

**THE SYSTEM OF ADMINISTRATIVE AND PENAL SANCTIONS
IN THE MEMBER STATES OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**

Volume I — National reports

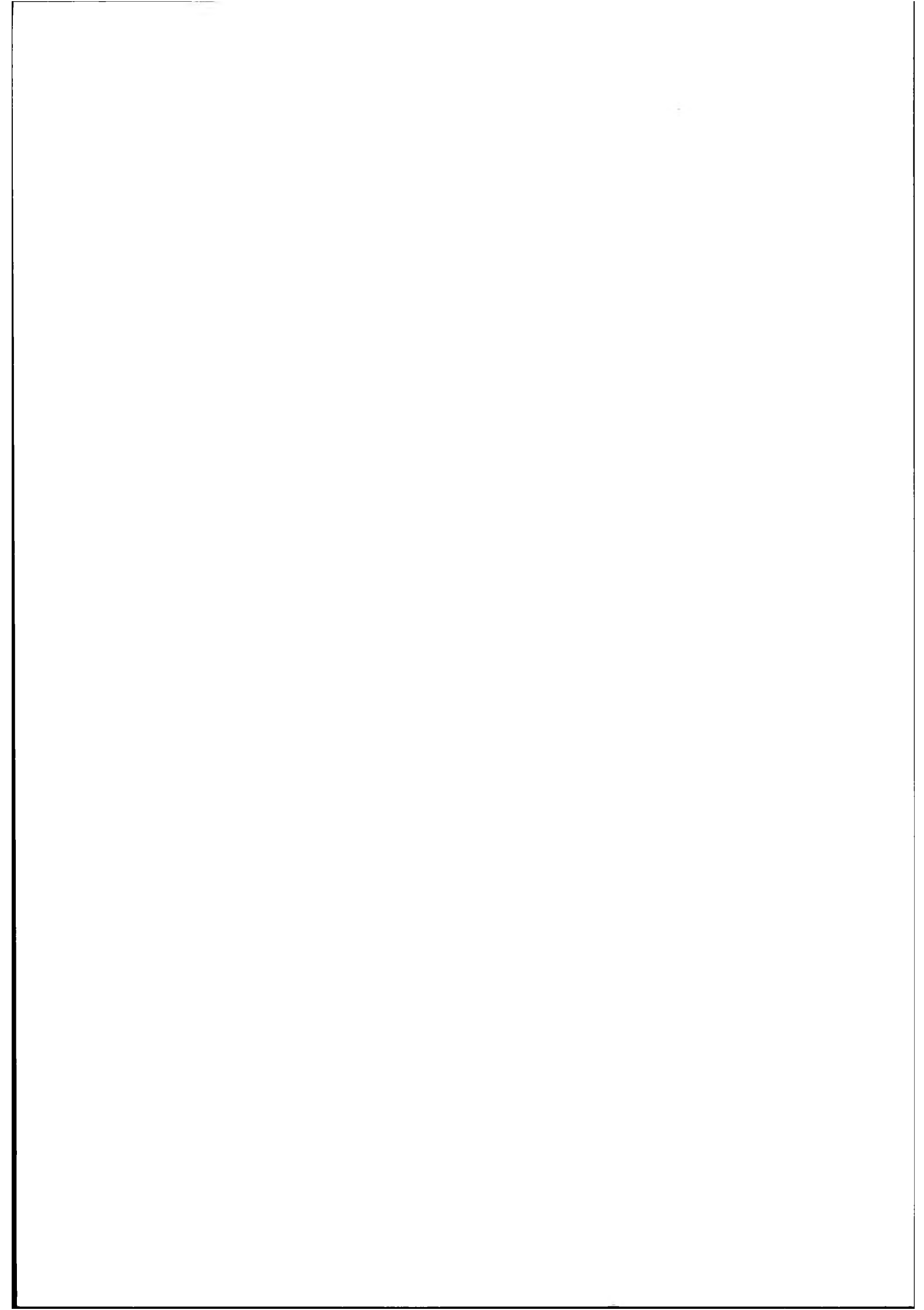
**ÉTUDE SUR LES SYSTÈMES DE SANCTIONS
ADMINISTRATIVES ET PÉNALES
DANS LES ÉTATS MEMBRES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Volume I — Rapports nationaux



**COMMISSION
OF THE EUROPEAN
COMMUNITIES**

**COMMISSION
DES COMMUNAUTÉS
EUROPÉENNES**



**The system of administrative
and penal sanctions in the
Member States of the European
Communities**

Volume I — National reports

**Étude sur les systèmes de sanctions
administratives et pénales
dans les États membres
des Communautés européennes**

Volume I — Rapports nationaux

Cataloguing data can be found at the end of this publication.

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1994
Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes,
1994

Volume I: ISBN 92-826-6017-6
Volumes I + II: ISBN 92-826-5769-8

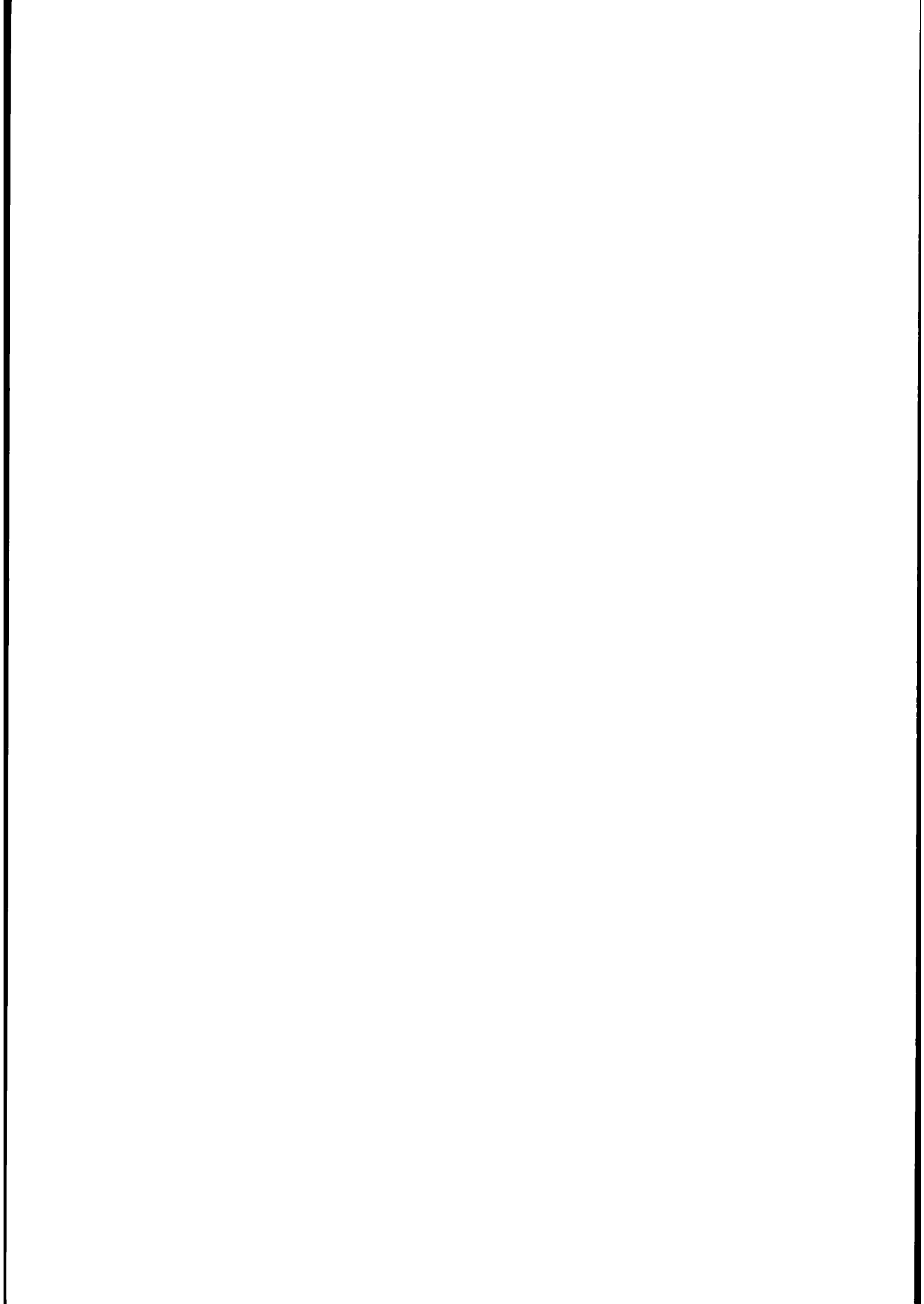
© ECSC-EEC-EAEC, Brussels • Luxembourg, 1994
© CECA-CEE-CEEA, Bruxelles • Luxembourg, 1994

Reproduction is authorized, except for commercial purposes, provided the source is acknowledged.
Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.

Printed in Belgium

Contents / Table des matières

Foreword	5
Avant-propos	6
Belgique — Étude comparative des systèmes de sanctions administratives	7
Denmark — The system of administrative and penal sanctions	63
Federal Republic of Germany — The system of administrative and penal sanctions	91
Grèce — Le système des sanctions administratives	118
Espagne — Le système de sanctions administratives et l'impact du système de sanctions communautaires sur l'ordre juridique espagnol	137
France — Vers un droit administratif pénal?	175
Ireland — The system of administrative and penal sanctions	237
Italie — Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien	261
Netherlands — The system of administrative and penal sanctions	295
Portugal — Le système portugais d'infractions à caractère administratif («contra-ordenações»)	321
United Kingdom — The system of administrative and penal sanctions	353



Foreword

Since 1989 the Commission has been systematically inserting provisions for controls and penalties in its legislation on agriculture and fisheries to be applied by the Member States. These provisions are evidence of the concern to see that Community law is applied properly, and particularly to ensure that common agricultural policy instruments achieve their aims and that the Community budget is used to finance only legitimate expenditure.

However, the aim of introducing a Community system of penalties required from the Commission a thorough knowledge of the *administrative and criminal penalty* systems of the various Member States, since the interpenetration of Community and national systems is self-evident. The Member States have to incorporate Community norms into their national legal systems, but without prejudice to the application of penalties available under their own systems; these, as the Court of Justice held in Case 68/88, must be effective, dissuasive and proportionate.

Accordingly, in early 1990, the Commission decided to launch a comparative study of the various systems as a means of acquiring full familiarity with the impact of Community law on them.

The study proceeded in two stages. The first was to ascertain what provision existed in the different national systems relating to administrative offences and criminal offences and to assess the way the two categories are distinguished from each other. The second was to analyse the impact of the Community's penalties on each Member State's administrative and criminal penalties so as to construct a set of general principles applying to the Community system.

Following this study, the three *rapporteurs* produced a draft horizontal Regulation on the principles of substance and procedure applicable to Community penalties, the aim being to establish a proper legal framework within which the Commission could exercise its penalizing powers with the highest possible degree of transparency and rigour. In an area as sensitive as this, with the risk that Community law might develop along unsatisfactory lines, the *rapporteurs* felt that there should be a basic instrument enshrining principles to safeguard fundamental rights. This requirement is even more important in the light of the decision of the Court of Justice in Case C-240/90, where it was recognized expressly that the Community had power to impose penalties in common agricultural policy matters.

Lucien de Moor
Director-General
Financial Control

Avant-propos

Depuis 1989, la Commission procède de façon systématique à l'insertion de normes de contrôles et de sanctions dans les réglementations communautaires relatives aux domaines de l'agriculture et de la pêche, dont l'application incombe aux États membres. L'ensemble des dispositions ainsi créées témoignent du souci de garantir une mise en œuvre efficace du droit communautaire et visent plus particulièrement à assurer que les divers instruments de la PAC atteignent leurs objectifs et que seules des dépenses justifiées soient mises à la charge du budget communautaire.

Toutefois, l'objectif d'instaurer un dispositif communautaire de sanctions requerrait nécessairement de la Commission une connaissance profonde des systèmes de sanctions administratives et pénales en vigueur dans les différents États membres; nul ne peut, en effet, ignorer l'existence d'une interpénétration entre les régimes communautaires et nationaux. Ainsi, les États membres sont appelés à intégrer les normes communautaires dans leurs ordres juridiques nationaux respectifs, sans préjudice de l'application des normes de sanctions nationales, qui, d'après la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire 68/88, doivent être effectives, dissuasives et proportionnelles.

Afin de prendre pleinement conscience de l'impact du droit communautaire sur les différents ordres juridiques nationaux dans ce domaine, la Commission a pris la décision, au début de 1990, d'entreprendre une étude comparative de ces différents systèmes.

L'étude a été organisée en deux phases. L'objet de la première était de vérifier l'existence au sein des différents ordres juridiques nationaux de systèmes d'infractions administratives et d'infractions pénales ainsi que d'apprécier les critères de distinction entre ces deux différents types d'infractions. Dans la seconde phase de l'étude, il s'agissait d'analyser l'impact du dispositif de sanctions communautaires sur les sanctions administratives et pénales de chaque État membre et de procéder à l'élaboration de principes généraux applicables aux systèmes de sanctions communautaires.

À la suite de cette étude, les trois rapporteurs de la seconde phase ont élaboré une esquisse de règlement horizontal relatif aux principes de fond et de procédure applicables aux sanctions communautaires, dont l'objectif serait de fournir un cadre juridique approprié permettant à la Communauté d'exercer ses pouvoirs de sanction dans la plus grande transparence et la plus grande rigueur. Dans un domaine aussi sensible que celui des sanctions, aux confins duquel pourrait se profiler la crainte de voir se développer une législation communautaire inadaptée, les rapporteurs ont pensé qu'il serait opportun de consacrer au sein d'un texte législatif contraignant les grands principes sauvegardant les droits fondamentaux. Cette exigence s'imposerait d'autant plus depuis l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-240/90, qui reconnaît expressément le pouvoir de la Communauté d'édicter des sanctions dans le domaine de la politique agricole commune.

Lucien de Moor
Directeur général
du contrôle financier

Belgique

Étude comparative des systèmes de sanctions administratives

Professeur A. De Nauw
avec la collaboration de
M. F. Deruyck

Belgique

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Ann. dr. Louvain Annales de droit de Louvain

Cass. Cour de cassation

JLMB Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles

JT Journal des tribunaux

JTT Journal des tribunaux de travail

Jur. Liège Jurisprudence de Liège

M.B. Moniteur belge

Pas. Pasierisie

Pasin. Pasinomie

RDP Revue de droit pénal

Rev. crit. Revue critique de jurisprudence belge

RIDP Revue internationale de droit pénal

RW Rechtskundig weekblad

TPR Tijdschrift voor privaatrecht

Sommaire

1.	Existence d'un système d'infractions administratives	11
1.1.	Lois prévoyant un système punitif administratif	11
1.1.1.	Sanctions administratives	11
1.1.1.1.	Droit social	11
1.1.1.2.	Droit fiscal	12
1.1.2.	Transactions administratives	12
1.2.	Concept d'infraction administrative	14
1.2.1.	Code des impôts sur les revenus	15
1.2.2.	Loi sur les entreprises de gardiennage	15
2.	Critères d'identification	16
2.1.	Infractions administratives	16
2.1.1.	Infractions administratives au sens strict	16
2.1.2.	Autres infractions du droit punitif administratif	16
2.2.	Sanctions administratives	17
2.2.1.	Critères de différenciation	18
3.	Règles de fond	19
3.1.	Principe de légalité	19
3.1.1.	Légalité formelle	19
3.1.2.	Légalité matérielle	19
3.1.2.1.	Exemples de notions vagues	20
3.1.2.2.	Dangers de l'usage de notions vagues	21
3.2.	Notions d'abus de droit et de fraude à la loi	21
3.3.	Principe de culpabilité	22
3.3.1.	Existence d'infractions matérielles	22
3.3.2.	Fraude en matière de douanes et d'accises	23
3.3.3.	Pertinence du principe de culpabilité	23
3.4.	Moyens justificatifs	24
3.4.1.	Moyens les plus usités	24
3.4.2.	Application de ces moyens	24
3.5.	Responsabilité des personnes morales	25
3.5.1.	Inexistence d'une responsabilité pénale des personnes morales en droit belge	25
3.5.1.1.	Législation	25
3.5.1.2.	Doctrine	25
3.5.2.	Jurisprudence de la Cour de cassation	26
3.5.3.	Problèmes du droit belge de lege lata	27
3.5.4.	Solutions du législateur belge	28
3.6.	Participation et tentative	29
3.6.1.	Participation	29
3.6.2.	Tentative	30
3.7.	Sanctions	31
3.8.	Critères de détermination des sanctions	32
3.8.1.	Application de circonstances atténuantes	33
3.8.2.	Suspension du prononcé et sursis à l'exécution	33
3.8.3.	Détermination des amendes administratives	34
3.8.4.	Détermination des transactions administratives	34

3.9.	Extinction de l'action de poursuite et de répression	35
3.9.1.	Transactions administratives	35
3.9.2.	Amendes administratives	36
3.10.	Application cumulative de sanctions pénales et de sanctions administratives	36
3.10.1.	Transactions administratives	36
3.10.2.	Amendes administratives	37
4.	Règles de procédure	39
4.1.	Sanctions administratives	39
4.1.1.	Autorités compétentes en matière d'amendes administratives	39
4.1.1.1.	Système des amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales	39
4.1.1.2.	Système des sanctions administratives prévues par le code des impôts sur les revenus	41
4.1.2.	Voies de recours en matière d'amendes administratives	43
4.1.2.1.	Système des amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales	43
4.1.2.2.	Système des sanctions administratives prévues par le code des impôts	43
4.1.3.	Compatibilité avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme	44
4.1.3.1.	Système des amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales	44
4.1.3.2.	Système des sanctions administratives prévu par le code des impôts sur les revenus	46
4.2.	Transactions administratives	47
4.2.1.	Système avec intervention préalable du parquet	48
4.2.1.1.	Description du système	48
4.2.1.2.	Avantages et imperfections du système	48
4.2.2.	Système sans intervention préalable du parquet	49
4.2.2.1.	Description des diverses lois	49
4.2.2.2.	Avantages et imperfections du système	50
4.2.3.	Compatibilité avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme	51
5.	Projets de réforme	52
5.1.	Position du Conseil d'État	52
5.1.1.	Choix entre la transaction administrative et la sanction administrative	52
5.1.2.	Concept d'infraction administrative	54
5.2.	Pratiques du commerce	55
6.	Impact des sanctions communautaires sur le système national	57
6.1.	Dispositions nationales assurant l'application des sanctions prévues au niveau communautaire	57
6.1.1.	Dispositions nationales particulières	57
6.1.2.	Loi du 28 mars 1975 relative au commerce des produits de l'agriculture, de l'horticulture et de la pêche maritime	58
6.2.	Application du principe général « non bis in idem »	60

1. Existence d'un système d'infractions administratives

Question: *Existe-t-il dans l'ordre juridique national belge un système d'infractions administratives, soit dans le sens classique, soit suivant le modèle des « Ordnungswidrigkeiten » du droit allemand, soit suivant des situations correspondantes, distinct du système pénal?*

Le droit belge ne connaît pas un système d'infractions administratives qui aurait une portée générale ou qui constituerait une loi-cadre comme l'« Ordnungswidrigkeitengesetz » allemand.

Cela n'empêche point que, dans plusieurs lois spéciales du droit belge contemporain, le législateur a développé un système de droit punitif administratif⁽¹⁾. Ces systèmes punitifs administratifs sont insérés dans des lois concernant des matières très différentes et ne valent que pour la loi dans laquelle ils figurent.

1.1. LOIS PRÉVOYANT UN SYSTÈME PUNITIF ADMINISTRATIF

Il importe d'abord de faire la distinction entre les sanctions administratives et les transactions administratives⁽²⁾. Seule la sanction administrative est une sanction dans le sens strict du mot, ce qui signifie qu'elle est vraiment infligée au contrevenant; si celui-ci n'est pas d'accord avec la sanction, il devra introduire un recours. Au contraire, la transaction n'est qu'une proposition de la part des autorités administratives compétentes pour remédier à une situation infractionnelle, le contrevenant en désaccord ne devant rien faire; il incombe aux autorités administratives compétentes soit d'introduire une procédure judiciaire devant un juge civil⁽³⁾, afin de faire payer la somme transactionnelle⁽⁴⁾,

(1) Voir, pour la terminologie « droit punitif administratif », De Nauw, A.: « L'évolution législative vers un système punitif administratif », *RDV*, 1989, p. 337 et suiv.

(2) Deruyck, F.: « *Verbandsdelikt und Verbandssanktion — Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach belgischem und deutschem Recht* », dissertation Iuris Justus-Liebig, université de Gießen, 1990, p. 45 et suiv.

(3) Il faut noter que cette procédure judiciaire n'est pas introduite devant le juge pénal, comme dans l'« Ordnungswidrigkeitengesetz » allemand, mais bien devant un juge civil [voir les exemples donnés à la note (4)].

(4) Par exemple: article 19, paragraphe 4, de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage (*M.B.*, 29.5.1990), qui dispose que le fonctionnaire, en cas de non-paiement, saisit par voie de requête le tribunal de première instance en vue du recouvrement de l'amende administrative; article 17, paragraphe 7, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments (*M.B.*, 17.4.1964), modifié par la loi du 21 juin 1983 (*M.B.*, 15.7.1983): « Si l'intéressé demeure en défaut de payer l'amende dans le délai fixé, le fonctionnaire requiert l'amende administrative devant le tribunal compétent. Les dispositions du code judiciaire, notamment la quatrième partie (relative à la procédure civile) ... sont applicables. »

soit de transmettre le dossier au procureur du roi⁽⁵⁾.

Il existe une confusion parfois persistante entre ces deux notions, tant chez le législateur⁽⁶⁾ que dans la doctrine⁽⁷⁾. En respectant rigoureusement la différence entre les sanctions administratives et les transactions administratives, il s'avère que le droit belge ne prévoit des sanctions administratives que dans deux domaines: le droit social et le droit fiscal. Toutes les autres lois contiennent un système de transactions administratives.

1.1.1. Sanctions administratives

1.1.1.1. Droit social

Il faut attirer l'attention sur la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales⁽⁸⁾. Le procès-verbal constatant une telle infraction est dressé en deux exemplaires: un exemplaire est transmis au ministère public (dans ce cas, l'auditeur du travail), l'autre au fonctionnaire, désigné par le roi (le directeur général du service d'études du ministère de l'Emploi et du Travail)⁽⁹⁾. Aux termes de l'article 7, premier alinéa, de la loi, l'auditeur du travail dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception du procès-verbal pour notifier au directeur général sa décision quant au fait d'intenter des poursuites pénales. S'il renonce à poursuivre ou omet de prendre une décision, le directeur général décide, après avoir mis l'employeur en mesure de présenter ses moyens de défense, s'il y a lieu, d'infliger une amende administrative.

Le système de droit punitif administratif, inséré dans cette loi, a changé fondamentalement de caractère depuis sa création. En effet, nonobstant le fait que l'intitulé de la loi contenait dès le début la terminologie « amendes administratives », le système de droit punitif administratif originel était bien un système de *transactions administratives*: l'article 8 de la loi dans son libellé initial disposait que si l'employeur demeure en défaut de payer l'amende dans le délai fixé, le fonc-

(5) Par exemple: article 19, 3°, de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits (*M.B.*, 8.4.1977); article 6 de l'arrêté royal du 10 octobre 1983 portant exécution de l'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix (*M.B.*, 20.10.1983).

(6) Dans l'article 19, paragraphe 4, de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage, précité, le législateur dispose que, si l'amende administrative n'est pas payée, le fonctionnaire doit saisir le tribunal de première instance en vue de recouvrer de cette amende. Il est clair qu'il s'agit d'une transaction administrative, sinon il incomberait au contrevenant d'introduire un recours judiciaire.

(7) Voir les exemples cités dans Deruyck, précité, p. 45, en particulier la note 153.

(8) *M.B.*, 13.7.1971, errata des 16.7.1971 et 18.11.1971.

(9) Article 1^{er} de l'arrêté royal du 4 novembre 1971 (*M.B.*, 17.11.1971).

tionnaire requiert l'application de l'amende administrative devant le tribunal du travail.

Ce système de transactions administratives a été modifié de manière approfondie par la loi-programme du 30 décembre 1988 ⁽¹⁰⁾. Dorénavant, l'article 8 de la loi prévoit que l'employeur qui conteste la décision du directeur général doit introduire, à peine de forclusion, un recours par voie de requête devant le tribunal de travail dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision. Il est clair qu'il s'agit, dans ces conditions, d'une amende administrative ⁽¹¹⁾, qui devient exécutoire si le contrevenant n'introduit pas dans le délai fixé un recours devant le tribunal du travail.

L'importance de la loi du 30 juin 1971 va bien au-delà du droit social. Cette loi peut effectivement être considérée comme l'«embryon de la procédure en matière d'amendes administratives» ⁽¹²⁾. Toutefois, c'est bien le système ancien de *transactions administratives* qui constitue cet embryon. En effet, ce système de transactions administratives a pratiquement été développé par le Conseil d'État en émettant des objections vis-à-vis du projet initial du gouvernement ⁽¹³⁾. Ensuite, le Conseil d'État a invité le législateur, à l'occasion de ses avis concernant diverses lois spéciales, à s'inspirer de la loi du 30 juin 1971 dans des domaines les plus variés, de sorte que la procédure de cette loi a été introduite dans ces lois spéciales.

Il faut, cependant, être prudent, car ces lois spéciales qui s'inspirent de la procédure de la loi du 30 juin 1971 datent généralement d'avant la loi-programme du 30 décembre 1988.

Lorsqu'on se demande quel est maintenant le sort de ces lois après la modification de la loi du 30 juillet 1971 par cette loi-programme, il faut distinguer entre les deux cas suivants.

Si la loi en question renvoie directement et expressis verbis à la procédure de la loi du 30 juin 1971, il est évident qu'elle contient à présent, comme la nouvelle loi relative aux amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales, un système de sanctions administratives. C'est, par exemple, le cas du décret du Conseil régional wallon du 11 avril 1984, complétant la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature par des dispositions particulières pour la Région wallonne ⁽¹⁴⁾, qui prévoit, dans son article 61, que «la loi du 30 juin 1971... est applicable aux auteurs d'infractions visées à l'article 63 de la présente loi». Dans le domaine de la conservation de la nature, il existe donc à présent

⁽¹⁰⁾ M.B., 5.1.1989.

⁽¹¹⁾ Voir aussi le nouvel article 9 de la loi: «Si l'employeur demeure en défaut de payer l'amende, la décision du fonctionnaire compétent ou la décision de la juridiction du travail passée en force de chose jugée est transmise à l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines en vue de recouvrement du montant de l'amende administrative.»

⁽¹²⁾ De Nauw, précité, p. 380.

⁽¹³⁾ Voir les observations de De Nauw, précité, p. 351.

⁽¹⁴⁾ M.B., 17.4.1985.

aussi, dans la région wallonne du moins, un système de sanctions administratives.

Au contraire, si le législateur a bien inséré dans la loi en question un système de droit punitif administratif parallèle au système de la loi du 30 juin 1971 (avant la modification par la loi-programme du 30 décembre 1988), mais sans se référer expressis verbis à cette loi, la modification par la loi-programme du 30 décembre 1988 n'influence pas la loi en question. Dès lors, ces lois contiennent encore aujourd'hui un système de transactions administratives. Cela est, par exemple, le cas pour la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, des volailles, des lapins et du gibier ⁽¹⁵⁾, comme modifiée par la loi du 22 avril 1982 ⁽¹⁶⁾, et pour la loi du 21 juin 1983 relative aux aliments médicamenteux pour animaux ⁽¹⁷⁾.

1.1.1.2. Droit fiscal

Le droit fiscal contient traditionnellement comme sanctions administratives l'accroissement d'impôts et l'amende administrative. Une troisième sanction administrative consiste en la perte du droit de représenter les contribuables [articles 336 à 338 du code des impôts sur les revenus (CIR)].

L'article 334 du CIR prévoit que, en cas d'absence de déclaration ou en cas de déclaration incomplète ou inexacte, les impôts dus sur la portion des revenus non déclarés sont majorés d'un accroissement d'impôts fixé d'après la nature et la gravité de l'infraction, selon une échelle dont les gradations sont déterminées par le roi ⁽¹⁸⁾ et allant de 10 à 200 % des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés. De son côté, l'article 335 du CIR prévoit que le fonctionnaire délégué par le directeur régional peut appliquer pour toute infraction aux dispositions du CIR, ainsi que des arrêtés pris pour leur exécution, une amende de 200 à 10 000 francs belges.

L'accroissement d'impôts est recouvré en même temps que l'impôt lui-même. L'amende fiscale est recouvrée suivant les règles applicables en matière d'impôts des personnes physiques (article 335, deuxième alinéa, du CIR). Décrire ici les procédures du recouvrement des impôts et du contentieux fiscal nous mènerait trop loin. Nous nous référons à la réponse aux questions posées aux points.

1.1.2. Transactions administratives

Le système des transactions administratives est plus ancien que l'État belge lui-même. En effet, sous Willem I, roi du royaume des Pays-Bas, a été promul-

⁽¹⁵⁾ M.B., 22.5.1965.

⁽¹⁶⁾ M.B., 22.6.1982.

⁽¹⁷⁾ M.B., 28.10.1983.

⁽¹⁸⁾ Article 238 bis à sexies de l'arrêté royal du 4 mars 1965 d'exécution du code des impôts sur les revenus (M.B., 30.4.1965).

guée la loi du 26 août 1822, concernant la perception des droits d'entrée, de sortie et de transit, des accises, ainsi que du droit de tonnage de navires de mer ⁽¹⁹⁾.

Les dispositions sur les douanes et accises ont été coordonnées par l'arrêté royal du 18 juillet 1977 ⁽²⁰⁾. Toutefois, les articles 229 et 230 de la loi de 1822, dont il sera ici question, sont devenus, sous réserve de légères modifications, les articles 263 et 264 de la loi générale sur les douanes et accises. En vertu de ces articles, l'administration a le pouvoir de transiger, en ce qui concerne l'amende, la confiscation et la fermeture des fabriques, usines ou ateliers, toutes les infractions (dans la loi de 1822, «contraventions»), sous la condition que l'existence des circonstances atténuantes peut être acceptée et (dans la loi de 1822, «ou») qu'on peut raisonnablement supposer que la contravention doit être attribuée plutôt à une négligence ou erreur qu'à l'intention de fraude préméditée, tout en excluant la transaction si l'infraction doit être considérée comme pouvant être suffisamment prouvée en justice et si l'on ne peut douter de l'intention de fraude préméditée.

La transaction administrative dans le domaine des douanes et accises se laisse bien comprendre par le fait que, dans cette matière, c'est l'administration des douanes et accises qui joue le rôle du ministère public. En effet, en vertu de l'article 281 des lois coordonnées, les poursuites pénales sont intentées par l'administration des douanes et accises en tant qu'elles visent les peines patrimoniales. Si une peine d'emprisonnement s'impose, c'est bien le ministère public qui doit la requérir; cependant, il ne peut pas agir avant que l'administration n'ait, de son côté, porté plainte ou intenté l'action. De toute façon, l'initiative d'intenter une procédure pénale appartient à l'administration. Il est, dès lors, logique que le droit de transiger lui appartient également.

De même, l'article 6, quatrième et cinquième alinéas, de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes ⁽²¹⁾, modifié par l'arrêté-loi du 4 juin 1946 ⁽²²⁾, attribue un droit de transaction, en ce qui concerne les peines autres que l'emprisonnement, à l'Institut belgo-luxembourgeois du change et à l'administration des douanes et accises, l'Institut fixant dans ce cas, néanmoins, les modalités suivant lesquelles l'administration des douanes et accises effectue ces transactions. Ce droit de transaction confié audit institut s'intègre également dans le système des poursuites en la matière. Celles-ci ne peuvent, en effet, être exercées qu'à la requête de cet organisme (article 6, troisième alinéa de l'arrêté-loi).

La transaction administrative, née comme corollaire évident de la compétence en matière de poursuite de certaines autorités administratives, a cependant com-

mencé plus tard à mener une vie propre, indépendante de cette compétence de poursuite. Ainsi, la loi organique du 29 mars 1962 de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme ⁽²³⁾ prévoit, en son article 65, paragraphe 3, que, lorsque l'infraction ne consiste pas dans l'exécution de travaux ou l'accomplissement d'actes contraires aux prescriptions des plans d'aménagement, des règlements pris en exécution de la loi ou d'un permis de lotir et que ces travaux et actes sont susceptibles de recevoir le permis requis eu égard au bon aménagement des lieux, le ministre ou le fonctionnaire délégué, de commun accord avec le collègue des bourgmestre et échevins, peut transiger avec le contrevenant, moyennant le paiement d'une somme égale au double du montant de la taxe sur les bâtisses, laquelle reste néanmoins due à la commune.

