

Jurisprudence - Droit administratif

L'intérêt légitime devant le Conseil d'Etat : de nouveaux développements

Arrêt(s) annoté(s) : voir  Conseil d'Etat - 26 décembre 2000

Conseil d'Etat - Intérêt - Recevabilité - Intérêt légitime - Ordre public - Exploitation de la prostitution d'autrui .

L'arrêt annoté est rendu suite à l'introduction d'un recours en suspension par deux personnes physiques, les dames S. et D., et une personne morale, l'A.S.B.L. «la Cour des Miracles», contre une délibération du conseil communal de Seraing qui avait modifié le règlement général de police de la commune et interdit, à dater du 1^{er} janvier 2001, toute exploitation d'établissements de prostitution dans deux rues où ils étaient précédemment tolérés.

La demande de suspension a été déclarée irrecevable, dans le chef de la personne morale, parce que toutes les conditions requises par la loi du 27 juin 1921 pour lui conférer la personnalité civile et lui permettre d'ester en justice n'étaient pas remplies [1], et dans le chef des deux personnes physiques, parce qu'elles ne justifiaient pas, à l'estime du juge, d'un intérêt légitime. Seul ce second aspect de la décision retiendra notre attention.

Le Conseil d'Etat a, en l'occurrence, conclu à l'irrecevabilité de la requête aux motifs que la demande de suspension mue par les dames S. et D. tendait «essentiellement à continuer à exploiter la prostitution d'autrui», ce qui, «en dehors de toute considération morale», apparaissait «manifestement contraire à l'ordre public».

Ainsi résumé, l'arrêt annoté semble marquer une évolution par rapport à l'arrêt n° 84.493 rendu le 4 janvier 2000 en cause de la S.P.R.L. Lyad, que nous avons, en son temps, commenté dans cette même revue [2] (I).

Deux questions supplémentaires méritent toutefois d'être examinées. La première touche à la mesure dans laquelle le juge administratif peut considérer comme établies certaines circonstances qui sont contestées et qui pourraient, par ailleurs, avoir des implications en matière pénale [3] (II). La seconde conduit à s'interroger sur le bien-fondé de sa démarche lorsqu'il juge contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs une activité qui a été ouvertement tolérée par les autorités publiques (III).

I. La prudence retrouvée du juge administratif

Dans l'arrêt Lyad, le Conseil d'Etat avait contesté l'existence d'un intérêt légitime à agir et déclaré irrecevable la requête en suspension introduite contre une ordonnance de fermeture d'un hôtel fréquenté — au moins pour partie — par des prostituées et leurs clients, aux motifs que la requérante — la société commerciale exploitant ledit hôtel «galant» — reconnaissait «implicitement mais certainement» tenir une maison de débauche ou de prostitution au sens de l'article 380bis, paragraphe premier, 2°, du code pénal et exploiter la prostitution d'autrui au sens de l'article 380bis, paragraphe premier, 4°, du code pénal.

Cette motivation nous avait paru contraire au principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 6, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'Etat n'étant pas légalement compétent pour déclarer une personne coupable d'une infraction pénale [4]. Il nous avait semblé, par contre, qu'il aurait pu, le cas échéant, conclure à l'absence d'un intérêt légitime à agir, en tirant argument non pas d'une violation de la loi pénale mais bien d'une contrariété à l'ordre public et aux bonnes moeurs [5]. Et c'est de toute évidence ce que fait le Conseil d'Etat dans l'arrêt annoté : non plus qualifier pénalement les faits, mais dénoncer une atteinte à l'ordre public qui paraît prohiber le fait de tirer profit de la prostitution d'autrui.

II. La marge de manoeuvre du juge administratif face à des circonstances de fait contestées et pénalement significatives

Le premier auditeur QUINTIN a légèrement modifié l'avis donné à l'audience, en comparaison avec son rapport écrit, tout en continuant à trancher en faveur des requérantes, la question de la légitimité de leur intérêt à l'action. A lire le résumé de son avis, il semble que l'auditeur se fondait sur le fait que les dames S. et D.

contestaient être des «maquerelles» et exploiter la prostitution d'autrui, mais prétendaient, au contraire, agir en qualité de propriétaires d'établissements de prostitution où elles exerçaient *elles-mêmes* et *seules* l'activité de prostituées.

