



Conseil d'Etat de Belgique

Raad
van State



CONSEIL D'ETAT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG



COLLOQUE

Réunion des Conseils d'Etat du Benelux
et de la Cour administrative du Luxembourg

Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas

Analyse comparée

Bruxelles

- 21 octobre 2011 -



En collaboration avec le
Secrétariat général du
Benelux

SOMMAIRE

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES EN BELGIQUE - Contribution du Conseil d'Etat de Belgique, par Madame Elisabeth WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

- A. LE PHÉNOMÈNE DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE
- B. LA QUALIFICATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES
- C. L'APPLICATION PARTIELLE ET INDIRECTE DU DROIT PÉNAL GÉNÉRAL
- D. L'ARTICULATION DES POURSUITES PÉNALES ET ADMINISTRATIVES
- E. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES AU LUXEMBOURG - Contribution du Conseil d'Etat du Luxembourg, par Monsieur Georges WIVENES, Conseiller d'Etat au Conseil d'Etat du Luxembourg

- A. LE CONCEPT DE SANCTION ADMINISTRATIVE
- B. LA CONFORMITE DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE AVEC LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA SEPARATION DES POUVOIRS
- C. LA LEGALITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES
- D. LE CUMUL DES SANCTIONS ET LE PRINCIPE « *NON BIS IN IDEM* »

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES AU LUXEMBOURG - Contribution de la Cour administrative du Luxembourg, par Monsieur Georges RAVARANI, résident de la Cour administrative du Luxembourg

- A. LA SANCTION ADMINISTRATIVE, UNE ANOMALIE...
- B. ...LARGEMENT RATTRAPÉE PAR LA NORMALITÉ

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES AUX PAYS-BAS - Contribution du Conseil d'Etat des Pays-Bas, par Monsieur P.J.J. van BUUREN, Président de chambre - Afdeling « Bestuursrechtspraak » du Conseil d'Etat des Pays-Bas

- A. LA CONTRAINTE ADMINISTRATIVE ET L'ASTREINTE
- B. L'AMENDE ADMINISTRATIVE

LISTE DES PARTICIPANTS

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES EN BELGIQUE – contribution du Conseil d'Etat de Belgique

Madame Elisabeth WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

Aucun texte général n'appréhende, en droit belge, la notion de « sanction administrative ».

En son sens le plus large, la « répression administrative » s'entend de la mise en œuvre d'un droit de punir par l'administration. Dans ce cadre, la « sanction administrative » pourrait être définie comme un acte individuel faisant grief, adopté par une autorité administrative sans intervention préalable d'un juge, en réaction à un comportement irrégulier et dans un but répressif.

La pratique privilégie toutefois l'usage de l'expression « sanction administrative » en un sens plus restrictif, qui ne prend pas en compte la répression disciplinaire (notamment les sanctions infligées à des agents dans le cadre de rapports hiérarchiques ou les sanctions infligées à des détenus dans le cadre pénitentiaire).

La notion est donc utilisée en un sens qui correspond à la définition suggérée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe : les sanctions administratives sont « *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* »¹. Le présent rapport s'inscrit dans les mêmes limites.

La répression administrative ne fait pas l'objet, en Belgique, d'un cadre normatif général. Elle ne connaît ni inventaire des peines, ni unification des procédures. Chaque loi établissant des sanctions définit les mesures applicables, désigne l'autorité compétente pour les prononcer et - en principe - détermine le mode de constatation des infractions, la procédure de poursuites et les recours disponibles. Pour le surplus, le droit de la sanction administrative est essentiellement prétorien.

L'on brosse donc, en quelques traits, le phénomène de la répression administrative en Belgique, avant d'exposer des aspects choisis du cadre progressivement dessiné par la jurisprudence².

A. LE PHÉNOMÈNE DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

1.- LE SUCCÈS DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE. Les sanctions administratives connaissent en Belgique un essor considérable. Elles sont prévues par les législations fédérales, communautaires et régionales et même, en vertu de la loi, par les règlements des communes. Elles s'immiscent dans les aspects les plus divers de la vie économique, sociale, culturelle et, tout simplement, de la vie quotidienne. Elles prennent souvent la forme d'amendes, mais elles peuvent aussi consister en des interdictions d'accès à certains lieux, des fermetures d'établissements, des retraits d'autorisations ou d'agrément, etc. Elles génèrent un contentieux judiciaire, administratif et constitutionnel important.

¹ Recommandation R 91/1 adoptée le 13 février 1991 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et relative aux sanctions administratives.

² Un ouvrage de référence sur le thème des sanctions administratives en Belgique a été publié à l'occasion d'une journée d'études organisée par le Centre d'Etudes constitutionnelles et administratives de l'Université de Louvain (R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 715 p.). Le présent rapport est essentiellement fondé sur un examen de la jurisprudence postérieure à cet ouvrage.

Quelques exemples illustrent, mieux qu'une longue description, l'ampleur prise par le phénomène.

- Les premiers exemples sont tirés de lois fédérales.

Le contribuable qui omet de déclarer certains revenus soumis à l'impôt risque un accroissement allant de 10 p.c. à 200 p.c. de l'impôt élué, une amende administrative de 50 à 1.250 €, le tout sans préjudice de poursuites pénales si l'infraction a été commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire³.

Le commerçant coupable d'infraction à l'obligation d'acquitter la T.V.A. encourt une amende fiscale égale à deux fois la taxe éluée ou payée tardivement, sans préjudice d'éventuelles poursuites pénales⁴.

Le notaire, l'huissier, l'avocat, l'expert-comptable – parmi de nombreuses autres professions – qui manque aux obligations prévues en matière de prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, risque une amende administrative pouvant aller jusqu'à 1.250.000€⁵.

La personne qui offre les services d'une entreprise de gardiennage, sans y avoir été préalablement autorisée, peut se voir infliger une amende administrative pouvant aller jusqu'à 25.000 € (voire plus en cas de récidive), l'entreprise qui ne respecte pas les prescriptions de la loi sur la sécurité privée et particulière peut se voir retirer ou suspendre son agrément, tandis que l'agent de gardiennage qui ne respecte pas la loi ou ne satisfait plus à ses conditions peut se voir retirer ou retenir sa carte d'identification⁶.

L'organisateur d'un match de football qui ne respecte pas les obligations prescrites par la loi relative à la sécurité lors des matches de football risque une amende administrative de 500 à 250.000 €, tandis que le supporter qui trouble le déroulement d'un match – par exemple, en jetant un objet dans le stade, en ne respectant pas les directives données par un steward, en pénétrant sur le terrain de jeu ou ses zones adjacentes ou en incitant à la haine ou à l'emportement à l'égard d'une ou plusieurs personnes – risque une amende administrative de 250 à 5.000 € et une interdiction de stade de 3 mois à 5 ans⁷.

- Les législations communautaires et régionales fourmillent également de sanctions administratives.

En Région bruxelloise, le propriétaire qui donne un logement en location, alors qu'il ne répond pas aux exigences élémentaires de sécurité, de salubrité et d'équipement, encourt une amende administrative d'un montant compris entre 3.000 et 25.000 € par logement loué⁸.

En Région flamande, le conducteur d'un poids-lourd qui cause des dégâts au revêtement routier avec un véhicule dont la masse excède le maximum autorisé risque une amende administrative élevée⁹.

L'utilisateur de la société flamande de transports en communs, qui enfreint les obligations du public et des voyageurs - par exemple par des contacts physiques indésirables, des déclarations ou des actes offensants, immoraux ou menaçants, par la détérioration des biens de la société - risque une interdiction d'accès aux véhicules, au titre de sanction administrative, et une amende de 75 à 500 €¹⁰.

³ Code des impôts sur les revenus, art. 444 et suiv.

⁴ Code de la T.V.A., art. 70.

⁵ Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, art. 40 et suiv.

⁶ Loi du 10 avril 1990, réglementant la sécurité privée et particulière, art. 17 et suiv.

⁷ Loi du 21 décembre 1998 relative à la sécurité lors des matches de football, art. 18 et suiv.

⁸ Ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du Logement, art. 15.

⁹ Décret flamand du 19 décembre 1998 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 1999, art. 58-59.

¹⁰ Décret flamand du 8 mai 2009 relatif à l'interdiction d'accès aux véhicules de la « Vlaamse vervoermaatschappij ».

En Communauté française, la chaîne de télévision qui commet un manquement à des obligations légales ou conventionnelles peut notamment se voir infliger, au titre de sanction administrative, la suspension ou le retrait du programme incriminé, la suspension ou le retrait de l'autorisation, ou encore une amende dont le montant ne peut être inférieur à 250 € ni excéder 3% du chiffre d'affaires annuel hors taxes (voire plus en cas de récidive)¹¹.

En Région bruxelloise, est passible d'une amende administrative de 62 à 625 € la personne qui pêche sans être titulaire d'un permis qui ne garde pas à tout moment la maîtrise de son chien en forêt, qui cause des bruits ou tapages sur la voie publique, etc¹². Dans le domaine de la protection de l'environnement, des infractions plus graves sont passibles d'amendes administratives bien plus lourdes : la compagnie aérienne qui survole la Région de Bruxelles-Capitale en ne respectant pas le niveau de bruit maximum que le passage des avions peut provoquer, encourt des amendes administratives comprises entre 625 et 62.500 €¹³.

- Enfin, les règlements communaux peuvent être assortis de sanctions administratives.

Les communes peuvent punir les infractions à leurs règlements, voire mêmes des « incivilités », d'une amende administrative de maximum 250 €, de la suspension ou du retrait d'une autorisation ou permission délivrée par la commune et de la fermeture d'un établissement à titre temporaire ou définitif¹⁴.

2.- LES ATOUTS DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE. Le développement quelque peu anarchique de la répression administrative s'explique par des considérations diverses. D'une manière générale, l'on peut dire que la sanction administrative a vocation à suppléer certaines déficiences du système pénal traditionnel.

- Il s'agit, en premier lieu, de confier à des administrations spécialisées, le soin d'apporter une réponse adaptée et systématique aux infractions commises dans des secteurs, souvent à haute technicité, contrôlés ou même régulés par elles, alors que les parquets engorgés pourraient ne pas leur accorder la priorité.

Les administrations fiscales et sociales, par exemple, sont spécialisées et dotées de moyens adaptés à l'ingéniosité des fraudeurs. Elles frappent plus promptement - voire plus sévèrement - que ne le permet le système pénal traditionnel.

Les nombreuses autorités administratives indépendantes, chargées de réguler certains secteurs et d'en assurer une surveillance étroite, sont dotées de pouvoirs de sanction. L'on songe notamment aux domaines des assurances, des finances, de l'énergie, de l'audiovisuel, etc.

- Il s'agit aussi de permettre aux collectivités fédérées de poursuivre et de sanctionner elles-mêmes la violation des normes qu'elles adoptent.

En effet, si les communautés et les régions peuvent assortir leurs textes législatifs de sanctions pénales, elles ne disposent pas - jusqu'ici - des fonctions de poursuites et de jugement. Elles dépendent donc du Ministère public fédéral et de la Justice fédérale pour assurer la répression pénale effective des infractions à leurs propres normes. La sanction administrative leur permet d'assumer une politique répressive en toute autonomie, sous réserve du contrôle juridictionnel qui demeure essentiellement fédéral. Cet élément contribue à expliquer l'essor des sanctions administratives dans les domaines de l'urbanisme, de l'environnement, de l'agriculture, du logement, du transport, ...

¹¹ Décret de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels, coordonné par l'arrêté du 26 mars 2009, art. 159 et suiv.

¹² Ordonnance du 25 mars 1999 relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement, spéc. art. 32 .

¹³ Ordonnance du 17 juillet 1997 relative à la lutte contre le bruit en milieu urbain, spéc. art.9 ; Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mai 1999 relatif à la lutte contre le bruit généré par le trafic aérien.

¹⁴ Nouvelle loi communale, art. 119 bis.

- Il s'agit encore de donner une réponse la plus rapide possible aux comportements constitutifs de contraventions ou d'incivilités, trop bénins et/ou trop nombreux pour être efficacement pris en charge par l'appareil pénal traditionnel. Les sanctions administratives communales, notamment, répondent à cette préoccupation. Il en va de même des sanctions prévues pour les infractions les plus légères en matière de sécurité lors des matches de football.

B. LA QUALIFICATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

1.- LES DISPOSITIONS ET LES PRINCIPES EN JEU. Comme l'observent, non sans malice, Diane Déom et Thomas Bombois, « *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* »¹⁵. Les dispositions et principes suivants, des plus généraux aux plus spécifiques, s'appliquent en fonction de la qualification juridique à donner à la sanction.

- Comme tous les actes administratifs unilatéraux, les sanctions administratives sont évidemment soumises à l'ensemble des dispositions et principes qui encadrent l'action unilatérale de l'administration : les règles de compétence et de procédure, le respect des principes généraux de bonne administration, l'obligation de motivation formelle, etc.

- Les procédures administratives qui aboutissent à infliger des sanctions (quelles qu'elles soient) sont plus spécifiquement régies par les principes généraux du droit applicables en matière répressive. La Cour constitutionnelle l'a rappelé en ces termes, dans un arrêt rendu le 30 mars 2011 :

« [...] Même en l'absence d'une disposition explicite, la sanction en cause ne pourrait être infligée sans que soit préalablement offerte à l'intéressé la possibilité de faire connaître utilement son point de vue. En effet, les principes de bonne administration qui comportent le droit d'être entendu exigent que l'intéressé soit informé des motifs de fait et de droit de la sanction administrative envisagée à son égard, qu'il dispose d'un délai suffisant pour préparer sa défense et qu'il puisse prendre connaissance du dossier complet établi en vue de prendre la décision. Ces principes exigent également que la mesure soit motivée.

[...] En ce qui concerne la charge de la preuve, c'est au fonctionnaire qui décide d'infliger la sanction administrative qu'il incombe d'établir la véracité des faits reprochés à la personne mise en cause et de démontrer sa culpabilité »¹⁶.

- Les sanctions administratives relevant de la « matière pénale », d'une part, et les sanctions administratives portant sur des droits civils, d'autre part, sont enfin et surtout soumises, chacune pour ce qui les concerne, à l'arsenal des garanties consacrées par le droit international des droits de l'homme.

En ce qui concerne les sanctions relevant de la « matière pénale », l'on songe, plus particulièrement, à la Convention européenne des droits de l'homme (en particulier les articles 6 et 7) et à ses protocoles additionnels (en particulier l'article 4 du protocole 7), au Pacte international relatif aux droits civils et Politiques (en particulier les articles 14.7 et 15.1) et à la Charte européenne des droits fondamentaux (en particulier l'article 49, § 3).

Tous ces thèmes ne peuvent bien entendu être traités. L'accent sera mis sur les conséquences de la qualification « pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, du Pacte international sur les droits civils et politiques et au sens des principes généraux du droit.

¹⁵ Th. BOMBOIS et D. DÉOM, « La définition de la sanction administrative », in R. ANDERSEN, DÉOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 26.

¹⁶ C.const., arrêt n° 44/2011, du 30 mars 2011, B.35.

2.- LA JURISPRUDENCE BELGE. Il ressort d'un examen approfondi de la jurisprudence belge des dernières années, que la reconnaissance du caractère répressif – ou non – de mesures présentées comme ayant une autre nature, fait davantage débat que leur qualification éventuellement « pénale » au sens large.

- Il s'agit de débusquer les sanctions déguisées sous le couvert de mesures préventives, indemnitaires ou fiscales, par exemple.

Une sanction administrative peut être parée des habits de la mesure de police administrative préventive. La distinction est souvent loin d'être aisée en pratique¹⁷.

La section du contentieux du Conseil d'Etat pose les critères de distinction suivants : « Une différence cruciale entre les sanctions administratives et les mesures administratives, qui visent uniquement à maintenir l'ordre public et la tranquillité publique, réside dans le fait qu'une sanction administrative réagit contre ce qui est considéré comme une infraction, au contraire des mesures administratives, pour lesquelles aucune infraction n'est requise mais un risque ou un danger suffit. Le propre d'une sanction administrative est qu'elle est infligée, à la suite d'une infraction, à son auteur »¹⁸.

La sanction administrative peut aussi se présenter comme une mesure destinée à compenser le préjudice subi par l'administration en raison d'un comportement irrégulier. A cet égard, le critère de la proportion avec un préjudice réellement subi paraît déterminant.

Ainsi, la section de législation du Conseil d'Etat admet que la « surtaxe » pouvant être imposée à un usager indélicat des transports en commun se distingue d'une sanction administrative en ce qu'elle tend à la réparation forfaitaire du préjudice subi par l'administration. Mais elle précise aussitôt que ceci suppose que « le comportement visé ait réellement causé un préjudice et que la surtaxe ne soit pas hors de proportion avec ce préjudice »¹⁹.

Dans le même ordre d'idées, la section de législation admet le caractère « réparatoire » de l'indemnité qu'un organisme assureur pourrait imposer aux prescripteurs refusant, à plusieurs reprises et malgré un avertissement écrit, de facturer des prestations de soins de santé conformément aux règles en vigueur. Observant, à la lumière de l'exposé des motifs, que « l'indemnité visée a un caractère réparatoire pour le dommage occasionné par le prescripteur », la section de législation précise que « si le montant de l'indemnité devait toutefois largement dépasser les coûts administratifs supplémentaires réels, elle pourrait être considérée comme une sanction à caractère pénal »²⁰.

Enfin, la voie fiscale est fréquemment utilisée, en Belgique, à des fins incitatives ou dissuasives. L'idée est simple : le législateur fiscal frappe plus lourdement les produits, activités ou comportements qu'il entend décourager. La distinction entre une sanction administrative et une taxe « dissuasive » est sans doute plus épineuse à justifier de manière conceptuelle.

A priori, les mesures fiscales incitatives ou dissuasives se distinguent d'un système de sanctions administratives. Un exemple illustre pourtant les limites de ces qualifications.

Certaines communes de la Région bruxelloise ont établi des taxes d'un montant élevé à charge des propriétaires de logements inoccupés. Il s'agit de lutter contre la pénurie de logements, en

¹⁷ Les autorités communales peuvent ainsi décider d'une fermeture d'établissement, soit au titre de la police administrative préventive, soit au titre de sanction administrative. La différence de nature entre les deux mesures, en fonction des circonstances, est une bouteille à encre.

¹⁸ C.E., arrêt n° 197.212, *VZW Liga voor de mensenrechten*, du 23 octobre 2009 (traduction libre). Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat estime que la mesure d'interdiction de stationnement, instaurée par le Code des règlements de police de la Ville d'Anvers, devait être considérée comme une sanction administrative. Voy. égal. C.E., arrêt n° 198.994, *Vereecke*, du 17 décembre 2009.

¹⁹ C.E., Avis n° 43.745/4, du 19 novembre 2007, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « fixant certaines conditions d'exploitation des transports en commun en Région de Bruxelles-Capitale ».

²⁰ C.E., Avis n° 44.891/1/V du 19 août 2008 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions en matière de santé ».

partie attribuée à la spéculation immobilière. La Région bruxelloise elle-même a, par la suite, mis en place un système de sanctions administratives « en cas de logement inoccupé ».

La question du cumul entre les taxes communales dissuasives et les sanctions administratives régionales a été soumise à la Cour constitutionnelle, qui a donc dû se pencher sur le caractère éventuellement répressif des taxes. La Cour a considéré que « les règlements-taxes communaux ne constituent en aucune façon des peines mais sont de nature purement fiscale »²¹.

Pourtant, les taxes « dissuasives » et les sanctions administratives ne poursuivent pas des objectifs fondamentalement différents. Les documents parlementaires préparatoires à l'instauration des sanctions montrent qu'entre les deux mesures, la distinction est essentiellement symbolique : « ériger en infraction le fait de ne pas user de son bien est symboliquement plus fort »²².

La définition de critères de distinction précis entre ces deux modes d'action de l'administration constitue sans doute l'un des prochains défis posés aux juridictions belges.

- En aval, la question de la qualification éventuellement « pénale » des sanctions administratives, qui donne lieu à une jurisprudence foisonnante à Strasbourg, suscite finalement peu de débats en Belgique.

La « matière pénale » au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon la qualification autonome dont la Cour européenne des droits de l'homme est la gardienne, se mesure à l'aune de trois critères dont l'énoncé est désormais bien connu : « Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale »²³.

Ces critères ne diffèrent pas selon qu'il s'agit d'appliquer le volet pénal de l'article 6 de la Convention (« accusation en matière pénale »), l'article 7 de la Convention (« peine ») ou l'article 4 du Protocole n° 7 (« poursuivi ou puni pénalement »)²⁴.

En Belgique, les mesures qualifiées de « sanctions administratives » par les textes qui les instituent (ou les mesures requalifiées comme telles par la jurisprudence) sont très généralement considérées comme « pénales » au sens du droit international des droits de l'homme. Les juridictions belges ne s'encombrent pas de grands détours méthodologiques par les critères énoncés par la Cour européenne, pour aboutir cette conclusion.

Il peut toutefois advenir que des mesures, présentées comme des sanctions, échappent à l'assimilation pénale, en raison du lien particulier qui unit les destinataires potentiels de la sanction à l'autorité administrative (sans pour autant qu'il s'agisse de répression administrative « interne »). La section de législation du Conseil d'Etat, en particulier, admet dans certains avis que « lorsqu'elle est destinée à s'appliquer à une catégorie déterminée de personnes qui ont un lien particulier avec les autorités [...] l'amende administrative dont la disposition à l'examen organise le régime ne présente pas un caractère pénal »²⁵.

²¹ C.const., arrêt n° 91/2010, du 29 juillet 2010, B.4.5.

²² *Doc. parl.*, Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, 2007-2008, A-497/1, p.6.

²³ Jurisprudence constante de la Cour. Extrait de l'arrêt Cour eur. D.H., arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. la Russie* (GC), du 10 février 2009, n° 53.

²⁴ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Mamidakis c. la Grèce*, du 11 novembre 2007 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. la Russie* (GC), du 10 février 2009 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ruotsalainen c. la Finlande*, du 16 juin 2009 ; Cour eur. D.H., arrêt *Maresti c. la Croatie*, du 25 juin 2009.

²⁵ C.E., Avis nos 44.947/VR/V, 44.948/VR/V et 44.949/VR/V du 19 août 2008, sur un avant-projet de décret « approuvant l'accord de coopération concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballages » (44.947/VR/V), *Doc. Vl. P.*, sess. 2008-2009, n° 1944/1, pp. 71-99 ; sur un avant-projet d'ordonnance « approuvant l'accord de coopération concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballages » (44.948/VR/V), *Doc. P.R.B.C.*, sess. 2008-2009, n° A526/1, pp. 74-90 ; sur un avant-projet de décret « approuvant l'accord de

- En marge des sanctions à caractère pénal, il convient de préciser que les sanctions touchant à l'exercice d'une activité économique ou d'une profession (retrait d'agrément, d'autorisation, fermeture d'établissement) sont, quant à elles, généralement considérées comme relevant du « volet civil » de l'article 6.

C. L'APPLICATION PARTIELLE ET INDIRECTE DU DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

1.- L'AUTONOMIE DE PRINCIPE DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE. L'on sait que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la qualification « administrative » de la mesure, en droit interne, ne suffit pas à exclure l'application des garanties applicables en matière « pénale ». Cette dernière notion revêt une signification autonome au sens de la Convention.

A l'inverse, comme l'indique la Cour constitutionnelle, « la nature pénale d'une amende administrative au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme [...] n'a pas pour conséquence que cette amende serait de nature pénale selon la législation belge »²⁶. En d'autres termes, l'autonomie des qualifications, en droit international et en droit interne, est à double sens.

Ainsi, une sanction « pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, n'entre pas nécessairement dans le champ d'application des articles 12 et 14 de la Constitution belge, qui consacrent les principes de la légalité des incriminations pénales, de la légalité des poursuites pénales et de la légalité des peines²⁷.

De même, le droit pénal général, qui consacre notamment la possibilité de bénéficier de circonstances atténuantes, d'une mesure de sursis à l'exécution d'une peine ou de la suspension du prononcé d'une condamnation, n'est pas, en tant que tel, applicable aux sanctions administratives.

La Cour constitutionnelle préserve la liberté de principe dont dispose le législateur dans le choix entre l'un ou l'autre mode de répression, avec les conséquences qui en découlent. Elle rappelle inlassablement 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 »²⁸.

La Cour pose toutefois des limites à ce pouvoir d'appréciation, spécialement sous l'angle du principe d'égalité.

2.- LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL D'ÉGALITÉ ET DE NON-DISCRIMINATION. La Cour constitutionnelle répète, comme un *leitmotiv*, que « le choix de l'une ou l'autre catégorie de sanctions ne peut être considéré comme établissant, en soi, une discrimination, mais [que] la différence de traitement qui peut en résulter pour le même manquement n'est admissible que si elle est raisonnablement justifiée »²⁹. A défaut de justification, les garanties propres au droit pénal s'appliqueront, par « ricochet » aux sanctions administratives.

L'écart entre les deux systèmes répressifs tend ainsi à se réduire progressivement, sous l'impulsion de la jurisprudence constitutionnelle.

- Les mesures d'individualisation des peines, prévues par le Code pénal, peuvent ainsi profiter, par le truchement du principe d'égalité, au destinataire d'une sanction administrative. Il s'agit,

coopération concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballages » (44.949/VR/V), *Doc. Parl. w.*, sess. 2008-2009, n° 876/1, pp.

²⁶ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voy. not., const., arrêt n° 44/2011, B.38.

²⁷ En un sens non seulement matériel (comme l'entend la Cour européenne) mais également formel (l'intervention du législateur étant requise).

²⁸ Voy. not. C.const., arrêt n° 67/2007, du 26 avril 2007 ; C.const., arrêt n° 119/2009, du 16 juillet 2009.

²⁹ C. const, arrêt n° 67/2007, du 26 avril 2007, B.6 ; C. const, arrêt n° 91/2008, du 18 juin 2008, B.5. Voy. égal. C. const., arrêt n° 42/2009, du 11 mars 2009, B.5.

en particulier, du bénéfice des circonstances atténuantes ou d'une mesure de sursis à l'exécution de la peine.

Dans un arrêt « didactique » et « novateur »³⁰, rendu le 11 mars 2009³¹, la Cour constitutionnelle synthétise sa propre jurisprudence relative aux différences de traitement entre les sanctions pénales et les sanctions administratives, quant à la possibilité de bénéficier de mesures d'individualisation des peines prévues par le droit pénal général. Plusieurs hypothèses doivent, selon la Cour, être distinguées.

Première hypothèse : l'auteur d'un même fait peut être puni de manière alternative, c'est-à-dire, *soit* être renvoyé devant le tribunal correctionnel, *soit* se voir infliger une amende administrative contre laquelle un recours lui est offert devant un tribunal non pénal.

Dans ce cas, la Cour juge qu'un parallélisme doit en principe exister entre les deux voies : lorsque, pour les mêmes faits, le tribunal correctionnel peut infliger une amende inférieure au minimum légal s'il existe des circonstances atténuantes ou lorsqu'il peut accorder un sursis, le tribunal non pénal³², saisi du recours dirigé contre la décision d'infliger une sanction administrative, doit en principe disposer des mêmes possibilités d'individualisation de la peine³³.

Deuxième hypothèse : le législateur prévoit, pour les mêmes faits, des sanctions cumulatives, c'est-à-dire des amendes administratives et des amendes pénales.

La Cour juge qu'il est discriminatoire de ne pas pouvoir assortir d'un sursis l'amende fiscale, dont le montant est égal à deux fois la somme éludée, alors que l'amende pénale³⁴, peut être fixée au-dessous de ce minimum en cas de circonstances atténuantes et peut faire l'objet d'un sursis³⁵.

Troisième hypothèse : le législateur prévoit, dans la même matière³⁶, une amende pénale³⁷ pour certains faits et une amende administrative - dont le montant minimal est égal au taux minimal de l'amende pénale³⁸ - pour d'autres faits.

La Cour juge que, dès lors qu'il décide de fixer le montant de l'amende administrative au taux minimal de l'amende pénale, le législateur peut, en contrepartie, faire en sorte que cette amende conserve un caractère suffisamment dissuasif en ne permettant pas de la réduire en application de circonstances atténuantes³⁹.

Quatrième hypothèse : l'amende administrative et l'amende pénale ne répriment pas les mêmes faits et il existe une différence sensible entre le minimum de l'amende pénale et les montants minima des amendes administratives (qui sont supérieurs). En l'occurrence, la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière prévoit, pour certaines infractions, des amendes administratives de 100 à 25.000 € et, pour d'autres infractions, des amendes pénales de 2, 5 à 2. 500 € ou de 25 à 25.000 €.