En vertu de l'article 17, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments ⁽²⁴⁾, modifiée par la loi du 21 juin 1983 ⁽²⁵⁾, le fonctionnaire administratif désigné par le roi peut, dans le cas où le procureur du roi renonce à intenter des poursuites pénales, «infliger une amende administrative» au contrevenant, après l'avoir mis en mesure de présenter ses moyens de défense. Il est clair que cette «amende administrative» n'est, en réalité, qu'une transaction administrative, le fonctionnaire devant, en cas de non-paiement, requérir l'application de l'amende administrative prétendue devant le tribunal de première instance (article 17, paragraphe 7, de la loi). Les mêmes dispositions ont été insérées dans la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, de volailles, des lapins et du gibier ⁽²⁶⁾, comme modifiée par la loi du 22 avril 1982 ⁽²⁷⁾ (article 12 bis, paragraphes 3, deuxième alinéa, et 7 de la loi), dans la loi du 21 juin 1983 relative aux aliments médicamenteux pour animaux ⁽²⁸⁾ (article 16, paragraphes 3 deuxième alinéa, et 7 de la loi) et dans la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux ⁽²⁹⁾ (article 27, paragraphes 3, deuxième alinéa, et 7 de la loi).

L'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix ⁽³⁰⁾, inséré dans cette loi par la loi du 30 juillet 1971 ⁽³¹⁾, prévoit que, lorsqu'ils constatent des infractions aux dispositions de cette loi, les agents, spécialement commissionnés à cet effet par le ministre des Affaires économiques, peuvent fixer une somme, dont le paiement volontaire par l'auteur de l'infraction éteint l'action publique. Cette disposition n'a été exécutée que douze ans plus

⁽¹⁹⁾ *M.B.*, 12.4.1962.

⁽²⁰⁾ *M.B.*, 17.4.1964, errata du 6.5.1964.

⁽²¹⁾ *M.B.*, 15.7.1983.

⁽²²⁾ *M.B.*, 22.5.1965.

⁽²³⁾ *M.B.*, 22.6.1982.

⁽²⁴⁾ *M.B.*, 28.10.1983.

⁽²⁵⁾ *M.B.*, 17.4.1987.

⁽²⁶⁾ L'ancien arrêté-loi concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays (*M.B.*, 21.1.1945).

⁽²⁷⁾ *M.B.*, 31.8.1971.

⁽¹⁹⁾ *Pasin.*, août 1822-mai 1824, 1-84, notamment 64.

⁽²⁰⁾ *M.B.*, 21.9.1977.

⁽²¹⁾ *M.B.*, 7.10.1944.

⁽²²⁾ *M.B.*, 7.6.1946.

tard par l'arrêté royal du 10 octobre 1983 et l'arrêté ministériel de la même date ⁽³²⁾.

Selon l'article 19 de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits ⁽³³⁾, le procès-verbal, dressé par l'administration en cas d'infraction aux dispositions de ladite loi ou des arrêtés pris pour son exécution, est transmis à un fonctionnaire qui a la possibilité de proposer à l'auteur de l'infraction le paiement d'une «amende administrative». Dans la réalité des choses, il s'agit d'une somme transactionnelle, car, en cas de refus de paiement, le dossier est transmis au procureur du roi. Cette disposition n'a été exécuté que onze ans plus tard par l'arrêté royal du 15 avril 1988 ⁽³⁴⁾, abrogé et remplacé depuis lors par l'arrêté royal du 14 août 1989 ⁽³⁵⁾.

Enfin, l'article 19, paragraphe 1, de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage ⁽³⁶⁾ dispose qu'une «amende administrative» de 1 000 à 1 000 000 de francs belges peut être infligée à toute personne physique ou morale qui contrevient à ladite loi ou à ses arrêtés d'exécution, à l'exception des infractions visées à l'article 18, qui donnent lieu aux poursuites pénales (voir ci-après, point 1.2). De nouveau, il s'agit en réalité d'une somme transactionnelle, car, en cas de non-paiement, le fonctionnaire doit saisir le tribunal de première instance en vue du recouvrement de l'amende administrative (article 19, paragraphe 4, de la loi).

De lege feranda, il est encore à signaler que, dans le domaine des pratiques du commerce, le législateur a proposé d'introduire un système de transactions administratives parallèle à l'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix ⁽³⁷⁾. Nous nous référons à ce sujet à la réponse à la question 5.

Les procédures de transactions administratives seront décrites plus amplement dans la réponse à la question 4.2.

1.2. CONCEPT D'INFRACTION ADMINISTRATIVE

Il faut souligner que, dans la majorité des lois que nous venons d'énumérer, il n'existe pas une catégorie

distincte d'infractions administratives. Sous la qualification d'*infractions administratives*, nous entendons des infractions qui ne sont passibles que d'une sanction ou transaction administrative.

En effet, dans la plupart des lois étudiées, toute infraction peut donner lieu soit à une sanction pénale, soit à une sanction ou transaction administrative. Les infractions administratives sont donc en même temps des infractions pénales. Il est dès lors prévu que le paiement de la sanction ou de la transaction administrative éteint l'action publique.

Ainsi, en ce qui concerne le droit social, l'article 4 de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales dispose que «les infractions aux lois et arrêtés prévues aux articles 1^{er} et 1^{er} bis font l'objet soit de poursuites pénales, soit d'une amende administrative». L'article 5, deuxième alinéa, de la loi souligne que «les poursuites pénales excluent l'application d'une amende administrative même si un acquittement les clôture».

La loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977, prévoit des sanctions pénales (articles 220 à 262). Dans certaines conditions, décrites au point 1.1, il pourra être transigé par l'administration des douanes et accises (ou après son autorisation) en ce qui concerne l'amende, la confiscation et la fermeture des fabriques, usines ou ateliers, donc pas l'emprisonnement (article 263). La loi générale ne prévoit pas expressis verbis que le paiement de cette somme transactionnelle éteint l'action publique. Nous croyons cependant qu'il s'agit bien de l'esprit de la loi. La jurisprudence, comme décrite dans la réponse aux questions posées au point 3, est établie dans ce sens.

Les infractions à l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes, modifié par l'arrêté-loi du 4 juin 1946, peuvent être sanctionnées pénalement avec des peines d'emprisonnement et/ou d'amende (article 5, premier alinéa). En ce qui concerne les peines autres que l'emprisonnement, il peut être transigé par l'autorité administrative compétente, qui est l'Institut belgo-luxembourgeois du change ou bien l'administration des douanes et accises (article 6, quatrième et cinquième alinéas). La transaction éteint l'action publique, même en ce qui concerne les peines d'emprisonnement (article 6, quatrième alinéa, à la fin). La loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme du 29 mars 1962 prévoit des sanctions pénales (articles 64) et, dans certaines conditions, décrites au point 1.1, des transactions administratives. Le paiement de cette transaction éteint l'action publique (article 65, paragraphe 3, deuxième alinéa, à la fin).

Les infractions à la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, modifiée sur ce point par l'article 11 de la loi du 21 juin 1983, font l'objet soit de poursuites pénales, soit d'une transaction administrative (article 17, paragraphe 1). Les poursuites pénales excluent

⁽³²⁾ M.B., 20.10.1983.

⁽³³⁾ M.B., 8.4.1977.

⁽³⁴⁾ M.B., 30.4.1988.

⁽³⁵⁾ M.B., 7.11.1989.

⁽³⁶⁾ M.B., 29.5.1990.

⁽³⁷⁾ «Projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur», Doc. Parl., Sénat, 1984-1985, n° 947-1.

l'application d'une amende administrative (article 17, paragraphe 2, à la fin). Il en est de même pour les infractions à la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, de volailles, des lapins et du gibier, changée par la loi du 22 avril 1982 (article 12 bis, paragraphes 1 et 2, deuxième alinéa), pour les infractions à la loi du 21 juin 1983 relative aux aliments médicamenteux pour animaux (article 16, paragraphes 1 et 2, deuxième alinéa) et pour les infractions à la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux (article 27, paragraphes 1 et 2, deuxième alinéa).

La loi du 22 janvier 1945 relative à la réglementation économique et les prix, modifiée par la loi du 30 juillet 1971, prévoit des sanctions pénales (articles 8 et 9) et des transactions administratives (article 11 bis). Le paiement volontaire de la transaction éteint l'action publique (article 11 bis).

Les infractions à la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits donnent lieu à des sanctions pénales (articles 13 à 16). Les infractions énumérées par l'article 19 peuvent aussi faire l'objet d'une transaction par l'autorité administrative compétente. Le paiement de la transaction éteint l'action publique (article 19).

Des véritables infractions administratives, c'est-à-dire des infractions qui ne sont passibles que de sanctions ou transactions administratives, ne sont prévues que dans deux cas.

1.2.1. Code des impôts sur les revenus

Toute infraction aux dispositions du code des impôts sur les revenus peut être sanctionnée par une amende administrative (article 335, alinéa 1, du CIR). Si cette infraction a été commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, des sanctions pénales sont possibles (article 339 du CIR). À première vue, deux catégories d'infractions seraient ainsi à distinguer: les infractions simples, qui seraient des infractions administratives, et les infractions qualifiées — commises dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire — qui seraient des infractions pénales. Mais ces infractions qualifiées peuvent aussi donner lieu à des sanctions administratives. En outre, la combinaison des sanctions administratives et pénales est, dans ce

cas, parfaitement possible⁽³⁸⁾. Cela fait qu'il y a bien deux catégories à distinguer. D'abord, il y a les infractions qui donnent lieu à des sanctions administratives et, en outre, à des sanctions pénales: ce sont les infractions qualifiées. Ensuite, il y a les infractions qui ne peuvent être sanctionnées que par les sanctions administratives: ce sont les infractions simples. Ces dernières infractions peuvent sans doute être caractérisées comme étant des infractions administratives dans le sens strict du terme tel que nous l'avons défini au début du point 1.2.

1.2.2. Loi sur les entreprises de gardiennage

Il s'agit de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage.

L'article 18 de cette loi énumère les articles dont l'infraction donne lieu à des sanctions pénales. Selon l'article 19, «une amende administrative de 1 000 à 1 000 000 de francs belges peut être infligée à toute personne physique ou morale qui contrevient à la présente loi ou à ses arrêtés d'exécution, à l'exception des infractions visées à l'article 18» (souligné par nous). L'article 19 contient, dès lors, une catégorie d'infractions administratives. Dans la réponse à la question 5, nous verrons que le législateur n'a fait que suivre sur ce point les objections émises par le Conseil d'État dans son avis sur le projet initial du gouvernement.

En conclusion, si la portée de la première question est de savoir s'il existe dans l'ordre juridique belge un système d'infractions administratives distinct du système pénal, la réponse est:

- 1) le droit belge ne connaît pas un système général d'infractions administratives;
- 2) en droit belge, il existe bien dans diverses lois des systèmes punitifs administratifs qui ne valent que pour la loi dans laquelle ils sont insérés. Dans deux cas seulement, il est question d'un système de droit administratif punitif distinct du droit pénal, notamment les sanctions administratives de l'article 335, premier alinéa, du code des impôts sur les revenus et les transactions administratives de l'article 19 de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage.

⁽³⁸⁾ L'article 339 du CIR: «Sans préjudice des sanctions administratives sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 10 000 à 500 000 francs ou de l'une de ces peines seulement celui qui, dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, contreviendra aux dispositions du présent code ou des arrêtés pris pour son exécution» (souligné par nous).

2. Critères d'identification

2.1. INFRACTIONS ADMINISTRATIVES

Question: *Quels sont les critères d'identification des infractions administratives par rapport aux éléments constitutifs?*

Dans la réponse à la question posée au point 1, nous avons constaté que des infractions administratives dans le sens strict du terme, c'est-à-dire des infractions qui ne donnent lieu qu'à un système de droit punitif administratif — que ce soit un système de sanctions administratives ou un système de transactions administratives —, n'existent que dans deux cas, notamment l'article 335, alinéa 1, du code des impôts sur les revenus et l'article 19 de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage⁽³⁹⁾. Dans tous les autres cas, il s'agit d'infractions qui donnent lieu soit à des sanctions pénales, soit à des sanctions ou transactions administratives.

Il incombe de tenir compte de cette constatation fondamentale dans la réponse à la question 2.1. Dès le début, il faut, cependant, souligner que le législateur ne s'est dans aucun cas donné la peine de formuler des critères qui rendraient possible l'identification des infractions ressortant du droit punitif administratif par rapport aux éléments constitutifs. Au maximum, il a donné quelques directives.

2.1.1. Infractions administratives au sens strict

Dans le domaine fiscal, le législateur a prévu que toute infraction aux dispositions du CIR peut être sanctionnée par une amende administrative (article 335, alinéa 1, du CIR) et que, si cette infraction a été commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, des sanctions pénales sont possibles, sans préjudice, toutefois, des sanctions administratives (article 339 du CIR).

Si, dans le cas de l'intention frauduleuse ou du dessein de nuire, seules des sanctions pénales étaient possibles, on aurait eu un critère de différenciation par rapport à l'élément moral de l'infraction. On aurait pu dire que les infractions intentionnelles étaient des infractions administratives, tandis que les infractions commises avec une intention frauduleuse ou un dessein de nuire étaient des infractions pénales.

Mais ce n'est pas le cas, puisque les infractions commises avec une intention frauduleuse ou un dessein de nuire sont aussi passibles de sanctions administratives. Dès lors, le législateur n'a donné, en matière d'impôts sur les revenus, qu'un critère négatif: si l'infraction est commise sans intention spéciale, seules les sanctions administratives sont possibles.

⁽³⁹⁾ *M.B.*, 29.5.1990.

Dans le cas de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage, le législateur nous laisse encore moins d'indications. D'une façon souveraine, il divise les infractions en deux catégories: les infractions énumérées dans l'article 18 de la loi sont des infractions pénales; les infractions énumérées dans l'article 19 de la loi sont des infractions administratives. C'est apparemment une question d'opportunité: ainsi, le non-respect de certaines conditions d'exercice est érigé en infraction pénale (notamment les infractions aux articles 5, 6, 7, 8, paragraphe 2, deuxième à sixième alinéas, 11 et 12), tandis que le non-respect des autres conditions d'exercice ne constitue qu'une infraction administrative (notamment les infractions aux articles 8, paragraphes 1 et 2, premier alinéa, 9, 10 et 13). Aucun critère de distinction ne peut être déduit des textes de cette loi.

2.1.2. Autres infractions du droit punitif administratif

Les autres infractions donnent lieu soit à l'application d'une sanction pénale, soit à l'application d'une sanction ou transaction administrative. Aucun critère de différenciation par rapport aux éléments constitutifs ne se laisse imaginer. Il s'agit des mêmes infractions.

Le choix entre l'un ou l'autre système incombe aux autorités compétentes.

C'est parfois le ministère public qui a l'initiative d'intenter ou non des poursuites pénales. Ainsi, dans le cas de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales⁽⁴⁰⁾, c'est l'auditeur du travail qui décide s'il y a lieu ou non à poursuites pénales (article 5, premier alinéa, de la loi). Lorsqu'il décide de ne pas intenter de poursuites pénales ou dans le cas où il ne prend pas de décision dans un délai d'un mois, le directeur général du service d'études du ministère de l'Emploi et du Travail⁽⁴¹⁾ peut décider s'il y a lieu ou non d'infliger une amende administrative (article 7, deuxième alinéa, de la loi).

Dans d'autres cas, l'autorité administrative a le droit d'initiative. Ainsi, l'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix⁽⁴²⁾, inséré dans cette loi par la loi du 30 juillet 1971⁽⁴³⁾, prévoit que, lorsqu'ils constatent des infractions aux dispositions de cette loi, les agents, spécialement commissionnés à cet effet par le ministre des Affaires économiques, peuvent fixer une somme, dont

⁽⁴⁰⁾ *M.B.*, 13.7.1971, errata des 16.7.1971 et 18.11.1971.

⁽⁴¹⁾ Article 1^{er} de l'arrêté royal du 4 novembre 1971 (*M.B.*, 17.11.1971).

⁽⁴²⁾ L'ancien arrêté-loi concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays (*M.B.*, 21.1.1945).

⁽⁴³⁾ *M.B.*, 31.8.1971.

le paiement volontaire par l'auteur de l'infraction éteint l'action publique. En vertu de l'article 6 de l'arrêté royal du 10 octobre 1983 portant exécution de l'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945⁽⁴⁴⁾, le procès-verbal est, en cas de non-paiement de la somme transactionnelle, transmis au procureur du roi. Le procureur du roi ne peut donc intenter des poursuites pénales que dans le cas où la procédure transactionnelle administrative aboutit à un échec. Cette situation est vivement regrettée par la doctrine⁽⁴⁵⁾. Le Conseil d'État défend aussi la solution inverse, qui laisse au ministère public la décision d'opportunité, si bien que la transaction administrative n'intervient que dans l'hypothèse où des poursuites pénales ne sont pas intentées⁽⁴⁶⁾.

Dans quelques cas, le législateur a formulé une ou plusieurs directives à l'intention de l'autorité qui dispose du droit d'initiative.

Ainsi, l'auditeur du travail qui décide, dans le cadre de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, s'il intentera ou non des poursuites pénales du chef d'une infraction à une loi sociale devra tenir compte de la «gravité de l'infraction» (article 5, premier alinéa, de la loi). La même directive — si on peut considérer la «gravité de l'infraction» comme telle — figure dans l'article 17, paragraphe 2, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments⁽⁴⁷⁾, modifiée par la loi du 21 juin 1983⁽⁴⁸⁾, dans l'article 12 bis, paragraphe 2, de la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, de volailles, des lapins et du gibier⁽⁴⁹⁾, modifiée par la loi du 22 avril 1982⁽⁵⁰⁾, et dans l'article 16, paragraphe 2, de la loi du 21 juin 1983 relative aux aliments médicamenteux pour animaux⁽⁵¹⁾.

En vertu des articles 263 et 264 de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977⁽⁵²⁾, l'administration des douanes et accises a le droit de transiger toutes les infractions à la loi générale, sous la condition que l'existence des circonstances atténuantes peut être acceptée et qu'on peut raisonnablement supposer que la contravention doit être attribuée plutôt à une négligence ou à une

erreur qu'à l'intention de fraude préméditée, tout en excluant la transaction si l'infraction doit être considérée comme pouvant être suffisamment prouvée en justice et si l'on ne peut douter de l'intention de fraude préméditée.

Enfin, dans le cadre de la loi organique du 29 mars 1962 de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme⁽⁵³⁾, le ministre ou le fonctionnaire délégué, de commun accord avec le collège des bourgmestre et échevins, peut transiger toute infraction à la loi, à condition qu'elle ne consiste pas dans l'exécution de travaux ou l'accomplissement d'actes contraires aux prescriptions des plans d'aménagement, des règlements pris en exécution de la loi ou d'un permis de lotir, et que ces travaux et actes sont susceptibles de recevoir le permis requis eu égard au bon aménagement des lieux (article 65, paragraphe 3, de la loi).

2.2. SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Question: *Quels sont les critères d'identification des infractions administratives par rapport aux sanctions?*

Des critères par rapport aux sanctions, qui seraient explicités en droit positif, n'existent pas en droit belge.

Cependant, il est à souligner que toutes les lois énumérées dans la réponse à la question posée au point 2.1 ne prévoient que des sanctions ou des transactions pécuniaires. Une sanction ou transaction privative de liberté ne s'y trouve pas. Le code des impôts sur les revenus prévoit, toutefois, une sanction limitative de liberté: la perte du droit de représenter les contribuables (article 336 du CIR).

La plupart des auteurs semblent estimer que les peines privatives de liberté sont à exclure du domaine du droit punitif administratif⁽⁵⁴⁾.

Il faut attirer l'attention sur le fait que, dans quelques lois, le législateur exclut la possibilité de transiger concernant la peine d'emprisonnement. Ainsi, le droit de transaction dans l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes⁽⁵⁵⁾, modifié par l'arrêté-loi du 4 juin 1946⁽⁵⁶⁾, concerne les «peines autres que l'emprisonnement» (article 6, quatrième alinéa, de l'arrêté-loi). Dans l'article 263 de la loi générale des douanes et accises, la transaction n'est possible que concernant «l'amende, la confiscation et la fermeture des fabriques, usines ou ateliers». Si la transaction de caractère pécuniaire est prohibée concernant les peines privatives de liberté, a fortiori la transaction même ne peut posséder un effet privatif de liberté.

⁽⁴⁴⁾ M.B., 20.10.1983.

⁽⁴⁵⁾ De Nauw, A.: «De vervolgingsmechanismen op de helling?», *Panopticon*, 1981, 421, et réaction de De Vroede, P.: «Vervolgingsmechanismen al lang op de helling», *Panopticon*, 1982, 154; Matthijs, J.: «Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht», *RW*, 1975-1976, p. 340-341.

⁽⁴⁶⁾ «Avis du Conseil d'État concernant la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales», *Doc. Parl., Chambre*, 1970-1971, n° 939-1, 9.

⁽⁴⁷⁾ M.B., 17.4.1964, errata du 6.5.1964.

⁽⁴⁸⁾ M.B., 15.7.1983.

⁽⁴⁹⁾ M.B., 22.5.1965.

⁽⁵⁰⁾ M.B., 22.6.1982.

⁽⁵¹⁾ M.B., 28.10.1983.

⁽⁵²⁾ M.B., 21.9.1977.

⁽⁵³⁾ M.B., 12.4.1962.

⁽⁵⁴⁾ De Nauw, A.: «L'évolution législative vers un système punitif administratif», *RDP*, 1989, p. 384.

⁽⁵⁵⁾ M.B., 7.10.1944.

⁽⁵⁶⁾ M.B., 7.6.1946.

2.2.1. Critères de différenciation

Question: *Quels sont les critères de différenciation entre les infractions administratives et les infractions pénales?*

Le législateur décide souverainement s'il instaure un système de droit pénal et/ou de droit punitif administratif. Les travaux préparatoires des lois ressortant du droit punitif administratif montrent néanmoins quelques motifs qui ont été invoqués à maintes reprises en faveur d'un système punitif administratif.

En premier lieu, il faut faire mention de la préoccupation du législateur de décharger les parquets et les tribunaux d'un grand nombre de poursuites pénales⁽⁵⁷⁾.

Ensuite, il a été souligné que les systèmes de droit punitif administratif renforcent l'efficacité répressive, étant donné qu'il s'agit de législations dans des domaines où les poursuites pénales sont rares, parce que la sanction pénale est considérée comme une réaction trop sévère à l'infraction⁽⁵⁸⁾.

Le fait que le droit belge ne connaît pas de responsabilité pénale des personnes morales (voir les observations dans la réponse à la question posée au point 3.5) semble aussi avoir influencé le législateur dans son choix d'un système de sanctions ou de transactions

⁽⁵⁷⁾ Voir les travaux préparatoires concernant: l'arrêté-loi du 4 juin 1946 modifiant l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes (*M.B.*, 7.6.1945, p. 4950); la loi du 22 avril 1982 modifiant la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, de volailles, des lapins et du gibier, Doc. Parl., Sénat, 1981-1982, n° 133-2, 2 et 4; la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux, Doc. Parl., Sénat, 1986-1987, n° 194-2, 6, et Chambre, 1986-1987, n° 751/2, 7.

⁽⁵⁸⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, Doc. Parl., Chambre, 1970-1971, n° 939-1, 2. Comp. les travaux préparatoires concernant: la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix modifiant l'ancien arrêté-loi du 22 janvier 1945, Doc. Parl., Chambre, 1970-1971, n° 966-7, 13-14; la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux, Doc. Parl., Sénat, 1986-1987, n° 194-2, 40.

administratives. Celles-ci sont, en effet, applicables aux personnes morales⁽⁵⁹⁾.

De plus, le caractère technique et réglementaire des matières, réglées par les lois en question, a été considéré comme nécessitant l'intervention de l'administration⁽⁶⁰⁾.

Dans le même ordre d'idée, la constatation du fait que la politique de poursuites diffère — à cause précisément de la technicité de la matière — d'un parquet à l'autre, de sorte qu'il est nécessaire d'uniformiser et d'harmoniser la punition des infractions dans ces divers domaines, a été invoquée⁽⁶¹⁾.

Enfin, il a été fait état de la rapidité de la procédure administrative⁽⁶²⁾. Il est à remarquer que ce dernier argument « laisse sous-entendre une certaine animosité de la part du législateur vis-à-vis des décisions du ministère public et de la magistrature assise »⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ Voir l'exposé des motifs de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, Doc. Parl., Chambre, 1970-1971, n° 939-1, 1.

⁽⁶⁰⁾ Voir, en ce sens, le ministre des Affaires économiques défendant la procédure transactionnelle administrative de la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix, parce que la procédure transactionnelle accordée au ministère public était appliquée « en dépit des considérations économiques »: Ann. Parl., Sénat, 1970-1971, 20 juillet 1971, 2692. Comp. les travaux préparatoires concernant la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux, Doc. Parl., Sénat, 1986-1987, n° 194-2, 40.

⁽⁶¹⁾ Voir les travaux préparatoires concernant: la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix, Ann. Parl., Sénat, 1970-1971, 20 juillet 1971, 2692 (le ministre des Affaires économiques), et Doc. Parl., Chambre, 1970-1971, n° 966-7, 13-14; la loi du 22 avril 1982 modifiant la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, de volailles, des lapins et du gibier, Doc. Parl., Sénat, 1981-1982, n° 133-2, p. 2 et 4; la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux, Doc. Parl., Sénat, 1986-1987, n° 194-2, 40.

⁽⁶²⁾ Voir les travaux préparatoires concernant la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix, Doc. Parl., Chambre, 1970-1971, n° 966-1, 4.

⁽⁶³⁾ De Nauw, précité, p. 375.

3. Règles de fond

Question: *Quelles sont les règles de fond applicables à la catégorie des infractions administratives? (Dans la réponse à cette question, il convient d'indiquer, le cas échéant, les différences d'avec les règles régissant l'infraction et la sanction pénales.)*

Remarque préliminaire

Avant de répondre de manière systématique aux questions relatives au droit matériel, il faut insister sur le fait que les lois belges qui prévoient la possibilité d'une poursuite pénale ou l'application d'une amende ou d'une transaction administrative se présentent sous la forme de lois particulières qui érigent des infractions en dehors du code pénal. Parmi les lois à examiner, il faut opérer la distinction entre des véritables corps de règles et des législations dont le contenu est sujet à des modifications régulières. Toutes ces lois relèvent, cependant, d'autres disciplines du droit que du droit pénal. Les infractions pénales y sont généralement perdues dans des textes qui ont été conçus en dehors des schémas traditionnels du code pénal, qui s'attache à la défense d'une série de valeurs admises par la grande majorité de la population. Ces valeurs, telles que l'intégrité physique, morale et patrimoniale des personnes, la foi publique, l'ordre public ou la sécurité publique, sont fondamentalement des composantes de l'ordre juridique. En revanche, le droit pénal est, dans les lois particulières, un droit d'accompagnement, dont le rôle consiste à procurer la mise à exécution de législations fiscales, sociales ou économiques qui se multiplient et se modifient au rythme des fluctuations. Ce droit pénal est devenu, dans ces cas, un instrument d'action entre les mains des pouvoirs publics afin d'organiser la société et d'exercer un contrôle social⁽⁶⁴⁾.

Cette observation préliminaire était souhaitable parce qu'elle expliquera une série de réponses ayant trait aussi bien à des problèmes généraux qu'à des aspects purement techniques du droit matériel.

Méthode utilisée

En droit belge, il n'existe pas, en règle générale, de catégorie distincte d'infractions administratives. Certaines infractions peuvent donner lieu soit à des sanctions ou transactions administratives, soit à des poursuites pénales. Il n'est, dès lors, pas possible de discerner des règles de fond propres à la catégorie d'infractions administratives. En revanche, on peut rechercher si les règles de fond traditionnelles du droit pénal trouvent la même application en cas de sanc-

tions ou de transactions administratives que dans l'hypothèse de poursuites pénales.

Afin de répondre à la question, on tentera donc, pour chaque sous-question, en premier lieu, de définir de manière systématique les règles de fond de droit pénal en vigueur dans les lois particulières qui prévoient la double possibilité de sanctions ou transactions administratives, d'une part, et de poursuites pénales, d'autre part. En second lieu, on essaiera d'examiner si ces règles sont applicables lorsque des sanctions ou transactions administratives sont préférées à des poursuites pénales.

3.1. PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Question: *Le principe de légalité (formelle et matérielle) est-il applicable et dans quelle mesure?*

Le droit pénal belge, dont les lois particulières font partie intégrante, est soumis au principe de la légalité des infractions et des peines consacré par les articles 7 de la convention européenne des droits de l'homme et 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui sont d'application directe en droit interne belge, ainsi que par les articles 7 et 9 de la Constitution belge et 2 du code pénal.

3.1.1. Légalité formelle

Les infractions pouvant donner lieu soit à des poursuites pénales, soit à des sanctions ou transactions administratives sont définies non seulement par des lois dans le sens formel du terme, mais aussi par des arrêtés royaux et ministériels. Il faut, par ailleurs, attirer l'attention sur le pouvoir des régions et des communautés, fruits de la réforme de l'État évoluant vers un système fédéral, d'ériger en infractions les manquements à leurs dispositions dans les limites de leurs compétences.

3.1.2. Légalité matérielle

Dans de nombreux cas, le contenu des incriminations des lois étudiées n'est pas aisé à formuler.

Cette constatation tient à la nature même des lois particulières, dans lesquelles des dispositions organiques sont assorties de peines. Parmi les lois étudiées, la législation relative au contrôle des changes⁽⁶⁵⁾ érige en délit toute infraction aux dispositions de la loi, des arrêtés d'exécution et des règlements pris par l'Institut belgo-luxembourgeois du change. Une telle manière de procéder oblige le juge, l'autorité administrative et le justiciable à rechercher la qualification des faits punissables dans diverses dispositions éparées. Les dangers de cette façon d'agir sont évidents: ils engen-

⁽⁶⁴⁾ Bodson, P.-L., *Manuel de droit pénal*, Liège, faculté de droit, 1986, p. 56 et suiv.

⁽⁶⁵⁾ Arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes (*M.B.*, 7.10.1944).

drent l'imprécision et font disparaître les garanties que le justiciable trouvait traditionnellement dans le principe de la légalité. Dans d'autres cas, comme ceux de la loi organique de l'aménagement du territoire⁽⁶⁶⁾ et du décret wallon sur la protection de la nature⁽⁶⁷⁾, les dispositions pénales apparaissent avoir été introduites dans les textes de loi par une sorte d'habitude, le législateur ajoutant de manière répétée à la fin de chaque loi des dispositions pénales en vue d'assurer par l'application de sanctions l'observation des règles contenues dans les dispositions générales de la loi. Enfin, il faut citer l'exemple de lois, comme celle sur la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires⁽⁶⁸⁾, qui rendent punissables l'infraction à une série imposante d'arrêtés d'exécution. Ces arrêtés d'exécution prolifèrent d'année en année. Ladite loi date du 24 janvier 1977, mais, à ce jour, des règlements pris en exécution des lois du 4 août 1890 et du 20 juin 1964 gouvernant la même matière restent encore en vigueur. Cette multiplicité de règlements liés à l'interventionnisme croissant de l'État n'est pas toujours un mal en soi. Elle peut être la manifestation du dynamisme juridique propre aux structures qui évoluent dans le sens du progrès, mais elle devient une source d'impraticabilité du droit, lorsque les arrêtés d'exécution sont remaniés de façon répétée, si bien que les plus éminents spécialistes ne sont plus en mesure d'affirmer qu'ils connaissent l'ensemble de la législation en la matière tant celle-ci est abondante et changeante⁽⁶⁹⁾.

Les techniques employées par les lois étudiées pour désigner les faits qui peuvent être l'objet soit de poursuites pénales, soit d'amendes ou de transactions administratives sont différentes dans les diverses lois étudiées:

- 1) dans plusieurs lois, le législateur a laissé la possibilité du choix entre des poursuites pénales ou des sanctions ou transactions administratives pour toutes les infractions à la loi de base et aux arrêtés pris en exécution de cette loi [article 335 du CIR, article 263 de la loi sur les douanes et accises⁽⁷⁰⁾, article 11 bis de la loi sur la réglementation économique et les prix⁽⁷¹⁾], y compris des règlements pris par des organes officiels (article 6 de l'arrêté-loi relatif aux contrôles des changes);
- 2) dans la loi relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales⁽⁷²⁾, l'article 1^{er} de la loi énumère une série

⁽⁶⁶⁾ Loi organique du 29 mars 1962 de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (*M.B.*, 12.4.1962).

⁽⁶⁷⁾ Décret du 11 avril 1984 complétant la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature par des dispositions particulières pour la Région wallonne (*M.B.*, 17.4.1985).

⁽⁶⁸⁾ Loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits (*M.B.*, 8.4.1977).

⁽⁶⁹⁾ Bekaert, H.: *Introduction à l'étude du droit*, p. 65, n° 53.

⁽⁷⁰⁾ Coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977 (*M.B.*, 21.9.1977).

