiques : 104, 105, 106

-- conseils d'administration des universités et autres établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel : 105

-- conseils de l'éducation nationale : 106

- conseil de l'université : 104, 105
- conseils départementaux de l'enseignement primaire : 106
- conseils de discipline des maîtres d'internat : 106
- conseils de discipline des surveillants d'externat
- conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche : 106
- conseil supérieur de l'instruction publique : 104
- conseil royal de l'instruction publique : 104
- conseil royal de l'université : 104
- conseils universitaires : 105
- université impériale : 104

Equité : 231, 232

Erreur de droit : 354, 365

Erreur manifeste d'appréciation : 327, 328, 332, 333, 334, 336, 337, 339, 341, 345, 347, 354, 365

Etat : 2, 4, 15, 38, 40

Etat de droit : 16, 262, 264, 265

Etat exécutoire : 272

Exactitude matérielle des faits : 333, 354

Expert-comptable : 6

- F -

Faute

- civile : 286
- disciplinaire : 286, 287
- pénale : 32
- personnelle : 32, 289
- professionnelle : 286, 287

Fédérations sportives : 47, 50, 55, 56, 72, 76, 198, 253, 341, 351

- organes disciplinaires : 135, 136, 244

Finances publiques : 264, 265, 275, 317, 376, 391, 405

Fonction publique : 6, 127, 348

- agents contractuels : 165
- agents de droit privé : 165
- agents publics : 27, 32, 33, 128, 325, 327, 337, 341
- commissions administratives paritaires : 133
- communication du dossier : 133, 226
- droits de la défense : 132
- équivalence d'emplois : 328
- pouvoir disciplinaire : 127
- juridictionnalisation : 127, 129, 132
- conseils de discipline : 127, 129, 133, 134
- conseils supérieurs : 133, 134
- contentieux disciplinaire : 165, 166

-- statut : 130, 131

-- subordination hiérarchique : 128, 131

-- supérieur hiérarchique : 127, 128, 134

- G -

Géomètre-expert : 6

Gestion d'affaire : 298

Gestion de fait : 266, 294, 296, 299, 300, 305, 393, 394, 401, 402, 412, 415, 418, 422, 423, 424, 427, 428

-- arrêté de compte : 314

-- contentieux objectif : 308

-- déclaration de gestion de fait : 395

-- fondements : 297, 298

-- procédés de régularisation : 309, 310, 311

-- reconnaissance d'utilité publique : 312, 313, 314

-- rétablissements des formes budgétaires et comptables : 307, 308, 312

Gestion financière locale : 379

Gestion publique : 378, 379

Greffier des tribunaux de commerce : 6

- H -

HACA : 59

Huissier : 6

- I -

Impartialité

-- cumul fonctions administratives et juridictionnelles : 211

-- impartialité administrative : 213, 214

-- impartialité du juge des comptes : 403

-- impartialité fonctionnelle : 210

-- impartialité juridictionnelle : 215

-- impartialité personnelle : 210

-- notion : 210

-- interprétation par la Cour de cassation : 219, 220, 221

-- interprétation par le Conseil d'Etat : 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218

-- interprétation par le juge européen : 199, 200, 216

-- rôle du rapporteur au délibéré : 217, 219, 221, 222, 223

-- séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement : 211, 217, 219, 221

Indépendance

- notion : 62
- principe constitutionnel : 141
- fonctionnelle : 141
- organique : 141, 142

Individualisation de la peine : 326, 335

Inéligibilité : 481, 482

Inéligibilité des comptables de faits : 422

Infra-pénalité : 7

Injonction : 361, 367, 472, 473, 476

Institution disciplinaire : 11, 13, 40, 41, 42, 43, 97

- amnistie : 193
- droits de la défense : 194
- notion de faute disciplinaire : 191
- notion de manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur : 193
- pouvoir réglementaire : 252, 253
- principe non bis in idem : 192
- concours réel ou cumul matériel de fautes : 192
- pluralité d'autorités compétentes : 192
- principe nulla poena sine lege : 191
- principe nullum crimen sine lege : 191
- sursis disciplinaire : 194
- voies de recours : 194