La Cour constate que, dans certains cas, l'amende administrative ne peut descendre sous 12.500 € et l'arrangement amiable proposé par le fonctionnaire ne peut porter sur un montant inférieur à la moitié de cette somme. Selon la Cour, l'effet dissuasif des amendes administratives « ne peut expliquer que, dans la même loi, les infractions pénales, qui sont censées être plus graves que les infractions punies d'une amende administrative, puissent être réduites à des montants largement inférieurs à ceux des amendes administratives ». La Cour conclut : « Une

³⁰ D. RENDERS et F. PIRET, « La transposabilité des modalités d'individualisation des peines aux sanctions administratives dans la jurisprudence constitutionnelle », *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 2009, pp. 1185 et suiv.

³¹ C. const., arrêt n° 42/2009, du 11 mars 2009.

³² En l'occurrence, le tribunal du travail. Voy., égal. C. const., arrêt n° 44/2011, du 30 mars 2011, B30 à B.33.

³³ B.7. La Cour fait référence aux arrêts nos 40/97, 45/97, 128/99 et 86/2007.

³⁴ Qui varie, en l'espèce, entre 250 et 125.000 euros.

³⁵ B.11. La Cour se réfère à l'arrêt n° 157/2008, du 6 novembre 2008.

³⁶ En l'occurrence, il s'agissait de sanctions à l'égard de ceux qui endommagent le revêtement routier.

³⁷ De 100 à 75 000 francs.

³⁸ De 100 à 750 francs.

³⁹ B.12. La Cour se réfère à l'arrêt n° 127/2000, du 6 décembre 2000.

telle situation, en ce qui concerne le taux et les mesures de modération de la peine, doit être considérée comme étant à ce point incohérente qu'elle conduit à une différence de traitement manifestement déraisonnable »⁴⁰.

La section de législation du Conseil d'Etat s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence constitutionnelle :

« a) d'une part, lorsqu' [...] un comportement peut faire l'objet, tantôt d'une amende administrative, tantôt d'une sanction prononcée par une juridiction pénale, et que n'est pas exclue l'application de l'article 85 du Code pénal pour l'application de cette seconde sanction, il résulte du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi que le juge saisi d'un recours contre la décision relative à l'amende administrative doit, en principe, pouvoir réduire celle-ci au-dessous du minimum légal s'il existe des circonstances atténuantes;

b) d'autre part, dès lors qu'est adopté un dispositif à caractère pénal avec cette conséquence que le sursis à l'exécution des peines peut être appliqué aux personnes poursuivies devant les juridictions pénales, il n'est pas compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi qu'une mesure identique ne puisse être appliquée aux personnes qui exercent un recours juridictionnel contre la décision relative à une amende administrative »⁴¹.

- C'est aussi sous l'angle du principe d'égalité que la Cour constitutionnelle juge essentiel qu'un recours devant le tribunal de la jeunesse soit ouvert aux mineurs, lorsqu'ils se voient infliger une sanction administrative⁴².

La section de législation suit cet enseignement. Elle rappelle qu'il résulte « de divers arrêts de la Cour constitutionnelle que, quand il organise un système de sanctions administratives dont rien n'exclut qu'il puisse s'appliquer aux mineurs d'âge, le législateur doit veiller à ce que ceux-ci ne soient pas privés des garanties procédurales prévues par la législation relative à la protection de la jeunesse ou, à tout le moins, bénéficient de garanties équivalentes »⁴³.

Examinant, par exemple, les sanctions administratives prévues à l'encontre des usagers de la société flamande des transports en commun, la section de législation observe que certaines peuvent être infligées à des jeunes de plus de 14 ans, qui n'ont pas atteint la majorité pénale. Elle constate que le projet prévoit des garanties procédurales spécifiques pour les mineurs, mais qu'aucun recours n'est prévu devant le tribunal de la jeunesse, alors que cet élément a paru essentiel lors des précédents jugés par la Cour constitutionnelle⁴⁴.

- La section du contentieux du Conseil d'Etat a récemment posé à la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles portant sur d'autres différences fondamentales entre les deux systèmes répressifs⁴⁵.

Les questions portaient, notamment, sur le fait que les montants des amendes administratives étaient dans le cas d'espèce bien plus élevés que les montants des amendes pénales ; sur le fait que l'autorité administrative qui impose l'amende ne peut procéder à un contrôle de la légalité des règlements, en application de l'article 159 de la Constitution, alors que le juge judiciaire a ce

⁴⁰ C.const., arrêt n° 42/2009, du 11 mars 2009, B.20.

⁴¹ C.E., Avis nos 44.947/VR/V, 44.948/VR/V et 44.949/VR/V du 19 août 2008, déjà cités à la note 25. Dans le même sens, voy. not. C.E., Avis n° 43.489/4 du 10 décembre 2009, sur un avant-projet de décret « relatif à l'information, la coordination et l'organisation des chantiers sous, sur ou au-dessus des voiries ou des cours d'eau », *Doc. Parl. w.*, sess. 2008-2009, n° 913/1, pp. 33-43; C.E., Avis n° 43.509/VR/4 du 20 novembre 2007 sur un avant-projet de décret « relatif à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement », *Doc. Parl. w.*, sess. 2007-2008, n° 771/1, pp. 35-65 ; C.E., Avis n° 44.022/4 du 13 février 2008 sur un avant-projet de décret « relatif à la coexistence des cultures génétiquement modifiées avec les cultures conventionnelles et les cultures biologiques », *Doc. Parl. w.*, sess. 2007-2008, n° 784/1, pp. 22-37 ; C.E., Avis n° 44.986/1/V du 10 septembre 2008, sur un avant-projet de décret « betreffende radio-omroep en televisie », *Doc. Vl. P.*, sess. 2008-2009, pp. 149-178.

⁴² C. const., arrêt n° 155/2002, du 6 novembre 2002 et C.const., arrêt n° 98/2005 du 1^{er} juin 2005.

⁴³ C.E., Avis n° 43.509/VR/4 du 20 novembre 2007, déjà cité à la note 41.

⁴⁴ C.E., Avis n° 45.923/3 du 24 février 2009 sur un avant-projet de décret « betreffende toegangverbod tot voertuigen van de VVM », *Doc. Vl. P.*, sess. 2008-2009, pp. 39-65.

⁴⁵ C.E., arrêt n° 201.373, S.A. *European Air Transport*, du 26 février 2010.

pouvoir ; sur le fait que l'autorité administrative qui impose l'amende ne peut interroger la Cour constitutionnelle sur la compatibilité d'une norme législative avec la Constitution et les règles répartitrices de compétence, alors que le juge judiciaire a ce pouvoir ; et sur le fait que cette autorité statue au terme d'une procédure qui offre moins de garanties que celles dont bénéficient les personnes qui sont poursuivies dans le cadre d'une procédure pénale.

La Cour constitutionnelle répond par la négative à chacune de ces questions (sauf en ce qui concerne la possibilité de prendre en compte des circonstances atténuantes)⁴⁶.

D. L'ARTICULATION DES POURSUITES PÉNALES ET ADMINISTRATIVES.

Le principe *non bis in idem* est consacré par l'article 4.1 du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé mais non ratifié par la Belgique. Il est également inscrit à l'article 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que la Belgique a ratifié. Il est encore reconnu en tant que principe général de droit.

Son application, dans la matière qui nous occupe, suscite des difficultés particulières.

1- L'INTERDICTION DU CUMUL DE SANCTIONS PÉNALES ET ADMINISTRATIVES (BIS?). La jurisprudence de Strasbourg est claire depuis l'arrêt *Gradinger* du 23 octobre 1995 : l'article 4 du Protocole n° 7 s'applique en cas de cumul de poursuites relevant de la « matière pénale » au sens large. Le principe *non bis in idem* prohibe donc le cumul de poursuites pénales et administratives, lorsque les secondes relèvent de la matière pénale.

En Belgique, l'on avait plutôt tendance à considérer que sanctions pénales et sanctions administratives étaient cumulables, en considérant que « le principe général de droit 'non bis in idem' implique qu'un même fait ne peut être sanctionné deux fois par des sanctions de même nature », mais qu'il ne s'oppose pas « à ce que des sanctions de natures différentes soient infligées pour un même fait ».

• La section de législation du Conseil d'Etat affirme de longue date qu'il n'y a « pas de raison de ne pas faire jouer le principe *non bis in idem* lorsque les sanctions administratives méritent d'être qualifiées de peines au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »⁴⁷ et recommande au législateur, de « régler lui-même cette question de cumul, plutôt que de s'en décharger sur les autorités [judiciaires] ».

Selon la section de législation, il y a deux solutions pour respecter le principe : « soit, il ne peut être prévu à la fois des sanctions pénales et administratives pour un même fait érigé en infraction; soit, les auteurs de [la loi] doivent prévoir un mécanisme excluant que l'auteur d'une infraction fasse l'objet de plus d'une poursuite, lorsque l'infraction qu'il a commise est passible de plusieurs sanctions pénales ou administratives »⁴⁸.

Se référant à la jurisprudence de la section de législation, la Cour constitutionnelle convient qu'un système de sanctions alternatives et non cumulatives « est celui qui permet le plus sûrement de ne pas porter atteinte au principe *non bis in idem* »⁴⁹. Elle juge notamment que le principe *non bis in idem* s'oppose à ce qu'une personne fasse l'objet de poursuites pénales après avoir payé une amende administrative (à caractère répressif), lorsque le texte prévoyant

⁴⁶ C. const., arrêt n° 44/2011 du 30 mars 2011.

⁴⁷ *Doc. parl.*, Parlement flamand, 1996-1997, n° 742/1, pp. 70-74 et *Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1928/1 et n° 1929/1, p. 80.

⁴⁸ C.E., Avis n° 42.768/4 du 15 mai 2007, sur un avant-projet de décret « relatif aux services de taxis et aux services de location de voitures avec chauffeur », *Doc. Parl. w.*, sess. 2006-2007, n° 640/1, pp. 18-22. Voy. égal. C.E., Avis n° 44.022/4 du 13 février 2008, sur un avant-projet de décret « relatif à la coexistence des cultures génétiquement modifiées avec les cultures conventionnelles et les cultures biologiques », *Doc. Parl. w.*, sess. 2007-2008, n° 784/1, pp. 22-37

⁴⁹ C. const., arrêt n° 91/2008, du 18 juin 2008, B.11.

l'amende administrative et le texte relatif à l'infraction pénale répriment, en des termes équivalents, le même comportement et que les éléments essentiels des deux infractions sont identiques⁵⁰.

La Cour de cassation demeurerait, jusqu'il y a peu, très clairement opposée à l'application du principe *non bis in idem* au cumul de sanctions pénales s.s. et de sanctions administratives, fussent-elles à caractère pénal s.l. Elle maintenait la position selon laquelle « cette règle ne fait pas obstacle à ce que les autorités belges prévoient des sanctions de diverse nature pour une même infraction, les unes régies par le système répressif national, les autres par le régime de la sanction administrative, même si cette sanction administrative revêt un caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁵¹. Un arrêt du 25 mai 2011, relatif au cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives en matière de chômage, tend à indiquer que la Cour infléchit cette position de principe⁵².

La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est peu confrontée au cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives à caractère pénal. Dans un arrêt du 9 décembre 2009, elle a toutefois très clairement admis que « le principe *Non bis in idem* implique qu'il ne peut être prévu à la fois des sanctions pénales et administratives à caractère répressif pour un même fait érigé en infraction sur la base des mêmes éléments constitutifs »⁵³.

- Il faut souligner que la section de législation du Conseil d'Etat ne se limite pas à mettre en œuvre le principe *non bis in idem*, tel qu'il résulte de la jurisprudence de Strasbourg. Ces dernières années, elle a déduit des prérogatives constitutionnelles d'indépendance du ministère public, une forme de subsidiarité de la répression administrative par rapport à la répression pénale.

Il est désormais bien établi, dans la jurisprudence de la section de législation, que n'est pas conforme à l'article 151, §1^{er}, de la Constitution, un système dans lequel l'agent verbalisateur « décide si d'après lui, le fait est suffisamment sérieux pour justifier une poursuite pénale » - auquel cas, seulement, il adresse le procès-verbal au procureur du Roi : « Un tel système ne peut être admis, dès lors qu'il revient à priver le ministère public de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, et à méconnaître ainsi l'article 151, §1^{er}, seconde phrase, de la Constitution, qui consacre le principe de l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles »⁵⁴.

En pratique, l'interdiction du cumul de poursuites doit se traduire par une priorité donnée à la voie pénale. La procédure administrative en vue de l'imposition d'une sanction ne peut être mise en œuvre qu'après que le ministère public ait eu la possibilité de décider, dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement.

2.- LA JURISPRUDENCE EXTENSIVE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (IDEM ?). La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu, le 10 février 2009, un arrêt remarqué relatif au cumul d'une sanction pénale et d'une sanction qualifiée d'« administrative » en droit interne russe, mais requalifiée de « pénale » par la Cour⁵⁵.

⁵⁰ C.const., arrêt n°67/2007, du 26 avril 2007, B.10.

⁵¹ Cass., 5 février 1999, C.97.0441.N

⁵² Cass. 25 mai 2011, P.11.01.99.F.

⁵³ C.E., arrêt n° 198.730, *Carly*, du 9 décembre 2009. Dans des arrêts antérieurs, la section du contentieux administratif jugeait plutôt que le principe général de droit "*Non bis in idem*" ne peut prévaloir sur les dispositions explicites de la loi (voy. not. C.E. arrêt *Dorge*, n° 80.225, du 12 mai 199 ; C.E., arrêt n° 105.838, *Defalque*, du 24 avril 2002 ; C.E., arrêt n° 168.369, *Rijksinstituut voor Ziekte-en Invaliditeitsverzekering (RIZIV)*, du 1^{er} mars 2007).

⁵⁴ C.E., Avis n° 44.947/VR/V, 44.948/VR/V et 44.949/VR/V du 19 août 2008, déjà cités à la note 25. Voy. égal C.E., Avis n° 48.123/3 du 5 mai 2010 sur un avant-projet de loi «modifiant la loi du 9 juillet 1984 concernant l'importation, l'exportation et le transit de déchets », *Doc. parl., Chambre*, sess. 2010-2011, n° 1257/1, pp. 17-26.

⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009. Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Maresti c. la Croatie*, du 25 juin 2009 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ruotsalainen c. la Finlande*, du 16 juin 2009.

Dans cet arrêt, la Cour consacre une interprétation large de l'article 4 du Protocole n° 7, en décidant qu'il « doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ». Il ne serait donc plus requis que les deux infractions se caractérisent, en outre, par une identité de l'élément moral.

Cette interprétation extensive du principe « *non bis in idem* » pourrait avoir de lourdes conséquences sur le régime des sanctions administratives en Belgique et, en particulier sur le système des sanctions, amendes et majorations fiscales et sociales, souvent conçues pour être cumulées, en cas d'intention frauduleuse, avec les amendes pénales.

Jusqu'ici, la Cour constitutionnelle considérait que le principe *non bis in idem* ne s'oppose pas à ce que le législateur organise le cumul de sanctions pénales et fiscales, dès lors que les deux infractions se distinguent du point de vue de l'élément moral⁵⁶.

Très tôt, la section de législation du Conseil d'Etat a invité le législateur à tenir compte de l'arrêt *Zolotoukhine* « qui met l'accent sur l'identité des faits matériels plutôt que sur l'identité de leur qualification juridique comme critère d'application du principe »⁵⁷, sans toutefois se prononcer sur son incidence en matière fiscale.

La Cour constitutionnelle a pris acte de l'arrêt *Zolotoukhine*, selon lequel le principe *non bis in idem* interdit « de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »⁵⁸. Sans conséquence non plus, jusqu'ici, sur la répression administrative en matière fiscale.

La Cour de cassation, en revanche, vient de décider que « le principe général du droit *non bis in idem* n'est pas violé lorsque les faits constitutifs des deux infractions ne sont pas, en substance, les mêmes. Il en est ainsi lorsque, comme en l'espèce, l'élément moral incriminé diffère d'un délit à l'autre »⁵⁹. C'est sur la base de ce considérant essentiel qu'elle décide que le principe ne s'oppose pas au cumul de sanctions pénale et administrative en matière de chômage.

E. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

La Cour européenne des droits de l'homme admet de longue date le principe de la répression administrative, alors même que l'autorité administrative habilitée à prononcer la sanction ne répond pas toujours aux exigences de l'article 6 de la Convention – en particulier l'indépendance.

La voie de la répression administrative, choisie par de nombreux Etats, principalement pour des raisons d'efficacité, est tolérée par la Cour, à condition d'être assortie d'un correctif : la décision par laquelle l'administration active inflige une sanction administrative relevant de la « matière pénale », doit être soumise au contrôle d'un tribunal indépendant et impartial, présentant les garanties de l'article 6, et disposant d'un pouvoir de pleine juridiction.

La Cour rappelle que « parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ».

⁵⁶ C. const., arrêt n° 91/2008, du 18 juin 2008.

⁵⁷ C.E., Avis n° 46.391/2 du 4 mai 2009 sur un avant-projet de loi « modifiant, en ce qui concerne le statut et le contrôle des sociétés de gestion des droits, la loi du 30 juin 1994 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins », *Doc. parl., Chambre*, sess. 2008-2009, n° 2051/1, pp. 174-183. Voy. égal. C.E., Avis n° 46.807/1 du 1^{er} juillet 2009, sur un avant-projet de loi « relatif aux services de paiement », *Doc. Parl., Chambre*, sess. 2008-2009, n° 2179/1, pp. 153-166; C.E., Avis n° 46.870/2 du 8 juillet 2009, sur un avant-projet de loi « relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement », *Doc. parl., Chambre*, sess. 2008-2009, n° 2182/1, pp. 75-91.

⁵⁸ C.const., arrêt n° 91/2010, du 29 juillet 2010, B.4.5.

⁵⁹ Cass. 25 mai 2011, P.11.01.99.F.

En Belgique, le contrôle juridictionnel des sanctions administratives est exercé, selon le cas, par les juridictions judiciaires ou par la section du contentieux du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat statue sur les recours en annulation (et éventuellement en suspension) introduits contre les décisions par lesquelles une autorité administrative inflige une sanction, soit que le texte prévoie expressément ce recours, soit que le texte ne prévoie expressément aucun recours juridictionnel. Les juridictions judiciaires connaissent des recours contre les sanctions administratives lorsque les textes leur confient expressément cette compétence.

La question - encore largement débattue il y a peu - de savoir si la section du contentieux du Conseil d'Etat est « une juridiction répondant aux exigences de l'article 6 », alors même qu'elle ne peut qu'annuler (et éventuellement suspendre) une sanction illégale, mais non la réformer, paraît aujourd'hui dépassée⁶⁰.

La Cour constitutionnelle affirme, sans ambages, que le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur des amendes administratives constitue un « recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale »⁶¹.

La section du contentieux estime également qu'elle est « une juridiction répondant aux exigences des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Elle considère « que non seulement le Conseil d'Etat est compétent pour apprécier si l'acte attaqué respecte les règles de droit applicables mais également pour vérifier si les faits sur lesquels il repose sont exacts; qu'il peut également le censurer si la sanction prononcée est manifestement disproportionnée par rapport aux faits retenus à charge de l'intéressé; qu'ainsi, le Conseil d'Etat exerce un contrôle de pleine juridiction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme; que celle-ci ne l'oblige nullement à se substituer intégralement à l'administration active; que, par ailleurs, si le Conseil d'Etat ne substitue pas sa décision à celle de l'autorité administrative, celle-ci est tenue de se conformer à l'arrêt d'annulation et si elle prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de cet arrêt »⁶².

Une autre question paraît de plus grande actualité. Les juridictions judiciaires, saisies de recours contre des sanctions administratives, s'interrogent à perte de vue sur le pouvoir du juge de réduire une sanction prononcée par l'administration, s'il la juge disproportionnée.

La Cour de cassation définit comme suit le contrôle judiciaire de pleine juridiction en ce qui concerne les amendes fiscales infligées en application du Code de la T.V.A. :

« [...] le juge appelé à contrôler la sanction infligée en vertu de l'article 70 précité du Code de la TVA, peut examiner la légalité de cette sanction et, plus spécialement, examiner si cette sanction est conciliable avec les exigences impératives des conventions internationales et du droit interne, y compris les principes généraux du droit ;

[...] dès lors que ce droit de contrôle lui permet plus spécialement d'examiner si la sanction n'est pas disproportionnée à l'infraction le juge peut examiner si l'administration pouvait raisonnablement infliger une amende administrative de cette importance ;

[...] à cet occasion, il peut avoir égard à la gravité de l'infraction, aux taux des sanctions déjà infligées et aux décisions rendues dans des cas similaires, mais doit considérer dans quelle mesure l'administration était-elle même liée par cette sanction ;

⁶⁰ Cela étant, l'opportunité de confier au Conseil d'Etat, un pouvoir de réformation des sanctions administratives soumises à un contrôle de « pleine juridiction » (au sens de la jurisprudence européenne) mériterait certainement d'être étudiée. Une telle compétence présenterait d'indéniables avantages en termes d'efficacité de la justice administrative (en évitant, notamment, que l'autorité doive « deviner », lors de la réfection de l'acte, la hauteur à laquelle une sanction, annulée pour cause de disproportion, peut raisonnablement être fixée). Une telle compétence pourrait spécialement se justifier, dans un domaine où l'autorité exerce un pouvoir qui relève, en principe, plutôt de la fonction de juger que de la fonction d'administrer.

⁶¹ Outre les références citées ci-dessous, voy. égal. C. const., arrêt n° 44/2011, du 30 mars 2011, B.10.1 et B.10.2.

⁶² C.E., arrêt n° 209.318, *Gonthier*, du 30 novembre 2010. Voy. égal. C.E., arrêts n°s 205.637 et 205.638, *Mohammad*, du 22 juin 2010.

[...] ce droit de contrôle n'implique pas que le juge peut supprimer ou réduire des amendes sur la base d'une appréciation subjective des circonstances atténuantes propres à la personne du contribuable pour de simples motifs d'opportunité et à l'encontre des règles légales »⁶³.

Deux hypothèses doivent, semble-t-il, être distinguées.

1.- LE CONTRÔLE DE PLEINE JURIDICTION DANS LES LIMITES DU POUVOIR D'APPRÉCIATION DE L'ADMINISTRATION. Si l'administration elle-même dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour fixer la hauteur de la sanction, le juge chargé d'un contrôle de pleine juridiction peut (et doit) contrôler ce choix, notamment à l'aune du principe de proportionnalité.

- Selon la formule de la Cour constitutionnelle, « rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge ». Il n'est donc en tous cas pas satisfait à l'exigence de pleine juridiction lorsque le juge ne dispose pas du même pouvoir que l'administration de remettre ou de réduire le montant d'une amende administrative.

La Cour constitutionnelle estime, par exemple, – à propos des amendes fiscales en matière de T.V.A. – que « lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision prise [...] par le ministre des Finances ou son délégué, le juge doit pouvoir remettre ou réduire l'amende au même titre que le ministre des Finances ou son délégué »⁶⁴.

- Il ressort des arrêts récents de la Cour de cassation que le contrôle de proportionnalité de la sanction suppose que le juge expose clairement les motifs de fait et de droit justifiant concrètement son appréciation, afin de la démarquer d'un simple contrôle d'opportunité : « Ce droit de contrôle n'implique pas que le juge peut liquider ou réduire des amendes sur la base d'une appréciation subjective de ce qu'il estime raisonnable, pour de simples motifs d'opportunité et à l'encontre des règles légales »⁶⁵.

Le contrôle de proportionnalité d'une amende fiscale peut, par exemple, être effectué au regard d'éléments pertinents tels que le fait que le contrevenant n'a nullement éludé la taxe, le fait qu'il a payé la T.V.A. sur ses opérations jusqu'au dernier franc, le fait qu'il a modifié sa pratique immédiatement après le contrôle ou le fait que l'amende n'était nullement motivée⁶⁶.

De même, le juge judiciaire peut déduire qu'une amende fiscale est disproportionnée, du fait que l'infraction avait été commise sous la pression de concurrents agissant de la même manière, du fait que le redevable ne bénéficiait pas d'un avantage fiscal ou du fait que le redevable et ses administrateurs avaient été condamnés pénalement, de sorte que la récidive semblait difficile à l'avenir⁶⁷.

- Une vue d'ensemble des arrêts prononcés ces dernières années par la section du contentieux du Conseil d'Etat montre qu'elle apprécie la proportionnalité d'une sanction administrative au regard du nombre et de la gravité des infractions, du caractère répétitif de l'infraction et en considération du fait que le contrevenant avait – ou non – conscience de violer ses obligations.

L'on trouve toutefois peu d'exemples d'annulation de sanctions administratives, en raison de leur caractère disproportionné. L'exercice du contrôle de proportionnalité des sanctions administrative suppose sans doute – n'est-ce pas là la réelle exigence de « pleine juridiction » ? - que la section du contentieux se départisse de la retenue dont elle doit faire preuve en d'autre matières, pour préserver le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration. En l'occurrence, l'autorité n'exerce pas tant une fonction de gestion, justifiant le respect d'une marge d'appréciation largement discrétionnaire, qu'une fonction de répression, justifiant, au contraire, un contrôle juridictionnel plus étroit.

⁶³ Cass. 21 janvier 2005, C.02.0572.N.

⁶⁴ C.const., arrêt n° 79/2008, du 15 mai 2008.

⁶⁵ Cass., 16 février 2007, F.05.0015.N.

⁶⁶ Cass., 15 octobre 2010, F.09.0081.N.

⁶⁷ Cass. 13 février 2009, F.06.01.08.N.

2.- LE CONTRÔLE DE PLEINE JURIDICTION AU-DELÀ DE LA MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ADMINISTRATION.

La question des pouvoirs du juge est nettement plus délicate lorsqu'il s'agit de réduire une sanction en-deçà de la fourchette à l'intérieur de laquelle s'exerce éventuellement le pouvoir d'appréciation de l'administration.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'exigence de « pleine juridiction » : « l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme est une disposition strictement formelle qui, en tant que telle, n'influe pas – dans quelque sens que ce soit – sur le contenu des normes de droit matériel de l'Etat adhérent. En conséquence, l'article 6 de la Convention européenne imposera à la juridiction d'apprécier la proportionnalité de la sanction infligée si et dans la mesure où cet impératif de proportionnalité s'impose lui-même, en vertu du droit interne, à l'administrateur qui détermine le quantum de la sanction »⁶⁸.

En soi, le contrôle de pleine juridiction ne permet donc pas au juge de réduire une sanction en deçà de l'échelle de peines qui s'imposait à l'administration. Il y a lieu, pour ce faire, de mobiliser une disposition de droit matériel (de valeur supérieure).

- A la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, l'on songe, notamment, au droit au respect des biens consacré à l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ou au principe de la proportionnalité des peines (expressément consacré à l'article 49, § 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne)⁶⁹.

La Cour constitutionnelle a déjà annoncé que le droit de propriété peut constituer une limite au montant des amendes administratives. Selon la Cour, l'amende administrative du fait de l'inoccupation d'un immeuble destiné à l'habitation implique une ingérence dans le droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour rappelle que « toute ingérence dans le droit de propriété doit réaliser un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la protection du droit au respect des biens » et qu'« il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi »⁷⁰.

En l'occurrence, la Cour constate que l'objectif consistant à remédier au manque de logements dans la Région de Bruxelles-Capitale est légitime et considère, à l'issue d'une analyse fine des dispositions en cause, que « l'ingérence dans le droit de propriété est [...] proportionnée et raisonnablement justifiée ».

Dans un autre arrêt, la Cour constitutionnelle devait répondre à des questions préjudicielles relatives à une disposition (pénale s.s.) selon laquelle « toute infraction aux dispositions de la présente loi ayant effet de rendre exigibles les droits d'accise et les droits d'accise spéciaux fixés par l'article 7, est punie d'une amende égale au décuple des droits en jeu avec un minimum de 250 EUR »⁷¹.

La Cour constitutionnelle affirme que « le principe de la proportionnalité des peines n'est pas étranger à notre système juridique qui, en règle, permet au juge de choisir la peine entre un minimum et un maximum, de tenir compte de circonstances atténuantes et d'ordonner le sursis et la suspension du prononcé, le juge pouvant ainsi individualiser dans une certaine mesure la peine, en infligeant celle qu'il estime proportionnée à l'ensemble des éléments de la cause ». Mobilisant l'article 49, § 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷², l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour conclut qu'« une

⁶⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.F.D.L.*, 2005, p. 477.

⁶⁹ C. const., arrêt n° 81/2007, du 7 juin 2007.

⁷⁰ C. const., arrêt n° 91/2010, du 29 juillet 2010, B.4.6.1. à B.4.6.3.

⁷¹ Loi du 22 octobre 1997 relative à la structure et aux taux des droits d'accise sur les huiles minérales, art. 23, al.1^{er}.

⁷² Selon lequel « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ».

disposition qui ne permet pas au juge d'éviter une violation de [l'article 1er du Premier Protocole additionnel] méconnaît le droit à un procès équitable »⁷³.

