

N° 294239  
M. Pierre C...

Section du Contentieux

Séance du 2 juillet 2010  
Lecture du 16 juillet 2010

**CONCLUSIONS**  
de  
**Mme Claire LEGRAS, rapporteur public**

***(Ce texte est celui qui a été prononcé par Mme Legras en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)***

1- Par procès-verbal du 9 janvier 1997, un agent assermenté de la ville de Paris a constaté que M. Pierre C... avait réalisé au 3, rue du B..., à Paris, des travaux sans autorisation : la couverture d'une courette, avec surélévation de la toiture de l'immeuble, pour créer une mezzanine, la pose de trois velux et la modification d'une fenêtre. Le procès-verbal a été transmis au Procureur de la République en application des dispositions de l'article L. 480-1 du code de l'urbanisme et l'affaire a suivi son cours sur le plan pénal et sur le plan fiscal.

Le maire de Paris, considérant qu'il résultait des travaux réalisés une insuffisance de terrain de 6 m<sup>2</sup> au regard des règles d'urbanisme applicables, a mis à la charge de M. C... une participation pour dépassement du coefficient d'occupation des sols de 288 000F. Cette participation de surdensité est égale, en vertu de l'article L. 332-2 du code de l'urbanisme alors en vigueur, à la valeur de la surface supplémentaire de terrain qui aurait été nécessaire pour l'édification de la construction si le COS avait été respecté. La formule de calcul est précisée à l'article R. 332-1-1 du même code et fait intervenir la surface de plancher de la construction. Si une construction a été réalisée en violation des prescriptions du permis de construire ou sans qu'aient été accomplies les formalités requises, l'article R. 332-9 du code de l'urbanisme prévoit que la participation est due sur la surface de plancher effectivement construite et que, pour son calcul, la surface de plancher non autorisée est majorée de 50%. Au cas présent, la participation de 288 000 F mise à la charge de M. C... a donc été déterminée en appliquant une telle majoration.

L'intéressé s'est également vu réclamer, au titre de la taxe locale d'équipement et d'une taxe spécifique régionale, des sommes de 816 et 408 F, majorées d'amendes fiscales d'un montant équivalent. Il n'a pas acquitté ces taxes et il a déposé, le 26 février 1997, une

---

1  
*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

déclaration de travaux pour régulariser la situation. Par arrêté du 12 mai 1997, le maire de Paris s'est opposé à ces travaux. M C... a vainement réclamé le dégrèvement des taxes qui lui avaient été assignées, puis il a saisi le juge de l'impôt.

Par l'arrêt en date du 11 avril 2006 contre lequel il se pourvoit régulièrement en cassation, la cour administrative d'appel de Paris a confirmé le jugement du tribunal administratif de Paris du 25 juillet 2002 rejetant sa demande en décharge.

Parallèlement, sur le plan pénal, il a été déclaré coupable d'avoir réalisé des constructions sans autorisation administrative et condamné à remettre les lieux en état, ainsi qu'à une amende de 100 000 F.

**2-** L'un des moyens soulevés par M. C... justifie la cassation partielle de l'arrêt.

**2-1-** Un premier moyen de régularité, le seul à viser l'arrêt dans son intégralité, les autres étant relatifs uniquement à la participation pour dépassement du COS, doit toutefois être écarté au préalable. M. C... soutient que la cour a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle et l'article R. 731-3 du code de justice administrative en ne donnant pas suite à la demande de report de l'audience dont il l'avait saisie en raison de l'indisponibilité de son avocat.

Il ressort en effet des pièces du dossier d'appel que ce dernier avait indiqué à la cour, par une télécopie du 22 mars 2006, qu'il ne pouvait continuer à assurer la défense de M. C... et qu'il ne le représenterait pas à l'audience dont la date avait été fixée au 28 mars 2006. Dans un courrier en date du 24 mars 2006, l'avocat avait réitéré sa demande en faisant état de circonstances familiales graves et en produisant un certificat d'hospitalisation de sa mère.

Ce premier moyen vous invite à préciser la nature du contrôle que vous exercez en cassation sur la décision d'une juridiction de faire ou non droit à une demande d'ajournement.

La décision de radier ou de ne pas reporter une audience, qui ne fait l'objet d'aucune formalisation particulière, n'est pas détachable de la procédure juridictionnelle ; simple mesure d'administration judiciaire, elle ne peut être contestée en tant que telle, mais seulement invoquée comme un vice affectant la régularité de la décision juridictionnelle, dans le cadre du contentieux la visant (**CE, 29 juillet 2002, Z..., n° 240050, p. 295**).

Toutefois, vous considérez que le juge dispose sur ce point d'un pouvoir discrétionnaire : la formation de jugement et son président ont le pouvoir de décider « *s'ils l'estiment opportun* » qu'une affaire sera radiée du rôle de la séance où elle a été inscrite (**CE, 9 mai 1962, F..., p. 310 ; CE, 20 janvier 1967, R..., n° 67823, p. 26**). Plus récemment, vous avez affirmé que lorsqu'une partie demande le report de l'audience en raison de l'impossibilité pour elle de s'y présenter, le juge n'est tenu ni d'accéder à sa demande ni de l'aviser de son refus (**CE, 11 février 2002, Elections municipales de Brasles, T. p. 882**). Et il n'a par suite pas davantage, selon nous, à motiver son refus.

Lorsqu'en revanche un texte prévoit que l'intéressé doit comparaître en personne, comme c'est le cas devant la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins, vous considérez que la procédure est irrégulière si le juge a refusé le report qui était demandé

pour un motif légitime, dès lors que la demande ne revêt pas un caractère dilatoire, apprécié souverainement par les juges du fond (voir, dans le cas d'un médecin incarcéré, votre décision du **11 juin 1993, G...**, n° 100093, T. p. 965, selon laquelle les juges du fond doivent à peine d'erreur de droit se prononcer sur ce caractère dilatoire ; et, dans le cas d'une audience fixée le jour d'une fête religieuse, **CE, 19 janvier 2001, B...**, n° 192128, p. 39).

Entre les deux, on trouve le cas de feu la commission de recours des réfugiés, devant laquelle la procédure est essentiellement écrite, mais où le droit pour les intéressés de présenter des observations orales constitue une garantie substantielle. Dans une décision **H... du 28 octobre 1987, p. 337, (n° 76539)**, vous avez jugé que lorsque l'intéressé justifie de circonstances de force majeure, le président de la commission est tenu d'accéder à sa demande.

S'agissant des juridictions administratives de droit commun, dès lors que vous avez affirmé que le juge n'est pas tenu de faire droit à une demande de report d'audience, mais détient une grande liberté pour juger de l'opportunité d'y accéder, votre contrôle de cassation ne peut être que des plus réduits, comme lorsque est en cause l'appréciation d'une cour qui estime ou non utile de procéder à une mesure d'instruction (**CE, Section, 17 avril 1964, G...p. 232 ; CE, 26 novembre 1993, SCI Les jardins de Bibémus, p. 327 ; CE, Section, 25 juin 1999, Société d'exploitation des thermes d'Uriage, p. 213**), d'ordonner une expertise (**CE, 2 novembre 1994, L... n° 126814 T. p. 889; CE, 4 avril 1997, Société Meubles Jacques Betin, RJF 5/97 n° 480 ; CE, 12 mai 1997, F..., RJF 7/97 n° 703 ; CE, 3 décembre 1999, M..., n° 162925, RJF 1/00 n° 80**) ou encore d'accorder un délai supplémentaire pour produire un mémoire (**CE, 3 octobre 1994, SCI Le grand Valleron, RJF 8-9/99**).

Vous répugnez en effet traditionnellement à imposer au juge des lignes de conduite dans l'exercice de ses pouvoirs d'instruction. Il est donc logique que vous ayez pu dénier tout contrôle du juge de cassation sur la décision de ne pas faire droit à une demande d'ajournement (**CE, 28 mai 2004, G..., n° 246003**).

Cette liberté reconnue aux juges du fond, et l'absence de contrôle qui en découle, trouvent toutefois une limite lorsque est en jeu le respect du principe de la contradiction ou des droits de la défense. Si une cour fixe des délais de réponse à une production d'une partie insuffisants pour que l'autre partie y réplique utilement, elle méconnaît le principe du caractère contradictoire de l'instruction et son arrêt est irrégulièrement rendu (voir par exemple **CE, 21 août 1996, Ministre c/SA Bolle et Cie, p. 344**). Peu importe, à cet égard, que l'intéressé ait ou non demandé le report de l'audience ou mis en cause le caractère tardif de la communication (voir en ce sens, s'agissant de la Cour de discipline budgétaire et financière, votre décision **C... et G... du 31 mars 2008, n° 288620, T. p. 796**).