Institution professionnelle : 13

Institution régulatrice : 10, 13, 40, 41, 42, 57, 59, 83, 97, 112

- absence de ministère public : 187
- absence distinction fonctions d'instruction et de jugement : 188
- avis au juge répressif : 148
- commissaire du gouvernement : 145
- constat d'infractions : 148
- fonction consultative : 146
- formation du collège : 142
- indépendance : 141, 142
- légalité des incriminations : 184
- mandat des membres : 143
- moyens financiers : 144
- opportunité des poursuites : 187
- principe de non subordination : 144, 145
- pouvoir de critique ou de remontrance : 147
- pouvoir de décision individuelle : 146
- pouvoir d'enquête et de surveillance : 147
- pouvoir d'injonction : 147, 148
- pouvoir de sanction : 148
- sanctions privatives de droit : 148
- sanctions patrimoniales : 148
- pouvoir réglementaire : 145, 254

- procédure contradictoire : 188
- saisine du parquet : 148
- sursis à exécution : 189
- voies de recours : 189

Institution néocorporatiste : 6, 39

- notion : 38, 39

Interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur : 445, 449

Intérêts de retard : 468, 469, 470

Intérêt général : 12, 53, 55

Irrégularités budgétaires : 264, 279

Irresponsabilité des agents publics à l'égard de l'administration : 266, 267, 268, 269, 272, 273, 274

- J -

Juge administratif : 8, 13, 15, 16, 26, 28, 33, 34, 41, 59, 65, 164

- contrôle : 11, 13, 44
- constitutionnalisation : 24, 25, 26
- comparaison avec juge répressif d'appel : 321, 347
- pouvoir d'annulation : 321
- pouvoir de réformation : 321

Juge communautaire : 17

- recours juridictionnel effectif : 17
- éthique juridictionnelle : 17, 18, 19

Juge constitutionnel : 23, 41, 61

Juge de cassation : 323, 329, 332, 333, 334

- contrôle des juridictions ordinales : 329

Juge de l'excès de pouvoir : 323, 324, 335, 339, 360, 362

Juge électoral : 478, 479, 481, 482

Juge européen : 17, 157, 158, 164, 174, 443, 444

- logique floue : 17, 20, 21

Juge financier : 383, 384, 391, 404, 405, 406

Juge fiscal : 434, 438, 452, 453, 459, 464

Juge judiciaire : 84, 85, 86, 87, 159, 160, 164, 335, 458, 466, 470, 474

Juge pénal : 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 429, 459, 464

Juridiction : 99, 101, 102

- qualification ou notion : 98, 100, 101, 102, 103, 104, 107
- ordre de juridiction : 98

Justice administrative : 14, 15, 25, 34, 35

- dédoublement avec justice répressive : 256
- domaine d'intervention plus étendu : 247, 248
- domaine d'intervention plus spécialisé : 249, 250

-- processus de convergence des fonctions administratives et juridictionnelles : 252, 253, 254, 255

Justice déléguée : 449

Justice répressive : 34

Justice retenue : 450

- L -

Licenciements : 328, 345, 346

-- contrôle de proportionnalité : 345

-- pour cause réelle et sérieuse : 345

-- salariés investis d'un mandat représentatif : 328

- M -

Magistrats : 73, 199

-- du parquet : 134

-- indépendance : 142

Magistrature morale : 13

Majorations d'imposition : 159, 438, 452, 464, 469, 470

Masseur-kinésithérapeute : 6

Matérialité des faits : 330

Médiateur : 59, 60, 64, 66, 83

Mesure d'ordre intérieur : 78, 79, 80, 81, 82, 198

Méthode du faisceau d'indice : 139

Militaires : 167, 168, 341

-- contentieux disciplinaire et matière pénale : 167, 168

- N -

Non bis in idem : 186, 394, 412, 416

Notaire : 6, 165, 331

- O -

Office objectif : 36, 263, 375

Office subjectif : 36, 263, 375

Officiers ministériels : 103, 165, 244

Opportunité : 326, 331, 338, 346, 352, 365, 405, 406, 457, 483

Ordonnateurs : 271, 375, 383, 384, 410, 417, 420

-- indépendance à l'égard du comptable : 278

-- responsabilité personnelle : 264, 417

Ordre des

-- architectes : 110

-- chirurgiens-dentistes : 102

-- experts-comptables : 110

-- géomètres-experts : 110

-- masseurs-kinésithérapeutes : 102

-- médecins : 46, 102, 110

-- conseil supérieur : 108

-- inscription au tableau : 110

-- rapporteur au délibéré : 217

-- pédicures-podologues : 102

-- sages femmes : 102

-- vétérinaires : 102, 110

Ordre professionnel : 6, 45, 49, 52, 54, 108, 110, 252, 330

-- nature juridique : 49, 52

-- section des assurances sociales : 10, 331

Ordre public européen : 20

Organe judiciaire de pleine juridiction : 362, 367, 370, 371, 463

-- contrôle "incorporé" : 371

- P -

Patrimonialité : 165

Pédicure-podologue : 6

Peines fixes : 432, 441, 461

Pénalité fiscale : 443, 451, 452, 453, 467

Pénalité pour mauvaise foi ou pour manœuvres frauduleuses : 435, 444, 454, 465, 471