- La Cour de cassation confirme que « le moyen qui invoque que le juge ne peut réduire une sanction administrative que lorsqu'il constate que l'administration dispose d'un pouvoir de modération, est fondé sur une conception juridique erronée et, dès lors, manque en droit »⁷⁴.

Il semble pouvoir être déduit de quelques arrêts récents de la Cour que le contrôle de pleine juridiction permet au juge de réduire une sanction pourtant infligée conformément au barème légal, à condition de motiver à suffisance sa décision en référence à des règles de droit impératives du droit international ou aux principes généraux du droit fondamentaux, parmi lesquels le principe de proportionnalité.

Dans un arrêt du 13 février 2009 (F.06.0106.N), par exemple, la Cour casse la décision par laquelle la Cour d'appel avait réduit, sans motivation suffisante, des amendes fiscales T.V.A. de 200 à 50 % du montant élué de l'impôt : « Les juges d'appel ont considéré toutefois, sans aucune motivation de laquelle il ressortirait que la sanction serait contraire aux règles de droit impératives du droit international ou aux principes généraux du droit fondamentaux, qu'une amende administrative de 200 p.c. est disproportionnée par rapport aux infractions commises et que, par contre, une amende de 50 p.c. correspond raisonnablement aux infractions commises ».

- La section du contentieux du Conseil d'Etat n'est pas encore allée jusqu'à annuler une sanction, en considération de dispositions internationales ou de principes généraux fondamentaux qui auraient justifié de la fixer en-deçà du minimum légal.

⁷³ C. const., arrêt n° 81/2007, du 7 juin 2007, B.9.3.

⁷⁴ Cass., 13 février 2009, F.06.0107.N.

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES AU LUXEMBOURG – Contribution du Conseil d’Etat du Luxembourg

Monsieur Georges WIVENES, Conseiller d’Etat au Conseil d’Etat du Luxembourg

La sanction administrative est connue dans l’ordre juridique luxembourgeois depuis le XIX^e siècle⁷⁵. Son développement est toutefois resté relativement limité jusque vers le milieu du XX^e siècle. Les applications traditionnelles concernent des matières où les autorités administratives délivrent des autorisations d’exercer certaines activités. On peut citer la loi sur le cabaretage, la législation sur les autorisations de faire le commerce ou encore la réglementation sur le permis de conduire. Un autre domaine traditionnel est celui des sanctions disciplinaires dans les professions dites réglementées ou dans la fonction publique.

Au cours des dernières décennies, et sous l’influence notamment du droit européen, l’instrument de la sanction administrative a connu un développement croissant. Les domaines de prédilection sont le droit économique et financier, la protection de l’environnement ou du consommateur, les nouvelles technologies. Dans le discours politique dominant, le recours à la sanction administrative est justifié par la volonté de ramener le droit pénal à son domaine originaire et de dépenaliser la vie économique. A noter que le Conseil d’Etat s’est souvent montré réticent par rapport à ce type d’arguments considérant que la sanction par le juge judiciaire était plus conforme aux principes de l’Etat de droit que la sanction administrative. Le Conseil d’Etat a surtout critiqué que les réglementations techniques en cause maintiennent la sanction pénale à côté de la sanction administrative, ce qui pose des problèmes de cumul.

Mon propos n’est pas de dresser un tableau complet de toutes ces législations ni de me livrer à une étude doctrinale exhaustive de la sanction administrative en droit luxembourgeois. Dans l’optique de nos discussions, il s’agit, plus modestement, de relever les positions qu’a adoptées le Conseil d’Etat du Luxembourg et d’essayer de systématiser les considérations qu’il a développées dans ses avis. L’intérêt de cette analyse est autant de mettre en exergue les positions souvent critiques adoptées par le Conseil d’Etat que de relever les questions sur lesquelles il n’a pas encore eu l’occasion de se prononcer. L’étude a été réalisée sur la base d’une quarantaine d’avis que le Conseil d’Etat a rendus dans le cadre de la procédure législative au cours des 20 dernières années.

Les points suivants peuvent être retenus:

- la question d’une définition de la sanction administrative
- la place de la sanction administrative dans l’ordre constitutionnel
- les critères de légalité de la sanction administrative, et
- la question du cumul des sanctions administratives et pénales.

A. LE CONCEPT DE SANCTION ADMINISTRATIVE

C’est en vain qu’on essaie de trouver dans les avis du Conseil d’Etat une réflexion théorique sur le concept de la sanction administrative, sa nature et son rôle par rapport à la sanction pénale. Le Conseil d’Etat admet qu’il s’agit d’une institution juridique connue dont la consécration et

⁷⁵ Voir la législation sur les droits d’enregistrement du 22 frimaire an VII qui prévoit des sanctions sous forme d’amendes ou de multiples des droits; arrêté grand-ducal du 17 juin 1872 sur les établissements dangereux, insalubres ou incommodes.

l'application, en rapport notamment avec la sanction pénale, peut soulever des interrogations, mais dont les éléments constitutifs ne soulèvent pas de débats particuliers. Le Conseil d'Etat entérine, au niveau de la définition, les critères communément admis en la matière.

Quatre critères peuvent être cités qu'on peut résumer en deux rapports juridiques, l'auteur de la sanction et la personne objet de celle-ci, le caractère sanctionnateur de la mesure et le caractère illicite de l'acte à sanctionner.

- L'auteur de la sanction et la personne visée

La sanction administrative, contrairement à la sanction pénale, n'est pas le fait du juge, mais d'une autorité dite administrative désignée par la loi. Le cas classique est celui où l'auteur de la sanction est un membre du Gouvernement, le directeur ou un fonctionnaire d'une administration placée sous le contrôle d'un ministre. A l'instar des autres ordres juridiques des Etats de l'Union européenne, le droit luxembourgeois connaît un nombre croissant d'autorités plus ou moins indépendantes par rapport au Gouvernement qui sont investies d'une mission de régulation de certains secteurs d'activités. On peut citer, sans prétention d'exhaustivité, la Commission de surveillance en matière d'assurance maladie, la Commission de contrôle du secteur financier, le Commissariat aux assurances, la Commission nationale pour la protection des données, l'Inspection du travail et des mines, le Conseil de la concurrence, l'Institut luxembourgeois de régulation, la Commission indépendante de la radiodiffusion ou le Conseil national des programmes. La particularité de ces entités, souvent très puissantes, réside dans leur statut d'indépendance fonctionnelle par rapport au Gouvernement, statut d'ailleurs imposé dans certains cas par le droit européen. Le caractère de l'indépendance fonctionnelle est expressément souligné par la loi en ce qui concerne la Commission nationale pour la protection des données ou encore l'Institut luxembourgeois de régulation. La loi qualifie le Conseil de la concurrence comme « *autorité administrative indépendante* ». Contrairement à l'autorité administrative traditionnelle exercée par le ministre ou des fonctionnaires dépendant de lui, ces autorités ne sont pas soumises à un contrôle hiérarchique du Gouvernement ni politiquement responsables, par le biais du ministre de tutelle, devant la Chambre des députés. Ce qui plus est, elles cumulent souvent les fonctions de créer la règle de droit, de contrôler son application et d'en sanctionner la violation, ce qui cause, à l'évidence, des problèmes en matière de séparation des pouvoirs. Ces particularités expliquent que le Conseil d'Etat a toujours fait preuve d'une rigueur particulière quand il s'agissait d'apprécier la légalité des sanctions prononcées par de telles autorités. On reviendra plus en détail sur cette question dans le cadre de l'examen de la compatibilité des sanctions administratives avec le principe de la séparation des pouvoirs et avec le principe « non bis in idem ».

La sanction administrative est un élément du rapport juridique entre l'autorité administrative et l'administré. Le Conseil d'Etat admet qu'il existe deux types d'administrés, celui qui est lié à l'administration par un rapport juridique préétabli, tel qu'une autorisation administrative, et l'administré au sens général du terme. Vis-à-vis des administrés entrés dans un rapport préalable avec l'administration, la sanction administrative s'inscrit dans ce rapport particulier. Le cas classique est celui d'une autorisation délivrée initialement par l'administration qui fait l'objet d'une suspension, de restrictions, voire d'un retrait.

Pour l'administré que je qualifierais d'ordinaire, la différence avec la sanction pénale qui frappe quiconque viole la loi pénale est ténue. Encore faut-il reconnaître que l'administré n'est pas puni en sa qualité de personne juridique ayant posé un acte contraire à la loi pénale sur le territoire où s'applique cette loi, mais comme professionnel ou du moins comme personne active dans le domaine particulier où s'applique la réglementation dont le non-respect est sanctionné.

- L'acte illégal et sa sanction

La sanction administrative, à l'instar de la sanction pénale, réprime la violation de la loi. L'acte réprimé peut donc parfaitement recevoir le qualificatif d'infraction, même si, comme on le verra dans la suite, le Conseil d'Etat préfère réserver ce concept au droit pénal proprement dit. La particularité du domaine administratif est que l'obligation légale est spécifique à un secteur d'activités dans lequel opère l'administré. Il est vrai que si ce critère permet de distinguer la sanction administrative de la sanction en matière de droit pénal général, la distinction est beaucoup plus délicate en matière de droit pénal spécial. C'est dans ce domaine que se pose avec une acuité toute particulière le problème du cumul des sanctions.

La sanction administrative, comme la sanction pénale, a une fonction à la fois répressive et préventive. Pour déterminer le contenu de ces fonctions, certaines nuances sont toutefois de mise. En matière pénale, c'est la sanction prononcée à l'égard du délinquant qui revêt un caractère répressif à l'égard de ce dernier et un caractère préventif tant à l'égard du délinquant dont il faut éviter la récidive qu'à l'égard du public en général. La publicité du procès pénal autant que le caractère infamant d'une telle procédure sont des vecteurs de cette fonction préventive ou, pour être techniquement plus correct, de cette fonction dissuasive. Pour les sanctions administratives, le Conseil d'Etat adopte une approche différente. Le critère décisif retenu par le Conseil d'Etat pour qualifier une mesure de sanction administrative est son caractère répressif. La question des garanties auxquelles doit répondre la sanction de même que la problématique du cumul ne surgissent que si la mesure administrative a une nature répressive. Que la sanction d'un comportement illégal ait, par ailleurs, un effet préventif ou dissuasif ne constitue pas un élément pertinent dans la qualification de l'acte posé par l'autorité administrative. Dans une série d'avis, le Conseil d'Etat met en opposition le caractère préventif et le caractère répressif en ce sens qu'une mesure dont l'objet exclusif sinon essentiel est de contraindre l'administré à respecter la loi ou à rétablir la légalité n'est pas qualifiée de sanction et échappe de ce fait aux règles strictes retenues par le Conseil d'Etat pour les sanctions proprement dites. A titre d'exemples, des mesures comme un avertissement ou un blâme, une interdiction provisoire de se livrer à une activité couverte par une autorisation ou une suspension de cette autorisation dans l'attente d'une régularisation ont été considérées comme des mesures préventives ou destinées à rétablir la légalité et non comme des sanctions. Il en va de même des astreintes que l'administration peut prononcer à l'égard d'un opérateur récalcitrant.

Plus délicate est la question de la distinction entre sanction administrative et sanction disciplinaire. Cette problématique n'est abordée que dans quelques avis que le Conseil d'Etat a rendus, dans le cadre de l'appréciation d'un cumul des deux types de sanction et du respect des compétences des instances disciplinaires. Ainsi, dans un avis de 1992⁷⁶, le Conseil d'Etat a souligné la nécessité de veiller à ce que le pouvoir de la Commission de surveillance de l'assurance maladie de prononcer des sanctions à l'égard de médecins auxquels peut être reprochée une « déviation injustifiée de l'activité professionnelle » n'empiète pas sur les pouvoirs du Collège médical appelé à veiller au respect du code de déontologie médicale. L'approche du Conseil d'Etat est manifestement organique en ce qu'il met en relation la Commission de surveillance en tant qu'autorité administrative et le Collège médical responsable du respect de la déontologie de la profession. Cette distinction entre sanction administrative et sanction disciplinaire, par référence à l'auteur de la mesure, s'applique sans problème dans le secteur des professions réglementées, au sens de l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution⁷⁷.

⁷⁶ Avis du 18 juin 1992 sur le projet de loi n° 3513 portant réforme de l'assurance maladie et du secteur de la santé (doc. parl. n° 3513/07).

⁷⁷ Article 11, paragraphe 6, de la Constitution:

« La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi.

En matière d'exercice de la profession libérale elle peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements.

Pour les professions indépendantes qui ne connaissent ni organes professionnels ni règles de déontologie, mais dont l'activité est réglementée et surveillée par une autorité administrative étatique, la différence entre sanction disciplinaire et administrative est largement dépourvue de sens.

B. LA CONFORMITE DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE AVEC LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

Dans une série d'avis, le Conseil d'Etat a tracé les limites du cadre légal des sanctions administratives. Il l'a fait par référence à certains principes juridiques consacrés au niveau de la Constitution ou d'instruments internationaux en matière de droits de l'homme, en particulier la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses Protocoles ou encore le Pacte international sur les droits civils et politiques. Les avis se réfèrent souvent à la jurisprudence internationale de la Cour européenne des droits de l'homme, ou encore à des décisions de juridictions suprêmes d'Etats dont les ordres juridiques sont proches de celui du Grand-Duché.

En ce qui concerne la question de la conformité de l'instrument de la sanction administrative avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, le Conseil d'Etat a porté son attention sur trois aspects, la base constitutionnelle de la sanction administrative, le respect de la séparation des pouvoirs en relation avec la fonction du juge mais aussi avec le rôle du ministère public.

Dans un avis de 1994⁷⁸, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la place des sanctions administratives dans l'ordre constitutionnel. Selon le Conseil, « *même si ce genre de mesures administratives ne peut se réclamer en droit luxembourgeois d'un fondement constitutionnel explicite, ... aucun principe constitutionnel ne s'oppose à ce que la loi attribue le soin de prononcer une sanction à une autorité non judiciaire* ». Le Conseil d'Etat ne fait aucune référence aux articles 12 et 14 de la Constitution⁷⁹ qui consacrent le principe de la légalité des délits et des peines, ni pour affirmer l'existence d'un fondement constitutionnel ni pour contester ce fondement motif pris de ce que la Constitution envisage uniquement les sanctions pénales. Quinze ans plus tard, en 2009, le Conseil d'Etat se borne à constater que « *l'instauration de sanctions par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique est admise tant par la Cour constitutionnelle que par la Cour européenne des droits de l'Homme* »⁸⁰.

Par contre, le Conseil d'Etat a examiné la question de la conformité des sanctions administratives avec le principe de la séparation des pouvoirs, en envisageant l'impact de cette institution sur la fonction du juge pénal, mais aussi sur le rôle du ministère public.

La loi peut soumettre ces règlements à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs. »

⁷⁸ Avis du 22 novembre 1994 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant: 1) l'entrée et le séjour des étrangers 2) le contrôle médical des étrangers 3) l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère (doc. parl. n° 4013).

⁷⁹ Article 12 de la Constitution: « *La liberté individuelle est garantie. - Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. - Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté.* » Article 14 de la Constitution: « *Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi.* »

⁸⁰ Avis du 14 juillet 2009 sur le projet de loi portant réforme de l'assurance accident et modifiant: 1. le Code de la Sécurité sociale, 2. la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois, 3. la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, 4. le Code du Travail, 5. la loi du 18 avril 2008 concernant le renouvellement au soutien au développement rural, 6. la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (doc. parl. n° 5899/06).

Dans l'avis déjà cité de 1994, le Conseil d'Etat, se référant aux discussions menées en France, a écarté la critique d'une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. L'avis cite le Conseil constitutionnel français⁸¹ selon lequel « *le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique puisse exercer un pouvoir de sanction* ». Même si le Conseil d'Etat n'a pas cru nécessaire de reprendre la citation intégrale du considérant de la décision du Conseil constitutionnel, il reprend nécessairement les limites relevées par le juge français, à savoir, « *d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

En 1994, les interrogations du Conseil d'Etat ont trouvé leur écho au niveau du rapport que la commission juridique de la Chambre des députés a présenté sur le même projet de loi. « *Dans le domaine des infractions aux lois, la Commission juridique estime qu'il faut en principe avoir recours à des amendes pénales, susceptibles d'un recours devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, garants naturels des libertés publiques. La Commission insiste à ce que à l'avenir les sanctions administratives soient limitées à un strict minimum.* » Le Conseil d'Etat va d'ailleurs citer ce passage du rapport de la Commission juridique de la Chambre dans un avis ultérieur de 2002⁸² pour souligner ses réserves par rapport à une extension inconsiderée des sanctions administratives. Dans un autre avis de 2002⁸³, le Conseil d'Etat, se référant encore au rapport de la Commission juridique de la Chambre, établit un lien entre le principe de la séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux en relevant que « *il convient de maintenir les sanctions à caractère pénal sous l'égide des tribunaux de l'ordre judiciaire, garants naturels des libertés publiques* ».

Il faut préciser que, dans l'avis de 1994, cette interrogation est posée uniquement par rapport à la répression d'infractions « *commises par des personnes sans lien préexistant avec l'administration* », ce qui permet de conclure qu'aux yeux du Conseil d'Etat la question se pose différemment si l'administration intervient par rapport à des administrés qui agissent au titre d'une autorisation délivrée par l'administration. Dans deux avis ultérieurs, le Conseil d'Etat revient sur le respect du principe de la séparation des pouvoirs. En 2000⁸⁴, ses interrogations portent sur le rôle du bourgmestre, en matière de cabaretage qui « *ne saurait à la fois établir l'autorisation, en faire constater la non-observation par la police, pour finalement sanctionner cette même non-observation. Le moins qu'on puisse dire, c'est que le bourgmestre se trouverait dans la situation de juge et partie, ce qui est contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs* ». Plus intéressant est un avis de 2004 qui examine la structure et les fonctions du Conseil de la concurrence⁸⁵. Le Conseil d'Etat critique d'abord que, dans l'optique des auteurs du projet de loi, « *le Conseil et son président cumulent les attributions d'un procureur, d'un juge d'instruction et d'un juge juridictionnel* ». Le Conseil d'Etat retient que « *l'autorité d'instruction, c'est-à-dire l'Inspection de la concurrence, devra être un organe indépendant du Conseil* ». Le Conseil d'Etat prend ensuite soin de tracer un domaine réservé au juge judiciaire par rapport à un organe administratif qualifié, au regard de ses attributions, de « *organe quasi-juridictionnel* ». Le Conseil d'Etat porte un regard critique sur le fait que le Conseil de la concurrence aura le pouvoir d'infliger des amendes qui « *dépassent celles d'un juge judiciaire* ». Il insiste encore à ce

⁸¹ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 portant sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

⁸² Avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi portant 1. transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services; 2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail (doc. parl. n° 4694/07).

⁸³ Avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (doc. parl. n° 4735/06).

⁸⁴ Proposition de loi modifiant les articles 17 et 19 de la loi du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets (doc. parl. n° 4670).

⁸⁵ Avis du 22 décembre 2000 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl. n° 4670/01).

que, dans la procédure d'instruction menée par l'Inspection de la concurrence, le juge judiciaire, en l'occurrence le juge d'instruction, doit être saisi pour ordonner les perquisitions et les saisies.

Dans d'autres avis, qui portent plus particulièrement sur la question du cumul des sanctions pénales et administratives, le Conseil d'Etat soulève le problème de la séparation des pouvoirs en relation avec le rôle du ministère public. Ainsi, dans un avis de 1995⁸⁶, le Conseil d'Etat insiste sur le respect des « *prérogatives générales du ministère public chargé de l'exercice de l'action publique pour la répression des crimes et délits* ». En 2005, il s'oppose à la disposition d'un projet de loi qui permettrait à une autorité administrative indépendante, en l'occurrence la Commission de surveillance du secteur financier, de « *court-circuiter de facto l'action publique* », prérogative du procureur⁸⁷.

Le Conseil d'Etat a résumé ses réserves par rapport aux sanctions administratives dans un avis récent de 2009⁸⁸. Se plaçant dans la perspective de la séparation des pouvoirs, le Conseil souligne que « *dans notre système juridique, le pouvoir judiciaire est celui qui instruit les dossiers conformément au Code d'instruction criminelle et prononce des peines prévues dans un texte légal. Si le principe des sanctions administratives est admis, il faudra néanmoins veiller à ce qu'un tel procédé soit prévu dans des limites strictes et que le pouvoir administratif ne se substitue pas au pouvoir judiciaire* ».

C. LA LEGALITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Si le Conseil d'Etat, malgré ses réserves de principe, a reconnu le droit pour l'administration de sanctionner l'administré pour non-respect des obligations légales, il a toujours soumis le recours aux sanctions administratives à des conditions strictes de légalité, les unes de fond, les autres de forme. Quatre conditions ou groupes de conditions peuvent être retenus: la légalité de l'incrimination, la légalité de la sanction, le respect des droits de la défense et le recours de pleine juridiction.

- La première condition de fond a trait au principe constitutionnel de légalité des délits. Rappelant que la Cour européenne des droits de l'homme retient une interprétation autonome de la notion d'accusation en matière pénale sans s'attacher à la qualité de l'auteur de la sanction, le Conseil d'Etat exige que l'infraction en matière administrative soit soumise aux mêmes critères de précision que le délit pénal. Ainsi, dans une série d'avis⁸⁹, le Conseil d'Etat demande « *une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination, pour exclure tout arbitraire* » ou pour « *assurer la prévisibilité des sanctions attachées à un comportement précis* ». Dans certains avis, il a annoncé un refus de la dispense du second vote constitutionnel dans la mesure où la

⁸⁶ Avis du 4 juillet 1995 sur le projet de loi relative aux emballages pour liquides alimentaires (doc. parl. n° 4033/05).

⁸⁷ Avis du 15 novembre 2005 sur le projet de loi relative aux abus de marché, portant transposition de

- la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché),
- la directive 2003/124/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché,
- la directive 2003/125/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts,
- la directive 2004/72/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des transactions suspectes (doc. parl. n° 5415/02).

⁸⁸ Avis du 2 juin 2009 sur le projet de loi portant introduction d'un Code de la consommation (doc. parl. n° 5881A/02).

⁸⁹ Avis du 22 novembre 1994 précité, repris dans deux avis du 29 janvier 2002, précités, le premier sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données personnelles, le second sur le projet de loi portant transposition de la directive détachement des travailleurs.

disposition légale prévoyant la sanction administrative « *manque de précision quant aux infractions à appréhender* »⁹⁰. A noter que la Cour constitutionnelle du Luxembourg admet qu'une certaine indétermination des incriminations en matière disciplinaire ne méconnaît pas le principe de la légalité⁹¹. Le Conseil d'Etat a toujours retenu une lecture restrictive de cette jurisprudence. Ainsi, dans un avis de 2009⁹², le Conseil d'Etat, après avoir rappelé que « *la Cour constitutionnelle a certes admis qu'en matière disciplinaire, et donc a fortiori en matière administrative, une marge d'indétermination est possible ..., estime toutefois, sous peine d'opposition formelle, que le simple renvoi à "l'inobservation des règlements de prévention" n'est pas suffisant au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle* ».

La deuxième condition porte sur la légalité des sanctions. Aux yeux du Conseil d'Etat, le principe « *nulla poena sine lege* » est respecté, dès lors que les sanctions sont prévues dans la loi. Il est vrai que le législateur fait preuve d'une grande imagination dans l'éventail des sanctions qui vont, selon les matières concernées, de l'avertissement et du blâme, en passant par l'amende d'ordre, à l'interdiction temporaire d'une activité, au retrait d'une autorisation, voire à la fermeture d'établissement. Dans un avis récent de 2009, où il s'est opposé à des mesures transactionnelles, le Conseil d'Etat a formulé l'exigence d'un « *régime des peines neutre et clair* ». Il est intéressant de relever que le Conseil d'Etat ne s'est pas interrogé sur l'éventail de ces mesures ni sur les critères d'après lesquels l'autorité administrative opère son choix.

⁹⁰ Avis du 7 mars 2006 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (doc. parl. n° 5540/01).

Avis du 7 mars 2007 sur le projet de loi

1) relative à l'organisation du marché de l'électricité;

2) instaurant un poste de Commissaire du Gouvernement à l'Energie;

3) abrogeant

- la loi modifiée du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat et concernant l'exploitation des centrales hydro-électriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport;

- la loi du 4 janvier 1928 concernant l'établissement et l'exploitation des réseaux de distribution d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg approuvant la convention de concession du 11 novembre 1927 ainsi que ses annexes;

- la loi du 30 juin 1927 approuvant le contrat de fourniture de courant du 11 avril 1927 pour l'électrification du Grand-Duché de Luxembourg;

- la loi du 2 février 1924 concernant les distributions d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg;

- la loi modifiée du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité; et

4) modifiant

- la loi du 30 mai 2005 portant 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat;

- la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. n° 5415/09).

Avis du 8 avril 2008 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2004/108/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la compatibilité électromagnétique et abrogeant le règlement grand-ducal du 21 avril 1993 transposant la directive 89/336/CEE (doc. parl. n° 5684/02).

Avis du 20 mai 2008 sur le projet de loi portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration (doc. parl. n° 5802/10).

Avis du 6 octobre 2009 sur le projet de loi: 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion (doc. parl. n° 6048/01).

⁹¹ Arrêts n°s 41/07, 42/07 et 43/07 de la Cour constitutionnelle du 14 décembre 2007:

« *Considérant que le principe de la légalité des peines entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés; que le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;*

Considérant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une certaine marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en soit affecté si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite incriminée; ».

⁹² Avis du 14 juillet 2009 sur le projet de loi portant réforme de l'assurance accident et modifiant: 1. le Code de la Sécurité sociale, 2. la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois, 3. la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, 4. le Code du Travail, 5. la loi du 18 avril 2008 concernant le renouvellement au soutien au développement rural, 6. la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (doc. parl. n° 5899/06).

Dans certains avis, le Conseil d'Etat a mis en cause le caractère disproportionné de la sanction par rapport à la gravité de l'infraction. Le problème a été évoqué en relation avec les amendes d'ordre dont la nature est similaire aux amendes pénales. Les critiques du Conseil d'Etat ont été de deux ordres. Dans certains avis⁹³, le Conseil d'Etat a contesté le montant de l'amende d'ordre qui serait disproportionné par rapport à l'infraction commise. Le problème portait sur des amendes d'ordre élevées frappant l'opérateur qui n'a pas fourni à une autorité administrative indépendante certaines informations. Dans quelques avis⁹⁴, le Conseil d'Etat a considéré que les amendes d'ordre « *sont largement disproportionnées par rapport aux peines pénales par ailleurs inscrites au projet de loi* », ceci sans préjudice de la question du cumul des peines. Le Conseil d'Etat a encore refusé d'admettre que l'administration puisse prononcer une sanction qui « *de par son envergure ... ne peut plus guère être taxée d'administrative, mais prend plutôt le caractère d'une sanction pénale* » sous-entendue réservée au juge pénal.

L'étude des avis ne permet pas de dégager une ligne claire du Conseil d'Etat quant au contrôle qu'il exerce sur la manière dont l'autorité administrative exécute son pouvoir de poursuite et de sanction. Logiquement, l'administration devrait bénéficier, à l'instar du ministère public, de l'opportunité des poursuites. Dans un avis de 2009⁹⁵, le Conseil d'Etat s'est pourtant interrogé sur les effets d'un classement sans suites ou d'une transaction sur les droits de victimes potentielles, en l'occurrence de consommateurs lésés par des actes contraires au Code de la consommation et a refusé d'accepter le texte proposé.

Le respect du principe de personnalité de la sanction est régulièrement invoqué dans les avis en relation avec les sanctions pénales, plus rarement quand il s'agit d'apprécier des sanctions administratives. Il est vrai que, jusqu'à la consécration en 2010 de la responsabilité pénale de la personne morale⁹⁶, la sanction administrative présentait l'avantage indéniable de s'appliquer à l'opérateur économique en tant que tel alors que la sanction pénale frappait uniquement la ou les personnes physiques qui représentent la personne morale.

Il est évident que la sanction administrative, comme la sanction pénale proprement dite, est soumise au principe de la non-rétroactivité de la loi. Cette question n'a toutefois pas été abordée dans les avis du Conseil d'Etat.

- La troisième condition porte sur les droits de la défense. Toujours dans la logique que la sanction administrative relève de la matière pénale, le Conseil d'Etat, se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, exige le respect des garanties inhérentes à un procès équitable. Ainsi, le Conseil d'Etat a insisté sur l'exigence d'une « *décision motivée* », sur l'« *impossibilité de sanctionner une personne sans que celle-ci ait été mise à même de connaître les charges qui existent contre elle et sans qu'elle ait pu faire valoir ses moyens de défense* »⁹⁷.

