

LA DÉFINITION DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE

PAR

Thomas BOMBOIS

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
RÉFÉRENDIAIRE À LA COUR D'ARBITRAGE

ET

Diane DÉOM

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

1. — Ni la Constitution, ni aucun autre texte juridique fondamental n'appréhende la notion de sanction administrative (1). L'approche même de ce phénomène s'opère donc, le plus souvent, d'une manière indirecte et incidente : la sanction administrative doit être qualifiée au regard de textes qui l'ignorent, pour décider s'ils trouvent ou non à s'appliquer à elle.

Dans ce contexte, l'exercice de définition des sanctions administratives peut s'entreprendre sous des angles divers. Tantôt on décrira l'ampleur et les raisons du recours aux sanctions administratives. Tantôt on cherchera à identifier et à classer les diverses mesures que la créativité législative a instaurées à titre de sanction. Tantôt encore, on étudiera la jurisprudence tant européenne que de droit interne afin de vérifier

(1) On relèvera, néanmoins, la définition donnée par la Recommandation R 91/1 adoptée le 13 février 1991 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et relative aux sanctions administratives. Selon cette recommandation, doivent être considérées comme des sanctions administratives « les actes administratifs qui infligent une pénalité aux personnes, en raison d'un comportement contraire aux normes applicables, qu'il s'agisse d'une amende ou de toute autre mesure punitive d'ordre pécuniaire ou non. Ne sont pas considérées comme telles : les mesures que l'autorité administrative est tenue de prendre en exécution d'une condamnation pénale; les sanctions disciplinaires ».

sous quelles catégories elle appréhende les sanctions administratives.

2. – La présente étude retient trois angles d'approche. Le premier est celui de la définition conceptuelle. La sanction administrative répond à des conditions d'existence qui permettent de la différencier d'autres décisions adoptées par l'administration. La sanction administrative ne peut cependant être juridiquement définie sans s'intéresser aux fondements légaux sur lesquels elle repose et à la manière dont le droit l'appréhende. C'est pourquoi, dans une deuxième partie, nous examinerons la question du fondement de la compétence répressive de l'administration. Les caractères juridiques de la sanction administrative formeront, quant à eux, l'objet d'une troisième partie.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION DE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

3. – L'acte répressif se reconnaît tant par ses motifs que par son objectif (I). Se fondant sur ces traits caractéristiques, un second chapitre visera à distinguer les sanctions d'autres types d'actes administratifs faisant grief (II).

I. – LES TRAITS DISTINCTIFS DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

4. – La sanction administrative est un acte administratif individuel, causant grief. L'effet défavorable de la sanction administrative ne relève cependant pas uniquement de l'ordre des conséquences : il caractérise le but poursuivi par l'auteur de la sanction qui entend, avant tout, châtier le destinataire de la mesure qu'il adopte. Ce trait de la sanction administrative – qui impose le recours à un critère final – est le plus essentiel. On touche là au coeur même de sa spécificité.

Hormis de rares exceptions, la définition de la sanction administrative ne peut en effet reposer sur le seul critère maté-

riel. Un même acte administratif peut ou non revêtir un aspect punitif, selon l'intention de son auteur. Ainsi, la fermeture d'un établissement, le retrait d'une autorisation, la mutation d'un agent ou encore l'interdiction d'accès à un stade, ne disent, en tant que tels, rien de l'intention qui anime l'auteur de ces mesures (2). Il n'y a sans doute que l'amende qui, par sa nature même, dévoile une intention de punir (3).

5. – La sanction ne peut exister qu'en présence d'un comportement irrégulier (A). Elle se caractérise par la volonté répressive de l'autorité qui l'inflige (B), en adoptant un acte administratif unilatéral et individuel (C).

A. – *Le motif de la répression :
un comportement fautif*

6. – Comme tout acte administratif, la sanction administrative doit reposer sur des motifs légalement admissibles (4). L'autorité administrative ne peut donc sanctionner que si elle est en mesure d'invoquer des circonstances permettant la mise en oeuvre de ses prérogatives répressives.

La philosophie libérale qui charpente la consécration constitutionnelle des droits et libertés exige que l'autorité publique ne prononce de sanction qu'en cas de manquement à une prescription (2) imputable au destinataire de la mesure

(2) Dans le même sens, voy. R. ANDERSEN, «Le pouvoir de sanction administrative du Conseil supérieur de l'audiovisuel», in *Le nouveau Conseil supérieur de l'audiovisuel*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 66. *Contra*: C. VANDRESSE, «Mineurs et sanctions administratives : une nécessaire incompatibilité», *J.D.J.*, 2006, n° 253, p. 21, note 3, pour qui «l'interdiction d'accès au stade porte atteinte au droit d'aller et de venir de telle sorte que le caractère répressif et punitif de ces sanctions ne souffre aucune discussion». La Cour d'arbitrage a contredit cette analyse en qualifiant certaines interdictions de simples mesures de sûreté (C.A., arrêt n° 175/2002, du 5 décembre 2002, B.2.2.).

(3) Voy., toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation développée *infra*.

(4) Et ce, en vertu d'un principe général de droit. Certains y voient un principe de valeur constitutionnelle (voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n° 33/2, cité par D. MAREEN, «De toepassing van algemene rechtsbeginselen op de gemeentelijke administratieve sancties», in L. VENY et N. DE VOS, *Gemeentelijke administratieve sancties*, Bruges, Van den Broele, 2005, p. 163). J. JAUMOTTE reste, quant à lui, plus prudent en invoquant un principe qui «peut être rangé parmi ceux qui ont au moins valeur législative» («Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative», in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 637). Dans son arrêt *Vanbergen II*, n° 161.253, du 11 juillet 2006, la section d'administration du Conseil d'Etat semble néanmoins ne pas accorder une telle valeur constitutionnelle à ce principe, qui peut être écarté, selon l'arrêt, par une disposition à valeur législative.

répressive (3). Ces principes sont transposables aux sanctions administratives (1).

1. *Les « principes généraux du droit répressif »*

7. — La sanction administrative punit un manquement imputable à son auteur. Ce constat évoque très clairement les éléments matériel et moral de l'infraction pénale. Sans doute, les dispositions du titre I^{er} du Code pénal ne sont-elles pas, en tant que telles, applicables aux sanctions administratives (5). Il n'en demeure pas moins que nombre d'entre elles ne se limitent pas à conditionner la validité de la répression pénale, mais constituent, plus généralement, la matérialisation de principes généraux du droit à ce point fondamentaux qu'aucune sanction, de quelque nature qu'elle soit, ne peut être adoptée en violation de ceux-ci (6).

Même si ces principes ne possèdent pas une valeur constitutionnelle (7), il convient de ne pas sous-estimer les potentialités de l'article 6.2. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le prin-

(5) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi « relatif aux sanctions administratives dans les communes », *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 2031/1, p. 16.

(6) Voy., J. PUT, « Naar een kaderwet administratieve sancties », *R.W.*, 2005-2006, p. 331 ainsi qu'en droit italien, la loi du 24 novembre 1981, n° 689/81 *Modifiche al sistema penale*. A ce sujet, E. WILLEMART (« Les amendes fiscales et les droits du contribuable », *J.T.*, 1999, p. 760) souligne, très justement, que « le recours aux principes généraux du droit, en particulier, permet de récupérer un droit fondamental, sans s'en tenir strictement aux critères d'applicabilité définis par la Convention [européenne des droits de l'homme] et interprétés par la Cour européenne étant entendu que l'application retenue par les juridictions internes ne saurait être plus restrictive que celle définie par la Cour européenne [...] Moins pédagogique, sans doute, que l'analyse méthodique de la Cour européenne des droits de l'homme, cette technique pourrait s'avérer favorable au développement d'un "droit commun répressif" ».

(7) Si la Cour d'arbitrage reconnaît qu'une présomption de culpabilité pour faits d'autrui ou une responsabilité pénale objective est contraire au principe *fondamental* du caractère personnel des peines, c'est pour en déduire que cette présomption porte atteinte de façon *disproportionnée* aux principes qui régissent la charge de la preuve en matière pénale (C.A., arrêt n° 147/2002, du 15 octobre 2002; C.A., arrêt n° 38/2002, du 20 février 2002). De même, elle reconnaît que les garanties résultant des principes généraux du droit pénal sont comprises dans les droits et libertés qui doivent être reconnues sans discrimination, en vertu de l'article 11 de la Constitution (C.A., arrêt n° 72/92, du 18 novembre 1992, B.2.1.). Quant à la Cour de cassation, elle se limite à considérer le principe de personnalité des peines comme un principe général du droit (Cass., 14 janvier 2004, RG P.031185.F; Cass., 26 octobre 1994, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 283, note H. NEIRYNCK; Cass., 24 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 718; Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1231. *Adde* : A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 731).

cipe de la présomption d'innocence à l'occasion de toute accusation en matière pénale et s'oppose, par conséquent, à toute présomption, à tout le moins irréfragable (8), de culpabilité. Or, la «peine», au sens de la Convention, est une notion autonome qui recouvre, en partie du moins, les sanctions administratives (9).

Qu'advient-il, cependant, de celles d'entre elles qui ne constituent pas des peines au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales? Les principes généraux du droit requièrent que l'acte administratif soit le fruit d'une décision raisonnée. On conçoit mal dès lors que, dans le silence de la loi, l'autorité administrative se dispense de vérifier la réunion des éléments moral et matériel propres à l'infraction qu'elle entend réprimer. Le législateur pourrait-il, en revanche, autoriser l'autorité administrative à les écarter? On en doute tant on n'aperçoit pas la justification objective et raisonnable qui sous-tendrait une telle différence de traitement entre deux régimes répressifs (10) (11).

(8) La Cour européenne ne condamne pas l'existence d'une présomption de culpabilité pour autant qu'elle soit, dans une certaine mesure, réfragable (voy., notamment, E. WILLEMART, *op. cit.*, p. 761; P. DE HERT, «Artikel 6, §2, in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, Vol. 1, Anvers, Intersientia, 2004, p. 557). La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage ont, dans une même perspective, validé des présomptions réfragables de culpabilité établies par le législateur en matière d'infractions de roulage (Cass., 6 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1071; C.A., arrêt n° 27/2000, du 21 mars 2000. *Compar.* le constat d'inconstitutionnalité dressé par la Cour d'arbitrage à l'égard d'une présomption irréfragable de culpabilité en matière de douanes et accises: C.A., arrêt n° 38/2002, du 20 février 2002).

(9) Voy. *infra*. Pour une application du principe de présomption d'innocence à une sanction administrative considérée comme pénale au sens de l'article 6 de la Convention, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Janesovic*, du 23 juillet 2002; Civ. Hasselt, 2 juillet 2004, *F.J.F.*, 2005, p. 614: Il résulte «du caractère personnel des sanctions pénales qu'une telle sanction ne peut être poursuivie qu'à charge du contribuable coupable de l'infraction». Un accroissement d'impôt imposé à un contribuable dans le chef duquel aucune culpabilité n'a été établie, viole la présomption d'innocence définie à l'article 6.2. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. *Adde*: Civ. Mons, 25 novembre 2004, *F.J.F.*, 2005, p. 715: «Les sanctions administratives fiscales sont à l'heure actuelles assujetties aux principes fondamentaux régissant l'application des mesures de nature pénale» en conséquence de quoi l'autorité administrative ne peut contrevenir «au principe général de droit de la personnalité des peines». Le contribuable ne peut donc être condamné à une amende fiscale pour le motif que les charges liées à l'acquisition d'un terrain n'ont pas été soumises aux droits d'enregistrement alors que l'administration considère que la faute est imputable au notaire. Voy., encore, C.A., arrêt n° 14/2007, B.4.3.

(10) Dans son arrêt *Wittevrongel*, n° 134.860, du 14 septembre 2004, le Conseil d'Etat considère ainsi qu'en raison de sa nature, «l'établissement de la sanction administrative est soumise aux mêmes règles que celles qui régissent l'élaboration de véritables dispositions pénales» (*wegens haar aard, het invoeren van een administratieve sanctie onderworpen is aan dezelfde regels die de totstandkoming van echte strafbepalingen beheersen*). Voy.

8. – Tel paraît bien être le raisonnement tenu, en matière sociale, par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 132/2001 (12). Le juge constitutionnel était interrogé sur la constitutionnalité d'amendes administratives établies par la loi du 30 juin 1971. Ces amendes sont exclusivement mises à charge de l'employeur. Selon la Cour, toutefois, «de ce que le législateur peut ne punir d'amendes administratives que l'employeur, il ne s'ensuit pas que cet employeur puisse être puni même s'il démontrait qu'il n'a commis aucune faute [...] L'opportunité d'exempter le salarié n'implique pas le droit de punir aveuglément son employeur, au mépris du principe de la personnalité des peines; les amendes que le législateur a qualifiées d'administratives présentent avec les sanctions pénales *sensu stricto* une analogie trop étroite pour que les valeurs qui fondent un principe aussi fondamental perdent toute pertinence en ce qui concerne de telles amendes, lesquelles sanctionnent une infraction».

L'arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003, marque, semble-t-il, une étape supplémentaire (13). L'article 74/4bis de la loi du 15 décembre 1980 «sur l'accès au territoire, le séjour, l'éta-

encore l'article 7 de la Recommandation R(91)1, du 13 février 1991, du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux sanctions administratives ainsi que l'arrêt *Russian Conservative Party of Entrepreneurs*, du 11 janvier 2007, par lequel la Cour européenne reconnaît le principe d'imputabilité personnelle d'une sanction, en dehors du champ d'application de l'article 6 de la Convention (en l'espèce, la sanction consistant dans l'irrecevabilité de toute une liste de candidats aux élections lorsque l'un des trois premiers candidats de cette liste n'avait pas rempli correctement sa déclaration de revenus). «It follows that the applicant party and the second applicant were sanctioned for circumstances which were unrelated to their own law-abiding conduct and were also outside their control [...]. The Court considers that the disqualification of the applicant party and the second applicant for the above reasons was disproportionate to the legitimate aims pursued» (§65).

(11) Au moins doit-on considérer qu'un régime normatif qui assortirait un manquement de conséquences défavorables, en écartant toute considération de culpabilité, ne répondrait plus à une logique de répression (voy. *infra*, II).

(12) Pour un commentaire de cet arrêt, voy. F. LAGASSE, «Amendes administratives, imputabilité légale et Cour d'arbitrage», *J.T.T.*, 2002, pp. 137 et s. Sur l'état de la jurisprudence et de la doctrine avant cet arrêt, voy. A. SIMON, «La loi du 30 juin 1971 relative aux amendes applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales», in M. DUMONT (dir.), *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 342 et 343. Voy. aussi, du même auteur, «Examen de la conformité de la loi du 30 juin 1971 à la Constitution, en regard des principes directeurs du droit pénal. Commentaire des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage le 14 juillet 1997», *Ch. dr. soc.*, 1998, pp. 109 et s.

(13) Pour un commentaire de cet arrêt, voy. P. HANNES, «Art. 74/4bis vreemdelingenwet: de onschuld van de vervoerder mag worden aangetoond», *R.W.*, 2003-2004, pp. 1338 et s.

blissement et l'éloignement des étrangers» punit d'une amende administrative le transporteur qui amène en Belgique un étranger sans documents de voyage valables.

Pour la Cour d'arbitrage, l'interprétation selon laquelle cette disposition interdirait au *juge*, lorsqu'il examine un recours contre la décision d'infliger une amende administrative, de vérifier si une quelconque *culpabilité* incombe au transporteur irait «à l'encontre du principe général selon lequel le juge doit toujours pouvoir vérifier si une quelconque culpabilité incombe à quelqu'un, soit vérifier en l'espèce si le transporteur a ou non pris les mesures nécessaires pour empêcher que de tels passagers sans documents de voyage valables soient introduits dans le pays».

Il est vrai que la Cour avait, au préalable, qualifié l'amende en cause de sanction pénale, au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De même, l'arrêt choisit de fonder le principe de la personnalité des sanctions administratives sur une prérogative de l'autorité juridictionnelle appelée à contrôler leur régularité et non, directement, sur une obligation imposée à l'autorité administrative, laquelle n'est pas, en tant que telle, contrainte par les exigences du procès équitable (14). Toutefois, le considérant précité se départit de toute référence expresse à l'analogie existant entre la sanction pénale et certaines sanctions administratives pour conclure à l'existence d'un principe général de droit, et non à l'application pure et simple de l'article 6 de la Convention à la question litigieuse.

La section de législation du Conseil d'Etat reconnaît, dans la même perspective, qu'une sanction administrative «ne peut être infligée à une personne que dans l'hypothèse où l'infraction lui est imputable. Dans l'affirmative, elle encourt la sanction, qui est fonction de la gravité de l'infraction. Si elle peut faire valoir une cause de justification, celle-ci fait disparaître l'élément moral constitutif de l'infraction et, par suite, l'infraction elle-même» (15).

(14) Voy., à ce sujet, D. YERNAULT, «Les sanctions administratives communales et le principe de contradiction devant le juge et l'administration», *A.P.T.*, 2002, p. 41.

(15) Il s'ensuit que l'infliction d'une sanction «en fonction de la mesure dans laquelle l'infraction peut être imputée au contrevenant» n'a pas de sens. «Autre chose serait de

On relèvera encore que la Cour d'arbitrage vient de condamner implicitement l'existence de sanctions administratives collectives (16).

9. – Il est dès lors permis de s'interroger sur la validité de l'article 168 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, ainsi que d'autres dispositions similaires, en vertu desquelles la personne civilement responsable aux termes de l'article 1384 du Code civil est tenue au paiement de l'amende infligée à son préposé (17). Il en va de même de l'article 70 du Code de la T.V.A. s'il était interprété comme n'effaçant pas les amendes fiscales à la mort du contrevenant (18).

2. La violation d'une prescription obligatoire

10. – La sanction ne matérialise pas un pouvoir arbitraire de l'autorité qui l'inflige. Dans un Etat de droit, la répression trouve sa justification dans l'accomplissement d'un comportement dont l'auteur connaissait ou aurait dû connaître le caractère irrégulier (19). Il n'y a donc pas de place, en droit représ-

permettre au fonctionnaire qui inflige la sanction de prendre en considération des circonstances atténuantes» (avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi «portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses», *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1999-2000, n° 50-0756/001, p. 229).

(16) C.A., arrêt n° 139/2006, du 14 septembre 2006, B.8.1.

(17) Pour une critique de ce système en droit pénal social, voy. H.-D. BOSLY, *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gand, Story-Scientia, 1979, pp. 86-87. Toute autre chose est de prévoir une infraction spécifique, punissant la négligence de l'employeur, comme le fait, par exemple, l'article 34 de l'ordonnance du 25 mars 1999 relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement. Voy., encore, quant aux condamnations de mineurs et l'impact de celles-ci sur leurs parents, C.A., arrêt n° 6/2006, du 18 janvier 2006, B.7. *Compar.* F. VAN LEEUW, «Cuvée 2005 des sanctions administratives communales : enfin un grand cru?», *J.D.J.*, 2005, n° 248, p. 10.

(18) L'interprétation contraire paraît, en réalité, s'appuyer sur la jurisprudence, désormais dépassée, considérant ces sanctions comme des mesures civiles (voy. L. VANDEN BERGHE, «De administratieve geldboeten in het stelsel van de B.T.W.», *A.F.T.*, 1982, p. 270). *Compar.* les arrêts n° 22/99, du 24 février 1999, et n° 32/99, du 17 mars 1999, certes antérieurs aux arrêts précités, où la Cour d'arbitrage relève cette caractéristique sans en tirer de conséquences particulières. Pour un arrêt contestant le recouvrement de la sanction à charge des héritiers, voy. toutefois Cass., 27 janvier 1834, *Pas.*, 1834, I, p. 211 cité par V. SÉPULCHRE, *Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 288. On notera enfin que la Cour européenne a jugé contraire au principe de la présomption d'innocence, contenu à l'article 6.2. de la Convention, le prononcé d'une sanction administrative à caractère pénal à l'encontre des héritiers de l'auteur de l'infraction (Cour eur. D.H., 29 août 1997, *A.P. et al. c. Suisse*).

(19) C.E., arrêt *Wittevrongel*, n° 134.860, du 14 septembre 2004, 5.3.2.

sif, pour une responsabilité sans faute. En revanche, une présomption réfragable de culpabilité n'est pas incompatible avec ce principe (20).

L'élément matériel de l'infraction administrative doit s'interpréter largement. C'est ainsi que l'obligation méconnue peut être définie de manière très précise ou, au contraire, être envisagée d'une manière générale. L'incrimination doit cependant présenter un certain degré de prévisibilité (21). On en déduit également la prohibition de toute incrimination rétroactive (22).

En outre, l'obligation dont l'inexécution peut donner lieu à une sanction administrative est susceptible d'être établie tant par le législateur que par une autorité réglementaire. Cette obligation peut même être contenue dans un acte à portée individuelle, à condition que l'acte établissant la sanction soit, lui, de nature générale et abstraite (23). L'obligation peut encore s'imposer à ses destinataires de manière inconditionnelle ou n'être qu'une condition émise à l'obtention d'un régime particulier, favorable à l'intéressé.

11. — Ainsi, une sanction administrative, telle qu'une amende ou une fermeture d'établissement, peut-elle assortir la méconnaissance de règlements communaux de police administrative, voire d'actes individuels posés en exécution de ceux-ci. De la même manière, celui qui ne respecte pas les conditions particulières, fixées par l'autorisation qu'il reçoit,

(20) Voy., en matière de sanctions administratives, C.A., arrêt n° 132/2001, du 30 octobre 2001.

(21) *Compar.* R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 74. La précision est importante eu égard au régime disciplinaire qui ne connaît pas une application stricte des principes «*nullum crimen sine lege*» et «*nulla poena sine lege*» (voy., notamment, Ch. AMELYNCK, «Le régime disciplinaire», *A.P.T.*, 2005, p. 295). Dans ce cas, la prévisibilité de la sanction est toutefois minimalement assurée par le fait que «d'une manière générale, les agents et fonctionnaires publics ne peuvent manquer à leurs devoirs ni porter atteinte à la confiance du public ou compromettre l'honneur et la dignité de leurs fonctions» (J. SAROT (dir.), *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 377). Inversement, la sanction administrative peut parfois n'être infligée qu'après que le contrevenant a reçu un avertissement de la part de l'autorité publique (voy., à ce sujet, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 64. Pour un exemple récent, voy. l'article 119bis, §4, de la Nouvelle loi communale).

(22) Sauf lorsque la loi ultérieure est plus douce (Cass., 14 mars 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 224). Voy., encore, l'article 2 de la Recommandation R(91)1, précitée.

(23) Il peut s'agir, soit d'une source formelle de droit, soit d'un principe général de droit.

s'expose à une mesure répressive. On citera encore les sanctions applicables en cas de contravention aux dispositions d'un contrat administratif (24).

3. *Un comportement imputable au destinataire de la sanction*

12. – Conformément au principe de personnalité de la sanction, ne peut être puni que l'individu qui a effectivement commis l'irrégularité constatée (25). En d'autres termes, le droit répressif ne connaît pas de responsabilité pour autrui (26).

La sanction administrative peut frapper tant les personnes morales que les personnes physiques (27). La possibilité d'infliger une punition aux personnes morales constitue d'ailleurs l'une des raisons essentielles de l'émergence des sanctions administratives, à une époque où le droit pénal n'autorisait que la poursuite d'individus.

A priori, on doit s'étonner de ce qu'un principe aussi fondamental, en droit répressif, que le principe de la personnalité des peines ait pu s'appliquer différemment selon la nature de la sanction considérée. Cette constatation n'invalide-t-elle pas, en effet, l'hypothèse selon laquelle les principes généraux du droit pénal traduisent un cadre normatif plus général, applicable à toute autorité publique nantie du *ius puniendi*? La conclusion est sans doute trop catégorique. En effet, la doctrine a fortement critiqué le lien établi entre le principe de personnalité des peines et l'exclusion des personnes morales du contentieux pénal (28). Le législateur est, lui-même, intervenu

(24) Voy., par exemple, l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, qui prévoit logiquement le retrait d'agrégation en raison de manquements contractuels.

(25) C.E., arrêt *Maes*, n° 128.290, du 19 février 2004. Voy. encore H.-D. BOSLY, *op. cit.*, p. 285.

(26) Certaines sanctions entraînent toutefois, par leur nature même, un effet défavorable pour d'autres personnes. On songe ainsi à la fermeture d'un établissement. Le droit pénal connaît, lui aussi, un tel tempérament au principe de la personnalité des peines (voy. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 463-464; H.-D. BOSLY, *op. cit.*, p. 76).

(27) Voy., notamment, C.A., arrêt n° 22/99, du 24 février 1999; C.A., arrêt n° 32/99, du 17 mars 1999; Projet de loi «relatif aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales», avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1970-1971, n° 939-1, p. 9; Projet de loi «relatif aux sanctions administratives dans les communes», *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 2031/1, p. 16.

(28) Voy., notamment, les références citées par A. DE NAUW, *op. cit.*, pp. 18-19 et F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, pp. 402 et s.

en 1999 afin de permettre au juge pénal de sanctionner les personnes morales. Au-delà de l'interdiction formelle de poursuivre des personnes morales, déduite des dispositions du Code pénal, il est dès lors permis de penser que le principe général de personnalité des peines ne contenait pas, en lui-même, une pareille limitation.

En toute hypothèse, c'est l'occasion de souligner ici un trait important de la répression administrative. Lorsqu'elle est considérée comme un «démembrement» du droit pénal (29), la répression administrative n'a d'utilité qu'en ce qu'elle aménage, à la marge, les principes et les garanties afférentes au procès pénal classique. Elle agit donc comme un révélateur des limites inhérentes à une répression dans un Etat de droit.

13. – Outre le principe de la personnalité des peines, il convient encore de respecter le principe d'imputabilité psychique de l'irrégularité au destinataire de la sanction. Là aussi, l'aiguillon de la répression administrative est appelée à révéler les contours du droit répressif.

L'administration peut-elle ainsi sanctionner le comportement fautif d'un mineur? La question fut posée à l'occasion de l'application de la loi «football» du 21 décembre 1998. Le Tribunal de police d'Anvers saisit en effet la Cour d'arbitrage de la question de savoir si, interprétée comme permettant au fonctionnaire d'infliger une amende ou une interdiction de stade administrative à tout mineur, cette loi violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour d'arbitrage a considéré que l'application de ces sanctions administratives priverait certains mineurs des garanties procédurales que la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse a instaurées pour l'ensemble des mineurs, quelle que soit la gravité des faits. Plus précisément, le juge constitutionnel estime que «contrairement à la peine pécuniaire, qualifiée d'amende administrative par la loi en cause, une interdiction de stade peut faire partie de[s] mesures [de garde, de préservation et d'éducation visées par la loi du 8 avril 1965]. Mais il n'existe aucune justification raisonnable, lorsqu'il s'agit de matches de football, à ce que le législateur

(29) Sur cette notion, voy. *infra*.

abandonne le souci qu'il a manifesté de protéger les mineurs et de préserver leur avenir en leur accordant des garanties procédurales particulières» (30).

Si la décision de la Cour ne laisse planer aucun doute sur l'obligation, pour le législateur, d'aménager une procédure répressive particulière au bénéfice des mineurs, elle est moins explicite sur le type de mesures susceptibles d'être prises à leur endroit. Faut-il considérer que le prononcé d'une amende – parce qu'elle ne peut être assimilée à une mesure de garde, de préservation et d'éducation – est nécessairement irrégulière? La position nous paraît trop catégorique. En effet, la loi du 8 avril 1965 n'exclut pas, *dans certains cas particuliers*, le renvoi des mineurs *de plus de seize ans* devant la juridiction pénale compétente (31).

La jurisprudence ultérieure de la Cour constitutionnelle confirme cette interprétation. La loi du 17 juin 2004 modifie l'article 119*bis* de la Nouvelle loi communale afin de permettre, notamment, l'infliction d'une amende administrative aux mineurs de plus de seize ans. La Cour d'arbitrage valide la mesure. Elle souligne, notamment, que la loi «ne vise que les mineurs de plus de 16 ans et entend accompagner les nouvelles mesures de garanties s'inspirant de celles contenues dans les mesures antérieures ou prenant en compte la situation des mineurs : tel est le cas de l'amende, dont le montant ne peut excéder la moitié de celle pouvant être infligée aux majeurs [...], du pouvoir conféré au juge de la jeunesse de substituer à

(30) C.A., arrêt n° 155/2002, du 6 novembre 2002.

(31) La section de législation du Conseil d'Etat paraît souscrire à une telle analyse. Appelée à donner son avis sur un avant-projet de loi «instituant la possibilité pour les communes d'infliger une amende administrative à des mineurs de plus de 16 ans», le Conseil d'Etat ne remet pas en cause la possibilité même de la sanction administrative, mais bien plutôt la procédure mise sur pied par le législateur à cet effet. Il constate notamment qu'aucun juge ne sera en mesure de décider si le comportement du mineur de plus de seize ans appelle une mesure de garde, de préservation et d'éducation ou, au contraire, une réponse répressive (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2002-2003, n°s 50-2366/001 et 50-2367/001, pp. 23 à 26). On notera encore que la Cour d'arbitrage a rendu un second arrêt quant à la loi «football». Celui-ci ne contient cependant aucun enseignement particulier à cet égard. En effet, le législateur avait entre-temps limité l'infliction de sanctions administratives aux seuls mineurs de plus de quatorze ans, supprimé la possibilité d'infliger à leur encontre une amende administrative et mis sur pied des garanties procédurales équivalentes à celles contenues dans la loi du 8 avril 1965 (C.A., arrêt n° 98/2005, du 1^{er} juin 2005). Sur la différence existant entre la limite d'âge prévue par la loi «football» (14 ans) et la Nouvelle loi communale (16 ans), voy. T. DE SUTTER, «Lokale rechtshandhaving via administratieve sancties en de minderjarigen», *T.J.K.*, 2005, p. 74.

la sanction une mesure de garde, de prévention ou d'éducation [...], de l'assistance d'un avocat désigné d'office [...], de l'obligation de procéder à une médiation lorsque des mineurs sont en cause [...] et de l'absence d'inscription au casier judiciaire» (32). Compte tenu de l'objectif de célérité et d'efficacité poursuivi par le législateur, la mesure est donc raisonnablement justifiée.

B. – *Le but de la répression :
infliger une sanction*

14. – Pour constituer une sanction administrative, il ne suffit pas que l'acte administratif soit motivé par l'existence d'un manquement dans le chef de son destinataire. Encore faut-il qu'il soit adopté dans l'intention de punir.

1. *La volonté répressive*

15. – *L'incrimination* d'un comportement, par une norme générale et abstraite, poursuit divers objectifs, au premier rang desquels figure une volonté de dissuasion. La sanction constitue, avant tout, une menace. Cette connotation dissuasive ne doit cependant pas être confondue avec l'intention préventive qui anime les mesures de police (33). En effet, la règle préventive entend éviter *matériellement* la réalisation d'un comportement. La norme dissuasive vise, quant à elle, à influencer *moralement* les individus, qui s'exposent à une sanction s'ils ne respectent pas la prescription obligatoire. A ce titre, une amende constitue une mesure dissuasive et non préventive (34).

Lorsqu'on s'intéresse, en revanche, à l'acte individuel *infligeant* la sanction, la finalité répressive de celui-ci devient prédominante (35). Sans doute, peut-il avoir un effet dissuasif sur

(32) C.A., arrêt n° 6/2006, du 18 janvier 2006, B.4.8. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. C. VANDRESSE, *op. cit.*, pp. 21 et s. ainsi que T. DE SUTTER, «Het Arbitragehof aanvaardt de toepassing van de gemeentelijke administratieve geldboete op minderjarigen», *T.J.K.*, 2006, pp. 244 et s.

(33) Voy. *infra*.

(34) Sur le lien entre l'aspect dissuasif d'une amende et le but «préventif» d'une incrimination, voy., en matière d'amendes administratives prévues par la loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football, C.A., arrêt n° 153/2001, du 28 novembre 2001, B.8.1-B.8.3.

(35) Pour une même analyse, voy. J. PUT, *op. cit.*, p. 19. Selon le Conseil d'Etat, une sanction constitue «une mesure désavantageuse, d'ordre moral ou matériel, prononcée à

le comportement futur de la personne sanctionnée (36), voire sur l'attitude de quiconque en a connaissance. Il n'en demeure pas moins que l'objectif premier de la sanction est d'infliger un châtement (37). L'autorité vise à punir un individu (38), et non à mettre un terme à une irrégularité ou à un trouble, ni à dédommager la victime du comportement irrégulier (39). En revanche, s'il peut renforcer le caractère afflictif de la sanction, l'aspect infamant de la punition ne constitue pas, en tant que tel, un élément nécessaire à sa définition (40).

l'égard d'une personne physique ou morale, dont l'objet premier est d'exprimer officiellement la réprobation de l'autorité à l'égard d'un comportement que cette personne a eu et qu'elle juge répréhensible» (C.E., arrêt *S.A. TVi*, n° 101.503, du 5 décembre 2001, cité par D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 45). Selon la Cour de cassation, la peine s'entend d'un «mal infligé par la justice répressive, en vertu de la loi, à titre de sanction, d'un acte que la loi défend» (Cass., 16 mars 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 632). Dans un arrêt récent, la Cour de cassation modifie toutefois sa définition et affirme que «la peine implique un mal infligé à titre de sanction d'un acte que la loi défend» (Cass., 14 janvier 2004. Voy., à ce sujet, F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 454 et *infra*). Dans un arrêt du 10 septembre 1986 (*F.J.F.*, 1986, p. 289), la Cour d'appel de Liège définit la sanction (pénale) comme «un désagrément infligé au coupable de l'infraction, non pour réparer le dommage qu'il a éventuellement causé (dommages-intérêts) ou pour l'amener à accomplir une prestation (astreinte), mais pour le punir de ce qu'il a fait (caractère répressif de la peine), dissuader d'autres personnes d'accomplir la même infraction (caractère préventif ou dissuasif de la peine) et réaffirmer la valeur sociale à laquelle une atteinte a été portée (caractère pédagogique de la peine)».

(36) On peut même parler d'un véritable effet préventif lorsque la personne est condamnée à une privation de liberté.

(37) Et même s'il est vrai qu'il est rare qu'une réaction destinée à faire souffrir autrui soit exempte d'ambiguïté» (J. VERHAEGEN et C. HENNAU, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 24).

(38) Par conséquent, l'expression de «sanction administrative à caractère répressif» paraît constituer une tautologie (voy. pourtant l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de décret «relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité», *Doc.*, Parl. Wal., sess. ord. 2000-2001, n° 177/1, p. 55 et références citées. *Adde* : Cass., 24 janvier 2002, RG C.000234.N). Par cette expression, le Conseil d'Etat entendait très probablement viser le caractère pénal de la sanction administrative considérée. Sur cet aspect, voy. *infra*.

(39) J. PUT, *op. cit.*, p. 29. *Contra* : H. COREMANS, «De administratieve sanctie - Naar een omlijning van het begrip», *R.W.*, 1964-1965, col. 7580. *Compar.* A. DE NAUW, *op. cit.*, p. 26.