Or il nous semble aujourd'hui difficile d'affirmer que la présence à l'audience des parties ne met pas aussi en jeu sinon le caractère contradictoire de la procédure ou le droit à un procès équitable, du moins l'existence pour elles d'une garantie substantielle.

Certes, le caractère écrit – ou plutôt « *essentiellement écrit* », selon l'expression d'Edouard Laferrière<sup>1</sup> – de la procédure d'instruction ne fait pas de l'audience le centre du procès administratif. Jusqu'à récemment, elle n'était guère que le moment où le commissaire du gouvernement se levait et donnait son avis public sur les affaires inscrites au rôle. Ne pouvant pas présenter d'observations orales, les parties n'avaient pas, longtemps, à être convoquées à l'audience (CE, 27 février 1930, *Trémège*, p. 225), et sauf si elles l'avaient demandé expressément, elles n'en étaient pas avisées quand elles n'avaient pas constitué d'avocat (CE, 16 mars 1966, *P...*, p. 216).

Toutefois, la nature de l'audience devant le juge administratif a changé. Il n'est pas rare, tout d'abord, que les parties s'y expriment. Devant vous, seuls les avocats aux conseils peuvent prendre la parole, en vertu de l'article R. 733-1 du code de justice administrative, mais devant les cours, le caractère obligatoire du ministère d'avocat ne fait pas obstacle à ce que les parties forulent directement des observations orales à l'audience (CE, 30 septembre 2005, *Mme J...*, n°262953, T. p. 1049). L'article R. 732-1 du même code<sup>2</sup> consacre ce droit s'agissant des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Certes, ces observations orales ne peuvent être que le développement de mémoires antérieurement produits, sans adjonction d'éléments nouveaux ; elles doivent ainsi être considérées comme un simple prolongement de l'instruction écrite. Il reste que la parole permet parfois d'attirer l'attention des juges sur les aspects et enjeux essentiels de l'affaire d'une manière à la fois moins froide et plus immédiate. Le même article prévoit qu'au tribunal administratif, le président de la formation de jugement peut, au cours de l'audience et à titre exceptionnel, demander des éclaircissements à toute personne présente dont l'une des parties souhaiterait l'audition.

Les évolutions récentes de la jurisprudence et des textes tendent aussi à donner à l'audience un rôle important et à en faire un lieu d'exercice propre de la contradiction devant le juge, au sens large que la Cour européenne des droits de l'homme a pu donner à cette notion dans son arrêt *Kress c/ France* du 7 juin 2001. Le code de justice administrative reconnaît désormais, dans son article R. 731-3, la possibilité de déposer une note en délibéré, qui joue un rôle de garante de la procédure contradictoire. Vous jugez aussi que l'audition du rapport présenté par le rapporteur est un critère pris en compte pour empêcher qu'une partie se prévale de la non réception d'un mémoire communiqué par lettre simple (voir votre décision *Commune d'Haillicourt* du 7 juillet 2008, T. p. 864). Les articles R. 732-1 et R. 733-1 prévoient la possibilité pour les parties de présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions. Une expérimentation, enfin, est en cours, en application de l'article 2 du décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions pour inverser la séquence de prise de parole à l'audience.

Nous pensons donc que désormais, la possibilité pour une partie d'être présente à l'audience représente pour elle un réel enjeu. Certes, cet enjeu n'est pas aussi dense que lorsqu'il s'agit de pouvoir répliquer utilement à un mémoire de la partie adverse qui apporte du nouveau. Mais, avec l'évolution du rôle de l'audience et la place accrue de l'oralité, il est

---

<sup>1</sup> Traité, 2<sup>ème</sup> édition, t. 1, p. 331.

<sup>2</sup> Issue du décret n°2006-964 du 1<sup>er</sup> août 2006.

difficile de continuer à affirmer que le juge détient, lorsqu'il est saisi d'une demande de report, un pouvoir totalement indépendant. Dans la logique des évolutions que nous avons évoquées, la présence à l'audience devient un droit pour les parties dont il vous appartient de vérifier, au titre de votre contrôle de cassation, qu'il n'est pas méconnu.

Jusqu'où et comment exercer ce contrôle ?

D'ores et déjà, vous veillez à la convocation des parties à l'audience dans les délais réglementaires, qui constitue une formalité substantielle. En principe une convocation tardive entraîne l'irrégularité de la décision (CE 30 novembre 1904, *Alarousse*, p. 746 ; CE, 19 décembre 1980, *M...*, n° 4128, T. p. 841, et ce, même si le requérant avait indiqué au cours de l'instruction se désister purement et simplement de sa requête (CE, 4 février 1981, *A...*, n° 15372, T. p. 875). Mais vous admettez un tempérament : ce n'est pas le cas si la partie tardivement convoquée est néanmoins présente à l'audience (CE, 9 juin 1893, *François*, p. 453 ; CE, 27 mai 1936, *Elections du conseil général de la Martinique, canton du Diamant*, p. 613).

Quand ces formalités sont régulièrement accomplies, il appartient bien sûr au premier chef aux parties – ou à leur avocat – de se rendre disponibles. Si toutefois le report d'une audience est sollicité, le juge se livre à une pesée entre deux séries de considérations : d'un côté, la radiation d'une affaire ne saurait revêtir qu'un caractère exceptionnel dans la mesure où elle est de nature à perturber le fonctionnement de la juridiction et peut porter atteinte aux intérêts des autres parties ; de l'autre, les motifs avancés par un requérant pour solliciter le report ne peuvent être négligés s'il fait très sérieusement valoir qu'il ne pourra être ni présent ni représenté à l'audience.

En cassation, votre contrôle doit selon nous consister, de même, à mettre en balance ces éléments afin de déterminer si le principe du caractère contradictoire de la procédure exigeait, à peine d'irrégularité, un report de l'audience. La consécration de ce contrôle, vous le voyez, si elle va de pair avec celle d'un droit des parties d'être présentes à l'audience, ne signifie certainement pas que le report d'audience est de droit. Pour l'obtenir et peser suffisamment dans la balance, une partie devra faire état de circonstances très sérieuses et justifier des obstacles qu'elle allèguera. Et seule une impossibilité prouvée pour une partie d'être présente ou représentée sera de nature à imposer le report. En particulier, les simples évolutions des relations des parties avec leur avocat, souvent invoquées, ne nous paraissent pas de nature à justifier qu'il soit fait droit à une demande de report : un nouvel avocat peut être constitué le plus souvent à bref délai et il est possible à la partie intéressée d'être elle-même présente à l'audience.

Le risque d'abus et de procédés dilatoires étant évident et les justifications d'une demande de report très variées, tout est affaire de circonstances, et c'est pourquoi ce contrôle de bilan nous paraît le plus adapté.

En matière civile et commerciale, la Cour de Cassation nous paraît aussi pratiquer une forme de bilan ; la procédure étant écrite et orale, c'est le droit à l'oralité, qu'elle rattache aux droits de la défense, qui est en cause. Le juge judiciaire relève ainsi, paraphrasant les trois premiers articles du nouveau code de procédure civile, que si les parties ont la libre

disposition de l'audience, l'office du juge est de veiller à son bon déroulement dans un délai raisonnable. Il affirme ensuite que la faculté d'accepter ou de refuser un renvoi à une audience ultérieure d'une affaire fixée pour être plaidée relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral. L'indisponibilité de l'avocat n'est donc pas suffisante pour obtenir le renvoi, car elle ne met pas en cause l'exercice du droit à un débat oral<sup>3</sup>. Et la Cour de cassation ne censure pas non plus une cour qui n'a pas accordé un second renvoi demandé conjointement par les parties qui en avaient déjà obtenu un premier, car elles ont été mises en mesure d'exercer leur droit à l'oralité, même si elles n'ont finalement pas voulu ou pu le faire, suite, par exemple, au refus du juge de leur accorder le nouveau renvoi demandé<sup>4</sup>.

Trois remarques encore, sur cette question.