Les conditions de la motivation de la décision et du respect des droits de l'administré ne présentent pas une particularité de la sanction administrative, mais renvoient au droit commun de la procédure administrative non contentieuse. Il n'empêche que le Conseil d'Etat a mis en évidence ces exigences. Ainsi, dans un avis de 2004⁹⁸, le Conseil d'Etat souligne le nécessaire

⁹³ Avis du 8 avril 2008 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2004/108/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la compatibilité électromagnétique et abrogeant le règlement grand-ducal du 21 avril 1993 transposant la directive 89/336/CEE (doc. parl. n° 5684/02).

⁹⁴ Avis du 29 janvier 2002, précité, sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (doc. parl. n° 4735/06).

⁹⁵ Avis du 2 juin 2009, précité, sur le projet de loi portant introduction d'un Code de la consommation (doc. parl. n° 5881A/02).

⁹⁶ Loi du 3 mars 2010 1. introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle 2. modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives.

⁹⁷ Avis du 22 novembre 1994, précité, sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant: 1) l'entrée et le séjour des étrangers 2) le contrôle médical des étrangers 3) l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère (doc. parl. n° 4013).

⁹⁸ Avis du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl. n° 5229/05).

respect des droits de la défense dans la procédure aboutissant à l'imposition d'une sanction administrative et prenant comme termes de comparaison la procédure pénale. Selon le Conseil, *« les conditions du procès équitable du paragraphe 1^{er} de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme devront par conséquent être respectées tout comme la présomption d'innocence et les garanties de la défense. Il faudra donc bien séparer les fonctions de jugement de celles de recherche et d'instruction des infractions »*. Ces exigences renvoient au problème de la séparation des pouvoirs, alors que dans la procédure pénale l'action publique, l'instruction et le jugement relèvent de trois autorités différentes, parquet, juge d'instruction et juridiction de jugement.

Dans d'autres avis, le Conseil d'Etat souligne que la sanction administrative ne saurait servir à obliger un administré à s'incriminer lui-même. Ainsi, il a critiqué que l'obligation de fournir des informations soit sanctionnée par des amendes d'ordre⁹⁹. D'une façon plus générale, le Conseil d'Etat insiste sur les règles du procès équitable dans la procédure aboutissant à l'imposition d'une sanction administrative. Dans l'avis de 2004 sur le Conseil de la concurrence, le Conseil d'Etat s'interroge sur *« le degré d'indépendance de l'autorité à créer »* et sur son *« impartialité »*. Il rappelle que *« Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne ... et des juridictions nationales (en France et au Luxembourg), la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et notamment son article 6 s'appliquent aussi à la procédure de sanction des organes administratifs de régulation. Les conditions du procès équitable du paragraphe 1^{er} de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme devront par conséquent être respectées tout comme la présomption d'innocence du paragraphe 2 et les garanties de la défense du paragraphe 3 »*.

- La quatrième condition formulée par le Conseil d'Etat porte sur l'exigence du recours de pleine juridiction, par opposition au contrôle normal de légalité. Certes, cette condition est intimement liée à la condition précédente du respect des droits de la défense; elle revêt toutefois une portée propre en matière de sanctions administratives alors que la sanction est prononcée par un organe qui ne revêt pas la qualité d'un juge au sens de la Constitution. Dans nombre d'avis, le Conseil d'Etat, se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a exigé, sous peine de refus de dispense du second vote constitutionnel, de remplacer le recours de légalité par un recours de pleine juridiction. Ainsi, dans un avis de 2011¹⁰⁰, il rappelle que *« si la Cour européenne des droits de l'Homme admet en effet que des amendes administratives, assimilables à des sanctions pénales, peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du tribunal visé par l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, elle exige toutefois que le justiciable dispose contre ces sanctions d'un recours en réformation »*.

D. LE CUMUL DES SANCTIONS ET LE PRINCIPE « NON BIS IN IDEM »

Le cumul des sanctions administratives avec les sanctions pénales est une question récurrente dans les avis du Conseil d'Etat. En effet, le législateur luxembourgeois a souvent pris l'option de combiner les deux mécanismes de sanction. Ce qui plus est, dans certains projets de loi, les auteurs prévoient des sanctions administratives en précisant que celles-ci s'appliquaient

⁹⁹ Avis complémentaire du 6 juillet 2010 sur le projet de loi portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) (doc. parl. n° 6018/05).

¹⁰⁰ Avis du 17 mai 2011 sur le projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques; 2) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel; 3) de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat; 4) du Code de la consommation (doc. parl. n° 6243/04).

Voir aussi, dans le même sens, l'avis du 4 mai 2010 sur le projet de loi relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne (doc. parl. n° 6056/09).

« sans préjudice de poursuites pénales éventuelles »¹⁰¹. La situation type est celle d'un cumul entre sanction pénale et sanction administrative. La pratique connaît toutefois également d'autres cas de cumul, soit entre deux sanctions administratives (exemple d'une amende ou d'une interdiction de poser certains actes assortie d'une astreinte), soit entre une sanction pénale et deux sanctions administratives (interdiction de conduire judiciaire, permis à points et retrait du permis de conduire) ou entre une sanction pénale, une sanction administrative et une sanction disciplinaire.

La position de principe du Conseil d'Etat consiste à rappeler régulièrement le respect du principe « non bis in idem ». A défaut de disposition spécifique dans la Constitution luxembourgeoise, le Conseil d'Etat fonde ce principe sur l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰² et sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰³. L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a pas encore été invoqué.

Dans certains avis, le Conseil se limite à rappeler le principe et à formuler une mise en garde plus générale, renvoyant en quelque sorte la solution du problème concret qui pourra se poser à l'avenir devant le juge pénal ou le juge administratif. Dans d'autres avis, le Conseil d'Etat est plus catégorique et annonce un refus de dispense du second vote constitutionnel si le risque d'un cumul des sanctions n'est pas écarté.

En ce qui concerne les trois composantes du principe, la portée de l'interdiction des poursuites nouvelles (le *non*), l'identité de la nature des procédures (le *bis*) et l'identité des faits sanctionnés (le *idem*), il est difficile de dégager des avis une approche systématique du Conseil d'Etat. On peut toutefois retenir les points suivants.

Selon le Conseil d'Etat, le principe « non bis in idem » « veut que pour une même infraction, il ne soit prononcé qu'une seule peine ». En d'autres termes, les mêmes dispositions d'une loi ne peuvent être sanctionnées au titre du droit pénal et du droit administratif. Le Conseil d'Etat a tendance à centrer l'interdiction sur le cumul des sanctions, même si dans certains avis il met également en cause le cumul de la procédure administrative et pénale pouvant aboutir à un cumul de condamnations. Ainsi, dans quelques avis, il s'oppose à des « procédures parallèles, tant du côté judiciaire que du côté de la CSSF »¹⁰⁴ (d'une autorité administrative indépendante), étendant ainsi le principe à l'interdiction d'une double poursuite pour le même fait.

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat considère comme critère décisif l'identité du fait sanctionné ou à sanctionner. A noter que le Conseil d'Etat n'est pas entré dans une discussion sur une distinction éventuelle entre fait matériel et sa qualification juridique. De même, il n'a pas érigé l'élément moral en critère déterminant pour distinguer les infractions sanctionnées. Dans la mesure où la loi sanctionne la méconnaissance des mêmes dispositions tant par des sanctions administratives que par des sanctions pénales, le problème de la différence de qualification juridique entre infraction au sens du droit administratif et au sens du droit pénal ne se pose pas. A cet égard, l'arrêt *Zolotoukhine* où la Cour

¹⁰¹ Avis du 17 décembre 2010 sur projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques (doc. parl. n° 6149/02).

¹⁰² Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:

Article 4.- Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois: « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat. »

¹⁰³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques:

Article 14, paragraphe 7: « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. »

¹⁰⁴ Avis complémentaire du 6 juillet 2010 sur le projet de loi portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) (doc. parl. n° 6081/05).

européenne a procédé à une « harmonisation » de la « diversité des approches adoptées » dans ses arrêts antérieurs et a consacré l'identité des faits dans les deux poursuites comme critère décisif n'a pas entraîné un changement dans l'approche suivie par le Conseil d'Etat¹⁰⁵.

L'absence d'identité de la personne juridique condamnée a souvent permis d'exclure l'application du principe du « non bis in idem ». Ainsi, le Conseil d'Etat n'a pas formulé de réserves par rapport à un dispositif législatif qui prévoit des sanctions pénales contre une personne physique, en sa qualité de dirigeant d'entreprise, et la dissolution de la société. Il faut noter que l'introduction, par la loi précitée du 3 mars 2010 de la responsabilité pénale de la personne morale, a accentué la problématique du risque d'un cumul des sanctions en relation avec l'identité de la personne du contrevenant.

Suivant encore la logique de la Cour européenne, le Conseil d'Etat considère que le principe du « non bis in idem » présuppose que les sanctions prévues revêtent une nature pénale et que les procédures en cause constituent une accusation en matière pénale au sens de la Convention européenne.

Le Conseil d'Etat a repris la jurisprudence de la Cour sur la qualification autonome et substantielle de la sanction pénale. Dans un avis de 2008¹⁰⁶ auquel se réfèrent des avis ultérieurs, le Conseil d'Etat rappelle que « la Cour [européenne] donne une interprétation autonome du concept d'accusation en matière pénale ». Dans deux avis de 2010 et de 2011¹⁰⁷, le Conseil d'Etat rappelle des avis antérieurs remontant aux années 1990 dans lesquels il a déterminé les contours de la notion d'accusation en matière pénale, sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en soulignant que la décision administrative prévue « vise pour l'essentiel à punir » ou encore que « le but et la sévérité de la sanction fournissent l'indication ultime, et le plus souvent déterminante, de la matière pénale ». Dans d'autres avis, le Conseil a cité son homologue belge qui a considéré que « l'application cumulative de sanctions par l'autorité administrative et par le juge pénal à un même comportement violerait [le principe du « non bis in idem »], dès lors que la 'sanction administrative' est susceptible d'être qualifiée de 'pénale' compte tenu de la nature de l'infraction ou de la gravité de la sanction »¹⁰⁸.

Dans une série d'avis, le Conseil d'Etat a essayé de développer une doctrine sur les limites d'un possible cumul de sanctions. A cet effet, il s'est inspiré, citations à l'appui, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore de critères développés par le Conseil d'Etat français.

Dans des avis de 2002¹⁰⁹, le Conseil d'Etat a considéré que le cumul entre une amende d'ordre et une amende pénale est légitime dans trois cas :

¹⁰⁵ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 février 2009, *Zolotoukhine contre Russie*.
Point 82: *En conséquence, l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes.*

Point 83: *La garantie consacrée à l'article 4 du Protocole n° 7 entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquiescement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée.*

¹⁰⁶ Avis du 17 juin 2008 sur le projet de loi relatif aux piles et accumulateurs (doc. parl. n° 5855/04).

¹⁰⁷ Avis du 4 mai 2010 sur le projet de loi relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne (doc. parl. n° 6059/09).

Avis du 8 mars 2011, précité, sur le projet de loi - portant transposition: - de la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant ... (doc. parl. n° 6143/03).

¹⁰⁸ Revue belge de droit constitutionnel, Chronique de jurisprudence 2000, page 22.

¹⁰⁹ Avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi portant 1. transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services; 2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail (doc. parl. n° 4694/07).

«Il est possible d'admettre des sanctions administratives ayant un caractère provisoire, en attendant l'intervention d'une sanction pénale ...

Le cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale se justifie également lorsque les deux sanctions n'ont pas la même nature ...

Le cumul peut se justifier lorsque la sanction pénale est regardée comme une arme d'emploi exceptionnel. »

Le Conseil d'Etat luxembourgeois reprend ici les conditions dégagées par le Conseil d'Etat français auquel il se réfère expressément ¹¹⁰.

Dans les avis cités, le Conseil d'Etat a conclu que ces exceptions n'étaient pas vérifiées. Il faut constater qu'il n'a pas affiné son raisonnement ni précisé pourquoi le cumul ne pouvait être justifié. Les critères consacrés par le Conseil d'Etat sont en effet loin d'être clairs. L'hypothèse visée dans le premier cas, à savoir la combinaison d'une sanction administrative provisoire en attendant le prononcé d'une sanction pénale définitive, ne soulève pas un véritable problème de cumul, notamment si la sanction provisoire ne consiste que dans une interdiction provisoire d'exercer une certaine activité ou dans la suspension d'une autorisation. Le troisième cas de figure justifiant l'ajout à la sanction administrative d'une sanction pénale à titre exceptionnel soulève des interrogations, alors qu'une préférence semble être donnée à la sanction administrative, la sanction pénale étant reléguée dans la catégorie des peines exceptionnelles.

Le cumul d'amendes d'ordre avec des amendes pénales est inadmissible si les sanctions ont toutes les deux une finalité répressive. Par contre, le Conseil d'Etat n'exclut pas le cumul si « *la finalité des mesures n'est pas la même* ». Tel est le cas si « *les peines prévues ont un objectif de sanctionner le contrevenant, alors que les mesures administratives visent, non pas à imposer une amende administrative, mais, dans un premier temps, à amener l'opérateur économique à respecter la loi, et, dans un deuxième temps, à suspendre l'activité non conforme à la loi* »¹¹¹ ou encore « *lorsqu'il s'agit de sanctions de nature distincte, notamment en cas de mesures ne présentant pas le caractère de sanction, comme les mesures de prévention* »¹¹². En effet, toujours selon le Conseil d'Etat, « *aux instances administratives incombe ainsi un rôle régulateur et correcteur, alors que le volet répressif doit être réservé aux autorités pénales* »¹¹³. Avec ces considérations, le Conseil d'Etat oppose, sans le dire ouvertement, la finalité répressive qui caractérise la sanction et la finalité préventive ou dissuasive de la mesure administrative.

Avis du 29 janvier 2002, précité, sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (doc. parl. n° 4735/06).

¹¹⁰ Les conditions du cumul entre sanctions administratives et sanctions pénales in « Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions », étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat français le 8 décembre 1994.

¹¹¹ Avis du 17 juin 2008, précité, sur le projet de loi relatif aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs (doc. parl. n° 5855/04).

Avis du 23 septembre 2008 sur le projet de loi a) concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) N° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le règlement (CEE) N° 793/93 du Conseil et le règlement (CE) N° 1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE b) modifiant la loi modifiée du 15 juin 1994 - relative à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses - modifiant la loi du 11 mars 1981 portant réglementation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses c) modifiant la loi du 3 août 2005 relative à la classification, à l'emballage et à l'étiquetage des préparations dangereuses d) abrogeant la loi modifiée du 11 mars 1981 portant réglementation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses (doc. parl. n° 5819/05).

Avis du 6 octobre 2009, précité, sur le projet de loi: 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion (doc. parl. n° 6048/01).

¹¹² Avis du 3 mars 2009, précité, sur le projet de loi relative à la chasse (doc. parl. n° 5888/01).

¹¹³ Avis du 29 janvier 2002, précité, sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (doc. parl. n° 4735/06).

A cet égard, l'emploi des termes utilisés dans le projet de loi n'est pas anodin. Ainsi, dans certains avis, le Conseil d'Etat se base sur le « *rapprochement de langage* » entre droit administratif et droit pénal, concrètement sur l'emploi dans la procédure administrative des concepts d'infraction ou de récidive, pour assimiler une sanction administrative à une sanction pénale¹¹⁴. Dans d'autres avis, où il admet la différence de finalité décrite ci-dessus, le Conseil d'Etat suggère de remplacer les termes d'infraction ou de sanction par ceux d'inobservation des prescriptions légales et de mesure.

Si le cumul est exclu, le Conseil d'Etat donne nettement sa préférence à la procédure pénale plus respectueuse des droits du justiciable. Ainsi, dans un avis de 2010¹¹⁵, le Conseil d'Etat note avec satisfaction que le cumul est exclu dès lors que « *les sanctions administratives ne pourront trouver application que dans la mesure où les manquements visés ne [font] pas l'objet d'une sanction pénale* ». Toujours, dans deux autres avis de 2010¹¹⁶, le Conseil d'Etat considère que « *une amende administrative ne peut donc être prévue par la loi que si les manquements à celle-ci ne font pas l'objet d'une sanction pénale* ».

Les considérations qui précèdent portent sur une sanction administrative proprement dite. La situation se présente différemment pour les sanctions disciplinaires tant dans les professions réglementées que dans la fonction publique. Dans ce domaine, le cumul d'une sanction pénale et disciplinaire est la règle¹¹⁷. L'autorité disciplinaire intervient normalement, dans la pratique, à l'issue du procès pénal pour tirer de la condamnation pénale les conséquences qui s'imposent au niveau professionnel. A ce jour, le Conseil d'Etat n'a pas émis d'avis sur la conformité des régimes disciplinaires avec le principe « non bis in idem ».

CONCLUSION

Pour le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, les critères distinctifs de la sanction administrative sont la qualité de l'auteur qui constitue une autorité administrative et le caractère répressif de la mesure. Il distingue à cet effet entre les sanctions administratives proprement dites et les mesures de régulation dont dispose l'administration. Même s'il admet la conformité de la sanction administrative avec le droit constitutionnel, le Conseil d'Etat fait preuve d'une certaine réserve dès lors que le recours à ce type de mesure offre moins de garanties que le procès devant le juge judiciaire. En toute hypothèse, le Conseil d'Etat, dans la logique de la Cour européenne des droits de l'homme, reconnaît à la sanction administrative une nature pénale et la soumet à toutes les exigences de forme et de fond prévues en matière pénale. Il est particulièrement critique sur le problème du cumul des sanctions administratives et pénales. Sur le problème clé du choix entre sanction administrative et pénale, la position du Conseil d'Etat est moins claire. D'un côté, il ne conteste pas la constitutionnalité de l'institution et reconnaît sa conformité avec la Convention européenne dès lors que toutes les garanties substantielles et procédurales de la matière pénale sont données. D'un autre côté, il a toujours

¹¹⁴ Avis du 29 janvier 2002, précité, sur le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (doc. parl. n° 4735/06).

¹¹⁵ Avis du 4 mai 2010 sur le projet de loi ayant pour objet

- A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire;
- B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire;
- C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation;
- D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire (doc. parl. n° 5718/04).

¹¹⁶ Avis du 23 novembre 2010 sur le projet de loi portant réforme du système de soins de santé et modifiant: 1. le Code de la Sécurité sociale; 2. la loi modifiée du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers (doc. parl. n° 6196/03).

Avis du 17 décembre 2010, précité, sur le projet de loi sur les réseaux et les services de communications électroniques (doc. parl. n° 6149/02).

¹¹⁷ Ainsi, l'article 44 du statut général des fonctionnaires de l'Etat prévoit que « *Tout manquement à ses devoirs au sens du présent statut expose le fonctionnaire à une sanction disciplinaire, sans préjudice de l'application éventuelle d'une sanction pénale* ».

marqué certaines réserves par rapport à ce qu'il est convenu d'appeler « l'émergence d'un ordre répressif administratif », qui risque de porter atteinte au rôle constitutionnel du juge judiciaire et aux droits individuels.

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES AU LUXEMBOURG – Contribution de la Cour administrative du Luxembourg

Monsieur Georges RAVARANI, Président de la Cour administrative du Luxembourg

L'administration sanctionne ? Une contradiction en soi !

En effet, dans un régime de séparation des pouvoirs pur et dur, le législateur fait la loi, l'administration la fait appliquer et le juge en sanctionne le non-respect. Le rôle de l'administration, le moins bien défini des trois pouvoirs, est celui d'assister les citoyens, le cas échéant même de les poursuivre, mais non pas de les sanctionner.

Or, justement, ceci constitue une vue idéalisée de la séparation des pouvoirs et il y a bien longtemps qu'on a dû l'émousser quelque peu. Les temps sont révolus où quelques lois, bien rédigées, suffisaient à réguler la vie en société et où toute violation de ces lois était passible des foudres de la loi pénale, avec les garanties, il est vrai, de la procédure pénale. La vie économique et sociale tourne à un tel rythme, les textes qui tentent de l'encadrer foisonnent et doivent être constamment adaptés, les écarts potentiels et réels des prescriptions de ces textes souvent éphémères sont tellement nombreux qu'il est tout simplement illusoire de les faire régir tous par le droit pénal.

La sanction administrative est le moyen rêvé pour maintenir la machine opérationnelle. Souple et néanmoins efficace, délestée des contraintes procédurales pénales. Elle a été parée de toutes les vertus. Ainsi, elle ne tendrait pas à *"dépénaliser mais [à] mieux pénaliser"* et son but ne serait pas *"de déresponsabiliser, mais d'anticiper les responsabilités"*.¹¹⁸

Sa souplesse et son adaptabilité sont telles qu'elle est réfractaire à toute définition précise. Aller au-delà de l'évidence que c'est une punition infligée par l'administration se révèle un exercice périlleux.

Seulement, à trop vouloir s'accommoder de cet instrument miracle, on risque de se retrouver devant un redoutable danger pour les libertés individuelles et les droits fondamentaux des citoyens. Si l'administration peut tout faire, incriminer et punir, si elle devient «totalitaire», sans avoir à se soucier des garanties découlant du droit pénal, l'Etat de droit devient victime des abus du recours aux sanctions administratives.

Face au constat que l'Etat moderne ne peut plus se passer de l'instrument des sanctions administratives (A), il est indispensable de les encadrer par de sérieuses garanties pour les citoyens (B).

A. La sanction administrative, une anomalie ...

Une fois admis le principe qu'on ne saurait se passer des sanctions administratives, encore faut-il, dans un Etat de droit, leur trouver une base légale et les encadrer juridiquement (A) et trouver le juge compétent pour en apprécier la légalité (B).

¹¹⁸ Rapport «La dépénalisation de la vie des affaires» de la commission présidée par le premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris Jean-Marie COULON, février 2008

1.- L'encadrement juridique de la sanction administrative. Après avoir examiné les bases légales possibles de la sanction administrative (a) et retenu qu'il s'agit d'un régime exorbitant du droit commun (b), on énumérera brièvement les principales sanctions administratives prévues par le législateur (c).

a. Les bases légales possibles

La Constitution luxembourgeoise, largement inspirée de la Constitution belge, ignore, à l'instar de celle-ci, la notion de sanction administrative. Cela implique également que la Constitution n'interdit pas ce genre de sanction.

Il en découle que le législateur, en vertu de ses compétences résiduelles, peut établir des sanctions administratives. En toute hypothèse, la Cour constitutionnelle a déjà expressément reconnu ce pouvoir au législateur.¹¹⁹

Il y a bien entendu la difficulté de l'article 49 de la Constitution qui dispose que la justice est rendue par les cours et tribunaux. Une lecture étroite de ce texte pourrait mener à réserver le droit d'infliger des punitions de toutes sortes aux seuls tribunaux. Il semble plutôt que ce soit le seul contentieux pénal qui soit réservé aux tribunaux, sans que la disposition en question ni une quelconque autre disposition constitutionnelle exclue que d'autres sortes de sanctions puissent être infligées par d'autres organes étatiques que des juges.

Les sanctions administratives ne constituent pas davantage, en droit interne en tout cas, des sanctions pénales. Même la Constitution reconnaît d'autres formes de sanctions que celle établies par le droit pénal. Il a été affirmé que l'article 31 de la Constitution consacre le droit disciplinaire à l'égard des fonctionnaires.¹²⁰ Il est vrai qu'il s'agit là de sanctions «internes» à l'administration. Mais même au-delà, la Cour constitutionnelle a implicitement reconnu, en interprétant l'article 14 de la Constitution relatif à la légalité des peines, que cette disposition ne s'applique pas exclusivement à la matière pénale.¹²¹

¹¹⁹ Cour const. 30 janvier 2004, n° 19/04, Mém. 2004, A, p. 303 s. La Cour a en effet retenu que *"l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics n'est pas un mode de réparation du préjudice subi par l'inobservation des conditions du cahier des charges mais une peine au sens de l'article 14 de la Constitution (...); une telle peine ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel mais doit être établie par la loi."* – Quant à la question de savoir si le pouvoir exécutif peut établir directement et de manière autonome des sanctions administratives, il y a lieu de retenir que s'il est vrai que, du fait du silence de la Constitution sur les sanctions administratives, celles-ci ne relèvent pas, dans leur généralité, d'une matière réservée au législateur. D'ailleurs, la Constitution elle-même reconnaît au pouvoir exécutif le droit de nommer et de révoquer les membres du gouvernement (art. 77) et de nommer les fonctionnaires (art. 35), ce droit incluant celui de les révoquer, y compris à titre de sanction disciplinaire (v. en ce sens Th. BOMBOIS et D. DÉOM, La définition de la sanction administrative, in Les sanctions administratives, sous la direction de R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS, Bruylant 2007, n° 66, p. 83). Mais de là à déceler dans la compétence spontanée du pouvoir exécutif de réguler les matières non réservées, celle d'établir des sanctions pénales, il y a un pas qu'il faut, semble-t-il, se garder de franchir, ne serait-ce qu'en raison de ce que l'article 14 de la Constitution réserve l'établissement et l'application des peines à la loi. Il semble donc bien que pour que le pouvoir exécutif puisse exercer une fonction répressive, il faut bien que la compétence afférente lui ait été déléguée par le législateur. Mais en toute hypothèse, dès que des sanctions administratives comportent des ingérences dans les droits constitutionnels, tels le droit de propriété ou la liberté de commerce et d'industrie, elles ressortissent au domaine de la loi.

¹²⁰ C.E. lux. 25 février 1931, non publié

¹²¹ Cour const. 22 mars 2002, n° 12/02, Mém. 2002, A, p. 671 s., à propos de sanctions établies à l'encontre de l'auteur de déviations injustifiées de l'activité professionnelle du prestataire de soins; 30 janvier 2004, précité, à propos de la sanction de l'exclusion temporaire d'une entreprise à la participation de marchés publics initiés par l'Etat

Les articles 84 et 85 de la Constitution, qui, le premier, réserve les contestations qui portent sur des droits civils aux tribunaux judiciaires et, le second, laisse le choix au législateur de confier les contestations sur des droits politiques à d'autres juridictions, ne semblent pas non plus poser de problème en la matière. Il s'agit de règles de compétence qui se bornent à déterminer quel ordre juridictionnel est appelé à connaître de quel type de litiges, mais qui n'interdit pas qu'une autorité différente d'un tribunal inflige des sanctions.¹²²

b. Un régime exorbitant du droit commun

L'absence de reconnaissance expresse de la sanction administrative par la Constitution, à côté des sanctions pénales qui trouvent leur origine dans la Constitution et constituent le droit commun du droit répressif, le fait que les sanctions administratives empiètent sur leur terrain, entraîne plusieurs conséquences.

Tout d'abord, il s'agit d'un droit d'exception¹²³; ensuite, comme le régime des sanctions administratives s'apparente à celui du droit pénal les textes qui les régissent, à l'instar de celui-ci, sont d'interprétation stricte.¹²⁴

La proximité des sanctions administratives avec le droit pénal implique également que le régime de ces sanctions ne doive pas s'écarter des garanties dont bénéficie le justiciable dans le cadre de la procédure pénale, sous peine de violer la règle constitutionnelle de la légalité des peines.¹²⁵ Il semble qu'une différence de régime trop prononcée soit de nature à violer également la règle de l'égalité devant la loi.¹²⁶

Le caractère exceptionnel des sanctions administratives entraîne qu'on ne saurait les laisser empiéter sur l'ensemble du domaine du droit pénal et qu'il faille réserver à celui-ci son domaine d'application *naturel*.

Or, cela se révèle justement une tâche impossible. Il n'y a, en cette matière, que des pistes, des évidences, réflexes de bon sens, mais dès que l'on tente de tracer une frontière nette et rationnelle entre les deux types de sanctions, on reste singulièrement désemparé. Ainsi il est «évident» que les meurtres, les atteintes graves à l'intégrité physique et les autres troubles graves à l'ordre public relèvent du droit pénal. En revanche, l'exclusion temporaire de cours, l'interdiction de participer à des soumissions publiques, cela doit-il nécessairement aussi se retrouver devant le juge pénal ?

Il a ainsi été proposé de réserver au droit pénal le «noyau dur» des infractions, notion excessivement floue dans une matière qui ne tolère pas, *a priori*, les imprécisions puisqu'il y va de droits fondamentaux.¹²⁷

¹²² pourvu que, si cette autorité ne revêt pas les caractères d'une juridiction, la personne sanctionnée dispose d'un recours devant les tribunaux prévus dans la Constitution.