(40) La circonstance qu'aucune publicité n'est donnée à la sanction administrative ne remet donc pas en cause son caractère répressif (*Compar.* conclusions de l'avocat général GOEMINNE sous Cass., 27 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, pp. 708-709). En revanche, le caractère infamant de la mesure est un critère qui permet de distinguer les sanctions pénales des sanctions administratives (C.A., arrêt n° 153/2001, du 28 novembre 2001). On doit néanmoins souligner que certaines peines, spécialement en droit pénal de l'entreprise, peuvent, en réalité, être appréhendées uniquement comme une taxation particulière imposée à une activité entraînant des troubles ou des dommages particuliers (voy. A. DE NAUW, *op. cit.*, p. 26.). Inversement, certaines sanctions administratives emportent un effet stigmatisant. A. DE NAUW, cite, à cet égard, l'exemple de la publication des décisions et mesures en matière de non-dénonciation d'opération de blanchiment (*ibidem*, p. 58). Sur l'importance que semble avoir ce caractère infamant quant à l'étendue des garanties prévues à l'article 6 de la Convention, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Jussila*, du 23 novembre 2006, §43.

16. – L'appréciation de la volonté de l'autorité est donc primordiale dans la recherche de la qualification de l'acte examiné (41). Selon le Conseil d'Etat, la preuve de l'intention de l'administration doit être apportée par le requérant ou résulter des éléments du dossier (42). Quelles sont les voies à emprunter pour sonder valablement les reins et les coeurs des autorités administratives ?

17. – L'option la plus simple consiste à s'en tenir à l'examen de l'*instrumentum* par lequel l'autorité matérialise sa décision. Lorsque ce texte qualifie la mesure de sanction, faut-il en conclure que l'autorité administrative a agi dans un but répressif ? S'il s'agit, à n'en pas douter, d'un indice important, la qualification formelle que donne son auteur à l'acte en cause ne devrait constituer qu'une présomption *iuris tantum*, susceptible d'être démentie par d'autres éléments, notamment par la motivation que donne cet auteur à son acte.

S'agissant d'un acte administratif individuel causant grief, la sanction administrative est en effet soumise à une obligation de motivation formelle, imposée par la loi du 29 juillet 1991 ou par toute autre disposition plus contraignante (43). Si, grâce à cette motivation, une intention punitive apparaît dans le chef de l'autorité, la preuve sera faite du caractère répressif de l'acte qu'elle justifie de la sorte. Au-delà de la motivation formelle, c'est l'ensemble de la motivation résultant du dossier administratif qui entre en considération.

(41) Voy., en matière disciplinaire, notamment, C.E., arrêt *De Val*, n° 20.7555, du 28 novembre 1980 ; C.E., arrêt *Piret*, n° 39.501, du 27 mai 1992.

(42) C.E., arrêt *Neukermans*, n° 131.185, du 10 mai 2004. La haute juridiction estime encore que « pour qualifier la nature de l'acte de décision disciplinaire ou de mesure d'ordre prise par l'autorité dans l'intérêt du service, il y a lieu de tenir compte des circonstances qui l'ont engendré, de l'existence ou non d'une intention de punir l'agent et des conséquences de la mesure sur son statut administratif et pécuniaire. La motivation de l'acte est également un élément déterminant ».

(43) Voy. Cass., 17 juin 2002, RG S.010003.F. A défaut de disposition particulière plus protectrice de l'administré, la loi du 29 juillet 1991 trouve en effet à s'appliquer à tout acte administratif unilatéral de portée individuelle adopté en vue de produire des effets juridiques (sur l'inutilité de prévoir un tel principe dans la Nouvelle loi communale, voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 2031/4, p. 14, cité par J. BOUVIER, « L'amende administrative communale : l'inclassable sanction », *Rev. dr. comm.*, 2004, p. 40). Voy., encore, sur la motivation particulière exigée en matière fiscale, C.A., arrêt n° 48/2001, du 18 avril 2001, B.6. et E. VAN DOOREN, « Administratieve en strafrechtelijke sancties inzake lokale en regionale belastingen », in M. DE JONCKHEERE et L. DEKETELAERE (éd.), *Jaarboek lokale en regionale belastingen 2003-2004. Lokale en regionale belastingen : vroeger en nu*, Bruges, Die Keure, 2004, pp. 81-82.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat fut amené à requalifier la mesure, prétendument de police, adoptée par le bourgmestre de Namur interdisant, au motif notamment de la tranquillité publique, toute diffusion de musique dans un établissement déterminé, dès lors que tant le dossier administratif que le texte critiqué lui-même laissaient apparaître «l'intention du bourgmestre de "sanctionner" des abus, c'est-à-dire de les punir en édictant une peine administrative limitée dans le temps» (44).

De la même manière, lorsqu'il transparaît des motifs d'une décision, présentée comme une mesure d'ordre, que celle-ci a été adoptée en considération d'un comportement jugé fautif du fonctionnaire et qu'elle poursuit un but punitif à son endroit, la mesure constitue une sanction disciplinaire déguisée (45).

Lorsque l'autorité administrative appelée à infliger la sanction ne dispose que d'une compétence liée (46), la motivation qu'elle donne à sa décision risque cependant d'être insuffisante pour déterminer l'intention qui l'anime. Dans ce cas, en effet, l'autorité se contentera, le plus souvent, de constater que les conditions, prévues par le texte réglementaire ou législatif pour adopter l'acte en cause, sont bien réunies en l'espèce et qu'il lui appartient, dès lors, d'agir de la sorte. Dans une telle hypothèse, l'attention se reportera sur la volonté de l'autorité ayant habilité l'administration à agir de la sorte. A défaut d'élément en sens contraire, il faut, en effet, présumer que l'acte individuel en cause a été adopté conformément à l'habi-

(44) C.E., arrêt *Sicurella*, n° 64.452, du 7 février 1997. Dans le même sens, voy., encore, C.E., arrêt *Pub Euro Portugal*, n° 54.282, du 4 juillet 1995.

(45) Voy., notamment, C.E., arrêt *Dagnelie*, n° 87.828, du 6 juin 2000; C.E., arrêt *Philips*, n° 89.946, du 2 octobre 2000; C.E., arrêt *Coumans*, n° 23.746, du 2 décembre 1983; J. SAROT (dir.), *op. cit.*, pp. 387 et s.; J. BORRET, «Het onderscheid tussen een tucht- en een ordemaatregel», *T.B.P.*, 1982, p. 112; S. DEPRÉ, «La mobilité», *A.P.T.*, 2005, p. 281; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, «Entre la sanction disciplinaire et la mesure grave : l'impossible existence des actes de gouvernement», *J.T.*, 2005, pp. 694 et s. Sur les sanctions disciplinaires déguisées appliquées à des détenus, voy., notamment, C.E., arrêt *El Amrani*, n° 147.592, du 12 juillet 2005.

(46) Cette seule circonstance n'est cependant pas de nature à exclure le caractère répressif de la mesure. En effet, même en droit pénal, le «principe» d'individualisation des peines ne constitue qu'une politique générale à laquelle le législateur peut déroger, pour autant qu'il agisse de manière objective et raisonnable (C.A., arrêt n° 38/2000, du 29 mars 2000, B.6.2. et jurisprudence constante par la suite). Dans le même sens, voy. J. PUT, *op. cit.*, p. 29.

litation concédée à son auteur. En toute hypothèse, la qualification donnée à l'acte individuel par l'autorité habilitante ne constitue qu'un indice de son caractère (47).

En présence d'une compétence discrétionnaire, la recherche de l'intention du pouvoir habilitant présente moins d'intérêt. A supposer que la volonté de l'auteur de la norme puisse être discernée, elle ne sera présumée correspondre à l'intention de l'autorité qui sanctionne que pour autant que la motivation de l'acte individuel ne contienne pas d'éléments en sens contraire (48). La jurisprudence paraît toutefois recourir régulièrement à une technique d'interprétation qui privilégie l'analyse de l'intention de l'auteur de la norme par rapport à celle de l'auteur de l'acte individuel (49).

18. – Un deuxième critère de qualification porte sur la nature et l'ampleur des effets qu'emporte la décision analysée. La déduction de l'objectif poursuivi par l'auteur d'un acte au départ des effets de celui-ci peut apparaître comme une technique curieuse (50). Elle présente toutefois l'avantage de confronter la pertinence et la proportionnalité de la mesure à l'objectif que l'autorité administrative prétend atteindre.

(47) Telle paraît être la solution implicite à laquelle parvient le Conseil d'Etat dans son arrêt *Wittevrongel*, précité. En effet, même si elle conclut au caractère répressif d'une des mesures litigieuses, la juridiction administrative ne retient pas comme critère de qualification le fait que l'arrêté ministériel établissant la sanction use du verbe «sanctionner». De même, malgré son libellé, la loi «relative aux sanctions administratives dans les communes» octroie des compétences aux autorités locales qui ne s'analysent pas toutes comme l'expression d'un pouvoir répressif (C. MOLITOR, «La loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes et les pouvoirs de police des autorités communales», *Rev. dr. comm.*, 2001, p. 150. Dans le même sens, E. WILLEMART, «La répression administrative en Belgique et les sanctions administratives communales», *A.P.T.*, 2002, p. 3). Compar. M. DELANGE («Les mesures d'exclusion en matière de chômage après l'arrêté royal du 29 juin 2000 sur la réforme des sanctions administratives», *Chr. dr. soc.*, 2002, p. 484) qui tire de l'intitulé de l'arrêté royal du 29 juin 2000 «modifiant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage dans le cadre de la réforme des sanctions administratives» un critère, non déterminant, certes, permettant de conclure au caractère répressif des mesures qui y sont décrites.

(48) Sans doute, l'autorité infligeant la sanction ne pourrait-elle méconnaître la portée de l'habilitation qui lui a été concédée. Il n'en demeure pas moins que seule cette autorité est en mesure de déterminer ce qu'elle entend viser, éventuellement irrégulièrement, en adoptant cet acte administratif individuel.

(49) Voy., notamment, la jurisprudence de la Cour de cassation citée *infra*.

(50) Voy. néanmoins D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 411.

Si les effets de la décision sont étrangers à la réalisation de l'objectif annoncé (51) ou s'ils sont manifestement disproportionnés par rapport à celui-ci, il faudra s'interroger sur l'existence d'un but secret, inavoué, de l'autorité. Sans doute, cette dernière a-t-elle, de ce fait, détourné le pouvoir qui lui avait été attribué. En tout état de cause, elle a violé l'obligation de proportionnalité qui s'impose aux autorités administratives, de même que l'obligation de motivation adéquate. Mais cette circonstance est, aussi, de nature à faire douter de l'objectif affiché de la mesure.

Dans la même perspective, il est utile d'envisager, dans son ensemble, l'arsenal des mesures mises à la disposition des autorités publiques afin de gérer une situation donnée, et de déterminer si, compte tenu des autres moyens existants, l'autorité administrative pouvait légitimement poursuivre l'objectif qu'elle prétend être le sien en adoptant l'acte en cause.

Ainsi, lorsqu'un cautionnement destiné à garantir la remise en état de la voie publique après l'exécution des travaux doit être versé par le maître de l'ouvrage et que le gestionnaire peut y prélever d'office les sommes nécessaires à cette remise en état, l'amende que celui-ci peut prononcer à l'encontre du maître de l'ouvrage ne remplit pas une fonction indemnitaire, mais bien répressive (52). En revanche, l'existence d'une sanction pénale à l'encontre d'un comportement ne suffit pas, en tant que telle, à exonérer de tout caractère répressif l'acte administratif causant grief adopté en considération du même comportement. Un régime de répression administrative peut, en effet, coexister avec un système pénal traditionnel (53).

19. – Faut-il, de surcroît, avoir égard à un troisième critère de qualification, relatif, celui-là, au régime juridique qui encadre la décision individuelle ? Si ce régime s'inspire des règles du droit pénal, s'il fait place à de nombreuses garanties procédurales, à un recours de pleine juridiction, le cas échéant suspen-

(51) M. DELANGE, *op. cit.*, p. 484.

(52) Avis de la section de législation sur un avant-projet d'ordonnance «relative à la coordination des chantiers en voie publique en Région de Bruxelles-Capitale», *Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1997-1998, n° A-216/1, p. 40.

(53) Voy., notamment, H.-D. BOSLY, «L'amende administrative et le dépassement du délai raisonnable», note sous C.A., arrêt n° 148/2004, du 15 septembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 191.

sif, la décision constituerait une sanction administrative. Si tel n'était pas le cas, en revanche, la mesure en cause ne poursuivrait pas d'objectif répressif (54).

Un tel raisonnement ne peut convaincre. D'une part, l'argument repose sur la volonté de l'autorité ayant établi le régime juridique de l'acte administratif et non sur celle de l'autorité infligeant la sanction. De l'autre, il s'agit, en réalité, d'un renversement de l'ordre logique. En effet, c'est, le cas échéant, parce que la mesure en cause est une sanction administrative qu'il convient de prévoir un certain nombre de garanties, mais certainement pas l'inverse (55).

2. Les types de répression

20. – L'autorité qui établit une sanction administrative agit, on l'a relevé, dans un but dissuasif. Par la menace que constitue la sanction, elle entend préserver certaines valeurs. Celles-ci participent, tantôt à l'organisation interne de l'administration, tantôt à la préservation de l'ordre social, en général (56).

a) La répression «interne» à l'administration

21. – La répression disciplinaire tend vers un objectif précis. Il s'agit, en sanctionnant un agent qui a manqué à ses obligations, d'assurer la cohérence interne à l'administration et de sauvegarder sa crédibilité auprès des administrés (57). Cet objectif particulier se traduit, tout naturellement, par un éventail de sanctions appropriées (58), pouvant aller jusqu'à la révocation de l'agent.

(54) Voy. les conclusions de l'avocat général GOEMINNE sous Cass., 27 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 709.

(55) Un exemple de ce type de raisonnement peut être trouvé dans l'arrêt du 8 mai 2000 de la Cour de cassation (RG S.980144.F). La Cour refuse de considérer comme une peine la mesure en cause au motif, notamment, qu'elle peut s'appliquer aux personnes morales. Il s'agit donc, selon elle, d'une mesure indemnitaire.

(56) Pour une analyse similaire, voy. J. LIGOT, «De administratieve sanctie naar Belgisch recht», *T.B.P.*, 1973, pp. 3 et s.

(57) J. SAROT (dir.), *op. cit.*, p. 377; C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 1964, t. II, p. 316.

(58) A ce titre, il est permis de considérer que «les actions pénale et disciplinaire sont indépendantes l'une de l'autre» (C.E., arrêt *Brion*, n° 141.102, du 23 février 2005).

Un tel souci de cohérence et de crédibilité n'est pas propre au droit administratif. C'est ainsi que l'article 27 de la Constitution, qui garantit la liberté d'association, autorise aussi les dirigeants de toute association à mettre en œuvre un régime disciplinaire à l'égard de leurs membres (59).

22. – Une préoccupation similaire peut être identifiée dans les relations qui unissent l'autorité publique à certaines personnes physiques ou morales, impliquées à divers titres dans la gestion de la collectivité publique (60). Lorsqu'il leur est concédé la gestion d'un service public, ou lorsqu'il leur est permis d'utiliser une parcelle du domaine public, le comportement de ces particuliers doit être soumis à une discipline analogue à celle des fonctionnaires. Il faut encore avoir égard aux individus placés dans un lien de «sujétion spéciale» par rapport à une autorité publique sans qu'ils y aient marqué leur accord. Ainsi en est-il des prisonniers (61), des élèves tenus à l'obligation scolaire ou, jusqu'il y a peu encore, des miliciens.

Les liens – volontaires ou contraints – qu'entretiennent ces personnes privées avec l'autorité publique justifient que celle-ci dispose d'un pouvoir «quasi-disciplinaire» à leur encontre (62).

b) *La répression «externe» à l'administration*

23. – Dans tous les autres cas, la sanction administrative constitue un véritable «démembrement» de la répression pénale. L'intervention répressive de l'administration vise alors à punir des comportements qui sont sans lien direct avec la bonne gestion du service public ou la bonne utilisation du

(59) Voy., notamment, Projet de décret de la Communauté flamande «relatif à la pratique du sport dans les respect des impératifs de santé», Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. fl., sess. ord. 1990-1991, n° 448/1. *Adde* : Th. BOMBOIS, «De l'exception à la valorisation sportive : l'ordre juridique sportif aux prises avec le droit communautaire et étatique», in *Le sport dopé par l'Etat. Vers un droit public du sport?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 142 et s.

(60) Voy., à ce sujet, F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, 1993, pp. 158-159.

(61) Les sanctions disciplinaires prises à l'égard de détenus constituent des actes administratifs (C.E., arrêt *Naijia*, n° 131.934, du 28 mai 2004; C.E., arrêt *El Moutassim*, n° 125.552, du 20 novembre 2003).

(62) On relèvera même que dans l'arrêt *Werenne*, n° 91.595, du 13 décembre 2000, le Conseil d'Etat assimile de telles sanctions à des sanctions disciplinaires.

domaine public (63). Elle cherche à protéger l'ordre social, au sens large du terme. L'établissement de sanctions administratives et de sanctions pénales reposent, dans ce cas, sur un même objectif (64). Les différences entre leur régime juridique respectif doivent, dès lors, être particulièrement justifiées (65). Cette «dénaturation» du droit pénal poursuit essentiellement deux buts (66).

24. – Il peut, tout d'abord, s'agir de confier aux autorités administratives, en propre ou en parallèle avec une répression pénale traditionnelle, la compétence de sanctionner des irrégularités commises dans des matières particulièrement techniques, où l'on estime que l'administration est la mieux à même de maîtriser le contentieux répressif puisqu'elle assume déjà une importante fonction de régulation. On ne s'étonnera donc pas de retrouver de nombreuses sanctions administratives en matière commerciale, environnementale, fiscale ou encore sociale.

Ces matières sont fortement réglementées et très imprégnées par l'intervention administrative. Des mécanismes d'autorisation et de contrôle sont aménagés. Des taxes et des cotisations sont perçues au profit du Trésor; certains individus bénéficient de prestations sociales. La répression s'inscrit ici dans le cadre d'un système de relations organisées entre l'autorité publique et les personnes privées concernées. Elle sera qualifiée de «répression administrative externe de premier degré».

25. – La sanction administrative peut, d'autre part, intervenir comme un tempérament à la dépénalisation – totale ou

(63) Ce n'est pas à dire pour autant qu'un même comportement ne puisse faire l'objet de deux sanctions; l'une disciplinaire, au sein d'un ordre professionnel par exemple, l'autre «administrative» (Cass., 12 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 21).

(64) Voy., dans le même sens, J. LIGOT, *op. cit.*, p. 7; A. ALEN, «Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie», in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 371.

(65) Si, lorsque le législateur estime que certains manquements à des obligations légales doivent faire l'objet d'une répression, il lui revient d'opter entre le régime pénal et le régime de la répression administrative, la différence de traitement qui pourrait en résulter ne peut toutefois s'avérer discriminatoire (voy., notamment, C.A., arrêt n° 153/2001, du 28 novembre 2001). Il en est encore plus ainsi lorsqu'un même comportement est passible d'une sanction pénale et d'une sanction administrative.

(66) Voy., notamment, F. KRENC, «La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme», in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration* (à paraître); A. DE NAUW, *op. cit.*, pp. 7-43; A. ALEN, *op. cit.*, p. 373.

partielle – de certains comportements beaucoup plus triviaux. Ce qui relevait, jusqu'à présent, exclusivement du droit pénal est désormais considéré comme une infraction «mineure», contre laquelle la sanction administrative constitue une arme de répression et de dissuasion plus efficace, voire plus proportionnée. Ces infractions sont, tantôt complètement (67), tantôt partiellement (68), dépénalisées. L'exemple le plus frappant d'une telle approche consiste dans l'émergence des sanctions administratives communales. Ces mesures seront regroupées sous le qualificatif de «*répression administrative externe de second degré*».

C. – *L'instrument de la répression :
un acte administratif individuel*

1. *Un acte administratif*

26. – Par définition, la sanction administrative est celle qui n'est pas prononcée par un juge, mais bien par un organe de l'administration active. On exclura donc de la définition toutes les mesures qui sont prononcées par une juridiction, soit d'office, soit à la demande de l'administration. Cette caractéristique organique est à coup sûr un trait caractéristique de la notion. Cependant, le fonctionnement des recours amène dans certains cas le juge à se substituer à l'administration active pour prononcer une sanction qui n'en demeure pas moins administrative dans son principe (69).

Quel que soit le jugement que l'on pose sur leur finalité – répressive, réparatrice, de police, ou opérationnelle –, nous devons donc écarter de notre analyse les mesures de réparation civile en matière d'urbanisme, ainsi que la remise en état et les autres mesures similaires prévues dans bon nombre de législations environnementales en tant que mesures judiciaires (70). Il en va de même de l'expropriation qui «sanctionne» quelque-

(67) Voy., par exemple, l'article 119bis de la Nouvelle loi communale.

(68) En ce sens que la répression administrative et la répression pénale répriment une même infraction.

(69) Voy., sur ce point, *infra*, la contribution de H. SIMONART et C. MOLITOR.

(70) Voy., par exemple, en matière de conservation de la nature, l'article 62 de la loi du 12 juillet 1973, ou, en matière d'eau, l'article D410 du Code (wallon) de l'eau. Voy. *infra*, la contribution de F. HAUMONT et C. THIEBAUT.

fois la négligence d'un propriétaire (71), du recouvrement de l'indu (72), ou encore de l'action récursoire contre un fonctionnaire dont la faute a engagé la responsabilité civile de la personne publique qui l'emploie (73).

Pourtant, on sait que la portée de l'intervention du juge dans ces divers cas soulève de délicats problèmes. Le juge contrôle la légalité des demandes qui lui sont soumises, mais il n'apprécie pas, ou pas pleinement, l'opportunité de la mesure que l'administration lui demande d'ordonner (74). La procédure judiciaire permettra certes à l'intéressé de s'expliquer, mais à un stade où certains éléments sont irréversiblement acquis par le fait même du dépôt de la demande en justice (75). Faisant application d'une sorte de théorie de l'acte détachable, certains arrêts du Conseil d'Etat considèrent d'ailleurs comme recevables les recours en annulation dirigés contre des décisions d'agir en justice (76).

Le droit des sanctions administratives devrait sans doute s'enrichir d'un volet consacré à ce qu'on pourrait peut-être appeler les «condamnations administratives».

27. – Par ailleurs, la catégorie des sanctions administratives ne vise que les décisions adoptées par des organes de l'admini-

(71) Ainsi, en région wallonne, le propriétaire d'un site d'activité économique à réhabiliter se voit exposer à l'expropriation lorsqu'il ne réalise pas le plan de réhabilitation qu'il s'était engagé à suivre (article 169/6 du CWATUP, renvoyant à l'article 169/3).

(72) A moins qu'on ne se trouve dans un cas où la législation autorise l'administration à agir directement par voie de contrainte, comme, par exemple, pour le remboursement de subventions mal utilisées, prévu par l'article 57 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat, ou par la voie de prélèvements sur des prestations sociales, comme prévu à l'article 1410, §4, du Code judiciaire.

(73) Loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, article 5, alinéa 2.

(74) Sur le principe et les limites du contrôle de juge en matière de répétition de l'indu, voy. l'arrêt de la Cour d'arbitrage, n° 207/2004, du 21 décembre 2004, point B.8.

(75) Ainsi, dans le cas de l'action récursoire prévue par l'article 5, alinéa 2, de la loi précitée du 10 février 2003, le juge saisi d'une demande de réparation intégrale n'est pas habilité à apprécier s'il n'eût pas été préférable que l'administration renonce au moins partiellement à pareil recouvrement. Voy. D. DÉOM, «La responsabilité des fonctionnaires : une page se tourne», *Rev. dr. com.*, 2003/3, pp. 8 et s.

(76) En ce sens, voy. C.E., arrêt *Doyen*, n° 127 291, du 21 janvier 2004, qui admet la recevabilité du recours en annulation dirigé contre la décision de ne pas renoncer au recouvrement de l'indu. Le Conseil d'Etat considère que, si l'appréciation de l'existence de l'indu n'appartient qu'aux juridictions judiciaires (en l'espèce le tribunal du travail), en revanche la décision de ne pas renoncer au recouvrement est susceptible de recours en annulation. En l'espèce, il s'agissait d'un recouvrement par compensation sur la pension de retraite revenant à la requérante, et non par voie d'action judiciaire. Mais cette considération ne semble pas décisive dans les motifs de l'arrêt.

nistration dans l'exercice de leurs fonctions administratives proprement dites. Celles qu'ils prennent en qualité de juridiction administrative y sont étrangères, et relèvent plutôt de ce que nous venons de baptiser «condamnations administratives». La délimitation des deux sphères manque parfois de clarté, surtout lorsqu'il s'agit de distinguer les recours administratifs internes des recours devant une juridiction administrative. Par exemple, s'il est évident que le collège provincial statue en tant que juridiction dans le cadre du contentieux électoral communal, la qualification de ses attributions dans d'autres domaines peut soulever des hésitations (77).

Il faut encore écarter en principe du concept de sanction administrative tous les actes adoptés par une autorité parlementaire : la Cour des Comptes, les médiateurs parlementaires, la Commission de contrôle des dépenses électorales, et les assemblées parlementaires elles-mêmes. Néanmoins, on sait que l'évolution générale va dans le sens d'une extension des garanties du droit administratif à certains types d'actes émanant de telles institutions (78). Il en va de même des mesures émanant d'un organe du pouvoir judiciaire, même s'il n'agit pas dans l'exercice de missions juridictionnelles (79).

Enfin, il va de soi qu'une personne de droit privé ne saurait adopter de sanction administrative. On peut hésiter lorsqu'il s'agit de personnes investies d'un service public fonctionnel, comme les institutions d'enseignement libre. Jusqu'à présent, les mesures disciplinaires émanant de telles institutions sont cependant considérées comme étrangères à la notion de sanction administrative, parce qu'elles relèvent du champ contractuel (80). Ceci nous amène au point suivant.

(77) Voy., par exemple, à propos des décisions prises sur recours contre des mesures disciplinaires, sur base de l'article 22 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, C.E., arrêt *Jaumotte*, n° 43.823, du 14 juillet 1993.

(78) En particulier les actes relatifs aux membres de leur personnel et aux marchés publics, lesquels relèvent désormais de la compétence du Conseil d'Etat. Voy., entre autres, l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 17/2004, du 29 janvier 2004, étendant à ces actes l'obligation de motivation formelle.

(79) On pense par exemple au retrait de permis de conduire qui peut être décidé par le Procureur du Roi (article 55 des lois coordonnées du 16 mars 1968 sur la police de la circulation routière).

(80) C.E., arrêt *Promavil*, n° 76.596, du 17 novembre 1998; C.E., arrêt *De Grande*, n° 77.445, du 8 décembre 1998; plus récemment, C.E., arrêt *Gillet*, n° 147.376, du 6 juillet 2005.

2. Un acte unilatéral

28. – La sanction administrative constitue l'une des manifestations de la puissance publique. Elle est adoptée par l'autorité administrative *iure imperii*. Sont donc à écarter de la définition, les mesures adoptées sur demande, ainsi que celles qui empruntent les voies du droit civil et/ou revêtent un caractère contractuel.

A cet égard, il est raisonnable de calquer la définition de l'acte unilatéral sur la jurisprudence définissant les actes administratifs susceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Tous les actes contractuels proprement dits sont étrangers à la compétence de la Haute juridiction administrative (81). Mais la décision de conclure un contrat, et, depuis quelques années, la décision de ne pas le renouveler (82), sont considérées comme des actes unilatéraux détachables de ce dernier. En revanche, on englobe dans le champ contractuel les décisions de résiliation d'un contrat (83) ou d'un marché public, les autres mesures d'office prévues par la réglementation (84), ainsi que les «pénalités» et «sanctions complémentaires» qui peuvent être décidées par le pouvoir adjudicateur en cas de manquements (85). De même que les

(81) Notamment, la transaction prévue en matière d'urbanisme : C.E., arrêt *Van Hauwaert*, n° 33.133, du 5 octobre 1989.

(82) C.E., arrêt *De Moor*, n° 78.744, du 15 février 1999 ; C.E., arrêt *Van Dongen*, n° 83.360, du 9 novembre 1999 ; C.E., arrêt *Vanden Hole*, n° 146.472, du 23 juin 2005.

(83) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 184 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 183 à 189 et pp. 408 à 413 ; voy. C.E., arrêt *s.a. La désinfection intégrale*, n° 42.391, du 24 mars 1993 ; C.E., arrêt *s.a. Brufort*, n° 74.513, du 24 juin 1998. Sans doute pourrait-on distinguer selon que cette faculté de résiliation est mise en œuvre en tant que prérogative de puissance publique ou dans le contexte normal de relations contractuelles, seul le second cas devant être considéré comme étranger à la compétence du Conseil d'Etat. A notre connaissance, il n'y a cependant pas de jurisprudence éclairante en ce sens. Voy., à ce sujet, D. DE ROY, «Être ou ne pas être... autorité administrative», *Rev. dr. comm.*, 2002/2, pp. 207-208.

(84) Principalement la conclusion, avec un entrepreneur tiers, d'un «marché pour compte» dont le coût incombera à l'entrepreneur défaillant : voy. l'article 20 de l'annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 (cahier général des charges). Le Conseil d'Etat considère que la décision de conclure un tel marché échappe à sa compétence, parce qu'il s'agit d'une sanction de nature contractuelle à l'égard de l'entrepreneur initial (C.E., arrêt *b.v.b.a. Enkels Henri*, n° 53.476, du 31 mai 1995 ; C.E., arrêt *s.a. Endeta*, n° 67.518, du 15 juillet 1997 ; C.E., arrêt *s.a. Abatir*, n° 149.093, du 20 septembre 2005). En revanche, la décision d'attribution du marché pour compte est, comme toute autre décision d'attribution de marché, un acte détachable susceptible de recours (C.E., arrêt *s.a. Systemat Sud*, n° 162.776, du 27 septembre 2006).

(85) Pour les entrepreneurs de travaux, il s'agit de les exclure de l'agrégation ; dans ce cas, il est renvoyé à la législation sur cette matière, législation qui organise clairement le

«sanctions» pouvant assortir les manquements au contrat de gestion qui lie l'Etat ou la région à leurs entreprises publiques (86).

29. – Cette conclusion s'impose avec clarté au niveau de la définition théorique. Elle amène pourtant à des résultats qui peuvent laisser perplexe.

Ainsi, la décision de licencier un travailleur sous contrat de travail en raison d'une faute grave ne constitue pas une sanction administrative, alors qu'il s'agit manifestement d'un acte adopté par la même autorité, dans le même but et en raison des mêmes motifs que la révocation qui serait infligée dans le même cas à un agent sous statut. Pourtant, la prérogative de licenciement ne constitue pas la mise en œuvre d'une clause contractuelle, mais bien l'application d'une disposition légale impérative.

Un constat du même ordre peut être opéré à propos des décisions de résiliation de concessions domaniales (87), à comparer avec le retrait d'autorisations domaniales, ainsi qu'à propos du retrait de subventions ou d'autres avantages accordés par la voie contractuelle (88). Les «sanctions» appliquées par des services publics à leurs usagers défaillants seront englobées ou non dans la notion de sanction administrative, selon que la relation juridique qui les unit est considérée comme réglementaire (89) ou comme contractuelle.

Il existe cependant un certain nombre de situations dans lesquelles on admet d'identifier, dans une relation de nature contractuelle, des prérogatives regardées comme de véritables actes unilatéraux. Tel est le cas lorsqu'une institution d'enseignement libre délivre (et surtout refuse de délivrer) un

retrait d'agrément comme une sanction administrative. Pour les fournisseurs et prestataires de services, le pouvoir adjudicateur peut décider de les exclure de ses propres marchés pour une durée déterminée.

(86) Voy., par exemple, l'article D.354, §4, du Code de l'eau.

(87) Voy., dans le sens du rejet de l'obligation de motivation formelle, J.P. Mouscron, 29 septembre 1997, *J.J.P.*, 2000, p. 23.

(88) C.E., arrêt *a.s.b.l. Une maison en plus*, n° 145.763, du 9 juin 2005.

(89) D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, n° 267 et s. La thèse réglementaire est loin de décliner dans la jurisprudence récente : voy., notamment, Liège, 5 mai 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13491; Anvers, 6 novembre 2000, *D.C.C.R.*, 2001, p. 415; civ. Mons, 29 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1542; Cass., 4 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1510.

diplôme à un de ses étudiants, auxquels elle est pourtant liée par une relation contractuelle : la délivrance du diplôme est considérée comme un acte qui produit des effets de droit à l'égard des tiers (90). De même, le Conseil d'Etat a admis qu'un acte posé dans le cours de l'exécution d'un contrat pouvait s'analyser comme un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation de la part de tiers au contrat, à tout le moins lorsque ces derniers pouvaient se prévaloir de dispositions réglementaires et pas uniquement de clauses du marché (91). Certes, dans ces deux hypothèses, l'acte unilatéral a été reconnu comme tel parce qu'il intéressait les tiers. Cette jurisprudence témoigne cependant des virtualités encore ouvertes dans la théorie de l'acte détachable.

Quoiqu'il en soit, l'écart entre le luxe de garanties juridiques qui assortit les « vraies » sanctions administratives et le silence juridique entourant leurs cousines contractuelles interpelle. Sans même mettre en cause le régime contentieux distinct qui leur est réservé (92), ne faut-il pas admettre que certaines exigences caractérisant le régime juridique des actes unilatéraux en général et des sanctions administratives en particulier doivent, au risque de discriminations injustifiables, être étendues aux sanctions contractuelles ? La question s'est par exemple posée à propos de la motivation formelle des décisions de licenciement des travailleurs sous contrat (93).

(90) D. DÉOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », *A.P.T.*, 2004/2, pp. 95 ; et s. Des sanctions adoptées en relation directe avec cette prérogative (par exemple l'ajournement d'un étudiant en raison d'une tricherie) pourraient sans doute recevoir la même qualification.

(91) C.E., arrêt *Watco*, n° 142.998, du 12 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 622, obs. D. LAGASSE.

(92) On peut en effet estimer que les actes posés unilatéralement par l'administration dans le cadre de relations contractuelles ne doivent être soustraits à la compétence du Conseil d'Etat qu'en raison du monopole du pouvoir judiciaire sur le contentieux des droits subjectifs. Voy. D. LAGASSE, « La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse ? », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 12 et s.

(93) Voy., à ce sujet, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruges, La Charte, 2005, spécialement les rapports de X. DELGRANGE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », n° 31, de P. BOUCQUEY, « La motivation formelle en matière de fonction publique », n° 6. Voy. aussi M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 309 et s., spéc. pp. 340 à 381.

3. *Un acte individuel*

30. — Cet aspect de la définition soulève à première vue moins de difficultés. Même lorsqu'ils produisent un effet défavorable, la loi ou le règlement ne peuvent instaurer par eux-mêmes des sanctions administratives. L'accroissement fiscal, la privation d'avantages ou les obligations de toutes sortes imposés par la voie normative à une catégorie déterminée de personnes, ne constituent pas des sanctions administratives, même s'ils sont inspirés par un souci de dissuasion qui est voisin de l'intention de punir.

Il y a, à vrai dire, une difficulté conceptuelle à considérer qu'une norme pourrait être inspirée par une finalité répressive proprement dite. Notre conception de la sanction implique de manière très fondamentale l'idée d'une responsabilité individuelle, et donc d'un comportement personnel assorti d'une punition singulière. C'est pourquoi on considère que, lorsqu'une règle instaure un mécanisme de répression, elle ne fait qu'établir le régime que des instances soit juridictionnelles, soit administratives, seront chargées de mettre en œuvre par la voie de décisions individuelles. Le passage par la décision individuelle offre une double garantie : d'une part, la réalité des faits qui justifient la sanction sera constatée, et, d'autre part, la décision de punir sera, en principe, adoptée en tenant compte des circonstances particulières.