⁽⁷¹⁾ *M.B.*, 31.8.1971.

⁽⁷²⁾ *M.B.*, 13.7.1971, errata des 16.7.1971 et 18.11.1971.

imposante de lois et arrêtés pouvant tomber sous ce régime;

- 3) dans de nombreux cas, le législateur a réservé la possibilité du choix pour l'infraction à des dispositions limitativement énumérées [article 19 de la loi relative à la protection du consommateur, article 61 du décret wallon sur la protection de la nature, article 17 de la loi sur les médicaments⁽⁷³⁾, article 16 de la loi relative aux aliments médicamenteux pour animaux⁽⁷⁴⁾, article 12 bis de la loi concernant l'expertise et le commerce de viandes⁽⁷⁵⁾, article 19 de la loi sur les entreprises de gardiennage⁽⁷⁶⁾];
- 4) dans la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme⁽⁷⁷⁾, la catégorie d'infractions pouvant donner lieu à une transaction administrative a été précisée.

On peut affirmer que, dans le cas où les infractions visées dans les lois étudiées donnent lieu à des amendes ou à des transactions administratives, elles sont soumises aux mêmes règles de légalité que lorsqu'elles sont l'objet de poursuites pénales. Dans les deux hypothèses, les garanties du principe de légalité se sont toutefois estompées à cause de la multiplicité et de la technicité des lois étudiées.

Parmi les lois étudiées, on peut aussi citer plusieurs cas où les incriminations sont définies de manière imprécise, le législateur ayant usé de termes témoignant d'une certaine élasticité. Lorsque ces incriminations donnent lieu à des poursuites pénales, le soin d'en préciser les contours reviendra au juge, ce qui diminue sensiblement le risque d'arbitraire. En revanche, si l'application d'une amende administrative est préférée, l'autorité administrative opérera la détermination du fait punissable, ce qui pourrait constituer une méconnaissance du principe de la légalité.

3.1.2.1. Exemples de notions vagues

Nous avons choisi trois cas de notions vagues:

- 1) la loi sur la réglementation économique et les prix dispose que, à défaut de conclusion d'un contrat de programme ou de fixation de prix maximaux, il est interdit de pratiquer des *prix supérieurs aux prix normaux*. Les cours et tribunaux apprécient souverainement, selon les termes de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi, le caractère anormal des prix. Ils tiennent compte, à cet égard, notamment des bénéfices réalisés, de l'état du marché et des

⁽⁷³⁾ *M.B.*, 17.4.1964, errata du 6.5.1964.

⁽⁷⁴⁾ *M.B.*, 28.10.1983.

⁽⁷⁵⁾ *M.B.*, 22.5.1965.

⁽⁷⁶⁾ *M.B.*, 29.5.1990.

⁽⁷⁷⁾ *M.B.*, 12.4.1962.

frais d'exploitation du commerce ou de l'industrie, tels que les frais de production, de fabrication, de mise en œuvre et de transport. L'usage de ces termes, qui a donné lieu à une certaine jurisprudence⁽⁷⁸⁾, a été cité comme un exemple en matière de dirigisme économique diminuant les garanties du justiciable, d'une part⁽⁷⁹⁾, et comme une source de difficultés d'interprétation pour les autorités judiciaires, d'une part⁽⁸⁰⁾;

- 2) la loi sur les douanes et accises punit tout individu qui tenterait d'éviter de faire les déclarations requises et chercherait ainsi à *frauder les droits du Trésor* (article 220, paragraphe 1). La jurisprudence a dû définir le concept de fraude. Elle a décidé qu'il y a fraude au sens de la loi sur les douanes et accises non seulement en cas de défaut de paiement de droits dus, mais aussi lorsque, en cas d'exportation, de transit ou d'importation, une mesure légale de contrôle est éludée⁽⁸¹⁾;
- 3) la loi relative aux aliments médicamenteux pour animaux punit le vétérinaire qui *abuse du droit de prescrire* des aliments médicamenteux pour animaux (article 11, paragraphe 1, 2). Bien que nous ne connaissions pas de jurisprudence publiée à cet égard, il est certain que la notion d'abus de prescription peut donner lieu à des discussions innombrables si l'on relève l'exemple de la loi sur les stupéfiants, qui punit elle aussi l'abus de prescription de médicaments contenant des substances de nature à créer, à entretenir ou à aggraver une dépendance. La notion d'abus prévue par cette loi a donné lieu à une jurisprudence abondante⁽⁸²⁾ faisant l'objet de critiques de certaines écoles de la médecine. On peut facilement imaginer les mêmes divergences de vues entre vétérinaires.

3.1.2.2. Dangers de l'usage de notions vagues

Les trois notions (prix normaux, fraude, abus) sont, parmi d'autres, des notions fort larges, qui peuvent être comprises de différentes manières. Il faut, certes, admettre que certaines notions juridiques peuvent être appréciées uniquement in concreto dans chaque cas d'espèce après un examen circonstancié. Il n'en demeure pas moins que ces notions paraissent par leur imprécision peu compatibles avec les exigences classiques du droit pénal. Il existe donc un risque d'insécurité juridique, parce que le juge devient à la place de la loi source de droit.

⁽⁷⁸⁾ Cass., 27 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, 558, et 20 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 928.

⁽⁷⁹⁾ Bodson, précité, p. 110.

⁽⁸⁰⁾ Matthys, J.: «Een dringende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht», *RW*, 1975-1976, 321-348 et 385-414, n° 9.

⁽⁸¹⁾ Cass., 26 février 1985, *Pas.*, 1985, I, 783.

⁽⁸²⁾ Cass., 22 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1166, et 15 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 55.

Le risque demeure, toutefois, limité lorsqu'un juge indépendant et impartial connaît du litige, d'autant plus qu'il pourrait se demander ou être invité à se demander si le texte de la loi est compatible avec les dispositions de l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Certes, la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme est, en ce qui concerne les exigences de cette disposition, encore dans une phase embryonnaire⁽⁸³⁾. D'autre part, en droit interne, peu de cas se sont produits dans lesquels une violation de ces dispositions de droit international a été invoquée⁽⁸⁴⁾.

Il n'empêche qu'un juge pourrait refuser d'appliquer une loi d'incrimination parce qu'elle n'est pas libellée en termes assez clairs pour permettre aux personnes à qui elle s'adresse de faire la différence entre un comportement licite et un comportement illicite.

En conclusion, on est en droit de se demander si les garanties du judiciaire contre l'application d'un texte dépassant, à cause de ses termes, les limites d'une interprétation raisonnable existent encore dans l'hypothèse où les infractions des lois étudiées donneraient lieu à l'application d'une amende de la compétence d'une autorité administrative. Le danger est moindre dans le cas d'une transaction administrative, puisque l'autorité doit, dans cette hypothèse, recourir à l'intervention d'un juge lorsque le contrevenant s'abstient de faire droit à la transaction dans le cas de poursuites pénales, le juge intervenant automatiquement dans cette hypothèse.

3.2. NOTIONS D'ABUS DE DROIT ET DE FRAUDE À LA LOI

Question: *Quand et dans quelle mesure retrouve-t-on des notions telles qu'abus de droit, fraude à la loi, etc.?*

Il faut, en premier lieu, signaler l'arrêté royal du 31 mai 1933, qui punit celui qui fait sciemment une déclaration fautive ou incomplète à l'occasion d'une demande tendant à obtenir ou à conserver une *subvention*, indemnité ou allocation qui est, en tout ou en partie, à charge de l'État. Ce même texte punit aussi la personne qui, à la suite d'une telle déclaration, reçoit une subvention, indemnité ou allocation à laquelle elle n'a pas droit ou à laquelle elle n'a droit que partiellement. De telles pratiques sont assimilées au délit d'escroquerie. Enfin, la personne qui sait n'avoir plus droit à l'intégralité d'une subvention, indemnité ou allocation est tenue d'en faire la déclaration. Celui qui, n'ayant pas fait cette déclaration, accepte une subvention, indemnité ou allocation, ou partie d'une

⁽⁸³⁾ Cohen-Jonathan, G.: *La convention européenne des droits de l'homme*, p. 446 et 447.

⁽⁸⁴⁾ Voir les conclusions de l'avocat général B. Janssens de Bisthoven, précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1987, *RDP*, 1988, p. 445.

subvention, indemnité ou allocation, sachant qu'il n'y a plus droit, est aussi punissable.

D'autre part, il importe de mentionner que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1927⁽⁸⁵⁾, la jurisprudence considère que des *actes simulés* dans des écritures constituent des faux intellectuels, à condition que l'auteur ait agi dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire et qu'un préjudice soit possible.

Avant cet arrêt, on avait tendance à refuser aux actes simulés la qualification de faux en écritures en raison du fait que l'écrit dit dans ces circonstances exactement ce que les parties ont voulu qu'il dit. Actuellement, on admet que la simulation dans les actes est le déguisement de la vérité accompli de concert par les parties dans le but de masquer un acte en faisant croire à l'existence d'un autre acte ou d'un acte d'une autre nature. Il s'agit d'un titre apparent qui contredit la vérité. Lorsque les simulations ont pour but d'échapper aux dispositions de la loi, tous les éléments de l'infraction de faux en écritures sont réunis.

L'intention de cacher au fisc l'origine et la provenance de fonds peut manifester l'intention frauduleuse, tandis que le préjudice possible peut consister à handicaper l'administration fiscale à la fois si elle entendait éventuellement rechercher la source des fonds apportés et si elle voulait en contrôler les revenus qui seraient perçus ultérieurement.

Il convient, au sujet des faux en écritures, d'ajouter que la jurisprudence belge est très large dans l'appréciation du concept d'écritures: il suffit que l'écrit puisse faire preuve dans une certaine mesure. Le juge n'est pas, à ce sujet, lié par les dispositions légales relatives à la valeur probatoire de l'écrit au regard de la loi civile ou commerciale. Un écrit est protégé dès que, en vertu de la loi ou des usages sociaux, on lui accorde une présomption de sincérité lorsqu'il est présenté à l'appui d'une prétention juridique⁽⁸⁶⁾.

La jurisprudence prend le mot «simulation» ou l'expression «acte simulé» dans leur sens large. La doctrine⁽⁸⁷⁾ signale à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation qui est, dans le contexte de cette étude, particulièrement intéressant. Il concerne un individu qui avait dressé quatre factures fictives émanant prétendument d'une firme gantoise, mentionnant des ventes imaginaires de produits textiles.

Il les soumit à la chambre de commerce et d'industrie de Gand, en vue d'obtenir les certificats d'origine de ces produits pour une exportation vers l'étranger, en fraude de la réglementation applicable. La Cour de cassation décida que le juge du fond avait relevé dans son jugement que l'établissement et l'usage de fausses factures étaient de nature à procurer à l'auteur un avantage auquel il n'avait pas droit et pouvaient

causer un dommage à l'administration ou à l'organisme à l'égard desquels ces factures avaient été invoquées⁽⁸⁸⁾.

Enfin, il faut aussi signaler que la fraude à la loi pourrait constituer un faux en écritures par omission. Évidemment, l'omission ne peut être constitutive de faux que si la mention omise portait sur un acte qui devait être enregistré dans l'écrit. Dans ce cas, l'omission aboutit à une dénaturation de la substance ou des circonstances de l'écrit. La lacune que l'écrit contient donne naissance à une série d'énonciations mensongères ou fait manquer à l'écrit la vérité qu'il devait contenir⁽⁸⁹⁾.

3.3. PRINCIPE DE CULPABILITÉ

Question: *Le principe de culpabilité est-il applicable et dans quelle mesure (et particulièrement si l'existence d'une conduite intentionnelle ou négligente est nécessaire)?*

Le principe de la culpabilité est, en droit pénal belge, un des sujets sur lesquels il existe, tant en jurisprudence qu'en doctrine, de grandes divergences de vues.

3.3.1. Existence d'infractions matérielles

Certains y voient toujours un contenu psychologique et parlent soit d'une intention, soit d'une négligence⁽⁹⁰⁾. D'autres estiment que la faute consiste dans la réalisation de l'infraction sans justification⁽⁹¹⁾. La discussion à ce sujet est d'une grande importance dans le domaine des lois particulières dans lesquelles la qualification légale des infractions ne fait souvent référence ni à une intention ni à une négligence. Les infractions de droit pénal social, qui entrent en ligne de compte soit pour des poursuites pénales, soit pour des amendes administratives, constituent un des domaines où ces divergences de vues existent⁽⁹²⁾. Certains y voient des incriminations matérielles et purement objectives dans leur structure positive. Pour déclarer l'infraction établie, les juges ont, d'après cette opinion, en principe uniquement à constater la commission ou l'omission prohibée par la loi. D'autres considèrent, en revanche, que la négligence est une condition minimale de punissabilité.

La jurisprudence récente a décidé qu'une infraction dont la qualification légale ne fait référence ni à une

⁽⁸⁵⁾ *Pas.*, 1928, I, 45.

⁽⁸⁶⁾ De Nauw, A.: *Initiation au droit pénal spécial*, p. 33, n° 66, et p. 41-43, n° 86.

⁽⁸⁷⁾ Trousse, P. E.: «La simulation en droit privé et le faux criminel», *RDP*, 1968-1969, p. 625-651, spécialement p. 640.

⁽⁸⁸⁾ Cass., 21 décembre 1959, *Pas.*, 1959, I, 477.

⁽⁸⁹⁾ Trousse, P. E., et Rigaux, M.: *Les crimes et les délits du code pénal*, t. III, p. 180-181.

⁽⁹⁰⁾ Verhaegen, J.: «L'imprudence punissable en législation et jurisprudence belge», *JT*, 1979, p. 349-355.

⁽⁹¹⁾ Legros, R.: *L'élément moral dans les infractions*, 1952.

⁽⁹²⁾ Van der Vorst, P.: «Les infractions à la législation sociale sont-elles des délits contraventionnels ou réglementaires?», *JTT*, 1971, p. 171.

intention ni à une négligence n'est pas punissable par le seul fait de sa réalisation matérielle⁽⁹³⁾.

On peut, cependant, se demander si cette décision de principe de la Cour de cassation mettra fin à toute discussion à ce sujet.

Le même arrêt a, en effet, décidé que la question de savoir si l'infraction est punissable est distincte de celle relative à la manière dont il faut établir l'élément moral de l'infraction et, spécialement, si l'existence de cet élément peut se déduire de la seule circonstance que le fait a été matériellement commis.

La Cour de cassation a toutefois, depuis cet arrêt, décidé aussi en matière de pollution que la culpabilité du chef d'une infraction requiert la connaissance de ce qu'elle est commise⁽⁹⁴⁾.

3.3.2. Fraude en matière de douanes et d'accises

On s'est, depuis cette jurisprudence, posé avec raison la question de savoir si l'exigence d'un élément moral vaut aussi dans le domaine de la répression de la fraude en matière de douanes et accises, qui peut donner lieu soit à des poursuites pénales, soit à des transactions administratives. Dans ce domaine, la jurisprudence avait par le passé admis que la simple violation matérielle des dispositions de la loi est punissable, abstraction faite de l'intention du contrevenant⁽⁹⁵⁾, ou encore que la partie poursuivante doit prouver la matérialité du fait mis à charge du contrevenant et que, cette preuve étant fournie, la loi déduit de la matérialité du fait une présomption de culpabilité dans le chef du prévenu⁽⁹⁶⁾.

Il faut, toutefois, formuler deux observations au sujet de cette jurisprudence relative à la répression de la fraude en matière de douanes et accises:

- 1) plusieurs des décisions cassées par la Cour de cassation avaient acquitté des prévenus au motif qu'un doute sérieux subsistait en ce qui concerne l'intention frauduleuse. Il n'est, dès lors, pas évident que ces arrêts contiennent l'affirmation que, même en cas d'absence de négligence, l'infraction à la loi puisse exister. On est plutôt tenté de suivre certains auteurs qui sont d'avis que, lorsque le législateur ne fait référence ni à une intention ni à une négligence dans la qualification légale, il est pour lui indifférent que le fait ait été commis intentionnellement ou par négligence, mais que l'une des deux branches de l'alternative doit exister⁽⁹⁷⁾;

⁽⁹³⁾ Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1056; *JT*, 1988, 439, et note de J. Messine, *RD*, 1988, p. 289, et note de J. Verhaegen. Il s'agit d'une infraction à la loi sur les unités, étalons et instruments de mesure.

⁽⁹⁴⁾ Cass., 10 octobre 1989, *Pas.*, 1989, I, 167 (loi sur la protection des eaux de surface).

⁽⁹⁵⁾ Cass., 4 janvier 1954, *Pas.*, 1954, I, 719, 12 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1050.

⁽⁹⁶⁾ Cass., 30 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, 241.

⁽⁹⁷⁾ Dupont, L., et Verstraeten, R.: *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1991, p. 264, n° 457.

- 2) la jurisprudence a toujours admis, même dans ce domaine, l'application de la force majeure et de l'erreur invincible. Le problème sera débattu plus complètement à la question 3.4. Il faut toutefois, dès à présent, observer que les cours et tribunaux se sont refusés à condamner s'ils venaient à constater que l'auteur pouvait invoquer, avec un minimum de vraisemblance, soit la force majeure, soit l'erreur invincible, et l'on peut dire qu'il n'existe pas, à vrai dire, d'infractions purement matérielles, puisqu'elles comportent au moins un élément moral constitué par une faute négative⁽⁹⁸⁾.

3.3.3. Pertinence du principe de culpabilité

Il est hors de doute que l'existence d'une conduite intentionnelle ou négligente joue un rôle dans le choix soit des poursuites pénales, soit de l'application de sanctions ou transactions administratives. La loi elle-même tient parfois compte de cette donnée. L'article 263 de la loi relative aux douanes et accises prévoit la possibilité de transaction lorsqu'on pourra raisonnablement supposer que l'infraction doit être attribuée plutôt à une négligence ou à une erreur qu'à l'intention de faute préméditée. Dans d'autres cas où la loi ne contient pas cette précision, l'existence ou l'absence d'intention caractérisée peut jouer un rôle lors de la décision de choisir la voie administrative en lieu et place des poursuites pénales.

Dans d'autres hypothèses, la loi utilise aussi comme critère de différenciation du droit pénal traditionnel et du domaine des sanctions administratives l'existence d'une intention spécifique. En matière fiscale, toute contravention aux dispositions des codes fiscaux ou arrêtés pris pour leur exécution commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire constitue une infraction pénale (article 339 du CIR). Si cette intention fait défaut, toute contravention aux mêmes dispositions pourra donner lieu à des sanctions administratives⁽⁹⁹⁾.

Enfin, il est certain que l'existence ou l'absence d'intention spécifique est aussi, comme il sera examiné plus amplement à la question posée au point 3.8, un des critères de détermination des sanctions.

Il faut, finalement, faire observer que le problème de culpabilité sera, dans le cas de sanctions ou de transactions administratives, examiné par des autorités administratives et, parfois, par des juridictions non pénales, qui devront user de notions traditionnellement discutées et utilisées par le ministère public et les juridictions pénales. Cette observation vaut aussi pour d'autres notions. Sous cette réserve, on peut conclure sur cette question que, dans le cas où les infractions

⁽⁹⁸⁾ Bodson, précité, p. 149.

⁽⁹⁹⁾ Declercq, R.: «Strafrechtelijke aspecten van de recente wijzigingen inzake inkomstenbelangen», *Acta Falconis*, faculté de droit, université catholique de Louvain, 1983, 8, p. 5.

visées dans les lois étudiées donnent lieu à des amendes ou à des transactions administratives, elles restent soumises aux mêmes principes en matière de culpabilité que lorsqu'elles font l'objet de poursuites pénales.

3.4. MOYENS JUSTIFICATIFS

Question: *Des moyens de justification, d'excuse et d'atténuation, y compris l'erreur de droit, sont-ils pris en compte et dans quelle mesure?*

En ce qui concerne les infractions pénales, la jurisprudence admet comme causes de justification l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité (article 70 du code pénal), la légitime défense (articles 416 et 417 du code pénal) et l'état de nécessité, et comme causes d'exemption de la culpabilité, la force majeure (article 71 du code pénal) et l'erreur de droit et de fait.

3.4.1. Moyens les plus usités

En ce qui concerne les infractions incriminées par les lois étudiées pouvant donner lieu soit à des poursuites pénales, soit à des sanctions ou transactions administratives, ce seront principalement l'état de nécessité, la force majeure et l'erreur de droit et de fait qui sont d'une utilité pratique.

Il ne fait pas de doute que ces moyens s'appliquent également à ce type d'infractions.

Il convient de les étudier l'un après l'autre.

L'état de nécessité, dont le caractère autonome en tant que cause de justification non expressément prévue par la loi a été consacré par la jurisprudence⁽¹⁰⁰⁾, s'applique à toutes les infractions, y compris à celles qui ne requièrent pas une intention délictueuse caractérisée, comme c'est souvent le cas pour ce type d'infractions⁽¹⁰¹⁾.

Les conditions d'application de l'état de nécessité sont:

- la présence d'un mal grave et imminent;
- la nécessité de l'infraction;
- la proportion du bien sauvegardé par rapport au bien sacrifié.

La *contrainte*, constituant aux termes de l'article 71 du code pénal une cause d'exemption de culpabilité, a elle aussi une portée générale. Aucune disposition légale ne permet d'en limiter la portée et d'en exclure l'application lorsqu'il s'agit de l'une ou de l'autre infraction⁽¹⁰²⁾.

La contrainte suppose que le libre arbitre de l'auteur a été annihilé par un événement indépendant de sa volonté et est incompatible avec une négligence ou un défaut de précaution attribués au délinquant.

L'*erreur invincible* s'applique aussi à toutes les infractions, même non intentionnelles⁽¹⁰³⁾.

L'erreur est sans aucun doute un des moyens que l'auteur d'une infraction des lois étudiées invoquera le plus souvent. Il s'agira même, plus vraisemblablement, de l'erreur de droit. On peut affirmer, à ce sujet, que ce moyen de défense apparaîtra plus vraisemblable dans la matière étudiée qu'en droit pénal classique, parce que la complexité grandissante de la législation applicable en l'espèce et, particulièrement, la multiplication des textes réglementaires ont pris une telle ampleur que nul spécialiste ne peut prétendre en avoir une connaissance exhaustive.

Si certaines décisions peuvent, parfois, laisser croire à une admission de plus en plus fréquente du moyen de défense tiré de l'erreur de droit, il convient, toutefois, de souligner que la connaissance de la loi reste très certainement le principe et que la jurisprudence, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation en ce domaine, l'applique encore souvent avec rigueur⁽¹⁰⁴⁾.

L'erreur que la jurisprudence rapproche d'un principe général de droit dont il est fait une application particulière, notamment, dans l'article 71 du code pénal doit être considérée par le juge comme étant invincible, c'est-à-dire qu'elle ne peut être retenue qu'à la condition qu'il puisse se déduire de certaines circonstances que le prévenu a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente⁽¹⁰⁵⁾. Si un avis erroné donné par une autorité administrative peut être à l'origine d'une erreur invincible, la simple constatation que le prévenu a été mal conseillé, fût-ce par une personne qualifiée, ne saurait suffire⁽¹⁰⁶⁾. De même, la bonne foi de l'auteur de l'infraction ne suffit pas à établir l'existence d'une erreur invincible.⁽¹⁰⁷⁾

3.4.2. Application de ces moyens

L'application éventuelle de ces moyens de défense a toujours été admise en droit belge. On notera, au passage, que l'ancien alinéa 2 de l'article 100 du code pénal précisait que l'application du livre premier ne devait pas s'effectuer lorsqu'elle aurait pour effet de réduire les peines pécuniaires établies pour assurer la perception des droits fiscaux. Cette exception a été supprimée par la loi du 4 août 1986. Toutefois, malgré cette disposition péremptoire, la jurisprudence a toujours décidé que la contrainte et l'erreur invincible

⁽¹⁰⁰⁾ De Nauw, A.: «La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité», *Rev. crit.*, 1989, 593-630.

⁽¹⁰¹⁾ Liège, 23 octobre 1985, *Jur. Liège*, 1986, 227.

⁽¹⁰²⁾ Cass., 4 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, 431; 21 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 862.

⁽¹⁰³⁾ Cass., 27 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, 483.

⁽¹⁰⁴⁾ Bodson, précité, p. 235.

⁽¹⁰⁵⁾ Cass., 14 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, 562.

⁽¹⁰⁶⁾ Cass., 20 avril 1982, *Pas.*, 1982, I, 949.

⁽¹⁰⁷⁾ Cass., 8 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 33.

s'appliquaient, par exemple, en matière de douanes et accises, comme en toute matière répressive⁽¹⁰⁸⁾, parce qu'il s'agissait de principes fondamentaux du droit pénal, dont le législateur ne pouvait déroger⁽¹⁰⁹⁾. Si, par exemple, la jurisprudence a décidé qu'une tolérance administrative résultant d'une circulaire ministérielle, notamment des douanes et accises, est, comme telle, dépourvue d'effet juridique, elle a admis qu'elle peut, toutefois, induire les justiciables dans une erreur invincible⁽¹¹⁰⁾. Il faut, d'ailleurs, observer que la jurisprudence a admis l'erreur invincible comme étant un principe général de droit applicable en d'autres matières qu'en droit pénal⁽¹¹¹⁾.

À la question posée au point 3.3, il a été déjà observé que des notions juridiques traditionnelles de droit pénal seront examinées par des autorités administratives et, éventuellement, par des juges non pénaux dans certains cas si une amende ou une transaction administrative est préférée aux poursuites pénales. Il en est de même pour la présente question. Il n'est pas dénué d'intérêt d'attirer l'attention à ce sujet sur une différence notable des règles de la preuve en matière pénale et en matière civile. Les règles de la preuve en matière pénale sont établies dans le sens que, lorsque le prévenu, ne contestant pas la matérialité des faits qui lui sont mis à charge, invoque une cause de justification ou toute autre circonstance qui serait de nature à exclure sa culpabilité, il n'est pas exigé de lui qu'il apporte la preuve de cette circonstance. Il suffit que l'allégation du prévenu ne soit pas dépourvue de tout fondement. En revanche, en matière civile, les règles de la charge de la preuve exigent que le défendeur qui invoque une exception en apporte la preuve. On pourrait, dès lors, être tenté d'établir une distinction entre les règles de preuve devant les juridictions pénales et civiles. La jurisprudence et la doctrine sont, toutefois, établies dans le sens que les règles de la preuve en matière pénale sont aussi d'application devant les juridictions civiles lorsque la partie défenderesse invoque un moyen justificatif. Il lui suffit d'assortir son allégation d'éléments susceptibles de lui donner crédit. Les parties demanderesses doivent prouver l'inexistence de la circonstance invoquée⁽¹¹²⁾.

La présente question a aussi trait aux moyens d'excuse. En droit belge, cette question n'est pas pertinente, puisqu'il n'existe pas de cause générale d'excuse. Les causes d'excuse ne sont applicables que dans les cas déterminés par la loi (article 78 du code pénal).

Cette question concerne, finalement, les moyens d'atténuation. En droit belge, il serait plus indiqué d'envisager ces moyens sous l'angle de la question relative à la détermination de la sanction.

⁽¹⁰⁸⁾ Cass., 28 février 1949, *Pas.*, 1949, I, 166, et 19 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 396.

⁽¹⁰⁹⁾ Vanhoudt, C. J., et Calewaert, W.: «Belgisch strafrecht», *Bruxelles, Story-Scientia*, 1976, I, n° 32.

⁽¹¹⁰⁾ Cass., 23 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, 970.

⁽¹¹¹⁾ Cass., 13 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1260.

⁽¹¹²⁾ Declercq, R.: *La preuve en matière pénale*, p. 13-22.

3.5. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

Première question: *Une responsabilité des personnes morales est-elle prévue et à quel titre?*

Il a déjà été expliqué, en réponse à la question posée au point 2.2.1, que les personnes morales ne sont pas pénalement responsables en droit belge. Cet état de choses constitue un des divers motifs qui ont poussé le législateur à développer des systèmes de droit punitif administratif. Les sanctions ou transactions administratives sont, en effet, applicables aux personnes physiques comme aux personnes morales.

La réponse à la première question posée dans cette partie sera subdivisée en quatre points: l'inexistence d'une responsabilité pénale des personnes morales en droit belge, la jurisprudence de la Cour de cassation, les problèmes du droit belge de lege lata et les solutions que le législateur a développées.

3.5.1. Inexistence d'une responsabilité pénale des personnes morales en droit belge

3.5.1.1. Législation

La législation belge ne connaît pas de responsabilité pénale des personnes morales.

Sur le plan de la législation nationale, il existe une seule exception à cette règle. Il s'agit de l'arrêté-loi du 29 juin 1946 concernant l'intervention injustifiée d'intermédiaires dans la distribution des produits, matières, etc.⁽¹¹³⁾. Aux termes de l'article 1^{er}, «est punie des peines prévues à l'article 4 (qui prévoit des peines d'amende et d'emprisonnement)⁽¹¹⁴⁾, toute personne physique ou morale qui intervient dans la distribution des produits... et qui ne remplit pas... une des conditions suivantes...». La doctrine est unanime à considérer cette seule⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ *M.B.*, 4.7.1946.

⁽¹¹⁴⁾ L'article 4 renvoie aux chapitres II et III de la loi du 22 janvier sur la réglementation économique et les prix [l'ancien arrêté-loi concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays (*M.B.*, 21.1.1945), modifié par la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix (*M.B.*, 31.8.1971)].

⁽¹¹⁵⁾ Il y a eu une deuxième exception, notamment l'article 91, 4^o, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail (*M.B.*, 24.4.1971). L'arrêté royal n° 39, du 31 mars 1982 (*M.B.*, 3.4.1982), qui a modifié cette loi, a cependant modifié l'article 91, 4^o, dans ce sens que l'infraction commise par la personne morale est dorénavant sanctionnée par la poursuite de la personne physique qui a agi pour la personne morale. À première vue, la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une banque carrefour de la sécurité sociale (*M.B.*, 22.2.1990) introduit la responsabilité pénale de certaines personnes morales (article 60 et suiv. en relation avec articles 1^{er} et 2, 3^o). L'exposé des motifs est cependant clair: «L'expression utilisée indique, conformément aux principes du droit pénal, que la sanction ne frappe pas... (la) personne morale, mais la personne physique par laquelle la personne morale a agi» (Doc. Parl., Chambre, 1988-1989, n° 899/1, 53).

exception comme une erreur du législateur national⁽¹¹⁶⁾.

Sur le plan de la législation régionale, il est à signaler que le conseil régional wallon a commis la même erreur en insérant dans le décret du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution⁽¹¹⁷⁾ une disposition qui prévoit, elle aussi, des peines pour les personnes morales: «Sera puni d'une amende de mille francs le distributeur d'eau qui n'aura pas respecté les obligations qui lui sont imposées en application de l'article 29 du présent décret...» (article 59). Il est d'ailleurs très discuté que la Région wallonne soit compétente pour introduire une telle disposition. Cette disposition s'écarte, en effet, clairement du caractère personnel des peines prévu par l'article 39 du code pénal. En vertu de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 sur les réformes institutionnelles⁽¹¹⁸⁾, les Régions (et les Communautés) ne peuvent ériger en infractions les manquements à leurs dispositions et établir des peines punissant ces manquements que conformément au livre premier du code pénal.

3.5.1.2. Doctrine

Dans la doctrine, la responsabilité éventuelle pénale des personnes morales est très controversée. La discussion a surtout trait à deux points. D'abord se pose la question de savoir si la personne morale peut elle-même remplir l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire la faute (*culpa* ou *dolus*). Ensuite, on se demande si une telle culpabilité peut donner lieu à l'application de sanctions pénales infligées à la personne morale.

Une partie considérable de la doctrine refuse d'admettre l'existence d'une faute dans le chef d'une personne morale. Le fondement de cette opinion est très clairement précisé par le professeur Bodson: «Faute d'activité, de conscience et de volonté distinctes de la combinaison de celles des personnes physiques qui la composent, une personne morale ne peut être tenue pour responsable... dans un système subjectif qui fonde la gravité de ses infractions et la répression qui en résulte sur l'intention et la culpabilité manifestée par l'auteur de l'acte»⁽¹¹⁹⁾. En d'autres mots, une

⁽¹¹⁶⁾ Colaes, J.: «De onderneming: een uitdaging voor het recht». *RW*, 1979-1980, 2299; Constant, J.: *La responsabilité pénale non individuelle* (rapport général du X^e congrès international de droit comparé), Liège, Vaillant-Carmanne, 1978, 10; Delatte, P.: «La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge», *RDP*, 1980, p. 219; Matthijs, J.: «Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht», *RW*, 1975-1976, 386; Trousse, P. E.: «Sanctions pénales et personnes morales», *RDP*, 1975-1976, p. 726.

⁽¹¹⁷⁾ *M.B.*, 10.1.1986.

⁽¹¹⁸⁾ *M.B.*, 15.8.1980.