En premier lieu, l'affirmation de ce contrôle n'impose pas selon nous un formalisme supplémentaire au juge : vous pourrez l'exercer au vu des pièces du dossier, puisque le renvoi doit être expressément sollicité par écrit (**CE, 6 juin 1962, C... et C..., T. p. 1071**). En revanche, nous ne pensons pas qu'il faille exclure, comme le fait votre décision **Z..., , du 19 avril 1989, p. 860, (n°80244)**, que la demande de report soit, devant les tribunaux et les cours, faite avant la clôture de l'instruction, qui ne se produit pas dans le courant de l'audience. Le juge pourra, comme il le fait parfois s'agissant d'une demande d'expertise ou d'une mesure d'instruction, motiver son refus, s'il estime que l'argumentation de la partie le justifie ou s'il souhaite donner des précisions sur sa démarche à l'intention du juge de cassation. Mais il ne nous semble pas nécessaire d'en faire une obligation, ni de lui imposer d'en aviser préalablement les parties.

En deuxième lieu, ce contrôle de bilan pourra s'exercer aussi à l'égard des décisions des juges des référés. S'agissant de procédures d'urgence, dont la rapidité est la raison d'être, la demande de report est plus problématique encore qu'en contentieux classique, d'autant qu'une partie a par principe toujours intérêt à l'ajournement. D'un autre côté, l'audience y est le lieu d'un véritable échange, puisque la procédure contradictoire est aussi bien écrite qu'orale, en vertu de l'article L. 522-1 du code de justice administrative. Mais vous vous êtes déjà engagés dans la voie de ce contrôle en jugeant, dans une décision **Syndicat des copropriétaires de l'immeuble « Les Jardins d'Arago » du 18 octobre 2006, T. p. 1098**, qu'il revient au juge des référés, lorsque des observations sont produites au cours de l'audience ou peu de temps avant, d'apprécier au cas par cas, en tenant compte notamment de ce que lui demande l'autre partie, qui peut souhaiter faire valoir des éléments nouveaux qu'elle n'était pas en mesure d'invoquer précédemment, s'il y a lieu soit de suspendre l'audience ou de différer la clôture de l'instruction à une date postérieure à celle-ci, soit au contraire de ne pas le faire. En contrôlant cette pesée effectuée par le premier juge des référés, vous tiendrez compte de ce que, en vertu de l'article L. 5 du code de justice administrative, les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence.

---

<sup>3</sup> Cass. com., 28 septembre 2004, n° 01-17.291.

<sup>4</sup> C. Cass., Ass. plénière, 24 novembre 1989, *Gaz. Pal.* 30 décembre 1989, note J.G.M., D. 1990, 25, concl. Cabannes.

En troisième lieu, nous pensons qu'il reste un nombre limité d'hypothèses dans lesquelles, eu égard à son motif, la demande de report d'audience ne met certainement pas en jeu le principe du contradictoire ou les droits de la défense : par exemple, lorsque les parties font valoir qu'elles recherchent un accord amiable, ou si elles indiquent qu'il est souhaitable d'attendre que le Conseil constitutionnel ait statué sur une question prioritaire de constitutionnalité. Dans ce cas, le choix de la juridiction est guidé non par le souci de respecter le principe de contradiction, mais par celui d'une bonne administration de la justice – et votre contrôle n'a alors pas lieu d'être.

Au cas présent, vous pourrez écarter le moyen de M. C..., en relevant que la procédure contentieuse, essentiellement écrite, lui avait permis de développer, par l'intermédiaire de son avocat, les moyens qui lui paraissaient pertinents et de répondre à ceux du ministre, qu'il pouvait, s'il l'estimait utile, user lui-même de la possibilité de présenter des observations orales le jour de l'audience et que, compte tenu de la date à laquelle l'avocat l'avait averti de son indisponibilité, il avait en tout état de cause la possibilité de se faire assister par un autre avocat.

**2-2-** En revanche, vous ne pourrez que faire droit au moyen suivant du requérant, qui soutient que la cour s'est fondée, pour écarter son moyen tiré de ce qu'il avait droit à la décharge de sa participation en application de l'article R. 332-9 du code de l'urbanisme puisqu'il avait remis les lieux en état, sur une irrecevabilité tirée de l'absence de réclamation préalable, qu'elle a soulevée d'office sans en avertir les parties, comme l'exigent pourtant les dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative.

**3-** Vous annulerez donc l'arrêt de la cour de Paris en tant qu'il rejette les conclusions aux fins de décharge de la participation pour dépassement de COS et, dans cette mesure, vous garderez l'affaire pour la régler au fond. Vous rencontrerez dans ce cadre deux questions successives qui ont justifié le renvoi de l'affaire devant votre formation : la majoration prévue à l'article R. 332-9 du code de l'urbanisme a-t-elle le caractère d'une sanction ? Si oui, la suppression par l'article 202 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains de la participation pour dépassement du COS conduit-elle, par application du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce, à prononcer la décharge de cette sanction ?

**3-1-** Nous devons, pour y répondre, vous en dire davantage sur le mécanisme un peu particulier de la participation pour dépassement du COS, qui jette ici ses derniers feux.

Le règlement du plan d'occupation des sols fixe, pour chaque zone ou partie de zone, des coefficients d'occupation des sols qui déterminent la densité de construction admise pour chaque type de bâtiment. Toutefois, des dépassements de COS peuvent être autorisés pour des motifs d'architecture, d'urbanisme ou de renforcement de la capacité des équipements collectifs, visés au 2° et au 3° de l'ancien article L. 123-1 du code de l'urbanisme. Le constructeur est alors tenu, en application de l'article L. 332-1 ancien du même code, de verser une participation financière. Cette contribution de surdensité, calculée en fonction de la surface supplémentaire de terrain qui aurait été nécessaire pour édifier la même construction en respectant le COS, n'est pas la sanction d'une méconnaissance du COS par le permis de construire, mais la contrepartie de l'exercice d'un droit ouvert par le POS ou

le prix d'une tolérance légale. Elle peut être rapprochée de celle due par le pétitionnaire qui ne peut satisfaire lui-même aux obligations qui lui sont imposées en matière de réalisation de places de stationnement, en application de l'article L. 332-7-1 du code de l'urbanisme.

Si son régime ne figure pas au CGI, cette participation, tout comme l'ancien versement pour dépassement du plafond légal de densité, est un impôt dont le permis de construire est le fait générateur et non la sanction d'une infraction (voyez, sur ces points, vos décisions du **29 décembre 2000, SCI Dausmenil-Diderot, RJF 2001 n° 319**, et du **13 janvier 2006, Banque régionale d'escompte et de développement, RJF 2006 n° 392**). La déclaration effectuée par le demandeur d'une autorisation de construire, qui doit préciser la SHON et la valeur du terrain<sup>5</sup>, a donc une double fonction. Elle ne permet pas seulement d'instruire sa demande, mais sert aussi à fixer l'assiette de différentes taxes d'urbanisme et notamment de la participation pour dépassement de COS. C'est ce qu'indique expressément l'article R. 421-4 du code de l'urbanisme, qui impose au pétitionnaire de fournir les éléments nécessaires au calcul des impositions dont le permis de construire constitue le fait générateur. La demande de permis doit donc être regardée comme une déclaration du contribuable que le service chargé d'établir l'assiette de la participation ne peut écarter qu'en effectuant un redressement au sens de l'article L. 55 du livre des procédures fiscales, ainsi que vous l'avez jugé dans une décision du **3 juillet 2002, Secrétaire d'Etat au logement c/ Société Cise, à la RJF 2002 n° 1111**<sup>6</sup> (voir aussi, en explicitant les motifs, votre décision du **25 avril 2003, secrétaire d'Etat au logement c/ Sté Murinvest, RJF 2003 n° 853**).

**3-2-** Vous ne vous êtes en revanche jamais prononcés sur la nature de la majoration de cette participation prévue à l'article R. 332-9 du code de l'urbanisme. Celui-ci pose deux règles différentes. Dans son premier alinéa, il prévoit que la participation est calculée en fonction de la surface réellement construite lorsque la construction n'est pas conforme au permis ou qu'aucune autorisation n'a été demandée. Autrement dit, il permet à l'administration de redresser le contribuable pour réparer une insuffisance ou une omission de déclaration dans les éléments servant de base au calcul de l'impôt. Son deuxième alinéa prévoit ensuite que « *sans préjudice des sanctions prévues par les dispositions en vigueur en cas d'infraction à la réglementation en matière de permis de construire, la surface de plancher non autorisée est, pour le calcul de la participation, majorée de 50 %* ».

Même si elle est énoncée de manière un peu subreptice et ne se présente pas comme une amende classique, il n'est pas douteux, à nos yeux, que cette majoration constitue une sanction.

Les éléments qui pourraient vous en faire douter n'ont en effet qu'un poids limité.