¹²³ Th. BOMBOIS et D. DÉOM, *op. cit.*, n° 76, p. 92

¹²⁴ V. Trib. adm. 21 avril 2008, 23323 du rôle, confirmé par arrêt du 20 novembre 2008, n° 24440C du rôle

¹²⁵ V. *infra*, sub II A

¹²⁶ V. *infra*, sub II A

¹²⁷ Le projet de réforme des sanctions à infliger aux professionnels actifs dans le secteur financier est symptomatique à cet égard: il est prévu de dépénaliser la presque intégralité des infractions et de les faire sanctionner par des sanctions administratives graves comme le retrait de l'agrément et des amendes pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros. Dans son avis au sujet de l'avant-projet de loi complétant les mesures de police administrative et autres moyens d'intervention directs de la CSSF, instituant un Conseil des sanctions et portant modification de différentes lois spéciales, le procureur général d'Etat a notamment critiqué que «*par la dépénalisation, le caractère « répressif », les notions de comportement criminel, délictuel et antisocial, d'ordre public en général ou d'ordre public économique plus particulièrement, l'intervention de la puissance publique et le caractère*

La planche de salut viendrait-elle de la différenciation entre les buts respectifs du droit pénal et du droit administratif répressif ? Là encore, en incriminant de lourdes peines, allant jusqu'à la privation de liberté, des atteintes aux valeurs fondamentales de la société, le droit pénal, dans un but de protection de l'ordre social, exerce certainement un monopole. La publicité des débats, le prononcé du jugement en audience publique ajoutent à l'effet dissuasif de la peine pénale. Qu'en est-il, en revanche, des irrégularités, le cas échéant involontaires, commises dans des matières particulièrement techniques ? S'il est toujours possible de les soumettre au droit pénal, cela est-il vraiment nécessaire ? Dès lors que la finalité de l'incrimination n'est pas essentiellement répressive, mais répond le cas échéant, sinon exclusivement, du moins de manière prépondérante, à une préoccupation de régulation dans les domaines économique, environnemental, fiscal, social, etc., lorsqu'elle tend à maintenir, souvent de manière préventive, la sécurité d'installations, la compétence et l'honorabilité des professionnels, à minimiser les nuisances environnementales,¹²⁸ le droit pénal doit-il encore exercer son monopole, et la sanction administrative, plus souple, ne répond-elle pas mieux aux exigences de célérité, de souplesse, de proportionnalité même ?¹²⁹

Si le critère du but de l'incrimination est d'une certaine utilité, il restera toujours une certaine marge d'indétermination entre les domaines naturels des sanctions pénales et administratives.

Il semble en tout cas un peu facile, comme le font pourtant certaines décisions juridictionnelles, de dénier à des mesures s'écartant des sanctions pénales classiques jusqu'à la qualification de sanction.¹³⁰ On verra que c'est essentiellement à propos de la règle «*non bis in idem*» que la jurisprudence luxembourgeoise se montre inventive pour esquiver le problème en déniait à certaines mesures administratives très incisives la qualification de sanctions.

Il restera bien entendu toujours le critère commode, mais peu satisfaisant, puisque tautologique, de l'organe dont émane la sanction: la sanction serait pénale lorsqu'elle est prononcée par un juge et administrative lorsque l'auteur en est l'administration. Or, on verra que suivant les critères appliqués par la jurisprudence luxembourgeoise, une décision administrative peut émaner d'un organisme qui ne constitue pas une administration et ne relève pas du pouvoir exécutif. Le critère est d'autant moins satisfaisant qu'il est malmené par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui procède à une lecture autonome, et en tout cas

saillant de la procédure pénale, aussi bien que les concepts de culpabilité et de tort causé à autrui ou à la société, se diluent et disparaissent, pour laisser la place à une procédure contentieuse atténuée et tempérée, principalement écrite, rapide pour être restreinte dans des délais courts, sanctionnant le non respect de la réglementation professionnelle de la place financière par de « simples » sanctions administratives. – "Il convient dès lors de maintenir le droit pénal pour les transgressions comportant la fraude, les comportements frauduleux et l'esprit criminel ou qui atteignent une valeur morale à protéger, gardant ainsi un noyau dur du droit pénal financier et de se limiter à dépenaliser la violation d'obligations formelles."

¹²⁸ V. Th. BOMBOIS et D. DÉOM, *op. cit.*, n° 33, p. 55

¹²⁹ à condition que la souplesse n'aille pas jusqu'à l'opacité. Combien d'infractions à la législation environnementale, aux marchés publics, etc., sont effectivement sanctionnées ? Il y a ici un manque total de transparence, et un réel danger de «proximité» entre l'administration et les professionnels.

¹³⁰ On lit ainsi, à propos du retrait administratif d'un permis de conduire, que le but de la décision de retrait n'est pas de sanctionner les personnes concernées pour des faits commis dans le passé, mais de protéger, pour l'avenir, la sécurité des autres usagers de la route contre des personnes représentant un danger potentiel à leur égard. Le tribunal en conclut qu'une telle mesure ne tombe partant pas sous la notion de matière pénale au sens l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (trib. adm. 6 juillet 1998, n°10303 du rôle; 25 septembre 2003, n° 16036 du rôle; 23 février 2005, n° 18770 du rôle). Deux lectures de ces décisions sont possibles: soit il s'agit d'une sanction administrative mais qui ne relève pas de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, partant, de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7; soit il s'agit d'une mesure de sécurité et, comme telle, non d'une sanction administrative. – Une autre décision opte clairement pour cette dernière solution en retenant que les mesures de refus, de retrait ou de refus de renouvellement des cartes d'accès à des zones à accès réglementé d'un aéroport ne constituent ni des peines ni même des sanctions à caractère répressif, mais des mesures tendant à la protection de la sécurité de l'aviation civile et que, dans la mesure où les décisions ainsi prises ne sont pas à considérer comme une sanction ou une peine, elles ne doivent pas satisfaire aux exigences qui régissent la répression pénale elle-même, à savoir les principes de la légalité des peines, de la nécessité et de la proportionnalité des peines, de la non-rétroactivité de la loi pénale, ainsi que le principe *non bis in idem* (trib. adm. 10 juillet 2006, n° 21021 du rôle). La solution semble extrême en ce qu'elle réduit le domaine des sanctions administratives à celles qui ont un aspect pénal.

nullement fonctionnelle, de la matière pénale qui exige le respect des garanties découlant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'on doit donc, provisoirement, retenir qu'il est malaisé de définir la sanction administrative et qu'elle reste une anomalie dans l'environnement du droit répressif.

Tout au plus pourrait-on conclure de tout ceci qu'au niveau interne, les sanctions administratives se définissent par un élément positif, à savoir qu'elles émanent d'une autorité légalement habilitée à prendre des décisions unilatérales faisant grief, et par un élément négatif, à savoir que ces sanctions ne sont pas prononcées par le juge pénal. On verra que cette définition est cependant largement malmenée par le critère de la matière pénale appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'indétermination relative de la nature et du domaine de la sanction administrative se traduit également sur le plan de la compétence juridictionnelle pour connaître des recours exercés contre de telles sanctions.

c. Un catalogue non exhaustif de sanctions administratives

Quelles que soient les difficultés théoriques à l'établissement des sanctions administratives, le législateur ne s'est pas privé d'établir, dans des domaines variés, des sanctions administratives. Selon le critère purement national consistant à considérer comme sanctions administratives celles qui ne sont pas prononcées par le juge pénal, on peut en énumérer quelques-unes, sans que cette liste ne prétende à l'exhaustivité:

- la loi fixant le statut des fonctionnaires de l'Etat¹³¹ prévoit une série de sanctions disciplinaires, allant de l'avertissement à la révocation, à infliger par le Conseil de discipline de la fonction publique, composé par des magistrats et des fonctionnaires¹³²; un régime identique est prévu pour les fonctionnaires communaux¹³³;

- plusieurs professions libérales ont un régime disciplinaire organisé par la loi. Ainsi, le Collège médical, composé du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et de deux assesseurs médecins, exerce le droit disciplinaire à l'égard des médecins¹³⁴; le droit disciplinaire à l'égard des notaires est exercé par un conseil de discipline composé du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et de quatre notaires¹³⁵; la discipline des avocats relève du conseil disciplinaire et administratif des barreaux, composé de cinq avocats¹³⁶;

- les mesures disciplinaires prises à l'égard de détenus, comme le placement en régime cellulaire strict¹³⁷, ou le transfert dans un autre établissement¹³⁸;

- le retrait du permis de conduire ou la suspension temporaire du droit de conduire¹³⁹;

¹³¹ Art. 44 et s. de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat

¹³² et qui ne constitue pas un tribunal, v. trib. adm. 1^{er} juillet 1999, n° 10936 du rôle

¹³³ Art. 55 et s. de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux

¹³⁴ Art. 17 et s. de la loi modifiée du 8 juin 1999 relative au Collège médical

¹³⁵ Art. 84 et s. loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat

¹³⁶ Art. 24 et s. de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat

¹³⁷ Trib. adm. (prés.) 25 février 2002, n° 14569 du rôle; 10 juillet 2002, n° 14568 du rôle, confirmé par arrêt du 19 novembre 2002, n° 15197C du rôle; 18 décembre 2003, n° 17003 du rôle; trib. adm. (prés.) 1^{er} octobre 2003, n° 17004 du rôle; trib. adm. 4 octobre 2006, n° 21217 du rôle; 28 mars 2007, n° 22044 du rôle

¹³⁸ Cour adm. 25 novembre 2008, n° 24604C du rôle

¹³⁹ Art. 2bis de la loi du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques

- la Commission de surveillance du secteur financier a le pouvoir de prononcer la suspension des personnes soumises à sa surveillance qui ne respectent pas les dispositions légales, réglementaires ou statutaires les concernant, ou dont la gestion ou la situation financière n'offre pas de garantie suffisante pour la bonne fin de leurs engagements ou de leur imposer des amendes d'ordre de 125 à 12.500 € au cas où elles refusent de fournir les documents comptables ou autres renseignements demandés ou lorsque ceux-ci se révèlent être incomplets, inexacts ou faux; au cas où elles empêchent ou entravent les inspections de la Commission; au cas où elles contreviennent aux règles régissant les publications des bilans et situations comptables et au cas où elles ne donnent pas suite aux injonctions de la Commission.¹⁴⁰ – Un projet de loi envisage de confier le pouvoir disciplinaire à un Conseil des sanctions, présidé par un magistrat assisté de deux assesseurs issus du milieu financier, qui pourra infliger des amendes allant jusqu'à 10 millions d'euros et des amendes d'ordre allant jusqu'à 25.000 euros;

- le Commissariat aux assurances est autorisé à infliger des amendes d'ordre d'un maximum de 2.500 €, ainsi que d'autres mesures allant jusqu'à la suspension temporaire des dirigeants en cas d'infractions à la loi et aux règlements ainsi qu'aux instructions du Commissariat. Pour les compagnies de réassurance, l'amende peut même s'élever à 25.000 €. En cas de récidive, le retrait de l'agrément peut être prononcé¹⁴¹;

- le gouvernement ou la Commission indépendante de la radiodiffusion peuvent, après avertissement et en cas de récidive, retirer la concession ou la permission à un opérateur ou de faire usage de la fréquence faisant l'objet de la concession ou de la capacité de satellite ou de la liaison montante luxembourgeoise¹⁴²;

- le ministre compétent peut infliger aux compagnies aériennes qui débarquent sur le territoire des ressortissants de pays tiers démunis de documents de voyage valable et, le cas échéant, des visa requis, une amende de 4000 € maximum par passager; au cas où, elles omettent fautivement de transmettre les renseignements prévus relatifs aux passagers ou les transmettent de manière incomplète ou erronée, elles peuvent être sanctionnées par une amende de 5.000 €¹⁴³;

- en matière fiscale, le directeur de l'administration des Contributions directes peut imposer des amendes substantielles aux contribuables qui ne remettent pas ou tardivement leurs déclarations d'impôt¹⁴⁴; le directeur de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines dispose du même pouvoir en matière de TVA¹⁴⁵.

Pour certaines autres mesures administratives faisant grief, l'on peut davantage hésiter. C'est ainsi que le retrait de l'autorisation d'exercer un commerce pour manque d'honorabilité a certes l'effet d'une sanction, mais le but de la mesure est plutôt la sécurité de la profession et la protection des clients.¹⁴⁶ Il en est de même des mesures de fermeture de chantier.¹⁴⁷ Il y a dès lors lieu, à propos de telles mesures, de se reporter au but prépondérant de la mesure.

¹⁴⁰ Loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, respectivement art. 59 et 63

¹⁴¹ Loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, respectivement art. 101 et 111

¹⁴² Loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques

¹⁴³ Loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, respectivement art. 108, 147 et 148

¹⁴⁴ Par. 168 et 202 de la loi générale des impôts (dite *Abgabenordnung*)

¹⁴⁵ Art. 77 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la TVA

¹⁴⁶ Trib. adm. 18 juin 2001, n° 12859 du rôle; 20 septembre 2006, nos. 20670 et 20823 du rôle; 22 août 2007, n° 22150 du rôle, confirmé par arrêt du 20 mars 2008, n° 23482C du rôle

¹⁴⁷ Th. BOMBOIS et D. DÉOM, *op. cit.*, n° 58, p. 77. – Une telle mesure relève d'ailleurs du contentieux administratif objectif et ne saurait, partant, constituer une sanction administrative, auquel cas il relèverait des «droits» des administrés, v. *infra*, sub I. B.

2.- L'organe juridictionnel compétent pour connaître des sanctions administratives. La Constitution luxembourgeoise, tout en étant largement calquée sur la Constitution belge, contient néanmoins certaines originalités aux implications profondes concernant la nature de certaines institutions.

Il en est ainsi en matière de compétence juridictionnelle. La Constitution belge ne contient, à cet égard, que les dispositions des articles 144 et 145 de la Constitution qui réservent aux tribunaux judiciaires la connaissance des contestations ayant pour objet des droits civils et laissent au législateur le pouvoir de transférer, moyennant disposition expresse, la connaissance de litiges ayant pour objet des droits politiques, à d'autres juridictions. Par ailleurs, le Conseil d'Etat belge est une création législative et il tire sa compétence juridictionnelle précisément de l'article 145 de la Constitution.

Au Luxembourg, les choses se présentent de manière plus compliquée. En effet, la justice administrative n'est pas une juridiction d'exception mais les juridictions administratives tirent leur existence et leur compétence directement de la Constitution. En effet, à côté des articles 84 et 85 de la Constitution, qui constituent des copies conformes des articles 144 et 145 de la Constitution belge, l'article 95*bis* de la Constitution luxembourgeoise institue des juridictions administratives et leur confie la connaissance du «contentieux administratif».¹⁴⁸ A la différence du Conseil d'Etat belge qui reste un juge d'exception, même en matière de contentieux administratif puisque toutes ses compétences sont d'attribution, le juge administratif luxembourgeois est juge de droit commun en matière de contentieux administratif.¹⁴⁹

De manière assez curieuse, le droit pénal n'est pas envisagé dans cette *summa divisio* opérée par la Constitution mais il ne fait aucun doute qu'il relève des juridictions judiciaires.

S'il est vrai que la jurisprudence de Strasbourg a forgé une définition autonome de la notion d'accusation en matière pénale, ce n'est certainement pas pour interférer dans les règles de compétence internes aux Etats membres du Conseil de l'Europe, mais pour soumettre les matières qui relèvent de cette catégorie aux garanties procédurales découlant de l'article 6, précisément quelle que soit la juridiction qui l'applique. Un contentieux pénal au sens de cet article peut dès lors bien relever de la compétence des juridictions administratives. – Il s'ensuit qu'au niveau interne, puisque certaines infractions ne sont punies pénalement au sens technique et interne du concept, elles ne relèvent pas du droit pénal ni des juridictions pénales.

Il faut alors déterminer si les sanctions administratives relèvent des droits civils ou politiques, d'une part, ou du contentieux administratif, d'autre part.

Si l'on veut distinguer *a priori* entre «droits» civils et politiques et «contentieux administratif», le salut est à chercher, semble-t-il, dans la distinction entre droits subjectifs et contentieux administratif objectif.¹⁵⁰ L'important, dans cette distinction, est que le juge administratif ne se voie réserver que la connaissance du contentieux objectif.¹⁵¹ Le contentieux administratif a ceci de particulier qu'un administré ne demande pas au juge de faire respecter son droit, mais de

¹⁴⁸ Il y a lieu de souligner qu'avant la création des juridictions administratives en 1996, la situation était identique en ce qui concerne les questions de compétence. En effet, le Conseil d'Etat luxembourgeois se voit à son tour ancré dans la Constitution et l'article 83*bis* ancien de la Constitution lui confiait la connaissance du contentieux administratif.

¹⁴⁹ V. G. RAVARANI, Quelques propos insolites sur le contentieux administratif, *in* Annales du droit luxembourgeois, vol. 19, p. 114 et s.

¹⁵⁰ G. RAVARANI, *op. cit.*

¹⁵¹ Concept qui désigne globalement l'ensemble des règles de droit applicables dans un territoire ou à un ensemble de situations déterminées, v. M. LEROY, Contentieux administratif, 4^e éd. 2008, Bruylant, p. 90. Opposés aux droits subjectifs compris comme droits individuels qui se trouvent dans le patrimoine d'une personne et dont celle-ci peut exiger le respect par tous et la sanction par le juge, les droits objectifs constitueraient dès lors plutôt l'ensemble des prérogatives reconnues à une personne d'exiger du juge l'anéantissement d'un acte contraire au droit objectif et qui lui cause grief.

faire respecter la légalité objective d'un acte administratif individuel ou à portée réglementaire.¹⁵² S'il obtient gain de cause, il n'obtiendra rien directement, sauf le rétablissement de la légalité par l'annulation de la décision incriminée.

L'exemple de l'autorisation de construire est éloquent à cet égard. Il est affirmé avec force, en Belgique, que l'autorisation de bâtir délivrée par le bourgmestre à un constructeur est l'exercice du droit de police de l'autorité communale, agissant dans la sphère de ses attributions politiques. Elle ne constitue ni un contrat de droit privé, ni même une concession.¹⁵³ L'existence même du contentieux administratif est à ce prix !

Or si, par hypothèse, celui qui ne respecterait pas un permis de construire se voyait infliger une amende par l'administration, le contentieux afférent relèverait-il du contentieux administratif ? S'agirait-il toujours d'un contentieux objectif ? Il semble bien qu'il faille répondre par la négative à la question. L'auteur de l'infraction se verrait imposer une *obligation*, corollaire d'un droit – subjectif.

La conclusion provisoire est que même si le cadre dans lequel s'inscrit une sanction administrative relève du contentieux objectif, les sanctions administratives prononcées pour non-respect de telles prescriptions ne s'inscrivent pas forcément dans le même cadre, mais imposent des obligations subjectives à leurs destinataires, et le contentieux afférent est un contentieux de droits subjectifs.

En tout cas, la jurisprudence administrative luxembourgeoise ne s'attache pas à un critère organique pour définir le contentieux administratif, mais à un critère fonctionnel et le seul fait qu'une sanction soit prononcée par une administration ne suffit pas à conférer au contentieux relatif à cette sanction le caractère de contentieux administratif (et inversement, le seul fait qu'une sanction émane d'un organe qui ne constitue pas une administration ne suffit pas à lui enlever ce caractère¹⁵⁴). Si on optait pour cette solution, le contentieux des amendes prononcées en matière de TVA devrait appartenir aux juridictions administratives. Or, la loi en attribue la connaissance aux juridictions judiciaires.¹⁵⁵

Il reste à déterminer si les sanctions administratives relèvent alors du contentieux des droits civils ou politiques.

Qu'il soit permis de douter que des sanctions administratives puissent relever du contentieux du droit civil au sens de l'article 84 de la Constitution.¹⁵⁶ Il est vrai que certaines sanctions administratives ont un effet, le cas échéant direct, sur le patrimoine des administrés, mais elles

¹⁵² Par voie de conséquence, il est indifférent qu'il allègue un quelconque droit qui, à le supposer exister, lui ferait gagner le procès. Ceci caractérise l'intérêt en matière de droits subjectifs. Il doit au contraire établir que l'acte administratif incriminé lui fait grief dans ce sens que sa situation, patrimoniale ou extrapatrimoniale, est concrètement affectée. Il a alors intérêt à faire contrôler la légalité objective de cette décision.

¹⁵³ Les Nouvelles, Lois politiques et administratives, Tome IV, Voirie et constructions, n° 156, p. 211

¹⁵⁴ Il a ainsi été retenu que les mesures relevant du droit disciplinaire ordonnées par la Chambre des Députés à l'encontre d'un de ses fonctionnaires constituent des sanctions administratives, Cour adm. 8 décembre 2009, n° 25668C du rôle

¹⁵⁵ Art. 76, paragraphe 3, de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la TVA. – Le contentieux en matière de fiscalité directe relève des juridictions administratives en vertu de l'article 8 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. – Les obligations fiscales constituant des droits politiques subjectifs qui, en vertu de l'article 85 de la Constitution, peuvent relever de la juridiction des tribunaux judiciaires ou administratifs, l'article 95bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, qui attribue la connaissance du contentieux fiscal aux juridictions administratives "*dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi*", n'apporte aucun élément nouveau à cet égard.

¹⁵⁶ Il est vrai qu'elles peuvent relever du contentieux civil selon la qualification autonome conférée à cette notion, au regard de l'article 6 de la Convention, par la Cour européenne des droits de l'homme. Mais il a été souligné qu'en dernière analyse, cette qualification 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 atteinte à des droits de caractère civil.*" (Th. BOMBOIS et D. DÉOM, *op. cit.*, n° 128, p. 130)

ne découlent pas d'un rapport d'égal à égal entre deux personnes. L'on ne pense pas, ici, aux décisions administratives relatives à des restitutions d'avantages et de sommes indument perçues, ni aux pénalités contractuelles – s'il s'agit bien d'un contentieux civil, il apparaît comme excessif de parler de sanctions administratives – mais plutôt à des amendes imposées par l'administration. Malgré le fait que le paiement d'une amende ait un effet direct sur le patrimoine de la personne sanctionnée, son origine et sa nature sont cependant à rechercher dans son comportement à l'égard de la société et la réaction de l'autorité publique qui, par une décision unilatérale et d'autorité, sanctionne un comportement nuisible pour l'ordre social. Le comportement de l'individu dépasse, ici, les relations individuelles et s'inscrit dans un comportement à l'égard de la société.

Il semble qu'il découle de ce qui précède qu'il faille classer les sanctions administratives parmi le contentieux des droits politiques, qualifiés encore de droits publics¹⁵⁷, définis, de manière étroite, comme le droit de participer directement ou indirectement à l'exercice du pouvoir, et, de manière plus extensive, celui de participer à ses charges, voire, de tous les droits individuels liés à l'intervention de l'administration.¹⁵⁸

La conséquence en est que, malgré la disposition générale de l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif en vertu de laquelle le tribunal administratif statue sur les recours dirigés contre les décisions administratives à l'égard desquelles aucun autre recours n'est admissible d'après les lois et règlements, la compétence des juridictions administratives en matière de sanctions administratives est d'attribution et qu'en cas de silence de la loi, le contentieux afférent relève des juridictions judiciaires, juges de droit commun en matière de contentieux portant sur les droits politiques.¹⁵⁹

Si la fonction répressive de l'administration «mal connue» et «mal reconnue»¹⁶⁰, constitue ainsi une anomalie donnant lieu à des difficultés de définition et de compétence juridictionnelle, le droit, qui a horreur du vide, dit-on, a, d'une certaine manière, domestiqué les sanctions administratives en les faisant rentrer, par toute une série de mécanismes qu'il s'agira d'examiner, dans le giron de la normalité.

B. ... largement rattrapée par la normalité

Si l'usage des sanctions administratives s'est tellement banalisé que celles-ci sont, quoi qu'on puisse en dire en théorie, aujourd'hui largement considérées comme normales, ceci est probablement dû à la circonstance que ces sanctions ne bénéficient pas, concrètement, d'un régime tellement exorbitant du droit commun des sanctions. Et en effet, les sanctions administratives, instrument répressif à la disposition de l'administration, ont été largement rattrapées par les exigences de garanties, essentiellement procédurales, similaires à celles dont bénéficient les personnes poursuivies pénalement.

Ces garanties procèdent tant de dispositions de droit national (1) que de droit international (2).

¹⁵⁷ P. CHARLIER, La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge, J.T. 1980, p. 145

¹⁵⁸ C. GOOSSENS, Droits civils et politiques, constantes et variantes dans la jurisprudence; nature du droit en cas de lésion d'un droit politique, note sous Cass. b. 16 décembre 1965, R.C.J.B. 1969, p. 312

¹⁵⁹ L'éparpillement du contentieux administratif *lato sensu*, c'est-à-dire incluant à la fois le contentieux administratif objectif et les contestations portant sur des droits subjectifs conférés ou refusés par l'administration à des individus, est bien entendu déplorable, non seulement en ce que la distinction entre les deux catégories est difficile à faire, mais également en ce que l'on voit mal, dès lors que des juridictions administratives spécialisées ont été créées par la Constitution, pourquoi une partie des litiges ayant une nature manifestement administrative échappe à ces juridictions. Voici encore un chantier pour une révision constitutionnelle...

¹⁶⁰ Th. BOMBOIS et D. DÉOM, *op. cit.*, n° 147, p. 141

1. Les garanties découlant du droit national. Tant la Cour constitutionnelle que les juridictions administratives ont puisé, dans des règles du droit national, un certain nombre de règles et principes de nature à encadrer les sanctions administratives par certaines garanties au profit de ceux qui les subissent.

a. La légalité de l'infraction

Le ton a été donné par la Cour constitutionnelle. Dans plusieurs arrêts¹⁶¹, elle a affirmé qu'en droit disciplinaire, la légalité des peines inscrite dans l'article 14 de la Constitution suit les principes généraux du droit pénal et elle a formulé l'exigence que le droit disciplinaire observe les mêmes exigences constitutionnelles de base.

Sans énumérer ces principes généraux, elle a, sous la qualification de cette notion, contrôlé la constitutionnalité des dispositions légales soumises à son contrôle au vu de la spécification de l'incrimination, d'une part, et du principe de la rétroactivité de la loi la plus douce, d'autre part.

Concernant l'obligation de spécification, elle a souligné, à propos de l'incrimination d'une sanction disciplinaire, *"la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables."*¹⁶²

Mais, justement à propos du droit disciplinaire, elle a énoncé une importante réserve en admettant que *"le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites et dans l'établissement des peines à encourir une marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine n'en soit affecté, si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite à sanctionner et la sévérité de la peine à appliquer"*¹⁶³, et que *"les infractions soient définies par référence aux obligations légales et réglementaires auxquelles est soumise une personne en raison des fonctions qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève."*¹⁶⁴

b. La non-rétroactivité

La Cour constitutionnelle a encore inféré du principe de la légalité de la peine la considération que *"pour être prononcée une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité, et au jour de la commission du fait et à celui de la décision qui l'inflige"*, par une espèce de raccourci, que le principe énoncé à l'article 14 *"implique celui de la rétroactivité de la peine la plus douce"*, en l'espèce la rétroactivité *in mitius*.¹⁶⁵

Cette règle n'est simple qu'en apparence. Il a en effet été montré que si l'on peut déterminer avec facilité laquelle est la loi la plus favorable lorsque le taux maximum d'une amende est abaissé,

¹⁶¹ 22 mars 2002 et 30 janvier 2004, précités

¹⁶² Cour const. 22 mars 2002, précité; 3 décembre 2004, n° 24/04, Mém. 2004, A, p. 2962 et s.

¹⁶³ Cour const. 3 décembre 2004, précité; cf. dans le même sens, CEDH 6 octobre 2011, *SOROS / FRANCE*, n° 50425/06

¹⁶⁴ Cour const. 14 décembre 2007, nos. 41/07 et 42/07 (2 arrêts), Mém. 2008, A, p. 2 et s.; cf., dans le même sens, CEDH 6 octobre 2011, précité

¹⁶⁵ Cour const. 22 mars 2002, précité. La jurisprudence de la CEDH abonde dans le même sens, v. arrêt *SCOPPOLA / ITALIE* (n°2) du 17 septembre 2009, n° 10249/03. – Cf. un jugement du tribunal administratif du 25 septembre 2006, n° 21320 du rôle, qui est en contradiction totale avec les enseignements de la Cour constitutionnelle en la matière. Le jugement affirme en effet que la sanction du retrait du permis de conduire suite à la perte de tous les points constitue non pas une sanction pénale, mais une sanction administrative et qu'elle ne doit ainsi *"pas satisfaire aux exigences qui régissent la répression pénale elle-même, à savoir les principes de la non-rétroactivité de la loi pénale et de la légalité des délits et des peines."*

cela n'est plus aisé du tout lorsque les peines sont de nature différente.¹⁶⁶ L'échelle de la gravité a été établie par la jurisprudence en matière pénale, mais pas en matière de sanctions administratives. Si la perte du bénéfice d'un certain avantage, à titre de sanction, est remplacée par une amende, laquelle est, en effet, la sanction la plus douce ?

c. L'égalité devant la loi

Encore que l'égalité devant la loi inscrite à l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, ait été, jusqu'ici, la disposition constitutionnelle ayant donné lieu au plus grand nombre d'arrêts de la Cour constitutionnelle, celle-ci n'a pas été saisie, jusqu'à présent, d'une question de conformité à l'exigence d'égalité entre un comportement puni par une peine pénale et un comportement similaire comminé par une sanction administrative.