⁽¹¹⁹⁾ Bodson, P.-L.: *Manuel de droit pénal — Principes généraux de la répression*, Liège, faculté de droit de Liège, 1986, p. 344.

personne morale peut agir, mais pas sciemment et volontairement⁽¹²⁰⁾.

L'autre partie de la doctrine, qui accepte l'idée d'une sorte de culpabilité de la personne morale⁽¹²¹⁾, se divise sur la question de savoir si une sanction pénale peut être infligée à la personne morale.

La majorité des auteurs acceptant la culpabilité des personnes morales répondent affirmativement à cette question⁽¹²²⁾, en soulignant, bien entendu, la nécessité d'adapter et d'enrichir l'arsenal des sanctions pénales⁽¹²³⁾.

D'autres auteurs, tout en acceptant une sorte de culpabilité des personnes morales, refusent l'application des sanctions pénales et défendent soit un système de mesures⁽¹²⁴⁾, soit un système de sanctions civiles, fiscales ou administratives⁽¹²⁵⁾.

3.5.2. Jurisprudence de la Cour de cassation

Le point de départ de l'évolution jurisprudentielle est bien l'adage «*societas delinquere non potest*». Ce

⁽¹²⁰⁾ Voir dans ce sens, entre autres, Braas, A.: *Précis de droit pénal*, Bruxelles/Liège, Bruylant/Vaillant-Carmanne, 1946, 82; Haus, J. J.: *Principes généraux de droit pénal belge*, deuxième édition, t. 1, n° 257; Carsau, W.: «De rechtspersoon en het strafrecht — Een extra-penale oplossing», *RW*, 1980-1981, 338; Dupont, L., et Verstraeten R.: *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1990, 244-245; Legros, R.: «Avant-projet de code pénal», Bruxelles, *Moniteur belge*, 1985, 137-142; Verhaegen, J.: «Responsabilité pénale des personnes morales», *Ann. dr. Louvain*, 1983, 65.

⁽¹²¹⁾ L'idée de la culpabilité de la personne morale est basée sur la constatation, que «chacun se conduit et parfois pense autrement qu'il ne le ferait s'il ne se trouvait pas en relation étroite avec d'autres» (François, L.: «Implications du delinquere sed non puniri potest», *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1985, 202). De cette constatation se déduit la conception d'une volonté collective (voir Colaes, précité, 2301-2302).

⁽¹²²⁾ Il s'agit entre autres, de Colaes, 2321; D'Haenens, J.: «Sanctions pénales et personnes morales», *RDP*, 1975-1976, p. 739-740; Constant, précité, 29; Delatte, précité, 223; Matthijs, précité, 393-396; Trousse, précité, 728; De Swaef, M.: «Over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen» (note sous Anvers, 22.11.1984), *RW*, 1985-1986, 1852.

⁽¹²³⁾ La peine d'emprisonnement n'est évidemment point imaginable. Mais la peine d'amende, comme elle existe dans le droit belge actuel, doit aussi être rejetée, car elle est, en vertu de l'article 40 du code pénal, toujours accompagnée d'un emprisonnement subsidiaire (Trousse, précité, 720). Dans la doctrine, les peines purement patrimoniales, la nomination d'un curateur de la société, l'interdiction de contracter à l'étranger, l'interdiction de conclure certains contrats et la fermeture provisoire ou définitive de la société sont proposées (Colaes, précité, 2313; De Swaef, précité, 1851; Matthijs, précité, 394-396).

⁽¹²⁴⁾ Commission pour la révision du code pénal: *Rapport sur les principales orientations de la réforme* (juin 1979), Bruxelles, ministère de la Justice, 1979, 91; François, précité, 192-193.

⁽¹²⁵⁾ D'Haenens, J.: «Het economisch strafrecht», *TPR*, 1979, 868-870, mais seulement pour les délits de mise en danger; Hannequart, Y.: «Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise», *RDP*, 1968-1969, p. 487; Messinne, J.: «Le rôle du juge pénal belge en présence des problèmes économiques», *JT*, 1970, 431.

principe, n'étant pas explicité dans la législation ⁽¹²⁶⁾, est incontestablement accepté comme existant dans le droit belge par une doctrine ⁽¹²⁷⁾ et une jurisprudence ⁽¹²⁸⁾ unanimes. L'adage se laisse comprendre dans le cadre des idées individualistes du code pénal de 1867. la personne morale n'est qu'un être abstrait et fictif, de sorte que l'obligation de respecter des lois incombe aux êtres physiques qui ont agi pour la personne morale ⁽¹²⁹⁾.

Depuis plusieurs décennies, la personne morale est, toutefois, considérée comme une réalité juridique. En conséquence, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 26 février 1934 ⁽¹³⁰⁾, que les personnes morales doivent respecter elles-mêmes les lois et règlements au même titre que les personnes physiques.

Le pas suivant a été, logiquement, l'admission du fait que la personne morale peut être elle-même auteur de l'infraction. Dans un arrêt de 8 avril 1946 ⁽¹³¹⁾, la Cour de cassation considère pour la première fois qu'«une personne morale a commis l'infraction». Deux ans plus tard, R. Hayoit de Termicourt, procureur général près de la Cour de cassation, explicite cette évolution importante de la jurisprudence: «Une personne morale peut ... commettre, par son organe, aussi bien un fait qualifié d'infraction qu'un autre acte illicite ... Lorsque dans plusieurs de ses arrêts la Cour a affirmé qu'une société ne peut délinquer, ce qu'elle a voulu souligner, c'est que ... les peines prévues par le code pénal ne peuvent, en principe, être appliquées, dans l'état actuel de la législation, qu'à des personnes physiques» ⁽¹³²⁾. L'ancien adage a, par conséquent, été reformulé: «Societas delinquere potest, sed puniri non potest» ⁽¹³³⁾.

Dès lors, la portée actuelle de la jurisprudence de la Cour de cassation peut être résumée en trois points:

1) une personne morale peut commettre une infraction ⁽¹³⁴⁾;

⁽¹²⁶⁾ Quelques auteurs renvoient cependant à l'article 39 du code pénal, qui souligne le caractère individuel de l'amende («l'amende est prononcée individuellement contre chacun des condamnés à raison d'une même infraction»). Dans ce sens, notamment, Constant, J.: «La responsabilité pénale des personnes morales et de leurs organes en droit belge», *RIDP*, 1951, 601; Donckier de Donceel, J.: «Responsabilité pénale non individuelle», *Rapports belges au X^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 605.

⁽¹²⁷⁾ Voir les références chez Delatte, précité, 196, note 14.

⁽¹²⁸⁾ Voir la jurisprudence abondante citée par Bodson, précité, 342, note 1, et Delatte, précité, 196, note 15.

⁽¹²⁹⁾ Voir Deruyck, F.: «Societas delinquere non potest ... en wat dan nog? Over het ontbreken van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen naar Belgisch recht», *Panopticon*, 1991, sous presse.

⁽¹³⁰⁾ *Pas.*, 1934, I, 180.

⁽¹³¹⁾ *Pas.*, 1946, I, 136.

⁽¹³²⁾ Conclusion pour Cass., 16 décembre 1948, *JT*, 1949, 150.

⁽¹³³⁾ Voir, par exemple, D'Haenens, précité, (*RDP*, 1975-1976), 734.

⁽¹³⁴⁾ Voir en plus à ce sujet Delatte, précité, 200.

2) on ne peut cependant pas infliger une peine à la personne morale ⁽¹³⁵⁾;

3) la personne physique par laquelle la personne morale a agi, ou qui, chargée d'accomplir une obligation légale pour le compte de la personne morale, a négligé de le faire, doit être poursuivie et punie ⁽¹³⁶⁾.

3.5.3. Problèmes du droit belge de lege lata

Si la personne physique qui a agi ou négligé d'agir pour la personne morale doit être poursuivie et punie, il faut d'abord constater qui est exactement cette personne physique. Ici réside le grand problème du droit belge de lege lata. Les structures des sociétés modernes sont très complexes, et caractérisées par des délégations et des formes de décentralisation, par des compétences qui sont réparties horizontalement et verticalement et, surtout, par des décisions collégiales et non individuelles ⁽¹³⁷⁾. Cette situation constitue pour le ministère public des difficultés quasi insurmontables dans la recherche de la personne physique responsable ⁽¹³⁸⁾.

Même si on arrive à imputer l'infraction à une personne physique déterminée, il faut encore que cette personne, qui sera poursuivie dans le cadre du droit pénal classique individuel, ait agi ou négligé d'agir d'une manière fautive. Ici se cachent des nouveaux problèmes de preuve pour le ministère public. Les décisions, qui mènent la personne morale dans une situation délictueuse, sont, en effet, souvent prises collégialement et à la suite d'un vote secret. Il suffit, dès lors, qu'une voix négative ait été émise dans un organe collégial pour que tous les prévenus soient acquittés ⁽¹³⁹⁾.

En droit belge, les méthodes d'imputabilité ⁽¹⁴⁰⁾ légale ou conventionnelle essaient de remédier à ces problèmes. Dans le cas de l'imputabilité légale, la loi indique elle-même la personne physique qui doit être

⁽¹³⁵⁾ Cela est suffisamment illustré par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 1979 (*Pas.*, 1980, I, 177), qui casse un jugement du tribunal de police de Gedinne du 15 mars 1978, ce jugement ayant infligé à une SPRL une amende (et un emprisonnement subsidiaire).

⁽¹³⁶⁾ Déjà Cass., 5 mai 1902, *Pas.*, 1902, I, 231. Voir Deruyck, précité.

⁽¹³⁷⁾ Commission pour la révision du code pénal, précité, 94; Dejemeppe, B.: «Responsabilité pénale des personnes morales», *Ann. Dr. Louvain*, 1983, 70; De Swaef, M.: «Over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen» (note sous Bruxelles, 24.4.1985), *RW*, 1985-1986, 884.

⁽¹³⁸⁾ D'Haenens, J., précité (*RDP*, 1975-1976), p. 739.

⁽¹³⁹⁾ Cour d'appel de Bruxelles, 24 avril 1985, *Pas.*, 1985, II, 109.

⁽¹⁴⁰⁾ Voir la théorie de l'imputabilité de R. Legros dans, entre autres, «Imputabilité pénale et entreprise économique», *RDP*, 1968-1969, p. 365-385. Consulter aussi Bosly, H.-D., et Spreutels, J.-P.: «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *RDP*, 1983, p. 41 et suiv.

pour pénalement responsable⁽¹⁴¹⁾, tandis que, dans le cas de l'imputabilité conventionnelle, la loi laisse à la personne morale la faculté de (ou même l'oblige à) désigner cette personne physique⁽¹⁴²⁾. Toutefois, même dans ces hypothèses, la personne physique désignée n'est pas automatiquement responsable. Elle peut fournir la preuve qu'elle n'a pas agi ou négligé d'agir de manière fautive⁽¹⁴³⁾. En plus, le champ d'application de l'imputabilité légale et conventionnelle est plutôt restreint. Les problèmes ne sont, dès lors, que très partiellement résolus par ces méthodes d'imputabilité.

Enfin, même si on parvient à imputer l'infraction à une personne physique déterminée et que sa culpabilité est prouvée, encore faut-il se demander si la poursuite et la condamnation de cette personne physique a un effet préventif vis-à-vis de la personne morale. On ne peut exclure que la personne physique soit même payée par la société pour subir les peines⁽¹⁴⁴⁾.

3.5.4. Solutions du législateur belge

Le législateur belge a développé diverses solutions pour résoudre les problèmes que nous venons de décrire.

Dans beaucoup de lois spéciales, il a introduit la responsabilité civile de la personne morale pour les peines patrimoniales qui sont infligées à la personne physique qui a agi pour la personne morale⁽¹⁴⁵⁾. Il est évident que cette solution n'est pas satisfaisante, car elle suppose, elle aussi, la détermination de la personne physique. En plus, ce système peut être discuté, puisque la peine est payée par un tiers. Le caractère individuel de la peine (article 39 du code pénal) semble être violé dans ces cas.

Le législateur a aussi prévu des sanctions vis-à-vis de la personne physique, qui ont une influence directe et négative sur la personne morale, par exemple la

⁽¹⁴¹⁾ Par exemple: article 201, 3° bis-3° quater, du code de commerce (les gérants ou administrateurs); article 201, 3° ter, du code de commerce (les associés).

⁽¹⁴²⁾ Par exemple: article 2, paragraphe 2, de l'arrêté royal du 14 mars 1956 relatif à l'exécution de la loi du 4 août 1955 concernant la sûreté de l'État dans le domaine de l'énergie nucléaire (*M.B.*, 17.3.1956); article 20, paragraphe 1, de la loi du 22 juillet 1974 sur les déchets toxiques (*M.B.*, 1.3.1975).

⁽¹⁴³⁾ Colaes, J.: «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van mandatarissen van rechtspersonen», dans Dekeersmaeker, J. F., et Van Steenberge, J.: *Sociaal Strafrecht*, Anvers, Kluwer, 1984, 159 et 164.

⁽¹⁴⁴⁾ Voir, dans la doctrine allemande, Müller, E.: *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Cologne. Peter Deubner Verlag, 1985, 10.

⁽¹⁴⁵⁾ Par exemple: article 66, alinéa 1, de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce (*M.B.*, 30.7.1971), article 20 de la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique (*M.B.*, 22.6.1960); article 61 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (*M.B.*, 29.7.1975); article 17 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises (*M.B.*, 4.9.1975).

fermeture de l'établissement⁽¹⁴⁶⁾, la publication de la condamnation dans la presse ou par affichage⁽¹⁴⁷⁾, ou bien encore la confiscation des profits illégaux⁽¹⁴⁸⁾. Les objections relatives aux difficultés de détermination de la personne physique et de preuve de sa culpabilité restent incontestablement valables.

Le législateur a également essayé de sanctionner les infractions commises par des personnes morales en dehors du droit pénal. Deux exemples peuvent être cités.

D'abord, il faut citer l'article 55 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce. D'après cette disposition, le président du tribunal de commerce constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant un manquement aux pratiques du commerce, énumérées limitativement dans cet article. Il s'agit là d'une procédure civile afin de remédier à une infraction.

La loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique prévoit, en revanche, une procédure administrative très complexe pour réprimer les abus de puissance économique⁽¹⁴⁹⁾. Cette procédure peut, à la limite, aboutir à un arrêté royal qui constate l'abus et qui ordonne les mesures propres à y mettre fin (article 14, cinquième alinéa, de la loi).

Dans ces deux cas, il ne s'agit que d'une dépénalisation partielle. En effet, si le jugement de cessation n'est pas suivi ou si l'arrêté royal n'est pas respecté, une sanction pénale est prévue (respectivement article 62, premier alinéa, n° 1, de la loi du 14 juillet 1971

⁽¹⁴⁶⁾ Par exemple: article 9, paragraphe 5a, de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, déjà citée; article 29 de la loi du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement (*M.B.*, 26.7.1957).

⁽¹⁴⁷⁾ Par exemple, article 9, paragraphe 6, de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, déjà citée; article 65 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, déjà citée.

⁽¹⁴⁸⁾ Article 9, paragraphe 3, de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, déjà citée; article 65 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, déjà citée. La confiscation du bien illicite est devenue une sanction de droit pénal général depuis la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du code pénal et insérant un article 43 bis dans ce même code (*M.B.*, 15.8.1990). Voir, à ce sujet, De Swaef, M.: «De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven», *RW*, 1990-1991, 491-493.

⁽¹⁴⁹⁾ Selon l'article 1^{er} de la loi, la puissance économique est définie comme «le pouvoir que possède une personne physique ou morale agissant isolément, ou un groupe de ces personnes agissant de concert, d'exercer sur le territoire du royaume, par des activités industrielles, commerciales, agricoles ou financières, une influence prépondérante sur l'approvisionnement du marché de marchandises ou de capitaux, sur le prix ou la qualité d'une marchandise ou d'un service déterminé». En vertu de l'article 2 de la loi constitue un abus d'une telle puissance économique, la situation où «une ou plusieurs personnes, détentrices de puissance économique, portent atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou qui restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs, soit le développement de la production ou des échanges».

et article 18 de la loi du 27 mai 1960). Cette sanction pénale ne peut, en droit pénal belge, être infligée qu'à une personne physique. Et les problèmes, déjà exposés ci-dessus (point 3.5.3), resurgissent une fois encore...

Une dernière méthode pour remédier à ces problèmes consiste, notamment, en la construction des sanctions extrapénales. C'est bien ici que les sanctions ou transactions administratives trouvent leur place. Le législateur n'a pas essayé de cacher le fait que ces systèmes de droit punitif administratif ont l'avantage d'être applicables aux personnes morales comme aux personnes physiques (voir la réponse à la question 2.2.1).

Deuxième question: *Une responsabilité autonome des organes des personnes morales existe-t-elle?*

La responsabilité des organes dans le cadre du droit pénal doit être comprise dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de cassation, étudiée ci-dessus. Il faut examiner, notamment, si l'organe peut être considéré comme la personne physique par laquelle la personne morale a agi ou qui, chargée d'accomplir une obligation légale pour le compte de la personne morale, a négligé de le faire.

Nous avons décrit que la désignation de cette personne physique pose des problèmes de preuve considérables. À défaut de dispositions légales ou conventionnelles, ce sera le juge qui devra chercher la personne physique à laquelle l'infraction doit être imputée. Deux directives peuvent être formulées à son aide.

En premier lieu, il ne s'agit pas nécessairement de la personne physique qui a commis les actes délictueux. Au contraire, il est important que la personne physique pénalement responsable ait exercé une certaine direction, une certaine autorité à l'occasion de l'infraction. La Cour de cassation a, déjà en 1932, décidé qu'«il est indifférent qu'il (l'administrateur) se soit déchargé en fait, sur un domestique ou un préposé, de l'exécution matérielle de cette obligation»⁽¹⁵⁰⁾. Il n'est cependant pas exigé que la personne physique soit un organe: selon la Cour de cassation, des organes, des préposés ou mandataires peuvent être considérés comme les personnes physiques pénalement responsables⁽¹⁵¹⁾.

En second lieu, le fait d'être un organe ou d'avoir eu une fonction de direction ne signifie pas automatiquement qu'on doit être poursuivi et sanctionné à cause de l'infraction commise par la personne morale. Dans un arrêt du 9 octobre 1984, la Cour de cassation a précisé que le juge doit constater le fait personnellement commis par l'organe ou le préposé, ainsi que les

circonstances de fait d'où il apparaîtrait que la personne morale a agi par cet organe ou ce préposé⁽¹⁵²⁾.

La responsabilité des organes dans le cadre du droit punitif administratif ne pose pas de problèmes particuliers. Les sanctions ou transactions administratives étant applicables aux personnes morales comme aux personnes physiques, il incombe à l'autorité administrative compétente de s'adresser à la personne morale ou à la personne physique.

Toutefois, si l'infraction suppose une certaine qualité, par exemple celle de propriétaire, d'entrepreneur, d'employeur, etc., cette qualité existera presque toujours au niveau de la personne morale. Dans ces cas, la personne morale sera donc soumise au système de droit punitif administratif.

Il faut aussi mentionner la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales⁽¹⁵³⁾. Selon l'article 3 de cette loi, «l'amende administrative n'est applicable qu'à l'employeur, même si l'infraction a été commise par un préposé ou un mandataire». Ici, même si l'infraction ne suppose pas une qualité quelconque, ce sera quand même toujours à la personne morale que l'autorité administrative devra s'adresser.

3.6. PARTICIPATION ET TENTATIVE

Question: *Quelles sont les règles de fond applicables au concours de personnes dans l'infraction ainsi que celles de la tentative?*

Deux questions sont de la sorte posées: la participation et la tentative.

3.6.1. Participation

Les lois étudiées étant des lois particulières soumises au régime de l'article 100 du code pénal, les règles de la participation prévues par le code pénal ne sont, en principe, pas applicables en la matière. Les lois particulières peuvent, toutefois, contenir des dispositions contraires. Toutes les lois étudiées prévoient des dispositions rendant le chapitre relatif à la participation applicable aux infractions qu'elles incriminent, si bien que les principes du code pénal s'appliquent.

Il faut même constater que certaines lois étendent les règles de droit commun. L'article 227 de la loi sur les douanes et accises dispose que ceux qui seront convaincus d'avoir participé comme assureurs, comme ayant fait assurer ou comme intéressés d'une manière quelconque à un fait de fraude seront passibles des peines établies contre les auteurs, sans préjudice des articles 66, 67, 69 et 505 du code pénal. L'article 10,

⁽¹⁵⁰⁾ Cass., 25 mai 1932, *Pas.*, 1932, I, 170.

⁽¹⁵¹⁾ Cass., 15 septembre 1981, *RW*, 1981-1982, 1123, note de Bosly; Cass., 9 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, 194; Cass., 25 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 884; Cass., 23 mai 1990, *JLMB*, 1990, 1373.

⁽¹⁵²⁾ Cass., 9 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, 194.

⁽¹⁵³⁾ *M.B.*, 13.7.1971.

paragraphe 1, troisième alinéa, de la loi sur la réglementation économique et les prix dispose que les complices sont punis des peines prévues pour les auteurs des infractions, cela par dérogation à l'article 69 du code pénal, qui prévoit pour les complices une peine inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient auteurs.

L'application de ces règles de droit commun et des règles dérogatoires n'est naturellement possible que si les conditions mises par le code pénal pour que la participation soit punissable sont réunies en l'espèce.

Parmi ces règles, il faut relever que la participation ne se conçoit pas en matière de délits d'imprudence⁽¹⁵⁴⁾. Si on conclut donc à l'inexistence d'infractions matérielles et si l'on érige la négligence comme condition minimale en matière de culpabilité (question 3.3), il faut admettre que pour les infractions, fort nombreuses dans les lois étudiées, qui n'exigent pas une conduite intentionnelle, la participation punissable ne se conçoit pas. En revanche, à l'époque où la jurisprudence admettait l'existence d'infractions matérielles, elle avait conçu la possibilité d'une participation à ces infractions si le dessein d'y prendre part existait⁽¹⁵⁵⁾. Toutefois, même en cas de délinquance par négligence occasionnant un dommage, on peut réprimer non seulement la faute, qui a causé directement le dommage, mais aussi la faute de ceux qui, par des actes constituant une faute commune ou non commune, ont contribué à causer le dommage⁽¹⁵⁶⁾.

Il faut aussi souligner que, si les infractions des lois étudiées donnent lieu à des poursuites pénales, les personnes qui auront été condamnées comme auteurs ou complices d'infractions prévues en matière fiscale, tant par le code des impôts sur les revenus (article 348) que par la loi générale sur les douanes et accises (article 266), sont obligatoirement tenues au paiement de l'impôt éludé. Cette disposition ne présente pas le caractère d'une peine, mais constitue une mesure à caractère civil destinée à faire payer une somme correspondant au bénéfice indûment réalisé⁽¹⁵⁷⁾. De même, dans le cas de poursuites pénales, l'article 227 de la loi sur les douanes et accises dispose que les condamnations à l'amende (et aux frais) seront toujours prononcées solidairement contre les délinquants et les complices. Cette solidarité concerne, dans ce cas, une peine et a à nouveau trait au caractère mixte des amendes en cette matière, rétributives, d'une part, et restitutives, d'autre part. Ces formes de solidarité n'existent pas dans le cas où l'administration propose une transaction ou inflige une amende.

⁽¹⁵⁴⁾ Cass., 15 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, 185.

⁽¹⁵⁵⁾ Cass., 16 octobre 1939, *Pas.*, 1939, I, 117.

⁽¹⁵⁶⁾ Dupont et Verstraeten, précité, n° 567, p. 316.

⁽¹⁵⁷⁾ Rozie: «Krachlijnen van het materiële fiscale strafrecht na de hervormingen van 1980 en 1986», *Actuele problemen van strafrecht*, p. 146-147.

Il faut aussi souligner que, en matière d'amendes administratives applicables en cas d'infractions aux lois sociales, l'article 3 de la loi dispose expressément que l'amende n'est appliquée qu'à l'employeur, même si l'infraction a été commise par un préposé ou un mandataire. Une règle de ce genre constitue, en fait, une exclusion des règles de droit commun en matière d'imputabilité et même de participation. Elle n'est pas applicable en cas de poursuites du chef d'une même infraction que celle pouvant donner lieu à une amende administrative devant les juridictions répressives⁽¹⁵⁸⁾. Lorsque des poursuites pénales sont engagées, il est généralement admis que le mandataire et le préposé peuvent être condamnés à condition qu'ils disposent de l'autorité et de la compétence nécessaires pour veiller à l'application de la loi⁽¹⁵⁹⁾. Il existe donc, sur ce point, une différence entre les poursuites pénales et la voie administrative. Pour le reste, la règle de l'article 3 de la loi consacre la règle de droit pénal social d'exclusion de la responsabilité pénale du travailleur⁽¹⁶⁰⁾.

Il faut, par ailleurs, constater que, dans les incriminations des lois étudiées, l'énonciation des personnes et des comportements punissables est à ce point large qu'elle permet d'y englober des personnes et des comportements qui ne sont pas toujours de nature de tomber sous l'application du droit commun en matière de corréité ou de complicité. On peut, à ce sujet, citer l'exemple de la loi relative à la protection de la santé des consommateurs, qui punit, d'une part, celui qui fabrique ou importe et, d'autre part, celui qui, sans être le fabricant ou l'importateur, introduit dans le commerce des denrées alimentaires en enfreignant la législation (articles 13 à 15).

En conclusion, il existe donc, en matière de concours de plusieurs personnes dans l'infraction, des différences selon que les infractions des lois étudiées donnent lieu à des poursuites pénales ou à des amendes ou transactions administratives. Les règles fondamentales de la participation sont cependant en vigueur dans les deux cas.

3.6.2. Tentative

Les règles de la tentative prévues par le code pénal sont, en principe, applicables dans les lois étudiées. Ces règles exigent qu'en matière de délits la loi détermine dans quels cas et de quelles peines la tentative est punie (article 53 du code pénal). Cette règle est exigeante et la majorité des infractions concernées par cette étude sont assurément des délits.

⁽¹⁵⁸⁾ Cass., 28 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, 713.

⁽¹⁵⁹⁾ Cass., 15 septembre 1981, *RW*, 1981-1982, 1123, note de Bosly.

⁽¹⁶⁰⁾ Bosly H.: «Dix années de droit pénal social 1971-1981. Étude de jurisprudence et de législation», *JTT*, 1983, 125-137, n° 44.

Il faut toutefois observer que, dans certains cas, la tentative est assimilée à l'infraction consommée (article 220 de la loi sur les douanes et accises) et que, dans de nombreux cas, les incriminations des lois concernées sont très larges ou ont trait à des infractions de mise en danger, à des délits-obstacles ou même à des actes purement préparatoires qui font qu'en cette matière, l'auteur est généralement punissable dans un premier stade de la trajectoire de l'infraction. Cela est particulièrement le cas dans la législation tendant à la protection de la santé publique. La loi sur les médicaments autorise le roi à réglementer l'information et la remise des médicaments sous forme d'échantillons (articles 11 et 12). Tout médicament est soumis à enregistrement avant d'être mis dans le commerce (article 6). La présentation et la dénomination des produits visés par la loi sont réglementées. On peut dire que, par toute une série d'incriminations, le législateur remonte dans l'iter criminis et punit à un stade où les agissements prohibés n'ont pas encore engendré une atteinte effective. L'intervention répressive en la matière progresse vers des stades antérieurs à la délivrance de médicaments corrompus, même à la vente ou à l'exposition en vente. Il convient, par ailleurs, d'observer que la loi sur les médicaments réserve la possibilité du choix entre les poursuites pénales et la voie administrative au type d'incriminations des actes de préparation (article 17). De même, la possibilité des deux alternatives de la loi relative aux aliments médicamenteux pour animaux (article 16, paragraphe 1) ne concerne pas les faits de production ou de commercialisation sans autorisation préalable (article 11, paragraphe 4). En revanche, les autres lois touchant la même matière, la loi relative à la protection de la santé des consommateurs, la loi concernant l'expertise et le commerce de viande et la loi relative à la santé des animaux ouvrent la possibilité de la voie administrative pour des faits qui ont pu engendrer ou ont engendré une atteinte effective. Dans les autres lois étudiées touchant d'autres matières que la santé publique, la possibilité d'amendes ou de transactions administratives existe aussi à l'égard d'incriminations des actes d'exécution.

En conclusion, on peut relever certains cas de lois touchant la santé publique dans lesquelles la possibilité d'amendes ou de transactions administratives est uniquement réservée à des incriminations d'actes se situant à des stades antérieurs de l'iter criminis, n'ayant pas encore engendré une atteinte effective. Dans la plupart des cas, le législateur laisse cependant ladite possibilité également pour des incriminations d'actes d'exécution.

3.7. SANCTIONS

Question: *Quelles sont les sanctions prévues pour de telles infractions, à titre de sanctions principales et de sanctions accessoires?*

Les lois étudiées prévoient en cas de poursuites pénales, selon les cas, l'obligation ou la possibilité pour le

juge de prononcer les peines classiques de l'emprisonnement et de l'amende et d'infliger des peines accessoires.

Dans certains cas, le juge ne dispose pas d'un grand pouvoir d'appréciation, son choix se limitant à moduler les peines entre le minimum et le maximum prévu par la loi. C'est le cas dans le domaine de la fraude des droits de douanes et accises, la législation remontant à une époque où le législateur fixait de manière rigide les limites du pouvoir d'appréciation du juge. À présent, le législateur laisse au juge un large éventail de peines. Si, en droit pénal commun, cet éventail est surtout destiné à permettre au juge d'individualiser sa sentence, on peut dire que, dans les lois étudiées, il y a non seulement cette considération qui a inspiré le législateur, mais aussi la volonté d'imposer une politique dans un domaine déterminé de la vie en société. En droit pénal économique et en droit pénal de l'environnement par exemple, les lois étudiées veulent rétablir le dommage causé par l'infraction. Les peines accessoires consistant dans le paiement du bénéfice indûment réalisé et la remise des lieux en état, qui est une mesure de caractère civil, poursuivent ce but. En droit pénal fiscal et financier, il a déjà été insisté à plusieurs reprises sur le caractère rétributif et restitutif des peines pécuniaires. Les peines et les mesures prévues par les lois particulières sont donc des moyens d'action entre les mains des pouvoirs publics, ce qui cadre avec la nature même des lois pénales particulières.

Les peines prévues par les principales lois étudiées en cas de poursuites pénales sont les suivantes:

1) en droit pénal financier et fiscal:

- pour la fraude des droits du Trésor: emprisonnement de quatre mois à un an, confiscation des marchandises et des moyens de transport, et amende égale au décuple des droits fraudés (articles 220 à 222 de la loi sur les douanes et accises);
- pour la contravention aux dispositions du code des impôts sur les revenus: emprisonnement de huit jours à un an, amende de 10 000 à 50 000 francs belges (ou l'une de ces peines seulement), interdiction temporaire facultative d'exercer une profession de conseiller fiscal, fermeture temporaire facultative d'établissements, publication facultative de la condamnation (articles 339, 345 et 349 du CIR);
- pour les infractions en matière de contrôle des changes: emprisonnement de quatre mois à deux ans, amende de 5 000 à 1 000 000 de francs belges (ou l'une de ces peines seulement), confiscation des biens ayant fait l'objet de l'infraction, des moyens de transport et des bénéfices (article 5 de l'arrêté-loi relatif au contrôle des changes);

2) en droit pénal économique: emprisonnement de un mois à cinq ans, amende de 100 à 1 000 000 de francs belges (augmentée des décimes additionnels)

(ou l'une de ces peines seulement), confiscation des produits qui font l'objet de l'infraction, retrait facultatif du bénéfice indûment réalisé, fermeture temporaire facultative d'établissements, publication facultative de la condamnation, interdiction temporaire ou définitive facultative d'exercer la profession ou le commerce (article 9 de la loi sur la réglementation économique et les prix);

- 3) en droit pénal de l'environnement: par exemple emprisonnement de un à six mois, amende de 100 à 5 000 francs belges (augmentée des décimes additionnels) (ou l'une de ces peines seulement), confiscation obligatoire, enlèvement et remise des lieux en état (articles 60, 62 et 63 du décret wallon sur la conservation de la nature);
- 4) en droit pénal social: par exemple, emprisonnement de huit jours à un mois et amende de 26 à 500 francs belges (majorée des décimes additionnels) (ou l'une de ces peines seulement) en cas de fraude d'allocations de chômage (article 261 de l'arrêté royal relatif à l'emploi et au chômage);
- 5) en droit pénal de la santé publique: par exemple emprisonnement de un mois à un an et amende de 100 à 15 000 francs belges (majorée des décimes additionnels) (ou l'une de ces peines seulement), confiscation par mesure de salubrité publique (articles 15 et 18 de la loi relative à la protection de la santé des consommateurs).