Il convient donc de distinguer des sanctions administratives proprement dites, les décisions par lesquelles l'administration se borne à constater, en dehors de toute intention répressive, que les conditions fixées par une réglementation sont remplies, ou non, et à en tirer la conséquence, par hypothèse défavorable. Comme nous le verrons plus loin, cette distinction s'avère cependant, à l'analyse, d'une grande difficulté.

4. *Un acte faisant grief*

31. — La sanction administrative ne peut être qu'un acte qui emporte un effet défavorable pour son destinataire. Cette vérité aux allures de pléonasme peut être approfondie sur deux plans.

D'une part (a), on évoque la diversité des mesures prévues à titre de sanctions administratives. D'autre part (b), on écarte un certain nombre de situations dans lesquelles l'acte administratif n'est pas réellement à l'origine de l'effet défavorable qu'il produit, de sorte qu'il échappe à la gamme des actes pouvant être analysés comme des sanctions.

a) *Analyse de l'effet défavorable*

1° *Amendes et autres atteintes au patrimoine*

32. – L'amende administrative est le prototype de la sanction administrative. Atteinte patrimoniale directe, elle manifeste clairement sa nature répressive et son appellation même en témoigne.

D'autres obligations de nature pécuniaire peuvent être considérées comme sanctions administratives, encore que leur finalité répressive ou réparatrice puisse être discutée (94). Il en va principalement ainsi des majorations auxquelles s'exposent les contrevenants à la législation fiscale.

En matière d'environnement, il existe également des obligations en nature touchant à la remise en état des lieux. L'administration peut se voir habilitée à ordonner cette obligation en nature en raison de manquements constatés préalablement. Parfois, elle peut ordonner de constituer une sûreté pour garantir la réhabilitation d'un site. On citera également les dispositions wallonnes qui, sous l'intitulé «Sanctions administratives», prévoient qu'en cas d'infraction au décret sur les déchets, le gouvernement régional peut charger une société publique d'une mission de remise en état des lieux, mission qui s'effectuera sur le bien du contrevenant et aux frais de ce dernier (95). Certes, la nature même de ce type de mesure lui assigne plutôt une finalité réparatrice que répressive (96). Néanmoins, il ne s'agit

(94) Voy. *infra*.

(95) Articles 39 et 47 du décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets. Le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement prévoit le même mécanisme en son article 74. Dans les deux cas, les mêmes dispositions peuvent être prises en l'absence d'infraction, au titre de mesures de police (article 43 du décret du 27 juin 1996 sur les déchets et article 71 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement).

(96) Voy. *infra*, deuxième partie.

pas de la réparation du préjudice subi par une victime ni même par l'administration, mais bien de la réparation d'un préjudice collectif, qui se distingue moins nettement d'une pénalité.

On pourrait encore imaginer que certains dispositifs, habituellement rattachés à des polices administratives spéciales, soient utilisés comme sanctions administratives. Par exemple, il pourrait être prévu que celui qui se rend coupable de certaines infractions environnementales ne pourra plus faire un certain usage de son bien que moyennant une autorisation qui n'est normalement pas requise. Nous n'avons cependant pas trouvé d'exemple de cette technique en droit positif.

Parfois, les obligations patrimoniales imposées se heurtent aux dispositions constitutionnelles qui protègent la propriété foncière. Par exemple, le Code wallon de l'urbanisme, de l'aménagement du territoire et du patrimoine prévoyait une procédure de vente forcée des immeubles reconnus comme sites d'activité économique désaffecté, en cas d'inertie du propriétaire. La Cour d'arbitrage a estimé que cette disposition constituait une expropriation déguisée et qu'elle ne pouvait donc être réglée par le législateur régional sans empiéter sur la compétence fédérale concernant la procédure d'expropriation (97).

La confiscation de biens mobiliers pourrait être prévue à titre de sanction administrative. En revanche, la réquisition tant de meubles que d'immeubles se définit comme une mesure dictée par la nécessité publique et ne paraît pas susceptible d'être organisée comme sanction, même lorsqu'elle intervient à défaut de coopération volontaire des propriétaires concernés (98).

(97) C.A., arrêt n° 9/97, du 5 mars 1997.

(98) Comme, par exemple, dans le cadre de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, qui permet certaines réquisitions de biens et de personnes en cas de grève dans des secteurs vitaux de l'économie. Sur la notion de réquisition, voy., notamment, T. CEDER, «Les pouvoirs de réquisition du bourgmestre», *Rev. dr. comm.*, 2006/4, p. 3, et les réf. citées. Parfois, comme dans le cadre du Code wallon du logement, le législateur a choisi d'organiser la «réquisition» des immeubles inoccupés en aménageant successivement une phase amiable, puis une phase judiciaire se déroulant devant le juge de paix.

2° *Atteintes à la liberté de commerce et d'industrie et/ou au droit au travail*

33. — Les exemples de cette catégorie de sanctions foisonnent.

Un grand nombre d'activités économiques et, plus largement, d'activités professionnelles, sont soumises à des régimes de police spéciale qui les soumettent à autorisation, agrément ou licence, ou encore qui subordonnent leur exercice à la détention d'attestations en tout genre. Ces régimes peuvent avoir des buts divers, tantôt traditionnellement liés à la sécurité ou à la salubrité, tantôt consuméristes, tantôt écologiques : il peut s'agir de garantir la sécurité des installations, d'assurer la compétence, l'honorabilité ou la solvabilité des professionnels, de minimiser les nuisances environnementales, d'imposer une qualité minimale de service, etc.

La plupart des législations considérées permettent à l'autorité de sanctionner des manquements en utilisant ces leviers. Lorsque l'exploitant manque à certaines obligations, l'administration se voit habilitée à refuser, retirer ou ne pas renouveler les autorisations ou attestations requises. On verra plus loin que, dans ce registre, la définition de la sanction soulève de délicats problèmes, car il n'est pas facile de distinguer les mesures reposant sur une finalité répressive de celles qui traduisent simplement la finalité intrinsèque de la réglementation appliquée. Les dispositions de l'article 119*bis* de la Nouvelle loi communale ne clarifient guère le débat en inscrivant en tout état de cause parmi les sanctions administratives «*la suspension administrative d'une autorisation ou permission délivrée par la commune*» ainsi que «*le retrait administratif d'une autorisation ou permission délivrée par la commune*» (99).

Au-delà des régimes d'autorisation, il faut mentionner dans la gamme des sanctions administratives l'ordre de cessation

(99) Ces mesures demeurent-elles possibles, comme on l'admet traditionnellement en raison de la théorie de l'acte contraire, à défaut de règlement communal sur les sanctions administratives ? Quel est le rapport entre l'article 119*bis* et les législations spéciales qui confient aux autorités communales la compétence de délivrer des autorisations et permis ? La compétence confiée au collège communal pour l'adoption de ces mesures fait-elle obstacle à celle du bourgmestre pour décider des mêmes mesures au titre de la police administrative ?

d'une activité ou l'ordre de fermeture pur et simple d'un établissement – ordre généralement, mais pas toujours, limité à une portée temporaire –. Ces mesures se distinguent du retrait d'autorisation par leur portée juridique directe : elles comportent une injonction plus immédiate dans ses effets et ils peuvent s'assortir de l'apposition des scellés. La fermeture d'établissements est, par exemple, prévue par la législation relative au permis d'environnement (100) et par la Nouvelle loi communale (101). Mais ces actes n'ont pas toujours la nature d'une sanction, ils peuvent se borner à concrétiser une interdiction légale préexistante ou reposer sur des préoccupations préventives (102).

Dans ces divers cas, on note que l'effet défavorable de la sanction a des répercussions directes sur des personnes étrangères à l'infraction commise. Il s'agit des travailleurs occupés dans l'établissement ainsi que des clients (103) et fournisseurs de l'entreprise concernée.

3° *Atteintes à des libertés publiques*

34. – Les sanctions qui portent atteinte à des droits fondamentaux sont bien évidemment plus rares que celles que nous venons d'évoquer.

Malgré la protection constitutionnelle qui entoure les mesures de privation de liberté, on sait que les arrestations administratives sont admises en tant que mesures de police (104); à ce titre, elles doivent répondre à une finalité de maintien de l'ordre et non à une finalité répressive. Certaines hypothèses sont cependant à la limite des deux catégories. On citera, par exemple, l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 sur la répression de l'ivresse, qui prévoit d'écrouer celui qui, trouvé en état

(100) En Région wallonne, article 74, § 1^{er}, 1° et 2°, du décret du 11 mars 1999.

(101) Article 119bis, § 2, al. 2, 4°.

(102) Voy., *infra*.

(103) Les ordres de fermeture de maisons de repos pour personnes âgées, par exemple, défraient occasionnellement la chronique en raison des lourds effets qu'ils impliquent pour les pensionnaires.

(104) Les articles 31 et 34 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police définissent les conditions auxquelles une telle arrestation, d'une durée maximale de douze heures, peut avoir lieu. On y vise, entre autres, le cas où une personne «*perturbait effectivement la tranquillité publique*» et celui où une personne «*faisait obstacle à la mission d'assurer la liberté de la circulation*».

d'ivresse dans un lieu public, et pénalement punissable à ce titre, «*occasionne du désordre, du scandale ou du danger pour autrui ou pour lui-même*».

On notera, par ailleurs, que les mesures disciplinaires adoptées à l'encontre de détenus ou de militaires peuvent, elles aussi, emporter une privation de liberté – ou un régime de privation plus contraignant – sans qu'elles ne tombent sous le coup de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution (105).

La loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matchs de football constitue un exemple important et unique de sanction administrative portant atteinte à la liberté d'aller et venir. Elle permet en effet aux autorités administratives de prononcer à charge des supporters violents une interdiction de stade d'une durée maximale de cinq ans. On note que la Nouvelle loi communale n'autorise pas les communes à prévoir des sanctions de cette nature, fût-ce même pour exclure les contrevenants de l'accès aux infrastructures communales dans lesquelles ils ont commis les actes répréhensibles.

La liberté individuelle est encore affectée, dans une certaine mesure, par la capacité reconnue aux autorités publiques de procéder à la réquisition de personnes lorsque la nécessité publique l'exige (106). Toutefois, comme en ce qui concerne la réquisition de biens, cette mesure est par nature étrangère à la notion de sanction administrative.

4° Atteintes aux droits politiques

35. – Parfois, les sanctions administratives prennent la forme de restrictions aux droits politiques. Certes, en règle générale, l'inéligibilité et la déchéance du droit de vote sont des mesures relevant de la compétence du juge pénal. Mais la révocation d'un mandat politique d'échevin ou de bourgmestre peut être prononcée à titre de sanction disciplinaire.

On épinglera également l'article L 1122-7, §4, du Code wallon de la décentralisation et de la démocratie locale, qui permet au gouvernement régional de déchoir de son mandat un

(105) Voy. *infra*.

(106) T. CEDER, *op. cit.*

conseiller communal qui a enfreint les obligations relatives à la déclaration des mandats et des revenus; cette déchéance s'assortit d'une inéligibilité. A la différence de la déchéance constatée en raison de la perte d'une condition d'éligibilité (article L 1122-5), il s'agit bien ici d'une mesure destinée à sanctionner un manquement (107).

5° Refus ou retrait d'avantages

36. – Bon nombre de sanctions administratives prennent la forme de refus ou de retrait d'avantages accordés par l'autorité elle-même.

Le vaste domaine des subventions en offre de nombreux exemples. Les subventions de fonctionnement d'une école, par exemple, peuvent être suspendues en totalité si celle-ci ne respecte pas les prescriptions relatives à la gratuité de l'enseignement (108). Le taux de subvention octroyé au propriétaire d'un bâtiment classé diminue s'il ne respecte pas l'obligation qui lui est faite de maintenir son bien en bon état (109). Les «honoraires et forfaits» dus à un hôpital peuvent être diminués de 10 % si l'institution ne respecte pas les règles de programmation de certains appareils (110). Ces hypothèses ne se confondent pas avec celles dans lesquelles des subventions doivent être récupérées parce qu'elles n'ont pas été utilisées aux fins prévues : dans ce cas, la décision de recouvrement est plus éloignée, *a priori*, d'une finalité répressive. Elles doivent aussi être distinguées des cas dans lesquels, simplement, l'infraction fait entrer le bénéficiaire dans une catégorie soumise à un régime normatif moins avantageux.

Dans le même ordre d'idées, on peut évoquer le retrait d'une autorisation domaniale, ainsi que le refus ou le retrait d'un agrément qui manifeste une vocation à intervenir de manière

(107) Sur les problèmes que soulève la qualification de cette déchéance comme sanction disciplinaire, voy. notre étude, «Du neuf pour les communes et provinces wallonnes, ou Quand la Nouvelle loi communale devint l'ancienne», *Rev. b. dr. const.*, 2006, p. 65.

(108) Décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, article 101. Le texte prévoit cette mesure extrême en cas de refus de l'établissement de rembourser (aux élèves) le minerval irrégulièrement perçu.

(109) Article 211 du CWATUP.

(110) Voy. C.A., arrêt n° 139/2006, du 14 septembre 2006.

privilegiée dans la réalisation de missions d'intérêt public : l'agrément comme entrepreneur de travaux, comme organisme d'adoption, comme auto-école, comme contrôleur d'installations techniques, comme société de logement social, etc. Il ne s'agit plus d'atteintes à la liberté d'entreprendre – atteintes qui relèvent de ce que nous avons appelé la répression «externe» –, mais bien de la privation d'avantages liés à un statut particulier – on se trouve ici dans le registre de la répression «interne» –. L'identification de l'intention répressive proprement dite y rencontre les mêmes difficultés (111).

6° *Exclusion de l'accès à des services publics*

37. – Une autre forme de sanction consiste à écarter une personne du bénéfice d'un service public dont les prestations sont normalement ouvertes à tous ceux qui remplissent les conditions prévues pour y accéder.

L'exclusion scolaire, appliquée par les établissements d'enseignement officiel, en constitue l'exemple le plus clair (112). Elle pourrait trouver des équivalents pour d'autres infrastructures publiques, par exemple en matière de transports publics. Dans ce genre d'hypothèse, la sanction pourrait trouver sa source dans de simples règlements d'ordre intérieur ou des conditions générales de prestation du service.

Nous rangerions aussi dans cette catégorie la suspension du droit aux allocations de chômage ou autres prestations sociales, ainsi que les mesures qui peuvent frapper les prestataires de soins en les écartant du régime de remboursement de leurs prestations par l'assurance soins de santé (113). Contrairement aux subventions ou «avantages» particuliers visés au point précédent, ces prestations ne matérialisent pas le statut juridiquement privilégié de leur bénéficiaires; leur octroi constitue une prestation de service public.

(111) Voy. *infra*.

(112) Décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, articles 81 et 89.

(113) Voy., à ce sujet, *infra*, la contribution de S. GILSON et P.-P. VAN GEUCHTEN.

7° *Sanctions disciplinaires des fonctionnaires*

38. – Enfin, on mentionnera spécifiquement les sanctions disciplinaires propres aux agents sous statut. Par définition, ces sanctions frappent le fonctionnaire dans sa carrière et elles ne coïncident donc pas avec celles qui peuvent être prévues dans d'autres contextes.

b) *Analyse du lien entre l'acte administratif et l'effet défavorable*

39. – Il n'y a de sanction administrative que lorsque l'acte administratif est réellement à l'origine de l'effet défavorable frappant le destinataire de la sanction. Comme dans le cadre du contentieux objectif, il semble donc judicieux de considérer que seuls répondent à l'appellation de sanction administrative les actes faisant grief. On peut se référer, pour la définition de cette notion, à l'abondante jurisprudence du Conseil d'Etat (114). Celle-ci exclut du recours en annulation les actes préparatoires, les avis et propositions, les proclamations d'intention, les simples constats (115), les avertissements et mises en demeure (116), les actes matériels, les actes récongnitifs ou confirmatifs, etc. Aucun de ces actes ne produit par lui-même d'effets juridiques.

Dans le domaine disciplinaire, la question est cependant plus complexe. On sait que les mesures d'ordre intérieur sont considérées comme des actes non susceptibles de recours, au motif qu'elles ne produisent pas d'effets juridiques dépassant la sphère de l'organisation intérieure de l'administration ou du service public. Cette vision des choses aboutit à rejeter dans une sphère de non droit une série de décisions dont l'impact n'est pas nécessairement mineur, que ce soit dans le domaine de la fonction publique, dans l'institution scolaire

(114) J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 264 et s.; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, 1996, pp. 202 et s.; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, pp. 294 et s.

(115) Comme un procès-verbal d'infraction urbanistique : C.E., arrêt *Geurten*, n° 127.066, du 13 janvier 2004.

(116) Voy., par exemple, à propos d'une mise en demeure portant sur le remboursement d'une subvention, C.E., arrêt *a.s.b.l. Onderwijs inrichtingen van de zusters voor de voorzienigheid en van de onbevleete ontvangers in Noord-Belgie*, n° 20.838, du 23 décembre 1980.

ou dans l'univers pénitentiaire. La jurisprudence a dès lors fortement évolué dans la définition du seuil à partir duquel un acte cesse de constituer une mesure d'ordre intérieur pour entrer dans la catégorie des actes administratifs proprement dits. Au-delà de l'analyse des effets, la haute juridiction administrative entre ici dans l'interprétation des motifs et donc dans la qualification de l'intention qui anime l'autorité (117).

On soulignera encore que le silence ou l'abstention de l'administration, même assortis d'effets défavorables, ne constituent de véritables actes juridiques que s'il existe une obligation de statuer. La jurisprudence écarte donc le plus souvent (118) les recours contre l'abstention de mettre en œuvre une pure faculté : par exemple, le défaut d'octroi d'une dérogation, l'abstention d'intervenir au titre de la tutelle ou de la police administrative, le refus d'une subvention qui n'est prévue par aucune réglementation. Ces abstentions peuvent le cas échéant être fautives, mais elles ne constituent pas des actes administratifs. Appliqué au domaine des sanctions administratives, ceci signifie que le droit administratif ne reconnaît pas l'existence de sanctions tacites. Ce constat laisse sans recours, du moins au contentieux objectif, les personnes que l'autorité sanctionnerait en leur refusant le bénéfice d'avantages purement facultatifs. On peut penser que, comme à propos des mesures d'ordre intérieur, l'existence de motifs répressifs serait cependant de nature à infléchir la qualification de ces décisions.

Enfin, on doit s'interroger sur la nature des actes qui manifestent l'exercice d'une compétence entièrement liée. Une partie de la jurisprudence du Conseil d'Etat considère que le recours contre un tel acte est irrecevable, non en raison de la nature de l'acte attaqué, mais en raison du défaut d'intérêt. En cas d'annulation, l'administration serait tenue de reprendre une décision en tous points identique; le requérant ne retirerait donc

(117) Voy., *supra*, n° 16 et *infra*, n° 42. Pour un exemple en matière de discipline pénitentiaire, voy. C.E., arrêt *El Amrani*, n° 147.592, du 12 juillet 2005.

(118) Sauf si certains éléments amènent à considérer que l'administration était tenue de statuer. L'existence d'un recours administratif contre le refus est interprété en ce sens. *Contra* : voy. C.E., arrêt *Santini*, n° 149.338, du 23 septembre 2005, qui considère comme recevable le recours contre le refus de remettre un accroissement d'impôt.

aucun avantage de l'annulation (119). Dans ce cas, même une illégalité flagrante touchant, par exemple, à la compétence de l'auteur de l'acte, ne permet pas d'obtenir l'annulation de ce dernier. Faut-il conclure qu'il n'y a pas de sanction administrative annulable lorsque la compétence de l'administration est entièrement liée? Nous aurions tendance à raisonner à l'inverse, en disant que lorsqu'une norme aménage un régime de répression administrative, il ne peut être question de compétence entièrement liée : l'administration est toujours, à tout le moins, obligée de porter une appréciation sur la réalité des faits, sur leur imputabilité, voire sur l'existence d'éventuelles causes de justification.

II. – LES CONTOURS DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

40. – Comment identifier la sanction administrative dans la masse des actes administratifs faisant grief? Dès lors que l'acte considéré n'a pas pour motif le comportement irrégulier de son destinataire ou n'a pas pour objectif de sanctionner ce dernier, il ne participe pas à la mission répressive de l'administration. En évoquant certains types d'actes administratifs qui peuvent prêter à confusion avec la sanction administrative, on tente de mieux définir les contours de cette dernière (120).

A. – L'exercice de prérogatives fondées sur un motif d'utilité publique ou sur les exigences du bon fonctionnement du service public

41. – Dans une série de domaines, un acte administratif individuel peut porter atteinte aux intérêts ou aux droits d'un individu sans que l'autorité administrative n'ait à se fonder sur une obligation particulière de l'administré, ni *a fortiori* sur la violation d'une obligation par celui-ci. Dans ce cas, l'autorité agit uniquement dans un but d'utilité publique.

(119) J. SALMON, *op. cit.*, p. 312. M. LEROY (*op. cit.*, p. 351) critique cette jurisprudence et la dit «clairsemée». Pour un exemple récent, en matière de fonction publique, voy. C.E., arrêt *Brouillard*, n° 119.261, du 12 mai 2003.

(120) Pour une approche analogue, voy. A. MASSET, «De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions en droit interne belge», *Rev. fac. dr. Lg.*, 2005, pp. 446 et s.

Un exemple flagrant de ce type de mesures consiste dans le pouvoir de réquisition accordé par la loi à certaines autorités administratives (121). Dans le même ordre d'idées, lorsque l'intérêt général l'exige (122), la loi du changement permet à l'autorité de réviser unilatéralement les conditions d'un contrat administratif (123), de le résilier *motu proprio* ou encore de se réapproprier l'usage des parcelles du domaine public concédées à un particulier (124). Inversement, l'autorité administrative peut, conformément à la loi de continuité du service public, s'opposer à la sortie de charge d'un agent (125) ou au cumul de certaines fonctions (126).

Dans toutes ces hypothèses, la décision d'adopter l'acte administratif est, en principe, indépendante du comportement fautif de son destinataire (127). La meilleure preuve en est

(121) M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 7.

(122) Sur l'importance de cette condition, voy. D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, «Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel», in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die keure, 2006, pp. 385 et s.

(123) Voy., notamment, l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 ainsi que M. GELDERS, «Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken», *R.W.*, 2003-2004, pp. 521 et s. Adde : D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, *op. cit.*, p. 425.

(124) Cass., 10 mai 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 183 ; C.E., arrêt *Seaport Terminals*, n° 41.878, du 2 janvier 1993 ; C.A., arrêt n° 32/2003, du 12 mars 2003, B.3.

(125) C.E., arrêt *Verbraeken*, n° 3.263, du 26 mars 1954 ; Cass., 9 décembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 409 cités par M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 52 ; D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, *op. cit.*, p. 423.

(126) C.E., arrêt *Gilbert*, n° 146.260, du 20 juin 2005.

(127) On notera, avec intérêt, que la loi de la continuité du service public peut, au contraire, restreindre les prérogatives punitives de l'administration. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il jugé que la dissolution et la suspension des tarifs d'une association intercommunale, infligée afin de sanctionner l'envoi tardif de ses comptes à l'autorité supérieure, «sont des mesures graves de nature à compromettre le fonctionnement d'un service public [...] ; qu'à supposer que les griefs retenus fussent établis, les manquements invoqués ne sont pas de nature à entraver l'exercice du pouvoir de tutelle ; que les sanctions prises excèdent la portée que la loi a entendu leur donner ; que la décision incriminée est entachée d'excès de pouvoir» (C.E., arrêt *Commune d'Olnoy et al.*, n° 8.212, du 10 novembre 1960, *R.A.A.C.E.*, p. 870). Dans certains cas, l'autorité établissant les sanctions applicables en cas de manquement aux dispositions qu'elle adopte tient compte, elle-même, des implications d'un tel principe (voy. l'article 5, §3, de l'arrêté royal du 3 avril 1997 «portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions» selon lequel «la partie envers laquelle une obligation dans le contrat d'administration n'est pas exécutée, ne peut poursuivre que l'exécution de l'obligation, sans préjudice de toute sanction spéciale prévue dans le contrat d'administration», mais à l'exclusion de la résiliation de celui-ci (voy., à cet égard, A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 16^e éd., Mechelen, Kluwer, 2002, p. 88).

sans doute que, dans bon nombre de cas, l'individu lésé par ce type d'acte administratif dispose d'un droit à indemnisation (128). Il n'en demeure pas moins que ces décisions peuvent aussi être justifiées par un comportement jugé fautif. Dans ce cas, mais dans ce cas uniquement, la question se pose de savoir si l'utilisation d'une prérogative de puissance publique ne poursuit pas, en réalité, un objectif de nature répressive.

42. – On citera encore dans cette catégorie (129) les mesures d'ordre qui, si elles peuvent causer grief à leur destinataire, ne sont pas adoptées dans l'intention de punir, mais dans l'intérêt du service (130). Le fonctionnaire peut, notamment, subir un changement d'affectation (131) ou être suspendu à titre préventif. De même, les attributions – autres que légales – d'un échevin peuvent lui être retirées par le collège communal.

Sans doute, l'autorité administrative peut-elle être guidée par le comportement de l'intéressé et celui-ci être éventuellement jugé fautif. Cet élément n'est toutefois ni la condition nécessaire, ni la condition suffisante à l'adoption de la mesure d'ordre (132). Il advient, cependant, qu'en adoptant une prétendue « mesure d'ordre », l'autorité administrative entende, en

(128) Voy., à ce sujet, notamment, D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, *op. cit.*, p. 392 et D. D'HOOGHE, « Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid », *R.W.*, 1993-1994, p. 1103. Toutefois, cette indemnisation est indépendante de toute faute dans le chef de l'administration. En effet, comme le note pertinemment M.-A. FLAMME, en matière de marché public, « le droit de modification unilatérale des conditions initiales du marché constitue un droit originaire et inaliénable de l'Administration et qui lui appartient "en tant que puissance publique" [...] Il résulte qu'en méconnaissant les clauses et conditions contractuelles, l'Administration, loin de violer son contrat, exerce son droit parce qu'elle demeure dans la limite de ses attributions » (*Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 165).

(129) Certains auteurs les rapprochent plutôt des mesures de police : M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 249-250.

(130) C.E., arrêt *Suinen*, n° 25.297, du 8 mai 1985 ; C.E., arrêt *Herbiaux*, n° 35.034, du 1^{er} juin 1990 ; C.E., arrêt *Reinier*, n° 139.158, du 12 janvier 2005, ainsi que D. RENDERS et Th. BOMBOIS, *op. cit.*, pp. 694-695 et les références citées.

(131) Sur la mobilité au sein de l'administration, voy., notamment, S. DEPRÉ, *op. cit.*, pp. 281 et s.

(132) C.E., arrêt *François*, n° 150.374, du 19 octobre 2005 : « les sanctions disciplinaires et les mesures d'ordre intérieur sont d'une nature différente et peuvent coexister à raison des mêmes faits ». *Contra* : C.E., arrêt *Arlotti*, n° 150.248, du 17 octobre 2005 : « une mesure d'ordre, telle une mutation, doit être justifiée par l'intérêt du service, en l'absence de toute faute qui aurait été commise par celui qui fait l'objet de la mesure litigieuse ».

réalité, «sanctionner» un agent (133). On parlera alors de «sanctions disciplinaires déguisées».

43. – Mais l'inverse n'est-il pas aussi envisageable ? Une décision aux aspects disciplinaires ne peut-elle pas, dans certaines circonstances très particulières, constituer, en réalité, une mesure d'ordre ? C'est la question que pose, nous semble-t-il, l'arrêt *Toune* du Conseil d'Etat (134). Les faits de la cause se résument de la manière suivante : le Ministre wallon des Affaires intérieures décide de se séparer d'un de ses collaborateurs personnels en raison d'une altercation que celui-ci a eu avec son chef de cabinet. Le Conseil d'Etat estime que la mesure adoptée se justifie en raison «de la rupture du lien de confiance» entre le Ministre et son collaborateur, ce qui paraît exclure que la décision ministérielle constitue une sanction, de quelque nature que ce soit.

De la même manière, la révocation d'un ministre peut être exclusivement justifiée par un désaccord politique, sans qu'il y ait matière à faute disciplinaire, au sens strict du terme. Quant à l'adoption d'une motion de méfiance à l'encontre d'un membre du collège provincial et communal, elle consistera, en principe, en une simple désapprobation politique, même si l'on ne peut exclure que le renvoi soit justifié par la volonté de punir le mandataire pour un manquement aux devoirs de sa charge (135).

B. – *Les mesures de police administrative*

44. – La police administrative groupe l'ensemble des mesures administratives destinées à préserver ou à rétablir l'ordre public en limitant, le cas échéant, la liberté des individus (136). Ces mesures peuvent reposer sur des actes permis-

(133) Tel est aussi le cas de la décision retirant à un échevin ses attributions (*Compar. F. KRENC, «La protection...», op. cit.*).

(134) C.E., arrêt *Toune*, n° 86.190, du 23 mars 2000. *Adde* : C.E. arrêt *Italiano*, 6 décembre 2005, n° 152.277.

(135) Cette sanction ne pourra toutefois pas être requalifiée en sanction disciplinaire déguisée. Sur cet aspect, voy. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, «La motion de méfiance constructive communale : un acte justiciable du Conseil d'Etat», *J.T.*, 2006, pp. 320 et s.

(136) A. VANDENDRIESSCHE, «De algemene administratieve politie op gemeentelijk vlak in de rechtspraak van de Raad van State», *T.G.E.M.*, 2001, p. 165 ; R. ANDERSEN, «Administration et police en Belgique», *Ann. eur. adm. publ.*, 1998, p. 37. Sur la soumission de la liberté de commerce et d'industrie à une mesure de police administrative régulière, voy., récemment, C.E., arrêt *Van Trappen*, n° 85.022, du 1^{er} février 2000.

sifs (137) ou coercitifs (138). La mesure de police doit être prise en raison d'une menace de trouble ou d'un trouble avéré à l'ordre public. La police administrative générale veille au respect de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques, regroupées sous le concept d'ordre public matériel, alors que des polices spéciales sont aménagées afin de garantir d'autres aspects particuliers de l'ordre public.

45. – Le trouble causé à l'ordre public peut être le fruit de circonstances indépendantes de la volonté des destinataires de la mesure de police. Afin de préserver la salubrité publique, l'autorité de police est, par exemple, habilitée à priver un individu, atteint d'une maladie contagieuse, de sa liberté d'aller et venir (139). De même, le bourgmestre peut ordonner la destruction d'un immeuble menaçant ruine, alors même que cette situation ne doit rien à la négligence du propriétaire.

Dans d'autres cas, la mesure de police est motivée par un comportement déterminé, comme la crainte d'attroupements à la sortie de certaines salles de spectacle, sans que ce comportement ne soit, en tant que tel, illégal (140).

Enfin, dans certaines hypothèses, la mesure de police est adoptée en considération d'un comportement illicite. Cette circonstance ne saurait cependant constituer la seule justification de la mesure de police : il faut encore que ce comportement soit de nature à troubler l'ordre public (141).

46. – L'existence d'une irrégularité n'est donc ni la condition nécessaire, ni la condition suffisante à l'intervention de l'autorité de police.

On notera cependant que la distinction entre un trouble à l'ordre public et un manquement à une prescription obligatoire est plus malaisée à établir lorsque des polices administra-

(137) Par le contrôle qu'elle opère sur les demandes d'autorisation ou d'agrément, l'autorité de police est en mesure de limiter l'accès à certaines activités, considérées comme présentant un risque de trouble à l'ordre public (C.E., arrêt *Dubois*, n° 137.263, du 18 novembre 2004).

(138) L'autorité de police adopte alors des injonctions, voire des interdictions à l'égard des administrés, sans que ceux-ci n'aient sollicité son intervention.

(139) Voy. ainsi l'article 6bis de l'arrêté royal du 1^{er} mars 1971 relatif à la prophylaxie des maladies transmissibles.

(140) C.E., arrêt *Horex*, n° 82.188, du 6 septembre 1999.

(141) C.E., arrêt *s.p.r.l. Bonnie Productions et al.*, n° 146.226, du 17 juin 2005; C.E., arrêt *Dekoster*, n° 96.717, du 19 juin 2001.

tives spéciales entendent lutter contre les troubles portées à la moralité publique (142) ou depuis que l'article 135, §2, 7°, de la Nouvelle loi communale autorise les autorités communales à agir en cas de dérangement public. De la même manière, le libellé de l'article 134^{ter} de la Nouvelle loi communale (143) ou de l'article 9^{bis} de la loi du 24 février 1921 «concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes ou psychotropes» (144) pose question. Inversement, il se peut que le trouble à l'ordre public soit considéré comme un élément constitutif d'une infraction.

(142) A ce sujet, voy., notamment, L.-M. VENY et N. DE VOS, «Een inleidend overzicht inzake gewapend bestuur», in L. VENY et N. DE VOS, *Gemeentelijke administratieve sancties*, op. cit., p. 39.

(143) Cet article permet au bourgmestre de prononcer la fermeture provisoire d'un établissement ou la suspension temporaire d'une autorisation lorsque les conditions d'exploitation ou de permission ne sont pas respectées et que tout retard causerait un dommage sérieux. Certains y ont vu une sanction administrative. A notre estime, cependant, il s'agit plutôt d'une mesure de police (le risque d'un trouble sérieux est requis) couplée à la suspension d'une autorisation en raison de la constatation du non-respect actuel des conditions requises (voy. sur cette question, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi «modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse et modifiant la Nouvelle loi communale», *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2002-2003, n°s 50-2366/001 et 50-2367/001, p. 22; M. QUINTIN et B. JADOT, «La qualité des logements : dispositions de police administrative et règles en matière de bail à loyer», *Rev. dr. comm.*, 2000, pp. 85-86; C. MOLITOR, op. cit., pp. 158 et s.; E. WILLEMART, «La répression administrative en Belgique...», op. cit., p. 6; D. YERNAULT, op. cit., p. 38; A. MASSET, op. cit., p. 837; J. BOUVIER, op. cit., p. 26; S. VAN GARSE, «De administratieve politiebevoegdheid van de burgemeester», *T.B.P.*, 2001, pp. 145 et s.). Voy. encore en matière d'environnement, F. LAMBOTTE et J.-F. NEURAY, «Le régime des autorisations administratives en matière d'environnement, en régions wallonne et bruxelloise», in M. PÂQUES (dir.), *Droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Liège, CUP, 1997, pp. 33 et s.

(144) Cet article 9^{bis} a été inséré par l'article 37 de la loi du 26 juillet 2006 portant dispositions diverses. Il établit que «sous réserve des compétences des instances judiciaires et sans préjudice des articles 134^{ter} et 134^{quater} de la Nouvelle loi communale, le bourgmestre peut, après concertation préalable avec les autorités judiciaires et après avoir entendu le responsable dans ses moyens de défense, décider de fermer un lieu pour une durée qu'il détermine, si des indices sérieux se présentent selon lesquels des activités illégales compromettant la sécurité et la tranquillité publiques et qui concernent la vente, la livraison ou la facilitation de la consommation de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques ou de substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes se passent à plusieurs reprises dans ce lieu privé mais accessible au public». Dans son avis, la section de législation du Conseil d'Etat souligne que cette disposition risque de faire double emploi avec l'article 134^{quater} de la Nouvelle loi communale. Elle relève encore que «même si la disposition n'est pas exempte de toute ambiguïté quant à la nature de la mesure qu'elle prévoit - sanction administrative ou mesure de police administrative -, il semble bien que l'élément de prévention l'emporte sur ses aspects répressifs et que dès lors la qualification de mesure de police administrative doive être retenue» (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2005-2006, n° 51-2518/001, p. 360).