Si le Conseil d'Etat avait estimé que tel était le cas, il aurait plus difficilement, sans doute, pu considérer leur comportement comme contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs et leur dénier un intérêt légitime à agir [6]. La simple prostitution n'est, en effet, pas constitutive d'une infraction [7], ce qui ne suffit pas automatiquement à la rendre conforme à l'ordre public et aux bonnes moeurs [8] mais atteste à tout le moins du fait que la conscience publique ne semble pas la réprover aussi vivement que d'autres types de comportements, pénalement sanctionnés quant à eux.

Cela étant, et malgré les dénégations apparentes des deux requérantes, le Conseil d'Etat va, en l'espèce, considérer comme établi qu'elles tiraient profit de la prostitution d'autrui et louaient leurs salons à d'autres prostituées.

Pouvait-il le faire, alors même que cette circonstance est déterminante pour l'application éventuelle de l'article 380bis, paragraphe premier, 2°, du code pénal (tenue d'une maison de débauche et de prostitution) ? En d'autres termes, une juridiction non répressive comme le Conseil d'Etat, peut-elle, même en prenant soin de ne pas les qualifier pénalement, déclarer établis certains faits qui sont, par ailleurs, susceptibles de tomber sous le coup d'une disposition pénale ?

Nous pensons que oui. Il n'y a là rien de contraire, nous semble-t-il, à la présomption d'innocence [9] dans la mesure où le juge administratif, s'il se borne à évaluer les faits au regard de l'ordre public et des bonnes moeurs, exerce son pouvoir d'appréciation dans une sphère qui lui est propre et qui ne relève pas du domaine pénal. Le juge pénal serait, au demeurant, toujours libre de considérer comme non établis certains faits qui auraient pourtant été déclarés tels par le juge administratif. Et si le doute doit, malgré tout, profiter au(x) requérant(e)(s), ce n'est pas en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, mais bien sur la base du principe *excipiendo fit actor* qui veut que ce soit à la partie qui soulève une exception d'en assumer la charge de la preuve. En l'espèce, le Conseil d'Etat a manifestement estimé que les requérantes étaient à la fois prostituées et exploitantes de salons de prostitution. En soulignant que leur recours tendait «*essentiellement* à continuer à exploiter la prostitution d'autrui», il paraît avoir considéré la seconde activité comme prépondérante. On peut éventuellement discuter de la question de savoir si cette circonstance était véritablement établie à suffisance de droit, mais on ne saurait, par contre, tirer argument de la présomption d'innocence pour reprocher au Conseil d'Etat de s'être posé la question au regard de l'ordre public et des bonnes moeurs.

Rien n'obligerait non plus, nous semble-t-il, le juge administratif à surseoir à statuer jusqu'à ce qu'intervienne une éventuelle décision du juge pénal. Une comparaison pourrait être utilement faite, sur ce point, avec la problématique de l'action disciplinaire. Un même fait peut être constitutif à la fois d'une infraction pénale et d'une faute disciplinaire. Rien n'interdit, pour autant, à l'autorité disciplinaire de statuer de manière indépendante, sans attendre une décision définitive du juge répressif [10], même si, en pratique, il peut être souhaitable, lorsque des poursuites pénales sont intentées, que les instances disciplinaires attendent l'issue de celles-ci [11] pour éviter tout risque de contradiction [12].

III. Intérêt illégitime, ordre public et hypocrisie de l'administration et du juge administratif

Nous pensons que le juge administratif pouvait examiner le comportement des requérantes — même s'il était, le cas échéant, susceptible de tomber sous le coup d'une qualification pénale — pour apprécier, à l'aune des principes d'ordre public et de bonnes moeurs, la légitimité de leur intérêt à agir. Ce n'est pas à dire, pour autant, que nous approuvions l'opportunité de la solution à laquelle il aboutit lorsqu'il conclut à l'illégitimité de leur intérêt au recours.