Les sanctions administratives dans les cas similaires sont:

- 1) en droit pénal financier et fiscal:
 - pour la fraude des droits du Trésor: une transaction administrative (article 263 de la loi sur les douanes et accises);
 - pour la contravention aux dispositions du code des impôts sur les revenus: un accroissement d'impôt selon une échelle fixée par arrêté royal et allant de 10 à 200 % des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés, une amende administrative de 200 à 10 000 francs belges, la perte temporaire du droit de représenter les contribuables (articles 334 à 336 du CIR);
 - pour les infractions en matière de contrôle des changes: une transaction administrative (article 6 de l'arrêté-loi relatif au contrôle des changes);
- 2) en droit pénal économique: une transaction administrative de 1 000 à 200 000 francs belges (article 2 de l'arrêté royal du 10 octobre 1993);
- 3) en droit pénal social: pour le cas envisagé ci-dessus de fraude d'allocations de chômage, une amende administrative de 10 000 à 100 000 francs belges (article 1^{er} bis de la loi relative aux amendes administratives);
- 4) en droit pénal de la santé publique: une transaction administrative dont le montant ne peut être inférieur au minimum ni supérieur au décuple du minimum de l'amende pénale majorée des décimes

additionnels (article 19 de la loi relative à la protection de la santé des consommateurs);

- 5) en droit pénal de l'environnement: pour le cas envisagé ci-dessus, une amende administrative de 1 000 à 20 000 francs belges (arrêté de l'exécutif régional wallon du 16 novembre 1984).

En conclusion, on peut dire qu'il existe une nette différence entre les sanctions et transactions administratives, qui, à une exception près, constituent dans tous les cas des atteintes au patrimoine, et les poursuites pénales, qui, elles, peuvent donner lieu à des peines portant atteinte au patrimoine, mais aussi à la liberté physique et morale ainsi qu'à l'honneur.

3.8. CRITÈRES DE DÉTERMINATION DES SANCTIONS

Question: *Quels sont les critères de détermination de telles sanctions par l'autorité compétente pour les infliger?*

Dans le cas où les infractions des lois étudiées donnent lieu à des poursuites pénales, le juge dispose en principe d'un large pouvoir d'appréciation dans la détermination des sanctions qu'il inflige, sous la réserve de certaines lois ressortissant à la législation réprimant les fraudes des droits de douanes et accises. Par exemple, en cas d'infraction à certaines dispositions des lois concernant les débits de boissons fermentées, la fermeture du débit doit être prononcée obligatoirement ⁽¹⁶¹⁾.

Le juge peut individualiser sa décision au niveau de la sanction en ordonnant la suspension du prononcé de la condamnation ou en appliquant des circonstances atténuantes. De même, il peut individualiser sa décision au niveau de l'exécution de la sanction.

L'admission de circonstances atténuantes, lorsqu'elle est autorisée par la loi, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond ⁽¹⁶²⁾.

De même, la loi concernant la suspension, le sursis et la probation n'impose aucune obligation au juge, mais lui reconnaît la faculté d'ordonner la suspension du prononcé de la condamnation ou d'accorder un sursis à l'exécution des peines, si les conditions déterminées par la loi sont remplies ⁽¹⁶³⁾.

On a pu dire avec raison que ces deux instruments d'individualisation judiciaire ont fait des juges qui en bénéficient de véritables souverains ⁽¹⁶⁴⁾.

Nous étudierons à présent les deux instruments principaux de détermination de la sanction en cas de

⁽¹⁶¹⁾ Cass., 10 octobre 1955, *Pas.*, 1956, I, 109.

⁽¹⁶²⁾ Cass., 9 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, 144.

⁽¹⁶³⁾ Cass., 8 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 153.

⁽¹⁶⁴⁾ Bodson, précité, p. 495.

poursuites pénales, en attirant l'attention sur leur caractère pertinent lors de la décision de la personne à laquelle une proposition de transaction est adressée d'accepter ou de refuser cette proposition. Ensuite, nous examinerons les critères de détermination des amendes et des transactions administratives.

3.8.1. Application de circonstances atténuantes

Avant d'aborder les sous-questions, il a été exposé ci-dessus que les lois étudiées sont des lois particulières. Aux termes de l'article 100 du code pénal, l'article 85 du même code, qui donne au juge la possibilité d'appliquer des circonstances atténuantes en matière de délit, ne s'applique en principe pas aux lois particulières. Cette exclusion revient à dire que le juge ne peut, en principe, en cas de poursuites pénales, faire application d'une des trois possibilités suivantes: infliger une peine inférieure au minimum prévu par la loi; substituer une peine d'amende à une peine d'emprisonnement dans un cas où l'emprisonnement seul est appliqué; prononcer l'une ou l'autre de ces peines dans l'hypothèse où elles sont toutes deux prévues. Toutefois, les lois particulières peuvent déroger à cette exclusion à condition de prévoir expressément l'application de l'article 85 du code pénal. Les lois particulières contiennent généralement une telle dérogation. Toutes les lois étudiées contiennent des dispositions sur ce point et rendent donc possible l'application de circonstances atténuantes. C'est également le cas de l'article 347 du CIR, qui dispose expressément que l'article 85 est applicable, alors que par le passé la doctrine⁽¹⁶⁵⁾ considérait que l'article 100, alinéa 2, du code pénal, qui a été abrogé par la loi du 4 août 1986, s'opposait à la réduction des amendes établies pour assurer la perception des peines pécuniaires.

Cette règle souffre, toutefois, une exception dans le domaine de la répression de la fraude des droits de douanes et accises: par exemple, la loi du 12 juillet 1978 relative au régime des alcools⁽¹⁶⁶⁾ et l'arrêté royal du 3 avril 1953 portant coordination des dispositions légales en matière de débits de boissons fermentées⁽¹⁶⁷⁾ ne prévoient nullement l'application de l'article 85 du code pénal. Il n'est donc pas possible au juge d'infliger une peine d'emprisonnement inférieure au minimum prévu par la loi ou de réduire le montant des amendes dans ces cas.

L'exclusion de l'application de circonstances atténuantes dans cette partie du droit pénal fiscal a été justifiée par le caractère mixte que présentent les peines pécuniaires y visées, à la fois rétributives et restitutives. Cependant, elle a parfois comme conséquence d'obliger le juge à prononcer une peine

d'emprisonnement. On peut supposer que cette éventualité jouera un rôle au moment où l'auteur reçoit de l'administration une transaction qui peut mettre fin à l'action publique.

3.8.2. Suspension du prononcé et sursis à l'exécution

Une autre question d'importance en matière de sanctions en cas de poursuites pénales est l'application éventuelle de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

Cette loi autorise le juge, dans les conditions qu'elle énumère, à ordonner la suspension du prononcé de la condamnation ou le sursis à l'exécution des peines (articles 3 et 8 de la loi). La suspension et le sursis peuvent être prononcés avec ou sans condition de probation.

Le juge pénal peut, de cette manière, individualiser la sanction qu'il prononce.

Cette loi est d'application dans le domaine étudié. Depuis la loi du 4 août 1986, la suspension et le sursis sont également applicables en cas d'infraction à des dispositions établies pour assurer la perception des droits fiscaux. Cependant, il convient aussi d'attirer l'attention sur les exceptions prévues par l'article 20, paragraphe 2, de la loi du 29 juin 1964. Parmi ces exceptions, on retrouve l'arrêté royal du 3 avril 1953 coordonnant les dispositions légales concernant les débits de boissons fermentées. Par conséquent, la suspension de la condamnation et la condamnation avec sursis ne s'appliquent pas aux peines pécuniaires comminées par ces lois coordonnées⁽¹⁶⁸⁾.

Le mode des poursuites des infractions à ces lois, y compris le droit de transiger de l'administration, est régi par les dispositions de la loi générale sur les douanes et accises. On peut, dès lors, supposer, tout comme observé lors de l'examen de l'application éventuelle de circonstances atténuantes, que l'auteur présumé des faits punissables, auquel l'administration propose une transaction en vue de mettre fin à l'action publique, tiendra compte de l'impossibilité légale de bénéficier de la suspension ou du sursis avant de refuser cette transaction administrative. De plus, il faut attirer l'attention sur le fait que, en dehors de l'exception prévue par la loi du 29 juin 1964, la jurisprudence a décidé que le sursis à l'exécution de la condamnation est incompatible avec le caractère réel de certaines peines. C'est pourquoi il a été jugé que la condamnation à la confiscation de la marchandise ayant fait l'objet d'une importation ou d'une tentative d'importation sans déclaration et au paiement de la contre-valeur de cette marchandise en cas de non-reproduction de celle-ci ne peut être prononcée avec sursis⁽¹⁶⁹⁾.

(165) Declercq, précité, *Acta Falconis*, faculté de droit, université catholique de Louvain, p. 13-15.

(166) Cass., 1^{er} décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 446.

(167) Anvers, 28 septembre 1989, *RW*, 1989-1990, 516.

(168) Cass., 10 octobre 1955, *Pas.*, 1956, I, 109; Anvers, 12 janvier 1989, *RW*, 1989-1990, 1065, et note de D. Merckx.

(169) Cass., 14 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, 1112, et conclusions de B. Janssens de Bisthoven.

3.8.3. Détermination des amendes administratives

En matière d'impôts sur les revenus, l'arrêté royal du 7 janvier 1981⁽¹⁷⁰⁾ établit une échelle des accroissements d'impôts, selon les cas où le contribuable n'a pas fait de déclaration ou a fait une déclaration incomplète ou inexacte, d'après l'intention ou l'absence d'intention du contrevenant d'éluider l'impôt, l'existence de circonstances indépendantes de la volonté du contribuable, la perpétration simultanée d'autres infractions (faux en écritures, usage de faux, corruption ou tentative de corruption de fonctionnaire). D'après des graduations déterminées par arrêté royal, les accroissements peuvent aller de 10 à 200 %. En l'absence de mauvaise foi, il peut être renoncé au minimum de 10 % d'accroissement (article 334 du CIR).

Dans la même matière, la législation ne contient aucune disposition permettant de dire sur quels critères le fonctionnaire délégué se base pour fixer le montant des amendes administratives qui peuvent varier de 200 à 10 000 francs belges (article 335 du CIR).

De même, les textes de loi relatifs au droit du ministre des Finances de refuser, pour une période qui n'excède pas cinq ans, le droit de représenter des contribuables en qualité de mandataire ne permettent pas de préciser les critères qui sont utilisés à ce sujet (article 336 du CIR).

En matière d'amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales, la loi distingue quatre catégories d'infractions en ce qui concerne le montant des amendes administratives. Celles-ci peuvent, selon les cas, varier de 1 000 à 50 000, de 15 000 à 75 000, de 10 000 à 100 000 et de 15 000 à 100 000 francs belges.

Les amendes peuvent être multipliées par le nombre de personnes pour lesquelles les dispositions légales ont été violées sans que leur montant puisse excéder 800 000 francs belges pour la première catégorie d'infractions et 1 000 000 de francs belges pour les autres catégories. En cas de concours de plusieurs infractions de la première catégorie, les montants sont cumulés sans qu'ils puissent excéder la somme de 800 000 francs belges. En cas de concours de plusieurs infractions de la première catégorie avec une ou plusieurs infractions des autres catégories, les montants sont également cumulés sans qu'ils puissent excéder la somme de 1 800 000 francs belges (articles 1^{er}, 1^{er} bis, 11 et 12 de la loi).

L'arrêté de l'exécutif régional wallon portant exécution du système de sanctions administratives prévues par le décret wallon sur la conservation de la nature dispose que l'amende administrative varie de 1 000 à 20 000 francs belges, sans aucune précision permettant de dire sur quels critères le directeur général compétent se fonde pour en déterminer le montant.

⁽¹⁷⁰⁾ M.B., 31.1.1981.

3.8.4. Détermination des transactions administratives

En droit pénal financier et fiscal, ni l'article 263 de la loi sur les douanes et les accises ni l'article 6 de l'arrêté-loi relatif au contrôle des changes ne contiennent de précisions au sujet des montants minimal et maximal des transactions administratives. La situation dans ce domaine est encore moins certaine que dans d'autres secteurs, où la loi ou les arrêtés d'exécution, tout en ne précisant pas les critères de détermination des sanctions, prévoient au moins un montant minimal et un montant maximal. On ne peut donc que formuler des supputations au sujet des éléments pris en compte par les autorités compétentes. Dans un avis rendu dans une autre matière, le Conseil d'État a cru pouvoir dire que les pénalités en matière de douanes et d'accises ne sont pas susceptibles de varier selon les circonstances propres à l'espèce, et notamment la personnalité du délinquant, étant en réalité liées au montant des droits que l'administration a pour mission de percevoir⁽¹⁷¹⁾. Il s'agit peut-être là d'un des critères servant aussi à déterminer le montant des transactions.

En droit pénal économique, l'arrêté royal du 10 octobre 1983 portant exécution du système de transactions administratives en cas d'infractions visées par la loi sur la réglementation économique prévoit uniquement la fourchette du minimum et du maximum de la transaction, pouvant varier de 1 000 à 200 000 francs belges, et la possibilité de cumul en cas de concours de plusieurs infractions avec un plafond fixé à 500 000 francs belges. Aucune précision n'est fournie au sujet des critères de détermination du montant de la transaction.

Les diverses lois relevant du droit de la santé publique prévoient des transactions administratives dont le montant peut varier selon les variations prévues pour les amendes pénales (article 19 de la loi relative à la protection de la santé des consommateurs, article 17 de la loi sur les médicaments, article 16, paragraphe 4, de la loi relative aux aliments médicamenteux pour animaux, article 12 bis, paragraphe 4, de la loi concernant l'expertise et le commerce de viandes, et article 27 de la loi sur la santé des animaux). Le montant de la transaction dépend donc de celui de l'amende prévue pour la disposition légale violée. Les mêmes lois prévoient qu'en cas de concours d'infractions les montants des transactions sont cumulés sans qu'ils puissent, toutefois, excéder le double du maximum.

Le montant de la transaction administrative pour certaines infractions en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme est fixé de manière forfaitaire (arrêté royal du 4 février 1975 et articles 328 et 329 du code wallon relatif à la procédure transactionnelle).

⁽¹⁷¹⁾ Conseil régional wallon, session 1983-1984, n° 89-1, p. 11-12.

Enfin, la loi sur les entreprises de gardiennage se limite à prévoir une transaction administrative pouvant varier de 1 000 à 1 000 000 de francs belges sans autre précision.

En conclusion, on peut dire que, sauf rares exceptions, la législation ne contient aucun critère permettant de déterminer la sanction (amende ou transaction), et plus particulièrement son montant. De plus, peu de lois contiennent des distinctions selon les dispositions de la loi violée. Cet état de choses a été regretté à plusieurs reprises par le Conseil d'État ⁽¹⁷²⁾.

Certes, il est exact que la loi n'énonce pas non plus des critères de détermination des peines lorsque les infractions des lois étudiées donnent lieu à des poursuites pénales, alors que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Il faut regretter cette situation, qui semble cependant encore plus critiquable dans le cas où la détermination de la sanction ne relève pas d'un juge offrant les garanties d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire, mais, en premier lieu, d'une autorité administrative.

3.9. EXTINCTION DE L'ACTION DE POURSUITE ET DE RÉPRESSION

Question: *L'extinction de l'infraction et/ou de la sanction par effet du temps écoulé (prescription de l'infraction et de la sanction) est-elle prévue?*

La plupart des infractions visées dans les lois étudiées constituent des délits. L'action publique est prescrite dans leur cas après trois ans à compter du jour où l'infraction est commise. Dans les cas où les infractions sont continues (par exemple, en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme ou d'environnement), la prescription ne commence à courir que lorsque l'état de choses délictueux a cessé. Dans le cas où plusieurs infractions constituent l'exécution successive d'une même résolution délictueuse, la prescription ne commence à courir, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci. La prescription de l'action publique peut être interrompue par des actes d'instruction ou de poursuite accomplis dans le délai initial. Ces actes font courir un délai d'égale durée. Enfin, il faut noter que la prescription de l'action publique est suspendue lorsqu'un obstacle légal empêche le jugement de l'action publique (articles 21, 22 et 24 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale).

Les peines correctionnelles se prescrivent, en général, par cinq années révolues, à compter de la date de l'arrêt ou du jugement rendu en dernier ressort, ou à compter du jour où le jugement rendu en première instance ne pourra plus être attaqué par la voie de l'appel (article 92 du code pénal).

3.9.1. Transactions administratives

Les délais d'application en cas de poursuites pénales sont importants dans le cas de transactions administratives. En effet, il ne faut pas perdre de vue que si l'intéressé ne fait pas droit à la proposition transactionnelle, des poursuites pénales seront intentées dans le cas de plusieurs lois.

C'est pourquoi l'arrêté royal du 10 octobre 1983 portant exécution du régime de transactions administratives prévu par la loi sur la réglementation économique et les prix dispose que toute proposition de paiement est envoyée au contrevenant dans un délai de six mois à partir de la date du procès-verbal et que, en cas de non-paiement dans le délai indiqué dans la proposition de paiement, le procès-verbal est transmis au procureur du roi (articles 5 et 6). L'arrêté royal du 14 août 1989 portant exécution du système de transactions administratives prévu par la loi relative à la protection de la santé des consommateurs prévoit un système analogue, si ce n'est que le délai pour l'envoi de la proposition de transaction n'est que de trois mois (articles 3 et 5);

Les mêmes problèmes de comptage de délai se posent aussi dans la matière des douanes et accises et du contrôle des changes, puisqu'il est, dans ces domaines, aussi vraisemblable que, en cas de non-acceptation de la proposition de transaction, des poursuites pénales seront intentées et qu'il faut à ce sujet respecter les règles de droit commun rappelées ci-dessus.

Ces deux lois se distinguent, toutefois, des lois précédentes, parce que, en matière de douanes et d'accises, l'action publique ne peut être mise en mouvement que par l'administration (article 281) et que, en matière de contrôle des changes, la poursuite est exercée à la requête de l'Institut belgo-luxembourgeois du change (article 7).

Dans les lois basées sur le modèle initial de la loi sur les amendes administratives en cas d'infractions à certaines lois sociales avant la modification de la loi du 30 décembre 1988, le fonctionnaire compétent requiert l'application de l'amende administrative si l'intéressé demeure en défaut de paiement de la transaction dans le délai fixé devant le tribunal au civil. Dans le système prévu par ces lois, des poursuites pénales ne sont pas intentées en cas de non-paiement, contrairement au modèle des lois précédentes, puisque, contrairement à celles-ci, le ministère public est déjà intervenu dans la procédure et que la proposition de transaction fait suite au renoncement du procureur du roi à tenter des poursuites pénales. Les délais de prescription de droit commun ne présentent dans ce cas plus d'importance.

Toutefois, ces lois prescrivent un délai au-delà duquel l'application de l'amende administrative n'est plus possible. Ce délai est de deux ans dans le cas de la loi sur les médicaments (article 7, paragraphe 8) et de trois ans dans les autres cas (article 16, paragraphe 8,

⁽¹⁷²⁾ Chambre, session 1981-1982, n° 923.1, p. 2 et 3; conseil régional wallon, session 1983-1984, n° 89-1, p. 11-12.

de la loi relative aux aliments médicamenteux pour animaux, article 12, paragraphe 8, de la loi concernant l'expertise et le commerce de viandes, et article 19, paragraphe 4, de la loi sur les entreprises de gardiennage). Dans la plupart des cas, ce délai commence à courir après les faits constitutifs de l'infraction, et les actes d'instruction et de poursuite faits dans ce délai en interrompent le cours.

3.9.2. Amendes administratives

Dans le cas des amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, la décision du fonctionnaire compétent est, depuis la modification du système suite à la loi du 30 décembre 1988, exécutoire, à moins que l'employeur ne conteste la décision du fonctionnaire compétent par un recours introduit par voie de requête dans un délai de deux mois devant le tribunal du travail (article 8). La décision par laquelle l'amende administrative est infligée doit être rendue dans les trois ans après le fait constitutif de l'infraction⁽¹⁷³⁾. Dans ce cas aussi, les actes d'instruction ou de poursuite faits dans le délai de trois ans en interrompent le cours. Ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée, même à l'égard des personnes qui n'y sont pas impliquées (article 13).

La loi sur les amendes administratives prévoit que les poursuites à intenter par l'administration si l'employeur demeure en défaut de paiement de l'amende, alors que la décision du fonctionnaire compétent ou la décision de la juridiction du travail est passée en force de chose jugée, se déroulent, conformément à l'article 3 de la loi domaniale du 22 décembre 1949, par voie de contrainte (article 9).

Ce même système s'applique dans le cas d'amendes administratives infligées du chef d'infraction au décret wallon sur la conservation de la nature.

En ce qui concerne les sanctions administratives prévues par le code des impôts sur les revenus, il faut prendre en considération l'année au cours de laquelle l'infraction a été commise, parce qu'elle détermine l'exercice d'imposition pour lequel la sanction est due et, par conséquent, le point de départ au délai d'imposition.

Le délai d'imposition prend, en principe, fin le 30 juin de l'année suivant celle dont le millésime désigne l'exercice d'imposition (article 264).

En cas d'absence de déclaration et de remise tardive notamment, le délai d'imposition est de trois ans à partir du 1^{er} janvier de l'année qui désigne l'exercice d'imposition pour lequel l'impôt est dû. Ce délai est prolongé de deux ans en cas d'infraction aux dispositions du code et des arrêtés pris pour son exécution, commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire (article 259).

Dans certains cas laissant apparaître des infractions à la loi, le délai d'imposition est porté aux cinq années qui précèdent celle de la constatation de l'infraction (article 263).

En conclusion, il faut observer que les délais de prescription de droit commun de l'action publique sont à prendre en compte dans le cas de transactions proposées par l'autorité administrative avant toute intervention des autorités chargées d'exercer des poursuites. En effet, dans ces cas, des poursuites seront intentées lorsque l'intéressé n'acquiesce pas la transaction.

Lorsque la proposition de transaction fait, en revanche, suite à l'intervention des autorités chargées d'exercer des poursuites, celles-ci ont déjà, dans un premier stade, renoncé au fait d'intenter des poursuites. Les délais de prescription de droit commun ne sont, dès lors, plus pertinents. Toutefois, dans ces cas aussi, la décision faisant suite à l'action de l'administration devant une juridiction ne peut être prise au-delà d'un certain délai. Le même système s'applique en cas d'amende administrative. Dans cette hypothèse, la décision faisant suite au recours de l'intéressé devant une juridiction ne peut, elle aussi, plus intervenir après l'écoulement d'un certain délai.

3.10. APPLICATION CUMULATIVE DE SANCTIONS PÉNALES ET DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Question: *Les sanctions pénales et les sanctions administratives peuvent-elles être appliquées de manière cumulative pour le même fait?*

Pour cette question, il faut aussi faire la distinction entre les transactions administratives et les sanctions administratives.

3.10.1. Transactions administratives

Dans les lois fondées sur le modèle initial de la loi sur les amendes administratives en cas d'infractions à certaines lois sociales avant la modification de la loi du 30 décembre 1988, il est expressément prévu que les poursuites pénales excluent l'application d'une amende administrative, même si un acquittement les clôturait et que la notification de la décision de l'autorité administrative éteint l'action publique (article 17, paragraphes 2 et 6, de la loi sur les médicaments, article 16, paragraphes 2 et 6, de la loi relative aux aliments médicamenteux pour animaux, article 12 bis, paragraphes 2 et 6, de la loi concernant l'expertise et le commerce de viandes et article 27 de la loi sur la santé des animaux).

Dans les lois où l'autorité administrative intervient avant les autorités chargées d'exercer des poursuites pénales, le paiement volontaire de la transaction par

⁽¹⁷³⁾ Cass., 19 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 439.

l'auteur de l'infraction éteint l'action publique (article 11 bis de la loi sur la réglementation économique et les prix, article 19 de la loi relative à la protection des consommateurs et article 65, paragraphe 3, de la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme). Les lois sur les douanes et accises (article 228) et sur le contrôle des changes (article 6, quatrième alinéa) précisent que la transaction éteint l'action publique, même en ce qui concerne les peines d'emprisonnement.

Pour les deux catégories de lois, on peut donc dire que des sanctions pénales ne peuvent être appliquées de manière cumulative avec des transactions administratives.

Il faut, au sujet de la seconde série de lois, attirer l'attention sur la jurisprudence.

Cette jurisprudence concerne, en premier lieu, la portée de la transaction en matière de douanes et d'accises. Le principe est l'extinction de l'action publique à la suite du paiement de la transaction⁽¹⁷⁴⁾. La transaction régulièrement consentie par l'administration et exécutée fait donc obstacle à une poursuite ultérieure en raison du même fait. Il a été jugé que ce principe vaut même lorsque ce fait constitue plusieurs infractions et qu'une seule de celles-ci a été prévue dans la transaction en raison du principe dont l'article 65 du code pénal fait application et aux termes duquel, lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, une seule peine sera prononcée⁽¹⁷⁵⁾. Cette règle n'est, en revanche, pas d'application lorsque les poursuites pénales postérieures à l'exécution de la transaction ne sont pas relatives aux mêmes faits que ceux sur lesquels a porté la transaction consentie par l'administration⁽¹⁷⁶⁾. Il a même été jugé que, si le même fait constitue à la fois une infraction à la législation relative aux droits des douanes et accises et une infraction de droit commun, la transaction intervenue sur l'action de l'administration ne fait obstacle ni à la poursuite du ministère public du chef de l'infraction de droit commun, ni à la condamnation du chef de cette infraction⁽¹⁷⁷⁾.

Cette jurisprudence relative à la portée de la transaction en matière de douanes et d'accises est identique à celle relative à la portée de la transaction de droit commun émanant du procureur du roi. À ce sujet, il a été jugé que le principe général de droit « non bis in idem » n'était pas violé dans le cas où le juge condamne un prévenu du chef, notamment, d'avoir conduit un véhicule en état d'ivresse ou dans un état analogue, après que l'action publique exercée à charge du même prévenu du chef d'un fait différent d'ivresse dans un lieu public eut été éteinte par le paiement d'une somme d'argent⁽¹⁷⁸⁾. D'autre part, il a été jugé,

très naturellement, que le paiement d'une somme d'argent, fixée par le ministère public, n'éteint l'action publique que s'il est effectué dans le délai indiqué⁽¹⁷⁹⁾.

Le point important à retenir de cette jurisprudence est que l'exécution de la transaction ne constitue un obstacle au fait d'intenter des poursuites pénales que sous la condition qu'il s'agisse du même fait. Cette dernière notion est interprétée de manière restrictive. La circonstance que plusieurs faits ont été constatés simultanément et qu'une transaction ait été exécutée pour certains d'entre eux n'empêche pas des poursuites du chef des autres faits, même s'il existait entre eux un lien de connexité.

3.10.2. Amendes administratives

La loi sur les amendes administratives en cas d'infractions à certaines lois sociales dispose expressément que les poursuites pénales excluent l'application d'une amende administrative, même si un acquittement les clôture (article 5) et que la notification de la décision du fonctionnaire compétent fixant le montant de l'amende administrative éteint l'action publique (article 7, troisième alinéa).

En revanche, l'article 339 du CIR dispose que les sanctions pénales sont applicables sans préjudice des sanctions administratives.

Il faut, par ailleurs, faire observer qu'il y a, dans le code des impôts sur les revenus, déjà une possibilité de cumul de sanctions administratives, à savoir les accroissements d'impôts, d'une part, et les amendes administratives, d'autre part. La doctrine considère qu'il s'agit, dans les deux cas, d'amendes.

Les circulaires émanant de l'administration disposent, toutefois, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'amende administrative pour une infraction qui pourrait être sanctionnée d'une manière suffisante par un accroissement d'impôts.

Les mêmes directives prescrivent aux agents de ne pas appliquer l'amende administrative lorsque l'infraction aux dispositions du CIR peut faire l'objet de poursuites pénales, ce qui peut être le cas pour les infractions commises avec intention frauduleuse ou dessein de nuire. En revanche, l'accroissement d'impôts peut être appliqué dans un tel cas d'infraction grave⁽¹⁸⁰⁾.

Il convient de se demander si la disposition de l'article 339 du CIR et la pratique administrative sont compatibles avec l'article 14, paragraphe 7, du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette disposition prévoit que « nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une même infraction pour laquelle il a été déjà acquitté ou condamné par un

⁽¹⁷⁴⁾ Anvers, 24 décembre 1987, *RW*, 1988-1989, 95, et note de D. Merckx.

⁽¹⁷⁵⁾ Cass., 26 janvier 1953, *Pas.*, 1953, I, 388.

⁽¹⁷⁶⁾ Cass., 22 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, 767, et 19 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 237.

⁽¹⁷⁷⁾ Cass., 7 juin 1937, *Pas.*, 1937, I, 174.

⁽¹⁷⁸⁾ Cass., 25 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 368.

⁽¹⁷⁹⁾ Cass., 4 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, 924.

⁽¹⁸⁰⁾ Dassesse, M., et Minne, P.: *Droit fiscal*, p. 250-253.

jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays».

La jurisprudence belge a déjà estimé que cette disposition était violée lorsque les mêmes faits sont réprimés deux fois ⁽¹⁸¹⁾.

Son application au cas d'espèce n'est cependant pas aussi évidente.

Le bénéfice de la règle est limité aux infractions pénales. Le terme «infraction» doit, cependant, recevoir une interprétation autonome, dégagée de l'acception qu'il revêt dans le droit de l'État contractant. La circonstance que le code des impôts parle de sanctions administratives n'a donc qu'une valeur relative. Il faut aussi avoir égard au caractère de la norme et à la nature et au degré de sévérité de la sanction. Un de ces deux derniers critères suffit pour que l'infraction en cause soit, par nature, pénale au regard de la

convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. On peut admettre les mêmes critères en ce qui concerne le pacte. Le caractère général de la norme qui ne s'adresse pas à un groupe déterminé à statut particulier, à la manière, par exemple, du droit disciplinaire, mais à tous les citoyens, et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la nature pénale de l'infraction litigieuse. La nature et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé ne sauraient retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque (arrêts Öztürk, du 21 février 1984, paragraphe 50, et Lutz, du 25 août 1987, paragraphe 54). La faiblesse relative de l'enjeu n'est donc pas décisive pour affirmer qu'il ne s'agit pas d'une infraction pénale.

Pour que la règle de l'article 14, paragraphe 7, du pacte s'applique, il faut, en outre, qu'il existe un jugement définitif de condamnation ou d'acquiescement.

⁽¹⁸¹⁾ Cass., 7 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 15.

4. Règles de procédure

Dans cette partie, nous appliquerons la distinction formulée en réponse à la question 3 entre les sanctions et les transactions administratives. Les sanctions administratives seront étudiées sous les rubriques 4.1.1. et 4.1.2. À ce sujet, il sera fait la distinction entre les deux systèmes applicables en droit belge: celui des amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales et celui des sanctions administratives en droit fiscal. Les transactions administratives, qui constituent les cas les plus nombreux, seront abordées à la rubrique 4.2. La question reprise sous la rubrique 4.1.1. de la note méthodologique concernant l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sera abordée après les questions 4.1.1. et 4.1.2. pour les amendes administratives afin de prendre l'ensemble, y compris les voies de recours, en considération, et après la question 4.2. pour les transactions administratives.

4.1. SANCTIONS ADMINISTRATIVES

4.1.1. Autorités compétentes en matière d'amendes administratives

Question: *Quelle est l'autorité compétente pour le dépistage des infractions et pour l'application de la sanction? Dans le cas où la compétence pour appliquer les sanctions est confiée à une autorité non judiciaire, il est nécessaire de décrire les lignes fondamentales de la procédure pertinente (notamment en liaison avec la protection des droits de la défense et du droit à la preuve, et avec l'application des mesures préventives et provisoires) et de se référer à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.*

4.1.1.1. Système des amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales

Il convient de rappeler que la loi du 30 juin 1971 applicable en la matière⁽¹⁸²⁾ prévoit la possibilité d'appliquer une amende administrative à l'employeur en cas d'infraction à une série imposante de lois de droit social. Le même système s'applique avec quelques réserves pour les infractions prévues par le décret wallon sur la protection de la nature⁽¹⁸³⁾.

En réponse à la question 3, il a été insisté dans une remarque préliminaire sur le fait que ces lois, ainsi que toutes lois prises en considération dans cette étude, sont, au point de vue du droit pénal, des lois particulières. Cette caractéristique a non seulement une incidence en ce qui concerne l'application des règles de fond abordées à la question 3, mais également en ce qui concerne les règles de procédure abordées à la présente question.

⁽¹⁸²⁾ M.B., du 13.7.1971, errata des 16.7.1971 et 18.11.1971.

⁽¹⁸³⁾ M.B., du 17.4.1985.

A — Autorités compétentes pour le dépistage des infractions

En premier lieu, les autorités compétentes pour le dépistage des infractions ne sont pas seulement les officiers de police judiciaire, comme il est de règle pour les infractions prévues par le code pénal, mais aussi les fonctionnaires désignés par le roi en vue de surveiller le respect des lois concernées et de ses arrêtés d'exécution.