Cette majoration, tout d'abord, est certes calculée de telle sorte qu'elle est partie intégrante de la participation acquittée par le contribuable et peut paraître ne pas s'en distinguer. Mais si ce mode de calcul diffère de celui des sanctions pécuniaires plus classiques, qui prennent plus souvent la forme d'une majoration calculée en pourcentage des

---

<sup>5</sup> A défaut, le dossier de la demande est incomplet, ainsi que le précise l'ancien article L. 332-2 du code de l'urbanisme.

<sup>6</sup> Vous aviez retenu la même solution en matière de dépassement du plafond légal de densité dans un arrêt du 21 décembre 1994, *SCI La Brise*, RJF 2/95 n° 193, concl. J. Arrighi de Casanova Dr. fisc. 7/95 c. 295.

droits redressés, cela ne prête selon nous pas à conséquence quant à sa nature. Son effet pour le contribuable est du reste le même.

Par ailleurs, à prendre au pied de la lettre le texte de l'article R. 332-9, cette majoration peut faire l'objet d'une restitution : le troisième alinéa de cet article prévoit en effet qu'en cas de démolition de l'immeuble ou de la partie d'immeuble construit irrégulièrement, le redevable peut demander « *le dégrèvement, la réduction ou la restitution de la participation correspondant à la partie démolie* ».

Il est certain que les sanctions n'ont pas en principe vocation à être remises ; mais l'hypothèse d'une sanction qui serait restituable, sans aucune automaticité d'ailleurs, ne nous paraît pas poser de problème de principe. D'autres sanctions, comme celles qui sont prévues par le régime du permis à points, sont à certains égards conservatoires et nous voyons dans le mécanisme qui nous occupe une simple modalité particulière d'exécution de la peine : il s'agit d'une sanction dont les effets peuvent être annulés en cas de démarche positive de l'intéressé. Son repentir lui permet d'obtenir une pleine rémission de sa faute. Le droit pénal connaît des mécanismes de même nature, par exemple celui de la dispense de peine prévue à l'article 132-59 du code pénal, qui peut être accordée « *s'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé* ». On constate dans ce cas une perte d'intérêt de la sanction qui, ainsi que l'explique le professeur Yves Mayaud, est alors « *moins la sanction d'une faute passée que l'instrument d'une action positive pour le présent ou l'avenir* »<sup>7</sup>. Par ailleurs, de nouveaux cas d'exemption ou de réduction de peines ont été ouverts par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi « Perben II », afin de favoriser le repentir « actif » et d'en avoir des retombées utiles, à partir du constat, soit de la cessation des effets d'une infraction, soit de l'identification de ses auteurs ou complices (article 132-78 du code pénal).

On peut ici estimer que la démolition de la surface irrégulièrement construite, qui annule intégralement pour l'avenir les effets de l'infraction aux règles d'urbanisme et aux règles fiscales, justifie la suppression de la sanction fiscale.

Enfin, il est habituel en matière fiscale que les pénalités sanctionnant des omissions ou des insuffisances déclaratives soient remises au contribuable qui obtient un dégrèvement ou une décharge, alors même que cette infraction, par essence, ne disparaît pas, par exemple parce que l'administration s'est trompée de base légale en retenant une catégorie d'imposition erronée. En effet, les majorations des articles 1728 et 1729 ne s'appliquent que lorsque les droits sont dus.

Plusieurs éléments nous convainquent, en sens inverse, que nous avons affaire à une sanction.

Tout d'abord, et c'est l'essentiel, le caractère punitif de la majoration prévue à l'article R. 332-9 nous paraît certain, ce trait étant déterminant, dans votre jurisprudence<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Yves Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2<sup>e</sup> édition, 2007.

<sup>8</sup> CE, Section, 6 mars 1970, *Ministre de l'intérieur c/ sieurs S... et D...*, p. 173 ; CE, 9 mai 1980, *Sté des établissements Cruse Fils et frères*, p. 217 ; CE, 20 décembre 2000 *Société A Conseils Finance*, p. 638.

comme dans celle du Conseil constitutionnel<sup>9</sup>, pour distinguer une sanction d'une mesure de police, dont la finalité préventive est prédominante, même si bien sûr, comme le relevait le Président Braibant dans ses conclusions<sup>10</sup> sous votre décision de **Section du 8 janvier 1960, *Ministre de l'intérieur c/ R...*, p. 12**, ces deux objectifs sont souvent étroitement mêlés dans une même mesure. Si une décision est d'abord destinée à réprimer un manquement à une obligation et suppose l'appréciation d'un comportement personnel, il s'agit d'une sanction. S'il s'agit plutôt d'assurer la protection de l'ordre public ou de répondre à une autre exigence d'intérêt général, comme le bon fonctionnement des marchés financiers ou la sauvegarde de la santé publique, il s'agit d'une mesure de police.

A l'évidence, la majoration ici en cause a un autre objet que la participation : elle ne vise pas à imposer au constructeur le paiement d'une taxe correspondant à l'exercice de son droit de construire au delà du COS, mais à lui faire payer une somme parce qu'il a cherché à éluder cette taxe. Il s'agit donc clairement de la sanction du manquement du contribuable à ses obligations déclaratives, soit d'un dispositif répressif classique en droit fiscal.

Outre les majorations prévues aux articles 1728 et 1729 du CGI, on peut en effet citer les sanctions pour déclaration inexistante ou insuffisante qui sont attachées aux autres taxes d'urbanisme générées par les autorisations de construire. Ainsi, en cas de construction non autorisée, le constructeur doit acquitter non seulement la taxe locale d'équipement exigible, mais aussi une amende du même montant, sur le fondement de l'article 1828 du CGI<sup>11</sup>. Citons aussi les dispositions de facture clairement répressive de l'ancien article L. 333-10 du code de l'urbanisme, selon lesquelles l'auteur d'une construction dont la densité excède le plafond légal et qui a été édiflée en infraction à l'autorisation de construire encourt, lorsqu'il n'y a pas démolition, un versement égal à trois fois celui qui aurait été dû si la construction avait été régulièrement autorisée.

L'effet même de cette majoration, qui est uniquement de mettre à la charge du contribuable une somme d'argent, atteste ainsi qu'elle ne vise qu'à punir et que comme toutes les pénalités fiscales, elle est une sanction pécuniaire.

Enfin, si la distinction entre sanctions et mesures de police fait parfois appel au sens de la nuance, il reste qu'une mesure de police a pour objet d'empêcher qu'une situation qui présente des inconvénients en termes d'ordre ou de sécurité publics ou de fonctionnement du service ne se prolonge dans l'avenir. Ici l'application de la majoration est par elle-même sans effet sur l'infraction consistant à ne pas déclarer les bases d'imposition, à laquelle elle ne met pas fin.

Vous surmonterez donc les incertitudes nées de la rédaction curieuse de l'article R. 332-9 du code de l'urbanisme pour regarder la majoration infligée à M. C... comme une sanction, qui doit être soumise au régime plus protecteur propre à la répression administrative. Relevons que vous avez déjà fait, en matière fiscale, des efforts au moins aussi importants,

---

<sup>9</sup> Voir CC, décision n° 92-311 DC du 29 juillet 1992, 6<sup>ème</sup> considérant.

<sup>10</sup> Publiées à la RDP 1960 p. 333.

<sup>11</sup> Du fait de la recodification des dispositions auparavant inscrites à l'article 1836 du CGI à laquelle a procédé l'ordonnance du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités.

par exemple pour qualifier de sanction, eu égard à son objet et à ses conséquences, l'amende qui était prévue à l'article 1768 du CGI pour défaut de retenue à la source opérée notamment en vertu de l'article 182 B du même code, alors même que sa perception interdisait à l'administration de réclamer au débiteur, en outre, le montant du prélèvement éludé et que l'amende correspondait au montant de ce prélèvement (**CE, 23 avril 2008, ministre c/ Sté Laboratoires Servier, RJF 7/08 n° 841, concl. L. Vallée BDCF 7/08 n° 96**).