«La doctrine classique souligne l'hétérogénéité de la notion d'ordre public. Selon cette doctrine, dans chacune de ses interventions, l'ordre public traduit des règles différentes et a un contenu différent» [13]. C'est dire si le concept est fuyant ou à tout le moins indéterminé. Le principe du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs n'est pas susceptible, loin s'en faut, de recevoir une définition précise qui permettrait d'englober l'ensemble de ses applications potentielles. Lorsqu'il s'agit de s'y référer, pour apprécier l'intérêt à l'action, la marge de manoeuvre qui est ainsi conférée au juge ne peut cependant tomber dans l'arbitraire. Comme nous l'écrivions dans notre première note, «le juge ne peut évidemment s'en référer à sa seule morale personnelle» [14]. A défaut de définition précise, peut-on alors tenter de placer des balises ?

JEAN-FRANÇOIS GERMAIN suggère de s'en référer notamment à la notion de droits de l'homme et plus précisément invite à chercher dans le système instauré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une grille de lecture du principe du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs [15]. L'idée est séduisante mais difficile à mettre en oeuvre et l'auteur s'en aperçoit lorsqu'il se demande si «la conciliation du respect des droits et libertés individuelles avec le respect de l'intérêt général et des droits d'autrui, qui devrait résoudre idéalement la tension entre les deux composantes de l'ordre public, est [...] toujours possible en pratique ?» [16].

Dans le cas tranché par l'arrêt annoté, elle ne l'est justement pas. On pourrait, certes, faire grief au Conseil d'Etat, dans son appréciation de l'ordre public et des bonnes moeurs en l'espèce, de violer le droit des requérantes à un recours effectif ou encore leur droit d'exercer librement une activité professionnelle. Il est cependant aussi permis de considérer qu'en qualifiant leur intérêt à l'action d'illégitime, le juge administratif fait primer l'ordre public général sur le respect des droits et libertés individuelles. Disposant ainsi d'une «marge d'appréciation», il considère que la protection de l'ordre public implique, mesure nécessaire dans une société démocratique, de refuser la légitimité de l'intérêt de requérantes qui, en louant des espaces à d'autres prostituées, exploiteraient la prostitution d'autrui. L'intérêt général, revêtant ici l'habit de l'ordre public, commanderait de leur dénier tout intérêt individuel à l'action. On constate immédiatement que la question de la validité de l'arbitrage ainsi opéré par le juge entre les deux composantes de l'ordre public est à nouveau insoluble ou à tout le moins dépourvue de modèle de référence pertinent.

En réalité, la résolution, par référence à un modèle théorique, de la question de la juste appréciation par le juge du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs en tant que condition de la légitimité de l'intérêt à l'action en justice paraît illusoire. Il reste alors à tenter de placer des balises pragmatiques.

L'une d'entre elles qui, à notre avis, aurait dû trouver une application dans le cas d'espèce, est celle du comportement de l'administration elle-même. Comment accepter, en effet, l'idée que serait intolérable dans le chef du requérant ce que l'administration, elle, tolère ouvertement ? Dans l'arrêt annoté, les données du problème sont assez simples. Un règlement administratif stipulait, selon les termes mêmes de la motivation du règlement modificatif, que la prostitution était tolérée dans certains endroits de la commune. Ce même règlement modificatif supprime cette tolérance à divers endroits ... mais, selon le Conseil d'Etat, les personnes qui bénéficiaient de l'ancien règlement n'ont pas d'intérêt légitime à contester la légalité de ce nouvel acte administratif.

Il serait vain de laisser croire que l'autorité administrative ignorait l'existence et les activités concrètes des requérantes. Certains éléments du dossier révélés par le texte de l'arrêt permettent de penser que la partie adverse devait savoir que les requérantes disposaient d'autres sources de profits que les revenus de leur propre prostitution. Une police communale bien informée peut-elle sérieusement ignorer que la prostitution autorisée sur le territoire communal dépasse la seule activité individuelle ou artisanale ? Par ailleurs et surtout, l'acte attaqué maintient, à certains endroits, la tolérance de «l'ouverture *et l'exploitation* d'un établissement dans lequel une ou des personnes sont établies en vue de la prostitution». Un acte administratif tolère l'ouverture et l'exploitation d'un établissement de prostitution mais le juge de la légalité de cet acte considère qu'il est illégitime de soutirer des revenus locatifs importants à des prostituées. Tout cela atteste d'une certaine hypocrisie ... d'autant plus remarquable que l'exception d'irrecevabilité est soulevée par la partie adverse elle-même.