47. – Le but de la mesure de police diffère aussi de l'objectif poursuivi par la sanction administrative. En effet, il ne s'agit pas de punir l'individu éventuellement responsable du trouble à l'ordre public, mais uniquement de préserver ou de rétablir ce dernier (145).

La mesure de police doit être strictement limitée à cet objectif. Le critère de la pertinence prend ici une importance décisive. Il s'agit, pour l'autorité de police, de démontrer comment la décision qu'elle adopte sera de nature à sauvegarder efficacement l'ordre public (146). Certaines mesures, comme l'infliction d'une amende, ne peuvent dès lors jamais constituer une mesure de police. Toutes les mesures de nature pécuniaire ne sont cependant pas exclues. Imposer à l'organisateur d'un événement la fourniture de certaines garanties financières peut, par exemple, constituer une technique admissible pour contribuer au maintien de la propreté publique. Cette technique est encore utilisée en droit de l'environnement afin de garantir, notamment, la remise en état de certains sites après la fin de leur exploitation.

En outre, l'autorité de police excéderait ses compétences si elle portait une atteinte non strictement nécessaire aux droits et libertés individuels (147). Le souci est, à l'évidence, non pas

(145) Voy., en ce sens, M. QUINTIN et B. JADOT, *op. cit.*, p. 85; A. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, p. 173. On sera dès lors particulièrement attentif à la portée qu'il convient de donner au terme «réprimer» qui est utilisé par l'article 135, §2, al. 2, 2°, de la Nouvelle loi communale. Comme le souligne le Conseil d'Etat, le législateur ne vise par là que la compétence de l'autorité de police de «faire cesser» le trouble (C.E., arrêt *Sicurella*, n° 64.452, du 7 février 1997).

(146) Le fait que la mesure prend fin à un délai préfixe n'est pas, en soi, un critère déterminant pour considérer que la mesure n'a pas un caractère préventif (voy., en matière de retrait du permis de conduire, C.A., arrêt n° 154/2004, du 22 septembre 2004. *Contra*: S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 78). On notera, par ailleurs, que, dans certaines hypothèses, le législateur énonce, à titre exhaustif, les mesures susceptibles d'être prises par l'autorité de police pour lutter contre un trouble particulier à l'ordre public (voy. ainsi l'article 135, §2, al. 2, 1°, NLC).

(147) «In essentie is enkel die maatregel wettig die tegelijkertijd de openbare orde maximaal beschermt en de rechten van de burgers minimaal verstoort» (A. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, p. 176). Ainsi, méconnaît l'article 135, §2, de la Nouvelle loi communale l'autorité de police qui interdit définitivement l'habitation d'un immeuble déclaré insalubre pour la raison qu'il ne serait pas améliorable alors que le caractère non améliorable du bien ne serait pas établi et alors que suffirait manifestement un arrêté d'insalubrité provisoire, sous réserve de travaux à effectuer et avec ou sans évacuation des habitants (C.E., arrêt *Quiery*, n° 127.292, du 21 janvier 2004). Voy. encore, dans le même sens, C.E., arrêt *Modica*, n° 68.651, du 7 octobre 1997; C.E., arrêt *Vrielynck*, n° 14.935, du 6 octobre 1971.

d'infliger un châtement au destinataire de la mesure de police, mais, au contraire, de préserver son bien et sa liberté tout en les conciliant avec les impératifs de l'ordre public (148).

48. – Ces différences essentielles ne sauraient masquer les rapprochements très importants qui s'opèrent, en termes de régime juridique, entre les mesures de police et les sanctions administratives. L'exigence d'audition préalable, l'obligation de motivation et le principe de proportionnalité (149) s'imposent dans les deux cas, au point que la juridiction n'est, parfois, pas tenue de faire le détour par la qualification juridique pour trancher le litige qui lui est soumis.

De ce que la mission de police administrative est distincte de la fonction répressive, il ne saurait par ailleurs être déduit qu'aucune sanction administrative ne peut venir conforter la force obligatoire des prescriptions établies par l'autorité de police (150). C'est ainsi que l'article 119*bis* de la Nouvelle loi communale autorise désormais le conseil communal à assortir la violation de ses règlements et ordonnances de police, non plus seulement de peines de police, mais aussi de sanctions administratives.

On relèvera ainsi qu'une même décision de fermeture provisoire d'un établissement peut être prise, tantôt au titre d'une mesure de police, tantôt en tant que sanction administrative réprimant la violation d'un règlement de police (151).

(148) On notera cependant que l'autorité de police est appelée à évaluer le risque pour l'ordre public que comporte une situation *objective*. Sous réserve de ce que son action doit demeurer strictement proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit, l'autorité de police n'est donc pas contrainte par un principe analogue à celui de la personnalité des peines. La mesure de police peut frapper des individus qui ne présentent aucun risque pour l'ordre public dès lors qu'ils se trouvent placés dans une situation objective qui, en elle-même, comporte un tel risque (C.E., arrêt *Fourdin*, n° 140.008, du 2 février 2005).

(149) Appliqué cependant à des concepts différents, puisque la mesure devra être proportionnée tantôt aux nécessités de protection de l'ordre public, tantôt à la gravité du manquement constaté.

(150) Tant pour des motifs de clarté qu'en raison de la spécificité du concept de « police administrative », qui peut notamment comporter des mesures de cessation du trouble à l'ordre public, il est peu approprié de qualifier ce pouvoir de sanction de « police répressive » (voy. toutefois M. QUINTIN et B. JADOT, *op. cit.*, p. 85).

(151) C.E., arrêt *Horex*, n° 82.188, du 6 septembre 1999.

C. – *Les actes administratifs
imposant l'exécution d'une obligation préexistante
dans le chef de l'administré*

49. – L'administré est tenu à certaines obligations spécifiques instaurées au bénéfice de l'autorité publique. *A priori*, l'acte administratif par lequel cette autorité exige l'exécution de la dette qu'a le citoyen à son égard n'est motivé par aucun comportement irrégulier de celui-ci.

1. *Les obligations « fiscales »*

50. – L'administration fiscale n'inflige pas une sanction administrative lorsqu'elle communique au contribuable le montant de la taxe dont il est redevable (152), même si, lors de l'élaboration de la règle fiscale, l'autorité avait à l'esprit l'effet dissuasif d'une telle taxation (153). De la même manière, le paiement d'une redevance par l'administré ne constitue pas une punition, mais la contrepartie d'un service particulier rendu par l'autorité publique au bénéfice de celui-ci, même si ce service est un moyen de lutter contre des pratiques jugées néfastes pour la collectivité. Inversement, l'usage de sanctions administratives ne pourrait devenir une simple modalité de la politique fiscale de la collectivité (154).

(152) Certaines mesures destinées à pallier l'incorrection ou le caractère incomplet des données devant être fournies ne peuvent pas davantage être qualifiées de sanctions administratives. C'est ainsi que la prise en compte du chiffre d'affaires global de l'entreprise, lorsque le chiffre d'affaires pertinent pour la perception de la cotisation obligatoire au Fonds pour les matières premières et les produits n'a pas été communiquée dans les délais, constitue une mesure visant simplement à permettre la perception de cette cotisation en temps utile et à couvrir les frais d'une perception tardive (C.A., arrêt n° 88/2004, du 19 mai 2004, B.13.1.).

(153) « Si l'objectif principal d'(une) taxe (sur les spectacles) est de nature budgétaire, rien ne s'oppose, par ailleurs, à ce que l'autorité communale poursuive des objectifs accessoires, non financiers, d'incitation ou de dissuasion, tels en l'occurrence le développement, qu'elle entend pénaliser fiscalement, de spectacles ayant un caractère érotique ou pornographique » (C.E., arrêt *s.p.r.l. Erivo*, n° 135.709, du 5 octobre 2004. En matière de taxes sur les imprimés « toutes-boîtes », voy. encore C.E., arrêt *s.a. Publi Hebdo et al.*, n° 132.983, du 24 juin 2004. *Addé* : E. WILLEMART, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 191 et s. Comme le soulignent F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE (*op. cit.*, pp. 454-455), à la différence de l'impôt « qui suppose, en principe, le caractère licite de l'acte qu'il frappe (ou, tout au moins, ne suppose pas son caractère illicite) », l'amende pénale, « même si elle est ressentie comme une simple taxe par l'intéressé en raison de sa modicité, suppose que l'acte qu'elle frappe soit juridiquement prohibé ».

(154) Voy., à cet égard, les observations d'A. MASSET (« Les sanctions administratives dans les communes : en route vers le droit communal armé », *J.T.*, 2001, p. 838).

2. La répétition de l'indu

51. — La répétition de l'indu est, en soi, exempte de connotation répressive et indépendante de tout manquement de l'administré (155). Elle se limite, en effet, à obtenir la rétrocession des sommes payées indûment par l'autorité publique (156). C'est pourquoi la possibilité que l'article 1410, §4, du Code judiciaire (157) accorde à certaines administrations de récupérer d'office les prestations payées indûment ne constitue pas une sanction administrative : elle n'est pas motivée par le constat d'une quelconque faute dans le chef du débiteur de l'indu et est étrangère à toute intention punitive.

Sans aller jusqu'à attribuer à l'administration le droit de poursuivre elle-même la récupération de ses créances, l'article 97, alinéa 1^{er}, de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité (158) prévoyait que l'organisme assureur pouvait intenter une action, selon la procédure prévue à l'article 704, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, afin d'obtenir la récupération des sommes octroyées indûment soit auprès de la personne qui s'était acquittée des honoraires et qui était supposée, de ce fait, bénéficier du remboursement, soit auprès du

(155) Sur l'hypothèse où l'indu résulte d'un manquement de l'administré, de sorte que sa répétition constitue une forme de réparation du dommage causé, voy. *infra*, point D.

(156) Dans certaines hypothèses, l'application de la règle de la répétition de l'indu peut avoir des conséquences financières particulièrement lourdes pour le débiteur. Ainsi, la circonstance que l'inscription de la prestation médicale dans un livre *ad hoc* constituait la condition de l'intervention de l'assurance soins de santé et indemnité, avait pour effet que le bénéficiaire de cette intervention était tenu de rembourser les prestations payées indûment lorsque cette condition de forme n'avait pas été respectée. Ce mécanisme a entraîné de tels effets que le Roi, soulignant le caractère bien souvent disproportionné de ces « sanctions » par rapport à l'infraction constatée, a supprimé de la liste des conditions d'octroi de l'intervention de l'assurance maladie-invalidité la tenue du registre des prestations pour en faire une obligation administrative dans le chef des prestataires concernés, obligation dont la violation entraîne l'infliction d'une sanction administrative d'au maximum 25 % de l'intervention de l'assurance pour la prestation non inscrite (voy., à cet égard, G. LADRIÈRE, « Pouvoir de l'administration et pouvoir judiciaire : l'accroissement du pouvoir de sanction de l'administration en droit social et le rôle dévolu *a posteriori* au pouvoir judiciaire », *J.T.T.*, 1999, pp. 72-73 ainsi que les conclusions du Ministère public sous Cass., 6 mai 2002, RG S.010052.N).

(157) Bien qu'elle soit considérée comme un quasi-contrat par le Code civil, l'obligation qu'a la personne ayant trop perçu de restituer le montant indu trouve sa source dans la loi (*Les Nouvelles*, Tome IV, *Droit civil*, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 71).

(158) Cette disposition est actuellement contenue à l'article 164 des lois coordonnées le 14 juillet 1994.

prestataire de soins lorsque le régime du tiers payant était applicable.

La Cour d'arbitrage fut saisie, par question préjudicielle, de la constitutionnalité d'une telle disposition, en ce qu'elle ne prévoyait pas, à la différence du droit pénal, la possibilité d'imposer des sanctions modulables. Le juge constitutionnel a validé le régime mis en place par le législateur, en ce qu'il s'inspire du principe général de répétition de l'indu figurant à l'article 1376 du Code civil. Il s'ensuit que la récupération des sommes déboursées indûment par l'organisme assureur constitue une action purement civile (159).

*D. – Les actes administratifs tendant à la réparation
du dommage subi par l'administration*

52. – L'article 1382 du Code civil fait obligation à celui qui a causé fautivement un dommage à autrui de le réparer. Lorsque la victime du dommage est une autorité publique, elle peut être autorisée à poursuivre elle-même la réparation de son préjudice (160). Juridiquement, cet acte administratif ne trouve pas sa source dans la faute commise par le débiteur de l'autorité administrative, mais bien dans la loi qui oblige ce dernier à réparer le préjudice qu'il a causé (161). En outre, l'intention de l'autorité n'est pas de punir l'auteur de la faute, mais uniquement d'obtenir de celui-ci la réparation du préjudice qu'elle a subi en raison de son comportement irrégulier (162).

C'est ce que confirme l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 11 octobre 2000 précité, relatif à l'article 97, alinéa 1^{er}, de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité. Cette disposition prévoyait en effet aussi qu'en dehors du régime du tiers payant, la valeur des prestations octroyées indûment à l'assuré social ne devait pas être remboursée par celui-ci, mais

(159) C.A., arrêt n° 102/2000, du 11 octobre 2000, B.3.2.

(160) Voy. C.A., arrêt n° 88/2004, du 19 mai 2004.

(161) Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772, concl. J. VELU. *Adde* : Cass., 17 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 956.

(162) H. COREMANS, (*op. cit.*, col. 758) estime pourtant que la sanction administrative se distingue de la sanction pénale en raison de son caractère indemnitaire.

bien par le dispensateur de soins, lorsque le caractère indu de ces sommes découlait d'une faute de sa part. La Cour d'arbitrage constate qu'en vertu de cette réglementation, l'organisme assureur dispose, en réalité, «d'une action directe combinant une répétition de l'indu et un régime spécial de responsabilité civile. La rigueur du système, lorsque le manquement ne constitue pas une faute grave, ne suffit pas pour qu'il doive être qualifié de répressif» (163).

53. – Encore faut-il néanmoins que l'acte administratif, se présentant comme une mesure de réparation, ne doive pas être disqualifié, en raison de la nature et de l'importance de ses effets, en sanction administrative. Deux cas pratiques éclairent le propos.

54. – Le premier exemple a trait aux amendes visées à l'article 70 du Code de la T.V.A et consistant en l'augmentation de la taxe due mais éludée ou payée tardivement. Par un arrêt du 27 septembre 1991 (164), la Cour de cassation estime que ces amendes ne constituent pas une peine au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Plus encore, la juridiction, en accord avec les conclusions du ministère public (165), souligne que ces amendes «visent essentiellement la sauvegarde des droits du Trésor par l'instauration d'une indemnité appropriée» (166).

(163) Comme le note encore la Cour, en effet, «le droit commun entraîne lui aussi des conséquences sévères pour celui qui a reçu un paiement dont il ignorait le caractère indu ou qui a eu le malheur de causer par sa faute légère un dommage important» (C.A., arrêt n° 102/2000, du 11 octobre 2000, B.4.2.). *Adde* : C.A., arrêt n° 26/2003, du 19 février 2003; C.A., arrêt n° 185/2006, du 29 novembre 2006.

(164) Voy. aussi Cass., 12 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 37.

(165) «Administratieve geldboeten, als die bepaald bij art. 70 B.T.W.-Wetboek, kunnen dan ook als een burgerlijke vergoeding worden aangemerkt welke verschuldigd is aan de Schatkist, die het slachtoffer is van een onregelmatigheid [...] Zij wordt immers opgelegd voor tekortkomingen of onjuistheden welke, los van elk bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden, aan een belastingplichtige worden verweten (zodra een dergelijk opzet of oogmerk bestaat, zijn strafrechtelijke vervolgingen voorzien)». *R.W.*, 1991-1992, p. 709.

(166) Dès 1958, J. VAN HOUTTE (*Principes de droit fiscal belge*, Bruxelles-Paris, Erasme, 1958, p. 362) écrivait pourtant que «c'est donc à tort, croyons-nous, que l'amende fiscale est parfois expliquée comme une manière d'indemniser le Trésor. Pourquoi, s'il en était ainsi, allouerait-on au fisc, en cas de non-paiement, à la fois l'amende et les intérêts de retard?». Voy., dans le même sens, V. SÉPULCHRE, *op. cit.*, pp. 289 et s.; K. SPAGNOLI, «Les amendes administratives sont-elles des sanctions pénales?», *Fiscal.*, 1997, n° 642, p. 6; P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, Anvers, Kluwer, 1987, n°s 106 et 235.

La Cour de cassation condamne ainsi une jurisprudence discordante de la Cour d'appel de Liège qui, dans un arrêt du 10 septembre 1986 (167), avait rejeté le caractère indemnitaire des amendes prévues à l'article 70 du Code de la T.V.A. La Cour d'appel soulignait, à cet effet, que les amendes sont fixées forfaitairement au double de la taxe éludée ou payée tardivement et «qu'elles n'ont donc rien à voir avec une indemnisation du dommage éventuellement subi par l'Etat, puisque leur montant ne varie pas avec lui».

Dans son arrêt n° 22/99, du 24 février 1999, la Cour d'arbitrage appuie l'interprétation retenue par la Cour d'appel de Liège. Outre les arguments développés par cette dernière, la Cour d'arbitrage souligne que ces amendes «ont pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises par tous les redevables, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les obligations imposées par le Code de la T.V.A». Le redevable sera ainsi incité à respecter ses obligations. En conclusion, «le caractère répressif de la sanction prédomine». Par un arrêt du 5 février 1999, la Cour de cassation s'était rangée implicitement à une telle interprétation (168).

La matière de l'accroissement d'impôt a fait l'objet d'une controverse similaire entre les deux juridictions suprêmes (169).

(167) Liège, 10 septembre 1986, *F.J.F.*, 1986, p. 289. *Contra* : Bruxelles, 30 mai 1989, *A.F.T.*, n° 29 du 8 septembre 1988.

(168) Cass., 5 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 67. Sans reconnaître explicitement le caractère pénal des amendes administratives visées à l'article 70 du Code de la T.V.A., la Cour de cassation leur applique toutefois les garanties prévues à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La manière d'appliquer celles-ci a toutefois été jugée trop parcimonieuse par la Cour européenne des droits de l'homme (voy., *infra*, la contribution de D. RENDERS et al.). Sur ce revirement de jurisprudence, voy. A. ALEN, «Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999», *R.W.*, 1999-2000, pp. 630 et s.; I. VAN DE WOESTIJNE, «Administratieve fiscale boeten, strafrechtelijk karakter, opportuniteitsbeoordeling, *non bis in idem*. Het strafrechtelijk karakter van fiscale administratieve geldboeten», *Rec. Cass.*, 2000, pp. 213 et s.; E. WILLEMART, «Les amendes...», *op. cit.*, p. 757.

(169) Cass., 27 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 83; C.A., arrêt n° 48/2001, du 18 avril 2001. A ce sujet, voy. V. SÉPULCHRE, *op. cit.*, n° 687. On notera que, dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat se range à l'opinion défendue par la Cour d'arbitrage en considérant que : «l'accroissement d'impôt revêt la nature d'une sanction administrative et non d'un impôt» (C.E., arrêt *Santini*, n° 149.338, du 23 septembre 2005). *Adde* : C.A., arrêt n° 88/2004, du 19 mai 2004, B.12.

55. – Un second cas litigieux est offert par l'article 30^{ter}, §6, B, de la loi du 27 juin 1969 «révisant l'arrêté-loi de guerre du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs», tel qu'il était applicable avant son abrogation par un arrêté royal du 26 décembre 1998. Cet article prévoyait que l'entrepreneur principal qui ne communiquait pas à l'O.N.S.S. certaines informations administratives était redevable à cet organisme d'une somme au moins équivalente à 5 % du montant total des travaux qui n'avaient pas été déclarés à l'O.N.S.S. et au maximum à 5 % du montant total des travaux qui lui étaient concédés sur le chantier en cause.

La Cour de cassation relève que le contrevenant sanctionné peut être une personne physique ou une personne morale, que la somme due peut être diminuée à concurrence du montant qui a été payé effectivement à l'O.N.S.S. par le sous-traitant et que le législateur prévoit, outre le versement de cette somme, des sanctions pénales à l'encontre de l'entrepreneur principal. Selon la haute juridiction, il se déduit tant de ces considérations que de la volonté du législateur que la somme ainsi due ne constitue pas une sanction pénale mais une indemnité forfaitaire de réparation (170).

Telle n'est pas la position de la Cour d'arbitrage. Dans un arrêt n° 157/2002, daté du 6 novembre 2002 (171), la Cour considère, en substance, que la mesure prévue à l'article 30^{ter}, §6, B, de la loi du 27 juin 1969 «est destinée à exercer par voie de répression un effet dissuasif et qu'elle peut atteindre des montants considérables dont la fixation est laissée, dans les limites fixées par la loi, à l'autorité, laquelle doit moduler la somme non pas en visant à indemniser, fût-ce forfaitairement, un préjudice subi mais en tenant compte de la gravité du manquement commis. Une telle sanction a un caractère répressif prédominant et ne peut être considérée comme une sanction civile».

(170) Cass., 8 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 276.

(171) Voy., également, C.A., arrêt n° 128/99, du 7 décembre 1999, note F. LAGASSE, «De la nature civile ou pénale des amendes administratives et sanctions applicables en matière de construction. Considérations sur l'arrêt rendu le 7 décembre 1999 par la Cour d'arbitrage», *Chr. dr. soc.*, 2001, pp. 393 et s.

Le juge constitutionnel avait relevé, en amont, que, s'il est vrai que l'obligation imposée à l'entrepreneur de payer une somme équivalente à 5 % du montant total des travaux non déclarés pouvait s'analyser comme une mesure d'*indemnisation forfaitaire* du préjudice subi par l'O.N.S.S., privé des cotisations relatives à des travailleurs occupés sur un chantier dont l'existence lui était cachée, cette justification perdait toute pertinence dès lors que le législateur permettait à l'administration de porter cette somme à 5 % du montant *total* des travaux concédés à l'entrepreneur fautif, en manière telle que cette somme pouvait atteindre des montants considérables, sans rapport avec l'indemnisation du préjudice subi (172).

56. – On relèvera que la possibilité, pour l'administration, de réparer son préjudice au moyen d'une indemnité forfaitaire sera confirmée par la Cour d'arbitrage dans deux arrêts ultérieurs (173).

*E. – Les actes administratifs tendant
à la cessation de l'irrégularité et à la disparition
de ses conséquences*

57. – Certaines décisions administratives trouvent leur fondement exclusif dans l'existence d'une irrégularité, sans pour autant poursuivre un but répressif proprement dit. Il en est ainsi de la décision par laquelle l'autorité publique ordonne de cesser une irrégularité qu'elle constate. Par hypothèse, on ne vise pas ici des mesures de police adoptées au nom de la protection de l'ordre public, mais plus simplement des dispositions directement fondées sur le constat d'une infraction.

Le droit de l'urbanisme et de l'environnement comporte divers exemples de telles mesures. Ainsi, l'ordre d'arrêt de chantier, prévu en cas d'infraction urbanistique (174), ou encore l'ordre de fermeture d'un établissement qui fonctionne

(172) En outre, «en prévoyant que la somme due par l'entrepreneur principal est diminuée de celle qui a été payée par le sous-traitant s'il concède lui-même des travaux à d'autres sous-traitants, le législateur a veillé à ce que, sans préjudice de l'application de l'article 35 de la loi, le même manquement ne soit pas réprimé deux fois, mais cette déduction ne fait pas perdre aux indemnités leur caractère dissuasif» (B.9.).

(173) C.A., arrêt n° 9/2003, du 22 janvier 2003; C.A., arrêt n° 88/2004, du 19 mai 2004.

(174) En Région wallonne, article 158 du CWATUP.

sans permis d'environnement (175). On peut encore citer l'article 21 de l'ordonnance du 5 mars 1998 «relative à la coordination et à l'organisation des chantiers en voie publique en Région de Bruxelles-Capitale», permettant au gestionnaire de la voie publique de dresser, s'il y a lieu, un constat de mauvaise exécution des travaux et d'exiger la remise en état immédiate des lieux. Cette décision peut être accompagnée du prononcé d'une amende administrative.

Dans un tout autre domaine, le Gouvernement flamand peut suspendre la retransmission d'un programme lorsque cette retransmission constitue une infraction évidente, importante et grave aux dispositions interdisant de diffuser des incitations à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité, et lorsque l'organisme de radio- ou de télédiffusion a déjà enfreint à deux reprises au moins les mêmes dispositions au cours des douze mois précédents (176).

58. – La nature de ces mesures est étrangère à la notion de sanction administrative. Néanmoins, lorsque ce type de compétence est entouré d'un pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative, sa mise en œuvre peut être ressentie comme arbitraire. Le cas échéant, on pourrait concevoir que les motifs véritables qui ont amené l'administration à agir provoquent, comme dans le domaine des mesures d'ordre, une disqualification en sanction administrative déguisée. A notre connaissance, il n'y a cependant pas de jurisprudence en ce sens.

Se prononçant à propos d'un acte de cette nature, plus précisément un ordre de fermeture d'un établissement fonctionnant sans permis d'environnement, le Conseil d'Etat a estimé au contraire que la mise en œuvre de cette prérogative est suffisamment justifiée par le constat de l'existence d'une infraction (177). L'administration ne doit, pour motiver cet acte, ni justifier l'existence de risques ou nuisances quelconques, ni répondre aux exigences du principe de proportionnalité, ni se

(175) En Région wallonne, article 74 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement.

(176) Article 78, §3, des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995. L'élément de récidive renvoie néanmoins à une conception répressive. Voy. *infra*.

(177) C.E., arrêt *s.a. Syed Petroleum*, n° 106.329, du 3 mai 2002.

soucier d'éviter des discriminations liées à l'application erratique de cette prérogative. La Cour de cassation a également souligné que l'administration restait seule juge de l'opportunité d'un tel ordre de fermeture, s'inscrivant dans le prolongement direct du principe de légalité (178).

59. – Au-delà des injonctions tendant à la cessation de l'irrégularité, un certain nombre de mesures peuvent être ordonnées en vue de réparer en nature les conséquences de l'irrégularité commise (179). Il s'agit principalement des actes ordonnant la remise en état des lieux. La répétition de sommes peut également être poursuivie à ce titre, soit lorsqu'une somme a été versée indûment en raison de fausses déclarations, soit lorsqu'une subvention initialement versée à bon droit doit être remboursée en raison du mauvais usage qui en est fait (180).

La finalité de ces dispositifs est étrangère à une intention répressive, puisqu'il s'agit seulement de restaurer une situation normale que l'infraction a affectée (181). Toutefois, ici encore, on ne saurait exclure une disqualification fondée sur l'analyse des motifs réels de leur mise en œuvre dans un cas d'espèce.

*F. – Les actes administratifs qui font application
des conditions d'octroi d'une autorisation, d'un avantage
ou d'un service*

60. – Les catégories juridiques qui rendent compte des prescriptions contraignantes sont assez bien connues – nous venons

(178) Cass., 12 décembre 2003. *Contra* : Civ. Brux., 31 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1720, considérant que le juge peut apprécier l'opportunité d'un ordre d'arrêt de chantier.

(179) L'administration ne poursuit donc pas ici la réparation de son propre préjudice, mais bien la « neutralisation » des conséquences de l'infraction. Il s'agit de la réparation du dommage abstrait causé à la collectivité.

(180) Voy., par exemple, à propos des subventions d'expansion économique, l'article 16 du décret wallon du 11 mars 2004 « relatif aux incitants en faveur des grandes entreprises ». Dans ce cas, la distinction avec la réparation du préjudice causé à l'administration devient ténue. A notre sens, elle subsiste néanmoins, dans la mesure où rien n'impose à l'administration d'établir l'existence d'un dommage dans son chef.

(181) Voy., toutefois, la position adoptée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *B.C.D.*, n° 85.638, du 28 février 2000 (*compar.* C.E., arrêt *Baudry*, n° 80.283, du 18 mai 1999), selon laquelle il n'y a pas de répétition de l'indu lorsque la mesure en cause entend récupérer des avantages qui n'ont pas été utilisés dans le respect des conditions légales. « Une mesure sanctionnant un tel comportement peut difficilement être qualifiée autrement que de sanction administrative ». Voy. encore C.E., arrêt *Doyen*, n° 127.291, du 21 janvier 2004.

de les examiner dans les points qui précèdent —. En revanche, l'octroi d'avantages ou la prestation de services publics est moins bien balisé. C'est pourquoi il est particulièrement complexe de délimiter la sanction administrative lorsqu'elle se rapproche de dispositifs qui reposent sur ces techniques.

Nombreux sont en effet les textes qui prévoient que telle autorisation, tel avantage ou telle prestation sont refusés, diminués, supprimés ou non renouvelés (182) lorsque le bénéficiaire ne remplit pas des conditions touchant notamment à son comportement. Ces conditions se justifient en relation avec la finalité du régime normatif considéré. L'acte administratif individuel n'a alors d'autre portée que de faire une application logique de la norme.

Dans quel cas cet acte constitue-t-il une sanction administrative? La question est complexe et appelle une réponse nuancée. La technicité des matières concernées, l'évolution incessante des législations pertinentes, ainsi que le «bouillonnement» jurisprudentiel à propos des sanctions administratives, sont autant d'obstacles à des affirmations bien assurées. Prudemment, on essaie toutefois de dégager trois hypothèses de travail (183).

61. — Dans une première hypothèse, la condition à laquelle il n'est pas satisfait est spécifique au régime favorable qui est en cause. Ainsi, les constructeurs qui utilisent tel procédé de déversement des eaux usées ne peuvent obtenir un permis d'urbanisme dans certaines zones; un chômeur qui devient cohabitant voit le montant de son allocation calculé en conséquence; une entreprise qui n'atteint pas une taille déterminée est exclue d'un régime de subventions à l'investissement.

L'autorité administrative qui fait application de tels textes constate simplement qu'une condition requise pour l'obtention de l'autorisation ou le bénéfice des allocations n'est, *au moment où elle statue*, pas (ou plus) remplie par le demandeur.

(182) Sur l'identité de l'appréciation à porter en cas de sanction proprement dite et en cas de non-renouvellement, voy. C.E., arrêt *Van de Pas*, n° 86.301, du 28 mars 2000, à propos d'une autorisation d'exercer la profession de détective privé.

(183) *Compar.* J. PUT, *Administratieve sancties in het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, Die keure, 1998, pp. 81 et s.

Dans ce cas, le rejet de la demande ou la suppression de l'allocation ne se fonde pas sur la violation d'une obligation qui s'impose au demandeur, mais uniquement sur le constat qu'il n'est pas actuellement dans les conditions requises afin de bénéficier de l'avantage qu'il convoite (184). L'acte fait grief, mais il ne peut être considéré comme une sanction.

A ce titre, le Conseil d'Etat ne considère pas comme une sanction la décision par laquelle le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale refuse le renouvellement de l'autorisation d'exploiter un service de taxis dès lors que, au moment où il statue, il constate que l'exploitation du service en question n'est plus rentable (185).

62. – La deuxième hypothèse est similaire, si ce n'est que la condition à laquelle il n'est pas satisfait coïncide avec une obligation d'ordre général, étrangère au régime favorable à l'administré. Pour reprendre nos exemples, la construction exclue du permis d'urbanisme est celle qui fait appel à un système interdit, le chômeur voit son allocation diminuée s'il a dissimulé sa situation familiale, l'entreprise ne peut prétendre aux subventions si elle n'est pas en règle d'O.N.S.S.

En constatant que le demandeur ne remplit pas les conditions ainsi formulées, l'administration fonde nécessairement son refus sur une faute de ce dernier (186). La raison d'être de la condition n'est pas exclusivement répressive (elle doit aussi être liée aux finalités spécifiques de la réglementation appliquée), mais elle l'est forcément en partie. On se trouve donc, ici, dans le domaine de la sanction (187). Ainsi, l'exclusion des

(184) C.E., arrêt *Godart*, n° 5717, du 21 juin 1957. Voy. aussi H. COREMANS, *op. cit.*, col. 762. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Tre traktörer aktiebolag*, du 7 juillet 1989, §46 : «La Cour estime que le retrait de la licence ne s'analysait pas en une décision sur une accusation en matière pénale dirigée contre la requérante. Bien qu'on puisse le considérer comme une mesure rigoureuse, on ne saurait le qualifier de sanction pénale; même s'il avait un lien avec le comportement du titulaire, l'élément déterminant résidait dans l'aptitude de ce dernier à vendre des boissons alcoolisées».

(185) C.E., arrêt *El Ouahabi*, n° 68.221, du 18 septembre 1997. Le Conseil d'Etat relève, en outre, que la mesure n'est pas prise en raison du comportement de l'intéressé. *Adde* : C.E., arrêt *Wets*, n° 100.489, du 31 octobre 2001.

(186) Pour une application en matière de gardiennage privé, voy. C.E., arrêt *ASA Yilmaz*, n° 119.201, du 9 mai 2003, qui ne tranche pas la nature de l'acte mais fait application du principe *Et audi alteram partem*, que la partie adverse entendait voir limiter aux sanctions proprement dites.

(187) La Cour d'arbitrage paraît souscrire, à tout le moins implicitement, à une telle analyse. En effet, dans son arrêt n° 102/2000, du 11 octobre 2000, elle souligne que les

allocations de chômage en raison d'une attitude fautive du chômeur, devrait-elle être assimilée à une sanction administrative, bien qu'elle ne figure pas dans le chapitre de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 relatif à de telles sanctions et qu'elle prenne cours dès la commission de cette faute (188).

Cette seconde hypothèse nous paraît cependant devoir se limiter aux cas dans lesquels l'administration appelée à statuer doit apprécier elle-même l'existence des manquements en question. Si, comme il est fréquent, la condition requise est de n'avoir pas encouru certaines condamnations, il s'agit d'une condition de fait dont l'administration est seulement tenue de vérifier l'exactitude. On se trouve alors ramené à la première hypothèse. L'exclusion de l'avantage considéré constituera un effet secondaire de la condamnation initiale, mais elle n'a pas de portée autonome. Certes, cet effet secondaire participe de la nature d'une sanction; mais l'acte par lequel l'administration le concrétise n'a pas la portée d'une nouvelle sanction (189).

63. – Dans une troisième hypothèse, l'avantage visé ne peut être obtenu et conservé que si le bénéficiaire se conforme de manière durable à certaines obligations : résider en Belgique, occuper un nombre minimal de travailleurs, accepter des contrôles administratifs... L'autorité administrative constate au moment d'une demande de renouvellement que, au cours de la période précédente, le bénéficiaire s'est comporté d'une

conditions imposées afin que le dispensateur de soins puisse bénéficier de l'intervention de l'assurance maladie-invalidité «procèdent non d'un souci répressif, mais (à condition qu'elles soient pertinentes, ce qui n'est pas en cause en l'espèce), de la nécessité de protéger l'assurance maladie-invalidité, c'est-à-dire les deniers publics contre ceux qui pourraient l'obérer par leur négligence ou par des abus» (B.4.2.). Il en résulte implicitement que l'imposition de certaines conditions peuvent poursuivre un objectif répressif, notamment lorsqu'elles se fondent sur un comportement irrégulier et antérieur de l'individu.