L'on ne saurait certainement pas, arbitrairement, sanctionner des comportements essentiellement similaires, de manière distributive, par des sanctions pénales en ce qui concerne les uns, et administratives en ce qui concerne les autres. Le danger a été mis en évidence à propos du projet de loi tendant à largement dépénaliser les infractions en matière financière: *"Il faut de même éviter une justice à deux vitesses et une politique à deux vitesses où il y aura d'un côté la répression plus sévère des délinquants ordinaires, de droit commun, et d'un autre côté une répression aménagée pour les délinquants en col blanc."*¹⁶⁷

Si la Cour était saisie d'une telle question, il est à présumer qu'elle soumettrait la différence de traitement au test habituel de la comparabilité des deux situations envisagées au regard de la mesure envisagée et, dans l'affirmative, au test de l'objectivité de la disparité et de sa justification rationnelle, adéquate et proportionnée à son but.¹⁶⁸

Mais ce n'est peut-être pas un hasard si la Cour constitutionnelle n'a pas encore été saisie d'une question de ce genre. Le contentieux de base afférent est en effet assez difficile à imaginer. Les garanties pour le justiciable en matière de sanctions administratives étant égales à celles dont il bénéficie en matière pénale (*v. infra*), et les sanctions pénales étant normalement plus graves que les sanctions administratives, on voit mal celui qui se voit infliger une sanction administrative, se plaindre de la violation de l'égalité devant la loi et réclamer l'application d'une sanction pénale (à moins qu'il ne spéculé sur la déclaration d'inapplicabilité de la sanction administrative et l'absence, en rechange, de sanction pénale, ce qui entraînerait, jusqu'à une intervention ultérieure du législateur, qui ne lui serait pas applicable, qu'il ne soit pas puni du tout). En toute hypothèse, celui qui se voit comminé d'une sanction pénale ne saurait se plaindre de ce que des comportements comparables ne sont punis que de sanctions administratives, étant donné qu'en cas de violation de l'égalité par deux dispositions comparables, dont l'une relève du droit commun et l'autre constitue une exception à celui-ci, la Cour constitutionnelle ne déclare contraire à la Constitution que la disposition exceptionnelle.¹⁶⁹

d. L'applicabilité de la procédure administrative non contentieuse.

Les juridictions administratives ont déclaré applicables aux sanctions administratives, en de multiples circonstances, les règles découlant des loi et règlement grand-ducal relatifs à la

¹⁶⁶ D. RENDERS, M. JOSSART, G. PIJCKE et F. PIRET, Le régime juridique de la sanction administrative, *in* Les sanctions administratives, sous la direction de R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS, Bruylant 2007, n° 32, p. 189

¹⁶⁷ Avis du procureur général d'Etat au sujet de sur l'avant-projet de loi précité

¹⁶⁸ V., à titre d'exemple, Cour const. 3 juin 2011, n° 66/11, Mém. 2011, A, p. 1866 et s. – En Belgique, la démarche de la Cour constitutionnelle est similaire, *v. D. RENDERS, M. JOSSART, G. PIJCKE et F. PIRET, op. cit.*, n° 18, p. 176

¹⁶⁹ V. Cour const. 22 mai 2009, n° 49/09, Mém. 2009, A, p. 1748 et s.

procédure administrative non contentieuse.¹⁷⁰ Il s'agit d'un corps de règles très protectrices de l'administré dans ses relations avec toute administration étatique ou communale.¹⁷¹

L'applicabilité de cette réglementation a entraîné différentes conséquences:

- l'auteur de la sanction est obligé de communiquer à l'administré, avant de prendre de sa propre initiative une décision défavorable à son égard, les éléments de droit et de fait qui l'amènent à agir.¹⁷² L'administré peut faire valoir son point de vue préalablement à la prise de décision et, hormis le cas d'urgence, un délai de huit jours au moins doit lui être consenti à cet effet. C'est de cette manière que le respect du principe *audi alteram partem* ou plus simplement, du contradictoire, est assuré;

- l'administré a droit à une mise à sa disposition intégrale du dossier administratif¹⁷³ en cours d'instruction et que la mise à disposition d'un certain nombre de pièces après l'achèvement de l'instruction viole les droits de la défense de celui-ci, ce qui doit entraîner l'annulation de la sanction administrative prise dans le cadre de la procédure ainsi viciée¹⁷⁴;

- l'administré a le droit de se faire assister par l'avocat de son choix à tout stade de la procédure engagée à son encontre¹⁷⁵;

- lorsque l'auteur de la sanction se base sur l'avis d'un organe collégial, l'avis doit obligatoirement exprimer le nombre de voix exprimées en faveur de l'avis¹⁷⁶;

- la disposition suivant laquelle toute décision administrative doit baser sur des motifs légaux et formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base notamment lorsqu'elle intervient sur recours gracieux, hiérarchique ou de tutelle¹⁷⁷, est applicable en matière de sanctions administratives.¹⁷⁸ En d'autres mots, la décision infligeant une sanction doit être motivée.

Il est vrai que les juridictions civiles, qui sont compétentes pour connaître des recours dirigés contre certaines sanctions infligées par l'administration, estiment que les règles protectrices de la procédure administrative non contentieuse ne s'appliquent pas en ce qui concerne ces sanctions. C'est le cas des sanctions, parfois très lourdes, qui peuvent être infligées par l'administration de l'Enregistrement et des Domaines en matière de TVA, qui relève de la connaissance des juridictions civiles.¹⁷⁹

Mais les données de base sont différentes en matière civile où le juge est, naturellement, saisi de l'intégralité du litige et peut substituer son appréciation à celle de l'auteur de la sanction et modifier la sanction en conséquence.

¹⁷⁰ Loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes

¹⁷¹ sauf en matière de contributions directes, art. 5 de la loi du 1^{er} décembre 1978. Mais la loi générale des impôts (dite *Abgabenordnung*) prévoit elle-même une procédure précontentieuse qui comporte de larges garanties pour le contribuable.

¹⁷² Art. 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979

¹⁷³ et il a droit à en obtenir des copies à prix coûtant, trib. adm. 26 mai 1997, n° 9396 du rôle

¹⁷⁴ Trib. adm. 2 juin 1997, n° 9279 du rôle

¹⁷⁵ Art. 10 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979; v. trib. adm. 28 octobre 1998, nos. 10410 et 10411 du rôle

¹⁷⁶ Art. 4 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979. Les avis séparés éventuels doivent être annexés; v. trib. adm. 20 juin 2001, n° 12467 du rôle

¹⁷⁷ Article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979

¹⁷⁸ V., en matière de procédure disciplinaire des fonctionnaires communaux, trib. adm. 2 juin 1999, n° 10957 du rôle, confirmé par arrêt du 20 janvier 2000, n° 11374C du rôle; 8 mars 2000, n° 11386 du rôle, confirmé sur ce point par arrêt du 24 octobre 2000, n° 11948C du rôle

¹⁷⁹ V. Cour d'appel de Luxembourg 8 mai 2008, n° 31200 du rôle

Les contestations relatives à d'autres sanctions administratives relèvent encore des juridictions civiles, sinon exclusivement, du moins partiellement composées de magistrats judiciaires. Il en est ainsi des sanctions prononcées en matière de discipline des professions libérales qui sont toutes susceptibles d'un appel devant, soit une juridiction judiciaire ordinaire (en matière de notariat), soit devant une juridiction composée de magistrats professionnels et de membres de la profession concernée (en matière de discipline des médecins, un magistrat et deux assesseurs médecins; en matière de discipline des avocats, deux magistrats et un avocat). La composition de ces juridictions pose quelquefois problème, surtout si elles sont composées majoritairement de pairs de la personne à juger, risquant de ne pas avoir la «juste distance», ou plus prosaïquement, l'impartialité nécessaire.¹⁸⁰

2.- Les garanties découlant du droit international. Il est vrai que le Luxembourg a ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques fait à New York le 19 décembre 1966¹⁸¹, mais eu égard à l'applicabilité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, surtout, de l'approbation, par le Luxembourg, du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984¹⁸², cette Convention ainsi que le Protocole étant ci-après dénommés «la Convention», c'est celle-ci qui a donné lieu à la majeure partie, sinon à l'exclusivité de la jurisprudence luxembourgeoise en matière de droits des citoyens frappés de sanctions administratives.

a. Les garanties tirées du droit pénal

La Convention ne s'applique aux sanctions administratives que si celles-ci peuvent être qualifiées, conformément à l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention, de «*droits et obligations de caractère civil*»¹⁸³ ou comme relevant d'une accusation pénale, les caractères civil et pénal des matières envisagées répondant à des critères autonomes élaborés par la Cour européenne des droits de l'homme.

Les juridictions administratives ont repris les critères utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme pour délimiter le domaine du pénal, consistant à se demander si le texte définissant la sanction disciplinaire incriminé appartient, d'après la technique juridique nationale, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois, la nature même de l'infraction¹⁸⁴ et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé, les sanctions avec privation de liberté pouvant indiquer qu'une «accusation pénale» est en jeu, pour dénier à la sanction de l'exclusion temporaire des cours d'un élève le caractère pénal.¹⁸⁵

b. Le droit de ne pas s'auto-incriminer

Le tribunal administratif a par ailleurs affirmé, en se référant non pas à la Convention, mais au Traité de l'Union européenne, le droit de ne pas s'auto-incriminer en matière de la sanction

¹⁸⁰ Initialement, le conseil disciplinaire et administratif d'appel des barreaux était composé de deux magistrats et de trois avocats. Dans son arrêt *WILSON* du 19 décembre 2006, rendu en grande chambre (n° C-506/04), la Cour de justice des Communautés européennes a estimé qu'une telle juridiction, composée en majorité de pairs, n'offre pas assez de gages d'impartialité (n° 58) et que le pourvoi en cassation dont une décision de cet organe peut être frappée ne saurait pallier à cette insuffisance, étant donné que la Cour de cassation voit sa compétence limitée aux questions de droit, si bien qu'elle ne dispose pas de la plénitude de juridiction.

¹⁸¹ par une loi du 3 juin 1983

¹⁸² approuvé par une loi du 27 février 1989

¹⁸³ En ce qui concerne la qualification de matière civile, v. *supra*, sub I B

¹⁸⁴ Les critères afférents sont, d'une part, le caractère punitif et préventif de la mesure et non exclusivement ce dernier et, de l'autre, l'étendue de l'incrimination dans ce sens que si la norme impose une obligation au public en général, la sanction dont elle est assortie relève du droit pénal, tandis que si elle n'est applicable qu'à un groupe déterminé ayant un statut particulier, elle n'en relève pas forcément, v. Th. BOMBOIS et D. DÉOM, *op. cit.*, nos. 101 et s., p. 109 et s.

¹⁸⁵ Trib. adm. 27 juin 2005, n° 19137 du rôle, confirmé par arrêt du 15 décembre 2005, 20236C du rôle

d'agissements anticoncurrentiels et de procédures d'enquête engagées par l'Inspection de la concurrence.¹⁸⁶

c. Le délai raisonnable

L'exigence du délai raisonnable de l'article 6 de la Convention s'applique également en matière disciplinaire, dans les phases tant précontentieuse que contentieuse, et en cas de dépassement de ce délai, cela doit se répercuter sur la gravité de la sanction à prononcer.¹⁸⁷

d. La règle «non bis in idem»

La règle «non bis in idem», c'est-à-dire du droit de ne pas être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il y a déjà eu acquittement ou condamnation par un jugement définitif, est formulée à l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention.

Les juridictions administratives ont éprouvé de réelles difficultés, à propos de certaines sanctions, à trouver leur voie.

Concernant l'applicabilité concrète de l'interdiction de punir une personne deux fois pour les mêmes faits, on sait que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est peu claire, voire fluctuante, en la matière. La règle «non bis in idem» se décline en plusieurs éléments: l'interdiction ne joue que si les poursuites distinctes s'exercent à propos de la même infraction. La jurisprudence de la Cour n'est pas uniforme quant à la question de savoir si l'accent doit être mis sur le même comportement, peu importe les différentes qualifications, ou si deux incriminations différentes du même fait – un cas de concours idéal d'infractions – rendent deux sanctions admissibles, avec la restriction importante que l'interdiction joue si les deux infractions présentent, en réalité, les mêmes éléments essentiels. Concernant les poursuites et punitions successives dans ce sens qu'une fois qu'un individu a été acquitté ou condamné définitivement par une juridiction, il ne devrait plus pouvoir, ultérieurement, être poursuivi ou puni pour les mêmes faits, la Cour de Strasbourg a encore conclu à l'absence de violation de l'article 4 du Protocole n° 7 dans le cas d'un automobiliste qui, postérieurement à sa condamnation pénale définitive pour conduite en état d'ivresse et sans permis de conduire, s'était vu infliger une suspension administrative, qualifiée de mesure pénale par la Cour, de son permis de conduire qu'il avait obtenu depuis...¹⁸⁸

Certaines décisions nient simplement le caractère de sanction de certaines décisions administratives faisant grief, enlevant ainsi à la règle tout caractère prohibitif puisqu'ainsi, il n'y a pas deux sanctions.

C'est ainsi que la mesure d'interdiction d'entrée et de séjour sur le territoire prise après la condamnation d'un étranger à une peine d'emprisonnement est, selon le tribunal administratif, celle "*d'écarter du territoire, sinon d'empêcher l'entrée, des personnes susceptibles de troubler la sécurité, la tranquillité et l'ordre publics. La finalité primordiale d'une telle mesure est ainsi celle de protéger pour le futur la sécurité, la tranquillité et l'ordre publics contre des personnes représentant un risque à leur égard et non celle de sanctionner les personnes concernées pour des faits passés: les mesures administratives relatives au contentieux de l'expulsion, de la reconduite à la frontière ou du séjour ne constituent dès lors pas une double peine dans la mesure où elles n'ont pas le caractère d'une sanction pénale mais constituent des mesures de police exclusivement*

¹⁸⁶ Trib. adm. 15 novembre 2007, n° 22405 du rôle, confirmé par arrêt du 20 mars 2008, n° 23772C du rôle

¹⁸⁷ Cour adm. 17 février 2009, n° 25839C du rôle

¹⁸⁸ Sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, v. S. VAN DROOGHENBROECK, Entre bénévolence et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives ?, in Les sanctions administratives, sous la direction de R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS, Bruylant 2007, nos. 20 et s., p. 276 et s.

destinées à protéger l'ordre et la sécurité publics. Une telle mesure ne tombe par conséquent pas dans la notion de matière pénale au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de son protocole additionnel n° 7."¹⁸⁹

Il a pareillement été affirmé que la suspension d'un fonctionnaire frappé d'une instruction disciplinaire ne constitue pas une sanction, avec la conséquence bien connue qu'alors, les règles protectrices de l'article 6 de la Convention ne sont pas applicables.¹⁹⁰

Quelquefois, tout en reconnaissant qu'il s'agit de deux sanctions, les tribunaux dénie à l'une d'entre elles le caractère pénal. C'est ainsi qu'en ce qui concerne le refus ou le retrait de l'autorisation administrative d'exercer un commerce pour défaut d'honorabilité suite à une condamnation pénale, il a été estimé que *"le critère d'honorabilité professionnelle servant à la fois à garantir la sécurité de la profession et la protection des cocontractants futurs, il ne saurait revêtir la qualité de seconde sanction d'ordre pénal, le ministre étant par ailleurs appelé à prendre sa décision sur un examen complet de la situation administrative telle qu'elle existe au moment où il statue, situation dont les antécédents judiciaires constituent une des composantes."*¹⁹¹ – C'est certainement de manière plus contestable que la jurisprudence administrative mène le même raisonnement à propos des sanctions disciplinaires: *"L'autonomie du droit disciplinaire et les caractères propres à la faute disciplinaire font que celle-ci est déterminée selon des critères qui sont différents de ceux qui permettent de définir l'infraction pénale. Cette indépendance se manifeste notamment du point de vue qu'un même fait peut s'analyser à la fois en une faute pénale et en une faute disciplinaire, entraînant les deux formes de poursuite, ce qui revient à dire que la règle «non bis in idem» ne s'applique pas dans les rapports du droit pénal et du droit disciplinaire. En effet, le but de ces deux procédures est distinct, puisque, d'une part, dans la répression pénale, l'intérêt de la société est en jeu, alors que, d'autre part, dans la répression disciplinaire, seul l'intérêt de la fonction publique est à considérer."*¹⁹²

C'est par leur nature différente que certaines décisions ont retenu que l'astreinte, d'une part, et l'amende, d'autre part, qui frappent cumulativement l'auteur d'une infraction, ne violent pas la règle «non bis in idem», encore que l'une et l'autre répondent au critère de sanction. En effet, selon le tribunal administratif, *"si l'astreinte revêt accessoirement le caractère d'une sanction administrative, le but principal d'une telle mesure n'est cependant pas répressif, mais coercitif, l'astreinte étant destinée à assurer le respect par un administré d'obligations légales, de sorte que la condamnation de la demanderesse à une astreinte n'est pas considérer comme constituant un cumul avec sa condamnation à une amende, qui vise à sanctionner les atteintes portées à la réglementation dont le Conseil de la concurrence est chargé d'assurer la bonne application."*¹⁹³

La jurisprudence judiciaire a également eu à connaître de la problématique de la règle «non bis in idem» au cas où la sanction disciplinaire précède la sanction pénale et elle décide, en général, qu'étant donné les finalités différentes de l'une et de l'autre, l'interdiction ne s'applique pas. C'est ainsi que la Cour d'appel de Luxembourg a estimé, d'une manière générale, que, pour qu'un cumul de sanctions pénales et de mesures disciplinaires contrevienne au principe «non bis in idem», il faut que la mesure d'ores et déjà infligée au prévenu prenne les allures d'une véritable sanction au même titre que la sanction pénale proprement dite et qu'à cet égard, il y a lieu d'examiner si la loi prévoyant les mesures disciplinaires concerne sans distinction toute la

¹⁸⁹ Trib. adm. 18 février 2004, n° 16938 du rôle; 18 octobre 2004, n° 18246 du rôle

¹⁹⁰ Trib. adm. 12 juillet 1999, n° 11122 du rôle, confirmé par arrêt du 21 décembre 1999, n° 11460C du rôle; 29 juin 2005, n° 19199 du rôle, confirmé par arrêt du 19 janvier 2006, n° 20097C du rôle; 6 juin 2007, n° 22179 du rôle; 13 juin 2007, n° 21933 du rôle; 5 janvier 2009, n° 24595 du rôle

¹⁹¹ Trib. adm. 18 juin 2001; 20 septembre 2006; 22 août 2007, précités

¹⁹² Trib. adm. 11 juin 2001, n° 12473 du rôle, confirmé par arrêt du 11 décembre 2001, n° 13705C du rôle; 4 octobre 2006, n° 21217 du rôle. V. encore Trib. adm. 22 août 2007, n° 22150 du rôle, confirmé par arrêt du 20 mars 2008, n° 23482C du rôle

¹⁹³ Trib. adm. 30 avril 2008, nos. 22862, 22958 et 23252 du rôle, confirmé sur ce point par arrêt du 13 novembre 2008, n° 24433C du rôle

population, ou uniquement un groupe déterminé doté d'un statut particulier, si elle prescrit un comportement déterminé et prévoit une sanction en vue de son respect, si elle se fonde sur une norme à caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif.¹⁹⁴

Par application de ce principe, elle a retenu que seule la poursuite pénale diligentée contre un prévenu membre de la police grand-ducale a pour objet de sanctionner l'atteinte portée par le prévenu à l'ordre public du chef des faits qui lui sont reprochés, la mesure disciplinaire prise sur base de la législation applicable à la discipline dans la force publique ayant uniquement pour objet de porter réparation de l'atteinte à l'image ou à la renommée du corps de la police, causée par l'attitude du prévenu.¹⁹⁵ Elle a encore estimé qu'une sanction disciplinaire qui a pour objet d'assurer la police intérieure du centre pénitentiaire n'empêche pas le prononcé d'une sanction pénale qui tend à la répression de l'atteinte à l'ordre public résultant d'un délit contre les personnes.¹⁹⁶

C'est à propos du permis de conduire à points que la jurisprudence a éprouvé les plus grosses difficultés à trouver sa voie par rapport aux exigences de la règle «*non bis in idem*». Selon le système luxembourgeois, une série de contraventions et de délits – qu'ils soient sanctionnés par des avertissements taxés¹⁹⁷ ou des décisions des juridictions pénales – entraînent par ailleurs un retrait d'un certain nombre de points dont est doté chaque permis de conduire. En cas de perte de la totalité des points, le conducteur se voit retirer son permis pour une durée de 12 mois. Encore que le retrait du permis constitue une conséquence légale automatique¹⁹⁸ de la perte totale du capital de points, la décision de retrait est matérialisée par une décision administrative. La jurisprudence administrative retient qu'en la matière, pas plus que l'administration, elle ne dispose pas de pouvoir d'appréciation et ne saurait contrôler la proportionnalité de la mesure.¹⁹⁹ Mais le caractère pénal de la mesure administrative a été clairement admis.²⁰⁰

La prohibition de punir une personne deux fois pour la même infraction a fait l'objet d'un raisonnement mettant en exergue, d'une part, les finalités différentes des sanctions pénale et administrative, et, d'autre part, de la matérialité différente des comportements incriminés, la sanction pénale intervenant pour des faits isolés, tandis que la sanction du retrait par la perte du capital de points vise une pluralité de faits commis sur une certaine période, un comportement

¹⁹⁴ Cour d'appel de Luxembourg 3 mai 2011, n° 227/11 V

¹⁹⁵ Cour d'appel de Luxembourg 3 mai 2011, précité

¹⁹⁶ Cour d'appel de Luxembourg 13 juillet 2010, n° 335/10 V

¹⁹⁷ considérés, par la jurisprudence administrative, comme relevant entièrement du droit pénal et échappant comme tels à la compétence du juge administratif, trib. adm. 28 mars 2007, nos. 21962 et 21963 du rôle

¹⁹⁸ C'est précisément cette automaticité de la perte des points, combinée au fait que le titulaire du permis n'est pas informé, dans le cadre d'un procès pénal, de ce retrait, qui a été considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme contraire aux exigences de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention. La Cour a notamment retenu que *"le simple fait que la législation prévoit le retrait de points, ne saurait, en l'absence d'un renvoi à cette législation au moment où le requérant disposait encore de la faculté de contester les faits qui lui étaient reprochés, être considéré comme portant suffisamment à la connaissance l'étendue des sanctions qu'il encourait."* Constatant que le titulaire du permis n'avait pas été informé du risque de perdre des points dans le cadre de la procédure pénale (cette absence d'information ne se retrouve pas dans tous les cas de figure: ainsi, en cas d'avertissement taxé, le conducteur est informé, avant de payer l'avertissement, de la perte des points) et, surtout, avant que le jugement pénal ne fût rendu, ceci devant la toile de fond de l'automaticité du retrait de points, la Cour estima que l'information tardive, au stade administratif seulement, n'avait *"pas mis le requérant dans une situation lui permettant de préparer utilement et en connaissance de tous les éléments, et plus particulièrement de l'intégralité de la sanction encourue, sa défense contre l'infraction qui lui était reprochée."* La Cour a ainsi désapprouvé la juridiction nationale, en l'occurrence la Cour administrative qui, dans un arrêt du 6 mars 2008 (n° 22022C du rôle), avait estimé que le Code d'instruction criminelle organise un système protecteur des droits du prévenu qui est au préalable informé des faits qui lui sont reprochés et qui peut les contester devant un juge – avec possibilité d'appel – avant qu'une condamnation soit le cas échéant prononcée à son égard avec comme suite automatique, ainsi que la loi le commine, tant des sanctions principales que la sanction supplémentaire, c'est-à-dire la perte des points du permis de conduire (CEDH 6 octobre 2011, *WAGNER c/ LUXEMBOURG*, req. 43490/08). Mais il est également à noter que la Cour n'a pas condamné le système de la sanction administrative qui s'ajoute à la sanction pénale.

¹⁹⁹ Trib. adm. 29 janvier 2007, n° 21828 du rôle, confirmé par arrêt du 3 juillet 2007, n° 22672C du rôle; 12 février 2007, n° 21678 du rôle; 3 décembre 2007, nos. 22679 et 22923 du rôle; 3 décembre 2008, n° 24573 du rôle; 19 mai 2009, n° 24841 du rôle

²⁰⁰ Trib. adm. 24 juin 2004, n° 17342 du rôle, confirmé par arrêt du 26 octobre 2004, n° 18266C du rôle; 3 avril 2006, n° 20531 du rôle; 25 septembre 2006, n° 21320 du rôle

«global»: *"Les sanctions prononcées d'une part par le tribunal correctionnel et celle découlant du retrait du capital de points dont est doté le permis de conduire sanctionnent en réalité deux comportements différents: le premier sanctionne un comportement, grave il est vrai, mais unique, et le second traite, non seulement d'un point de vue répressif, mais également dans le but de protéger les autres usagers de la route, un comportement habituel, se caractérisant par une accumulation, pendant un certain délai, d'infractions au code de la route dont la fréquence dénote dans son ensemble une inaptitude du conducteur de circuler sur les voies publiques sans constituer pour lui-même et les autres usagers de la route un danger. Le dispositif du permis à points se veut ainsi pédagogique et préventif et tend à responsabiliser les conducteurs en jouant sur deux volets, celui de la dissuasion et celui de la réhabilitation."*²⁰¹

Il se pose la question de savoir si un tel raisonnement serait transposable au retrait administratif d'un permis après une condamnation pénale unique. Mais là encore, il semble qu'on puisse se référer aux finalités différentes des deux sanctions, l'une étant répressive et l'autre préventive.

e. L'étendue du contrôle juridictionnel

Un problème très épineux est celui de l'étendue du contrôle que le juge est autorisé à exercer, en la matière, sur la décision administrative. Son contrôle se limite-t-il, selon la formule classique utilisée en matière de recours en annulation, à vérifier le caractère légal et réel des motifs invoqués à l'appui de l'acte administratif attaqué, la mission du juge de la légalité excluant le contrôle des considérations d'opportunité à la base de l'acte administratif attaqué, le juge ne pouvant que vérifier, d'après les pièces et éléments du dossier administratif, si les faits sur lesquels s'est fondée l'administration sont matériellement établis à l'exclusion de tout doute, étant encore précisé que d'autres décisions ajoutent que la vérification des faits matériels inclut le contrôle de la proportion entre la situation de fait telle qu'elle se présente et la décision prise?²⁰² Il est par ailleurs vrai, que dans le recours en annulation, le juge sanctionne traditionnellement l'erreur manifeste d'appréciation. La justice administrative luxembourgeoise fonctionnant désormais à deux degrés, il a semblé que le concept d'«erreur manifeste d'appréciation» est particulièrement mal approprié lorsque la Cour est amenée à réformer un jugement ayant rejeté un recours en annulation dirigé contre une décision administrative. Lorsque tant l'administration que les premiers juges ont opté pour une certaine solution, est-il encore adéquat de réformer le jugement dont appel en se référant à une telle erreur manifeste ? La Cour utilise désormais la formule de *"l'erreur d'appréciation se résolvant en dépassement de la marge d'appréciation de l'auteur de la décision querellée"*.²⁰³

Il est vrai que même arrivée à ce stade, la jurisprudence reconnaît à l'administration une marge d'appréciation dans ce sens que lorsque l'administration reste à l'intérieur de cette marge, sa décision ne sera pas annulée alors même que si le juge était appelé à refaire la décision, il aurait choisi une autre solution.

²⁰¹ Trib. adm. 16 juin 2005, n° 19036 du rôle, confirmé par arrêt du 24 novembre 2005, n° 20142C du rôle. La même solution a été adoptée, par une motivation légèrement différente par le même tribunal dans des jugements du 13 décembre 2004, n° 18277 du rôle, et 29 janvier 2007, n° 21828 du rôle, confirmé par arrêt du 3 juillet 2007, n° 22672C du rôle

²⁰² V. Cour adm. 3 février 2004, n° 17124C du rôle; 16 octobre 2008, n° 24414C du rôle. – Cette formule est l'aboutissement d'une longue évolution. En 1996, P. PESCATORE écrivait encore que *"l'expérience nous dit que (le) contentieux de l'annulation (...) se décide en droit, non en fait. Les juges sont là pour contrôler la légalité des décisions administratives, ils ne sont pas là pour refaire l'instruction, moins encore, pour décider de l'opportunité à la place de l'administration"* (Luxemburger Wort 3 janvier 1996, Tribune libre)

²⁰³ Cour adm. 9 novembre 2010, n° 26886C du rôle. – Il faut mesurer le chemin parcouru par la jurisprudence en la matière. Par un arrêt du 14 décembre 1989, n° 8181 du rôle, le comité du contentieux du Conseil d'Etat avait encore estimé que *"le moyen invoqué de la disproportionnalité de la peine du retrait du permis de conduire par rapport aux faits reprochés au requérant est étranger aux causes d'annulation."*

Mais il faut concéder que les recours en annulation, d'une part, et en réformation, d'autre part, ont tendance à se rapprocher singulièrement, en tout cas en ce qui concerne la démarche à laquelle se livre le juge.