La situation rappelle la jurisprudence initiale du Conseil d'Etat à propos des concessions octroyées dans le cadre de l'exploitation de casinos. A une époque où l'exploitation des jeux de hasard était interdite par la loi, le concurrent évincé dans une procédure d'attribution d'une concession de jeux de casinos était considéré comme dépourvu d'intérêt légitime pour mettre en cause la légalité ... de l'acte de concession [17]. Dans un rapport haut en couleurs [18], l'auditeur FORTPIED [19] pointait du doigt le ménage faussement prude que constituaient sur ce point l'administration et le juge administratif en se demandant notamment si, à considérer l'intérêt du requérant comme illicite, «la concession accordée par l'autorité communale, étant la permission administrative de commettre un délit n'aurait [...] pas dû être annulée, au besoin d'office ?» [20] Le silence des arrêts ultérieurs du Conseil d'Etat quant à l'intérêt légitime des requérants à ce type de recours semble lui avoir donné raison [21].

La détermination de l'intérêt au recours conforme à l'ordre public et aux bonnes moeurs laisse une certaine marge d'appréciation au juge administratif. Afin de ne pas sombrer dans l'arbitraire, la première règle d'appréciation consiste à ne pas considérer comme illégitime ce que l'administration estime légal, légitime ou même simplement administrativement tolérable. *Nemo auditur...*

Conclusions

A moins que cette culpabilité n'ait été définitivement constatée par une juridiction répressive, un juge administratif ne saurait pas déclarer un requérant coupable d'une infraction pénale pour lui contester un intérêt légitime à agir. Ce n'est pas son rôle, il n'est pas légalement compétent pour le faire et cela irait à l'encontre de la présomption d'innocence garantie par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cela ne signifie toutefois pas pour autant, nous semble-t-il, qu'il serait purement et simplement sans pouvoir pour connaître d'un comportement susceptible de tomber sous le coup de la loi pénale. Il pourrait, en effet, considérer qu'un tel comportement est contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs et en tirer les conséquences qui s'imposent quant à l'intérêt légitime du requérant. Et rien ne lui interdirait de considérer à cet égard comme établis des faits dont la matérialité est contestée par le requérant et sur lesquels le juge répressif ne s'est pas encore prononcé.

Cela étant, la notion d'ordre public et de bonnes moeurs présente une géométrie pour le moins variable qui appelle, de la part du juge, une grande prudence pour ne pas tomber dans l'arbitraire. Manquant de référence absolue, son premier critère d'appréciation consistera sans doute à ne pas refuser de contrôler la légalité d'un acte en jugeant contraire à l'ordre public, dans le chef du requérant, un comportement que l'administration tolère ou a toléré ouvertement.

Marie-Aude BEERNAERT
Aspirant F.N.R.S.S.

Michel KAISER
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'U.C.L.

[1] Les noms, prénoms, professions et domiciles des administrateurs désignés conformément à ses statuts ne semblaient pas avoir été publiés aux annexes du *Moniteur belge*.

[2] C.E., n° 84.493 du 4 janvier 2000, S.P.R.L. Lyad, obs. M.A. BEERNAERT et M. KAISER, "L'intérêt légitime devant le Conseil d'Etat", *cette revue*, 2000, p. 1246-1257.

[3] Cette question nous a paru justifier la publication, par extraits, du rapport de l'auditeur.

[4] A moins, bien entendu, que la culpabilité de la personne en cause n'ait été précédemment déclarée établie par une décision répressive coulée en force de chose jugée.

[5] Certains lecteurs nous ont fait remarquer que le concept même d'intérêt illégitime pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes moeurs pouvait paraître discutable et quelque peu désuet. La question mériterait sans doute d'être débattue, mais dépasse en l'occurrence le cadre de notre propos.