On peut, sans se tromper, affirmer que ces fonctionnaires seront, sauf rares exceptions, les autorités qui auront dépisté les infractions. Cette situation de fait est due aux raisons suivantes:

- 1) les officiers de police judiciaire ne disposent pas des connaissances spécialisées en la matière, ayant été, en ordre principal, formés pour la recherche et la constatation des infractions prévues par le code pénal et quelques lois particulières, comme le code du roulage, la loi sur les stupéfiants, la loi relative aux armes, etc. De plus, il faut rappeler ici que les lois particulières en droit social sont très changeantes;
- 2) il s'agit, en l'occurrence, d'infractions lésant surtout l'intérêt public, ce qui signifie, de manière concrète, que les plaintes des victimes ou les dénonciations sont rares en comparaison avec les infractions touchant des intérêts de particuliers;
- 3) la constatation de ces infractions ne se fait généralement qu'à la suite de contrôles de documents ou de locaux professionnels. Ces contrôles sont l'œuvre de fonctionnaires et non d'officiers de police judiciaire.

B — Mesures préventives et provisoires

Les autorités compétentes pour le dépistage des infractions de certaines lois sociales tombant sous l'application de l'article 1^{er} de la loi relative aux amendes administratives disposent de pouvoirs étendus, qui constituent en quelque sorte des mesures préventives et provisoires.

Elles peuvent notamment:

- pénétrer librement, à toute heure du jour et de la nuit, sans avertissement préalable, dans certains lieux énumérés par la loi, pour autant qu'il ne s'agisse pas de locaux habités;
- se faire produire, sans déplacement, pour en prendre connaissance, tous documents utiles;
- interroger toute personne dont elles estiment l'audition nécessaire;
- saisir ou mettre sous scellés des objets nécessaires pour établir la preuve des infractions;
- prélever et emporter des échantillons;
- constater les infractions dans des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire.

Il faut aussi souligner que, dans de nombreuses lois de droit social, les fonctionnaires chargés de la surveillance ont le droit de donner des avertissements et de fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle. Ils ne sont par conséquent pas obligés de dresser des procès-verbaux.

Ces dispositions particulières constituent des dérogations au prescrit de l'article 29 du code d'instruction criminelle, aux termes duquel les autorités constituées, les fonctionnaires ou officiers publics qui, dans l'exercice de leurs fonctions, acquerront la connaissance d'un crime ou d'un délit, sont tenus d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi ou à l'auditeur du travail, qui sont des magistrats du ministère public.

C — Droit de la preuve

Les lois particulières soumises au régime de la loi sur les amendes administratives ne font pas dérogation aux règles de droit commun relatives à l'appréciation des preuves en matière pénale. Les règles sont gouvernées par le principe que le juge du fond apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction, sous la double condition que les preuves doivent avoir été régulièrement soumises au juge et que les parties doivent avoir eu la possibilité de contredire librement la valeur probante des éléments de la cause.

L'exigence de la régularité concerne non seulement la procédure d'audience, mais aussi l'instruction préparatoire, qui peut être soit une instruction dirigée par le juge d'instruction, soit une information dirigée par le parquet. Est irrégulièrement obtenue la preuve obtenue par un acte expressément interdit par la loi. C'est le cas pour les preuves provenant d'une perquisition ou d'une saisie irrégulière ou rassemblées au moyen d'une infraction, mais aussi obtenues par un acte incompatible avec les principes généraux du droit régissant la procédure pénale et les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La jurisprudence récente a même mis l'accent sur l'exigence de la régularité de la preuve obtenue au cours d'enquêtes administratives antérieures à l'intentement des poursuites pénales. Les autorités administratives ou fonctionnaires intervenant dans le cadre de ces enquêtes doivent respecter les droits de la défense. Si la preuve obtenue par eux est incompatible avec le respect des droits de la défense, la preuve est illégale et doit, dès lors, être écartée, même si les actes des fonctionnaires ne sont pas expressément interdits par la loi (184).

L'exigence de la possibilité de contredire et de discuter les éléments régulièrement soumis au juge concerne le débat pleinement contradictoire de la phase finale du procès pénal.

Les conditions de droit commun sont donc d'application.

Il faut, toutefois, considérer que les lois particulières de droit social concernées dérogent à la règle que les procès-verbaux constatant les infractions ont la valeur de simples renseignements. En l'espèce, les procès-verbaux font généralement foi jusqu'à preuve du contraire. Cette force probante particulière attachée aux constatations des fonctionnaires compétents constitue une exception à la libre appréciation des éléments de preuve. Le juge est lié par les constatations matérielles faites par les fonctionnaires dans les limites de leur compétence, jusqu'à preuve du contraire.

Les autres pouvoirs des autorités chargées du dépistage des infractions ne constituent pas une exception au régime de droit commun de la preuve en matière répressive, même s'il convient de souligner que ces pouvoirs sont, sous certains aspects, plus larges que les compétences des autorités de police chargées de la recherche des infractions de droit commun.

Ces considérations ne concernent toutefois pas exclusivement les infractions aux lois sociales pouvant donner lieu à des amendes administratives. Elles touchent tout le domaine des lois particulières.

D — Autorités chargées de l'application des sanctions

Dans les cas où elles ont décidé de dresser procès-verbal, les autorités compétentes pour le dépistage des infractions transmettent l'original à l'auditeur du travail et un exemplaire au directeur général du service d'études du ministère de l'Emploi et du Travail, qui est, aux termes de l'arrêté royal du 27 janvier 1989, le fonctionnaire désigné par le roi pour infliger les amendes administratives.

L'auditeur du travail dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception du procès-verbal pour notifier au directeur général sa décision quant à l'intentement de poursuites pénales. Selon l'article 5 de la loi, l'auditeur du travail prend cette décision compte tenu de la gravité de l'infraction. Dans le cas où l'auditeur du travail renonce à poursuivre ou omet de notifier sa décision dans ce délai, le directeur général décide s'il y a lieu d'infliger une amende administrative (article 7).

L'intervention préalable de l'auditeur du travail permet, en l'occurrence au ministère public, d'apprécier l'opportunité d'exercer des poursuites pénales. À ce sujet, les principes traditionnels sont sauvegardés. Toutefois, on peut se demander si le délai, dont le ministère public dispose, est suffisant pour se former une opinion à ce sujet.

Le directeur général peut décider d'infliger une amende administrative ou, au contraire, de classer le dossier sans suite.

(184) Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1107, et conclusions de J. Du Jardin.

Avant d'infliger une amende administrative, il doit avoir mis l'employeur en mesure de présenter ses moyens de défense (article 7). L'employeur doit, aux termes des lois soumises au régime de la loi sur les amendes administratives, avoir reçu communication d'une copie de procès-verbal constatant l'infraction (article 6). Cette communication doit être faite dans certains délais prévus par la loi. L'envoi dans les délais fixés est important, parce que les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire. La décision du directeur général fixe le montant de l'amende administrative et est motivée. Elle est notifiée à l'employeur par lettre recommandée à la poste en même temps qu'une invitation à acquitter l'amende dans le temps fixé par le roi (article 7).

4.1.1.2. *Système des sanctions administratives prévues par le code des impôts sur les revenus*

Il faut observer, d'abord, qu'en matière des impôts sur les revenus, ce ne sont pas nécessairement les mêmes faits qui peuvent donner lieu soit à des poursuites pénales, soit à des sanctions administratives. Aux termes de l'article 339 du code des impôts sur les revenus, les infractions aux dispositions de ce code et aux arrêtés pris pour son exécution donnent lieu à des peines lorsque l'auteur a agi dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire. En revanche, l'amende administrative est applicable pour toute infraction aux dispositions du code ainsi que des arrêtés pris pour leur exécution (article 335). Quant aux accroissements d'impôts, ils s'appliquent en cas d'absence de déclaration ou en cas de déclaration incomplète ou inexacte (article 334). La doctrine a, dès lors, pu dire que si l'infraction est purement matérielle ou résulte de négligence, l'administration fiscale compétente recourra à l'application des amendes administratives ou des accroissements d'impôts; s'il y a fraude, il peut y avoir poursuite pénale⁽¹⁸⁵⁾. Cette observation est exacte sous le bénéfice de la précision qu'en cas de fraude, les poursuites pénales ne portent pas préjudice aux sanctions administratives (voir la réponse à la question 3.10).

Il faut donc relever deux distinctions fondamentales avec le système des amendes administratives de droit social:

- 1) les infractions pouvant donner lieu à des sanctions administratives ont, en droit fiscal, un champ d'application plus large que les infractions pouvant donner lieu à des poursuites pénales;
- 2) la loi autorise le cumul des sanctions pénales et des sanctions administratives.

⁽¹⁸⁵⁾ Janssens, E.: «Les orientations futures du droit pénal fiscal», *Réflexions offertes à Paul Sibille*, 1981, p. 645-654.

A — Autorités compétentes pour le dépistage des infractions

Les infractions au code des impôts sur les revenus et aux arrêtés pris pour son exécution seront dépistées par les fonctionnaires des administrations fiscales du ministère des Finances et de l'inspection spéciale des impôts.

Il n'existe théoriquement pas d'objection juridique au dépistage des infractions en la matière par les officiers de police judiciaire lorsque les faits peuvent non seulement donner lieu à des sanctions administratives, mais également à des sanctions pénales.

Cependant, il convient, tout d'abord, de rappeler, comme en matière d'amendes administratives de droit social, que ces officiers ne procéderont pas habituellement à la constatation des infractions fiscales. Cette situation de fait se fonde d'ailleurs sur les mêmes motifs que ceux explicités ci-dessus.

De plus, depuis la réforme législative du 4 août 1986, le ministère public ne peut engager de poursuites, si les faits sont venus à sa connaissance suite à l'intervention des officiers de police judiciaire, qu'après avoir demandé l'avis du directeur régional des contributions compétent (article 350, paragraphe 3, du CIR). Cette réforme législative a encore plus accentué le désintérêt des officiers de police judiciaire pour les infractions fiscales.

Dans le cas des infractions qui peuvent uniquement donner lieu à des sanctions administratives, les officiers de police judiciaire ne sont pas compétents pour procéder à leur recherche et à leur constatation. Seuls les fonctionnaires des administrations fiscales du ministère des Finances et de l'inspection spéciale des impôts dépisteront cette sorte d'infractions.

D'autre part, il faut également attirer l'attention sur l'obligation prescrite par l'article 235, paragraphe 3, du CIR, pour les officiers du ministère public près les cours et tribunaux qui sont saisis d'une affaire pénale dont l'examen fait apparaître des indices sérieux de fraude en matière d'impôts sur les revenus, d'en informer le ministre des Finances. On peut facilement imaginer que, par ce canal, l'administration recevra connaissance de faits pouvant donner lieu à des sanctions administratives. Il n'est pas exclu que le ministère public classe le dossier et en transmette copie à l'administration, qui infligera des sanctions administratives.

B — Mesures provisoires et préventives

Les autorités compétentes pour le dépistage des infractions au code des impôts sur les revenus et aux arrêtés pris pour leur exécution disposent de pouvoirs étendus, qui constituent, en quelque sorte, des mesures préventives et provisoires.

Elles peuvent notamment:

- requérir la communication, sans déplacement, en vue de leur vérification, de tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables;
- requérir tous renseignements écrits aux fins de vérifier la situation fiscale;
- accéder pendant les heures normales de travaux aux locaux professionnels;
- requérir de tiers la production de renseignements en vue d'assurer la juste perception de l'impôt;
- requérir des services, établissements et organismes publics tous renseignements nécessaires pour assurer l'établissement ou la perception des impôts établis par l'État.

Les pouvoirs d'investigation et de surveillance de l'administration sont limités par le secret professionnel, d'une part, et par le secret bancaire, d'autre part.

Il faut ici aussi attirer l'attention sur la réforme législative du 4 août 1986. L'obligation de porter les faits tombant sous l'application de la loi pénale à la connaissance du procureur du roi, prescrite par l'article 29 du code d'instruction criminelle et imposée à tout fonctionnaire public agissant dans l'exercice de ses fonctions, a été limitée. Les fonctionnaires des administrations fiscales et de l'inspection spéciale des impôts ne peuvent, sans autorisation respective du directeur régional ou du directeur général dont ils dépendent, porter à la connaissance du procureur du roi les faits pénalement punissables aux termes des lois fiscales et des arrêtés pris pour leur exécution.

Cette réforme a déjà entraîné une importante diminution du nombre de dossiers transmis par les administrations fiscales aux parquets et, par voie de conséquence, une régression des poursuites pénales. On peut supposer que les administrations fiscales préfèrent infliger des sanctions administratives au lieu de communiquer le dossier aux parquets en vue de poursuites pénales. Nous ne disposons toutefois pas de données statistiques à ce sujet.

C — Droit de la preuve

Les pouvoirs d'investigation et de surveillance de l'administration concernent directement le droit de la preuve.

À ce sujet, l'article 246 du code des impôts sur les revenus dispose que, pour établir l'existence et le montant de la dette de l'impôt, l'administration peut avoir recours à tous les moyens de preuve admis par le droit commun, sauf le serment. Il s'agit donc des moyens de preuve admis au civil. Ces moyens sont naturellement utilisables en vue d'infliger une sanction administrative.

Le code des impôts sur les revenus connaît cependant des modes de preuve spéciaux à la disposition de l'administration, notamment la taxation sur signes et

indices et la taxation par comparaison, qui peuvent indirectement donner lieu à des sanctions administratives. Dans ces cas, le contribuable doit rapporter la preuve contraire.

Il doit être admis qu'au cours des investigations et de la surveillance de l'administration le principe général des droits de la défense doit être respecté.

L'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1986 déjà cité⁽¹⁸⁶⁾ a, en effet, décidé que les fonctionnaires de l'inspection spéciale des impôts ne peuvent pas, au cours de l'enquête administrative, employer des moyens déloyaux de nature à susciter des déclarations. Cet arrêt a, par conséquent, décidé que l'action publique exercée sur la base de ces déclarations est irrecevable. Cette décision concerne sans aucun doute un procès pénal. On ne voit cependant pas quelle considération pourrait empêcher de faire valoir le même raisonnement dans un litige relatif à une sanction administrative, infligée sur la base de moyens de preuve obtenus par un acte expressément interdit par la loi, mais aussi par un acte inconciliable avec le principe général du respect des droits de la défense, puisque ce principe général gouverne toute procédure.

D — Autorités chargées de l'application des sanctions

Il convient d'opérer une distinction entre les trois types de sanctions administratives:

- a) les accroissements d'impôts,
- b) les amendes administratives,
- c) la perte du droit de représenter le contribuable.

a) Accroissements d'impôts

L'accroissement d'impôts est enrôlé en même temps que l'impôt lui-même par l'administration.

Cette sanction est prévue en cas d'absence de déclaration ou en cas de déclaration incomplète ou inexacte. Dans ces cas, les impôts dus sur la portion des revenus non déclarés sont majorés d'un accroissement d'impôts fixé d'après la nature et la gravité de l'infraction selon une échelle dont les graduations sont déterminées par le roi et allant de 10 à 200 % des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés. En l'absence de mauvaise foi, il peut être renoncé au minimum de 10 % d'accroissement. Le total des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés et de l'accroissement d'impôts ne peut dépasser le montant des revenus non déclarés. L'accroissement ne s'applique que si les revenus non déclarés atteignent 25 000 francs belges.

⁽¹⁸⁶⁾ *Pas.*, 1986, I, 1107, et conclusions de J. Du Jardin.

L'échelle des graduations tient compte d'un ensemble de critères qui ont été examinés à la question 3.8, relative aux critères de détermination des sanctions.

b) Amendes administratives

Le fonctionnaire délégué par le directeur régional peut appliquer, pour toute infraction aux dispositions du code des impôts sur les revenus ainsi que des arrêtés pris pour leur exécution, une amende de 200 à 10 000 francs belges.

Les mêmes règles en matière d'enrôlement sont applicables qu'en matière d'accroissements d'impôts.

La législation ne prévoit toutefois pas d'échelle des amendes selon la gravité des manquements réprimés.

L'amende administrative permet de réprimer des comportements fautifs qui ne sont pas susceptibles d'être sanctionnés par un accroissement d'impôts, par exemple des négligences ou des comportements qui ne sont pas constitutifs de fraude fiscale dans le chef du contribuable et qui, par conséquent, ne peuvent donner lieu à un accroissement d'impôts, puisque aucun impôt n'a été éludé⁽¹⁸⁷⁾.

La loi du 4 août 1986 impose à l'administration, lorsqu'elle inflige une amende administrative, de notifier préalablement au contribuable les faits constitutifs de l'infraction et de donner les motifs qui ont servi à déterminer le montant de l'amende.

c) La perte du droit de représenter les contribuables

Le ministre des Finances peut refuser, en vertu de l'article 336 du CIR, par arrêté motivé, pour une période qui n'exécède pas cinq ans, de reconnaître à toute personne le droit de représenter des contribuables en qualité de mandataire.

Cet arrêté ne peut être pris qu'après que le mandataire incriminé a été invité à comparaître pour être entendu par un fonctionnaire. Le mandataire peut, pour cette comparution, se faire assister d'un conseil. Procès-verbal de cet interrogatoire est dressé. Ce procès-verbal est, après lecture, signé par le fonctionnaire et par le mandataire. Une copie certifiée conforme du procès-verbal est notifiée au mandataire.

L'arrêté visé est publié en extrait au *Moniteur belge* et une copie en est adressée au mandataire intéressé sous pli recommandé à la poste.

4.1.2. Voies de recours en matière d'amendes administratives

Question: *Contre la décision qui prononce une sanction administrative est-il possible d'introduire un recours juridictionnel (pénal, administratif ou civil)?*

En cas de réponse affirmative, il convient d'indiquer quelles sont les questions qui peuvent constituer l'objet du recours (uniquement des questions de droit ainsi que, également, des questions de fait), quelles sont les règles de procédure applicables et s'il est possible d'introduire des recours ultérieurs contre la décision adoptée par l'autorité judiciaire.

4.1.2.1. Système des amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales

L'employeur qui conteste la décision du directeur général lui infligeant une amende administrative doit introduire, à peine de forclusion, un recours par voie de requête devant le tribunal du travail dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision. Ce recours suspend l'exécution de la décision.

La possibilité d'exercer ce recours est mentionnée dans la décision par laquelle l'amende administrative est infligée. À défaut de recours de l'employeur, la décision du directeur général acquiert force de chose jugée (articles 8 et 9 de la loi).

Il s'agit donc, en l'occurrence, d'un recours juridictionnel devant une juridiction de l'ordre judiciaire, le tribunal du travail. Cette juridiction est composée de trois juges, un juge professionnel et deux juges sociaux. Ce recours suspend l'exécution de la décision.

Les règles de procédure applicables devant le tribunal du travail sont celles prévues par le code judiciaire, c'est-à-dire les règles de la procédure civile.

L'employeur dispose aussi de la faculté d'appel devant la cour du travail, qui est composée de manière paritaire, et, le cas échéant, de celle de se pourvoir en cassation.

Les questions qui peuvent faire l'objet du recours devant le tribunal du travail et, ensuite, devant la cour du travail sont non seulement des questions de droit, mais également des questions de fait.

La jurisprudence a décidé que les juridictions du travail saisies d'une requête en vue de l'application de l'amende administrative ne peuvent, d'office ou même à la demande du requérant, prononcer une amende d'un montant supérieur à celui qui avait été fixé par le fonctionnaire compétent lors de la notification à la personne passible de l'amende⁽¹⁸⁸⁾.

4.1.2.2. Système des sanctions administratives prévues par le code des impôts

Il convient de distinguer les accroissements d'impôts et les amendes administratives, d'une part, et la perte du droit de représenter les contribuables, d'autre part.

⁽¹⁸⁷⁾ Dassesse et Minne, précité, p. 252.

⁽¹⁸⁸⁾ Cass., 12 décembre 1977, *Pas.*, 1979, I, 419.

A — Accroissements d'impôts et amendes administratives

Le redevable peut se pourvoir, en réclamation par écrit, contre les accroissements et amendes, auprès du directeur des contributions (article 267 du CIR).

Le directeur ne peut, dans sa décision, aggraver la situation du redevable. Il ne peut se prononcer comme tout juge que sur les points soulevés par le réclamant (article 276 du CIR). La décision par laquelle il statue sur les réclamations est un acte de juridiction⁽¹⁸⁹⁾. Le directeur doit statuer par décision motivée sur les griefs formulés par le redevable (article 276 du CIR).

Le CIR n'impose aucun délai dans lequel le directeur doit rendre sa décision, et le contribuable ne dispose d'aucun moyen de contraindre le directeur à statuer sur sa réclamation lorsque sa décision se fait attendre indûment.

Aux termes de l'article 276, paragraphe 1, du CIR, la décision ne doit pas nécessairement être prise par le directeur. Elle peut l'être également par le fonctionnaire délégué par lui. La jurisprudence récente a, cependant, apporté des limites à la possibilité de délégation en ce sens qu'il doit être satisfait au principe général de droit consacrant l'impartialité du juge et que, par conséquent, le fonctionnaire délégué ne peut être une personne dont on peut objectivement craindre qu'il n'offre pas les garanties d'impartialité auxquelles le justiciable a droit. Il a été jugé que c'était le cas lorsque ce fonctionnaire a agi comme contrôleur principal, puis comme inspecteur des contributions ou encore comme taxateur (voir les arrêts précités).

Les décisions des directeurs des contributions et des fonctionnaires délégués peuvent être l'objet d'un recours devant la cour d'appel (article 278 du CIR).

Le pouvoir de la cour d'appel saisie du recours est limité par l'intérêt des parties au litige. Or, seul le contribuable peut introduire un recours contre la décision du directeur. Il s'ensuit que la cour d'appel ne peut, en statuant sur le recours, aggraver la situation du contribuable.

Sauf quelques exceptions, le requérant ne peut soumettre à la cour d'appel des griefs qui n'ont été ni formulés dans la réclamation ni examinés d'office que pour autant qu'ils invoquent une contravention à la loi ou une violation des formes de procédure prescrites à peine de nullité (article 278, deuxième alinéa, du CIR).

Il a été jugé que la demande de remise des accroissements d'impôts formulée pour la première fois en conclusion devant la cour d'appel touche un nouveau grief qui n'est pas recevable, étant donné qu'il aurait dû être formulé dans la réclamation et qu'il ne concerne pas la violation d'une forme de procédure

prescrite à peine de nullité ou la contravention à la loi⁽¹⁹⁰⁾.

En matière d'accroissements d'impôts, tant le directeur que la cour d'appel ont compétence pour se prononcer non seulement sur la légalité, mais également sur l'opportunité et le montant de l'accroissement contesté⁽¹⁹¹⁾. Ce pouvoir d'appréciation doit cependant être exercé dans les limites fixées par l'arrêté royal établissant l'échelle des graduations d'après la nature et la gravité de l'infraction. Tout comme l'introduction d'une réclamation devant le directeur, l'introduction d'un recours devant la cour d'appel fait obstacle aux mesures d'exécution forcée. L'introduction du recours ne s'oppose pas, en revanche, à une saisie conservatoire⁽¹⁹²⁾.

L'arrêt de la cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Le délai de cassation ainsi que le pourvoi en cassation sont suspensifs (article 287 du CIR).

Indépendamment de son droit de recours auprès du directeur, le contribuable peut solliciter la remise de l'accroissement d'impôts et de l'amende administrative auprès du ministre des Finances ou de son délégué sur la base de l'article 9 de l'arrêté du régent du 18 mars 1831. Cette disposition autorise le ministre des Finances à statuer sur les requêtes tendant à obtenir la remise d'amendes ou d'augmentation de droit d'amendes autres que celles prononcées par le juge.

B — Perte du droit de représenter les contribuables

L'arrêté du ministre des Finances visé à l'article 336 du CIR est susceptible de recours devant le Conseil d'État. Dans ce cas, la publication au *Moniteur belge* n'aura lieu que si l'arrêté n'a pas été annulé par le Conseil d'État (article 338 du CIR).

4.1.3. Compatibilité avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme

4.1.3.1. Système des amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales

Il faut, en premier lieu, se demander si l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme s'applique en l'espèce.

La jurisprudence de la Cour européenne des arrêts Öztürk et Lutz prend trois critères en considération pour réserver à une infraction la qualification d'infraction pénale:

⁽¹⁹⁰⁾ Bruxelles, 9 janvier 1984, *Rev. gén. fiscalité*, 1984, 67.

⁽¹⁹¹⁾ Simonet, L.: «Le contrôle judiciaire de l'application des accroissements d'impôts», *Mélanges Paul Sibille*, 1981, p. 875-880.

⁽¹⁹²⁾ Dassel et Minne, précité, p. 228-229.

⁽¹⁸⁹⁾ Cass., 14 décembre 1989 et 23 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, 481 et 867.

- la technique juridique de l'État,
- la nature de l'infraction,
- la nature et le degré de gravité de la sanction.

Il convient, à ce sujet, de préciser que les deux derniers critères sont alternatifs et non cumulatifs (point 55 de l'arrêt Lutz).

Lorsqu'on procède à l'examen du premier de ces critères, on peut dire qu'en droit belge les faits pouvant donner lieu à une amende administrative en droit social ne sont pas entièrement soustraits à la loi pénale. Il n'existe point de cloison étanche entre les poursuites pénales et les amendes administratives. Le choix entre les deux alternatives dépend de la décision initiale de l'auditeur du travail, qui se base sur la gravité de l'infraction, pour décider s'il y a lieu ou non à poursuites pénales (article 5 de la loi). Il faut, à ce sujet, faire observer que le système des amendes administratives en droit social ne peut pas être identifié au système des Ordnungswidrigkeiten allemandes, au sujet duquel l'arrêt Öztürk relève que le législateur allemand a soustrait à la loi pénale les infractions dont il s'agit (point 51 de l'arrêt).

En l'espèce, l'article 4 de la loi dispose que les infractions aux lois et arrêtés soumis au régime des amendes administratives font l'objet soit de poursuites pénales, soit d'une amende administrative. Il s'agit donc des mêmes faits qui, par ailleurs, restent soumis à un grand nombre de règles de fond applicables en droit pénal (voir les réponses à la question 3). La différence se manifeste au niveau de la procédure, non du droit substantiel.

Il faut, de même, observer que la loi parle d'amende administrative du chef de l'infraction (article 7), et que le montant de cette amende est multiplié autant de fois qu'il y a violation des dispositions légales (article 11) et est cumulé en cas de concours de plusieurs infractions (article 12). Il s'agit là de règles propres au droit pénal social⁽¹⁹³⁾.

Ces divers éléments permettent de douter que les infractions étudiées sont des infractions administratives du type des Ordnungswidrigkeiten allemandes soustraites au droit pénal.

En second lieu, les règles de droit consacrées par ces infractions ne s'adressent pas à un groupe déterminé de personnes, mais à tous les citoyens. Ces règles prescrivent un certain comportement et assortissent cette exigence d'une sanction répressive. Celle-ci cherche à dissuader en même temps qu'à réprimer. Le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction militent à établir, au regard de l'article 6 de la convention, la nature pénale de l'infraction.

Enfin, si la jurisprudence de la Cour européenne n'a pas estimé devoir examiner le troisième critère, parce que la faiblesse de l'enjeu ne saurait retirer à une

infraction son caractère pénal intrinsèque, il faut rappeler, comme cela a été exposé à la question 3.8, que le montant des amendes administratives peut varier jusqu'à 100 000 francs belges. De plus, les amendes doivent être multipliées par le nombre de personnes pour lesquelles les dispositions légales ont été violées sans dépasser 1 million, et, de surcroît, en cas de concours, les montants peuvent être cumulés sans qu'ils puissent excéder une somme de 1 800 000 francs belges (articles 1^{er}, 1^{er} bis, 11 et 12 de la loi).

Il ne fait donc pas de doute que l'article 6 de la convention s'applique en l'espèce.

Il faut, par conséquent, examiner si les dispositions de l'article 6 sont respectées en l'espèce.

À ce sujet, on ne peut se référer qu'à un avis récent rendu par le Conseil d'État sur un projet de loi qui se proposait d'instaurer un système d'amendes administratives qui s'apparentait à celui organisé par la loi du 30 juin 1971⁽¹⁹⁴⁾. Le Conseil d'État est d'avis qu'un tel système, qui confère à l'administration un pouvoir exécutoire, sans intervention obligée du juge, viole les règles constitutionnelles des articles 7 et 9 de la Constitution. De plus, le Conseil faisait observer que l'intervention du juge, qu'il s'agisse d'un juge répressif ou d'un juge civil, s'impose eu égard aux dispositions de l'article 6, premier et deuxième alinéas. Obliger l'intéressé à saisir le tribunal s'il veut échapper au caractère exécutoire de l'amende administrative décidée à son encontre serait, selon l'avis du Conseil d'État, le déclarer coupable par l'autorité administrative avant que le juge ne se fût prononcé. La culpabilité de l'intéressé ne serait légalement établie, jusqu'à ce que, sur son recours, le juge se prononce, que par des procès-verbaux et par une décision de caractère non judiciaire; ce serait également le cas si l'intéressé n'introduisait aucun recours.

Ces considérations valent aussi pour le système de la loi du 30 juin 1971, tel qu'il a été modifié par les articles 82 à 92 de la loi-programme du 30 décembre 1988.

Certes, les arrêts Öztürk (point 56) et Lutz (point 57) admettent que, eu égard à la multiplicité d'infractions légères, en particulier dans le domaine de la circulation routière, qui ne dénotent pas une indignité propre à valoir à leur auteur le jugement défavorable caractérisant une peine, un État contractant peut avoir de bonnes raisons d'introduire un système qui décharge ses juridictions du soin de traiter la grande majorité d'entre elles. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6.

Cette précision permettrait de prévoir, comme la loi du 30 juin 1971, dans un premier stade, une décision

⁽¹⁹³⁾ Bosly, H. D.: *Les sanctions en droit pénal social belge*, p. 68-70.

⁽¹⁹⁴⁾ Sénat, session 1988-1989, document n° 775-1, p. 60.

d'une autorité administrative pour autant qu'il existe dans un deuxième stade un recours devant une juridiction présentant les garanties de l'article 6.

Il faut, cependant, observer que les arrêts Öztürk et Lutz n'ouvrent cette possibilité qu'à la condition qu'il s'agisse d'infractions légères. Étant donné le montant élevé des amendes administratives prévues par la loi du 30 juin 1971, on peut douter que les infractions soumises à ce régime puissent recevoir cette qualification. D'ailleurs, le montant des amendes prévues dans le projet de loi au sujet duquel le Conseil d'État a rendu l'avis négatif examiné ci-dessus était moins élevé qu'en l'espèce.

C'est pourquoi il semble que le système des amendes administratives de la loi du 30 juin 1971 est difficilement compatible avec les exigences de l'article 6 de la convention, plus précisément avec celles relatives à l'intervention d'un juge indépendant et impartial et à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la culpabilité ait été légalement établie. En revanche, les autres exigences de l'article 6 semblent être remplies. On peut dire que la cause est entendue équitablement, puisqu'une copie du procès-verbal est communiquée à l'employeur, que celui-ci doit avoir été mis en mesure de présenter ses moyens de défense et que la décision du fonctionnaire est motivée. De même, il peut être raisonnablement admis que la cause sera entendue dans un délai raisonnable, étant donné les délais prévus à l'article 13 de la loi et exposés en réponse à la sous-rubrique 3.9 de la question 3. Enfin, en ce qui concerne la règle de la publicité des débats et de la prononciation de la décision, il faut rappeler que cette règle peut céder devant la volonté de la personne mise en cause lorsque celle-ci a, de son plein gré, renoncé, d'une manière non équivoque, à cette publicité et que le droit interne s'y prête⁽¹⁹⁵⁾.

D'autre part, on peut se demander si l'intéressé dispose dans le présent système de toutes les garanties accordées à tout accusé par l'article 6.3 de la convention.

Enfin, il faut souligner que le système des sanctions administratives fait droit à certaines garanties qui ne sont pas expressément consacrées par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais figurent à l'article 14 du pacte international, par exemple le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et le principe non bis in idem.

4.1.3.2. *Système des sanctions administratives prévu par le code des impôts sur les revenus*

Lorsqu'on reprend brièvement les trois critères exposés ci-dessus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne fait pas de doute

que les accroissements d'impôts doivent être considérés comme procédant d'accusations pénales au sens de l'article 6 de la convention, malgré le fait proclamé par la même juridiction et par la Cour de cassation⁽¹⁹⁶⁾ que l'article 6 n'est pas applicable aux droits et obligations qui trouvent leur origine dans le droit fiscal.

En effet, si certaines infractions fiscales sont soustraites au droit pénal lorsque l'auteur n'a pas agi dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, on ne peut pas parler de cloison étanche entre procédure administrative et poursuites pénales lorsque ce dol spécial existe. De plus, il ne fait pas de doute que le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction militent à établir la nature pénale de l'infraction. De surcroît, le montant des accroissements d'impôts allant de 10 à 200 % des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés permet de dire que, au regard de l'article 6 de la convention, l'infraction est de nature pénale vu la nature et le degré de gravité de la sanction.