Permis de conduire :

-- retrait de points : 175, 371, 372, 444, 464

Pharmaciens : 6

Plénitude de juridiction : 341, 370, 443, 463

Pluralisme juridique : 2, 34

-- institutionnel : 4

-- conceptuel : 15

Pouvoir comminatoire : 473, 476

Pouvoir d'annulation de la sanction : 358, 445

Pouvoir de modération de la sanction : 430, 431, 432, 433, 438, 440, 444, 459, 466, 467, 468, 471

Pouvoir de modulation de la sanction : 430, 431, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 457, 458, 465, 469, 471

Pouvoir de réduction de la sanction : 376

Pouvoir de réformation de la sanction : 347, 362, 367, 368, 370, 429, 430, 445, 457, 472, 473, 478

Pouvoir de réfection de l'acte de sanction : 473

Pouvoir de substitution de la sanction : 445, 446, 447, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 473, 474, 475

Pouvoir d'individualisation de la sanction : 429, 442, 462, 465

Pouvoir direct de répression : 478

Pouvoir discrétionnaire : 187, 326, 327, 328, 335, 337, 345, 347, 350, 352, 366, 455

Pouvoir disciplinaire

- chef d'entreprise ou employeur : 6, 342, 343, 439
- nature : 177

Pouvoir financier local : 380**Pouvoir hiérarchique : 269****Pouvoir indirect de répression : 473****Prérogatives de puissance publique : 46, 56****Principe de**

- dualité de juridictions : 30
- légalité des délits et des peines : 184, 335, 459
- nécessité des peines : 185, 340, 459, 460, 462
- *non bis in idem* : 186, 394, 412, 416
- non-rétroactivité : 185, 459
- personnalité des peines : 394, 436
- proportionnalité des délits et des peines : 185, 186
- rétroactivité *in mitius* : 185
- séparation de la juridiction administrative et de l'administration active : 446, 447
- séparation des autorités administrative et judiciaire : 75, 447
- séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable : 417

Prison

- discipline carcérale : 198
- organes disciplinaires et matière pénale : 168
- punition de cellule : 168
- retrait des remises de peine : 168, 169

Privilege de juridiction : 15**Procès équitable : 81, 195, 238**

- délai raisonnable : 202
- droit à l'exécution des décisions de justice : 204
- droit au juge : 196, 197
- droits de la défense : 205
- droit substantiel : 235, 238, 239
- équité : 231, 232
- notion de tribunal : 197
- théorie des apparences : 199, 200, 201
- tribunal indépendant et impartial : 199
 - notion d'indépendance : 199
 - notion d'impartialité : 199, 200
- droit au recours juridictionnel : 198
- principe d'égalité des armes : 205
- principe du contradictoire : 205, 206, 207
- publicité : 202
 - débats : 202

-- jugements : 202

Procès pénal : 181, 182

- garanties : 182

Proportionnalité : 244, 325, 335, 339, 341, 342, 347, 348, 349, 355, 359, 360, 361, 366, 434, 435, 441, 442, 443, 460, 462, 465

- discipline des détenus : 341
- droit disciplinaire du travail : 341, 342, 345
- importation en droit privé : 244
- technique : 347

- Q -

Qualification juridique des faits : 329, 330, 332, 333

- R -

Rapporteur : 217**Recours de plein contentieux ou pleine juridiction : 59, 321, 357, 358, 359, 360, 362, 367, 371, 429, 430, 474****Recours effectif : 371****Recours en cassation : 330, 332****Recours pour excès de pouvoir : 59, 265, 332, 347, 351, 356, 357, 358, 359, 360, 376, 451****Recteurs d'académie : 137****Règlements intérieurs**

- des entreprises privées : 72, 244
- des assemblées délibérantes des collectivités locales : 79

Régularisation administrative : 378**Régulation :**

- notion : 10
- juridictionnelle : 13
- qualification : 67

Répression administrative : 321, 325, 327, 328, 347, 348, 351, 352, 357, 358, 361, 362, 429, 432, 436, 440, 458**Répression disciplinaire :**