[6] C'est au regard de la problématique de l'intérêt légitime à agir, en effet, que la distinction entre prostituées exerçant seules ou exploitant éventuellement aussi la prostitution d'autrui pouvait avoir une certaine incidence, et non, nous paraît-il, au regard de la question du risque de préjudice grave difficilement réparable. Curieusement, c'est pourtant uniquement lorsqu'il traite de cette seconde question que le premier auditeur QUINTIN évoque, dans son rapport, l'hypothèse d'une exploitation de la prostitution d'autrui, considérant que «s'il devait apparaître que les deux premières requérantes donnent leur immeuble en location en vue de la prostitution d'autrui ou emploi des personnes s'y livrant à la prostitution, il faudrait constater que la requête ne livre aucun élément permettant de conclure à l'existence d'un risque de préjudice qui soit, à la fois légitime (article 380bis du code pénal), grave et difficilement réparable».

[7] L'infraction de tenue de maison de débauche ou de prostitution, notamment, n'est pas applicable à la femme qui tient une maison dans laquelle elle est seule à se livrer à la débauche ou à la prostitution (voy. en ce sens Cass., 4 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 1).

[8] Comme nous l'avions écrit dans notre précédente note, «si tout ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs n'est pas nécessairement sanctionné pénalement, ce qui est sanctionné pénalement peut, par contre, être en général tenu pour contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs» (M.-A. BEERNAERT et M. KAISER, *op. cit.*, p. 1256).

[9] Contrairement, peut-être, à l'opinion de l'auditeur qui dans son avis à l'audience a souligné que «le reproche d'exploiter la prostitution d'autrui n'était pas légalement établi» et que «la présomption d'innocence devait [...] bénéficier [aux requérantes]».

[10] Cass. 15 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 104.

[11] Sur ce point précis, et pour des motifs tenant à l'effectivité d'un tel recours, le raisonnement paraît cependant difficilement transposable à la question préliminaire de l'intérêt à agir dans le cadre d'un référé administratif.

[12] Voy. en ce sens W. VAN HAUWAERT, "Interférences des actions publique et disciplinaire", *R.D.P.*, 1970-71, p.485, ainsi que M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 1989, p. 180.

[13] A.-C. VAN GYSEL et J.-F. ROMAIN, "Conclusions générales : l'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité", in *L'ordre public. Concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 308.

[14] M.-A. BEERNAERT et M. KAISER, *op. cit.*, p. 1256.

[15] J.-F. GERMAIN, "L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme", in *L'ordre public. Concept et applications, op. cit.*, p. 49-59.

[16] *Ibid.*, p. 58.

[17] Voy. C.E., n° 4781 du 24 décembre 1955, Motte, et C.E., n° 7844 du 12 mai 1960, Bouveroux et Thonon.

[18] J. FORTPIED, "Le jeu est-il contraire aux bonnes moeurs?", rapport précédant C.E., n° 37.958 du 28 octobre 1991, S.A. Casino de Dinant, *A.P.T.*, 1992, p. 23-26.

[19] Curieusement, l'auteur du rapport semble se défendre de la comparaison que nous souhaitons effectuer avec l'arrêt annoté puisqu'il affirme sans grande nuance mais avec un certain sens de la formule : «Des comparaisons entre le monde du jeu et le monde de la prostitution permettent de conclure qu'à aucune époque les joueurs et *tutti quanti* n'auraient été des *turpes personae*. Ainsi, il y aurait des raisons de s'opposer à un mariage (articles 172 à 179 du code civil) si la future se prostituait ou si le futur était un souteneur. Mais *quid* du fiancé qui est maître aux échecs, professeur de bridge ou prince régnant de Monaco?».

[20] J. FORTPIED, *op. cit.*, p. 26.

[21] Voy. les trois arrêts S.A. Casino de Dinant : C.E., n° 37.547 du 30 août 1991; C.E., n° 37.958, 28 octobre 1991 et C.E., n° 39.502 du 27 mai 1992. Voy. aussi les sages paroles du premier auditeur BOLAND avant un arrêt du Conseil d'Etat se prononçant sur la licéité d'un recours contre une taxe sur les appareils de divertissement soulignant que «le fisc [était] en quelque sorte la main gauche du législateur, ignorant ce que fait sa main droite éducative et moralisatrice» (G. BOLAND, avis précédant C.E., n° 17.083 du 19 juin 1975, Union belge de l'Automatique, *R.J.D.A.*, 1995, p. 283).