La doctrine est établie en ce sens⁽¹⁹⁷⁾, et la jurisprudence a déjà aussi admis que les amendes fiscales infligées par les administrations procèdent d'une accusation pénale au sens de l'article 6 et entraînent l'application des garanties prescrites par cette disposition⁽¹⁹⁸⁾.

Lorsqu'on passe brièvement en revue les principales garanties de la convention, on constate la situation suivante.

Le redevable peut s'adresser à un juge, auquel la jurisprudence récente applique avec rigueur le principe général du droit de l'indépendance et de l'impartialité du juge, parce qu'il s'agit d'un principe général de droit applicable à toute juridiction.

Force est, toutefois, de constater que le recours devant le directeur fait surgir sur ce point, en soi et en dehors de tout autre élément, des questions de principe. Le directeur est en effet, malgré son rôle juridictionnel, soumis aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques. À ce titre, il est tenu de suivre les instructions reçues de ses supérieurs quant à l'interprétation à donner à telle ou telle disposition légale, voire quant à la suite à réserver à tel ou tel type de réclamation⁽¹⁹⁹⁾.

De plus, certains éléments de la procédure suivie lors du recours devant le directeur nous amènent à nous demander si elle répond aux exigences d'un procès équitable.

⁽¹⁹⁶⁾ Voir notamment Cass., 20 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, 957.

⁽¹⁹⁷⁾ Van Orshoven, P.: « Fiscale administratieve sancties en het recht op behoorlijke rechtsbedeling na het arrest Öztürk van het Europees Hof van de rechten van de mens », *Fiscofoon*, 1984, 82-89.

⁽¹⁹⁸⁾ Anvers, 17 novembre 1987, *RW*, 1987-1988, 183.

⁽¹⁹⁹⁾ Dassel et Minne, précité, p. 213.

⁽¹⁹⁵⁾ Notamment Cass., 14 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 866, et conclusions de J. Velu.

L'article 275 du CIR prescrit que, si le réclamant en a fait la demande, il sera entendu. Le réclamant est, en fait, entendu non pas par le directeur appelé à statuer sur la contestation, mais par un inspecteur chargé de l'instruction du dossier. Cet état de choses en soi n'est pas critiquable, puisque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose une séparation entre les pouvoirs d'instruction et de jugement.

Cependant, l'absence d'audition par le directeur ou le fonctionnaire délégué par lui pour statuer porte atteinte au caractère contradictoire de la procédure, d'autant plus qu'il n'est pas dressé de procès-verbal de l'audition du réclamant.

De plus, si l'article 275 du CIR prévoit que le réclamant peut demander par écrit la communication des pièces relatives à la contestation dont il n'avait pas connaissance, il ne reçoit pas communication de la totalité du dossier. L'exclusion de certaines pièces est difficilement défendable, parce qu'il n'est pas exclu qu'il s'agira d'éléments qui seront pris en considération par le directeur dans sa décision, plus particulièrement le rapport de l'inspecteur chargé de l'instruction de la réclamation. On peut, dès lors, se demander si les droits de l'intéressé à un procès équitable sont sauvegardés.

Certes, l'intéressé pourrait, à l'occasion d'un recours devant la cour d'appel, prendre connaissance du dossier déposé par l'administration. Mais nous avons vu qu'il n'y peut faire état de griefs nouveaux que dans certaines conditions. Il n'est donc pas exclu que les limites portées à la consultation du dossier aient également des conséquences néfastes devant la cour d'appel, si bien qu'on ne peut pas dire que la voie du recours permet au redevable de faire valoir tous les arguments intéressant sa défense et que les imperfections de la procédure devant le directeur seront corrigées dans un deuxième stade.

La procédure devant le directeur n'est pas publique. Mais on a déjà fait observer que la règle de la publicité peut souffrir quelque exception.

Une autre observation importante peut avoir trait à l'exigence de la présomption d'innocence. La procédure prévue par le code des impôts oblige l'intéressé, comme en matière d'amendes administratives en droit social, à saisir le tribunal s'il veut échapper au caractère exécutoire des sanctions administratives décidées à son encontre. Il est donc déclaré coupable par l'autorité administrative avant que le juge ne se soit prononcé.

D'autre part, l'absence de délai dans lequel le directeur doit rendre sa décision peut susciter des problèmes quant à l'exigence du délai raisonnable visé par l'article 6.1. De même, des problèmes peuvent exister quant à l'accomplissement des droits accordés à tout accusé en vertu de l'article 6.3.

Si on passe des garanties consacrées par la convention européenne des droits de l'homme à celles prévues par le pacte international, on sait déjà, en réponse à

la question 3.10, que le principe non bis in idem est expressément écarté par l'article 339 du CIR. En revanche, les dispositions du code des impôts sur les revenus consacrent le droit de faire examiner sa cause par une juridiction supérieure.

Toutefois, les observations au sujet des imperfections de la procédure devant le directeur ne sont pas de nature à écarter tout doute au sujet de l'accomplissement de toutes les garanties procédurales aux deux stades de la procédure, comme il est exigé en la matière.

Nous n'étudierons pas en détail la procédure relative à la perte du droit de représenter les contribuables, parce qu'elle n'est presque pas appliquée. Il faut, toutefois, observer qu'elle doit aussi remplir les exigences de l'article 6 en ce sens qu'elle doit être qualifiée comme ayant trait à des contestations sur des droits et obligations de caractère civil.

4.2. TRANSACTIONS ADMINISTRATIVES

Question: *Existe-t-il des procédures de transactions? Si oui, en décrire les critères, les modalités et les effets.*

On peut distinguer deux systèmes de transactions administratives:

- 1) le système de la loi du 30 juin 1971 avant sa modification par la loi du 30 décembre 1988⁽²⁰⁰⁾, dans lequel le parquet intervient dans un premier stade de l'acheminement de la procédure vers des poursuites pénales ou vers une transaction administrative;
- 2) le système des autres lois, dans lequel le parquet n'est saisi qu'en cas de non-paiement dans le délai indiqué de la transaction.

Il faut observer que, à côté des transactions administratives, le ministère public peut, en Belgique, proposer, s'il n'estime devoir requérir qu'une amende ou une amende et la confiscation, le paiement d'une transaction pour toute infraction punissable soit d'une peine d'amende, soit d'une peine d'emprisonnement dont le maximum ne dépasse pas cinq ans (article 216 bis du code d'instruction criminelle — CIC). La possibilité d'une transaction à l'initiative du ministère public n'a pas empêché le législateur d'instaurer divers systèmes de transactions administratives, et cela même après l'élargissement du champ d'application de l'article 216 bis du CIC à toute contravention et, surtout, à tout délit depuis la loi du 28 juin 1984. Lors de l'adoption de la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux⁽²⁰¹⁾, il fut tiré argument de l'application parcimonieuse de la transaction pénale pour introduire un nouveau cas de transaction administrative⁽²⁰²⁾.

⁽²⁰⁰⁾ M.B., 5.1.1989.

⁽²⁰¹⁾ M.B., 17.4.1987.

⁽²⁰²⁾ Sénat, session 1986-1987, document n° 194-2, p. 40.

Enfin, on étudiera la compatibilité des deux systèmes avec l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le problème de l'effet des transactions administratives a déjà été abordé en réponse à la question 3.10. En règle générale, elles éteignent l'action publique.

Il faut aussi remarquer que, dans les lois particulières prévoyant un système de transactions administratives, les fonctionnaires chargés du dépistage des infractions disposent de pouvoirs étendus qui ont été décrits lors de l'examen du système des amendes administratives en droit social (réponse à la question 4.1).

À ce sujet, il faut même observer que la loi sur la réglementation économique et les prix prévoit que le ministre des Affaires économiques peut⁽²⁰³⁾, après mise en demeure notifiée par pli recommandé, ordonner la fermeture provisoire de l'établissement du contrevenant pour une durée qui ne peut excéder cinq jours (article 2, paragraphe 5). Le problème présenté par l'effet concomitant de cette mesure et d'une proposition transactionnelle sera abordé lors de l'examen de la compatibilité de la transaction avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

4.2.1. Système avec intervention préalable du parquet

Le premier système est celui de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales avant sa modification par la loi du 30 décembre 1988, qui en a fait un système de véritables amendes administratives, alors qu'il s'agissait initialement d'un système de transactions administratives.

Cette loi a inspiré à plusieurs reprises le législateur, qui a repris le même système lors de l'adoption des lois suivantes:

- la loi du 22 avril 1982 modifiant la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce de poisson, de volailles, des lapins et du gibier et la loi du 5 septembre 1952 relative à l'expertise et au commerce des viandes⁽²⁰⁴⁾;
- la loi du 21 juin 1983 modifiant la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments⁽²⁰⁵⁾;
- la loi du 21 juin 1983 relative aux aliments médicamenteux⁽²⁰⁶⁾;
- la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux⁽²⁰⁷⁾;
- la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰³⁾ Loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix (*M.B.*, 21.1.1945).

⁽²⁰⁴⁾ *M.B.*, 22.5.1965.

⁽²⁰⁵⁾ *M.B.*, 15.7.1983.

⁽²⁰⁶⁾ *M.B.*, 28.10.1983.

⁽²⁰⁷⁾ *M.B.*, 17.4.1987.

⁽²⁰⁸⁾ *M.B.*, 29.5.1990.

Ces diverses lois contiennent un système totalement parallèle au régime initialement prévu par la loi du 30 juin 1971, sous la triple réserve que:

- le magistrat du ministère public qui intervient au premier stade de la procédure est le procureur du roi et non pas l'auditeur du travail;
- le fonctionnaire chargé de proposer une transaction administrative est (ou sera) dans chaque cas désigné par le roi;
- le tribunal compétent en cas de non-paiement n'est pas le tribunal du travail, mais le tribunal de première instance.

Étant donné que ces lois ne se limitent pas à renvoyer à la loi du 30 juin 1971, mais prévoient un système propre, elles n'ont pas été modifiées par la loi du 30 décembre 1988, contrairement à la loi à laquelle elle s'apparente.

4.2.1.1. Description du système

Dans ces cinq lois, le procureur du roi et le fonctionnaire désigné par le roi reçoivent chacun un exemplaire du procès-verbal constatant l'infraction. Le procureur du roi décide, compte tenu de la gravité de l'infraction, s'il y a lieu ou non à poursuites pénales. Il dispose, à cet égard, d'un délai d'un mois à compter de la réception du procès-verbal pour notifier sa décision au fonctionnaire. Dans le cas où il renonce à poursuivre ou omet de notifier sa décision, le fonctionnaire décide, après avoir mis l'intéressé en mesure de présenter ses moyens de défense, s'il y a lieu d'infliger une transaction administrative du chef de l'infraction.

La décision du fonctionnaire est motivée et fixe le montant de la transaction.

La notification de la décision du fonctionnaire éteint l'action publique.

Si l'intéressé demeure en défaut de payer la transaction, le fonctionnaire en requiert l'application devant le tribunal de première instance.

4.2.1.2. Avantages et imperfections du système

Le système de la loi du 30 juin 1971 est, en grande partie, basé sur un avis du Conseil d'État⁽²⁰⁹⁾.

Aux yeux de cette institution, il offre les avantages suivants:

- la poursuite pénale reste entre les mains d'un magistrat du ministère public;
- c'est à l'administration et à elle seule — en dehors de toute intervention du ministère public — qu'ap-

⁽²⁰⁹⁾ Chambre, session 1970-1971, document n° 939-1, p. 8-10.

partient l'initiative de transactions administratives;

- toutes les fois que l'intéressé n'aquiesce pas à la transaction fixée par le fonctionnaire, il sera statué sur celle-ci par le tribunal de première instance avec faculté d'appel et de pourvoi en cassation.

Il est donc satisfait à la règle que le ministère public est, dès le début de la procédure, mis au courant de la constatation de l'infraction et décide, dans un premier stade, de l'opportunité d'intenter des poursuites pénales. Ce système est donc conforme à l'article 138 du code judiciaire. Aux termes de cette disposition, il appartient au ministère public d'exercer l'action publique. On peut, toutefois, se demander si le délai d'un mois, dont le procureur du roi dispose pour notifier au fonctionnaire compétent sa décision quant à l'intentement des poursuites, n'est pas trop bref. Le procureur du roi ne peut, dans certains cas du moins, prendre cette décision qu'après avoir sérieusement enquêté⁽²¹⁰⁾.

D'autre part, il est satisfait, dans une certaine mesure, aux droits de la défense, puisqu'une copie du procès-verbal est transmise par les agents verbalisateurs à l'intéressé, que la décision du fonctionnaire de proposer une transaction administrative est prise après avoir mis l'intéressé en mesure de présenter ses moyens de défense et qu'elle doit être motivée. Les garanties qui entourent la procédure ne semblent toutefois pas être similaires à celles prévues par la procédure pénale. On peut, à ce sujet, se demander, notamment, si l'intéressé peut prendre connaissance du dossier ouvert à sa charge. Les lois étudiées ne contiennent à ce sujet aucune disposition précise.

La critique principale formulée dans divers avis du Conseil d'État a trait à l'absence de critère fixant le montant de la transaction qui ne peut être inférieur au minimum de l'amende prévu par la disposition violée ni supérieur au quintuple de ce minimum (article 17, paragraphe 4, de la loi du 25 mars 1964; article 16, paragraphe 4, de la loi du 21 juin 1983; article 27, paragraphe 4, de la loi du 24 mars 1987) ou au maximum de l'amende (article 12 bis, paragraphe 4, de la loi du 15 avril 1965). La loi du 10 avril 1990, quant à elle, ne prévoit pas de précisions quant au montant. Il faudra, à ce sujet, peut-être attendre les arrêtés d'exécution de ces lois, qui n'ont pas encore été pris.

Le Conseil d'État a, dans ses avis, insisté sur le fait que, contrairement à des matières fiscales où le calcul de la pénalité est lié au droit qu'il appartient à l'administration de percevoir, puisque les pénalités en la matière sont fixées par la loi en prenant en considération les droits que l'administration fiscale peut percevoir vu leur caractère réparateur, le montant

peut en l'espèce, en revanche, varier selon les circonstances propres à l'espèce, et notamment d'après la personnalité du délinquant.

4.2.2. Système sans intervention préalable du parquet

Plusieurs lois importantes prévoient un régime de transactions administratives sans intervention préalable du parquet. À ce sujet, il faut observer que les matières des douanes et accises occupent une place particulière car, en l'espèce, l'action publique est exercée par l'administration elle-même en tant qu'elle vise les peines patrimoniales et par le ministère public quant à l'emprisonnement, le ministère public ne pouvant toutefois pas agir avant que l'administration ait, de son côté, porté plainte ou intenté l'action (article 281 des lois coordonnées). D'autre part, si, en matière de contrôle des changes⁽²¹¹⁾, l'Institut belgo-luxembourgeois du change n'exerce pas les poursuites, mais bien le ministère public, il n'en demeure pas moins que le pouvoir de l'Institut est considérable, le ministère public devant disposer d'une requête de celui-ci pour exercer des poursuites.

4.2.2.1. Description des diverses lois

Les lois qui ne prévoient pas une intervention préalable du parquet sont assez divergentes. Il est dès lors préférable de les étudier séparément.

L'article 263 de la loi coordonnée en matière de douanes et d'accises⁽²¹²⁾ n'appelle pas de commentaire puisque, en cas de refus de paiement de la transaction administrative, les poursuites seront elles aussi diligentées à l'initiative de l'administration. Il faut uniquement préciser qu'il résulte des discussions parlementaires que l'administration peut encore transiger pendant le cours d'une poursuite judiciaire aussi longtemps que le juge n'a pas prononcé un jugement définitif, les circonstances atténuantes, qui permettent la transaction, pouvant parfois n'être connues que pendant le cours de la procédure⁽²¹³⁾.

En revanche, en matière de contrôle des changes, la transaction proposée soit par l'Institut belgo-luxembourgeois du change soit par l'administration des douanes et accises selon les modalités fixées par l'Institut n'est possible qu'aussi longtemps que les juridictions de jugement compétentes en premier ressort n'auront pas été saisies de la cause (article 6). L'affaire ne peut donc pas être distraite des juridictions à la suite d'une transaction. On peut donc dire que, en cette manière, il est probable qu'après le non-paiement de la transaction l'Institut dépose une requête et que le ministère public intente des poursuites.

⁽²¹⁰⁾ Matthys, J.: « Les juridictions du travail et l'action publique du chef d'infraction à la législation sociale », *JTT*, 1977, 264-271, n° 13; Henrion, Ch. E.: « Amendes administratives en droit social », *RDP*, 1974-1975, 871-895, spécialement 883 et 891.

⁽²¹¹⁾ Arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes (*M.B.*, 7.10.1944).

⁽²¹²⁾ *M.B.*, 21.9.1977.

⁽²¹³⁾ *Pasinomie*, 1822-1824, p. 64.

Aux termes de l'article 65, paragraphe 3, de la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme⁽²¹⁴⁾, le fonctionnaire délégué, de commun accord avec le collège des bourgmestre et échevins, peut transiger avec le contrevenant, dans le cas de certaines infractions et pour des sommes déterminées par arrêté royal. Bien que le texte de la loi ne contienne aucune disposition à ce sujet, il résulte d'une circulaire ministérielle, d'une part, et d'une pratique administrative, d'autre part, que la décision d'octroyer une transaction n'est prise qu'après consultation du procureur du roi, le parquet pouvant, de la sorte, donner son avis sur l'opportunité d'accorder une transaction⁽²¹⁵⁾. Si le contrevenant ne paie pas la transaction, le dossier sera transmis par le fonctionnaire au parquet, qui pourra intenter des poursuites. Dans le régime de la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix⁽²¹⁶⁾, les agents commissionnés par le ministre des Affaires économiques transmettent les procès-verbaux de constat d'infractions au directeur général de l'inspection générale économique du ministère des Affaires économiques. Le fonctionnaire ou, en cas d'absence ou d'empêchement, l'inspecteur général de ce service peut proposer au contrevenant de payer à titre transactionnel une somme d'argent qui ne peut être inférieure à 1 000 francs belges sans excéder 200 000 francs belges et, en cas de concours, 500 000 francs belges. Le paiement de cette somme éteint l'action publique. Avant d'envoyer la proposition de paiement au contrevenant, une copie du procès-verbal lui est notifiée. Toute proposition de paiement doit être envoyée dans un délai de six mois à partir de la date du procès-verbal. En cas de non-paiement dans le délai indiqué dans la proposition de paiement, le procès-verbal est transmis au procureur du roi. Si aucune proposition de paiement n'a été faite dans le délai de six mois, le procès-verbal est immédiatement transmis au procureur du roi à l'expiration de ce délai (article 11 bis de la loi et arrêté royal du 10 octobre 1983). Le régime de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits⁽²¹⁷⁾ prévoit un système presque analogue. Les fonctionnaires et agents dressent procès-verbal et transmettent celui-ci en cas d'infraction à certaines dispositions de la loi à un fonctionnaire du ministère de la Santé publique et de l'Environnement. Ce fonctionnaire peut proposer à l'auteur de l'infraction le paiement d'une transaction, qui éteint l'action publique. Le montant de cette transaction ne peut être inférieur au minimum ni supérieur au décuple du minimum de l'amende portée par la loi. La proposition indique que le paiement doit être effectué dans un

délai de trois mois. En cas de non-paiement dans le délai prescrit ou si aucune proposition de paiement n'a été faite, le procès-verbal de constat des infractions est transmis au procureur du roi (article 19 de loi et arrêté royal du 14 août 1989).

4.2.2.2. Avantages et imperfections du système

Le Conseil d'État n'a été appelé qu'à émettre un avis au sujet du projet de loi sur la réglementation économique et les prix. Il estima que, contrairement au pouvoir transactionnel conféré au ministère public et offrant les garanties nécessaires, les dispositions légales attribuent compétence à des agents administratifs placés sous l'autorité hiérarchique directe du ministre des Affaires économiques⁽²¹⁸⁾.

Le Conseil formula plus tard les mêmes objections vis-à-vis de projets de loi qui s'inspiraient largement de la loi relative à la protection de la santé des consommateurs en disant que ces projets touchaient à l'exercice de l'action publique, qui est, en règle générale, l'affaire du ministère public⁽²¹⁹⁾. Selon la loi relative à la protection de la santé des consommateurs, le procès-verbal est d'abord transmis au fonctionnaire du ministère de la Santé publique, qui peut proposer une transaction mettant fin à l'action publique. Jusqu'à ce stade, le ministère public n'est pas mêlé à l'affaire.

On peut souscrire à ces objections. Dans ces deux lois, le système adopté ne respecte pas les prérogatives traditionnellement reconnues au ministère public, puisque ce n'est qu'en cas de refus de paiement ou si aucune proposition de paiement n'est faite que le dossier est transmis au procureur du roi. De plus, toute initiative de ce magistrat est rendue impossible s'il a reçu connaissance par une autre voie des faits, puisque le paiement de la transaction proposée par l'administration éteint l'action publique, si bien que le procureur du roi ne peut saisir le tribunal correctionnel, même s'il estime une proposition transactionnelle peu opportune⁽²²⁰⁾.

Les lois concernées par le deuxième système ne contiennent aucune disposition au sujet des droits de la défense, si ce n'est que la loi sur la réglementation économique et les prix et la loi relative à la protection de la santé des consommateurs prévoient qu'une copie du procès-verbal est transmise au contrevenant. Cette situation doit être critiquée: le contrevenant n'est pas mis en mesure de présenter ses moyens de défense et il ne bénéficie aucunement de garanties similaires à ceux de la procédure pénale.

Enfin, les législations étudiées ne contiennent aucune précision au sujet des critères utiles à la fixation du

⁽²¹⁴⁾ M.B., 12.4.1962.

⁽²¹⁵⁾ Orban de Xivry, E.: «Les sanctions administratives en droit d'environnement en Région wallonne», p. 3-37 et spécialement p. 19, dans Jadot, B.: *La répression des infractions en matière d'environnement en Région wallonne*.

⁽²¹⁶⁾ M.B., 31.6.1971.

⁽²¹⁷⁾ M.B., 8.4.1977.

⁽²¹⁸⁾ Sénat, session 1970-1971, document n° 682, p. 53.

⁽²¹⁹⁾ Chambre, session 1981-1982, document n° 923-1, p. 2 et 3.

⁽²²⁰⁾ Matthijs, J.: «Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht», *RW*, 1975-1976, 321-348 et 385-414, n° 18.

montant des transactions, qui peuvent être élevées dans le cas d'infraction à la loi sur la réglementation économique et les prix. Dans les lois en matière de douanes et d'accises et de contrôle des changes, on peut supposer, à défaut de texte à ce sujet, que l'administration se base sur les droits éludés. À cette constatation malheureuse, seul l'arrêté royal fixant les sommes transactionnelles en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme fait exception.

4.2.3. Compatibilité avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'arrêt *De Weer*, décidé qu'une procédure de transaction ne se heurte pas en principe à la convention, parce qu'elle présente, pour les intéressés comme pour l'administration de la justice, des avantages indéniables.

Répondant à l'argumentation que l'admission de la transaction a, en un sens, toujours lieu sous une certaine contrainte et sous la menace d'un préjudice grave, parce que l'action publique représenterait pour la plupart de ceux contre qui elle est intentée ou susceptible de l'être une chose à craindre et, dans de nombreuses hypothèses, une menace suffisante pour les amener à renoncer à l'examen de leur cause par un tribunal (voir, à ce sujet, la réponse à la question 3.8), la Cour constate que, si la perspective à comparaître devant le juge pénal est assurément de nature à inciter beaucoup d'accusés à se montrer accommodants, la pression qu'elle crée sur eux n'a rien d'incompatible avec la convention, à condition que la renonciation à un procès équitable entouré de l'ensemble des garanties que la convention exige en la matière ne soit pas entachée de contrainte.

Il convient à ce sujet d'ajouter que, dans l'affaire *De Weer*, la proposition de transaction émanait du ministère public et que la Cour a estimé qu'il y avait eu contrainte en l'espèce, parce que le requérant faisait aussi l'objet d'une mesure de fermeture de son commerce ordonnée par le procureur du roi, alors que la proposition de transaction prévoyait que la fermeture du commerce serait levée après qu'il aurait accompli le paiement exigé. Après cet arrêt, le législateur a modifié sur ce point la loi en prévoyant que la procédure transactionnelle exclut la fermeture provisoire. Cependant, il s'agissait en l'occurrence d'une transaction

judiciaire. Or, le législateur n'a pas modifié la disposition relative à la transaction administrative. Il n'existe donc pas une interdiction légale pour l'administration d'ordonner la fermeture provisoire de l'établissement du contrevenant en vertu de l'article 2, paragraphe 5, de la loi sur la réglementation économique et les prix et de proposer ensuite une transaction. Cette fermeture ne peut, toutefois, pas excéder cinq jours. De plus, le contrevenant peut exercer un recours contre cette décision devant une juridiction de l'ordre judiciaire. Dans ces conditions, il paraît difficilement imaginable que le contrevenant accepte de payer la proposition transactionnelle émanant de l'administration sous la menace d'une fermeture. Celle-ci aura nécessairement déjà pris fin au moment où la proposition de transaction sera formulée.

Lorsqu'on examine les deux systèmes de transactions administratives à la lumière des exigences de l'article 6 de la convention, il doit d'abord être admis qu'en principe ils ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la convention.

Deux problèmes surgissent toutefois en ce sens qu'on peut se demander dans quelle mesure l'intéressé est à même d'apprécier en connaissance de cause et librement l'opportunité d'accepter la transaction proposée. Les problèmes ont trait à la procédure suivie et à l'incertitude au sujet des montants.

Au sujet de la procédure, on peut se demander s'il n'est pas nécessaire que les textes des lois concernées disposent expressément que l'intéressé lui-même et son conseil puissent prendre connaissance du dossier sur lequel l'administration se base pour proposer la transaction.

En ce qui concerne les imprécisions au sujet du montant, il faudrait que les montants des sommes transactionnelles soient connus, alors que, dans un grand nombre de cas, les montants sont évalués en fonction de directives enfermées dans des circulaires inaccessibles au grand public.

Si ces deux conditions sont remplies, il semble que le système de transactions administratives réunit les exigences qui permettent d'affirmer que l'intéressé a pu apprécier en connaissance de cause et librement la transaction proposée. Il serait, dans ce même ordre d'idées, préférable de choisir le premier système décrit ci-dessus, qui prévoit expressément que le fonctionnaire met l'intéressé en mesure de présenter ses moyens de défense et que la décision du fonctionnaire est motivée.

5. Projets de réforme

Question: *Dans le système interne, existent-ils des projets de réforme des règles de fond ou de procédure des infractions administratives?*

Dans la réponse à la question 1, nous avons souligné que le droit belge ne connaît pas un système général de droit punitif administratif. Un projet de réforme globale concernant les règles de fond ou de procédure des infractions administratives n'est, dès lors, pas imaginable.

Cependant, il faut mentionner l'évolution remarquable dans la position du Conseil d'État sur le choix entre la transaction administrative et la sanction administrative, ainsi que sur le concept même de l'infraction administrative. De même, il faut souligner que, dans le domaine important des pratiques du commerce, il existe un projet de loi tendant à introduire un système de transactions administratives.

5.1. POSITION DU CONSEIL D'ÉTAT

5.1.1. Choix entre la transaction administrative et la sanction administrative

En répondant à la question 1, nous avons décrit comment le système de droit punitif administratif de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales⁽²²¹⁾ a changé de caractère. À l'origine conçu comme un système de transactions administratives, le système est devenu, depuis la loi-programme du 30 décembre 1988⁽²²²⁾, un système de sanctions administratives. Dans son avis, le Conseil d'État a gardé le silence lors de cette transformation⁽²²³⁾.

Ce silence est d'autant plus étonnant que le système initial de transactions administratives a pratiquement été développé par le Conseil d'État, en émettant des objections vis-à-vis du projet du gouvernement dans son avis concernant la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales⁽²²⁴⁾. Dans cet avis, le Conseil d'État énumère trois avantages du système originel de transactions administratives, dont le troisième nous intéresse ici en particulier: «*Toutes les fois que le contrevenant n'aquiesce pas à l'amende fixée par l'administration, il sera statué sur celle-ci par le tribunal du travail avec faculté d'appel devant la cour du travail et, le cas échéant, de pourvoi en cassation*»⁽²²⁵⁾ (mise en évidence par nous). Ces ga-

ranties disparaissent dans le système actuel de sanctions administratives, où l'employeur doit lui-même introduire un recours devant le tribunal du travail à peine de voir l'amende recouvrée par l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines.

Dans un autre dossier, notamment dans l'avis relatif à la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage⁽²²⁶⁾, le Conseil d'État a mis fin à ce silence⁽²²⁷⁾. Le projet de cette loi prévoyait un système de sanctions administratives parallèle au système de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales tel qu'il avait été modifié par la loi-programme du 30 décembre 1988⁽²²⁸⁾. Or, le Conseil d'État dit en l'espèce: «*La décision de l'administration n'était, dans la loi de 1971 (avant la loi-programme du 30 décembre 1988), qu'une offre de transaction dont l'acceptation par le contrevenant pouvait mettre fin aux poursuites; si l'employeur ne s'exécutait pas, l'affaire était portée devant le tribunal. Ces système paraît plus conforme aux principes constitutionnels ... que celui instauré par ladite loi après sa modification en 1988 et celui prévu par le présent projet*»⁽²²⁹⁾ (mise en évidence par nous). En plus, le Conseil d'État considère que les sanctions administratives sont en disharmonie avec la présomption d'innocence prévue par l'article 6, deuxième alinéa, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme: «*Le texte en projet ... oblige, en effet, l'intéressé à saisir le tribunal de première instance s'il veut échapper au caractère exécutoire de l'amende administrative décidée à son encontre; il serait ainsi déclaré coupable par l'autorité administrative avant que le juge ne se fût prononcé; en outre, sa culpabilité ne serait légalement établie, jusqu'à ce que, sur son recours, le juge se prononce, que par des procès-verbaux et par une décision de caractère non judiciaire; ce serait également le cas si l'intéressé n'introduisait aucun recours*»⁽²³⁰⁾ (mise en évidence par nous).

Le Conseil d'État énumère donc deux arguments en faveur d'un système de transactions administratives.

D'abord, les principes constitutionnels du droit belge sont rappelés. Il s'agit, notamment, de l'article 9 de la Constitution belge: «*Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*»; ainsi que de l'article 7, deuxième alinéa, de la Constitution: «*Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la*

⁽²²¹⁾ M.B., 13.7.1971, errata des 16.7.1971 et 18.11.1971.

⁽²²²⁾ M.B., 5.1.1989.

⁽²²³⁾ Avis du Conseil d'État relatif à la loi-programme du 31.12.1988, Doc. Parl., Chambre, 1988-1989, n° 609/1, 109 et suiv., en particulier 126.

⁽²²⁴⁾ De Nauw, A.: «*L'évolution législative vers un système punitif administratif*», RDP, 1989, 351.

⁽²²⁵⁾ Doc. Parl., Chambre, 1970-1971, n° 939-1, 10.

⁽²²⁶⁾ Cette loi est publiée dans le *Moniteur Belge* du 29.4.1990.

⁽²²⁷⁾ Il est à noter que le Conseil d'État prend l'occasion pour expliquer ce silence dans l'avis concernant la loi-programme du 30 décembre 1988: «*Le Conseil d'État n'avait ... fait aucune observation, mais le projet, dont le contenu était substantiel et varié, avait dû être examiné selon la procédure de l'urgence.*»

⁽²²⁸⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 58-59.

⁽²²⁹⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 60.

⁽²³⁰⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 60.

loi, et dans la forme qu'elle prescrit.» Partant de ces principes et y ajoutant le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, «suivant lequel chacun des trois pouvoirs a son domaine propre sur lequel les deux autres ne peuvent empiéter»⁽²³¹⁾, le Conseil d'État considère qu'«il relève de la mission spécifique du juge, à l'exclusion de tout autre pouvoir, *notamment du pouvoir exécutif*, de réprimer par des peines, dans les limites tracées par le législateur, les infractions à la loi. Au nombre de ces peines figure l'amende»⁽²³²⁾. Il est évident que la sanction administrative, qui prend dans la majorité des cas la forme d'une amende administrative, ne se concilie que très difficilement avec ce raisonnement. Au contraire, la transaction administrative, n'étant qu'une proposition et non une sanction, ne pose aucun problème vis-à-vis de ces principes constitutionnels.

Ensuite, le Conseil d'État se réfère au principe de la présomption d'innocence. Ce principe, qui n'est pas exprimé *expressis verbis* par la loi⁽²³³⁾, constitue un principe général du droit belge⁽²³⁴⁾. Il est, en outre, consacré par l'article 6, deuxième alinéa, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le passage de l'avis déjà cité ci-dessus ne requiert pas d'explication additionnelle à ce sujet.