- publicisation : 247, 248
- origine corporatiste : 248
- néocorporatisme : 248

Répression fiscale : 432, 435, 458**Réseau disciplinaire : 6, 7, 8, 35****Réseau régulateur : 9; 35****Responsabilité**

- administrative : 24, 27, 28
- civile : 273, 284, 400
- pécuniaire : 266, 270, 273, 274, 276, 279, 282, 287, 288
- pénale : 28, 29, 32, 277, 304
- politique : 417

Responsabilité des agents publics envers l'administration : 264, 282, 283, 284

- action récursoire administration : 292
- aspect disciplinaire : 285
- aspect répressif : 283, 285, 286
- caractère de réparation : 287
- échec : 291
- effet dissuasif : 281
- ineffectivité : 289, 290
- service de l'armée : 292

Responsabilité des ordonnateurs : 294, 295, 302, 417

- quasi-immunité originaire : 294
- responsabilité disciplinaire : 304

Responsabilités spéciales : 280

- des ministres : 279, 280
- des officiers militaires : 280
- des agents de postes : 280
- des maires : 281

Révocation : 337

- S -

Salariés

- comparaison avec situation juridique du fonctionnaire : 342
- privés : 165
- protégés : 341

Sanction

- administrative : 14, 24, 154, 155, 172, 325, 357, 369, 371, 376, 429, 432, 441, 442, 444, 460, 463, 464, 466, 473
- automatique : 461, 462, 464
- civile : 273, 274
- disciplinaire : 14, 50, 73, 76, 77, 80, 81, 154, 162, 164, 170, 176, 179, 325, 349
- financière : 392, 393, 398, 399, 412, 421, 481

- fiscale : 432, 435, 435, 436, 441, 442, 444, 459, 461, 463, 464, 466, 468, 469, 470

- pénale : 14, 155, 170, 179, 412, 481

- pécuniaires : 179, 242, 482

- politique : 417, 419, 422, 423

- professionnelle : 325

- punitive : 170, 173

- critères d'identification : 172, 173

- application des principes de la répression pénale : 173

- répressive : 170, 176

Séparation des pouvoirs : 65, 447

Séparation des ordonnateurs et des comptables : 280

Service public : 53, 55

- corporatif : 7

- mission : 44, 45, 48, 49, 50, 54

Société d'économie mixte : 385, 388, 389

Substitution de motifs et/ou de base légale : 451, 455, 456

Sursis à exécution : 94, 95, 96

Sursis disciplinaire : 180

Syndicat : 165

Système de l'administrateur-juge : 137

- T -

Transparence : 384

Tribunal des conflits : 87, 88, 90

Tribunal : 362, 370, 443

Tutelle financière : 380, 381

- coadministration ou cogestion : 380

- V -

Vétérinaire : 6

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations	05
Sommaire	08
Introduction	09
§ 1. – <i>Le développement du pluralisme juridique institutionnel</i>	12
A. – Le réseau disciplinaire	14
B. – Le réseau régulateur	18
§ 2. – <i>Le développement du pluralisme juridique conceptuel</i>	24
A. – La concurrence supra-étatique	26
1. – L' "éthique juridictionnelle" du juge communautaire	27
2. – La logique "floue" du juge européen	30
B. – La concurrence infra-étatique	33
1. – La concurrence du juge constitutionnel	33
2. – La concurrence du juge pénal	37
1 ^{ère} partie	
Une justice intermédiaire dont l'objet tend vers plus de répression	
Titre 1. – <u>L'avènement des institutions disciplinaires et régulatrices</u>	49
Chapitre 1 ^{er} . – <i>Une insertion comparable dans la sphère administrative</i>	50
Section 1. – <u>Le rattachement à l'ordre administratif malgré la spécificité des institutions</u>	51
§ 1. – <i>L'assujettissement résolu des institutions disciplinaires</i>	52
A. – Une compétence administrative audacieuse	52
1. – La reconnaissance d'une mission de service public	52
2. – La reconnaissance de la qualité d'acte administratif	55
B. – Une compétence administrative gênante	57
1. – La démarche réticente du juge administratif	57
2. – La remise en cause de principes traditionnels	60
§ 2. – <i>L'assujettissement conforme des institutions régulatrices</i>	63
A. – Une compétence administrative implicite	65
1. – La démarche inductive du juge administratif	65
2. – Le compromis du juge constitutionnel	68
B. – Une compétence administrative discutée	71
1. – Un raisonnement formel	71
2. – Une solution pratique mais peu fondée	73
Section 2. – <u>Le rattachement au contentieux administratif malgré la fragmentation des compétences juridictionnelles</u>	76
§ 1. – <i>La propension publique des contentieux disciplinaires</i>	77
A. – Une compétence juridictionnelle qui s'étoffe : les contentieux d'ordre privé	77
1. – La discipline des corps privés professionnels : l'exemple de la magistrature judiciaire	78