Devant ce constat, on peut souscrire, semble-t-il, à l'affirmation qu'on voit mal, *"un tribunal annuler à répétition la décision administrative de fixation d'une peine jusqu'au jour où l'autorité de renvoi aura, sinon par hasard, du moins par tâtonnements successifs, deviné l'exacte mesure de la peine telle qu'elle s'impose aux yeux du tribunal. Et il serait pareillement surréaliste que le tribunal, au lieu de fixer lui-même la peine – en réformant – renvoie – après annulation – l'affaire devant l'autorité originaires en enjoignant à celle-ci de fixer la peine à tel ou tel niveau déterminé. – C'est dire qu'on se trouve, ici, dans un domaine où le simple pouvoir d'annuler ne répond pas, de manière adéquate et efficace, à l'exigence d'un contrôle au fond."*²⁰⁴

Car même si un contrôle de légalité incluant celui de la proportionnalité va déjà assez loin, on peut douter qu'il réponde à l'exigence de l'article 6 de la Convention qu'un tribunal vérifie le bien-fondé de l'accusation, combiné à l'article 13 qui exige un recours effectif.²⁰⁵ Sans se formaliser sur les notions de recours en annulation ou recours de pleine juridiction, les auteurs réclament cependant un «contrôle complet», en droit et en fait.²⁰⁶

Au Luxembourg, dans les matières sensibles qui s'apparentent, de manière évidente, au droit pénal et dans lesquelles l'administration jouit d'un large pouvoir d'appréciation, à savoir, avant tout, en matière disciplinaire, les lois applicables prévoient toutes un recours en réformation (la loi parle de «recours au fond»²⁰⁷) qui permet au juge de se livrer à une propre appréciation, sans limites, de la légalité de la décision, ainsi que de l'opportunité de la mesure prise, y compris en ce qui concerne le quantum de la sanction infligée et de substituer sa propre décision à celle de l'administration.

C'est ainsi qu'en matière de discipline dans la fonction publique, le juge administratif, saisi d'un recours contre une décision de la commission de discipline prononçant une sanction disciplinaire, peut y substituer une peine inférieure – mais pas supérieure (respectivement art. 79, alinéa 2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et 93 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux). Les réformations de décisions administratives avec application de peines plus douces sont très fréquentes. – En matière de sanctions prononcées par le Commissariat aux assurances, la loi prévoit expressément un recours au fond devant le tribunal administratif (article 110 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances). – Pareillement, en matière de fiscalité directe, qui relève de la compétence des juridictions administratives, les juridictions se voient législativement habilitées de réformer les décisions de l'administration infligeant des sanctions pécuniaires.

²⁰⁴ M. ELVINGER, Le contentieux de l'annulation des actes administratifs individuels face à l'exigence du contrôle de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bulletin des droits de l'homme n° 5, Luxembourg 1996, p. 108

²⁰⁵ A la différence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui ne reconnaît en son article 13 un droit de recours effectif que pour faire respecter les droits garantis par ailleurs par la Convention, la Cour constitutionnelle a, dans une affaire très politique, le chef d'état major ayant été déplacé contre son gré non pas par une décision administrative qu'il aurait pu attaquer en justice, mais par une loi spécifique, affirmé l'existence autonome du droit à un recours juridictionnel effectif contre une décision administrative faisant grief (Cour const. 1^{er} octobre 2010, n° 57/10, Mém. 2010, A, p. 3004 et s.).

²⁰⁶ D. RENDERS *et alii*, *op. cit.*, n° 85, p. 239. – L'affirmation par certains auteurs, que le contrôle complet ne doit pas nécessairement être exercé par le juge, mais peut l'être, en amont, au cours de la phase administrative (v. M. LEROY, Contentieux administratif, 3^e éd., Bruylant 2004, p. 105), s'accommode mal avec l'exigence que l'étendue du contrôle du juge ne soit pas plus étroite que le pouvoir d'appréciation de l'administration (D. RENDERS *et alii*, *op. cit.*, n° 81, p. 236).

²⁰⁷ Sur les différentes conceptions de la notion de recours «de pleine juridiction», v. D. RENDERS *et alii*, *op. cit.*, n° 77, p. 232

Mais en droit administratif également, dans certaines matières, le juge se voit privé du droit de refaire la décision de l'administration. Il en est ainsi en matière de retrait administratif du permis de conduire et des amendes que la Commission de surveillance du secteur financier peut prononcer contre des établissements financiers qui ne se conforment pas à certaines exigences.

Il lui reste, dans ces matières, au terme de la jurisprudence actuelle, d'examiner la décision prise en fait et en droit, et il va annuler la décision portant application de la sanction administrative non pas lorsque l'administration aura pris une décision qu'il n'aurait pas prise lui-même, mais lorsque celle-ci aura dépassé la marge d'appréciation lui concédée ... par le juge. En toute hypothèse, les juridictions administratives n'ont pas de scrupules pour se livrer à un examen poussé du respect du caractère de proportionnalité de la sanction infligée.²⁰⁸ – Le problème reste entier dans des matières où l'administration et, à la suite, le juge ne se voient accorder aucun pouvoir d'apprécier la gravité de la sanction, comme c'est le cas en matière du permis à points où la perte de la totalité des points entraîne automatiquement la suspension du permis pour une durée d'un an.

f. Le sort de la présomption d'innocence

Un autre élément distingue très fortement le régime des sanctions administratives de celui des sanctions relevant du droit pénal. En droit pénal, la présomption d'innocence est essentielle et une condamnation n'est mise à exécution que lorsque le jugement qui l'a prononcée est coulé en force de chose jugée. Toute différente est la situation en droit administratif²⁰⁹ où le privilège du préalable dont jouit l'administration confère aux décisions administratives un caractère immédiatement exécutoire, alors même que l'administré exercerait un recours gracieux ou contentieux contre la décision qui lui fait grief.

Un tel système s'accommode mal avec l'exigence de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention, en vertu duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Une décision administrative annulée – rétroactivement ! – ou réformée, constate-t-elle «légalement» la culpabilité du destinataire de la sanction ?²¹⁰

Il reste à celui-ci l'instrument, imparfait, mais non dépourvu d'efficacité, de demander au juge le sursis à exécution de la décision administrative contre laquelle il introduit par ailleurs un recours au fond. Il l'obtiendra, aux termes de l'article 11, paragraphe 2, de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, à condition qu'il établisse que les moyens invoqués à l'appui du recours au fond soient sérieux et que la décision incriminée risque de lui causer un préjudice grave et définitif. Si le risque d'un préjudice grave et définitif peut être établi sans difficultés insurmontables dans le cas de sanctions autres que pécuniaires, l'établissement d'un tel préjudice est extrêmement difficile en matière de sanctions pécuniaires. La jurisprudence considère qu'un préjudice de nature essentiellement pécuniaire n'est pas, en soi, grave et difficilement réparable, étant donné qu'il peut être réparé à la suite d'une éventuelle décision judiciaire d'annulation par des restitutions ou des dommages et intérêts et qu'il ne saurait être dérogé à cette règle que si le demandeur peut établir qu'il risque de subir un préjudice matériel irréversible ou difficilement réparable.²¹¹ Cette jurisprudence assez sévère ne prend peut-être pas assez en compte le fait qu'en matière de sanctions administratives à caractère pénal, le caractère immédiatement exécutoire de la sanction constitue en dernière analyse une anomalie. Il faut cependant concéder que la Cour

²⁰⁸ Ainsi, la Cour administrative a déclaré applicables aux sanctions administratives le «principe général» suivant lequel les amendes doivent être proportionnées à la gravité et à la durée des faits commis (Cour adm. 13 novembre 2008, 3 arrêts, nos. 24433C, 24434C et 24455C du rôle)

²⁰⁹ Or, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît l'applicabilité de la présomption en matière de sanctions administratives (CEDH 25 août 1987, *LUTZ / ALLEMAGNE*, série A, 123)

²¹⁰ V. dans ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, n° 12, p. 267

²¹¹ Trib. adm. (prés.) 31 juillet 2002, n° 15190 du rôle; 10 septembre 2004, n° 18628 du rôle; 28 janvier 2005, n° 19213 du rôle; 23 mai 2006, n° 21404 du rôle; 26 juillet 2006, n° 21696 du rôle; 5 mars 2007, n° 22599 du rôle

européenne des droits de l'homme elle-même n'adopte pas, en la matière, une attitude pure et dure. Elle a, ainsi, considéré que l'exécution forcée d'une sanction fiscale prononcée par l'administration avant qu'elle ne soit devenue définitive, ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence, dès lors que l'intéressé peut obtenir par voie judiciaire le remboursement de tout montant versé.²¹²

g. Le double degré de juridiction

L'article 2, paragraphe 1^{er}, du Protocole n° 7 à la Convention, instaure le double degré de juridiction en matière d'infractions pénales.

Il n'existe *a priori* aucune justification d'exempter de cette exigence les sanctions administratives qui sont à considérer comme relevant du droit pénal par application des critères développés par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de l'article 6 de la Convention. On voit mal, en effet, pourquoi la notion d'infraction pénale aurait une signification différente dans l'une et l'autre disposition.²¹³

Au Luxembourg, depuis l'institution des juridictions administratives, la difficulté n'existe plus puisque les décisions administratives individuelles sont toutes susceptibles d'un recours devant le tribunal administratif et que tous les jugements de celui-ci peuvent être portés, en seconde instance, devant la Cour administrative qui ne siège pas comme juge de cassation, mais comme juge d'appel au fond (art. 6, paragraphe 2, de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif).

C'est d'ailleurs précisément le problème des sanctions administratives à caractère pénal qui a amené le législateur, obligé de réorganiser la justice administrative suite à l'arrêt *PROCOLA* du 28 septembre 1995²¹⁴, à prévoir un double degré de juridiction en matière de contentieux administratif.²¹⁵

CONCLUSION

Quel constat faire au terme de cette brève excursion ? Qu'il y a en la matière peu de lumière et beaucoup d'ombre: il est impossible de définir avec précision les sanctions administratives, leur domaines d'application et leur régime juridique sont essentiellement flous.

Mais elles existent, elles foisonnent même et le juge doit les affronter, leur assigner un domaine et leur appliquer un régime juridique. Il y parvient au prix de beaucoup d'improvisations et d'approximations.

Or, il n'y va, en la matière, de rien de moins que de droits fondamentaux des citoyens. Il est à parier que le plaideur qui prendrait le loisir de se plonger dans la problématique des sanctions administratives pourrait malmener quelques certitudes et sérieusement tempérer l'engouement du législateur pour cet instrument de répression «moderne».

²¹² Cour européenne des droits de l'homme 23 juillet 2002, *JANOSEVIC / SUÈDE*, n° 34619/97

²¹³ Sur les réserves de la doctrine belge quant à l'exigence d'un double degré de juridiction, v. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, nos. 35 et s., p. 288 et s.

²¹⁴ Série A, n° 326, requête 14570/89

²¹⁵ V. à ce sujet, de manière particulièrement claire, l'avis du Conseil d'Etat du 7 novembre 1995 relatif au projet de loi portant réforme du Conseil d'Etat, doc. parl. 3940-1, p. 9

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES AUX PAYS-BAS - Contribution du Conseil d'Etat des Pays-Bas

Monsieur P.J.J. van BUUREN, Président de chambre – Afdeling « Bestuursrechtspraak » du Conseil d'Etat des Pays-Bas

Le droit néerlandais connaît différentes sanctions administratives, dénommées habituellement « bestuursrechtelijke sancties » ou, plus simplement : « bestuurlijke sancties », la notion d'« administratieve sancties » n'étant en fait plus utilisée.

Plusieurs lois néerlandaises renferment des dispositions générales applicables à ces sanctions. Il convient tout d'abord de mentionner la loi générale sur le droit administratif (Algemene wet bestuursrecht, ci-après : Awb), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Cette loi n'a cessé de se développer au fil du temps ; si en 1994, elle ne comportait que deux parties (dénommées « tranches »), elle en comporte actuellement quatre.

La quatrième partie, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009, a adapté et complété le chapitre 5 de l'Awb, intitulé « Application de la réglementation »; ce chapitre comporte à présent quatre titres : dispositions générales, contrôle, sanctions réparatrices et amende administrative.

La présente contribution est notamment consacrée aux sanctions réparatrices – procédure de contrainte administrative et procédure d'astreinte – et à l'amende administrative. Les sanctions réparatrices constituent les sanctions administratives les plus courantes en droit néerlandais, mais il est recouru de plus en plus fréquemment à l'amende administrative.

Des dispositions relatives aux sanctions administratives figurent non seulement dans l'Awb, mais également dans des lois organiques et spéciales. Il faut d'ailleurs qu'il en soit ainsi, dès lors que l'article 5:4 de l'Awb dispose expressément que la compétence d'infliger une sanction administrative n'existe que dans la mesure où elle a été attribuée par la loi ou en vertu de celle-ci. Les organes administratifs des autorités décentralisées (provinces, communes et waterschappen) fondent respectivement leur pouvoir de mettre en œuvre une procédure de contrainte administrative sur l'article 122 de la loi provinciale (Provinciewet), l'article 125 de la loi communale (Gemeentewet) et l'article 61 de la loi sur les Waterschappen (Waterschapswet). Toutefois, c'est toujours dans la loi spéciale qu'il convient de rechercher le fondement du pouvoir d'infliger une sanction administrative qui est attribué aux organes administratifs centraux, tels les ministres ou les organes administratifs autonomes; en effet, aucune loi (organique) n'accorde un pouvoir général de sanction à des organes de l'autorité centrale ou à des organes qui peuvent y être assimilés.

L'article 5:32 de l'Awb est important. Il énonce la règle générale selon laquelle un organe administratif habilité à mettre en œuvre une procédure de contrainte administrative à l'égard d'un contrevenant peut décider d'y substituer une procédure d'astreinte. Il n'est d'ailleurs pas exclu non plus qu'une loi spéciale habilite déjà un organe administratif à faire usage de la procédure d'astreinte. Tel est par exemple le cas des articles 56 et 74 de la loi sur la concurrence (Mededingingswet).

La procédure de contrainte administrative et la procédure d'astreinte seront examinées d'une manière plus approfondie au §2. On étudiera l'amende administrative au § 3.

A. LA CONTRAINTE ADMINISTRATIVE ET L'ASTREINTE

1.- La procédure de contrainte administrative et la procédure d'astreinte.

a. La procédure de contrainte administrative

L'Awb définit les deux notions. Selon son article 5:21, la procédure de contrainte administrative est une sanction réparatrice ²¹⁶qui implique :

1. une mise en demeure ordonnant la réparation totale ou partielle de l'infraction, et
2. la compétence pour l'organe administratif d'agir en vue d'exécuter l'action que commande la mise en demeure, si elle ne l'est pas ou ne l'est pas dans le délai prévu.

La procédure de contrainte administrative n'est donc pas une sanction punitive; elle a pour seul objectif de mettre fin totalement ou partiellement à la violation d'une prescription légale et n'a pas pour objectif d'infliger une « souffrance » supplémentaire au contrevenant *parce* qu'il a commis une infraction. Il s'agit de rétablir totalement ou partiellement la situation antérieure à l'infraction; elle est réparatrice.

La mise en demeure s'opère par écrit, elle précise l'infraction ainsi que la prescription enfreinte ²¹⁷, décrit les mesures de réparation qui doivent être prises, précise le délai dans lequel elles doivent être exécutées ('begunstigingstermijn') et est communiquée au contrevenant, aux titulaires du droit d'usage du bien auquel la mesure s'applique, et au demandeur.²¹⁸ Par exemple, l'occupant d'un terrain qui y a construit un garage et un abri de jardin sans être titulaire d'un permis de bâtir a méconnu la loi sur le logement (Woningwet), qui interdit de construire sans permis de bâtir ou en dérogeant au permis qui a été délivré par le collège des bourgmestre et échevins. Le collège peut alors mettre en œuvre une procédure de contrainte administrative à l'égard de l'occupant; il en informe le contrevenant, dans notre exemple, l'occupant de la parcelle, le titulaire du droit – généralement le propriétaire -, et, le cas échéant, le demandeur. Il s'agira souvent d'un voisin ou d'un autre riverain direct qui soutient que les constructions lui causent un préjudice, par exemple parce qu'elles gâchent sa vue. Le contrevenant peut être mis en demeure de démolir le garage et l'abri de jardin. La procédure peut également se limiter au garage si le collège est disposé à délivrer le permis de construire défaillant pour l'abri de jardin; dans ce cas, la procédure a pour objectif de réparer partiellement l'infraction. Si, toutefois, le collège veut que les deux constructions soient démolies et si le contrevenant ne s'exécute pas dans le délai imposé, le collège peut alors les faire démolir lui-même. Si le collège n'avait pas ce pouvoir, la procédure de contrainte administrative serait inefficace. Les frais supportés par la commune à la suite de l'exécution effective de la contrainte administrative incombent au contrevenant, sauf – mais, dans la pratique, ce sera exceptionnel - s'il convient raisonnablement de ne pas les lui faire supporter, en tout ou en partie.²¹⁹

Pour procéder à l'exécution effective d'une contrainte administrative, il faudra évidemment avoir accès au lieu de l'infraction. La loi précise que les personnes désignées par l'organe administratif ont accès à tout lieu, dans la mesure où cela est raisonnablement nécessaire à l'accomplissement de leur mission.²²⁰ L'organe administratif peut également mettre sous scellés les constructions, les terrains et ce qui s'y trouve. La mise sous scellés peut être nécessaire pour éviter la répétition d'une infraction. Si, par exemple, des eaux usées polluées sont illégalement

²¹⁶ L'article 5:2 de l'Awb définit une sanction réparatrice comme une sanction administrative visant à remédier ou à mettre fin totalement ou partiellement à une infraction, à prévenir sa répétition ou à supprimer ou limiter ses conséquences

²¹⁷ Voir l'article 5:9 de l'Awb.

²¹⁸ Voir l'article 5:24 de l'Awb.

²¹⁹ En ce qui concerne le recouvrement, voir l'article 5:25 de l'Awb.

²²⁰ En ce qui concerne le pouvoir d'accéder aux lieux, voir l'article 5:27 de l'Awb.

déversées dans une rivière, la mise sous scellés de la pompe ayant servi au déversement permettra d'éviter une nouvelle infraction.

Un organe administratif habilité à mettre en œuvre une procédure de contrainte administrative peut, en cas d'urgence, décider d'appliquer la contrainte administrative sans mise en demeure préalable. En pareil cas, une décision formelle est bel et bien prise, mais il n'est pas requis qu'elle impose de contrainte. Si la situation est à ce point urgente qu'elle ne permet pas d'attendre une décision écrite – il s'agit des cas d' « extrême urgence » -, la contrainte administrative peut être appliquée immédiatement ; une décision formelle doit alors être communiquée dans les plus brefs délais.²²¹ Une décision de la section du contentieux administratif du Conseil d'État de 2004²²² concerne un exemple de cas d'extrême urgence. L'affaire concernait une unité de cuisson sur la voie publique, dont le collège des bourgmestre et échevins avait exigé l'enlèvement immédiat parce qu'elle laissait échapper de l'amiante. D'autres exemples concernent des sacs-poubelles déposés trop tôt sur le trottoir ou en dehors de la période prévue²²³ et des vélos mal garés.²²⁴

Une procédure de contrainte administrative peut également être mise en œuvre préventivement, c'est-à-dire alors qu'il n'y a pas encore d'infraction. Il faut toutefois que le risque de l'infraction soit manifeste.²²⁵ Un organe administratif peut également appliquer une contrainte administrative préventivement, c'est-à-dire sans mise en demeure préalable. On en trouve l'illustration dans une décision de la section du contentieux administratif du Conseil d'État des Pays-Bas de 2000 qui concernait des mesures préventives prises par l'organe administratif en vue d'empêcher l'écoulement d'eaux d'extinction polluées par des pesticides.²²⁶

b. La procédure d'astreinte

La procédure d'astreinte est définie à l'article 5:31d de l'Awb. Selon cette disposition, il s'agit d'une sanction réparatrice qui implique :

1. une mise en demeure ordonnant la réparation totale ou partielle de l'infraction, et
2. l'obligation de payer une somme d'argent si la mise en demeure n'est pas exécutée ou ne l'est pas dans le délai prévu.

Comme la procédure de contrainte administrative, la procédure d'astreinte n'est pas une sanction punitive. Elle a pour seul objectif de mettre fin totalement ou partiellement à l'infraction.

Alors que dans le cas de la procédure de contrainte administrative, l'organe administratif peut procéder lui-même à l'exécution de la contrainte lorsqu'il n'est pas donné suite à la mise en demeure ou lorsqu'il y est donné suite tardivement, le contrevenant est tenu, dans le cas de la procédure d'astreinte, de payer une somme d'argent à l'organe administratif. La procédure d'astreinte a pour objectif d'inciter le contrevenant à mettre fin à l'infraction en le menaçant de devoir payer une somme d'argent s'il ne le fait pas.

La procédure d'astreinte est également écrite, elle précise l'infraction ainsi que la prescription enfreinte,²²⁷ décrit les mesures de réparation devant être prises ²²⁸ et fixe le délai dans lequel

²²¹ Voir l'article 5:31 de l'Awb.

²²² ABRvS 27 octobre 2004, n° 200403478/1, qui fait encore application de l'article 5:24, alinéa 6 (ancien), correspondant à l'actuel article 5:31, alinéa 2, de l'Awb.

²²³ ABRvS 7 avril 2004, n° 200307800/1.

²²⁴ ABRvS 6 février 2008, n° 200703327/1.

²²⁵ Voir l'article 5:7 de l'Awb.

²²⁶ ABRvS 29 septembre 2000, AB 2000, 474.

²²⁷ Voir l'article 5:9 de l'Awb.

²²⁸ Voir l'article 5:32a, alinéa 1er, de l'Awb.

elles doivent être exécutées (« begunstiginstermijn »)²²⁹. La loi n'exige pas qu'elle soit communiquée à des tiers, parce que seul celui qui est visé par cette procédure est concerné. C'est lui seul qui est redevable de l'astreinte s'il n'est pas donné suite à la procédure ou s'il y est donné suite tardivement.

L'astreinte peut être fixée, soit à un montant unique, soit à un montant par unité de temps de retard de l'exécution de la mise en demeure ou encore à un montant pour chaque infraction à la mise en demeure. L'organe administratif fixe également un montant au-delà duquel aucune astreinte ne sera plus due. Les montants doivent être raisonnablement proportionnés à l'importance de l'intérêt lésé et à l'effet visé de l'astreinte.²³⁰ Ces montants peuvent d'ailleurs être élevés. C'est ainsi qu'en ce qui concerne une sommation de mettre fin à l'occupation irrégulière d'un chalet en bois, le montant maximal des astreintes dues avait été fixé à f 250.000 de l'époque (€ 113.500).²³¹ Dans une affaire dans laquelle il avait été ordonné de cesser d'utiliser des remises comme atelier de réparation de voitures, il a même été jugé qu'une astreinte de 160.000,00 euros par remise était admissible.²³² À cet égard, il faut observer que, lorsqu'il apprécie le montant d'une astreinte fixée par un organe administratif, le juge administratif fait preuve de réserve. L'organe administratif ne doit en principe pas tenir compte de la situation financière de celui qui est visé par la procédure et peut aligner le montant sur l'avantage pécuniaire qu'un contrevenant peut espérer obtenir en méconnaissant les règles qui s'imposent à lui.²³³

S'il n'est pas mis fin à l'infraction dans le délai prévu dans la procédure, le contrevenant encourt de plein droit le paiement de l'astreinte. Il est tenu de la payer dans les six semaines de la date à laquelle elle est due de plein droit.²³⁴ L'organe administratif peut sommer le contrevenant de la payer, à la condition d'avoir pris préalablement un « arrêté de recouvrement »²³⁵. Cette décision indique sur quel fondement les astreintes sont dues et quel en est le montant. Après avoir introduit une réclamation contre cet arrêté auprès de l'organe administratif, l'intéressé peut former un recours et éventuellement un appel devant le juge administratif. Tout ceci semble complexe, mais le législateur a prévu que la réclamation, le recours ou l'appel contre une procédure d'astreinte s'applique également à l'arrêté de recouvrement. Une seule procédure suffit donc pour statuer sur l'astreinte et l'arrêté de recouvrement. Si le contrevenant n'a toujours pas payé après l'arrêté de recouvrement, l'organe administratif peut sommer le contrevenant de payer les astreintes dues et, le cas échéant, faire édicter un commandement de payer.²³⁶ Un commandement de payer comporte un ordre de payer les astreintes dues et procure un titre exécutoire qui, en application des dispositions du Code de procédure civile, peut être mis à exécution. Le commandement de payer n'est donc pas susceptible de recours devant le juge administratif. Les litiges relatifs à l'exécution doivent être portés devant le juge civil.

Au demeurant, l'organe administratif ne doit pas trop tarder pour procéder au recouvrement d'une astreinte due. En effet, le droit de recouvrer une astreinte se prescrit après un an à partir de la date à laquelle elle est due.²³⁷ Il s'agit d'une dérogation au délai usuel de prescription de cinq ans que le Code civil prévoit en ce qui concerne les actions en paiement.

Une procédure d'astreinte peut également être mise en œuvre préventivement, si le risque d'infraction est manifeste. La procédure d'astreinte est le meilleur instrument pour éviter qu'une infraction ne soit commise.

²²⁹ Voir l'article 5:32a, alinéa 2, de l'Awb.

²³⁰ Voir l'article 5:32b de l'Awb.

²³¹ ABRvS 19 septembre 1996, n° H01.95.0638.

²³² ABRvS 9 mars 2011, n° 201007005/1/H1.

²³³ Voir la décision mentionnée dans la note précédente.

²³⁴ Voir l'article 5:33 de l'Awb.

²³⁵ Voir l'article 5:37 de l'Awb.

²³⁶ Voir les articles 4:112 e.s. de l'Awb.

²³⁷ Voir l'article 5:35 de l'Awb.

2.- Pourquoi le recours à la procédure d'astreinte est-il le plus fréquent ? Depuis que les organes administratifs ont la possibilité de choisir la procédure d'astreinte plutôt que la procédure de contrainte administrative,²³⁸ ils utilisent de plus en plus souvent la première comme instrument permettant d'imposer le respect de la loi. Qu'il s'agisse d'un bateau occupant irrégulièrement un poste d'amarrage,²³⁹ de la construction de bâtiments sans permis de construire,²⁴⁰ de l'exploitation d'une entreprise en méconnaissance des règles environnementales ou d'un plan d'occupation des sols²⁴¹ ou d'un affichage illégal,²⁴² on constate que le choix de l'astreinte est populaire dans la plupart des domaines. Il n'est dès lors pas étonnant que cet instrument recueille la faveur des organes administratifs. Par rapport à la procédure de contrainte administrative, l'avantage de la procédure d'astreinte consiste en ce que cette dernière n'impose pas à l'organe administratif d'agir matériellement. La pression financière doit en effet faire son œuvre et inciter le contrevenant à supprimer l'infraction. S'il n'agit pas, il est redevable de l'astreinte à l'autorité. En optant pour cette solution, l'autorité prend peu de risques. Il en va autrement lorsqu'elle doit procéder à la mise en œuvre de la contrainte administrative parce que le contrevenant ne met pas fin lui-même à l'infraction. En effet, il n'est pas rare que le contrevenant se plaigne de l'exécution concrète de la contrainte administrative : la démolition excède ce que la contrainte imposait, la démolition n'a pas été effectuée dans les règles de l'art ou encore les propriétés du contrevenant ont été endommagées. La procédure d'astreinte permet à l'organe administratif d'éviter tous ces risques.

Elle constitue en outre un instrument idéal pour prévenir la répétition d'une infraction et pour y mettre fin lorsqu'elle présente un caractère continu. Dans ces cas de figure, elle joue le rôle d'un puissant aiguillon financier empêchant la répétition ou la poursuite d'un comportement prohibé.