(188) G. LADRIÈRE, *op. cit.*, p. 72; M. DELANGE, *op. cit.*, p. 484. *Contra* : Cass., 18 février 2002, RG S.0101138.N : «l'exclusion du travailleur qui est ou devient chômeur en raison d'un licenciement pour un motif équitable eu égard à l'attitude fautive du travailleur [...] ne constitue pas une sanction mais une mesure qui est prise à l'égard d'un travailleur qui ne remplit pas les conditions d'octroi des allocations de chômage, à savoir être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté et n'avoir dès lors pas droit aux allocations». Voy., également, la position de l'avocat général LEENAERTS telle qu'elle est rappelée par G. VAN HAEGBORGH et I. BOONE, «Les sanctions administratives», in *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique - 2004*, p. 190.

(189) Si ce n'est dans l'hypothèse, assez improbable, où le législateur laisserait à l'autorité administrative une marge d'appréciation discrétionnaire à cet égard.

manière incompatible avec les conditions fixées. *Si l'irrégularité a cessé le jour où l'autorité statue* (190), sa décision sera nécessairement fondée sur ce manquement et relèvera de la sanction.

Ainsi, selon le Conseil d'Etat, constitue une sanction administrative la suspension de l'agrément d'un laboratoire de biologie clinique motivée par les fautes commises antérieurement dans la gestion de ce laboratoire (191).

DEUXIÈME PARTIE

LE FONDEMENT DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

64. – La compétence répressive ne compte pas parmi les fonctions assumées traditionnellement par les autorités administratives. Au contraire, dans un Etat de droit, fondé sur une logique de la séparation des pouvoirs, le *ius puniendi* apparaît comme une prérogative réservée aux autorités juridictionnelles (192).

La figure juridique de la répression administrative n'est toutefois pas inconnue du droit étranger. Plus encore, elle est institutionnalisée dans certains Etats se réclamant ouvertement du principe de la séparation des pouvoirs (193). Par ailleurs, la Constitution, elle-même, attribue, dans une certaine mesure, un pouvoir répressif à des autorités administratives bien définies. Au-delà de cette compétence répressive *directe*, se pose néanmoins la question de savoir si l'administration peut être dotée de compé-

(190) Si l'irrégularité perdure, l'autorité administrative pourra refuser le renouvellement à titre de sanction. Elle visera alors les manquements constatés au cours de la période précédente. Mais elle pourra tout aussi bien justifier sa décision en considérant exclusivement que le demandeur ne satisfait pas aux conditions requises à cet effet. Si ces conditions sont propres au régime particulier mis en place, il s'agira alors d'une application de la première hypothèse décrite ci-avant.

(191) C.E., arrêt *Biorim*, n° 81.933, du 28 juillet 1999.

(192) R. ANDERSEN, «Le pouvoir de sanction administrative...», *op. cit.*, p. 68. Les tâches de l'administration consistent, en revanche, à «faire respecter l'ordre public, ce qui est affaire de police et de commandement; (à) procurer la satisfaction des besoins du public, ce qui est affaire de service et de gestion» (C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, t. I, *Le juge dans l'Etat. Le contrôle judiciaire de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 32). *Compar.* G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 186.

(193) F. MODERNE, *op. cit.*, pp. 170 et s.

tences punitives supplémentaires (I). Il conviendra, ensuite, de déterminer les limites dans lesquelles l'administration est appelée à exercer le pouvoir de sanction qui lui est reconnu (II).

I. — LA COMPÉTENCE RÉPRESSIVE DE L'ADMINISTRATION

65. — Conformément à l'article 33 de la Constitution, tout acte de la puissance publique doit reposer sur un titre de compétence régulier. De surcroît, les pouvoirs résiduels étant attribués au législateur, l'autorité administrative ne peut valablement exercer ses prérogatives répressives que si elle s'appuie sur un titre de compétence qui lui est *expressément* attribué, soit par la Constitution (A), soit en vertu de ses dispositions (B).

A. — Une compétence attribuée par la Constitution

66. — A diverses occasions, le Constituant attribue au Roi un pouvoir d'action individuelle. A ce titre, il intervient notamment en matière pénale. L'article 110 de la Constitution prévoit que le Roi a le droit de remettre ou de réduire les peines alors que l'article 111 de la Constitution reconnaît au chef de l'Etat le droit de grâce. Ces compétences sont toutefois étrangères à la problématique des sanctions administratives. Elles n'habilitent pas le Roi à infliger une sanction, mais L'autorisent, au contraire, à alléger le poids de sanctions prononcées par une autre autorité que Lui.

67. — En revanche, les articles 96 et 104 de la Constitution reconnaissent expressément au Roi le pouvoir de nommer et de *révoquer* les ministres et secrétaires d'Etat fédéraux. La faculté de révocation ainsi attribuée au chef de l'Etat est, en pratique, exercée par le Premier ministre. Lorsqu'elle matérialise le pouvoir de direction dont celui-ci dispose sur les membres de son gouvernement, la révocation est constitutive d'une sanction disciplinaire (194).

(194) En effet, un ministre ou un secrétaire d'Etat peut aussi être révoqué sans que ne lui soit reproché aucune faute ni irrégularité. Dans cette hypothèse, on ne parlera plus de sanction administrative, mais plutôt de la cessation d'une fonction en raison d'une perte de confiance (voy. *supra*).

Tant la doctrine que la jurisprudence considèrent, plus généralement, que le pouvoir de révocation est intimement lié au pouvoir de nomination. En vertu du principe du parallélisme des compétences, l'autorité habilitée à nommer est aussi en mesure de révoquer. Un tel pouvoir ne requiert pas d'habilitation expresse. Plus encore, «en l'absence de texte comportant une échelle des peines, l'autorité qui détient le pouvoir de nomination peut révoquer ou prononcer une peine (disciplinaire) plus légère» (195) (196).

A ce titre, le Roi puise, dans l'article 107 de la Constitution, non seulement le pouvoir de nommer les agents de l'Etat et d'en arrêter le statut, mais aussi la compétence de leur infliger des sanctions disciplinaires (197).

L'article 40, alinéa 2, de la Constitution, qui prévoit que les peines prononcées par les cours et tribunaux sont appliquées par le pouvoir exécutif, pourrait fonder, quant à lui, le pouvoir disciplinaire de l'autorité pénitentiaire (198).

68. – Une disposition plus générale mérite encore l'attention. L'article 37 de la Constitution dispose qu'au Roi appartient le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution. La portée d'une telle habilitation est équivoque. Il est néanmoins admis que cet article 37 attribue au Roi une compétence *réglementaire* en matière de police administrative (199). On y lit aussi l'habilitation faite au pouvoir exécutif de gérer libre-

(195) J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, La Haye, Martinus Nijhoff, 1970, p. 232; Ch. AMELYNCK, *op. cit.*, p. 293. En revanche, une autorité disciplinaire ne peut infliger une sanction qui n'est pas prévue par le statut lorsque celui-ci existe (C.E., arrêt *Boedri*, n° 125.537, du 20 novembre 2003).

(196) Les lois de réformes institutionnelles ne contiennent pas de disposition analogue à l'article 96 de la Constitution. Plus encore, les ministres fédérés ne sont pas nommés par une autorité supérieure mais élus par le Parlement de la collectivité concernée. Il n'en demeure pas moins que le législateur spécial prévoit que le gouvernement communautaire ou régional est présidé par un de ses membres. A ce titre, ce dernier doit disposer d'un pouvoir disciplinaire sur les autres ministres.

(197) Une même compétence est reconnue aux gouvernements communautaires et régionaux par l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980. Par ailleurs, conformément aux articles 107 et 167 de la Constitution, le Roi confère les grades dans l'armée et assure le commandement des troupes. Même si le statut des militaires est fixé par la loi, en vertu de l'article 182 de la Constitution, le Roi peut s'appuyer sur ces articles 107 et 167 afin de sanctionner disciplinairement les militaires.

(198) Voy., notamment, C.E., arrêt *El Amrani*, n° 147.592, du 12 juillet 2005.

(199) «La fonction de police est, en effet, considérée comme une prérogative naturelle de la fonction gouvernementale» (F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 769 et références citées.)

ment la poursuite de l'intérêt général et de définir, à cet effet, ses moyens d'action (200).

L'article 37 de la Constitution permettrait dès lors de justifier que l'autorité administrative ait la liberté d'agir de manière unilatérale ou conventionnelle et qu'elle puisse habiliter des personnes privées à utiliser une parcelle du domaine public ou à assumer la gestion d'une mission de service public. Les permissions de voirie ou les concessions de service public constituent des moyens d'action de l'administration qui trouvent leur fondement dans l'article 37 de la Constitution et qui se caractérisent, en vertu du principe de changement, par la précarité de la situation qu'ils créent (201). Compte tenu de cette précarité, inhérente à l'acte juridique en cause, la simple commission d'une irrégularité dans le chef de l'administré paraît être de nature à justifier une modification défavorable des rapports qu'il entretient avec l'autorité administrative, celle-ci pouvant légitimement décider de punir son partenaire privilégié, pour autant que l'intérêt général l'exige.

En revanche, le pouvoir de police, attribué au Roi par l'article 37 de la Constitution, est une compétence réglementaire (202). Cet article ne Lui reconnaît pas le pouvoir d'adopter des actes individuels faisant grief ni, *a fortiori*, le droit d'infliger des sanctions administratives consécutives à la violation des mesures de police élaborées en vertu de cet article (203).

(200) «En réalité, la fonction exécutive - ou gouvernementale - consiste à prendre toutes les initiatives que nécessite la politique générale qui paraît devoir être menée ou préconisée au niveau de l'Etat, et ce en fonction des circonstances et des nécessités du moment. C'est affaire de choix - de choix politique - dont il s'agit» (H. SIMONART, «Article 37», in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 132).

(201) Voy. *supra*. Sur l'application éventuelle du principe de légalité en la matière, voy. D. DÉOM, «Des instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" (P.P.P.)», in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruges, La Charte, 2005, pp. 208 et s.

(202) M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regard sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 542.

(203) Le Roi tire aussi de l'article 108 de la Constitution le pouvoir d'exécuter la loi. Aucune habilitation particulière n'est requise à cet effet. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'article 108 de la Constitution permet au Roi de «dégager du principe de la loi et de son économie générale les principes qui, d'après l'esprit qui a présidé à son adoption et les fins qu'elle poursuit, en dérivent naturellement» (Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, p. 25). En l'absence de toute précision du législateur quant à l'existence d'un régime de sanctions administratives assortissant les règles qu'il

B. – Une compétence attribuée
en vertu de la Constitution

1. Une compétence « déléguée »

69. – Lorsqu'il n'est pas directement attribué par la Constitution, le pouvoir répressif de l'administration doit reposer sur une habilitation régulière de la loi ou du règlement. Cette constatation est faite sans préjudice du respect dû au principe de légalité en la matière (204).

70. – Hormis l'article 107 de la Constitution, qui attribue au Roi le pouvoir d'établir le statut des agents de l'Etat, les compétences réglementaires dévolues au pouvoir exécutif par la Constitution sont peu nombreuses.

On sait désormais que l'article 37 de la Constitution attribue au Roi la compétence d'édicter des règlements de police générale, à condition de ne pas porter atteinte aux compétences des autorités locales. En effet, les articles 41 et 162 de la Constitution consacrent le pouvoir des communes et des provinces à réglementer tout ce qui relève de l'intérêt local. Or, le bénéfice d'une bonne police est considéré comme l'exemple typique d'une matière d'intérêt communal ou provincial (205).

Si le pouvoir d'instaurer des sanctions administratives est l'accessoire de la compétence principale dévolue à l'autorité publique (206), le Roi ou les collectivités locales doivent alors être en mesure, dans l'exercice de leur compétence de police, d'établir de telles sanctions et de désigner l'autorité habilitée à les infliger. Le Conseil d'Etat ne paraît toutefois pas souscrire à une telle analyse. Dans son arrêt *Bielen*, il estime en effet que les communes ne pouvaient ni établir, ni infliger de sanctions administratives avant l'adoption de l'article 119bis de la Nouvelle loi communale (207).

adopte, le Roi ne pourrait toutefois invoquer l'article 108 de la Constitution pour *infliger* une sanction punissant la méconnaissance des dispositions légales qu'il prétend exécuter (C.E., arrêt *Wittevrongel*, n° 134.860, du 14 septembre 2004).

(204) Sur cet aspect, voy., *infra*, la contribution de D. RENDERS et al.

(205) C.A., arrêt n° 18/94, du 3 mars 1994; F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 54.

(206) Voy., *infra*, la contribution de D. RENDERS et al.

(207) C.E., arrêt *Bielen*, n° 99.838, du 17 octobre 2001 : « avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes,

71. – En d'autres termes, et sans préjudice des compétences directement attribuées par le Constituant au pouvoir exécutif, le *prononcé* d'une sanction administrative doit reposer, en dernière analyse, sur une habilitation expresse du législateur, sauf pour celui-ci à confier au Roi, en vertu de l'article 105 ou 108 de la Constitution, le soin d'*établir* la sanction administrative et de déterminer l'autorité appelée à l'infliger (208).

2. Une compétence contestée

72. – Le législateur peut confier un pouvoir de sanction à l'administration. Encore faut-il, cependant, que cette mission punitive n'ait pas été attribuée par le Constituant à un autre pouvoir et, plus particulièrement, au pouvoir judiciaire.

73. – L'article 144 de la Constitution attribue aux tribunaux la compétence de trancher les contestations qui ont pour objet des droits civils. Quant à l'article 145, il habilite ces mêmes tribunaux à trancher les contestations relatives aux droits politiques, sous réserve néanmoins des exceptions établies par la loi au profit d'autres organes juridictionnels.

La mesure répressive peut affecter l'exercice de certains droits civils, qu'il s'agisse du droit à l'intégrité physique ou du droit de propriété (209). D'autres sanctions portent atteinte à

l'article 119, alinéas 4 et 7, de la Nouvelle loi communale, en vigueur à l'époque des faits, permettait seulement aux communes d'assortir leurs règlements et ordonnances de peines de police en l'absence de sanctions fixées par la loi; qu'en une telle absence, les articles 12 et 13 du règlement du 27 juin 1994 du conseil communal de la Ville de Liège [instaurant des sanctions administratives] sont illégaux et ne peuvent, en vertu de l'article 159 de la Constitution, recevoir application; que par suite, la sanction litigieuse est entachée d'excès de pouvoir et doit être annulée».

(208) Selon la Cour d'arbitrage, le législateur peut en effet déléguer, même implicitement, au Roi la compétence d'établir la sanction administrative. Ainsi, «lorsque le législateur habilite le Roi à instaurer une cotisation obligatoire, cette délégation implique que le Roi peut aussi instaurer une amende administrative qui sera infligée si le contribuable reste en défaut de payer ladite cotisation dans les délais» (C.A., arrêt n° 88/2004 cité, B.13.3.). La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat paraissent aller dans le même sens (voy. les références citées par J. PUT, *Administrative...*, *op. cit.*, pp. 31-33. *Compar.* l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi «portant modification de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités», coordonnée le 14 juillet 1994, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 50-1697/001). Sur cette question, voy., plus spécifiquement, *infra*, la contribution de D. RENDERS et al.

(209) La Cour de cassation les définit en effet comme «tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent» (Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193)

des droits politiques, comme le droit aux allocations de chômage, par exemple. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence a cru pouvoir en déduire que l'infliction d'une sanction relevait de la compétence exclusive des cours et tribunaux (210).

Cette position ne peut être soutenue. A la différence des contestations *relatives* à un droit civil ou politique, l'objet du contentieux répressif n'est pas, en effet, de consacrer l'existence d'un droit subjectif dans le chef d'une des parties au litige, mais bien d'infliger une sanction en raison d'un comportement irrégulier (211). La contestation dont il s'agit est donc étrangère à celles visées par les articles 144 et 145 de la Constitution (212).

74. – La question rebondit toutefois à la lecture de l'article 40, alinéa 1^{er}, de la Constitution. En vertu de cette disposition, le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et tribunaux (213). Faut-il en conclure avec F. Perin que, le pouvoir de réprimer faisant partie de cette compétence juridictionnelle, il échappe aux compétences susceptibles d'être dévolues à l'administration active (214) ?

(210) P. WIGNY, *Droit constitutionnel, Principes et droit positif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 768; J. LIGOT, *op. cit.*, p. 7; Projet de loi «apportant des modifications, notamment en ce qui concerne les réfugiés, à la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers», Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1986-1987, n° 689/1, p. 30 : «On ne peut admettre l'établissement d'amendes infligées par une autorité administrative que lorsque ces amendes constituent la sanction d'une obligation de caractère purement administratif et qu'elles sont d'un montant réduit. Admettre la solution contraire aboutirait à éluder les garanties établies par la Constitution en matière de prononciation des peines (Const., article [12, 13, 110 et 144])»; *Compar.* Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2002, p. 127.

(211) F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, p. 741; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 407-408. «Ce n'est pas parce qu'une décision juridictionnelle est de nature à avoir des répercussions sur des droits subjectifs qu'il faut conclure que la contestation qu'elle tranche a pour objet de tels droits» (M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 624). *Compar.* la conception défendue par les organes de Strasbourg quant à la notion de «contestations sur des droits et obligations de caractère civil (J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 370-371).

(212) En revanche, la contestation qui naît, à la suite de l'infliction de la sanction, entre l'autorité administrative et la personne sanctionnée peut porter sur des droits civils et politiques (Cass., 17 décembre 2001, RG S.000012.F; Cass., 10 mai 2004, RG S.020076.F).

(213) On sait désormais que cette compétence juridictionnelle n'est pas assumée uniquement par les juridictions de l'ordre judiciaire, mais aussi par les juridictions administratives, dont le Conseil d'Etat, et par la Cour d'arbitrage.

(214) «Appliquer une peine pour sanctionner une infraction, c'est rendre un jugement et le pouvoir de prononcer des jugements appartient, en vertu de l'article [40] de la Constitution, au pouvoir judiciaire» (F. PERIN, «Cours de droit constitutionnel», Livre II, *Organisation et compétence des pouvoirs*, 1984, P.U.Lg., p. 198). Bien que l'interprétation

L'article 40, alinéa 1^{er}, de la Constitution est une disposition liminaire du Titre III de la Constitution consacrée aux pouvoirs. Il n'a pour objet que d'annoncer, aux côtés des pouvoirs législatif et exécutif, l'existence d'un troisième pouvoir : le pouvoir judiciaire, et d'en identifier le titulaire. Dans ces conditions, il paraît difficile de soutenir que le Constituant a voulu donner à cet alinéa 1^{er} une portée autonome, qui se différencierait du prescrit contenu dans les articles 141 et suivants de la Constitution (215).

75. — On ne saurait pour autant en conclure que, hormis le prescrit de l'article 12, dernier alinéa (216), la Constitution est muette à propos du pouvoir répressif. Avec M. Verdussen, il faut souligner le nombre de dispositions qui établissent un lien étroit entre la fonction pénale et l'office du juge (217). Pour ne citer qu'un exemple frappant, on rappellera que l'article 110 de la Constitution permet au Roi de remettre ou de réduire les *peines prononcées par les juges*.

Il résulte, en réalité, tant de l'esprit que du texte de la Constitution, que le contentieux *pénal* relève de la compétence exclusive du juge (218). Faut-il en déduire automatiquement que toute mesure de répression étatique doit être prononcée par celui-ci ?

On ne le pense pas. On rappellera, tout d'abord, que le régime disciplinaire, prévalant au sein des institutions publiques, est consacré par le Constituant même. La régularité des sanctions administratives intimement liées à l'allocation du

soit fournie pour justifier la compétence exclusive du juge en matière pénale, sa transposition à l'infliction d'une sanction, au sens large, paraît aller de soi (voy., ainsi le questionnement de A. SIMON, *op. cit.*, p. 360). Ainsi, appliquer une sanction disciplinaire constitue-t-il aussi un jugement qui devrait, à pousser la logique jusqu'à son terme, être prononcé par un juge. Sur la position en droit allemand, voy. F. MODERNE, *op. cit.*, pp. 181-182.

(215) En outre, comme le souligne le Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, « il y a des décisions émanant du pouvoir judiciaire qui ne participent pas de la fonction juridictionnelle [alors que] de multiples organes distincts de ceux qui exercent constitutionnellement le pouvoir judiciaire ou qui n'ont pas pour fonction principale de juger, accomplissent des actes de juridiction » (Conclusions avant Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, pp. 436-437).

(216) Voy. *infra*.

(217) *Op. cit.*, p. 409.

(218) Le concept de « peine administrative » devrait dès lors être considéré comme un non-sens en droit constitutionnel. Compar. P. VERMEULEN, *Administratie sancties in België*, Preadvies voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, 1971, pp. 28 et s.

domaine public ou à l'attribution de missions de service public ne peut pas être davantage remise en cause.

Au-delà de cette répression «interne» à l'administration, deux interprétations du texte constitutionnel sont néanmoins envisageables. Soit, il faut considérer que, sans préjudice des exceptions évoquées ci-avant, le seul pouvoir répressif est pénal et, dès lors, réservé au juge (219). Soit, il convient d'interpréter comme un blanc-seing le silence du Constituant à propos d'un pouvoir répressif administratif.

La seconde interprétation ne paraît guère soutenable. En effet, la circonstance qu'aucune disposition constitutionnelle n'interdise au pouvoir exécutif d'agir dans une matière déterminée ne peut constituer un titre de compétence valable. A la différence du droit civil, où la liberté individuelle n'est arrêtée que par la loi, les compétences en droit public sont d'attribution (220). Par ailleurs, lorsqu'il établit la plupart des dispositions relatives au droit pénal, le Constituant ne pouvait avoir égard qu'à la seule forme de répression qui lui paraissait envisageable : celle élaborée par le Code pénal et les dispositions qui le complètent (221).

(219) On peut se demander si la définition que donne actuellement la Cour de cassation à la peine («la peine implique un mal infligé à titre de sanction d'un acte que la loi défend» Cass., 14 janvier 2004) ne s'inscrit pas dans une telle perspective. En effet, en n'imposant plus le recours au critère organique (la peine, *au sens de la Constitution*, est la sanction infligée par un juge), la haute juridiction paraît englober dans la définition de la peine toutes les sanctions étatiques, en ce compris la sanction administrative. Or, puisque, en vertu de la Constitution, la peine ne peut être prononcée que par un juge, l'hypothèse d'une «sanction administrative» deviendrait inconstitutionnelle. La Cour de cassation irait alors à l'encontre de sa propre jurisprudence qui reconnaît l'existence de sanctions administratives, outre les peines proprement dites. *Compar.* F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE (*op. cit.*, p. 455) qui justifient, dans la lignée de la jurisprudence européenne, l'abandon du critère organique au motif que son emploi constituerait une pétition de principe «dans la mesure où c'est la nature pénale ou non d'une mesure qui devrait avoir pour conséquence qu'elle doive ou non être prononcée par le pouvoir judiciaire, et non l'inverse». Si l'on peut souscrire à ce raisonnement, c'est toutefois à la condition qu'il ne rende pas impossible l'existence autonome de sanctions administratives. Il y aurait donc lieu de chercher un critère – autre qu'organique – permettant de distinguer, d'une part, les sanctions qui ressortissent en propre à la sphère pénale et qui ne peuvent être prononcées que par un juge et, de l'autre, les sanctions qui ne participent pas à ce noyau dur du droit pénal et qui peuvent constituer une application de la répression administrative. A ce sujet, voy. *infra*.

(220) *Compar.* M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 80.

(221) Même s'il est vrai que certaines sanctions administratives existaient dès le XIX^e siècle (voy. L. DE GEYTER, «Een mensenrechtelijke benadering van het fenomeen van de bestuurlijke sancties. Een analyse van de rechtspraak van het Arbitragehof en het Europees Hof voor de rechten van de Mens», in M. SANTENS (éd.), *Gewapend bestuur? Gemeentelijk bestuur (srecht) en gemeentelijke administratieve sancties ter bestrijding van overlastfenomenen en kleine criminaliteit*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 107).

Compte tenu de l'évolution actuelle du régime des sanctions administratives, la première interprétation ne paraît toutefois guère plus défendable. En effet, tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation ont admis le principe de la répression administrative. Plus encore, la Cour d'arbitrage considère que, lorsqu'il entend réprimer un comportement fautif, le législateur est libre de choisir entre la voie pénale et la voie administrative (222). L'émergence d'une répression administrative obéit à des exigences d'efficacité dans la poursuite des infractions. Tout se passe comme si un glissement de compétences s'était opéré du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif afin d'accomplir, plus efficacement, la compétence initialement dévolue au juge répressif.

76. – Ce qui n'est plus donc aujourd'hui qu'une *prééminence* constitutionnelle du pouvoir judiciaire sur le contentieux répressif, extérieur au bon fonctionnement du service public, aboutit néanmoins à certaines conséquences.

La répression administrative externe est un régime d'exception. Son application n'est justifiée que si, et dans la mesure où, elle répond adéquatement à l'objectif qui lui est assigné. Inversement, cette répression administrative doit présenter des garanties analogues à celles prévalant en droit pénal dans toute la mesure où ces garanties ne rendent pas impossible ou exagérément difficile l'accomplissement de la mission confiée à l'administration répressive (223) (224). Il ne s'agit toutefois

(222) Voy. C.A., arrêt n° 22/99, du 24 février 1999, B.10 et jurisprudence constante de la Cour à partir de cet arrêt.

(223) Dans le même sens, voy. J. PUT, «Naar een kaderwet...», *op. cit.*, p. 328. Ainsi, sous peine de rendre inutile toute répression administrative, il n'est pas en soi discriminatoire que l'infliction d'une sanction administrative soit le fait d'une autorité administrative et non d'un juge, pour autant qu'un recours juridictionnel efficace soit ouvert à la personne sanctionnée (C.A., arrêt n° 72/92, du 18 novembre 1992). Jugé également que l'application par le juge compétent pour vérifier la régularité de la sanction administrative prévue à l'article 70, §2, du Code de la T.V.A., «d'une règle d'absorption analogue à celle prévue par l'article 65 du Code pénal ne serait pas compatible avec le système de sanctions de l'article 70, §2, du Code de la T.V.A. Elle conduirait en effet à ce qu'en cas d'infraction systématique et répétée, portant parfois sur un grand nombre de factures, une seule amende, relative à la facture la plus élevée, pourrait être infligée. Une telle mesure n'aurait pas l'effet dissuasif que le législateur doit donner aux amendes fiscales en cause» (C.A., arrêt n° 96/2002, du 12 juin 2002). La suspension du prononcé ne doit pas être garantie à propos des sanctions administratives. En revanche, un même raisonnement ne saurait être tenu à l'égard du sursis à l'exécution des peines, même si les amendes administratives n'ont pas le caractère infamant qui s'attache aux condamnations pénales (C.A., arrêt n° 105/2004 du 16 juin 2004). Il s'agit là d'une évolution de la juris-

pas de chercher l'impossible assimilation de la sanction administrative à la peine, au sens du droit constitutionnel, mais bien d'instaurer une équivalence de garanties entre deux régimes répressifs dont l'autonomie est préservée. A ce titre, il n'y a pas de raison de maintenir une garantie pénale lorsque celle-ci entend prémunir l'individu contre un effet défavorable étranger au régime des sanctions administratives (225).

II. – LES LIMITES DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

77. – La compétence répressive de l'administration connaît des limites explicites (A). Faut-il, au-delà de cette première catégorie de balises, rechercher une frontière intangible entre le domaine réservé au droit pénal et l'aire de la répression administrative (B)?

A. – *Les limites explicites*

1. *Les limites à toute répression*

78. – La Constitution exclut certains châtements. Il en va ainsi de la peine de mort, de la confiscation générale des

prudence de la Cour. Voy., notamment, à ce sujet, F. LAGASSE, «Amendes administratives, suspension, sursis et contrôle de la Cour d'arbitrage», *J.T.T.*, 2004, pp. 497 et s.; F. LOUCKX, «De wet administratieve geldboeten en het Arbitragehof, een stand van zaken», *R.W.*, 2005-2006, pp. 570 et s.). L'amende doit également pouvoir être réduite au-dessous du minimum légal (C.A., arrêt n° 45/97, du 14 juillet 1997, B.7. *Compar.*, C.A., arrêt n° 153/2001, du 28 novembre 2001 : «Le seuil de cinq mille francs sous lequel il n'est pas possible de descendre, même en cas de circonstances atténuantes, a été instauré afin de conserver aux amendes administratives un caractère suffisamment dissuasif»). Sur la non-application, en matière de sanctions administratives, du principe de continuité du siège, voy. C.A., arrêt n° 178/2006, du 29 novembre 2006, B.3.1.

(224) *Compar.* C.E., arrêt s.a. *TVi*, n° 142.593, du 24 mars 2005 : «Le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'étant pas une juridiction, mais une autorité administrative indépendante, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne lui est pas applicable. Toutefois, lorsqu'il décide d'infliger une sanction, le C.S.A assure une mission proche de celle d'une juridiction répressive et est tenu de respecter les règles qui s'imposent à une telle juridiction, dans la mesure où la législation applicable et sa nature d'autorité administrative indépendante n'y font pas obstacle». Cette décision gagne à être rapprochée des considérations émises par D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 36.

(225) Le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, estimer que la suspension du prononcé n'est pas applicable aux amendes administratives, notamment parce qu'une telle suspension vise essentiellement à éviter des effets qui s'attachent aux seules condamnations pénales et qui sont défavorables aux condamnés (inscription au casier judiciaire,...) (C.A., arrêt n° 105/2004, du 16 juin 2004).

biens (226) ou de la mort civile. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit, pour sa part, tout traitement inhumain ou dégradant (227). Ni la loi, ni le règlement ne peuvent instaurer de telles sanctions.

79. – Les articles 58 et 59 de la Constitution ont une autre portée (228). Ils interviennent en amont de la sanction susceptible d'être infligée, pour interdire toute poursuite à l'encontre d'un parlementaire, d'un ministre ou d'un secrétaire d'Etat pour les opinions et les votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions (229). Même si les auteurs de doctrine ne s'y réfèrent pas expressément (230), il n'y a pas de raison pour considérer que cette immunité absolue ne fasse pas aussi obstacle au prononcé d'une sanction administrative.

Cette position doit toutefois être nuancée. En effet, l'immunité absolue dont jouissent les parlementaires et les membres d'un exécutif ne va pas jusqu'à les protéger contre d'éventuelles sanctions disciplinaires adoptées par l'autorité publique à laquelle ils appartiennent (231). En d'autres termes, l'article 59 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce qu'un ministre ou un secrétaire d'Etat soit sanctionné disciplinairement par le Roi pour les propos qu'il a tenus.

2. *Les limites propres à la répression administrative*

80. – L'article 12, alinéa 3, de la Constitution prévoit que, hors les cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en

(226) La Constitution n'exclut donc pas la confiscation de certains biens particuliers, notamment ceux qui ont permis la commission de l'infraction. Par ailleurs, la fermeture d'un établissement ne constitue pas une confiscation de biens au sens de l'article 17 de la Constitution.

(227) Sur cette question, voy., récemment, F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, «La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale», in *La criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 454-456.

(228) Les articles 120 et 124 de la Constitution consacrent une garantie similaire au profit des parlementaires, ministres et secrétaires d'Etat fédérés.

(229) A la différence de l'irresponsabilité parlementaire dont le champ d'application est, somme toute, assez réduit, l'irresponsabilité ministérielle, telle qu'elle est interprétée par la doctrine, permet de protéger les ministres et secrétaires d'Etat dans un nombre bien plus important de situations (voy. ainsi M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 396).

(230) F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, p. 529. Dans le même sens, voy., notamment, J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht van het publiek recht*, Bruges, Die keure, 2004, p. 692.

(231) R. HAYOIT DE TERMICOURT, «L'immunité parlementaire», *J.T.*, 1955, p. 613; A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht.*, Anvers, Kluwer, 2005, pp. 232-233.

vertu d'une ordonnance motivée d'un juge qui doit être signifiée au moment de l'arrestation ou, au plus tard, endéans les 24 heures de la privation de liberté (232).

Hormis le cas de flagrance, aucune autorité administrative ne pourrait donc être habilitée à infliger une privation de liberté à un individu sans l'autorisation d'un juge (233).

Un récent arrêt de la Cour de cassation pose néanmoins question. Selon la haute Cour, les étrangers bénéficient, en principe, de la protection offerte par l'article 12, alinéa 3, de la Constitution. Conformément à l'article 191 de la Constitution, cette égalité de traitement entre Belges et étrangers ne vaut cependant que pour autant que le législateur n'ait pas manifesté son intention d'y déroger. Appliquant isolément l'article 191 de la Constitution (234), la Cour de cassation estime que, lorsque la loi habilite une autorité administrative à ordonner la détention d'étrangers, cette loi déroge valablement à la Constitution et a pour effet de priver ses destinataires du bénéfice de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution (235).

On notera, par ailleurs, que les mesures disciplinaires adoptées à l'encontre de militaires ou de détenus peuvent, elles aussi, emporter une certaine privation de liberté – ou un régime de privation plus contraignant – sans qu'elles ne tombent sous le coup de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution (236).

(232) L'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales limite aussi les cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté d'aller et venir.

(233) «Il suit de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution que les juridictions judiciaires sont seules compétentes pour infliger les peines privatives de liberté» (Ph. BOUVIER, *op. cit.*, p. 127). Dans le même sens, R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 67, G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 190. Sur la qualification de la surveillance électronique comme privation de liberté, voy. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, pp. 471-472.

(234) Voy., à ce sujet, B. RENAULD, «La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux de l'étranger», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 122.

(235) Cass., 11 octobre 2005, RG P.051268.N. Voy., à ce sujet, D. VANHEULE, «Vrijheidsberoving in het vreemdelingenrecht», *Rec. Cass.*, 1993, pp. 203 et s.

(236) C.E., arrêt *Naijia*, n° 134.189, du 31 juillet 2004, (solution implicite en matière de régime pénitentiaire). Selon la Cour européenne, «une sanction ou mesure disciplinaire qui s'analyserait sans conteste en une privation de liberté si on l'appliquait à un civil peut ne pas en avoir le caractère si on l'inflige à un militaire» (Cour eur D.H., arrêt *Engel*, §59. Voy., pour de plus amples développements, J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 252. *Compar.* Cour eur. D.H., arrêt *Dacosta Silva*, du 2 novembre 2006, §§42 et s.).

81. – L'article 150 de la Constitution précise, pour sa part, que le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie. La volonté du Constituant est claire : les infractions les plus graves, ainsi que les infractions particulièrement sensibles que sont les délits politiques et de presse, relèvent exclusivement du jury populaire. Le législateur ne peut prévoir, en surplus, une procédure au terme de laquelle l'autorité administrative infligerait une sanction à l'auteur d'un crime ou d'un délit politique et de presse qui n'est pas inspiré par le racisme ou la xénophobie.

L'article 150 de la Constitution ne fait toutefois pas obstacle à ce qu'une sanction disciplinaire frappe l'auteur de telles infractions. Dans ce cas, en effet, la sanction administrative ne sanctionne pas le crime ou le délit en tant que tel, mais la faute disciplinaire que constitue la commission d'une telle infraction.

B. – *Une limite implicite :*
l'aire réservée au droit pénal ?

82. – Sans préjudice des limitations expressément établies par le Constituant, faut-il considérer que la répression administrative serait contrainte par une frontière au-delà de laquelle elle pénétrerait irrégulièrement dans le domaine réservé au droit pénal ? Par hypothèse, la question se pose uniquement à l'égard de la répression administrative externe, laquelle poursuit le même objectif que le droit pénal traditionnel.

La jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage établit, il est vrai, que « lorsque le législateur estime que certains manquements à des obligations légales doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives. Le choix de l'une ou l'autre catégorie de sanctions ne peut être considéré comme établissant, en soi, une discrimination » (237). On notera néan-

(237) C.A. arrêt n° 40/97, du 14 juillet 1997 ; C.A., arrêt n° 45/97, du 14 juillet 1997 ; C.A., arrêt n° 128/99, du 7 décembre 1999 ; C.A., arrêt n° 132/2001, du 30 octobre 2001 ; C.A., arrêt n° 105/2004, du 16 juin 2004.

moins que cette antienne est tempérée, logiquement, par la considération subséquente selon laquelle la différence de traitement qui pourrait en résulter serait néanmoins discriminatoire si elle n'était pas raisonnablement justifiée (238). En d'autres termes, l'autorité instaurant la sanction administrative devrait-elle faire preuve d'une certaine retenue dans les faits qu'elle incrimine, compte tenu du caractère exceptionnel de la répression administrative ? Deux critères de démarcation sont *a priori* envisageables.

1. *Le critère tiré de la nature de l'incrimination*

83. – Le premier d'entre eux repose sur une distinction, traditionnelle en droit pénal, selon laquelle l'incrimination pénale est une prescription tantôt autonome, tantôt accessoire à une autre réglementation. Le propre du droit pénal résiderait-il précisément dans l'incrimination autonome de comportements (239), de telle sorte que l'administration serait incompétente pour sanctionner de telles infractions (240) ?

Qu'on ne s'y méprenne pas. Il ne s'agit pas de considérer que le pouvoir de sanction constitue un accessoire d'une compétence principale dévolue à une collectivité ou à une autorité déterminée (241), mais bien de limiter le pouvoir répressif de l'administration aux seules violations de réglementations particulières. Cette proposition peut, elle-même, être interprétée de deux manières.

84. – Il s'agit, dans une première hypothèse, d'opposer les incriminations contenues dans le Code pénal, d'une part, et celles qui sont prévues par des législations particulières, de l'autre. Ce critère, tout à fait formaliste, ne résiste pas à l'analyse. En effet, le vol simple mérite-t-il plus la désapprobation

(238) C.A., arrêt n° 40/97, du 14 juillet 1997 ; C.A., arrêt n° 45/97, du 14 juillet 1997 ; C.A., arrêt n° 132/2001, du 30 octobre 2001 ; C.A., arrêt n° 153/2001, du 28 novembre 2001 ; C.A., arrêt n° 105/2004, du 16 juin 2004.

(239) F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE (*op. cit.*, pp. 136 et s.) identifient ainsi une « certaine autonomie normative du droit pénal, au sens où, au lieu de sanctionner la violation de normes préexistantes consacrées par d'autres branches du droit, il lui arrive parfois de créer lui-même, en tout ou en partie, de nouvelles normes de conduite ».

(240) Voy., notamment, les références citées par A. SIMON, *op. cit.*, pp. 359-360.

(241) Voy., à ce sujet, *infra*, la contribution de D. RENDERS et al.

publique que l'incitation à la haine raciale (242)? Quant aux sanctions applicables, leur gravité n'est en rien influencée par la circonstance que l'acte incriminé fait partie d'une législation particulière ou est repris au Titre II du Code pénal.

85. – Dans une seconde acception, l'incrimination pénale est regardée comme autonome lorsqu'elle porte sur un comportement indépendant de l'autorité publique, qu'elle n'est pas l'accessoire répressif d'une relation particulière entre l'individu et l'autorité publique, gouvernée par des règles spécifiques et susceptibles de se modifier assez rapidement. Pour ne prendre qu'un exemple, l'infraction constituée par une pollution des sols est une incrimination autonome alors que l'infraction résultant du non-respect des conditions contenues dans un permis d'environnement constitue l'accessoire de la réglementation administrative relative à ce permis (243).

Ce critère, qui s'appuie, pour l'essentiel, sur les destinataires de l'action répressive (244), est démenti par la pratique législative actuelle. Les lois du 17 juin 2004 et du 20 juillet 2005 ont, ainsi, dépénalisé toute une série d'incriminations «autonomes», visées antérieurement par le Code pénal, laissant le soin aux autorités communales de réprimer éventuellement de tels comportements, via l'établissement de sanctions administratives.

Le critère demeure, en outre, assez théorique. En quoi la répression de délits mineurs, proches de simples incivilités, relèverait-elle plus du droit pénal que la lutte contre le blanchiment d'argent, le travail au noir ou l'occupation d'étrangers en situation irrégulière?

(242) En réalité, un tel critère de distinction ne pourrait être reçu que si prévalait une politique criminelle constante d'intégration des infractions jugées les plus graves dans le Code pénal (voy., sur cette question, la position française défendue par A. CERF, «Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux», in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2001, pp. 66-68).

(243) A. DE NAUW, *op. cit.*, pp. 83-84.

(244) Voy., *supra*, la distinction entre répression administrative externe de premier et de second degré.

2. *Le critère tiré de la gravité de l'incrimination*

86. – Le second critère éventuel de démarcation entre le droit pénal et le droit administratif répressif s'appuie, non plus sur la nature de l'incrimination, mais sur sa gravité. L'aire de la répression administrative serait strictement limitée aux seuls comportements attentatoires à un «ordre administratif», par opposition à l'ordre social qu'entend protéger le droit pénal (245).

Défini de la sorte, l'«ordre administratif» ne correspond pas à la notion de «répression interne à l'administration». Il ne s'agit pas, en effet, d'examiner si la sanction permet de garantir le bon fonctionnement du service public, mais bien de s'interroger sur la nature du comportement sanctionné. Si celui-ci porte atteinte à des valeurs mineures de l'ordre social, il est susceptible d'être sanctionné par une autorité administrative. En cas contraire, seul le juge pénal serait compétent (246).

La question de savoir où s'achève l'ordre administratif pour céder la place aux valeurs jugées essentielles à la société nous paraît des plus délicates à trancher. On a vu qu'elle ne pouvait l'être au moyen d'un critère formel. Considérera-t-on alors qu'il faut avoir égard à l'impact que l'infraction peut avoir sur la conscience collective? Dans ce cas, on pourrait sans doute justifier que des infractions sociales ou fiscales ressortissent à la répression administrative. Mais comment expliquer qu'il en soit également ainsi de faits de hooliganisme, par exemple? Estimera-t-on, enfin, qu'il est possible d'identifier certains objectifs de moindre importance qu'on se perdra dans une hiérarchie forcément subjective des différentes valeurs sociales (247).

(245) F. MODERNE, *op. cit.*, pp. 127 et s.

(246) M. VERDUSSEN (*op. cit.*, pp. 80-84) considère ainsi que les sanctions administratives ont «une finalité punitive» et qu'elles se distinguent des sanctions pénales par le fait qu'elles visent à sanctionner «des atteintes légères à l'ordre social».

(247) A. ALEN, *Administrative...*, *op. cit.*, p. 395; R. ANDERSEN, «Le pouvoir de sanction...», *op. cit.*, pp. 66-67. Voy., encore, les arrêts n° 22/99, n° 32/99, n° 96/2002 et n° 88/2004, précités, de la Cour d'arbitrage qui reconnaissent que l'utilisation d'une sanction administrative est justifiée pour réprimer «une infraction qui nuit particulièrement à l'intérêt général».

87. — Et, pourtant, qui ne rejetterait, intuitivement, l'idée qu'un jour, un assassinat ou un viol puisse n'être que sanctionné par une autorité administrative? Si tel est bien le critère décisif pour faire le départ entre la répression pénale et administrative, force est, cependant, de constater qu'il ne peut se fonder que sur le degré de gravité de la sanction assortissant *actuellement* l'infraction considérée. Sans doute, le législateur demeure-t-il en mesure de réexaminer sa politique criminelle. Toutefois, il ne peut agir en la matière que dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination. Celui-ci suppose que son choix ne soit pas manifestement déraisonnable.

Dès lors que ce critère ne relève pas de l'appréciation illimitée du législateur, son utilisation paraît non seulement utile, mais aussi raisonnable. On se rappellera alors que l'article 150 de la Constitution établit explicitement une pareille limite à la répression administrative, en réservant au jury la compétence de punir les crimes et les délits politiques et de presse. Sans avoir à se prononcer sur le débat relatif à l'utilité d'un jury populaire, on ne saurait passer sous silence l'autre prescription majeure de cette disposition constitutionnelle qui établit, mieux que tout autre critère, la ligne de démarcation entre la répression administrative externe et la répression pénale.

88. — En deçà de cette limite explicite, faut-il considérer que d'autres infractions demeurent à ce point graves que l'égal accès à la justice s'oppose à leur dépénalisation, totale ou partielle? C'est l'enseignement qui pourrait être tiré de l'arrêt rendu le 18 janvier 2006 par la Cour d'arbitrage.

L'article 119*bis*, §8, alinéa 2, de la Nouvelle loi communale prévoyait, avant sa modification par la loi du 20 juillet 2005, que le Procureur du Roi dispose d'un délai d'un mois pour faire savoir au fonctionnaire, chargé de la répression administrative au sein de la commune, si des poursuites seront intentées contre les infractions visées aux articles 526, 537 et 545 du Code pénal. A défaut, ces infractions pourront être sanctionnées administrativement.

Selon la Cour d'arbitrage, cette disposition, qui permet au fonctionnaire d'agir lorsque le ministère public s'abstient de le faire, dans le délai qu'elle fixe, correspond à la volonté du

législateur de remédier au classement sans suite de nombreux petits délits. Plus fondamentalement, la Cour estime encore que la mesure n'est pas disproportionnée, notamment, parce qu'«elle porte sur les seules infractions tenant à la dégradation de certains biens, et *non, notamment, sur celles, plus graves, tenant aux menaces, coups et blessures, injures et vols, visées à l'article 119bis, §8, alinéa 1^{er}, de la Nouvelle loi communale, pour lesquelles le ministère public garde son pouvoir d'appréciation*» (248).

89. — Ne peut-on retrouver une même préoccupation dans le chef de la Cour européenne des droits de l'homme? Dans ses arrêts *Oztürk* et *Lutz*, la Cour de Strasbourg estime que «eu égard à la multiplicité des infractions *légères*, en particulier dans le *domaine de la circulation routière*, qui ne dénotent pas une *indignité* propre à valoir à leur auteur le jugement défavorable caractérisant la peine, un Etat contractant peut avoir de bonnes raisons d'introduire un système qui décharge ses juridictions du soin de traiter la grande majorité d'entre elles. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6» (249).

Dans l'arrêt *Bendenoun*, la Cour européenne considère néanmoins que «un Etat contractant doit avoir la liberté de confier au fisc la tâche de poursuivre [les infractions fiscales] et de les réprimer, *même si la majoration encourue à titre de sanction peut être lourde*» (250). La doctrine estime que cet arrêt balaie la réserve au profit du droit pénal que semblait concéder les arrêts *Oztürk* et *Lutz* (251).

Le considérant précité ne porte toutefois pas sur la gravité de l'infraction, en tant que telle, mais sur l'importance de la sanction qui l'assortit et qui est proportionnelle à l'importance

(248) C.A., arrêt n° 6/2006, du 18 janvier 2006, B.6.3. Voy., à ce sujet, V. RIGODANZO, «Les amendes administratives, droit pénal ou droit administratif? Entorse à la séparation des pouvoirs», in A. COENEN et al., *Les amendes administratives*, Bruges, Van den Broele, 2006, pp. 99-100.

(249) Cour eur. D.H., arrêt *Lutz*, du 25 août 1987, §57; Cour eur. D.H., arrêt *Oztürk*, du 21 février 1984, §56.

(250) Cour eur. D.H., arrêt *Bendenoun*, du 24 février 1994, §46.

(251) A. ALEN, *Administratieve...., op. cit.*, p. 374 et références citées.

de la partie de l'impôt éludé. La doctrine a été, en revanche, moins attentive à une autre considération de la Cour, évoquée dans le même paragraphe de cet arrêt. En effet, on peut y lire que «en ce qui concerne les aspects généraux du système français de majorations d'impôt en cas d'absence de bonne foi, la Cour estime *qu'eu égard au grand nombre des infractions du type visé à l'article 1729, par. 1 du code général des impôts*, un Etat contractant doit avoir la liberté de confier au fisc la tâche de les poursuivre et de les réprimer». Ne faut-il pas accorder une certaine importance à ce qui paraît bien être une condition à l'utilisation de la répression administrative, en lieu et place de la répression pénale, aux fins de sanctionner un comportement irrégulier?

Enfin, le très récent arrêt *Jussila*, rendu en grande chambre, consacre une distinction fondamentale entre les accusations pénales, au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne estime, en effet, que les majorations d'impôt, dont il était question, notamment, dans l'arrêt *Bendenoun*, ne font pas partie du «*noyau dur* du droit pénal», sans préciser, il est vrai, ce qu'englobe un tel noyau (252).

TROISIÈME PARTIE

LES CARACTÈRES DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

90. – La sanction administrative est définie. Elle dispose d'une portée autonome qui la différencie tant de la peine, infligée par un juge, que d'actes administratifs causant grief mais ne poursuivant pas d'objectif répressif. Dans sa spécificité, la sanction administrative est toutefois susceptible de se présenter sous trois formes distinctes, décisives quant à la détermination du régime juridique qui lui est applicable.

Qu'on ne s'y méprenne pas; la catégorisation adoptée n'est pas l'unique classification envisageable. Les sanctions adminis-

(252) Cour eur. D.H., arrêt *Jussila*, 23 novembre 2006, §43.

tratives peuvent tout aussi bien être regroupées en fonction de leur auteur, de leurs destinataires ou encore de leurs effets. Le régime juridique de la sanction administrative ne découle pas davantage des seuls caractères qu'on se propose de mettre en évidence. Sa définition même contient déjà – on l'a vu – des contraintes essentielles quant à son mode d'élaboration et d'infliction.

91. – Sous le bénéfice de cette précision initiale, il est permis de distinguer, parmi les sanctions administratives, celles dont le caractère est « pénal », « civil » ou « autonome ». On l'aura compris : ces critères s'inspirent directement des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (253).

I. – LA SANCTION ADMINISTRATIVE À CARACTÈRE « PÉNAL »

92. – Compte tenu de ce qui précède, on ne peut qu'être surpris de voir apparaître l'hypothèse d'une sanction administrative à « coloration pénale ». N'a-t-on pas établi, en effet, l'autonomie de la répression administrative ? Il convient, en réalité, de ne pas confondre deux ordres de préoccupations bien distincts. Si le concept de « sanction administrative à caractère pénal » ne paraît pas envisageable en droit interne (254), il répond, en revanche, à une réalité incontestable en droit européen des droits de l'homme (255).

Les articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrent respectivement le droit à un procès équitable à l'occasion d'une accusation pénale et les principes de légalité et de non-rétroactivité

(253) L'article 41 de la Charte européenne des droits fondamentaux ne reprend pas une même terminologie. Elle considère, plus généralement, que toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un procès équitable.

(254) Voy. *supra*.

(255) On ne s'étonnera donc pas de voir la Cour d'arbitrage qualifier certaines sanctions administratives de « pénales », au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en les opposant aux « sanctions pénales *stricto sensu* », soit celles conçues comme telles en droit interne (C.A., arrêt n° 153/2001, du 28 novembre 2001, B.5. et B.11). *Compar.* l'opinion dissidente des juges Costa, Cabral Barreto et Mularoni sous Cour eur. D.H. (g.c.), arrêt *Jussila*, du 23 novembre 2006.

des délits et des peines. Les notions de «peine» ou d'«accusation pénale», utilisées par ces dispositions, ont une portée autonome, qui ne se confond pas avec le sens qui est le leur en droit interne (256).

La sanction administrative peut revêtir un aspect pénal, au sens de la Convention. Par l'arrêt *Oztürk*, la Cour européenne a, en effet, reconnu que l'infliction d'une peine ne devait pas nécessairement être le fait d'une juridiction, pour autant qu'un juge indépendant et impartial puisse se saisir de la question par la suite et disposer, à cet égard, d'un pouvoir de pleine juridiction. Pour autonome qu'elle soit, la notion conventionnelle de «peine» n'englobe cependant pas toutes les mesures répressives susceptibles d'être adoptées par l'autorité publique (257). Dans quelle mesure la sanction administrative incorpore-t-elle, dès lors, le champ d'application des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales?

93. – Est-il encore nécessaire de rappeler que la jurisprudence européenne a établi trois critères afin de débusquer le caractère pénal d'une décision défavorable à l'individu? Il s'agit de la qualification qui est donnée en droit interne à «l'infraction», de sa nature propre et, enfin, de la nature et de la gravité de la mesure adoptée (258). Ces critères alternatifs s'articulent selon une technique de subsidiarité, qui donne

(256) En revanche, il existe une certaine unité de sens entre les termes employés à l'article 6 et ceux utilisés par l'article 7 de la Convention (Cour eur. D.H., *Valico*, p. 3; S. VAN DROOGHENBROECK, «La dissolution de la matière pénale», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Putz*, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 930; M. CROMHEECKE et F. DHONT, «Geen straf zonder wet», in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, Vol. 1, Anvers, Intersientia, 2004, p. 653).

(257) La Cour européenne ne s'est en effet jamais rangée à l'opinion dissidente du juge Meyer, rendue à l'occasion de l'arrêt *Putz*, du 22 février 1996: «Il me semble que, quels que soient les noms qu'on puisse donner aux choses, toute sanction infligée à quelqu'un en raison d'un comportement considéré comme répréhensible est une "peine" et relève, dès lors, par sa "nature" même, du domaine pénal». Pour une critique de ce point de vue, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «La dissolution...», *op. cit.*, pp. 948-949.

(258) Voy., très récemment, Cour eur. D.H., arrêt *Mamidakis*, du 11 janvier 2007, qui parle de «classification de l'infraction au regard du droit naturel» (§20). On relèvera aussi que l'accusation pénale suppose qu'existe «une notification par l'autorité du reproche d'avoir accompli une infraction pénale, ou même, des mesures impliquant un tel reproche et entraînant des répercussions importantes sur la situation du suspect» (Cour eur. D.H., arrêt *Foti et al.*, du 10 décembre 1982, *Série A*, n° 56, p. 18). Puisque la sanction administrative est un acte répressif causant grief, cette condition est supposée remplie en l'espèce.

priorité au premier d'entre eux – d'ordre formel – sur les deux derniers, de nature plus substantielle (259).

94. – Les juridictions internes s'approprient, assez fidèlement, ces trois critères, même si elles usent, parfois, de termes spécifiques.

Afin d'assimiler à une sanction pénale la condamnation d'office de l'employeur, par le juge, au triple des cotisations sociales éludées par lui, telle qu'elle est prévue par l'article 35, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969, la Cour d'arbitrage relève que cette sanction « a un caractère répressif prédominant; elle a pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises par tous les employeurs, préposés et mandataires, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les règles de l'assujettissement à la sécurité sociale; ces personnes, connaissant à l'avance la sanction qu'elles risquent d'encourir, sont incitées à respecter leurs obligations; la mesure est localisée dans la section 4, consacrée aux "sanctions pénales"; elle s'ajoute à une peine prononcée par un juge pénal; elle ne répare pas le dommage causé par l'intéressé à la partie préjudiciée, qui est indemnisée par l'application de l'article 35, alinéa 2 » (260).

Cette analyse détaillée du juge constitutionnel, lorsqu'il est confronté à une sanction prononcée par une autorité juridictionnelle, cède toutefois le pas à une application plus péremptoire de la jurisprudence européenne lorsqu'il s'agit de qualifier de peine, aux fins de la Convention, des sanctions appliquées par l'administration (261). Il n'y a toutefois pas

(259) On doit cependant reconnaître, avec S. VAN DROOGENBROECK (« De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. fac. dr. Liège*, 2005, p. 473), que l'application de ces critères, par les instances de Strasbourg, n'a pas atteint un niveau de clarté et de cohérence irréprochable.

(260) C.A., arrêt n° 80/2001, du 13 juin 2001, B.8. *Adde* : C.A., arrêt n° 77/2001, du 7 juin 2001.

(261) Voy. ainsi C.A., arrêt n° 96/2002, du 12 juin 2002, B.3.1. : « Les amendes fiscales prévues à l'article 70, §2, du Code de la T.V.A. ont pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises par tous les redevables, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les obligations imposées par le Code. Elles ont donc un caractère répressif et sont de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Voy., de manière encore plus concise, C.A., arrêt n° 125/2003, du 24 septembre 2003, B.4. : « L'amende administrative visée par la disposition litigieuse a pour but de prévenir et de sanctionner les infractions commises par les transporteurs qui ne respectent pas les obligations imposées par la loi. Elles est dès lors essentiellement de nature répressive et revêt un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »; *adde* : C.A., arrêt n° 88/2004, du 19 mai 2004, B.13.1.; C.A., arrêt n° 14/2007, du 17 janvier 2007, B.3.3.

lieu de considérer que les critères, utilisés par la Cour d'arbitrage pour déterminer si la sanction tombe dans le champ d'application des articles 6 et 7 de la Convention, divergent selon l'autorité appelée à la prononcer.

Quant à la Cour de cassation, elle considère désormais qu'une amende administrative fiscale constitue une sanction pénale «si 1. elle concerne sans distinction tous les contribuables et non uniquement un groupe déterminé doté d'un statut particulier, 2. elle prescrit un comportement déterminé et prévoit une sanction en vue de son respect, 3. elle ne concerne pas seulement une réparation pécuniaire d'un préjudice mais tend essentiellement à sanctionner afin d'éviter la réitération d'agissements similaires, 4. elle se fonde sur une norme à caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif, 5. elle est très sévère eu égard à son montant [...]». Si, après examen de tous ces éléments, il apparaît que les aspects répressifs sont prédominants, la sanction administrative en matière fiscale doit être considérée comme une sanction pénale au sens de l'article 6 de la Convention (262).

Enfin, la section de législation du Conseil d'Etat s'est départie de sa jurisprudence antérieure pour désormais s'approprier textuellement les trois critères dégagés par la jurisprudence européenne (263).

A. – Le critère formel lié à la qualification de l'infraction

95. – Afin de déterminer si la sanction examinée doit être qualifiée de «peine», au sens de la Convention, il faut tout d'abord se demander si «la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction» (264) et «si le texte définissant [l'infraction] ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat» concerné (265).

(262) Cass., 25 mai 1999, *Pas.*, I, 1999, p. 307. La Cour de cassation est plus fidèle à la classification «en trois temps» de la jurisprudence strasbourgeoise dans ses arrêts relatifs aux sanctions disciplinaires infligées aux magistrats. Sur cet aspect, voy. *infra*.

(263) Voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat précité, *Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1994-1995, n° A-368/1, pp. 47-49.

(264) Cour eur. D.H., arrêt *Welch*, du 9 février 1995, §28; Cour eur. D.H., arrêt *Jamil*, du 8 juin 1995, §31; Cour eur. D.H., décision *Valico*, du 21 mars 2006.

(265) Cour eur. D.H., arrêt *Garyfallou Aebe*, du 24 septembre 1997, §32.

96. – On peut s'étonner de ce que le premier «réactif» utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme réside, non seulement dans le droit interne, mais aussi dans la qualification formelle que celui-ci donne au manquement reproché à l'individu. Le critère paraît aux antipodes de l'interprétation autonome des notions contenues dans la Convention. La contradiction n'est toutefois que de façade. L'application concrète de ce premier critère renforce, en réalité, une pareille autonomie.

Comme l'écrivent, en effet, J. Velu et R. Ergec, «l'autonomie de la notion de "matière pénale" opère à sens unique : si le droit interne qualifie une procédure de "pénale", les organes de Strasbourg s'approprieront toujours cette qualification, dans un souci de ne pas amoindrir la protection» accordée à l'individu par la Convention (266). Dans cette hypothèse, la mesure tombera, en principe, automatiquement dans le champ d'application des articles 6 et 7 de la Convention. Le critère formel constitue donc, dans ce cas, une véritable *présomption irréfragable* du caractère pénal de la décision examinée.

En revanche, si le droit interne s'abstient de qualifier la mesure de «pénale», cette circonstance sera sans incidence sur le contrôle de la Cour européenne. Le fait que la décision n'ait pas été prononcée par un juge ne suffit pas davantage à lui dénier tout caractère pénal (267). Raisonner autrement permettrait, en effet, au législateur ou à l'autorité réglementaire de soustraire aux garanties conventionnelles une série de procédures pénales par un simple tour de «passe-passe» qualificatif (268).

(266) *Op. cit.*, p. 395.

(267) Dans une décision récente d'irrecevabilité, la Cour européenne a eu l'occasion de rappeler sa jurisprudence en la matière : «en l'espèce, aucune condamnation pénale n'a été prononcée à l'encontre de la société requérante ou des ses administrateurs par les juridictions italiennes [...]. Si ces éléments semblent militer dans le sens de la non-applicabilité de l'article 7 de la Convention, la Cour ne saurait pour autant les estimer décisifs. En effet, la notion de "peine" possédant une portée autonome, la Cour doit, pour rendre efficace la protection offerte par cette disposition, demeurer libre d'aller au-delà des apparences et apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause» (Cour eur. D.H., affaire *Valico c. Italie*, décision du 21 mars 2006). *Compar.* N. BANNEUX, «Condamnation pénale et privation du droit de vote : à propos de l'arrêt 187/2005 de la Cour d'arbitrage», *J.L.M.B.*, 2006, p. 547.

(268) Voy., toutefois, Cass., 8 mai 2000 (*Pas.*, 2000, I, p. 276), qui rejette le caractère pénal des mesures visées à l'article 30ter, §6, de la loi du 27 juin 1969 en se fondant notamment sur leur qualification en droit interne. Voy., également, la critique de cet arrêt par G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 205.

En ce sens, le recours à la qualification interne assoie, plus qu'il ne déstabilise, la portée autonome du concept de «peine» au sens de la Convention. En effet, à supposer que le législateur ait commis une erreur de plume, la mesure qui, tant par sa nature que par ses effets, est étranger au champ pénal – voire répressif, en général – sera néanmoins considérée comme une «peine» au sens de la Convention.

97. – Cette présomption irréfragable est susceptible d'entraîner, sinon des discriminations, à tout le moins des iniquités. En effet, comment justifier que, face à une mesure de même nature, un individu bénéficie de moins de garanties qu'un second, uniquement en raison du fait que l'autorité a mal qualifié le régime juridique qu'elle entend appliquer au second cas en le considérant comme «pénal» (269)? Est-ce pour cette raison que la Cour européenne assouplit, dans certains cas, le caractère irréfragable de cette présomption? Dans plusieurs arrêts, le juge européen estime, en effet, que la seule circonstance que la mesure est qualifiée de pénale en droit interne est impuissante à entraîner l'application automatique des articles 6 et 7 de la Convention (270).

98. – La Cour européenne fait preuve de souplesse dans la recherche de la qualification donnée, en droit interne, à la mesure soumise à son examen. Elle ne se limite, en effet, pas au simple libellé de l'acte en cause ou de la réglementation sur laquelle il s'appuie, mais prend aussi en considération la qualification retenue par les travaux préparatoires, la jurisprudence, voire la doctrine. Elle tient encore compte des règles de procédure encadrant l'adoption de la décision et peut même recourir à une analyse de droit comparé (271).

(269) Dans cette hypothèse, en effet, l'analogie qu'opère, notamment, S. VAN DROOGHENBROECK («La dissolution...», *op. cit.*, p. 932) entre cette présomption et le prescrit de l'article 53 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – qui consacre le principe de subsidiarité substantielle des garanties offertes par le texte international – ne paraît plus défendable.

(270) Voy., ainsi, Cour eur. D.H., arrêt *Weber*, du 22 mai 1990, §31; Cour eur. D.H., décision *W.S.*, du 15 juin 1999 ainsi que Cour eur. D.H., arrêt *Escoubet*, du 28 octobre 1999 et l'opinion dissidente des juges Tulkens, Fischbach et Casadevall.

(271) Voy., notamment, Cour eur. D.H., arrêt *Janosevic*, du 23 juillet 2002, §66; Cour eur. D.H., arrêt *Campbell et Fell*, du 28 juin 1984, §70; Cour eur. D.H., arrêt *Oztürk*, du 21 février 1984. Pour une analyse, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «La dissolution...», *op. cit.*, pp. 933-934.

Dans cette mesure, la question de la qualification interne présente un intérêt en matière de sanctions administratives. En effet, si ce critère paraît sans incidence lorsque la loi ou le règlement qualifie expressément la mesure de «sanction administrative» (272) ou de «sanction disciplinaire» (273), il n'en va pas de même en cas de silence du texte établissant la sanction. Dans cette hypothèse, en effet, l'examen des autres indices, utilisés par la Cour européenne, permettra éventuellement de conclure, dès ce stade, au caractère pénal de la sanction administrative, sans avoir à se pencher sur les critères substantiels développés par la jurisprudence européenne.

*B. – Les critères substantiels liés
à l'infraction et à la sanction*

99. – En l'absence de toute qualification «pénale» de la sanction administrative, il est recouru aux deux autres critères alternatifs (274), mis en évidence par la jurisprudence européenne. Entre ceux-ci, ne paraît pas prévaloir un ordre de priorité (275).

Il y aura lieu d'examiner, «eu égard à l'objet et au but [des] article[s] 6 [et 7], au sens ordinaire de [leurs] termes, et au droit des Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé». La Cour européenne souligne, à cet égard, qu'«il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, pénale au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la “matière pénale”» (276).

(272) Cour eur. D.H., arrêt *Malige*, du 23 septembre 1988, §13.

(273) Cour eur. D.H., arrêt *Campbell et Fell*, §68.

(274) Cour eur. D.H., arrêt *Lutz*, du 25 août 1987, §55. Toutefois, ces critères peuvent être appréhendés de manière cumulative lorsque leur application alternative n'a pas abouti à une qualification tranchée (B. DE SMET et al., «Artikel 6. Recht op eerlijk proces», in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECCK, *op. cit.*, p. 412).

(275) Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Ziliberg*, du 1^{er} février 2005 et arrêt *Garyfallou Aebe*, cité. En revanche, il ne paraît pas acceptable de se dispenser de contrôler la mesure en cause à l'aune d'un de ces critères lorsque l'application de l'autre réactif n'a pas abouti à la qualification pénale de la mesure examinée (voy. toutefois Cour eur. D.H., arrêt *Escoubet*, cité et la critique de A. VANDEBURIE, «Retrait immédiat du permis de conduire et contrôle juridictionnel. La suite des arrêts de la Cour d'arbitrage du 22 septembre 2004», *C.D.P.K.*, 2006, p. 72).

(276) Cour eur. D.H., arrêt *Oztürk* précité, §50; Cour eur. D.H., arrêt *Garyfallou Aebe*, précité, §32.

1. *Le critère tiré de la nature de l'infraction*

100. – Ce deuxième réactif – considéré, en général, comme le plus essentiel (277) – repose, en réalité, sur une triple appréciation. L'«infraction» sera regardée comme pénale par nature, lorsque l'incrimination poursuit un but tant répressif que préventif (a) et qu'elle ne s'adresse pas spécifiquement (c) à un groupe déterminé, doté d'un statut particulier (b).

a) *Le sous-critère tiré de la finalité de l'incrimination*

101. – Pour être qualifiée de «pénale par nature», la mesure doit, tout d'abord, poursuivre un but tant punitif que préventif, et non exclusivement ce dernier (278), ni un objectif purement indemnitaire (279). Par hypothèse, la sanction administrative satisfait à cette condition (280). En effet, l'objectif punitif ne requiert ni l'infliction d'une privation de liberté, ni la mention de la sanction au casier judiciaire de l'individu (281).

Malgré la présentation qui en est faite par la jurisprudence européenne, ce critère paraît beaucoup plus décisif que les autres. On doute, en effet, qu'une mesure qui ne poursuivrait pas un but punitif puisse ressortir à la sphère pénale, au sens de la Convention (282). L'objectif répressif ne constituerait donc pas une composante d'un des critères alternatifs mis sur

(277) J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 395 : «Les deux derniers critères sont alternatifs et non cumulatifs. Chacun d'eux peut, dans un contexte particulier, prendre une importance particulière. Il semble cependant que le deuxième critère ait le plus de poids».

(278) Cour eur. D.H., arrêt *Janosevic*, §68.

(279) M. DASSENE, «L'application des droits de l'homme au droit fiscal par la voie du droit européen : le cas des amendes TVA», *Rev. dr. ULB*, 1999, p. 4.

(280) Voy. cependant l'arrêt *Air Canada*, du 5 mai 1995 en vertu duquel la Cour européenne des droits de l'homme refuse de considérer comme une sanction pénale l'obligation de payer une certaine somme afin d'obtenir la mainlevée de la confiscation d'un avion transportant de la drogue. A l'appui de sa décision, la Cour fait valoir qu'il s'agit d'une procédure *in rem*, contre tout véhicule servant à la contrebande et qu'il n'y a eu aucune menace de procédure pénale dans l'hypothèse où la compagnie n'obtempérerait pas. (*Compar. C.A.*, arrêt 24 septembre 2003, n° 125/2003). Pour une critique de cet arrêt *Air Canada*, voy. R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, «Retour sur le champ "pénal" européen», in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 1998, p. 528.

(281) Cour eur. D.H., arrêt *Oztürk* précité, §53; Cour eur. D.H., arrêt *Lauko*, du 2 septembre 1998, §58.

(282) *Compar. R. ERGEC et F. DOCQUIR*, «Examen de jurisprudence (1995-2000) : la Convention européenne des droits de l'homme», *R.C.J.B.*, 2002, p. 151.

pied par la jurisprudence européenne, mais bien une condition nécessaire à l'application des garanties conventionnelles liées à la matière pénale (283). On notera ainsi qu'en vertu de la jurisprudence strasbourgeoise, une mesure à finalité indemnitaire ne constitue pas une sanction, quelle que soit l'importance de son montant (284). Il en va de même pour une mesure de sûreté, même si elle implique une privation de la liberté d'aller et venir (285).

b) Le sous-critère tiré de l'étendue de l'incrimination

102. – L'intérêt se porte, en second lieu, sur les destinataires de la norme violée. Si celle-ci impose une obligation au public en général, la sanction administrative qui l'assortit constituera une peine, au sens de la Convention (286). En revanche, si la norme violée n'est applicable qu'à «un groupe déterminé ayant un statut particulier», la sanction administrative qui l'accompagne ne pourra être considérée comme une «peine» que si elle satisfait au troisième et dernier critère mis en évidence par la Cour européenne des droits de l'homme. Où se situe, cependant, la limite entre une norme imposant un comportement au public en général et une règle d'application limitée?

1° Une incrimination à étendue particulière : la répression administrative «interne»

103. – Il paraît faire peu de doute que les sanctions administratives s'inscrivant dans le cadre de la répression «interne» à l'administration concernent un groupe déterminé, doté d'un statut particulier. Le critère de la nature de l'infraction a d'ailleurs été dégagé à l'occasion de l'arrêt *Engel*, lequel portait sur le régime disciplinaire applicable aux militaires (287).

(283) En ce sens, voy. J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, «Article 6», in L.-E. PETTITI et al., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 255.

(284) Cour eur. D.H., décision *Shirley Porter*, du 8 avril 2003; C.A., arrêt n° 102/2000, du 11 octobre 2000; Cass., 6 décembre 1999.

(285) Cour eur. D.H., décision *Antoine*, du 13 mai 2003.

(286) Voy., en matière d'interdiction de manifester, Cour eur. D.H., arrêt *Ziliberg* précité, §32; en matière de trouble à l'ordre public, Cour eur. D.H., arrêt *Lauko*, précité, §58.

(287) J. PUT, *Administratieve sancties...*, op. cit., pp. 139-140.