2. – La discipline des corps privés non professionnels : l'exemple des fédérations sportives	80
B. – Une compétence juridictionnelle qui se concrétise : les mesures de discipline internes	82
1. – L'étiollement progressif des mesures	82
2. – L'affermissement définitif de la jurisprudence	85
§ 2. – <i>La matérialité publique des contentieux régulateurs</i>	87
A. – Des règles de répartition complexes	89
1. – Les difficultés de répartition : l'exemple des décisions du Conseil de la concurrence	90
2. – L'uniformisation relative : la compétence nuancée de la Cour d'appel de Paris	92
B. – Des modalités de contrôle assimilables	95
1. – La particularité des règles générales de procédure	95
2. – La particularité des règles relatives au sursis	96
Chapitre 2 nd . – <i>Une insertion confuse dans la sphère juridictionnelle</i>	99
Section 1. – <u>Des parentés a priori classiques avec la notion de juridiction</u>	99
§1. – <i>L'identification de principe entre qualification juridictionnelle et organe disciplinaire</i>	99
A. – L'expression apparente de la volonté du législateur	101
1. – La diversité législative : la variété des indications fournies	101
2. – Les vicissitudes législatives : l'exemple de la discipline de l'enseignement	104
B. – L'expression manifeste de la volonté du juge	108
1. – La reconnaissance constante de la qualité juridictionnelle des organismes dans leur activité disciplinaire	108
2. – La négation constante de la qualité juridictionnelle des organismes dans leur activité administrative	110
§ 2. – <i>La distinction de principe entre qualification juridictionnelle et organe régulateur</i>	112
A. – Les interrogations initiales	112
1. – Un embarras marqué dans le secteur de la concurrence	113
2. – Un embarras plus mesuré dans les autres secteurs régulateurs	116
B. – Les certitudes ultérieures	119
1. – Une position sans équivoque du Conseil constitutionnel dans le secteur de la concurrence	120
2. – Une position du Conseil constitutionnel confirmée dans les autres secteurs régulateurs	122
Section 2. – <u>Des parentés a posteriori contingentes avec la notion de juridiction</u>	125
§ 1. – <i>Les exceptions à l'identification de principe entre qualification juridictionnelle et organe disciplinaire</i>	125
A. – L'exception générale : le pouvoir disciplinaire dans la fonction publique	126
1. – La règle : la répression hiérarchique	127
2. – La réalité : le phénomène de juridictionnalisation	130
B. – Les exceptions spécifiques : les organismes disciplinaires dépendant de personnes privées	133
1. – Une qualification délaissée, <i>a priori</i> , pour des considérations d'opportunité	134
2. – Une qualification délaissée, <i>a posteriori</i> , pour des considérations formelles	136

§ 2. – Les atténuations à la distinction de principe entre qualification juridictionnelle et organe régulateur	138
A. – Un statut comparable aux autorités juridictionnelles	139
1. – L'indépendance organique	140
2. – L'indépendance fonctionnelle	142
B. – Un exercice comparable aux autorités juridictionnelles	144
1. – Des prérogatives quasi-juridictionnelles	145
2. – Des garanties de type juridictionnel	147
Conclusion Titre 1^{er}	150
Titre 2. – <u>L'affermissement des institutions disciplinaires et régulatrices</u>	151
Chapitre 1^{er}. – <u>La nouvelle approche des institutions disciplinaires et régulatrices : le dépassement des catégories juridiques traditionnelles</u>	152
Section 1. – <u>La mise en évidence de la dimension répressive des sanctions prononcées</u>	152
§ 1. – <u>L'influence externe : la notion de matière pénale</u>	153
A. – L'assimilation par principe aux sanctions régulatrices	154
1. – Une interprétation extensive du juge européen	154
2. – Une adhésion commune des juges administratif et judiciaire	156
B. – L'assimilation par exception aux sanctions disciplinaires	159
1. – Un rattachement d'ensemble à la "matière civile"	160
2. – Un rattachement déterminé à la "matière pénale"	165
§ 2. – <u>L'influence interne : les notions de sanction punitive et de sanction répressive</u>	168
A. – L'assimilation constitutionnelle entre sanction régulatrice et sanction punitive	169
1. – Un raisonnement basé sur des critères déterminés d'identification	169
2. – Un raisonnement comparable à celui du juge européen	171
B. – L'assimilation doctrinale entre sanction disciplinaire et sanction répressive	174
1. – L'autonomie initiale et nuancée des branches disciplinaires et pénales	174
2. – Les similitudes contemporaines inhérentes au caractère répressif	176
Section 2. – <u>La mise en évidence de la nécessité d'attribuer un cadre normatif nouveau aux sanctions prononcées</u>	177
§ 1. – <u>L'application des garanties du procès pénal</u>	178
A. – Une soumission imposée aux procédures des institutions régulatrices	178
1. – La soumission aux règles de fond	179
2. – La soumission aux règles de forme	183
B. – Une progression marquante dans les procédures des institutions disciplinaires	185
1. – La progression des règles de fond	185
2. – La progression des règles de forme	190
§ 2. – <u>L'application des garanties du procès équitable</u>	193
A. – Les exigences liées à l'existence et aux qualités mêmes des institutions	193
1. – Le droit à un "tribunal" établi par la loi	194
2. – Le droit à un tribunal indépendant et impartial	196
B. – Les exigences liées à l'instance proprement dite des institutions	199
1. – Les garanties explicites	199
2. – Les garanties implicites	201