**4-** Vous examinerez alors les différents moyens par lesquels M. Colomb conteste cette sanction.

**4-1-** Il soutient tout d'abord que la sanction prévue à l'article R. 332-9 ne pouvait être instituée par un texte réglementaire. Toutefois, l'article L. 332-5 du code de l'urbanisme dispose que les sanctions afférentes à la participation pour dépassement du COS sont prévues par un décret en Conseil d'Etat. Par ailleurs, il ne fait guère de doute que la loi est ici inconstitutionnelle, faute d'avoir défini avec assez de précision un régime de sanction fiscale et il est certain que ce n'était pas au décret d'apporter les précisions nécessaires, ce qu'il n'aurait pu faire compétemment, ainsi que vous l'avez rappelé dans une décision de **Section du 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, p. 290**. Mais vous ne pourrez que constater ici que M. C..., qui soulève cette incompétence négative du législateur, n'a pas présenté une question prioritaire de constitutionnalité selon les modalités prévues par l'article 7 du décret du 16 février 2010 portant application de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

**4-2-** Le moyen suivant touche à la portée de la règle « *non bis in idem* ». Cette règle, qui n'a, en droit interne, que la valeur d'un principe général du droit<sup>12</sup>, est aussi rappelée par l'article 4, § 1, du protocole n° 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>13</sup>, qu'invoque M. C.... Mais cet article a fait l'objet d'une réserve de la part de l'Etat français, qui en limite l'application à la matière pénale *stricto sensu* (**CE, 7 janvier 2004, M.C., p. 1, n° 232465** ; et dans le même sens, s'agissant de l'article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voyez votre **avis du 4 avril 1997, J..., n° 183658, p. 129**). Ainsi, le principe de non-cumul des peines ne s'oppose pas, ainsi que vous l'avez rappelé dans une décision du **16 décembre 2005, R...et autres, n° 276190, p. 568**, à ce que puissent être infligées à raison des mêmes faits des sanctions distinctes, dès lors que celles-ci visent à assurer le respect de réglementations différentes ou à protéger des intérêts spécifiques. Elle n'interdit notamment pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux sanctions pénales. Au cas présent, il ne fait pas de doute que les sanctions dont est passible une personne qui construit sans autorisation n'ont pas pour objet de réprimer la même infraction : la sanction prévue à l'article R. 332-9 du code de l'urbanisme a pour objet de réprimer un manquement à une obligation fiscale ; celles qui sont instituées aux articles L. 480-4 et L. 480-5 du même code visent à réprimer des manquements aux règles applicables en matière de réalisation de travaux ou d'utilisation du sol.

---

<sup>12</sup> CE, Section, 24 janvier 1936, *Morgane*, p. 107 ; CE, 28 février 1997, *R...*, p. 58.

<sup>13</sup> Aux termes de cet article : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ».

**4-3-** Vous vous interrogerez enfin sur les conséquences à tirer au cas d'espèce du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce.

Nous l'avons vu, la participation pour dépassement du COS a été abrogée par la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, le législateur ayant souhaité abolir cette taxe pour inciter à une utilisation plus économe de l'espace et à la densification des constructions. L'article R. 332-9 en cause dans le litige n'a été formellement abrogé que par un décret du 5 janvier 2007<sup>14</sup>. Mais il ne pouvait plus recevoir application dès lors que les articles législatifs relatifs à la participation avaient tous été abrogés, soit dès l'entrée en vigueur de la loi (voir en ce sens votre **avis de Section du 23 avril 1997, Préfet de la Manche c/ société Henry, p. 153**).

Dans ces conditions, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce conduit-il à décharger M. C... de la sanction qui lui a été infligée ?

La présente affaire vous invite à prendre part à un débat qui anime depuis un siècle la juridiction et la doctrine criminelles et à poursuivre l'exploration jurisprudentielle qui vous fait, depuis quinze ans, réfléchir aux implications du principe dit de la rétroactivité *in mitius*.

L'histoire de ce principe est étonnante, rythmée par quelques pulsations majeures qu'explique l'histoire politique et économique de notre pays et, plus récemment, sa consécration constitutionnelle. La rétroactivité de la loi pénale plus douce a été dès le début du XIX siècle reconnue comme un principe éternel, comme emportant naturellement l'adhésion, mais sa consécration dans le droit a été chaotique. La jurisprudence y a vu une règle constante alors que le code pénal de 1810 l'ignorait. Désormais inscrit à l'article 112-4 du nouveau code pénal issu de la loi du 16 décembre 1992, qui lui accorde une place comparable à celle de la non-rétroactivité de la loi plus sévère, il reflète, dans une inspiration libérale, les limites inhérentes au droit de punir : les incriminations effacées et les peines supprimées ne peuvent plus recevoir application.

Les auteurs classiques donnaient à ce principe une portée absolue. Selon Garraud, « si le législateur a supprimé ou adouci la peine attachée à telle action ou à telle inaction, c'est qu'il jugeait cette peine injuste, inutile ou excessive ; or le droit social de punir a pour fondement, tout à la fois, la justice et l'utilité ; une peine injuste, inutile ou excessive ne peut lui être infligée »<sup>15</sup>. Et la Cour de cassation avait énoncé que « toute loi pénale cesse de produire ses effets du jour où elle a été légalement abrogée »<sup>16</sup>. Mais la jurisprudence et la doctrine ont bientôt éprouvé de graves perplexités quand elles ont voulu serrer de plus près la réalité de la répression pénale. Elles se sont aperçues que ce principe produisait dans certains domaines des résultats satisfaisants, mais avait dans d'autres des conséquences plus douteuses, qu'il pouvait être contraire au souci de préserver l'efficacité répressive, notamment en matière de réglementation économique, et que son application sans nuances paraissait contraire à son inspiration même. Dès lors, le juge s'est efforcé de définir ses limites.

---

<sup>14</sup> Pris pour l'application de l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme.

<sup>15</sup> *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1<sup>ère</sup> éd., 1888, t. 1 n° 124.

<sup>16</sup> Cass. crim., 24 septembre 1868, Tramonî, bull. n° 212

Au plan pratique, on comprend ce souci. Les textes régissant la vie économique et la fiscalité sont en effet plus changeants que les textes pénaux classiques, car ils sont des textes de régulation qui interviennent dans un contexte donné. Il y va du sens même du pilotage politique de l'économie, soumis à des contraintes internes et internationales. De longue date, les juges judiciaires ont ainsi pris conscience qu'une application sans nuances du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions dont est assortie cette réglementation par essence instable entamerait largement leur effet dissuasif. Et ces problèmes de conflit de lois dans le temps ont pris une brusque acuité dans les années qui ont suivi des périodes de dirigisme économique et d'inflation législative : lors de la reconstruction, après la seconde guerre mondiale, ou à l'occasion de la libéralisation décidée en 1986 ou liée à l'appartenance de la France à la Communauté européenne.

Au plan juridique, il s'est toutefois avéré difficile de trouver une justification solide pour limiter l'impact du principe de la rétroactivité de la *mitior lex*. Dans cette démarche, la jurisprudence judiciaire a manifesté « *un incroyable embarras* », selon le mot du Pr. Wilfrid Jeandidier<sup>17</sup>.

Plusieurs procédés se sont succédé ou ont coexisté afin de laisser tout un pan du droit répressif hors du champ d'application du principe de la rétroactivité *in mitius*. Tout en n'excluant pas par principe l'application immédiate de la loi plus douce, la Cour de cassation en a tout d'abord écarté le mécanisme en recherchant une différence entre ce qui est pénal et ce qui ne l'est pas ; elle a ainsi regardé les amendes fiscales ou douanières comme la simple réparation du préjudice subi par le Trésor<sup>18</sup>. Elle a aussi qualifié certains textes de « *normes de circonstance* », qui ne pouvaient disposer que pour l'avenir, ce qui lui a permis de consacrer la survie de la loi ancienne s'agissant des contraventions, ou taxes, dont étaient assorties les mesures d'encadrement des prix qui s'étaient développées à partir de 1914 : la modification ou la suppression de ces taxes<sup>19</sup>, nécessitées « *par des circonstances économiques essentiellement variables* », ne pouvaient selon elle avoir pour conséquence d'enlever sa force au régime précédent.

Ces solutions se sont heurtées à de vives objections, tant paraissait malaisé à mettre en œuvre le clivage entre dispositions permanentes et dispositions transitoires ou peu convaincante l'affirmation du caractère non pénal de dispositions sanctionnant pourtant des pratiques délictuelles de prix illicites.

La Cour de Cassation a alors fait un pas de plus et a soustrait au principe de la rétroactivité *in mitius* toute la réglementation économique et fiscale, en affirmant de manière générale, dans son fameux arrêt **Von S... du 10 novembre 1970**<sup>20</sup>, « *qu'il est de principe que les textes réglementaires en matière économique ou fiscale ne rétroagissent pas, à moins de*

---

<sup>17</sup> « *Application de la loi pénale dans le temps* », in Jurisclasseur pénal, code, art. 112 à 112-4.