En outre, dans son arrêt *Oztürk*, la Cour européenne relève, dans un *obiter dictum*, qu'en matière disciplinaire, la règle de droit transgressée s'adresse, par hypothèse, à un groupe déterminé doté d'un statut particulier (288).

Dans cette perspective, la Cour d'arbitrage estime que les sanctions disciplinaires infligées aux membres des services de police ne peuvent être considérées comme des poursuites pénales (289). La Cour européenne adopte toutefois une position plus nuancée. Elle rappelle, dans plusieurs décisions, que « tout en reconnaissant aux Etats le droit de distinguer entre droit pénal et droit disciplinaire, la Cour s'est réservé le pouvoir de s'assurer que la frontière ainsi tracée ne porte pas atteinte à l'objet et au but de l'article 6 » de la Convention (290). Que la norme transgressée n'ait, pour destinataires, qu'un groupe déterminé de personnes, doté d'un statut particulier, n'est, il est vrai, qu'une condition nécessaire – et non suffisante – à son exclusion du champ pénal. La Cour de cassation semble dès lors faire une application plus conforme de la jurisprudence européenne lorsqu'elle affirme que les garanties conventionnelles en matière pénale « ne s'appliquent pas, *en principe*, à une procédure disciplinaire engagée [...] sur le fondement de manquements allégués aux règles de la déontologie et pouvant aboutir à la suspension du droit d'exercer la profession » (291).

104. – De la même manière, les mesures « quasi-disciplinaires » prises afin de punir une personne disposant d'une parcelle du domaine public ou gérant un service public concernent un groupe particulier d'individus, doté d'un statut

(288) § 53.

(289) C.A., arrêt n° 4/2001, du 25 janvier 2001, B.5.3.

(290) Voy. récemment, Cour eur. D.H., décision *Batur*, du 4 juillet 2000.

(291) Cass., 21 septembre 2001. Dans son arrêt du 14 avril 1983, la Cour n'exclut pas qu'exceptionnellement, cette sanction soit requalifiée de sanction pénale au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voy. encore les conclusions de J. VELU sous Cass., 14 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 1084 et s. ainsi que J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, n° 410; E. KRINGS, « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1998, p. 497 et J. DU JARDIN, « Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire au sein des ordres professionnels », *J.T.*, 2000, p. 632). Enfin, dans un arrêt du 12 janvier 2001, la Cour de cassation reconnaît qu'une sanction disciplinaire infligée par le conseil d'appel de l'Ordre des pharmaciens d'expression néerlandaise revêt un caractère répressif au sens de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Cass., 12 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 21).

spécifique (292). A ce titre, la Cour de cassation refuse de reconnaître un caractère pénal, au sens de l'article 6 de la Convention, à la sanction imposée à un médecin par la chambre restreinte de la commission du Service du contrôle médical (293). De même, les amendes infligées aux dispensateurs de soins dont le registre de prestations est mal tenu, sanctionnent la violation d'une norme qui ne concerne qu'un groupe déterminé de personnes (294).

La Cour d'arbitrage paraît souscrire à une même analyse. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 139/2006 du 14 septembre 2006, la Cour était, entre autres, saisie d'une disposition légale prévoyant la réduction des honoraires et forfaits perçus par un hôpital exploitant un scanner PET, ou par un médecin utilisant ce scanner, lorsque son exploitation avait lieu en dehors des conditions prévues par la loi. La Cour d'arbitrage relève que cette réduction d'honoraires constitue une sanction administrative. En revanche, elle refuse de la considérer comme une sanction pénale, au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour ce faire, la Cour relève que le taux de la réduction envisagée comme une sanction n'est pas à ce point élevé que cette réduction pourrait constituer une mesure de nature pénale. Le juge constitutionnel exclut donc le caractère «pénal» de la sanction administrative sur la base du troisième critère dégagé par la Cour européenne, à savoir le degré de gravité de la sanction susceptible d'être infligée. Cela suppose nécessairement que le juge constitutionnel ait, implicitement, écarté l'hypothèse selon laquelle la norme violée disposerait d'une portée suffisamment générale pour que la sanction qui assortit sa violation doive être considérée comme pénale, indépendamment de sa gravité.

La Cour européenne a, quant à elle, reconnu que le régime disciplinaire applicable aux détenus – qui se situent dans une relation contrainte de «sujétion spéciale» à l'égard de l'autorité

(292) Voy., en matière de domaine public, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat cité, *Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1997-1998, n° A-216/1, p. 40.

(293) Cass., 20 décembre 2001, RG D.000032.N.

(294) Cass., 6 mai 2002, RG S.010052.N. Voy., toutefois, les conclusions contraires de l'avocat général Werquin selon lequel «bien qu'elle ne vise pas l'ensemble de la population, l'amende concernée frappe tous les membres d'une collectivité déterminée».

publique – concernait un groupe déterminé, doté d'un statut particulier (295).

2° Une incrimination à étendue générale : la répression administrative « externe » de second degré

105. – Il ne saurait être raisonnablement soutenu que seules les incriminations libellées dans les termes les plus généraux ressortissent au droit pénal conventionnel. Les articles 6 et 7 de la Convention ne s'appliquent pas qu'aux dispositions qui punissent « quiconque » commet tel type de comportement ou qui prescrivent que « nul » ne peut agir d'une certaine manière, sous peine de sanction. La simple circonstance que le citoyen est puni, en une certaine qualité, n'est donc pas, en tant que telle, déterminante (296). Ainsi en va-t-il des sanctions administratives appliquées à certaines personnes en raison de leur qualité d'usager de la route (297). La qualification pénale n'est pas davantage abandonnée pour la seule raison que l'incrimination ne concerne qu'un groupe relativement restreint de personnes.

Appliqué au phénomène des sanctions administratives, ce critère permet donc de qualifier de « peine » l'ensemble des sanctions s'inscrivant dans le cadre de la « répression administrative externe de second degré ». L'amende infligée pour incivilités, tout comme l'exclusion de stade prononcée à l'égard de supporters indécents, constituent, à n'en pas douter, des sanctions administratives à caractère pénal (298).

3° Une incrimination à étendue contestée : la répression administrative « externe » de premier degré

106. – La question de l'étendue de l'incrimination se présente sous un jour plus complexe lorsqu'on s'intéresse à la

(295) Cour eur. D.H. (g.c.), arrêt *Ezeh et Connors*, du 9 octobre 2003.

(296) M. DELANGE, *op. cit.*, p. 481.

(297) Cour eur. D.H., arrêt *Lutz*, cité.

(298) Voy., à cet égard, l'avis rendu sur l'avant-projet de loi « relatif à la sécurité lors des matches de football », *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1997-1998, n° 49-1572/1 ainsi que l'avis rendu à propos de l'avant-projet de loi « relatif aux sanctions administratives dans les communes », *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 49-2031/1, pp. 14-16. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Kadubec*, du 2 septembre 1988 ainsi que D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 35.

«répression administrative externe de premier degré», soit aux sanctions infligées à des personnes en raison d'une activité, indépendante de la poursuite de l'intérêt général, mais fortement réglementée par l'autorité publique.

107. – Il arrive ainsi fréquemment que les irrégularités commises par un contribuable soient punies par des majorations d'impôt. De prime abord, ces sanctions visent une généralité de destinataires, soit ceux qui sont assujettis à l'imposition en cause. C'est d'ailleurs le constat que pose la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Bendenoun* (299). Cependant, alors que cette seule circonstance aurait dû entraîner la qualification pénale des majorations d'impôt examinées, la Cour de Strasbourg poursuit néanmoins son analyse à l'égard du troisième critère mis en place par sa jurisprudence, en considérant que ces majorations revêtent une ampleur considérable. Plus encore, la Cour européenne souligne qu'aucun de ces éléments «n'apparaît décisif à lui seul», mais que «additionnés et combinés, ils confèrent à l'accusation litigieuse un caractère pénal». De deux choses l'une, dès lors. Soit la portée de la norme violée n'est pas à ce point générale que sa nature même impose de considérer la sanction qui l'assortit comme une «peine» aux fins de la Convention. Soit les critères substantiels, lorsqu'ils sont appliqués en matière fiscale, ne sont pas alternatifs, mais cumulatifs (300).

L'enseignement ambigu de l'arrêt *Bendenoun* paraît démenti par la jurisprudence ultérieure. Dans l'arrêt *Janosevic*, la Cour de Strasbourg constate ainsi que «les majorations d'impôt infligées [au requérant] l'ont été au titre de la législation fiscale qui vise toutes les personnes assujetties à l'impôt en Suède et non un groupe donné doté d'un statut particulier», en manière telle que «le caractère général des dispositions légales relatives aux majorations d'impôt et le but des pénalités, tout à la fois dissuasif et répressif, suffisent à montrer que le requérant a été accusé d'une infraction pénale aux fins de l'article 6 de la

(299) Cour eur. D.H., arrêt *Bendenoun*, du 24 février 1994.

(300) En ce sens, voy. notamment A. ALEN, «Administratieve geldboeten...», *op. cit.*, pp. 386 et 391. Cette interprétation sera celle que retiendra la Cour dans l'arrêt *Jussila*, du 23 novembre 2006.

Convention» (301). Le très récent arrêt *Jussila*, rendu en grande chambre, le 23 novembre 2006, confirme cette jurisprudence. On relèvera néanmoins l'arrêt *Mamidakis*, du 11 janvier 2007, rendu à propos d'une amende administrative infligée pour fraude douanière, où la Cour s'exprime en ces termes : «En l'occurrence, l'amende infligée au requérant était prévue par le code des douanes et n'était pas qualifiée, en droit interne, de sanctions pénale. Toutefois, eu égard à la *nature grave* de l'infraction de contrebande, au caractère dissuasif et répressif de la sanction infligée, ainsi qu'au *montant très élevé* de l'amende, la Cour considère que les *enjeux* pour le requérant étaient en l'espèce *suffisamment importants* pour justifier que le volet pénal de l'article 6 soit applicable en l'espèce» (§21). Cette jurisprudence discordante s'expliquerait-elle par le caractère très technique du droit douanier ?

La Cour d'arbitrage s'inscrit, quant à elle, sans équivoque, dans la lignée de la jurisprudence *Janosevic*. Elle reconnaît que «les amendes fiscales prévues par l'article 70, §2, du Code de la TVA, ont pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises par tous les redevables, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les obligations imposées par le Code. Elles ont donc un caractère répressif et sont de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme» (302).

108. – La Cour d'arbitrage poursuit un même raisonnement en matière de sécurité sociale (303). Dans son arrêt n° 80/2001, du 13 juin 2001, la Cour constitutionnelle est appelée à qualifier, au sens de la Convention, la condamnation d'office, par

(301) Cour eur. D.H., arrêt *Janosevic* précité, §68. Voy. encore, dans le même sens, l'arrêt *Västberga Taxi Aktiebolag And Vulic*, du 23 juillet 2002. *Compar.*, néanmoins, la décision *W.S. c. Pologne*, ainsi que l'arrêt *Faivre* (n°2), du 16 décembre 2003, la décision *Lasmane* du 6 juin 2002 et la décision *Morel* du 3 juin 2003 qui semblent faire une application directe de la jurisprudence *Bendenoun*. Pour une critique de cette jurisprudence, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004)*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 98. *Compar.* la position de R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, pp. 523-524.

(302) C.A., arrêt n° 96/02, du 12 juin 2002, B.3.1. La Cour de cassation paraît, en revanche, se fonder sur l'arrêt *Bendenoun* en examinant également le degré de gravité de l'amende fiscale infligée (Cass., 25 mai 1999, concernant une amende administrative infligée à une société en matière de TVA). A ce sujet, voy., notamment, E. WILLEMART, «Les amendes fiscales...», *op. cit.*, p. 760 ainsi que E. VAN DOOREN, *op. cit.*, p. 84.

(303) Voy., sur cette question, les réflexions de J. PUT, *Administratieve...*, *op. cit.*, pp. 150 et s.

le juge, au triple des cotisations sociales déclarées frauduleusement ou éludées. Selon la Cour d'arbitrage, ces sanctions – considérées traditionnellement comme des sanctions « civiles » – constituent des « peines ». Pour arriver à un tel constat, la Cour use tant du critère formel, relatif à la qualification de la sanction, que du deuxième critère, portant sur la nature de la norme violée. A ce titre, la Cour précise que la sanction a un caractère répressif prédominant et qu'elle a pour objet de sanctionner les infractions commises par *tous* les employeurs, préposés et mandataires, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les règles de l'assujettissement à la sécurité sociale (304).

109. – Les sanctions administratives infligées en matière d'urbanisme donnent lieu à une jurisprudence plus discordante.

L'affaire *Pramstaller* concernait une amende administrative de 50.000 schillings, susceptible d'être commuée, à défaut de paiement, en une peine de cinquante jours d'emprisonnement. Cette amende avait été infligée au requérant en raison de la méconnaissance du permis de construire qui lui avait été délivré. La Cour européenne considéra que « si les infractions litigieuses et les procédures appliquées en l'espèce relèvent du domaine administratif, elles n'en présentent pas moins un caractère pénal, lequel se reflète d'ailleurs dans la terminologie utilisée ». En effet, l'autorité administrative avait adopté une mesure qualifiée de « décision pénale » prise en raison d'une « infraction administrative » dans le cadre d'une « procédure administrative pénale ». La Cour conclut en considérant que « au surplus, l'amende infligée était assortie, en cas de non-paiement, d'une peine privative de liberté » (305).

Cette décision appelle un double commentaire. On constate, d'une part, que la Cour européenne ne se limite pas à conclure au caractère pénal de la sanction administrative au seul motif de sa qualification pénale en droit interne. Or, on sait qu'une telle approche est le signe d'une hésitation de la Cour de Stras-

(304) *Addé* : C.A., arrêt n° 77/2001, du 7 juin 2001. Sur l'évolution de la Cour de cassation, en la matière, voy. Cass., 27 septembre 2006 (RG P.060393.F), et spécialement les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH sous cet arrêt.

(305) Cour eur. D.H., arrêt *Pramstaller*, du 23 octobre 1995.

bourg sur la qualification à donner à la mesure envisagée. D'autre part, la motivation sommaire de l'arrêt ne permet pas de déterminer si la qualification pénale, finalement retenue par la Cour, est due à la nature de l'infraction ou à la nature et au degré de sévérité de la sanction qui l'assortit. Le libellé de l'arrêt incite cependant à croire que tant la qualification formelle que la nature et la sévérité de la sanction sont des éléments accessoires à la conclusion à laquelle aboutit la Cour. Celle-ci aborde, en effet, ces deux éléments en utilisant respectivement les termes «d'ailleurs» et «au surplus». L'élément décisif résiderait donc dans le caractère général de la norme violée.

Si tel est bien le sens à donner à l'arrêt *Pramstaller*, celui-ci tranche alors avec la décision de la Cour européenne du 11 janvier 2001 dans l'affaire *Inocencio* (306). La Cour y établit en effet que «l'exigence d'obtenir un permis afin de procéder à des travaux de construction doit s'analyser comme une réglementation de l'usage des biens, ayant pour but de mener une politique d'urbanisme équilibrée. La sanction du non-respect d'une telle exigence [une amende de 500.000 escudos] ne saurait constituer une mesure punitive et répressive s'appliquant à tous les citoyens» (307).

110. – Dans la même lignée, la section de législation du Conseil d'Etat estime que les infractions commises par les titulaires d'autorisations d'exploitation d'un service de taxis concernent «un groupe déterminé de personnes qui ont un lien avec les autorités et les services chargés de l'application de l'ordonnance» (308). Toujours selon le Conseil d'Etat, les amendes administratives visent un groupe social particulier lorsqu'elles portent sur les intermédiaires agissant directement

(306) Voy. aussi, la décision *Valico* du 21 mars 2001 qui conclut au caractère pénal de l'amende administrative infligée en matière d'urbanisme compte tenu de son but punitif et de la gravité de la sanction.

(307) S. VAN DROOGHENBROECK condamne très fermement cette décision. Selon l'auteur, «la norme interdisant de faire des travaux sans le permis requis s'applique par évidence à l'ensemble des citoyens» («De vraies sanctions administratives...», *op. cit.*, p. 472). Il est, en effet, incontestable que tout individu qui entend construire un bâtiment devra se soumettre aux conditions émises par le permis qu'il devra avoir obtenu. Cependant, cette personne n'entre-t-elle pas, ce faisant, dans la catégorie des destinataires de la répression administratives externe de premier degré?

(308) Avis précité, *Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1994-1995, n° A-368/1, p. 48.

ou indirectement sur les marchés boursiers ou lorsqu'elles visent les émetteurs de valeurs mobilières (309).

111. – Même si une jurisprudence minoritaire rejette l'assimilation de ces sanctions à des «peines» au sens de la Convention, il nous semble cohérent de considérer que l'ensemble de la répression administrative «externe» s'adresse, non pas à un groupe déterminé, *doté d'un statut particulier*, mais bien au public en général. Cette interprétation est d'ailleurs confortée par l'appréciation de la spécificité de l'incrimination.

c) Le sous-critère tiré de la spécificité de l'incrimination

112. – Pour que l'infraction ne soit pas considérée comme «pénale» par nature, encore faut-il que la norme transgressée s'adresse *exclusivement* à un groupe déterminé, doté d'un statut particulier. Ce lien entre la règle méconnue, d'une part, et ses destinataires, de l'autre, peut recevoir quatre interprétations.

1° Une spécificité nominale

113. – Dans une *première* conception, la norme transgressée n'est pas considérée comme générale lorsqu'elle ne s'adresse *nominalement* qu'à un groupe déterminé, doté d'un statut particulier. La règle est alors considérée isolément. Cette première interprétation, trop formaliste, est toutefois rejetée par la Cour européenne des droits de l'homme.

2° Une spécificité matérielle

114. – La Cour de Strasbourg paraît, en effet, préférer une *deuxième* conception. La question ne serait plus de savoir si la norme, considérée isolément, n'est applicable qu'à un groupe déterminé, doté d'un statut particulier, mais bien de savoir si le comportement, visé par une telle norme, n'est punissable que dans leur chef. Ce raisonnement est apparent dans la juris-

(309) Avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet de loi «modifiant la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle aux intermédiaires et conseillers en placements, fixant le régime fiscal des opérations de prêt d'actions et portant diverses autres dispositions», *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 1928/1, p. 79.

prudence européenne relative à certaines sanctions «quasi-disciplinaires». L'hésitation dont fait preuve la grande chambre de la Cour européenne dans l'arrêt *Ezeh et Connors* du 9 octobre 2003 en est une parfaite illustration.

Cette affaire portait sur une sanction disciplinaire infligée à des détenus. La Cour reconnaît que les infractions qu'ils ont commises concernaient un groupe ayant un statut spécifique, et non l'ensemble des citoyens. Selon le juge européen, toutefois, il ne s'agit que d'une indication, parmi d'autres, pour apprécier *la nature de l'infraction*. La Cour européenne relève, à cet égard, que les faits reprochés aux deux requérants correspondent à des infractions en droit pénal, même si elles sont, pour certaines, assez mineures. Il s'ensuit que «ces éléments, même s'ils ne suffisent pas en soi pour l'amener à conclure que les infractions reprochées aux requérants doivent être tenues pour "pénales" aux fins de la Convention, leur impriment manifestement un aspect qui ne coïncide pas exactement avec celui d'un problème de pure discipline» (310).

Une même approche caractérisait déjà l'arrêt *Campbell et Fell* du 28 juin 1984. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg soulignait, en effet, que «la mauvaise conduite d'un détenu peut revêtir des formes diverses : il est des manquements qui manifestement concernent la seule discipline intérieure, mais on ne saurait en dire autant de tous. Certains d'entre eux, tout d'abord, peuvent se révéler plus répréhensibles que d'autres [...] Il y a plus : l'illégalité de tel ou tel acte peut ne pas dépendre de la circonstance qu'il a eu la prison pour théâtre» (311).

115. – Faut-il en déduire, de manière générale, que les sanctions disciplinaires ou quasi-disciplinaires infligées en raison d'un comportement qui n'est pas *propre* aux membres de l'organisation considérée, devraient être regardées comme des «peines» au sens de la Convention (312)? Dans l'affirmative, une grande part du contentieux disciplinaire tomberait sous le

(310) §106.

(311) Cour eur. D.H., arrêt *Campbell et Fell*, du 28 juin 1984, §71.

(312) Voy. encore Comm. eur. D.H., *Milhaud*, du 3 mars 1997, D&R, 88-A, 33 : «Quant à sa nature, l'infraction en question est limitée et liée à l'exercice de la profession de médecin, à l'éthique professionnelle et au maintien de l'ordre dans la profession. Elle relève donc exclusivement du domaine disciplinaire».

coup des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Faut-il, inversement, en conclure que des infractions ne pouvant être commises que par des fonctionnaires – comme le délit de corruption passive, par exemple – ne peuvent pas être considérées comme des infractions pénales par nature? On ne le pense pas. A dire vrai, la position défendue dans ces arrêts paraît critiquable, tant au point de vue de l'étendue de son champ d'application qu'à l'égard des conséquences qui doivent en être tirées.

116. – Le champ d'application, tout d'abord. On notera, à cet égard, que la jurisprudence de la Cour européenne relative aux sanctions strictement disciplinaires (et non plus «quasi-disciplinaires») est loin d'être aussi catégorique. Dans ses arrêts *Weber* et *Demicoli*, la Cour de Strasbourg reconnaît implicitement qu'une sanction disciplinaire ne doit pas être qualifiée de pénale au seul motif que le comportement qu'elle réprime est également considéré comme irrégulier en dehors de la sphère professionnelle considérée (313) (314). L'arrêt fondateur en la matière, qu'est l'arrêt *Engel*, relève, pour sa part, que «si un militaire se voit reprocher une action ou omission qui aurait transgressé une norme juridique régissant le fonctionnement des forces armées, l'Etat peut en principe utiliser

(313) Dans l'arrêt *Weber*, la Cour relève qu'à la différence des parties au procès, «les magistrats, les avocats et tous ceux qui se trouvent étroitement mêlés au fonctionnement des juridictions s'exposent [en cas de divulgation de renseignements sur une enquête encore pendante], *indépendamment de sanctions pénales*, à des mesures disciplinaires qui s'expliquent par leur profession. Les parties, elles, ne font que participer à la procédure en qualité de justiciables; elles se situent *donc en dehors de la sphère disciplinaire de la justice*». Raison pour laquelle la sanction infligée à l'une des parties pour avoir méconnu le secret de l'instruction constitue une sanction pénale. Dans l'arrêt *Demicoli*, la Cour européenne estime encore que «la procédure (pour atteinte aux privilèges) ouverte contre [le requérant, journaliste de son état] se distingue d'autres types de poursuites pour atteinte aux privilèges, que l'on peut dire *disciplinaires* en ce qu'elles ont trait à l'organisation interne et au bon fonctionnement du Parlement». Compar. l'arrêt *Kyprianou*, du 27 janvier 2004 où la Cour se borne à constater que l'infraction de *contempt of court* «était qualifiée de pénale en droit interne, [...] ne se limitait pas à la qualité d'avocat du requérant, la peine maximum encourue était un mois d'emprisonnement et la peine réellement infligée à l'intéressé était cinq jours de prison». Dès lors, les exigences de l'article 6 de la Convention quant à l'existence d'une accusation en matière pénale s'appliquaient en l'espèce (§31). Cet arrêt a été confirmé, sur ce point, par l'arrêt rendu, en grande chambre, le 15 décembre 2005.

(314) Voy., dans le même sens, S. RUDLOFF, *Droits et libertés de l'avocat dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 1995, p. 127; R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, pp. 516-517; *Contra* S. VAN DROOGHENBROECK, «La dissolution...», *op. cit.*, p. 935.

contre lui le droit disciplinaire plutôt que le droit pénal». Il n'exige pas que cette infraction soit propre aux militaires.

Plus encore, certains arrêts n'adoptent pas le critère de la spécificité matérielle de l'infraction, même lorsque la sanction est appliquée à une personne contrainte d'accepter le lien de «sujétion spéciale» vis-à-vis de l'autorité publique. Ainsi en vint-il de l'amende infligée, par le juge pénal, à un prévenu qui trouble le déroulement correct et discipliné de la procédure. Cette sanction «se rapproche plus de l'exercice de prérogatives disciplinaires que de l'imposition de peines du chef d'infractions pénales», même si elle réprime un comportement qui, comme la diffamation ou les propos offensants, est également punissable en dehors de l'enceinte judiciaire (315).

117. – Quant aux conséquences qui seraient liées à l'absence de spécificité matérielle de l'infraction, celles-ci ne sont pas clairement déterminées par la jurisprudence européenne. En tout état de cause, la Cour de Strasbourg refuse d'assimiler, pour cette seule raison, les mesures disciplinaires à des sanctions pénales.

3° Une spécificité «morale»

118. – Une troisième conception du lien qui doit unir le groupe déterminé et doté d'un statut particulier, d'une part, et la norme violée, de l'autre, est fournie par la section de législation du Conseil d'Etat. Dans un de ses avis, au moins, celle-ci estime nécessaire de prendre en compte, non pas le comportement réprimé, mais la valeur que la répression de ce comportement entend protéger (316).

La section de législation peut, à ce titre, considérer que «le critère matériel tiré de la nature même du manquement qu'il s'agit de sanctionner» conduit à qualifier de «pénale» la sanction qui «tend à protéger des valeurs essentielles à la vie en

(315) Cour eur. D.H., arrêt *Putz*, du 22 février 1996; Cour eur. D.H., arrêt *T. c. Autriche*, du 14 novembre 2000. A ce sujet, voy. les critiques de R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, pp. 517-518 et de S. VAN DROOGHENBROECK, «La dissolution...», *op. cit.*, p. 936.

(316) Pour une analyse similaire, voy. également J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, *op. cit.*, p. 255. Cette interprétation trouve peut-être son fondement dans une certaine jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (voy. les références citées par S. VAN DROOGHENBROECK, «La dissolution...», *op. cit.*, p. 937, note 24).

société» alors que la sanction administrative réprime la transgression d'une norme «qui ne poursuit pas la défense de telles valeurs. Ceci sera généralement, mais non toujours, le cas des normes qui imposent des obligations à des cercles restreints de personnes se trouvant dans une situation particulière vis-à-vis de l'administration» (317).

N'est-ce pas une même philosophie qui guide la Cour de cassation dans l'appréciation du caractère pénal des sanctions disciplinaires infligées aux magistrats? Lorsque les faits qui leur sont reprochés ne sont passibles d'aucune sanction pénale dans leur chef, ceux-ci constituent un simple manquement disciplinaire (318) (319).

119. – Derrière cette analyse se profile, en réalité, le critère de «l'ordre administratif» par opposition à «l'ordre social». Les critiques émises ci-avant à l'encontre d'une telle distinction sont transposables en l'espèce. Plus encore, dans la conception du Conseil d'Etat, la pertinence d'un tel critère pose question. On n'aperçoit pas en quoi une norme qui ne s'adresse qu'à une catégorie particulière de personnes est, en principe, protectrice de valeurs moins essentielles qu'une disposition à caractère général. En d'autres termes, la criminalisation de la corruption passive relève-t-elle moins du droit pénal que la pénalisation d'incivilités?

120. – En tout état de cause, une telle conception «morale» de la spécificité de l'incrimination a été rejetée par la Cour européenne dans son arrêt *Oztürk*. Le Gouvernement allemand avait précisément invoqué le fait que l'amende infligée au

(317) *Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1997-1998, n° A-216/1, p. 39.

(318) Cass., 14 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1988, p. 528; Cass., 15 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1117; Cass., 4 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 242. *Adde* : E. KRINGS, *op. cit.*, p. 497. Selon B. LOMBAERT (*La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2001, pp. 42) «la Cour de cassation prête donc une attention particulière, voire même unique, au critère de la qualification en droit interne du comportement». Il nous semble, au contraire, qu'elle ne conteste pas qu'en droit interne, la sanction appliquée au magistrat est bien de nature disciplinaire. Le constat posé par la Cour de cassation est autre. Il consiste à souligner la présence – ou l'absence –, aux côtés de cette sanction disciplinaire, d'une sanction pénale punissant le magistrat lui-même, et non le public en général (ce dernier examen relevant de l'appréciation matérielle de la spécificité de l'incrimination).

(319) La Cour européenne prête aussi régulièrement attention à la circonstance que l'infraction administrative est également punie pénalement (voy. récemment, Cour eur. D.H., arrêt *Grecu*, du 30 novembre 2006).

requérant, dans cette affaire, sanctionnait un «manquement de peu d'importance», dans un souci prédominant de maintien de l'ordre, alors que le droit pénal «s'efforce de protéger [les] fondements mêmes [de la société] ainsi que les droits et intérêts essentiels pour la vie de la collectivité». Tout en ne sous-estimant pas la valeur de cette thèse, la Cour européenne constate cependant que «selon le sens ordinaire des termes, relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes». En outre, le manquement reproché au requérant continue à ressortir au droit pénal dans une large majorité des Etats membres alors que la sanction infligée à celui-ci par l'autorité administrative allemande a conservé son caractère punitif, même si elle est moins afflictive. Sur-tout, la Cour clôture son raisonnement par le constat suivant lequel «sans doute s'agissait-il d'une infraction légère ne risquant guère de nuire à la réputation de son auteur, mais elle ne sortait pas pour autant du champ d'application de l'article 6. Rien ne donne en effet à penser que l'infraction pénale (*criminal offence*), au sens de la Convention, implique nécessairement un certain degré de gravité» (320).

La Cour réaffirmera son point de vue dans l'arrêt *Ezeh et Connors*, rendu en grande chambre. Si l'extrême gravité de l'infraction peut être un élément indicateur de sa nature pénale, on ne saurait en conclure, *a contrario*, que le caractère mineur d'une infraction l'exclut du champ d'application de l'article 6 de la Convention (321).

4° Une spécificité finale?

121. – A notre estime, il conviendrait de prendre en compte une *quatrième* technique d'interprétation. Celle-ci a pour avantage de justifier le critère de la généralité de la norme eu égard à un principe extérieur à celui-ci – contrairement à la conception matérielle de la spécificité – et indépendant de toute

(320) §53. Voy., cependant, l'arrêt *Mamidakis*, du 11 janvier 2007, précitée, §21.

(321) Cour eur. D.H. (g.c.), arrêt *Ezeh et Connors*, du 9 octobre 2003, §104. *Compar.* B. DE SMET, *op. cit.*, p. 410.

appréciation de la gravité du manquement – ce qui la distingue, également, de la conception « morale » défendue par le Conseil d'Etat –.

Ne faudrait-il pas avoir égard au but que poursuit l'incrimination du comportement sanctionné ? Si cette incrimination vise à assurer le maintien de l'ordre social, elle ressortit au domaine pénal, même si elle vise une catégorie de personnes dotée d'un statut spécial. Lorsqu'elle cherche, en revanche, à garantir le bon fonctionnement et la crédibilité de l'autorité publique ou du service public, la norme ne s'adresse pas au public en général, même si elle incrimine un comportement répréhensible dans le chef de tout un chacun. Comme l'écrit B. Lombaert (322), en effet, « faut-il vraiment considérer qu'une autorité disciplinaire statue sur une accusation pénale dès qu'elle inflige une sanction purement disciplinaire pour des faits qui peuvent faire l'objet par ailleurs de poursuites pénales ? Ne faut-il pas penser plutôt que la circonstance que des faits peuvent justifier des poursuites pénales ne prive pas l'autorité disciplinaire de les qualifier de manquement disciplinaire et que, ce faisant, l'autorité ne se substitue pas à la juridiction répressive ni ne se prononce sur l'existence d'une infraction pénale déterminée ? ».

122. – Ce clivage renvoie, en réalité, à la distinction entre la répression administrative « interne » et « externe ». Dans cette optique, seules les sanctions disciplinaires ou « quasi-disciplinaires » ne reposent pas sur la violation d'une norme à caractère général (323). Cette approche permet d'inclure définitivement dans le champ pénal les mesures prises dans le cadre de la répression administrative externe de premier degré. Inversement, le fait que le manquement est aussi punissable pénalement ne devrait plus constituer qu'un indice de la nature pénale de l'infraction disciplinaire examinée.

(322) B. LOMBAERT, *op. cit.*, p. 42.

(323) Voy., à cet égard, J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, n° 261 et s., dont la position est assumée par J. DU JARDIN, (*op. cit.*, p. 629) : « les fautes de discipline ne sont pas des délits » et « les pénalités du code pénal cessent d'être des peines proprement dites, quand elles sont appliquées par mesure de discipline ; qu'elles ont pour but non de punir mais de corriger ».

La Cour européenne paraît souscrire à une telle analyse dans sa décision *Batur*. Le juge européen constate l'irrecevabilité de la requête vantant une violation de l'article 6 de la Convention au motif que «les Etats peuvent adopter pour leurs armées des règlements disciplinaires interdisant *tel ou tel* comportement, notamment une *attitude qui va à l'encontre de l'ordre établi* répondant aux *nécessités* du service militaire» (324). Dans ce cas, selon la Cour, la sanction infligée «se situe dans le *domaine de la discipline* requise dans les forces armées et ne s'adresse qu'à un groupe déterminé doté d'un statut particulier» (325). Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence plus ancienne, caractérisée par l'arrêt *Weber* qui reconnaît, comme on l'a déjà souligné, la coexistence possible de sanctions disciplinaires et de sanctions pénales punissant un même comportement.

2. Le critère tiré de la nature et de la gravité de la sanction

123. – La sanction administrative qui a résisté au premier ainsi qu'au deuxième «réactif» doit encore être examinée à la lumière d'un dernier critère, qui porte tant sur la nature que sur la gravité de la sanction. Ces deux aspects sont cumulatifs (326).

124. – S'agissant, tout d'abord, de la nature de la sanction, qui doit «ressortir, en général à la matière pénale», il est permis de se demander si le critère mis en évidence par la Cour européenne ne vise pas à écarter de la sphère pénale certaines mesures dont l'essence est plus administrative que pénale (327). En d'autres termes, seules les sanctions dont la nature pénale est communément établie – la privation de

(324) La Cour de Strasbourg ne précise donc pas que le manquement doit être propre aux militaires.

(325) Cour eur. D.H., décision *Batur*, du 4 juillet 2000. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Kalac*, du 1^{er} juillet 1997. Voy., également, *supra*, n° 116.

(326) Dans certains arrêts, la Cour européenne ne vise toutefois que le degré de sévérité de la sanction, et non sa nature (voy., récemment, Cour eur. D.H., arrêt *Kyprianou*, du 27 janvier 2004, §31 ainsi que J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 395 et B. DE SMET et al., *op. cit.*, p. 410).

(327) Selon la section de législation du Conseil d'Etat, «une mesure ne mérite d'être qualifiée de sanction pénale que lorsqu'elle inflige, dans un but de protection sociale, à celui qui a transgressé la norme un mal jugé nécessaire qui l'atteint dans ses libertés ou dans ses biens» (*Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1997-1998, n° A-216/1, p. 39).

liberté (328), d'une part, l'amende, de l'autre – répondraient à ce critère (329). Y seraient néanmoins assimilées les sanctions qui, sous un libellé distinct, ont un effet semblable, comme la mise à l'arrêt d'un soldat, voire la privation de traitement d'un fonctionnaire (330).

Si tel était bien l'interprétation à donner à la jurisprudence européenne, le retrait d'une autorisation, le blâme (331) ou la révocation d'un fonctionnaire (332), même adoptés à titre punitif, échapperaient, par leur nature même, au champ d'application des articles 6 et 7 de la Convention. On ne saurait cependant faire abstraction de l'existence de peines accessoires, comme la confiscation spéciale ou la déchéance de certains droits. Celles-ci pourraient s'apparenter à la fermeture administrative d'un établissement, au retrait d'une autorisation ou à la révocation d'un agent (333).