Chapitre 2 nd – <i>La nouvelle légitimité des institutions disciplinaires et régulatrices : le dépassement des clivages juridiques traditionnels</i>	205
Section 1. – <u>La légitimation par la qualité de l'exercice du pouvoir de contrainte</u>	206
§ 1. – <i>La qualité des “tribunaux” exerçant le pouvoir de contrainte : vers la maturité organique</i>	207
A. – L'interprétation pragmatique de la notion d'impartialité par le Conseil d'Etat	208
1. – Une détermination initiale incertaine	208
2. – Une détermination contemporaine concrète	211
B. – L'interprétation extensive de la notion d'impartialité par la Cour de cassation	214
1. – Une divergence d'interprétation avec le Conseil d'Etat quant aux exigences du principe d'impartialité	214
2. – Une évolution commune au Conseil d'Etat tendant à élargir le champ d'application du principe d'impartialité	218
§ 2. – <i>La qualité des procédures mises en œuvre : vers la maturité fonctionnelle</i>	221
A. – Le dépassement du cadre administratif de la procédure : l'évolution du principe de contradiction	222
1. – Un principe à portée réduite par la confusion initiale avec la notion des droits de la défense	222
2. – Un principe à portée plus conséquente par la prise en compte d'une définition spécifique	224
B. – Le dépassement du cadre interne de la procédure : les nouvelles perspectives de la contradiction	225
1. – Une dynamique nouvelle sous l'impulsion des instances de régulation	226
2. – Une vision nouvelle sous l'influence de la notion d'équité	228
Section 2. – <u>La légitimation par la réorganisation potentielle de la justice administrative</u>	230
§ 1. – <i>De la spécificité à la mise en parallèle des procédures</i>	231
A. – Par l'institution d'un fonds commun procédural	232
1. – La constitutionnalisation du droit processuel	232
2. – La naissance d'un droit substantiel à un procès équitable	234
B. – Par un phénomène de confusion des procédures	237
1. – Une attraction vers le droit commun	238
2. – Un croisement dans les compétences et les contentieux	239
§ 2. – <i>De la complémentarité au dépassement du juge administratif</i>	241
A. – Le témoignage d'une vision nouvelle de la justice administrative	241
1. – Un domaine d'intervention plus étendu	242
2. – Un domaine d'intervention plus spécialisé	243
B. – Le témoignage de fonctions nouvelles de la justice administrative	244
1. – Un processus de convergence des fonctions administrative et juridictionnelle	244
2. – Un processus de convergence des justices administrative et répressive	247
Conclusion Titre 2 nd	251
Conclusion 2 ^{ème} partie	252