<sup>18</sup> En droit fiscal : Cass. crim. 11 décembre 1863, D.P. 64.1.200 ; 16 juillet 1927, bull. crim. N° 56, p. 118 ; en droit douanier : Cass. crim. 16 mars 1944, D.A. 1944.61.

<sup>19</sup> Voir, respectivement, Cass. crim., 22 décembre 1916, , bull. crim. N°s 290 et 291, p. 494 et 495 et Cass. crim., 11 mai 1948, JCP 1948.II.4434, note Vienne.

<sup>20</sup> Cass. crim., 10 novembre 1970, bull. crim. N° 293 p. 708, D. 1971. 509, note Mazard ; JCP 1971.II.16714.

*dispositions contraires formellement exprimées* ». Dans ces matières, l'abrogation des dispositions pénales ne met donc pas en échec la répression des infractions passées.

La décision rendue en 1981 par le Conseil constitutionnel sur la loi « sécurité et liberté »<sup>21</sup> a marqué un tournant déterminant en donnant une dimension nouvelle au principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, ainsi que l'explique bien le président Genevois dans un article consacré aux « *contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois* » dans les *Mélanges Pierre Avril*<sup>22</sup>. Le juge suprême a reconnu sa valeur constitutionnelle en se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes duquel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Autrement dit, dès lors qu'une loi supprime une incrimination ou adoucit sa répression, c'est que les peines antérieurement prévues n'étaient pas strictement nécessaires. Il a ensuite indiqué que cette valeur constitutionnelle s'étendait à toute sanction ayant le caractère d'une punition<sup>23</sup> et, même, que le législateur ne pouvait reporter l'entrée en vigueur de dispositions répressives plus douces<sup>24</sup> – contrainte excessive selon certains auteurs, qui risque de « *décourager toute réforme d'importance en empêchant de ménager le moindre délai de mise en œuvre* »<sup>25</sup>.

Cette promotion du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, perçue comme soudaine et peu en phase avec l'état du droit antérieur, a fait l'objet de controverses.

Dans la jurisprudence administrative, sa postérité s'est manifestée avec un délai, mais le principe de rétroactivité de la *lex mitior* est désormais très largement accueilli. Vous l'appliquiez déjà aux mesures dont la nature de peine était à vos yeux certaine, comme les contraventions de grande voirie (**CE, Section, 23 juillet 1976, Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c/ Dame R...**, n°99520, p. 376) ou les amendes infligées par la Cour de discipline budgétaire et financière (**CE, Section, 19 juillet 1977, de G...**, n° 97399, p. 493), et vous l'avez étendu à l'ensemble des sanctions administratives, notamment fiscales (**CE, 17 mars 1997, OMI**, p. 86 ; **Avis CE, Section, 5 avril 1996, H...**, n° 176611, p. 116). Ce principe a même pu contribuer à vous convaincre que tout un pan du droit, celui des sanctions administratives, devait désormais relever du recours de plein contentieux, ainsi que vous l'avez jugé dans l'affaire d'**Assemblée du 16 février 2009, société ATOM**, qui sera publiée au recueil. En l'état actuel du droit, en revanche, la répression disciplinaire à l'encontre des fonctionnaires ou des professions ordinales échappe à la rétroactivité *in mitius*<sup>26</sup>.

Les prolongements de la décision de 1981 ont été plus incertains dans la jurisprudence judiciaire.

---

<sup>21</sup> Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981.

<sup>22</sup> *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001 p. 243.

<sup>23</sup> Décision n° 90-277 du 25 juillet 1990, Rec. p. 70 ; décision n° 92-305 du 21 février 1992, Rec. p. 27.

<sup>24</sup> Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992 ; voir sur ce point B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. STH, 1988, n° 425.

<sup>25</sup> F. Desportes et F. Le Guéhec, *Droit pénal général*, Economica, 16<sup>e</sup> éd., n° 340.

<sup>26</sup> Dans une décision du 8 novembre 1999, *Guïton*, T. p. 619, vous avez ainsi relevé qu'en égard à la nature propre de la répression disciplinaire, la rétroactivité *in mitius* ne trouve pas à s'appliquer pour faire échapper à la sanction un pharmacien ayant manqué à ses devoirs professionnels.

La Cour de cassation a certes limité la portée de l'exclusion de la rétroactivité des textes plus doux en matière économique, mais sans donner au principe une portée absolue. Si le texte répressif abrogé ou modifié est de nature réglementaire, le principe de la rétroactivité *in mitius* ne s'applique, pour la chambre criminelle, que si aucun acte de poursuite n'a encore été accompli au jour de l'abrogation<sup>27</sup>. Et si la disposition législative, support de l'incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif, ainsi que la Cour l'a jugé dans un arrêt **D... du 7 juin 1990**<sup>28</sup>, fort commenté. Cette solution a notamment été réaffirmée en 2004 à propos du délit de favoritisme, à la suite de l'abrogation de textes réglementaires pris pour l'application de la législation sur les marchés publics, dont la chambre criminelle a jugé qu'elle ne retirait pas aux faits leur caractère punissable<sup>29</sup>.

Si, deuxième hypothèse, le texte abrogé est une loi, la rétroactivité *in mitius* s'impose, mais en l'absence de dispositions contraires expresses, ainsi que la Cour de cassation l'a notamment jugé à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 sur les prix, qui a abrogé les ordonnances de 1945 pour consacrer un régime de liberté<sup>30</sup>, ou de la suppression des taxations et contrôles douaniers mise en œuvre par la loi du 17 juillet 1992<sup>31</sup>.

Sinon la conviction, légitime selon nous, que le principe de la rétroactivité *in mitius* ne peut être absolu, il est délicat de trouver un fil directeur à cette jurisprudence, souvent regardée comme hardie, complexe et incompatible avec le droit international. L'article 15-1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, entré en vigueur en France en 1981, consacre en effet clairement la rétroactivité *in mitius*, que la Cour de justice des Communautés européennes a également intégrée au rang des principes généraux du droit communautaire (CJCE, **3 mai 2005, Berlusconi et autres, aff. C-387, 391 et 403/02, Gaz. Pal. 20-21 mai 2005, p. 6, note C. Soulard ; CJCE, 8 mars 2007, Campina, aff. N° C-45/06**). Et tout récemment, dans un arrêt **Scoppola c/ Italie du 17 septembre 2009**, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé, par un revirement de jurisprudence audacieux, que l'article 7, §1, de la Convention ne garantissait pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Or, au regard du droit international, comme le souligne notamment le Pr. André Huet<sup>32</sup>, « *peu importe que le texte nouveau plus doux soit une loi ou un règlement, qu'il concerne ou non la matière économique, qu'il se déclare ou non expressément inapplicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur* ».

---

<sup>27</sup> Cass. crim., 12 novembre 1986, D. 1988, 39 ; 16 mars 1987, D. 1988.39, note A. Dekeuwer ; 7 juin 1990, bull. n° 232, D. 1990.584, note J. Pannier.

<sup>28</sup> Cass. crim., 7 juin 1990, bull. crim. N° 232 p. 593, D. 1990 p. 584, note J. Pannier.

<sup>29</sup> Cass. crim., 28 janvier 2004, B., bull. crim. 2004 n° 23, p. 103 ; 7 avril 2004, B., n° 93.

<sup>30</sup> En matière économique : voir Cass. crim., 16 février 1987, N..., bull.crim. n° 73 p. 201, D. 1988.39, note A Dekeuwer. En matière de douane et de changes : Cass. crim. 25 janvier 1988, bull. crim. 1988 n° 33 p. 87, JCP 1989.II.21174, note J. Pannier.

<sup>31</sup> Cass. crim., 28 novembre 1996, B., bull. crim. n° 436 p. 1274 ; 6 février 1997, bull. crim. n° 51 p. 166, *Dr. pénal* 1997, comm. N°80, D., 1997, J., p. 615.

<sup>32</sup> « *La rétroactivité in mitius des textes réglementaires en matière économique (dissonances sur une question simple)* », JCP 1989, 3378.

La doctrine a, elle aussi, proposé de nombreuses thèses pour justifier que la portée du principe de rétroactivité *in mitius* soit limitée. On ne s'attardera pas aux critiques les plus radicales, souvent anciennes, qui regardent le principe comme intellectuellement mal assis : l'argument tiré de la supériorité de la loi nouvelle ne prouverait rien, car outre que cette supériorité est douteuse et n'implique pas nécessairement que toute transition est inutile, on pourrait en déduire, selon le magistrat Roger Béraud, « *la nécessité de la rétroactivité de toutes les lois, contraire à l'article 2 du code civil* »<sup>33</sup>. Ce principe relèverait en outre, pour lui, d'un individualisme contraire aux intérêts de la société et à l'ordre public, sinon injuste en tant qu'il « *lèse la victime* » ; il serait le fruit d'une « *théorie abstraite* », construite sur « *de pures données intellectuelles ou sentimentales* », sans souci de réalisme.