Dans son arrêt *Pierre-Bloch*, la Cour européenne considère toutefois que la peine «accessoire» ou «complémentaire», constituée par l'inéligibilité, ne tire sa nature pénale que de la peine «principale» dont elle découle (334). Envisagée isolément, elle serait dès lors dépourvue de tout caractère pénal. La Cour européenne a cependant reconnu récemment que «l'interdiction d'exercer certaines professions (politiques ou juridiques) pendant une longue période peut avoir un impact très grave sur une personne en la privant de la possibilité de poursuivre sa vie professionnelle». Une telle sanction doit donc «revêtir un caractère au moins en partie répressif et préventif» (335).

(328) Comme le souligne l'arrêt *Engel et autres*, «dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la «matière pénale» les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution, ne sauraient causer un préjudice important (§82). *Adde* : en matière de hooliganisme, Cour eur. D.H., arrêt *Borisova*, du 21 décembre 2006, §30.

(329) Cour eur. D.H., arrêt *Otzürk*, §53 et *Escoubet*, §6.

(330) On rappellera que la mesure indemnitaire échappe, par nature, au champ pénal (voy. *supra*).

(331) Comm. eur. D.H., *Milhaud cité*.

(332) Telle ne semble pas être la position de la Commission européenne dans la décision *Nyström* du 7 novembre 1998 (req. n° 11504/85), citée par S. RUDLOFF, *op. cit.*, p. 124.

(333) Voy. ainsi l'arrêt *Malige*, cité, où la Cour européenne estime que le retrait de points d'un permis de conduire peut constituer une sanction pénale.

(334) Cour eur. D.H., arrêt *Pierre-Bloch*, du 21 octobre 1997.

(335) Cour eur. D.H., décision *Matyjek*, du 30 mai 2006.

125. – En ce qui concerne, ensuite, le degré de gravité de la sanction, la Cour européenne prend en compte, non seulement la sanction réellement infligée, mais aussi la pénalité maximale qui était encourue (336). L'idée n'est, en effet, pas de déterminer l'intention de l'autorité sanctionnatrice (337), mais plutôt la volonté de l'autorité établissant la sanction administrative. Les garanties contenues aux articles 6 et 7 de la Convention concernent, en effet, soit le processus d'institutionnalisation de la sanction (principe de légalité), soit la procédure d'infliction de celle-ci (procès équitable), dont la qualité ne saurait varier en fonction de son résultat final.

La section de législation du Conseil d'Etat estime pourtant que «la nature intrinsèque de la sanction, soit le montant de l'amende due, conduira, selon le cas, à qualifier celle-ci de sanction pénale [au sens de la Convention] ou de sanction administrative, puisque ce montant est, dans l'ordonnance en projet, susceptible de varier de mille francs à un million de francs» (338). Pour cohérente qu'elle soit dans la recherche de l'intention de l'autorité infligeant la sanction, cette position n'est pas défendable lorsqu'il s'agit de s'interroger sur l'application des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation adopte néanmoins un raisonnement similaire et examine le caractère pénal de l'amende administrative fiscale à la lumière du montant réellement dû par l'administré (339).

Pour le surplus, on notera que la circonstance que la sanction ne peut être commuée en une peine de prison n'est pas, en soi, un critère déterminant (340). Par ailleurs, il semble que la gravité de la mesure puisse s'apprécier d'une manière subjective (341) et au regard des conséquences indirectes qu'elle

(336) «Si la peine effectivement infligée constitue un élément pertinent, cela ne diminue pas l'importance de l'enjeu initial» (arrêt *Ezeh et Connors*, cité, §120).

(337) A ce sujet, voy. *supra*.

(338) *Doc. parl.*, C.R.B.C., sess. ord. 1997-1998, n° A-216/1, p. 40.

(339) G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 200.

(340) Cour eur. D.H., arrêt *Janosevic*, §69; Cour eur. D.H., arrêt *Västberga Taxi Aktiebolag And Vulic*, cité, §80. *Contra* : Cour eur. D.H., arrêt *Inocencio et Doroto Szott-Medynska*, du 9 octobre 2003, cités par S. VAN DROOGHENBROECK, «De vraies...», *op. cit.*, p. 473.

(341) Soit en tenant compte des capacités propres à la personne qui subit la sanction. C'est en tout cas l'approche retenue par la Cour dans son arrêt *Ziliberberg* précité, §34 et par la Commission dans sa décision du 2 avril 1990, *A. c. Autriche* (req. n° 14217/88),

peut avoir, notamment, sur la vie professionnelle de son destinataire (342).

126. – La Cour européenne se montre particulièrement lâche dans l'examen de la gravité de certaines sanctions disciplinaires, tranchant dès lors avec son attitude rigoureuse quant à la confrontation de celles-ci au second réactif.

Des mesures s'analysant, en fait, comme une privation de liberté peuvent ainsi être infligées aux appelés du contingent, sans être requalifiées de pénales au sens de la Convention. Sans doute, s'agit-il là de sanctions qui, par leur nature, s'écartent des mesures disciplinaires traditionnellement prévues dans le statut des agents de l'Etat pour se rapprocher de sanctions pénales. Il n'en demeure pas moins, selon la Cour européenne, que le régime disciplinaire des militaires répond à des objectifs particuliers et s'inscrit dans une organisation spécifique, en manière telle qu'une privation de liberté *limitée* ne constitue pas, pour eux, une sanction administrative à caractère pénal (343). Un même constat peut être dressé à l'égard du régime disciplinaire pénitentiaire (344). Lorsqu'elle atteint un certain degré de gravité, la sanction disciplinaire sera néanmoins qualifiée de pénale (345).

II. – LA SANCTION ADMINISTRATIVE À CARACTÈRE « CIVIL »

127. – L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales associe à « l'accusation en matière pénale » les « contestations sur des droits et obligations de caractère civil », sans pour autant

citée par S. RUDLOFF, *op. cit.*, p. 125. La Cour européenne examine aussi le degré de sévérité de la sanction à la lumière de la gravité de l'infraction commise (J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, *op. cit.*, p. 255).

(342) Voy. J. PUT, *Administratieve...*, *op. cit.*, p. 152; R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 520.

(343) Arrêt *Engel*, §85. B. DE SMET et al., *op. cit.*, p. 410.

(344) Arrêt *Campbell et Fell*, §§70-73. *Adde* : J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 252 et 398. Pour une critique, voy. R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, pp. 518-519.

(345) Voy., notamment, en matière d'amende imposée au justiciable, Cour eur. D.H., arrêt *T. c. Autriche*, du 14 novembre 2000.

qu'une définition générale de ces droits et obligations n'ait été fournie par les instances de Strasbourg.

L'expression doit cependant recevoir une interprétation autonome (346) et étendue. Elle englobe, dès lors, les droits individuels qui ressortissent au domaine de la liberté générale de l'individu, que ce soit dans son activité professionnelle ou dans toute autre activité et ce, nonobstant un éventuel pouvoir de régulation de l'Etat en la matière (347). Cette notion s'applique encore «indépendamment de la qualité des parties comme de la nature de la loi régissant la contestation et de l'autorité compétente pour trancher; il suffit que l'issue de la procédure soit déterminante pour des droits et obligations de caractère privé» (348). En outre, «si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique» (349).

A la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne, la nature personnelle ou patrimoniale des droits en cause apparaît essentielle. Il n'en demeure pas moins que certains droits patrimoniaux apparaissent, au terme d'une mise en balance de leurs aspects privés et publics, à ce point liés à l'exercice de la puissance publique qu'ils échappent aux garanties conventionnelles attachées aux contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil.

128. — Une sanction administrative peut-elle affecter des droits et obligations civils, au sens de la Convention, de sorte que la contestation qui s'élèverait ultérieurement à ce propos doive répondre aux garanties du procès équitable?

L'opportunité de la question est relative. Elle n'a de sens que dans l'hypothèse où la sanction administrative n'a pas déjà été qualifiée de «pénale» au sens de la Convention. Dans le cas contraire, en effet, le régime juridique de la sanction ne se modifierait pas, même si elle devait également porter

(346) Cette notion ne se confond pas avec les «droits civils» visés à l'article 144 de la Constitution (J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 366, B. DE SMET et al., *op. cit.*, p. 394).

(347) Voy. la définition des commissaires Melchior et Frowein citée par J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 376.

(348) Cour eur. D.H., arrêts *Demeuland*, du 29 mai 1986 et *Baraona*, du 8 juillet 1987.

(349) Cour eur. D.H., arrêt *König*, du 28 juin 1978.

atteinte à des droits de caractère civil. Ce problème de qualification n'est, dès lors, envisagé qu'à l'égard des sanctions administratives qui échappent au champ d'application cumulé des articles 6 et 7 de la Convention.

A. – *La répression administrative « interne »*

129. – La répression administrative « interne » est un terrain peu propice au développement des garanties pénales contenues au sein de la Convention. Certes, il ne suffit pas que l'infraction soit disciplinaire pour exclure son caractère pénal. Encore faut-il que la sanction qu'encourt l'auteur du manquement ne soit pas d'une nature et d'une gravité telles qu'elle doive être requalifiée en « peine ». En principe, toutefois, la grande majorité des sanctions disciplinaires ne ressortissent pas à la matière pénale. Un même constat peut être dressé à l'égard des sanctions « quasi-disciplinaires ». Tombent-elles, en revanche, dans le champ d'application des garanties liées au procès civil et contenues à l'article 6 de la Convention ?

1. *La répression disciplinaire*

130. – La jurisprudence européenne relative au contentieux disciplinaire repose sur deux oppositions essentielles. D'une part, le régime disciplinaire propre aux agents de l'Etat doit être distingué de celui qui trouve à s'appliquer au sein d'associations professionnelles. De l'autre, le régime disciplinaire, au sein de l'administration même, se différencie selon la qualité de l'agent auquel il s'applique.

Depuis les arrêts *Le Compte*, il est acquis que le contentieux disciplinaire au sein d'un ordre professionnel – en l'espèce, l'Ordre des médecins – a trait à des droits et obligations de caractère civil (350), nonobstant la nature spécifique et d'inté-

(350) Alors qu'elle se limite à examiner, sous l'angle pénal, la seule sanction effectivement infligée au contrevenant, la Cour de cassation « ne fait pas dépendre l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er}, [sous son angle civil], de l'issue effective de la procédure [disciplinaire], mais bien de l'issue possible. En effet, à la différence du droit pénal, le droit disciplinaire belge notamment ne comporte pas une échelle obligatoire de sanctions, de sorte qu'il est malaisé de connaître à l'avance la sanction qui sera effectivement infligée. Ainsi, il importe peu qu'à l'issue de la procédure, des sanctions, tels l'avertissement, la censure ou la réprimande, aient été prononcées, sanctions qui n'affectent en rien le droit civil de

rêt général des professions en cause et les devoirs particuliers qui s'y rattachent (351). Cette jurisprudence a été confirmée à propos de sanctions disciplinaires infligées à des professionnels entretenant des relations encore plus ténues avec des missions de service public, comme les avocats (352).

Inversement, tant la Commission que la Cour européenne considéraient, jusqu'il y a peu, que le régime disciplinaire prévalant au sein de l'administration échappait aux prescriptions de l'article 6 de la Convention.

131. – L'arrêt *Pellegrin* opère un net revirement de jurisprudence. Sans aller jusqu'à intégrer l'ensemble du contentieux disciplinaire dans les prévisions de l'article 6 de la Convention, la Cour estime que «sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6, §1^{er} de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Un exemple manifeste de telles activités est constitué par les forces armées et la police» (353). N'échappent, de surcroît, à l'emprise de l'article 6 de la Convention que les litiges relatifs au recrutement, à la carrière ou à la cessation d'activités de ces agents.

132. – Il est permis de se demander si un tel critère doit être limité à la répression disciplinaire ou s'il ne pourrait pas, un jour, permettre de faire échapper à la protection conventionnelle des sanctions infligées à des collaborateurs directs de

continuer à exercer sa profession [...]. Il faut, mais il suffit qu'en l'espèce, la juridiction disciplinaire ait eu le pouvoir de prononcer une sanction portant atteinte à ce droit» (J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 371).

(351) Voy. J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 386. Cass., 14 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, n° 441; C.E., arrêt *De Saedeleer*, n° 67.605, du 29 juillet 1997.

(352) B. DE SMET, *op. cit.*, p. 399 et références citées; S. RUDLOFF, *op. cit.*, pp. 114-115.

(353) Cour eur. D.H., arrêt *Pellegrin*, du 8 décembre 1999, §66. Pour une critique de cet arrêt, voy. notamment F. KRENC, «Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme : éléments de synthèse», *Ann. dr. Lv.*, 2005, pp. 216-217 et références citées. Compar. B. LOMBAERT, *op. cit.*, pp. 32 et s. Pour une application restrictive de la jurisprudence *Pellegrin*, Cour eur. D.H., arrêt *Stojakovic*, du 9 novembre 2006.

l'autorité publique qui assumeraient une fonction essentielle dans la gestion du service public (354).

2. La répression «quasi-disciplinaire»

133. – En l'état actuel du droit, cependant, il faut considérer qu'en dehors de certaines sanctions disciplinaires, la majeure partie des sanctions administratives «non-pénales» tombent dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

S'agissant des sanctions «quasi-disciplinaires» applicables aux personnes disposant d'une parcelle du domaine public ou exerçant une mission de service public, il faut, dès l'abord, souligner que le caractère précaire des relations qu'elles entretiennent avec l'autorité publique n'est pas de nature à rendre inapplicables les garanties procédurales visées à l'article 6 de la Convention. En effet, l'autorité publique ne dispose jamais d'une compétence arbitraire et le pouvoir discrétionnaire dont elle peut se prévaloir est toujours limitée par certaines obligations, s'imposant à elles et créant, par ricochet, un «droit», au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en faveur du particulier concerné (355).

134. – En outre, ce droit peut être qualifié de «civil» aux fins de la Convention. Une société chargée d'assurer le transport public et soumise, de ce fait, à une autorisation administrative pour exercer son activité, participe, à n'en pas douter, à la gestion d'un service public. «Ces aspects de droit public ne suf-

(354) Voy. toutefois l'arrêt *Werner*, du 15 novembre 2001, qui refuse d'appliquer l'enseignement de l'arrêt *Pellegrin* à la révocation d'un avocat dans ses fonctions de liquidateur de faillite ainsi que l'analyse de cette décision par S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*, op. cit., pp. 71-72.

(355) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Pudas*, du 27 octobre 1987 relatif à une licence de transport public : La Cour estime «que le requérant se trouvait investi de certains "droits" découlant de l'octroi de la licence. Tout d'abord, celle-ci lui en avait conféré un – sauf révocation – sous la forme de la faculté d'assurer un service de transport aux conditions qu'elle prescrivait et qu'énonçait la loi nationale (...). A la vérité, elle ne précisait pas dans quelles circonstances elle pouvait être retirée et la législation ménage en la matière une certaine liberté d'appréciation, mais il ressort de principes juridiques et administratifs généralement reconnus que les autorités ne jouissaient pas d'une latitude illimitée à cet égard».

fisent pourtant pas à exclure de la catégorie des droits de caractère civil, au sens de l'article 6, §1^{er}, les droits que la licence conférait au requérant. Le maintien de cette dernière, auquel il prétendait avoir droit, figurait parmi les conditions de l'exercice de son activité professionnelle. De plus, les services de transport public ne se trouvent pas assurés par un monopole de l'Etat, mais à la fois par des organes publics et des personnes privées. Dans la seconde hypothèse au moins, les prestations se présentent comme une activité commerciale. Fournies dans un but lucratif, elles reposent sur un rapport contractuel entre le titulaire de la licence et les clients» (356).

De la même manière, le retrait d'une licence de vente de boissons alcoolisées, accordée à une société privée, peut avoir des incidences négatives sur le fonds de commerce et la valeur de l'établissement qu'elle gère. «En pareil cas, les intéressés accomplissent une activité commerciale privée, à des fins lucratives et sur la base de contrats entre eux et les clients», de telle manière que «les aspects de droit public ne suffisent pas à exclure de la catégorie des "droits de caractère civil", au sens de l'article 6, §1^{er}, les droits que la licence conférait» à cette société (357).

B. — *La répression administrative «externe»*

135. — A supposer que certaines sanctions administratives adoptées en cette matière ne puissent être qualifiées de pénales, au sens de la Convention, la plupart d'entre elles affectent, en toute hypothèse, un droit de caractère civil.

On sait, par exemple, que le contentieux de la sécurité sociale tombe désormais sous le coup de l'article 6 de la Convention (358). Il en va de même des questions d'urbanisme, qui limitent le droit de propriété du particulier (359) ou des

(356) Cour eur. D.H., arrêt *Pudas*, précité.

(357) Cour eur. D.H., arrêt *Tre Traktörer Aktiebolag*, du 7 juillet 1989. *Addé* : D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 36. *Compar.* Cour eur. D.H., arrêt *Kervoelen*, du 27 mars 2001.

(358) Voy. J. PUT, *Administratieve...*, *op. cit.*, pp. 138-139; B. DE SMET, *op. cit.*, pp. 401 et s. *Contra* : C.E., arrêt *Godderies*, n° 65.512, du 3 juin 1997.

(359) Voy., notamment, Cour eur. D.H., arrêt *Benthem*, du 23 octobre 1985 relatif au refus d'une autorisation d'exploiter une station LPG et B. DE SMET, *op. cit.*, pp. 395-396. *Contra* : Comm. eur. D.H., déc. du 6 mai 1982, req. n° 9607/81, *D. R.*, vol. 28, p. 249 et critiques de J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 385.

autorisations relatives à l'exercice de certaines professions (360).

III. – LES SANCTIONS PUREMENT ADMINISTRATIVES

136. – Même si elles sont rares, il existe des sanctions administratives étrangères aux domaines pénal et civil propres à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela ne signifie pas pour autant que ces sanctions peuvent être établies et infligées sans contrainte. Mais leur régime juridique découlera, pour l'essentiel, de dispositions constitutionnelles et de principes généraux du droit administratif.

La jurisprudence hésitante de la Cour européenne et des juridictions internes, en ce qui concerne le champ d'application des articles 6 et 7 de la Convention, rend l'établissement d'une liste de sanctions administratives «autonomes» assez complexe. Il est néanmoins permis de distinguer entre les sanctions «autonomes» relevant de la répression administrative «interne» et les éventuelles sanctions administratives «autonomes» qui existeraient dans le cadre d'une répression «externe» à l'autorité publique.

A. – *La répression administrative «interne»*

137. – Les sanctions disciplinaires appliquées aux fonctionnaires ainsi qu'aux détenus, de même que les mesures répressives infligées au personnel politique, peuvent ne pas tomber sous le coup des garanties conventionnelles relatives aux accusations en matière pénale ou aux contestations portant sur des droits de caractère civil.

1. *Les sanctions disciplinaires infligées aux agents de l'Etat munis d'une part de l'imperium*

138. – En principe, le régime disciplinaire applicable au sein de l'administration ne s'assimile pas à une répression pénale.

(360) C.E., arrêt *s.p.r.l. Lambregts Transportsbedrijf*, n° 28.938, du 1^{er} décembre 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 880; C.E., arrêt *W.E.A. Records*, du 12 juin 1992, *J.T.*, 1993, p. 47, note P. LAMBERT.

Ce constat est d'autant plus vrai que la jurisprudence européenne se montre conciliante avec des sanctions disciplinaires particulièrement lourdes pour certaines catégories de fonctionnaires. En outre, l'arrêt *Pellegrin* écarte l'application de l'aspect civil de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lorsque le litige concerne un agent de l'Etat muni d'une part de l'*imperium*.

Il est dès lors très probable qu'une sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire dirigeant ou à un membre des services de police ou des forces armées constitue une «sanction administrative autonome» (361). Il en irait, de même, à notre estime, de la suspension ou de la révocation d'un ministre, d'un échevin ou d'un bourgmestre par l'autorité disciplinaire compétente.

2. Les sanctions «politiques»

139. – Le personnel politique peut encourir d'autres sanctions que la suspension ou la révocation. Celles-ci ne prennent pas une forme disciplinaire *stricto sensu*, bien qu'elles participent d'une même volonté de réprimer un comportement irrégulier qui porte atteinte à l'image de marque ou au bon fonctionnement de l'autorité publique.

140. – Conformément aux articles L1123-14 et L2212-44 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le conseil communal ou provincial peut adopter une motion de méfiance constructive à l'égard d'un ou de plusieurs membres du collège. Comme on l'a relevé plus haut, il n'est pas exclu qu'un tel renvoi matérialise l'intention de punir le mandataire local en raison d'un manquement à une obligation juridique s'imposant à lui. Dans ce cas, le renvoi peut s'apparenter à une sanction administrative.

(361) Voy., en matière de révocation de militaires, Cour eur. D.H., décision *Batur*, citée; C.E., arrêt *Béguin*, n° 143.919, du 29 avril 2005; C.E., arrêt *Hens*, n° 152.043, du 30 novembre 2005, ainsi que la jurisprudence analysée par F. KRENC, «Le fonctionnaire...», *op. cit.*, pp. 219 et par B. LOMBAERT, *op. cit.*, p. 36. En matière de discipline judiciaire, voy., également, E. KRINGS, *op. cit.*, p. 497 et B. LOMBAERT, *op. cit.*, pp. 38-40.

En revanche, cette sanction ne saurait être considérée comme une peine, au sens de la Convention. Elle n'est pas qualifiée de la sorte par le droit interne. Le comportement irrégulier est apprécié au regard de l'intérêt de l'autorité publique. Enfin, le renvoi du mandataire local ne s'assimile, ni par sa nature, ni par sa sévérité, à une sanction pénale.

Par ailleurs, même si le renvoi du mandataire local peut entraîner une atteinte à certains de ses droits patrimoniaux, il n'en demeure pas moins que le droit d'occuper une fonction exécutive présente un caractère public nettement prédominant (362). L'aspect civil de l'article 6 de la Convention est donc tout aussi inopérant.

141. – Le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit également qu'en cas de manquement du mandataire local à son obligation de déclaration de mandats et de revenus, le Gouvernement wallon prononcera sa déchéance. Dans certains cas, le mandataire déchu sera, par ailleurs, déclaré inéligible pour une période de six ans.

La déchéance prononcée par le Gouvernement régional constitue un acte administratif unilatéral causant grief. Sa nature répressive pose, en revanche, question. Dans son arrêt *Pierre-Bloch*, relatif au prononcé d'une inéligibilité consécutive à un dépassement du plafond autorisé en matière de dépenses électorales, la Cour de Strasbourg considère, avec une exceptionnelle concision, qu'«un manquement à une norme juridique régissant [la matière électorale] ne saurait [...] être qualifié de "pénal" par nature».

Ce considérant peut être interprété de deux manières. Soit, la Cour européenne constate que la norme violée n'a pas une nature pénale au motif qu'elle s'adresse à un groupe déterminé de personnes, doté d'un statut particulier. Soit, la Cour de Strasbourg estime que la règle transgressée ne poursuit pas un but punitif, mais bien préventif.

Compte tenu des précisions ultérieures de l'arrêt *Pierre-Bloch*, et de la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'éligibilité, la seconde interprétation paraît la plus vraisem-

(362) R. ERGEC et F. DOCQUIR, *op. cit.*, p. 145; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, «La motion...», *op. cit.*, p. 323, note 56.

blable (363). A supposer, néanmoins, que la déchéance prévue par le législateur wallon soit considérée comme une sanction (364), celle-ci devrait-elle être qualifiée de pénale, aux fins de la Convention ?

L'obligation faite aux mandataires locaux de déclarer leurs mandats et leurs revenus ne s'adresse, par définition, qu'à un groupe restreint d'individus, doté d'un statut particulier. En outre, il s'agit bien de préserver le bon fonctionnement de l'autorité publique ou, pour reprendre les termes de la Cour européenne, de régir, par le biais d'une mesure spéciale de droit public, «l'accès à la vie politique» (365). En ce qui concerne la nature et la gravité de la mesure, la déchéance ne paraît pas constituer une mesure d'une sévérité suffisante pour être regardée comme une sanction pénale, même si l'inéligibilité au niveau local qui découle, dans certains cas, de cette déchéance perdure durant six ans (366).

(363) En effet, dans le même arrêt, le juge européen relève que cette inéligibilité est «destinée à assurer le bon déroulement des élections législatives» et échappe, par sa *finalité*, «au domaine pénal». Une seconde affaire va permettre à la Cour européenne de confirmer, en deux temps, sa jurisprudence sur le sujet. Une ressortissante lettone avait été privée de son éligibilité en raison de son appartenance au parti communiste letton (PCL). Après avoir épuisé les voies de recours internes, elle s'adresse à la Cour européenne en faisant grief à la législation lettone de violer l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention, consacrant le droit à des élections libres. Elle n'invoque, en revanche, ni l'article 6, ni l'article 7 de la Convention. La Cour européenne, statuant en grande chambre, revient sur la position adoptée par le premier arrêt rendu dans cette affaire et considère que «la législation litigieuse n'avait pas pour objet principal de sanctionner les personnes ayant activement milité au sein du PCL, mais plutôt de protéger l'intégrité du processus démocratique en excluant la participation aux travaux d'un corps législatif démocratique de ceux qui avaient joué un rôle actif et dirigeant dans un parti directement impliqué dans la tentative de renversement par la violence du régime démocratique nouvellement établi (...) Le législateur était manifestement motivé par la prévention plutôt que par la sanction». Une telle inéligibilité «constitue une mesure spéciale de droit public régissant l'accès à la vie politique au plus haut niveau» (Cour eur. D.H., arrêt *Zdanoka c. Lettonie*, du 16 mars 2006, §§ 122 et 124). *Compar.*, toutefois, la décision *Matyjek*, visée à la note 366.

(364) A ce sujet, voy. E. GLASER, Conclusions sur C.E. fr., *Ousty et Gravier*, du 1^{er} juillet 2005, *R.F.D.A.*, 2006, pp. 262-263. Une pareille mesure ne pourrait cependant être qualifiée de sanction disciplinaire *stricto sensu*, au sens du droit interne Voy. D. DÉOM et Th. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 65.

(365) Arrêt *Zdanoka*, précité.

(366) Voy., ainsi, Cour eur. D.H., arrêt *Pierre Bloch*, précité : «l'inéligibilité prononcée par le Conseil constitutionnel est limitée à une année à compter de l'élection et ne vaut que pour l'élection en cause, soit en l'espèce, l'élection à l'Assemblée nationale». La Cour en tirait la conséquence que le degré de sévérité de la sanction ne justifie pas une application des garanties prévues en matière pénale. Voy. aussi les conclusions du commissaire du gouvernement, *R.F.D.A.*, 2006, p. 265. *Compar.* la décision *Matyjek*, du 30 mai 2006, dans laquelle la Cour européenne estime que la sanction par laquelle un homme politique a perdu son siège de député et a été frappé d'une inéligibilité de dix ans en conséquence

Une telle sanction administrative, infligée au mandataire indélicat, paraît donc bien échapper au champ d'application de l'article 7 de la Convention (367). Puisqu'il ne s'agit, en aucun cas, d'une contestation sur des droits de caractère civil, l'article 6 de la Convention ne contraint pas davantage le législateur wallon en la matière (368).

3. *Les sanctions disciplinaires applicables aux détenus*

142. – Conformément aux arrêts *Campbell* et *Ezeh*, les sanctions applicables dans le régime pénitentiaire échappent, en grande partie, au domaine pénal de la Convention. Sans doute, certaines infractions au règlement d'ordre intérieur ne sont pas propres aux détenus. Toutefois, ce constat ne suffit pas à leur conférer un statut pénal alors que des mesures aggravant leur régime de détention ne sont regardées par la Cour européenne comme des sanctions pénales que lorsqu'elles sont particulièrement sévères.

L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, envisagé sous son aspect « civil », s'applique-t-il, plus aisément, aux détenus ? La question paraît discutée. Le régime pénitentiaire ressortit, en principe, au droit public, même si la Cour européenne a déjà accepté d'envisager, au regard de l'article 6 de la Convention, des contestations relatives aux conditions de détention (369). Cette dernière démarche nous paraît devoir être approuvée.

B. – *La répression administrative « externe »*

143. – Les mesures prises à l'encontre des étrangers ainsi que les sanctions adoptées en matière fiscale échappent-elles

du fait qu'un arrêt définitif a constaté qu'il avait menti dans sa déclaration de lustration, doit passer pour avoir porté préjudice au requérant et pour avoir eu de graves conséquences à son égard. Il s'agit donc d'une condamnation de nature pénale.

(367) *Compar.* C.E. fr., arrêts *Gravier* et *Ousty*, du 1^{er} juillet 2005, *R.F.D.A.*, 2006, pp. 268 et s.

(368) Arrêt *Pierre-Bloch* précité.

(369) A ce sujet, voy. J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 379 et 381. Cette question gagne à être examinée à la lumière de l'arrêt *Aerts*, tel qu'il est commenté par S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004)*, *op. cit.*, p. 100.

aux garanties consacrées par les articles 6 et 7 de la Convention?

1. *Les mesures d'éloignement prises à l'égard des étrangers*

144. – La jurisprudence européenne en la matière est particulièrement tranchée. Consacrée par l'arrêt *Maaoui*, elle refuse d'envisager les mesures ressortissant à la police des étrangers tant sous l'angle pénal que sous l'aspect civil de l'article 6 de la Convention (370).

La mesure d'interdiction du territoire français, opposée à la requérante dans cette affaire, ne portait pas, selon la Cour, sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. La Cour constate que «l'interdiction du territoire ne revêt pas en général un caractère pénal dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Cette mesure qui, dans la plupart des Etats, peut également être prise par l'autorité administrative, constitue, de *par sa nature, une mesure de prévention* spécifique en matière de police des étrangers».

Cette interprétation est largement partagée par les juridictions internes (371). Les mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière sont adoptées dans le cadre d'une mission de police administrative spéciale. Dans cette conception, elles ne pourraient même pas être considérées comme des sanctions administratives. Il est cependant permis de douter du but réel de l'autorité lorsque la mesure d'éloignement découle, par exemple, d'un bilan scolaire médiocre.

145. – L'aspect civil des garanties conventionnelles ne trouve pas davantage à s'appliquer en la matière. En effet, la Cour européenne estime qu'en adoptant l'article 1 du Protocole n° 7 contenant des garanties spécifiques aux procédures d'expulsion d'étrangers, les Etats ont clairement marqué leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ

(370) De telles mesures peuvent toutefois porter atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 3, 5, 8 ou 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(371) B. DE SMET, *op. cit.*, p. 409; A. SCHAUS et D. YERNAULT, «La protection des droits fondamentaux du justiciable devant le Conseil d'Etat : Applications de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux administratif belge», in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, *op. cit.*, pp. 537-539; *Compar.*, J. JAUMOTTE, *op. cit.*, pp. 664-665.

d'application de l'article 6, §1^{er} de la Convention. «Le fait que la mesure d'interdiction du territoire français a pu entraîner accessoirement des conséquences importantes sur la vie privée et familiale de l'intéressé ou encore sur ses expectatives en matière d'emploi ne saurait suffire à faire entrer cette procédure dans le domaine des droits civils protégés par l'article 6, §1^{er} de la Convention» (372).

2. Les sanctions administratives en matière fiscale

146. – Selon toute vraisemblance, les amendes infligées en matière fiscale tombent sous le coup des articles 6 et 7 de la Convention. Les infractions qu'elles répriment doivent en effet être considérées comme pénales par nature. On sait, cependant, que la jurisprudence européenne connaît quelques flottements en la matière, susceptibles d'aboutir à exclusion du domaine pénal des amendes administratives fiscales de faible importance.

Si tel était le cas, ces sanctions échapperaient, en réalité, à la totalité de la protection offerte au justiciable par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, il est communément admis que les litiges fiscaux sont étrangers aux contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil. L'arrêt *Ferraz-zini* a confirmé récemment que «la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant». Il s'ensuit que «le contentieux fiscal échappe au champ des droits et obligations de

(372) Voy. encore, à cet égard, les références citées par J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 380. Pour une critique, voy. M. PUECHAVY, «Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme», in P. LAMBERT et C. PETTITI (éd.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2003, p. 89; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*, *op. cit.*, p. 75, ainsi que S. SAROLEA, «La nature civile du droit des réfugiés en droit belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de définition et analyse des enjeux (l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 18 mars 1997)», *R.B.D.I.*, 1996/2, pp. 655 et s.

caractère civil, en dépit des effets patrimoniaux qu'il a nécessairement quant à la situation des contribuables» (373).

*

147. – Définir la sanction administrative s'avère un exercice à la fois aisé et ardu.

Aisé, tout d'abord, parce que la notion abordée reste proche du sens commun : l'expérience pratique, le sens de l'équité, le jugement ordinaire, suffisent à faire deviner une bonne partie de son contenu, voire de ses fondements juridiques. Il n'est nul besoin d'être un fin juriste pour comprendre la différence entre punir un coupable et pourvoir au maintien de l'ordre. Le contribuable indélicat ou négligent, qui s'insurge contre la majoration qu'il a encourue par sa faute, discerne parfaitement la nuance entre une intention répressive et une finalité indemnitaire. Et toute personne dotée d'une éducation démocratique de base sent qu'une répression administrative ne peut être adéquate pour statuer sur un assassinat.

Exercice ardu, pourtant, parce qu'au-delà de quelques évidences, les difficultés techniques sont légion. La fonction répressive de l'administration est mal connue et, d'une certaine manière, mal reconnue. Pour la cerner parfaitement, il faudrait parcourir tout le champ du droit administratif : elle s'inscrit tantôt dans des matières très techniques, tantôt dans la régulation sociale la plus générale. Pour la décrire exhaustivement, il faudrait analyser tous les types d'actes administratifs : elle ne se limite ni à des mesures déterminées ni à des législations bien définies, et elle peut se cacher sous des apparences trompeuses. Enfin, pour la comprendre pleinement, il faudrait l'intégrer dans une vision d'ensemble de l'action administrative : l'acte de punir s'insère dans la fonction de gouverner, il accompagne des politiques diverses et répond, selon les cas, à des justifications différentes. Autant dire que la tâche n'est ici qu'esquissée. En outre, on ne saurait

(373) Cour eur. D.H. (g.c.), arrêt *Ferrazzini*, du 12 juillet 2001. Voy. aussi, en matière de sanctions administratives, les arrêts *Janosevic* et *Vätsberga*, cités. On notera cependant que le Conseil d'Etat considère que relève du champ d'application de l'article 6 les contestations fiscales lorsqu'est en jeu le droit de représenter les contribuables (C.E., arrêt 5 juillet 1994, n° 48.473, cité par A. SCHAUS et D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 551).

sous-estimer les potentialités que recèlent encore les relations complexes qui se tissent entre la notion de sanction administrative et celle de peine, au sens du droit constitutionnel et du droit international des droits de l'homme.

148. – Après s'y être essayés, on ne peut manquer de se demander si toutes les garanties qui assortissent la notion de sanction administrative y trouvent réellement leur raison d'être spécifique. Si certaines sont bien des corollaires de l'intention de punir – on pense, par exemple, à l'adage «*non bis in idem*» –, d'autres, comme le principe «*et audi alteram partem*», s'étendent potentiellement à toute action administrative qui produit des effets défavorables. Mais cette question ne relève déjà plus de la définition de la sanction administrative... Il est temps de céder la plume.