Une justice principale dont l'office tend vers plus de répression

Titre 1. – <u>Le développement de l'office objectif du juge administratif</u>	256
Chapitre 1 ^{er} . – <i>Du contrôle administratif au contrôle financier des gestionnaires publics</i>	258
Section 1. – <u>Le contrôle administratif et la logique tenace d'irresponsabilité</u>	259
§ 1. – <i>Une logique initiale d'irresponsabilité non justifiée</i>	259
A. – Un principe d'irresponsabilité non écrit	259
1. – L'affirmation prétorienne	260
2. – Les résistances doctrinales	262
B. – Des exceptions à portée réduite	264
1. – La réussite tempérée de la responsabilité pécuniaire des comptables publics	265
2. – Les résultats modestes de la responsabilité spéciale de certains ordonnateurs	268
§ 2. – <i>Une logique actuelle de responsabilité non appliquée</i>	272
A. – Une nature ambiguë qui rend la mise en pratique de la responsabilité malaisée	273
1. – Une forme particulière de responsabilité qui n'entre dans aucun modèle classique	273
2. – Une forme particulière de responsabilité qui reste dominée par son aspect répressif	276
B. – Une application exceptionnelle qui fait perdurer la tradition d'irresponsabilité	278
1. – Une jurisprudence marginale	278
2. – Des justifications diverses	280
Section 2. – <u>Le contrôle financier et la logique gestionnaire de responsabilité</u>	283
§ 1. – <i>Un cadre initial restreint</i>	283
A. – Les difficultés liées à la renaissance des procédures de gestion de fait	284
1. – Des fondements incertains	285
2. – Un champ d'application restrictif	287
B. – Les difficultés liées à l'avènement de la Cour de discipline budgétaire	289
1. – Un champ d'action controversé	290
2. – Un type de sanction controversé	293
§ 2. – <i>Une finalité initiale restreinte</i>	295
A. – La gestion de fait : régulariser les comptes	295
1. – Une procédure qui n'engendre pas forcément des suites contentieuses	296
2. – Une procédure qui vise à rendre compte des opérations irrégulières	299
B. – La Cour de discipline budgétaire : moraliser les administrateurs	301
1. – Une volonté plus préventive que répressive	301
2. – Des conditions d'exercice limitées	303

Section 1. – Le contrôle restreint et le dépassement progressif de l'appréciation de légalité

307

§ 1. – *Le contrôle restreint "limité" : le contrôle de justification de la sanction*

308

A. – La position première du juge de l'excès de pouvoir

308

1. – Les justifications

308

2. – Les critiques

311

B. – La position présente du juge de cassation

313

1. – Le principe de la partition entre appréciation et qualification juridique des faits

314

2. – Les distorsions à la partition entre appréciation et qualification juridique des faits

316

§ 2. – *Le contrôle restreint "complet" : le contrôle de la disproportion manifeste de la sanction*

319

A. – La jurisprudence actuelle du juge administratif

320

1. – Une jurisprudence prudente

320

2. – Un contexte favorable à une évolution

322

B. – La jurisprudence conforme du juge judiciaire

325

1. – L'apparence initiale du contrôle : le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire

325

2. – La réalité contemporaine du contrôle : le contrôle de la disproportion manifeste de la sanction disciplinaire

327

Section 2. – Le contrôle normal et le dépassement définitif de l'appréciation de légalité

329

§ 1. – *Un strict contrôle de proportionnalité pour assurer une protection complète des personnes poursuivies*

330

A. – Une application progressive quant aux sanctions dépendantes

331

1. – Un contrôle favorisé par une évolution propice

331

2. – Un contrôle déterminé par la nature des personnes poursuivies

333

B. – Une application discutée quant aux garanties requises

335

1. – Les considérations en faveur de l'insuffisance de la protection en excès de pouvoir

336

2. – Les considérations en faveur de la suffisance de la protection en excès de pouvoir

338

§ 2. – *Un strict contrôle de proportionnalité pour répondre à la définition européenne du recours juridictionnel*