D'autres auteurs ont proposé des explications, certes caduques puisque aujourd'hui contraires à la légalité criminelle, à la jurisprudence constitutionnelle et au droit international, mais qui conservent un intérêt théorique au regard de notre affaire. Pour certains, c'est le but poursuivi par le législateur qui doit guider le juge : il faudrait donc rechercher à chaque fois si l'autorité qui a modifié ou supprimé une incrimination ou une peine a entendu appliquer la rétroactivité *in mitius*<sup>34</sup>. Pour d'autres, un tel critère manque de rigueur et il s'agit alors, de manière plus sophistiquée, de consacrer une dualité du droit pénal. André Vitu suggère ainsi une distinction entre les notions purement pénales, soit les dispositions protectrices de la vie ou de l'honneur, et les notions protégées par la loi pénale, mais empruntées à d'autres disciplines juridiques, le droit commercial ou fiscal, ou l'économie politique<sup>35</sup>. Et Roger Vienne oppose, pour classer les textes pénaux, les délits naturels et les délits artificiels : cette distinction « *entraînerait l'application de la règle de la rétroactivité lorsque la loi plus douce serait la manifestation d'un changement dans la conception morale et sociale qui servait de base à la législation précédente. Au contraire, ne serait pas rétroactive la loi, même plus douce, qui n'impliquerait pas un tel changement, mais qui serait une simple adaptation de la réglementation aux circonstances du moment* »<sup>36</sup>. Dans tous les cas, il s'agit de consacrer le caractère relatif du principe : la rétroactivité ne doit s'appliquer qu'à certaines lois plus douces et non à toutes.

De ces développements, nous retirons trois convictions, à défaut d'y trouver immédiatement une solution transposable au cas qui nous occupe, celui de la suppression d'une réglementation d'urbanisme et d'un impôt.

En premier lieu, plusieurs des critères qui ont pu être retenus pour justifier des exceptions au principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce ne nous paraissent pas solides. Divertir de son spectre tout le domaine du droit économique ou fiscal, eu égard à sa nature conjoncturelle, est impossible en droit et choquant, les dispositions répressives s'y étant multipliées. Réserver aux lois la pleine application du principe pour ne consacrer qu'une rétroactivité *in mitius* atténuée en matière réglementaire nous paraît tout aussi impossible et illégitime, le droit fiscal, notamment, étant parfois caractérisé par une

---

<sup>33</sup> R. Béraud, « *La non-rétroactivité des lois nouvelles plus douces* », Revue des sciences criminelles, 1949, p. 7.

<sup>34</sup> Degois, note D.P. 1924.1.217 ; Marty, « *A propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces* », Mélanges Magnol, 1948, p. 299.

<sup>35</sup> A. Vitu, *des conflits de lois dans le temps en droit pénal*, thèse Nancy 1945.

<sup>36</sup> Roger Vienne, « *Le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il être considéré comme absolu ?* », JCP, 1947, 618.

application un peu dégradée du principe de légalité des délits et des peines<sup>37</sup>. Faire de l'intention du législateur le critère déterminant n'est pas plus satisfaisant : il s'agit d'une méthode trop incertaine, sinon divinatoire, pour délimiter le champ d'application d'un principe à valeur constitutionnelle, en matière pénale de surcroît. Enfin, nous ne pensons pas qu'il soit possible pour le législateur de réserver la rétroactivité au nom de considérations d'intérêt général, comme vous l'aviez vous-mêmes envisagé dans un **avis d'Assemblée générale du 27 mai 1993**<sup>38</sup>, qui indique qu'en l'absence d'une telle réserve, le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce s'applique au bénéfice des employeurs qui, avant la date d'effet des traités d'adhésion de l'Espagne et du Portugal aux Communautés européennes, avaient employé sans titre de travail des ressortissants de ces pays.

Nous sommes toutefois convaincue, en deuxième lieu, que le principe de la rétroactivité *in mitius* n'est pas absolu. Certes, ce n'est pas parce que son jeu peut choquer dans quelques occurrences, les prévenus profitant de l'écoulement du temps, qu'il ne doit pas l'emporter. Mais il est des cas où l'on voit bien que c'est par un artifice qu'une nouvelle réglementation est regardée comme plus favorable au prévenu ou à la personne qui s'est rendue coupable d'un manquement à une obligation administrative. C'est le cas lorsqu'une sanction n'est supprimée que par l'effet de la disparition de l'obligation ou de la réglementation dont elle vise à garantir la bonne application, soit de l'objet même qui justifie sa raison d'être. Les circonstances économiques, les objectifs politiques, les contraintes environnementales peuvent conduire les autorités publiques à regarder comme inadaptée une réglementation ou un impôt sans pour autant remettre en cause la pertinence des sanctions dont ils étaient assortis. En abrogeant dans son entier une réglementation, les pouvoirs publics n'adoptent pas des dispositions plus douces : les sanctions qui l'accompagnaient ne disparaissent, en effet, que parce que leur « sous-jacent » a lui-même disparu. Une telle loi n'est tout simplement pas une loi pénale plus douce. Certes, elle supprime des sanctions, qui n'ont plus lieu d'être, mais par voie de conséquence et non par volonté d'atténuer la répression. Les sanctions prévues par la loi ancienne n'ont en rien été reconnues excessives car tel n'est pas l'objet de la loi nouvelle.

Ainsi, pourrait-on parler d'adoucissement de la répression si les sanctions réprimant l'utilisation interdite de vuvuzelas dans les stades étaient supprimées par le législateur à l'occasion de l'interdiction généralisée du football de compétition suite aux performances de l'équipe de France ?

Dans de telles hypothèses, une conception mécanique du principe de la rétroactivité *in mitius*, selon laquelle il trouverait à jouer dès lors qu'une sanction est abrogée, serait en fait contraire au principe lui-même. Nous pensons que ce principe contient sa propre limite et que le Conseil constitutionnel a donné à cet égard une clé en le faisant procéder de la nécessité des peines : dès lors que l'absence de nécessité de la répression constitue le fondement de ce principe, elle nous semble aussi en constituer la limite. Il faut que l'application de la rétroactivité *in mitius* soit en accord avec les raisons qui la fondent en philosophie politique,

---

<sup>37</sup> Cf la critique d'Olivier Debat, par exemple sur le délit général de fraude fiscale, dans un article intitulé « *Souveraineté, citoyenneté, liberté. Le droit pénal fiscal en quête d'équilibre* », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Université Panthéon-Assas, p. 771.

<sup>38</sup> Cité par Bruno Genevois dans son article précité sur « *les contraintes constitutionnelles pesant sur l'entrée en vigueur des lois* ».

soit une conception généreuse du progrès et une conscience des limites du droit de punir. Or si l'on peut juger injuste d'appliquer des peines qu'au même moment on déclare surabondantes ou d'une sévérité excessive, il est tout aussi injuste d'organiser l'impunité de ceux qui encourent une peine parce que celle-ci, sans être jugée injustifiée ou trop sévère, se trouve privée sa raison d'être ou de son objet. On est alors à l'opposé de ce qu'exprimait le Conseil d'Etat dans un avis du 28 prairial an VIII en affirmant qu'« *il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence* ». Frédéric Desportes et Francis Le Gunéhec considèrent ainsi que « *lorsque des circonstances objectives, qui ne tiennent pas à un caprice du législateur, mettent en évidence que la répression demeure nécessaire pour le passé, on devrait admettre que celle-ci puisse se poursuivre en dépit de l'abrogation du texte répressif* »<sup>39</sup>. La majesté du principe ne s'oppose pas à une approche raisonnée : au contraire, elle la commande.