3.- Le principe de l'obligation d'intervention de l'autorité et ses exceptions. La jurisprudence et la doctrine des Pays-Bas considèrent généralement que l'organe administratif a le pouvoir, mais pas l'obligation, d'imposer une sanction réparatrice à un contrevenant.²⁴³ La section du contentieux administratif du Conseil d'État des Pays-Bas estime toutefois que l'organe administratif ne dispose que d'une marge d'appréciation restreinte à cet égard. Cela s'explique aisément, dès lors que si des prescriptions sont adoptées, que ce soit par l'autorité centrale ou par une autorité inférieure, c'est pour qu'elles soient appliquées. Il s'agit de sauvegarder l'intérêt général. Mais le respect de ces prescriptions permet aussi souvent de sauvegarder les intérêts individuels des citoyens. Ces intérêts sont par exemple en cause lorsqu'un voisin peut librement leur gêner la vue en construisant un mur de trois mètres de haut, alors qu'à cet emplacement le plan communal d'occupation des sols n'autorise qu'une petite clôture d'un mètre de haut. Les voisins doivent pouvoir avoir l'assurance que les prescriptions de ce plan d'occupation des sols seront respectées. C'est notamment sur le fondement de ces considérations que la section du contentieux administratif du Conseil d'État des Pays-Bas a formulé un principe d'obligation d'intervention dans ses décisions. Depuis la mi-2004²⁴⁴, on retrouve dans les décisions de la section le considérant-type suivant :

« Vu que l'application de la réglementation préserve l'intérêt général, l'organe administratif qui a le pouvoir de mettre en œuvre une procédure de contrainte ou d'astreinte est en principe tenu

²³⁸ Le seul cas dans lequel il n'est pas permis d'opter pour la procédure d'astreinte est celui dans lequel cette procédure est contraire à l'intérêt que la prescription légale concernée vise à protéger : voir l'article 5:32, alinéa 2, de l'Awb. La jurisprudence n'admet d'ailleurs pas facilement que l'intérêt s'oppose au choix de recourir à cette procédure.

²³⁹ ABRvS 29 juin 2011, n° 201011650/1/H3.

²⁴⁰ ABRvS 6 octobre 2010, n° 201001032/1/H1.

²⁴¹ ABRvS 26 janvier 2011, n° 201005293/1/H1.

²⁴² ABRvS 24 décembre 2003, n° 200206429/1.

²⁴³ Abstraction faite des quelques cas, prévus dans une loi spéciale, dans lesquels le législateur a expressément formulé une *obligation* de faire application de la réglementation.

²⁴⁴ Voir ABRvS 30 juin 2004, JB 2004/293, Président ABRvS 18 août 2002, AB 2004, 424, et ABRvS 18 mars 2009, AB 2010, 63.

d'en faire usage lorsqu'une prescription légale est méconnue. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent commander que l'organe administratif s'abstienne de le faire. Tel peut être le cas lorsque la vraisemblance d'une régularisation existe concrètement. Il est possible, en outre, qu'une intervention visant à imposer l'application de la réglementation soit, dans une situation particulière, à ce point disproportionnée au regard des intérêts qu'elle vise à sauvegarder, qu'il s'impose d'y renoncer. »

La section affirme ainsi que l'organe administratif est en principe tenu de faire usage de son pouvoir lui permettant d'imposer l'application de la réglementation. Seules des circonstances particulières peuvent justifier une exception à cette règle. On peut admettre l'existence d'une circonstance particulière lorsqu'il existe une probabilité concrète de régularisation. Si quelqu'un a par exemple transformé un hangar en habitation sans permis de construire, mais si il est prévu de régulariser la transformation effectuée, l'organe administratif doit renoncer à intervenir. Il ne serait pas raisonnable en l'occurrence d'imposer au contrevenant de rétablir les lieux dans leur état primitif, si l'on peut s'attendre à ce que le permis nécessaire lui soit encore délivré à très bref délai. Dans une affaire concernant la construction réalisée sans permis de construire, la section du contentieux administratif du Conseil d'État des Pays-Bas a ainsi jugé qu'il y avait une perspective suffisante de régularisation, dès lors que le conseil communal avait entre-temps adopté un plan d'occupation des sols autorisant la réalisation des travaux concernés.²⁴⁵

La mise en œuvre d'une procédure de contrainte administrative ou d'une procédure d'astreinte peut en outre être disproportionnée au regard des intérêts que ces instruments visent à sauvegarder, par exemple, s'il s'agit d'une infraction occasionnelle qui ne se reproduira vraisemblablement pas. Dans une affaire dans laquelle l'organe administratif disposait assurément du pouvoir d'intervenir pour imposer l'application de la réglementation, la section du contentieux administratif du Conseil d'État a jugé que c'est à bon droit que l'organe administratif avait renoncé à intervenir, eu égard au caractère incident de l'infraction et à la circonstance que la titulaire de l'autorisation avait adapté la gestion de l'entreprise de manière à éviter que d'autres infractions soient commises.²⁴⁶

Une intervention en vue d'imposer le respect de la réglementation peut également s'avérer disproportionnée s'il s'agit d'une infraction minime. Il peut par exemple s'agir de dérogations à un permis de construire accordé qui sont à ce point mineures et légères, qu'une intervention en vue de faire appliquer la réglementation serait disproportionnée, *a fortiori* si les irrégularités commises dans le cadre de la construction ne portent pas préjudice aux intérêts de tiers.²⁴⁷

4.- La protection juridique des tiers. Un tiers lésé dans ses intérêts parce qu'une autre personne a enfreint une prescription légale peut demander à l'organe administratif chargé de contrôler le respect de cette prescription d'infliger une sanction réparatrice au contrevenant.

Comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, une telle demande a de grandes chances d'aboutir s'il est constaté qu'il est effectivement question d'une infraction et qu'il n'y a pas de circonstances particulières imposant de renoncer à l'application de la réglementation. En effet, l'autorité est obligée, en principe, d'agir contre les infractions à la loi.

Si l'organe administratif compétent impose une procédure de contrainte administrative ou une procédure d'astreinte au contrevenant, cela ne signifie pas pour autant que ce dernier mettra effectivement un terme à l'infraction et que l'organe administratif exécutera l'action que commande la procédure imposée. Dans la Quatrième partie de l'Awb, le législateur procure au tiers quelques moyens pour forcer cette exécution. Il s'agit tout d'abord de « l'arrêté d'application ». Si le contrevenant s'est vu imposer une procédure de contrainte administrative et si le délai de grâce (« begunstigingstermijn ») imparti est expiré, les personnes ayant demandé l'application de la

²⁴⁵ ABRvS 21 juillet 2004, n° 200400572/1

²⁴⁶ ABRvS 11 janvier 2006, n° 200500502/1

²⁴⁷ Voir ABRvS 25 octobre 2006, n° 200510357/1, Gst. 2007, 7279, 102.

réglementation – mais également d'autres intéressés à qui l'infraction cause un préjudice – peuvent demander à l'organe administratif d'appliquer effectivement une mesure de contrainte.²⁴⁸ L'organe administratif dispose d'un délai de quatre semaines pour statuer sur cette demande qu'il devra en principe accueillir. Ce n'est que dans des circonstances particulières qu'il pourra décider, par exemple, d'accorder au contrevenant un délai supplémentaire. La décision concernant la demande est un arrêté susceptible de faire l'objet d'une réclamation ou d'un recours. Afin de limiter les charges de procédure pour l'administration, le citoyen et le juge, le législateur a prévu de regrouper la réclamation et le recours contre la procédure de contrainte administrative, l'arrêté visant l'application de la contrainte et l'arrêté établissant les frais de la contrainte.²⁴⁹

Si l'organe administratif a prononcé à l'égard du contrevenant une procédure d'astreinte et si des astreintes sont dues parce qu'il n'a pas été donné suite à cette procédure ou parce que les délais n'ont pas été respectés, l'organe administratif peut, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus, procéder à leur recouvrement. À cette fin, il doit prendre un arrêté de recouvrement. L'intéressé – il peut s'agir de la personne ayant demandé l'intervention de l'autorité, mais également d'une autre personne, voire du contrevenant – peut demander à l'organe administratif de prendre un arrêté de l'espèce. L'organe administratif doit statuer dans les quatre semaines. Par la voie d'une telle demande, des tiers peuvent également obtenir une décision concernant la mise en œuvre de l'arrêté infligeant l'astreinte, cette décision pouvant être examinée par le juge administratif. Afin de limiter les charges de procédure pour l'administration, le citoyen et le juge, le législateur a également prévu ici un regroupement des procédures : la réclamation, le recours ou l'appel contre une procédure d'astreinte concernent également l'arrêté visant le recouvrement de l'astreinte, pour autant que l'intéressé conteste celui-ci.²⁵⁰

B. L'amende administrative

Depuis le milieu des années nonante, un grand nombre de prescriptions légales ont été adoptées afin d'habiliter les organes administratifs à infliger une amende à des personnes physiques ou morales. Depuis le 1^{er} juillet 2009, l'Awb contient des dispositions générales concernant les amendes administratives; ces normes s'appliquent par analogie à d'autres sanctions punitives, pour autant que cela soit prévu par une prescription légale.²⁵¹ Le législateur a choisi un régime particulier pour l'amende administrative car les dispositions du Code pénal ont été rédigées dans un autre contexte et sont essentiellement destinées au juge. Les dispositions concernant l'amende administrative doivent s'adresser avant tout à l'administration. Toutefois, les exigences inscrites à l'article 6 de la CEDH et à l'article 14 du PIDCP sont tout autant applicables aux amendes administratives qu'aux sanctions pénales. Les amendes administratives sont infligées par des organes administratifs et contrôlées par le juge administratif. Les sanctions pénales sont infligées par le juge répressif.

1.-Le régime de l'amende administrative dans l'Awb. L'Awb définit l'amende administrative comme étant la sanction punitive impliquant l'obligation absolue de payer une somme d'argent. Elle ne vise pas le retrait ou la modification d'un droit à des moyens financiers.²⁵² La sanction punitive est une sanction administrative qui vise à infliger une « souffrance » au contrevenant.²⁵³

Il résulte de l'article 5:4 de l'Awb que, tout comme pour l'application de la sanction réparatrice, la compétence d'infliger une amende n'existe que dans la mesure où elle a été attribuée par la loi ou en vertu de celle-ci. Il s'impose donc de consulter la loi spéciale pour savoir si un organe administratif peut infliger une amende. Lorsqu'il fait usage de cette compétence, l'organe administratif doit évidemment tenir compte des prescriptions de l'Awb en matière d'amendes.

²⁴⁸ Voir l'article 5:31a de l'Awb.

²⁴⁹ Voir l'article 5:31c de l'Awb.

²⁵⁰ Voir l'article 5:39 de l'Awb.

²⁵¹ Voir l'article 5:54 de l'Awb.

²⁵² Voir l'article 5:40 de l'Awb.

²⁵³ Voir l'article 5:2, alinéa 1^{er}, préambule et point c de l'Awb.

Le principe 'pas de peine sans culpabilité' est consacré par l'article 5:41 de l'Awb qui dispose que l'organe administratif n'inflige pas d'amende administrative si l'infraction ne peut être imputée au contrevenant. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet, dans certaines limites, d'invoquer une présomption de culpabilité.²⁵⁴ Mais il est requis en tout état de cause qu'il y ait une certaine culpabilité, objectivée ou non.²⁵⁵

Une amende ne peut davantage être infligée s'il existe un motif justifiant l'infraction.²⁵⁶ La portée de ces termes n'est pas précisée. Il appartient à l'administration et au juge de les interpréter en s'inspirant éventuellement des motifs de justification classiques issus du droit pénal, tels que la force majeure, la légitime défense, l'acte accompli en exécution d'une prescription légale ou d'un ordre de l'autorité légitime. Comme on peut s'y attendre, de tels motifs de justification ne seront pas légion dans le contexte du droit administratif.

Il est un principe important qui accorde le droit de garder le silence à toute personne qui est susceptible de se voir infliger une sanction punitive et qui est interrogée à cet effet. Ce principe est issu du droit pénal mais il s'applique également lorsque des amendes administratives ou d'autres sanctions administratives punitives sont infligées. Il va de pair avec l'obligation d'informer la personne concernée, avant son audition, qu'elle n'est pas tenue de répondre. En néerlandais, il est question de « cautie »²⁵⁷

En ce qui concerne la procédure administrative, cette obligation d'information s'applique dès qu'il s'agit d'infliger une sanction punitive. Elle n'est pas applicable tant que, dans la procédure administrative, les informations sont collectées auprès de l'intéressé dans le cadre d'un contrôle ou en vue de l'application correcte de la loi ou d'une sanction réparatrice à infliger. Mais dès qu'il est question d'accomplir un acte à l'égard de l'intéressé, qui peut raisonnablement déduire qu'il est susceptible de se voir infliger une amende en raison d'un comportement déterminé, l'administration a l'obligation de l'informer de ce droit de garder le silence. En tout état de cause, la notification de l'existence de motifs permettant d'infliger une amende doit être considérée comme un tel acte.

Les fonctions d'inspecteur et d'officier de police judiciaire sont très proches l'une de l'autre. Cela ne soulève en soi aucune objection pour autant que celui qui exerce ces deux fonctions, au moment où l'enquête passe de la phase d'inspection à la phase d'application d'une amende, en informe l'intéressé et lui signale à ce moment-là qu'il a le droit de garder le silence.

Si un recours a été introduit contre une amende administrative, le juge et le juge d'appel ont également l'obligation d'informer l'intéressé qu'il a le droit de se taire.²⁵⁸

Un autre principe important, le principe '*ne bis in idem*', implique que le contrevenant ne peut se voir infliger deux fois une amende administrative pour une même infraction.²⁵⁹ L'application de ce principe paraît simple. Toutefois, dans la pratique, rien n'est moins vrai. En droit administratif, il arrive fréquemment qu'un comportement déterminé implique la méconnaissance de plusieurs prescriptions. La question se pose alors de savoir si l'application d'amendes pour cause d'infraction à ces différentes prescriptions est contraire au principe *ne bis in idem*. Cette contradiction sera rarement établie si plusieurs organes administratifs sont

²⁵⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 7 octobre 1988, NJ 1991, 351 (Salabiaku).

²⁵⁵ L'article 18, alinéa 1^{er}, de la Loi relative à l'intégration des néo-arrivants prévoit une amende administrative obligatoire pour certaines infractions. L'alinéa 4 prévoit toutefois une sorte de clause de modération: « (trad.) S'il existe des motifs impérieux à cette fin, le collège des bourgmestre et échevins peut décider de renoncer à infliger une amende ».

²⁵⁶ Voir l'article 5:5 de l'Awb. Les motifs de justification ne sont d'ailleurs pas pertinents uniquement pour les amendes administratives, mais pour toutes les sanctions administratives, donc également pour la procédure de contrainte administrative et la procédure d'astreinte. Les causes d'exonération de la faute sont exclusivement pertinentes pour les amendes administratives.

²⁵⁷ Voir l'article 5:10a de l'Awb.

²⁵⁸ Voir l'article 8:28a de l'Awb, cette disposition étant applicable par analogie en degré d'appel.

²⁵⁹ Voir l'article 5:43 de l'Awb.

chargés de l'application de ces prescriptions. Le fait qu'il existe plusieurs organes administratifs indique que les prescriptions méconnues visent à protéger des intérêts divers.

Le principe *ne bis in idem* implique non seulement qu'une amende administrative ne peut être infligée deux fois pour une même infraction, mais également qu'une amende administrative ne peut plus être infligée si la même infraction a déjà fait l'objet d'une sanction pénale.²⁶⁰

Conformément à l'article 89 de la Constitution, l'Awb dispose que la loi fixe l'amende administrative maximale pouvant être infligée. Si le montant de l'amende n'a pas déjà été arrêté par prescription légale, il est établi par l'organe administratif en fonction de la gravité de l'infraction et de la mesure dans laquelle cette dernière peut être imputée au contrevenant, l'organe administratif tenant compte, si nécessaire, des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise. Si le montant de l'amende administrative est fixé par prescription légale, cela ne signifie pas pour autant que l'organe administratif ne peut y déroger. L'Awb dispose que si le contrevenant démontre qu'en raison de circonstances particulières, le montant de l'amende administrative fixé est trop élevé, l'organe administratif en réduit le montant.²⁶¹

Tout comme le droit d'infliger des sanctions en droit pénal, le pouvoir d'infliger une amende administrative peut également se prescrire. Dans la plupart des cas, il s'éteint après cinq ans. En cas d'infraction pouvant donner lieu à une amende de 340 euros maximum, le délai de prescription est toutefois ramené à trois ans.²⁶²

2.- Contrôle exercé par le juge. Contrairement aux sanctions pénales, qui sont prononcées par le juge pénal, les amendes administratives (et d'autres sanctions administratives punitives) sont infligées par l'administration. Dans les cas faisant l'objet d'un recours, le juge administratif vérifie a posteriori si l'amende infligée par l'administration n'est pas contraire au droit et notamment au principe de proportionnalité. Il vérifie sans réserve si la décision prise par l'administration d'infliger une amende constitue une sanction proportionnée. Les hautes juridictions administratives²⁶³ appliquent les mêmes règles en la matière depuis la mi-2010.²⁶⁴

Les circonstances qui peuvent être prises en compte lors du contrôle de la proportionnalité d'une amende sont entre autres – l'énumération n'est pas exhaustive – la nature, la gravité ou la durée de l'infraction,²⁶⁵ le fait qu'il s'agit de la première infraction de ce type,²⁶⁶ la mesure dans

²⁶⁰ Voir l'article 5:44 de l'Awb. Voir également l'article 5:47 de l'Awb, qui dispose qu'une amende administrative infligée pour un comportement qui constitue également une infraction pénale est annulée si le tribunal ordonne de poursuivre le contrevenant pour ce fait.

²⁶¹ Voir l'article 5:46 de l'Awb.

²⁶² Voir l'article 5:45 de l'Awb.

²⁶³ Les Pays-Bas comptent quatre hautes juridictions administratives, qui sont chacune compétentes dans une branche particulière du droit administratif : outre la Section du contentieux administratif du Conseil d'État (Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State), il existe un Conseil central de recours (Centrale Raad van Beroep, compétent en matière de sécurité sociale et de fonction publique), un Collège du contentieux économique (College van Beroep voor het Bedrijfsleven, compétent dans les matières socio-économiques et financières) et une Cour de cassation (Hoge Raad, juridiction suprême au civil et au pénal, mais aussi en matière fiscale). La Section du contentieux administratif du Conseil d'État est compétente dans les autres domaines, dont l'aménagement du territoire et le droit des étrangers.

²⁶⁴ Voir, par exemple, ABRvS 21 juillet 2010, n° 201001016/1/H3, qui définit le cadre dans lequel doivent être tranchées les affaires en matière d'amendes: "L'organe administratif qui inflige une amende doit en fixer le montant en fonction de la gravité de l'infraction et de la mesure dans laquelle cette dernière peut être imputée au contrevenant. Il doit à cet égard tenir compte des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise. Même si l'organe administratif applique des règles fixant le montant des amendes en cas d'infraction, il doit vérifier pour chaque cas si la sanction infligée en application de ces règles est proportionnée. Dans le cas contraire, il doit, à titre supplétif ou dérogatoire par rapport à la réglementation, fixer l'amende de manière à ce que son montant soit adéquat et opportun. Le juge contrôle pleinement l'arrêté infligeant l'amende quant à sa proportionnalité." Voir également dans le même sens, CRvB 27 mai 2010, LJN: BM5914, AB 2010, 229, JB 2010/186, NJB 2010, 1178. Dans les cas où la loi oblige l'organe administratif à fixer des règles concernant le montant des amendes à infliger, la formulation est quelque peu différente ; voir ABRvS 4 août 2010, n° 201002067/1/V6.

²⁶⁵ C'est ainsi que dans son arrêt du 8 octobre 2008, n° 200802451/1, la Section du contentieux administratif du Conseil d'État a considéré que le caractère structurel ou non des travaux effectués par l'étranger constitue une circonstance susceptible de jouer un rôle dans la fixation du montant de l'amende.

laquelle l'infraction peut être imputée à l'intéressé et, le cas échéant, la capacité contributive de ce dernier.²⁶⁷ Un avantage (commercial) tiré de l'infraction peut précisément avoir pour effet de rendre impossible la modération de l'amende.

Depuis le 1^{er} juillet 2009, le juge administratif a l'obligation, s'il annule un arrêté infligeant une amende administrative, de statuer sur l'application de cette dernière (article 8:72a). Généralement, le juge administratif a le pouvoir discrétionnaire de prononcer lui-même une décision dans l'affaire, même si depuis mi-2007 on constate une forte tendance dans la jurisprudence administrative à trancher autant que possible les litiges définitivement. En matière d'amendes, le législateur a toutefois imposé au juge administratif l'obligation de statuer lui-même sur l'affaire en cas d'annulation de l'arrêté infligeant l'amende pris par l'organe administratif, et ce en tenant compte, notamment, du principe de la protection juridique effective résultant entre autres de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette obligation légale vaut uniquement s'il s'agit d'infliger une amende administrative. Mais le juge administratif verra indubitablement dans cette obligation une incitation à statuer également lui-même s'il s'agit de sanctions punitives autres que des amendes.

3.-Les amendes devant la Section du contentieux administratif. Le contentieux des amendes auquel est confrontée la Section du contentieux administratif du Conseil d'État concerne notamment des amendes administratives infligées en vertu de la Loi sur le travail des étrangers et de la Loi relative aux conditions de travail. En vertu de la loi citée en premier, interdiction est faite à l'employeur d'occuper, aux Pays-Bas, un étranger sans permis de travail²⁶⁸ Le contrevenant est susceptible de se voir infliger une amende.

En vertu de la Loi relative aux conditions de travail, l'employeur peut se voir infliger une amende s'il enfreint les prescriptions et interdictions fixées par règlement d'administration publique (Algemene maatregel van bestuur).²⁶⁹ Dans les deux cas, le Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi est l'organe administratif qui inflige l'amende.

La violation des lois précitées donne lieu à des amendes sévères. Le montant maximum qui peut être appliqué pour une infraction visée dans la Loi sur le travail des étrangers s'élève à 45.000 euros si elle est commise par une personne morale. Si l'employeur occupe plus d'un étranger sans permis de travail, elle pourra être encore plus lourde.²⁷⁰ Cet employeur peut également être l'État et lui aussi peut donc se voir condamner s'il enfreint la loi.²⁷¹

L'infraction à la Loi relative aux conditions de travail peut donner lieu à une amende de 22.500 euros maximum.

Régulièrement, la personne qui a fait l'objet d'une amende fait valoir qu'elle n'a pas commis de faute ou que l'infraction ne peut lui être que partiellement imputée. Selon la jurisprudence de la Section du contentieux administratif du Conseil d'État, il faut, en l'absence totale d'imputabilité, renoncer à infliger une amende. L'absence totale d'imputabilité est admise si l'employeur rend plausible qu'il a fait tout ce qui était raisonnablement possible pour prévenir l'infraction.²⁷² Un degré d'imputabilité réduit permet une modération du montant.²⁷³

²⁶⁶ Voir CRvB 4 mars 2010, 09/907 TW.

²⁶⁷ Voir CRvB 4 mars 2010, 09/907 TW.

²⁶⁸ Voir l'article 2 de cette loi.

²⁶⁹ Voir les articles 16, 33 et 34 de cette loi.

²⁷⁰ Voir, par exemple, ABRvS 24 novembre 2010, 201003603/1/V6; dans cette affaire, une amende de 80.000 euros avait été infligée. Dans l'arrêt ABRvS 28 juillet 2010, n° 201000631/1/V6, il était même question d'une amende de 264.000 euros.

²⁷¹ Voir ABRvS 12 mai 2010, n° 200901893/1/V6. L'immunité invoquée par l'État a été rejetée.

²⁷² Voir pour un exemple au demeurant rare : ABRvS 23 juillet 2008, n° 200708500/1.

²⁷³ Voir, pour les cas d'imputabilité réduite permettant une modération de l'amende infligée : ABRvS 20 février 2008, n° 200703261/1 (JV 2007/122), 17 septembre 2008, n° 200802009/1, 8 octobre 2008, n° 200802012/1, 15

Dans un seul cas, la personne qui s'est vu infliger une amende a soutenu que la preuve a été obtenue de manière irrégulière et que, partant, elle n'aurait pas dû être utilisée dans la procédure. S'il est question d'éléments de preuve rassemblés indépendamment de la volonté de la personne accusée, pareil argument perdra vite toute pertinence, pour autant que ces éléments n'aient pas été obtenus par des pressions illicites. Selon l'arrêt Saunders de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁴, le droit de garder le silence dans le contentieux punitif ne s'étend en effet pas à de tels éléments.²⁷⁵

En 2010, la Section du contentieux administratif du Conseil d'État a examiné environ 200 recours concernant des amendes infligées pour cause de violation de la Loi sur le travail des étrangers et 12 recours concernant des amendes infligées pour cause de violation de la Loi relative aux conditions de travail.

CONCLUSION

Nous avons pu constater ci-dessus que le principe du respect obligatoire des prescriptions légales est fortement ancré dans la jurisprudence administrative. Si l'administration inflige une sanction réparatrice sous la forme d'une procédure de contrainte administrative ou d'une procédure d'astreinte, le contrevenant qui attaque cette procédure en justice devra faire valoir de solides arguments pour obtenir gain de cause. Il pourra uniquement obtenir une décision considérant que l'administration n'aurait pas dû infliger l'amende, s'il peut invoquer des circonstances particulières.

Si nous examinons la position du tiers intéressé, nous pouvons constater qu'en demandant à l'administration d'infliger une sanction réparatrice au contrevenant, ses chances de voir sa demande accueillie sont réelles, l'administration ne pouvant rejeter cette demande que s'il existe des circonstances particulières. Depuis le 1^{er} juillet 2009, le tiers intéressé dispose en outre de moyens pour obtenir l'exécution d'une procédure unique de contrainte administrative ou d'une procédure d'astreinte si le contrevenant n'y donne pas suite ou si l'administration n'agit pas pour en contraindre l'exécution.

En conclusion, nous pouvons affirmer qu'en droit néerlandais, la procédure de contrainte administrative et la procédure d'astreinte sont des instruments efficaces pour imposer le respect de la législation. À cet égard, la procédure d'astreinte est entre-temps devenue l'instrument le plus utilisé, car le plus aisé à mettre en œuvre. La contrainte administrative n'est pas pour autant un instrument qui pourrait être abandonné, la procédure d'astreinte n'offrant pas une solution dans tous les cas. Ainsi, l'application de la contrainte administrative est efficace lorsqu'il s'impose de mettre fin d'urgence à une situation illégale.

Certes, le juge ne peut naturellement pas avoir une idée du nombre de cas impliquant la violation d'une prescription légale dans lesquels l'administration intervient pour faire appliquer la réglementation en imposant une procédure de contrainte administrative ou une procédure d'astreinte. Cela échappe à sa perception parce qu'il connaît uniquement des affaires concernant l'intervention de l'autorité dont il est saisi. La même constatation s'impose pour les affaires concernant les amendes. Pour connaître le nombre de cas dans lesquels une sanction réparatrice ou une amende administrative sont infligées, il faut faire appel à la collaboration de tiers. Ce n'est pas la mission du juge. En effet, il peut uniquement vérifier la légitimité des sanctions administratives réparatrices ou punitives infligées. Une tâche dont il s'acquitte pleinement !

octobre 2008, n° 200801740/1 et 17 juin 2009, n° 200805916/1/V6, dans lesquels l'amende avait fait l'objet, à juste titre selon la Section, d'une modération de 50% décidée par le tribunal.

²⁷⁴ Arrêt du 17 décembre 1996, n° 43/1994/490/572, Saunders contre le Royaume-Uni.

²⁷⁵ Voir ABRvS 24 mars 2010, n° 200906490/1/V6.

LISTE DES PARTICIPANTS

Pour le Secrétariat général du Benelux

A. de MUYSER, Secrétaire général adjoint
L. WILLEMS, Secrétaire général adjoint

Pour le Conseil d'Etat de Belgique

R. ANDERSEN, Premier Président
Ph. BOUVIER, Auditeur général
M-R. BRACKE, Présidente
P. DE WOLF, Auditeur général adjoint
D. LANGBEEN, Greffier en chef
D. VERBIEST, Président de Chambre
M. LEROY, Président de Chambre
R. STEVENS, Président de Chambre
Y. KREINS, Président de Chambre
P. LIENARDY, Président de Chambre
M. BAGUET, Conseiller d'Etat
P. LEFRANC, Conseiller d'Etat
M. LEFEVER, Premier auditeur chef de section
E. WILLEMART, Auditeur - rapporteur

Pour le Conseil d'Etat du Luxembourg

V. ECKER, Vice-Présidente
V. GILLEN, Conseiller d'Etat
P. SCHMIT, Conseiller d'Etat
G. WIVENES, Conseiller d'Etat-rapporteur
M. BESCH, Secrétaire général

Pour la Cour administrative du Luxembourg

G. RAVARANI, Président - rapporteur
H. CAMPILL, Premier Conseiller
S. SCHROEDER, Conseiller
L. SPIELMANN, Conseiller

Pour le Conseil d'Etat des Pays-Bas

H. TJEENK WILLINK, Vice-Président
S.F.M. WORTMANN, Présidente Section d'avis
P.J.J. van BUUREN, Président de Chambre Section administration - rapporteur
M.G.J. PARKINS-DE VIN, Président ff. de Chambre Section administration