340

A. – Un contrôle de légalité suffisant en "matière civile"

341

1. – La jurisprudence concordante

342

2. – La jurisprudence discordante

344

B. – Un contrôle de légalité insuffisant en "matière pénale"

346

1. – La jurisprudence concordante

346

2. – La jurisprudence discordante

347

Conclusion Titre 1^{er}

351

Titre 2. – <u>L'apparition d'un office plus subjectif du juge administratif</u>	352
Chapitre 1^{er}. – <u>Du contrôle matériel au contrôle personnel des gestionnaires publics</u>	354
Section 1. – <u>La reconnaissance pratique de la logique répressive</u>	354
§ 1. – <i>Une dimension répressive accrue : l'adaptation à la transformation de la gestion publique</i>	355
A. – L'adaptation à l'ouverture du pouvoir financier local	355
1. – Un pouvoir financier à plus forte autonomie	356
2. – Un contrôle financier à plus forte portée	359
B. – L'adaptation au désordre des formules institutionnelles locales	362
1. – Le développement souvent irrégulier et injustifié des associations para-publicques	362
2. – Le développement souvent irrégulier et imprudent des sociétés d'économie mixte locales	364
§ 2. – <i>Une dimension répressive marquée : la soumission aux principes du droit processuel</i>	368
A. – Une applicabilité qui s'est révélé inéluctable	368
1. – La nature répressive intrinsèque des sanctions financières	368
2. – La consécration d'une évolution largement amorcée	371
B. – Une application qui peine à se déterminer	375
1. – L'exclusion particulière liée au jugement des comptes	375
2. – L'application générale avec concessions	378
Section 2. – <u>La reconnaissance problématique de la logique répressive</u>	381
§ 1. – <i>Une dimension répressive difficile à appréhender</i>	382
A. – Une appréciation délicate de l'opportunité de la décision publique	382
1. – Les interrogations réelles quant à l'étendue de la compétence du juge des comptes	382
2. – L'extension de la répression budgétaire et financière aux fautes de gestion	385
B. – Une articulation délicate des procédures entre juridictions financières et pénales	388
1. – La faute budgétaire et financière et le délit dit de favoritisme	389
2. – La gestion de fait et le délit d'usurpation de fonction	391
§ 2. – <i>Une dimension répressive difficile à assumer</i>	393
A. – Pour les justiciables : l'exemple des élus locaux et la prise en compte du risque financier	394
1. – Une justiciabilité nouvelle devant la Cour de discipline budgétaire et financière	394
2. – Une répression excessive devant le juge des comptes	398
B. – Pour les juges : l'exemple de la gestion de fait et la prise en compte des conséquences répressives	401
1. – Vers la reconnaissance du caractère personnel des jugements prononcés par le juge des comptes	401
2. – Vers l'adaptation de certains principes de la procédure de gestion de fait	403

Chapitre 2 nd . – <i>Du pouvoir de réduire au pouvoir de fixer la répression administrative</i>	407
Section 1. – <u>L'interprétation traditionnelle des pouvoirs du juge dans l'approche de la sanction</u>	408
§ 1. – <i>La conception stricte du pouvoir de modulation : l'absence de pouvoir modérateur de la sanction</i>	408
A. – Un pouvoir modérateur qui n'est pas permis	410
1. – Les arguments d'ordre théorique	411
2. – Les arguments d'ordre pratique	414
B. – Un pouvoir modérateur qui n'est pas requis	416
1. – Une reconnaissance constitutionnelle incertaine	416
2. – Une reconnaissance conventionnelle incertaine	418
§ 2. – <i>La conception stricte du pouvoir de réformation : la réfection de l'acte de sanction</i>	420
A. – Une interdiction pratique du pouvoir de substitution	421
1. – Une interdiction sans fondement juridique	421
2. – Une interdiction empirique	423
B. – Une interdiction relative du pouvoir de substitution	424
1. – Le pouvoir de substitution de plein contentieux des pénalités fiscales	425
2. – Le pouvoir de substitution de motifs et / ou de base légale dans le contentieux de l'excès de pouvoir	427
Section 2. – <u>L'interprétation contemporaine des pouvoirs du juge dans l'approche de la sanction</u>	428
§ 1. – <i>L'évolution partielle du pouvoir de modulation : la question d'un pouvoir modérateur</i>	429
A. – Une certaine volonté de reconnaissance en doctrine	430
1. – Les arguments fondés sur les exigences constitutionnelles	431
2. – Les arguments fondés sur les exigences conventionnelles	433
B. – Une certaine volonté de reconnaissance en jurisprudence	436
1. – L'ouverture du champ d'application de la modulation	437
2. – L'incertitude du champ d'application de la modulation	439
§ 2. – <i>L'exercice actuel du pouvoir de réformation : la possibilité de fixer la répression</i>	442
A. – Les possibilités de fixation indirecte de la répression	443
1. – Par la transformation du pouvoir de réformation en pouvoir de substitution	444
2. – Par la transformation du pouvoir comminatoire en pouvoir de sanction	446
B. – Les possibilités de fixation directe de la répression : l'exemple des sanctions prises contre les détournements électoraux	448
1. – Les insuffisances du dispositif traditionnel de sanction	449
2. – L'efficacité du nouveau dispositif de sanction confié au juge électoral	451
Conclusion Titre 2nd	454
Conclusion 2^{ème} partie	456
Conclusion générale	458
Bibliographie	468
Index alphabétique	528
Table des matières	536