En troisième lieu, le droit répressif est bien, selon nous, dual. Il a d'un côté le droit pénal qui a vocation à défendre la société contre les écarts de conduite de ceux qui portent atteinte aux valeurs qu'elle véhicule, et qui est empreint d'une forte connotation morale. Et, d'un autre côté, un droit répressif qui n'a pas la même perspective : sans être amoral, il vise à réprimer les manquements aux obligations instituées en matière économique ou fiscale, dans le domaine de l'urbanisme ou de l'environnement, afin de garantir le financement des dépenses publiques, l'organisation des marchés, la sauvegarde des sites ou la protection de la santé publique. La sanction, qui n'existe que parce qu'elle est nécessaire à une application égale et efficace de la réglementation, est ici seconde. Dans le cas du droit pénal classique, une infraction est la violation d'une valeur essentielle. Les sanctions fiscales, douanières ou administratives sont, elles, plutôt envisagées sous l'aspect technique de manquement à une réglementation.

Nous n'en déduisons pas que ces deux droits pénaux ont une valeur inégale ni que le droit répressif dérivé ou second relève d'une application atténuée du principe de la rétroactivité *in mitius*. Nous constatons simplement que l'hypothèse d'une sanction supprimée par voie de conséquence de l'abrogation de la réglementation ou de l'impôt qui en constitue le sous-jacent lui est propre.

Nous vous invitons donc à reconnaître que la suppression d'un impôt ou l'abrogation d'une réglementation administrative, si elle entraîne la disparition de dispositions répressives, n'est pas une loi pénale plus douce. Ce n'est pas, vous le voyez, une référence aux intentions du législateur qui conduit à cette affirmation – une telle recherche, par nature incertaine, est inadaptée pour délimiter le champ d'application d'un principe essentiel – mais la constatation que l'objet de la loi n'est pas d'adoucir la peine.

Notre perspective est donc différente de celle qui nous paraît avoir été celle du juge judiciaire : plutôt que de rechercher les critères permettant de soustraire certaines lois plus douces à la règle de la rétroactivité *in mitius*, vous devez selon nous, parce qu'il y va du sens même de cette règle, examiner si l'objet d'une loi supprimant une sanction en fait ou non une loi pénale plus douce.

---

<sup>39</sup> *Op. cit.*, n° 343.

Précisons, pour finir, que des hypothèses plus complexes peuvent se présenter : lorsque vous serez en présence non d'une pure et simple abrogation, mais d'une modification substantielle d'un impôt ou d'une réglementation, il vous appartiendra selon nous de rechercher si la continuité entre les deux régimes est suffisante pour qu'une nouvelle peine plus douce puisse être appliquée rétroactivement. En cas d'abrogation, on se trouve en présence de deux univers entièrement distincts dont on voit aisément qu'on ne peut les confronter. En cas de modification, il se peut que vous reconnaissiez que le texte nouveau est

une loi pénale plus douce. Vous serez alors amenés à faire un travail d'analyse fin, au cas par cas, comme doit le faire le juge pénal lorsqu'il est délicat de se prononcer sur le caractère plus doux ou plus rigoureux d'une loi nouvelle, qui contient des dispositions plus sévères et d'autres moins sévères, qui peuvent être ou non divisibles.

Au cas présent, vous pourrez donc constater que la suppression de la participation pour dépassement de COS demeure ainsi sans effet sur les sanctions prononcées sous l'empire des dispositions anciennes.

**5-** Les autres moyens sont relatifs au bien-fondé de la participation pour dépassement du COS mise à la charge de M. C....

**5-1-** Il soutient, premièrement, que les premiers juges ont fait une erreur quant au champ d'application des dispositions de l'article L. 422-2 du code de l'urbanisme en jugeant que les travaux en litige étaient soumis à déclaration.

Cet article prévoit que sont exemptées de permis de construire les constructions ou travaux de faible importance. Tel est notamment le cas, en vertu du m de l'article R. 422-2 du même code, des « constructions ou travaux (...) qui ont pour effet de créer, sur un terrain supportant déjà un bâtiment, une surface de plancher hors œuvres brute inférieure ou égale à 20 m<sup>2</sup> ». Or il résulte de l'instruction que les travaux litigieux consistaient en la réalisation de plusieurs fenêtres et d'une mezzanine et qu'ils avaient conduit à la création de 12 m<sup>2</sup> de SHON ; ils entraient donc bien dans le champ d'application de l'article L. 422-2.

**5-2-** Le requérant soutient aussi que le maire de Paris a calculé le montant de la participation pour dépassement du COS en fonction d'une valeur du terrain surévaluée, en faisant ainsi une inexacte application de l'article L. 332-1 du code de l'urbanisme, qui prévoit que la participation est égale à la valeur de la surface supplémentaire qui aurait été nécessaire pour l'édification de la construction si le COS avait été respecté.

Mais ce moyen est sans portée dans le présent litige. Les articles L. 333-1 et R. 332-10 alors applicables prévoyaient expressément que les litiges relatifs à la détermination de la valeur du terrain d'assiette de la construction qui génère la participation relevaient de la juridiction compétente en matière d'expropriation, sans distinguer, contrairement à ce que soutient, devant vous, M. C..., entre les constructions selon qu'elles sont ou non soumises à permis de construire. Il n'y a pas pour autant lieu, comme le demande le requérant, de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive du juge de l'expropriation sur la valeur du terrain en cause dans le litige. L'ancien article R. 332-4 du code de l'urbanisme dispose en

effet qu'« en cas de désaccord sur la valeur du terrain, la participation est provisoirement liquidée sur la base de l'estimation administrative » et son article L. 333-2 indique qu'après décision définitive de ce juge, il est procédé, selon les cas, à la mise en recouvrement d'une somme complémentaire ou à la restitution d'une somme excédentaire.

**5-3-** M. C... soutient enfin qu'il a fait réaliser, dans le délai de deux mois qui lui avait été imparti par l'arrêt de la Cour de cassation en date du 14 septembre 1999, les travaux de remise en état requis et que la participation mise à sa charge doit dès lors lui être restituée.

Cela résulte en effet de l'instruction et, notamment, d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 septembre 2007 qui prend acte de la remise en état des lieux en 1999, souligne la bonne volonté manifestée par M. C... pour leur réalisation et ordonne que la Mairie de Paris lui reverse les astreintes d'ores et déjà réglées et le dispense du paiement de toute astreinte supplémentaire. Les motifs de cet arrêt indiquent qu'à l'audience du 13 juin 2007, le représentant de la ville a convenu, au vu des photographies et documents produits, que les travaux ordonnés par la cour d'appel avaient été exécutés – ce que la mairie avait jusqu'alors obstinément refusé d'admettre.

M. C... avait donc droit à la restitution de sa participation, mais encore aurait-il fallu qu'il format une nouvelle réclamation auprès du maire au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant le constat de la démolition, comme le prévoit le troisième alinéa de l'article R. 332-9. Il est constant qu'il ne l'a pas fait dans ce délai, qui courait en l'espèce, selon nous, jusqu'au 31 décembre 2009 : en effet, la réalisation des travaux ordonnés par le juge judiciaire n'a été dûment constatée, au sens de l'article R. 332-9, que par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 septembre 2007. Ce défaut de demande préalable ne pouvait être régularisé par la défense au fond du ministre devant le juge<sup>40</sup>, qui en tout état de cause n'en dit rien. Vous ne pourrez que répondre à M. C... qu'il n'est pas fondé à se prévaloir, pour demander la décharge de la participation, de ce qu'il a remis les lieux en état.

Il résulte de ce qui précède que M. C... n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant à la décharge de la participation pour dépassement du COS qui a été mise à sa charge. Vous rejetterez sa demande relative à ses frais d'instance, de même que celle de la Ville de Paris, qui n'avait la qualité de partie ni en appel ni dans la présente instance<sup>41</sup>.

Et, par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 11 avril 2006 en tant qu'il rejette les conclusions de M. C... dirigées contre le jugement du 25 juillet 2002 du tribunal administratif de Paris en tant que celui-ci rejetait sa demande de décharge de la participation majorée pour dépassement de COS qui lui avait été assignée, au rejet des conclusions tendant à obtenir cette décharge présentées en appel par M. C... et au rejet du surplus des conclusions de son pourvoi, ainsi que des

---

<sup>40</sup> CE, plénière, 26 avril 1976, n° 95585, p. 206, RJF 1976 n° 295 ; CE, 26 mars 2008, R..., RJF 2008 n° 720.

<sup>41</sup> C'est en effet au nom de l'Etat qu'elle a liquidé la taxe en litige, en application des dispositions de l'article R. 424-1 du code de l'urbanisme, selon lesquelles : « La détermination de l'assiette et la liquidation des impositions dont la délivrance du permis de construire constitue le fait générateur peuvent être confiées, sur sa demande ou avec son accord, à l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, lorsqu'elle est autre que l'Etat, par arrêté du préfet (...) ».

conclusions formées par la Ville de Paris au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.