Il y a, à notre avis, encore deux autres arguments à signaler en faveur d'un système de transactions administratives.

Traditionnellement en droit belge, une procédure tendant à simplifier la procédure pénale classique ne peut pas aboutir à ce que le contrevenant se voit placé devant une sanction qui devient exécutoire sans qu'il ait participé à cette procédure. C'est pour cette raison que le droit belge ne connaît pas l'ordonnance pénale⁽²³⁵⁾. Il est évident que la procédure de sanctions administratives n'est pas conciliable avec cette tradition de droit. En revanche, elle n'empêche point de développer des systèmes de transactions administratives, qui ne sont exécutoires qu'avec l'accord du contrevenant, explicité notamment par le paiement.

⁽²³¹⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 58.

⁽²³²⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 58.

⁽²³³⁾ La doctrine remarque, cependant, que le code d'instruction criminelle contient bien des applications de la présomption d'innocence (voir Franchimont, M., Jacobs, A., et Masset, A.: *Manuel de procédure pénale*, Liège, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1989, 751; Traest, P.: «Bewijslast in strafzaken», dans De Nauw, A., D'Haenens, J., et Storme, M.: *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen/Arnheim, Kluwer/Gouda Quint, 1988, 93). Ainsi, l'article 347, deuxième alinéa, du C.C.P. dispose: «En cas d'égalité des voix, l'avis favorable à l'accusé prévaut.»

⁽²³⁴⁾ Voir Claeys Bouwaert, P.: «Algemene beginselen van het recht — Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *RW*, 1986-1987, 931.

⁽²³⁵⁾ Le sénateur M. Storme a bien proposé, en 1980, d'introduire l'ordonnance pénale dans le droit pénal belge (Doc. Parl., Sénat, 1979-1980, n° 363-1). Cette proposition n'a cependant jamais été acceptée par le Parlement. La raison est bien que l'ordonnance pénale «est étrangère à nos traditions judiciaires» (De Nauw, précité, 370).

Ensuite, il s'impose de rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la notion d'«accusation pénale» en relation avec l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Dans les arrêts *Engel e.a.*, du 8 juin 1976⁽²³⁶⁾, *Öztürk*, du 21 février 1984⁽²³⁷⁾, et *Lutz*, du 25 août 1987⁽²³⁸⁾, la Cour a développé une jurisprudence constante énumérant trois autres critères possibles, de sorte que l'accomplissement d'un de ces critères suffit pour que la sanction en question soit une peine dans le sens strict du mot. Ces critères sont formulés comme suit: «Il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'État défendeur; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des États contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé.» Appliquons ces critères aux deux cas de sanctions administratives en droit belge: le droit fiscal et le droit social.

En ce qui concerne le droit fiscal, nous avons déjà décrit dans la réponse à la première question qu'il existe deux catégories d'infractions: les infractions dites «simples», c'est-à-dire qui ne donnent lieu qu'à des sanctions administratives (article 335 du CIR), et les infractions dites «qualifiées», qui peuvent être sanctionnées de sanctions administratives et, en plus, de sanctions pénales (article 339 du CIR). La deuxième catégorie d'infractions soi-disant administratives comporte, à vrai dire, des infractions pénales et ressortit, dès lors, au droit pénal. En revanche, la première catégorie peut être considérée comme ne ressortissant pas au droit pénal.

Le deuxième critère pose déjà des problèmes. En effet, le caractère général de la norme, qui ne s'adresse pas à un groupe déterminé à statut particulier — à la manière, par exemple, du droit disciplinaire —, mais à tous les citoyens, et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir la nature pénale de l'infraction litigieuse⁽²³⁹⁾. Par conséquent, les infractions des articles 334 et 335 du CIR relèvent des caractéristiques pénales.

En ce qui concerne le troisième critère — la nature et la gravité de la sanction —, il ne surgit pas de problèmes dans le cas des amendes fiscales, qui ne peuvent être supérieures à 10 000 francs belges. Au contraire, l'accroissement d'impôts pouvant s'élever à 200 % des impôts dus est d'une gravité considérable.

Les infractions administratives des articles 334 et 335 du CIR se révèlent, dès lors, comme des accusations pénales dans le sens du terme y attribué par la Cour européenne des droits de l'homme.

⁽²³⁶⁾ Publ. Cour, sér. A, n° 22, paragraphe 82.

⁽²³⁷⁾ Publ. Cour, sér. A, n° 73, paragraphe 50.

⁽²³⁸⁾ Publ. Cour, sér. A, n° 123, paragraphe 54.

⁽²³⁹⁾ Voir notes 237 et 238.

Les infractions administratives du droit social donnent lieu soit à des poursuites pénales, soit à des sanctions administratives. Ce sont, dès lors, des infractions ressortant au droit pénal d'après la technique juridique belge. On peut, en outre, raisonnablement dire que les lois qui tombent sous le régime de la loi du 30 juin 1971 ne s'adressent pas à un groupe déterminé à statut particulier, mais à tous les citoyens, et que le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffit à établir, au regard de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la nature pénale de l'infraction.

De plus, les amendes administratives en matière sociale peuvent s'élever, dans certaines conditions, à 1 800 000 francs belges. Des sanctions d'un tel montant sont, sur la base du troisième critère — la gravité de la sanction —, dans la réalité des choses des peines, de sorte qu'elles ne peuvent pas être appliquées par des autorités administratives, mais doivent au contraire être infligées par un juge.

Il est à souligner que le Conseil d'État a, dans plusieurs avis, suivi un raisonnement parallèle. Ainsi, dans l'avis concernant la loi du 4 août 1986 portant des dispositions fiscales, le Conseil d'État considère que « lorsque l'amende (administrative) atteint un montant très important, il y a lieu de considérer qu'elle devient une peine qui ne peut être prononcée que par les tribunaux, en vertu des dispositions constitutionnelles »⁽²⁴⁰⁾. Dans d'autres avis, le Conseil a même, dans ce cadre, fait mention de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁽²⁴¹⁾.

Il incombe enfin de faire état de l'exception, formulée dans les arrêts Öztürk et Lutz, à la règle qu'une peine dans le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme doit être infligée par un tribunal. Selon la Cour, un État contractant peut charger une autorité administrative d'infliger une peine, s'il s'agit d'« infractions légères ..., qui ne dénotent pas une indignité propre à valoir à leur auteur le jugement défavorable caractérisant la peine »⁽²⁴²⁾. La question devient alors de savoir si les infractions à la loi du 30 juin 1971 peuvent être considérées comme des infractions légères, qui ne méritent pas « le stigma » de la peine. Selon nous, cela n'est pas le cas. Le fait que la Cour donne comme exemple, dans l'arrêt Öztürk ainsi que dans l'arrêt Lutz, les infractions routières⁽²⁴³⁾ oblige en effet à une certaine prudence.

⁽²⁴⁰⁾ Doc. Parl., Sénat, 1985-1986, n° 310-51, 3.

⁽²⁴¹⁾ Notamment dans l'avis concernant le décret du Conseil régional wallon du 7 octobre 1985 relatif à la protection des eaux de surface contre la pollution Doc. Conseil régional wallon 1983-1984, n° 107-1, 85-86, et dans l'avis concernant le décret du Conseil régional wallon du 5 juin 1985 sur les déchets, Doc. Conseil régional wallon, 1983-1984, n° 113-1, 63-64.

⁽²⁴²⁾ Point 57 de l'arrêt Lutz, précité.

⁽²⁴³⁾ Point 56 de l'arrêt Öztürk, précité; point 57 de l'arrêt Lutz, précité.

En tout cas, eu égard aux arguments développés par le Conseil d'État, l'« embryon »⁽²⁴⁴⁾ d'un droit punitif administratif ne peut être en droit belge, selon le Conseil, qu'un système de transactions administratives.

5.1.2. Concept d'infraction administrative

En réponse à la question 1, nous avons vu que dans deux cas seulement le droit belge connaît un système de droit punitif administratif dans le sens strict du mot, c'est-à-dire distinct du droit pénal. Il s'agit des sanctions administratives de l'article 335, premier alinéa, du code des impôts sur les revenus et des transactions administratives de l'article 19 de la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage. Nous avons aussi déjà remarqué que, dans le dernier cas, le législateur a suivi les objections du Conseil d'État vis-à-vis du projet initial du gouvernement.

Nous avons déjà étudié cet avis du Conseil d'État concernant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage lorsque nous avons discuté du choix entre la sanction administrative et la transaction administrative. Mais l'avis du Conseil d'État a aussi une importance capitale dans le cadre du concept même de l'infraction administrative.

En effet, constatant le fait que, dans la majorité des cas, l'infraction peut faire l'objet soit de sanctions pénales, soit de sanctions ou transactions administratives, le Conseil d'État considère: « Une confusion s'instaure entre l'infraction pénale et l'infraction administrative, et ... les autorités chargées des poursuites de l'une et de l'autre pourraient aboutir à des décisions contradictoires. Il serait, dès lors, plus conforme à la Constitution⁽²⁴⁵⁾ de spécifier clairement, à l'article 18, les cas d'infraction pénale ... et de laisser au juge pénal, au demeurant plus apte à statuer en cette matière, plutôt qu'au juge civil, le soin de trancher la contestation et de prononcer l'amende comminée par l'article 18. Rien n'empêcherait, ensuite, qu'il soit prévu à l'article 19 que toute autre infraction à la loi pourrait donner lieu à une amende administrative »⁽²⁴⁶⁾. Le Conseil d'État veut donc mettre fin aux systèmes des infractions qui peuvent être sanctionnées soit par la voie pénale, soit par la voie administrative. Il se montre partisan de distinguer les infractions administratives et les infractions pénales.

Quant à la catégorie des infractions administratives, il est encore à signaler que le Conseil d'État incite à une

⁽²⁴⁴⁾ De Nauw, précité, 380.

⁽²⁴⁵⁾ Voir les remarques faites précédemment concernant les principes constitutionnels du droit belge.

⁽²⁴⁶⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 59.

prudence particulière lorsque «les sanctions consistent dans ... des peines privatives de certaines libertés, comme la liberté du commerce, de l'industrie et des services», ainsi que lorsque «la sanction administrative a la forme d'une amende frappant un particulier qui, usant du droit d'exercer librement un commerce, n'est notamment ni un fonctionnaire ni un collaborateur du service public»⁽²⁴⁷⁾.

En conclusion, il ressort de ce qui précède que le Conseil d'État fait un plaidoyer pour que:

- a) le législateur instaure un système d'infractions administratives distinctes et non plus un système d'infractions qui donnent lieu soit à des poursuites pénales, soit à des sanctions ou transactions administratives;
- b) cette catégorie distincte d'infractions administratives soit passible d'une transaction administrative et non plus d'une sanction administrative.

Il ne s'agit pas, sur ces deux points, d'un projet de réforme. Néanmoins, eu égard à l'importance doctrinale et législative des avis du Conseil d'État, il importera que le législateur de lege ferenda en tienne compte.

5.2. PRATIQUES DU COMMERCE

S'il n'existe pas de projets de réforme des règles de fond ou de procédure des infractions administratives, il faut cependant faire état du fait que, dans le domaine important des pratiques du commerce, un projet de loi tend à introduire un système de transactions administratives⁽²⁴⁸⁾.

La loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce⁽²⁴⁹⁾ énumère les règles applicables à l'information commerciale, aux ventes à perte, en liquidation, en solde ou à prix réduit, aux conditions normales de la concurrence, etc. L'application de ces règles est assurée par des sanctions pénales (articles 60 à 65) ou, dans quelques cas, par la radiation de l'immatriculation visée à l'article 40⁽²⁵⁰⁾ (article 68).

⁽²⁴⁷⁾ Doc. Parl., Sénat, 1988-1989, n° 775-1, 58.

⁽²⁴⁸⁾ Projet de loi du 23 juillet 1985 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Doc. Parl., Sénat, 1984-1985, n° 947-1. Pour une étude générale de ce projet, on peut se référer à De Vroede, P.: «Handelspraktijkenwet: stand van zaken en toekomstige ontwikkeling», *TPR*, 1986, 609-651, ainsi qu'à Stuyck, J.: «Algemene beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument», dans Balate, E., et Stuyck, J.: *Handelspraktijken en Voorlichting en Bescherming van de Consument*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 3 et suiv.

⁽²⁴⁹⁾ *M.B.*, 30.7.1971.

⁽²⁵⁰⁾ L'article 40 de la loi sur les pratiques du commerce dispose que «toute personne qui émet des titres visés à l'article 38, 1 à 3 (il s'agit des titres permettant l'acquisition d'un produit ou service, l'acquisition d'un avantage ou donnant droit à une ristourne en espèces), doit être titulaire d'une immatriculation délivrée par le ministre».

Cependant, la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce est caractérisée par une tendance de dépénalisation⁽²⁵¹⁾. Cela est surtout le cas pour l'action civile en cessation prévue par l'article 55 de la loi⁽²⁵²⁾. En effet, le président du tribunal de commerce constate⁽²⁵³⁾ l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant un manquement aux dispositions énumérées dans l'article 55 de la loi. Cette énumération, tout en étant bien limitative, n'est pas très restrictive, puisqu'elle comporte l'interdiction générale de l'article 54 de la loi: «Est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, par lequel un commerçant ou artisan porte atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs commerçants ou artisans.»

Le projet de loi poursuit cette tendance vers la dépénalisation⁽²⁵⁴⁾. Tout d'abord, le champ d'application de l'article 55 de la loi est étendu, de sorte que l'action en cessation serait possible pour toute infraction à la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, et cela à la requête de chaque consommateur, qui fait preuve d'un intérêt né et actuel.⁽²⁵⁵⁾

Ensuite, le projet se laisse inspirer par l'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation et les prix⁽²⁵⁶⁾.

Nous avons déjà décrit que, en vertu de cet article, les fonctionnaires spécialement commissionnés à cet effet par le ministre des Affaires économiques — à savoir le directeur général et, en cas d'absence ou empêchement de celui-ci, l'inspecteur général de l'inspection générale économique du ministère des Affaires économiques⁽²⁵⁷⁾ — peuvent fixer une somme, dont le paiement volontaire par l'auteur de l'infraction éteint

⁽²⁵¹⁾ Doc. Parl., Sénat, 1984-1985, n° 947-1, 1. Voir, à ce sujet, Van de Kerchove, M.: *Le droit sans peines — Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 267, avec références.

⁽²⁵²⁾ Voir, au sujet de l'article 55 de la loi sur les pratiques du commerce, les études approfondies dans De Vroede, P., et Ballon, P.-L.: *Handelspraktijken*, Anvers, Kluwer, 1985, n° 1302 à 1453, ainsi que dans De Vroede, P., et Flamee, M.: *Handboek van het Belgisch economisch recht*, Anvers, Kluwer, 1988, 859-878 et 887-894.

⁽²⁵³⁾ À la requête des intéressés, d'un groupement professionnel ou interprofessionnel intéressé ayant la personnalité civile, du ministre des affaires économiques ainsi que de toute association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité civile (article 57 de la loi).

⁽²⁵⁴⁾ Doc. Parl., Sénat, 1984-1985, n° 947-1, 2.

⁽²⁵⁵⁾ Doc. Parl., Sénat, 1984-1985, n° 947-1, 4-5; Dejemeppe, P.: «La réforme de la législation sur les pratiques du commerce: le "droit aux intérêts économiques"», dans Bourgoignie, T., et Delvax, G.: *L'année de la consommation 1986*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, 66; Deruyck, F., «Naar een verdere depenalisation in de Handelspraktijkenwet?» (note sous Corr. Gand, 11 avril 1990), *Droit de la consommation; consumentenrecht*, 1991, 549-550.

⁽²⁵⁶⁾ L'exposé des motifs constate cette inspiration expressis verbis: Doc. Parl., Sénat, 1984-1985, n° 947-1, 55.

⁽²⁵⁷⁾ Article unique de l'arrêté ministériel du 10 octobre 1983 désignant les fonctionnaires chargés de proposer aux auteurs d'infractions à la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation et les prix le règlement transactionnel visé à l'article 11 bis (*M.B.*, 20.10.1983).

l'action publique. De manière parallèle, l'article 97 du projet dispose que «les agents désignés à cette fin par le ministre (des Affaires économiques) peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction aux articles 83 à 85 ... proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique».

Selon l'article 6 de l'arrêté royal du 10 octobre 1983 portant exécution de l'article 11 bis de la loi du 22 janvier 1945 ⁽²⁵⁸⁾, le procès-verbal est, en cas de non-paiement de la somme transactionnelle, transmis au procureur du roi. De même, l'article 94, paragraphe 6, du projet prévoit que, «en application de l'article 97, le procès-verbal n'est transmis au procureur du roi que lorsque le contrevenant n'a pas accepté la proposition de transaction». Le procureur du roi ne peut donc intentier des poursuites pénales que dans le cas où la procédure transactionnelle

⁽²⁵⁸⁾ *M.B.*, 20.10.1983.

administrative aboutit à un échec. Dans la réponse à la question 2.1, nous avons vu que cette situation est vivement regrettée par la doctrine et le Conseil d'État.

Le projet de loi est déjà adopté par le Sénat ⁽²⁵⁹⁾ et par la commission de la Chambre des représentants ⁽²⁶⁰⁾. Le contenu des articles qui nous intéressent ici n'a pas été changé ⁽²⁶¹⁾. Il faudra, toutefois, attendre l'adoption du texte par la Chambre des représentants pour connaître la portée définitive du système de transactions administratives dans la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce.

⁽²⁵⁹⁾ Projet transmis par le Sénat, Doc. Parl., Chambre, 1986-1987, n° 826/1.

⁽²⁶⁰⁾ Texte adopté par la commission de la Chambre, Doc. Parl., Chambre, 1989-1990, n° 1240/20, 154.

⁽²⁶¹⁾ Ils portent cependant un autre numéro: l'article 97 est devenu l'article 115, tandis que l'article 94, paragraphe 6, est dorénavant l'article 112, paragraphe 6.

6. Impact des sanctions communautaires sur le système national

Question: *Quel est l'impact du système de sanctions communautaires sur le système national de sanctions administratives et pénales?*

Remarque préliminaire

La réponse à la question 6 ne porte que sur les fraudes relatives aux subventions. Cette forme de fraude se rattache aux domaines couverts par les règlements, dont la liste a été transmise (régime d'aide, régime de prime, etc.).

Les autres formes de fraude, notamment en ce qui concerne les prélèvements et les restitutions, sont sanctionnées sur base de l'article 10 de la loi du 11 septembre 1962 relative à l'importation, à l'exportation et au transit des marchandises⁽²⁶²⁾. Cette disposition se réfère aux articles 231, 249 à 253 et 263 à 284 de la loi générale sur les douanes et accises⁽²⁶³⁾. L'article 10 de la loi du 11 septembre 1962 est aussi applicable aux infractions à l'arrêté royal du 25 octobre 1971 relatif à l'exécution des actes émanant des institutions compétentes des Communautés européennes touchant la matière agricole⁽²⁶⁴⁾ et aux infractions à l'arrêté royal du 4 janvier 1985 fixant les conditions d'agrément des sociétés chargées de la délivrance d'une attestation de déchargement dans le pays de destination de marchandises exportées dans le cadre de la politique agricole commune⁽²⁶⁵⁾.

On peut donc conclure que, pour ces autres formes de fraude, le droit pénal douanier s'applique. Nous avons vu ci-dessus que cette branche du droit prévoit un système de transactions administratives.

La question de savoir quelles dispositions nationales ont assuré l'application des sanctions, prévues dans les règlements figurant dans la liste qui nous a été distribuée, exige une réponse en deux parties. En effet, il faut d'abord faire mention de quelques arrêtés ministériels, qui ont exécuté les sanctions d'un règlement déterminé, comme l'arrêté ministériel du

⁽²⁶²⁾ *M.B.*, 27.10.1962.

⁽²⁶³⁾ Coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977 (*M.B.*, 21.9.1977).

⁽²⁶⁴⁾ Article 8 de l'arrêté royal du 25 octobre 1971 (*M.B.*, 10.11.1971). Voir, cependant, l'article 9 de cet arrêté royal, disposant que, aux fins de la liquidation des opérations financières antérieures au 1^{er} janvier 1971 et aux fins du règlement des situations financières qui ne seraient soumises ni au régime des ressources propres aux Communautés européennes ni au régime du financement de la politique agricole commune, l'arrêté royal du 26 juillet 1962 relatif à l'exécution des règlements, directives, décisions, avis et recommandations de la Communauté économique européenne touchant la matière agricole (*M.B.*, 28.7.1962) est applicable.

⁽²⁶⁵⁾ L'article 4 de l'arrêté royal du 4 janvier 1985 (*M.B.*, 21.2.1985) dispose que, outre les peines prévues par la loi du 11 septembre 1962, l'agrément peut être retiré totalement ou partiellement, temporairement ou définitivement lorsque les conditions ne sont pas respectées.

20 octobre 1988 relatif au régime d'aides destiné à encourager le retrait des terres arables⁽²⁶⁶⁾, qui prend les mesures nécessaires en vue de l'exécution du règlement (CEE) n° 1272/88 de la Commission, du 29 avril 1988, relatif aux mesures d'application au régime set-aside⁽²⁶⁷⁾. Ensuite, on doit attirer l'attention sur la loi du 28 mars 1975 relative au commerce des produits de l'agriculture, de l'horticulture et de la pêche maritime⁽²⁶⁸⁾, qui contient une disposition quasi générale concernant les infractions aux règlements de la Communauté économique européenne. Cette disposition, qui prévoit que les règles concernant la constatation et les sanctions pénales des infractions aux dispositions de la loi sont applicables en cas d'infraction aux règlements de la Communauté économique européenne, fonctionne, dès lors, comme une sorte de disposition générale assurant l'exécution des règlements, pour lesquels rien n'est prévu en particulier.

Après avoir décrit ces dispositions nationales, nous étudierons l'application du principe général « non bis in idem », le problème de l'application de ce principe se posant indépendamment de la voie choisie par le législateur national pour assurer l'application des sanctions, prévues par les règlements.

6.1. DISPOSITIONS NATIONALES ASSURANT L'APPLICATION DES SANCTIONS PRÉVUES AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE

6.1.1. Dispositions nationales particulières

Les mesures nécessaires en vue de l'exécution du règlement (CEE) n° 1272/88 de la Commission, du 29 avril 1988, relatif aux mesures d'application au régime set-aside⁽²⁶⁹⁾, sont prises par l'arrêté ministériel du 20 octobre 1988 relatif au régime d'aides destiné à encourager le retrait des terres arables⁽²⁷⁰⁾, modifié par l'arrêté ministériel du 23 juillet 1990⁽²⁷¹⁾. Ces deux arrêtés ministériels sont pris en vertu de l'arrêté royal du 1^{er} septembre 1955 déléguant au ministre de l'Agriculture le pouvoir de fixer le montant et les conditions des interventions du Fonds agricole⁽²⁷²⁾. Ce Fonds agricole a été institué auprès du ministère de l'Agriculture par la loi du 29 juillet 1955⁽²⁷³⁾ et peut intervenir au profit de l'agriculture et de l'horticulture par voie de subventions, de crédit, de garantie ou de tout autre moyen de financement (article 1^{er}). L'article 6 de cette loi prévoit que l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, d'indemnités et d'allocations de toute nature, qui sont, en tout ou en

⁽²⁶⁶⁾ *M.B.*, 28.10.1988; modifié par l'arrêté ministériel du 23 juillet 1990 (*M.B.*, 14.9.1990).

⁽²⁶⁷⁾ JO L 121 du 11.5.1988, p. 36.

⁽²⁶⁸⁾ *M.B.*, 25.4.1975.

⁽²⁶⁹⁾ JO L 121 du 11.5.1988, p. 36.

⁽²⁷⁰⁾ *M.B.*, 28.10.1988.

⁽²⁷¹⁾ *M.B.*, 14.9.1990.

⁽²⁷²⁾ *M.B.*, 10.9.1955.

⁽²⁷³⁾ *M.B.*, 7.8.1955.

partie, à charge de l'État⁽²⁷⁴⁾, est applicable aux déclarations prescrites en vue d'obtenir les subventions prévues par la loi du 29 juillet 1955, notamment les déclarations prescrites en vertu des arrêtés ministériels susdits.

Nous avons déjà étudié l'arrêté royal du 31 mai 1933 lors de la réponse à la question 3.2. Nous renvoyons à cette partie de notre étude pour l'énumération des infractions pénales prévues par l'arrêté royal du 31 mai 1933. Les autorités compétentes pour l'exercice des poursuites et pour l'application des sanctions sont donc, en la matière, soumises aux règles de fond et de procédure prévues par le droit pénal et la procédure pénale belges. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une législation prévoyant un système punitif administratif.

La loi du 29 juillet 1955 créant un Fonds agricole prévoit, toutefois, une sanction administrative. En effet, l'article 6, deuxième alinéa, dispose que le ministre de l'Agriculture peut exclure les personnes condamnées sur la base de l'arrêté royal du 31 mai 1933, temporairement ou définitivement, des avantages du Fonds agricole. Il faut souligner que la condition est bien que la personne soit condamnée. Dans la même matière que la loi sur le Fonds agricole, on peut notamment citer la loi du 15 février 1961 portant création d'un Fonds d'investissement agricole⁽²⁷⁵⁾. Cette loi prévoit aussi que les sanctions de l'arrêté royal du 31 mai 1933 trouvent application et que le ministre de l'Agriculture a le pouvoir d'exclure des avantages du Fonds d'investissement agricole les personnes qui auraient fait de fausses déclarations en vue d'obtenir des subventions auxquelles ils n'ont pas droit. Toutefois, cette sanction peut être infligée indépendamment de toute condamnation prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire (article 12).

Enfin, l'arrêté ministériel du 20 octobre 1988 prévoit encore une sanction d'effet civil. L'article 16 dispose qu'en cas de non-respect des engagements pris par le demandeur de l'aide pour le retrait de terres arables, ou lorsque le demandeur s'abstient de donner suite aux demandes de renseignements ou de documents complémentaires émanant du ministère de l'Agriculture, les tranches déjà payées sont récupérées par l'administration, et les tranches non payées sont refusées (article 16, premier alinéa). Le montant des tranches à récupérer est augmenté des intérêts légaux à partir de la date de paiement (article 16, deuxième alinéa).

6.1.2. Loi du 28 mars 1975 relative au commerce des produits de l'agriculture, de l'horticulture et de la pêche maritime

Auparavant, le droit belge connaissait la loi du 20 juillet 1962 relative au commerce des produits de l'agri-

⁽²⁷⁴⁾ M.B., 1.6.1933.

⁽²⁷⁵⁾ M.B., 2.3.1961.

culture, de l'horticulture et de la pêche maritime⁽²⁷⁶⁾, qui autorisait le roi (le gouvernement) à prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts des producteurs, des éleveurs, des pêcheurs, des distributeurs et des consommateurs de tels produits. Cette loi a été remplacée par la loi du 28 mars 1975 avec le même intitulé, parce que «le développement du commerce et de l'industrie des produits susdits, provoqué tant par le progrès scientifique que par la *croissance de la coopération européenne*, a pris une telle proportion que la loi du 20 juillet 1962 s'avère incomplète au point de ne plus satisfaire ni aux problèmes intérieurs ni aux *devoirs résultant de nos obligations internationales*» (mise en évidence par nous)⁽²⁷⁷⁾. Ce sont évidemment ces dispositions concernant les obligations européennes de la Belgique qui nous intéressent ici.

Dans ce cadre, la disposition la plus importante est, sans aucun doute, l'article 11 de la loi, qui prévoit que les règles concernant la constatation et les sanctions pénales des infractions aux dispositions de la loi sont applicables en cas d'infraction aux règlements de la Communauté économique européenne, sous condition, bien entendu, que ce règlement est relatif à une matière réglée par la loi du 28 mars 1975. On voit tout de suite la complexité d'une pareille incrimination pour le citoyen voulant savoir pour quels comportements il peut être puni. Cela a amené un membre de la commission de l'agriculture du Sénat à demander «s'il ne serait pas possible de rédiger le texte de cet article de manière telle qu'il soit compréhensible pour tous»⁽²⁷⁸⁾. Dans sa réponse, le ministre était plutôt évasif: «Il n'y a pas de textes plus difficiles que les dispositions pénales. Celles-ci doivent être complètes et applicables aux cas les plus spécifiques. Elles doivent avoir une portée générale, tout en étant très précises. Les textes de cette nature sont le résultat de bien des années d'expérience»⁽²⁷⁹⁾.

En tout cas, il ne s'agit pas d'une disposition absolument générale, puisque le règlement en question doit être relatif à une matière réglée par la loi du 28 mars 1975⁽²⁸⁰⁾. Mais comme la loi du 28 mars 1975 s'applique «aux produits de l'agriculture, de l'horticulture, de la pêche maritime, y compris les produits de la culture des invertébrés marins, et de l'élevage, y compris les produits laitiers ainsi que les œufs et les produits dérivés des œufs» (article 1^{er} de la loi), il

⁽²⁷⁶⁾ M.B., 26.7.1962.

⁽²⁷⁷⁾ Exposé des motifs de la loi du 28 mars 1975, Doc. Parl., Chambre, session extraordinaire 1974, n° 233-1, 1.

⁽²⁷⁸⁾ Doc. Parl., Sénat, 1974-1975, n° 466-2, 6.

⁽²⁷⁹⁾ Idem.

⁽²⁸⁰⁾ Au cours des travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 1990 portant des dispositions sociales (M.B., 9.1.1991), qui a modifié la loi du 28 mars 1975 (voir ci-après), le gouvernement a tenu à souligner ce point: «Il n'est nullement envisagé de rendre la loi du 28 mars 1975 la base juridique nationale exclusive pour tout ce qui concerne les organisations communes des marchés et la politique commune de la pêche maritime» (exposé des motifs, Doc. Parl., Sénat, 1990-1991, n° 1115-1, 96).

n'est pas téméraire de considérer l'article 11 comme une disposition *quasi générale*. En effet, si un règlement dans le secteur de l'agriculture, de l'horticulture ou de la pêche maritime n'est pas exécuté par une disposition nationale particulière (voir point 6.1.1), il est possible de retomber sur l'article 11 de la loi du 28 mars 1975.

Dans l'exposé des motifs, l'introduction de l'article 11 a été motivée comme suit:

«Les sanctions pénales et administratives, déterminées par le législateur national, ne s'appliquent pas automatiquement en cas d'infraction aux dispositions d'un règlement CEE, ce qui impose de reprendre celles-ci dans un arrêté d'exécution de la loi, qui autorise pareilles mesures. Cela présente l'inconvénient que, pendant un certain temps, les prescriptions communautaires qui modifient notre réglementation ou s'y ajoutent n'y trouvent pas l'appui de sanctions. L'application de l'article 11 évitera de devoir transcrire les dispositions d'un règlement communautaire dans les arrêtés royaux et ministériels, aux seules fins de pouvoir appliquer des sanctions» (281).

Il est donc clair que le législateur belge était — du moins dans ce dossier — très conscient de ses devoirs européens.

Nous étudierons, d'abord, les dispositions spéciales concernant la recherche et la constatation des infractions, tant aux articles de la loi qu'aux règlements européens en la même matière:

- sans préjudice des pouvoirs des officiers de police judiciaire, les infractions peuvent être recherchées et constatées par toute une série de personnes, spécialement désignées à cet effet. Il s'agit, entre autres — à part les membres de la gendarmerie et les agents de la police communale —, des inspecteurs et contrôleurs de l'inspection générale économique, des agents de l'administration des douanes, des ingénieurs agronomes de l'État, des inspecteurs vétérinaires, des ingénieurs horticoles de l'État, somme toute des agents de toutes les administrations qui s'occupent des produits susdits (article 5, premier alinéa);
- ces personnes ont les compétences classiques qui se trouvent dans presque toutes les lois prévoyant des procédures administratives de recherche et de constatation. Ainsi, ils sont autorisés à prélever des échantillons et à les faire analyser dans un laboratoire agréé à cette fin (article 5, quatrième alinéa). Ils ont, dans l'exercice de leurs fonctions, libre accès aux usines, magasins, dépôts, bureaux, bâtiments d'entreprise, etc. (article 5, cinquième alinéa). Les visites de locaux servant d'habitation, ainsi que les visites nocturnes (282) des locaux qui ne sont pas accessibles au public, ne sont cepen-

dant possibles qu'avec l'autorisation du juge au tribunal de police (article 5, sixième alinéa). Enfin, ils peuvent se faire communiquer tous renseignements et documents nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, et procéder à toutes constatations utiles avec la collaboration éventuelle des experts (article 5, septième alinéa);

- les procès-verbaux établis par ces personnes font foi jusqu'à preuve du contraire. Une copie en est envoyée dans les quinze jours de la constatation aux auteurs de l'infraction.

Les sanctions applicables aux infractions, tant aux articles de la loi qu'aux règlements européens en la même matière, sont:

- pour les délits: un emprisonnement de quinze jours à trois mois et une amende de 1 000 à 5 000 francs belges ou une de ces peines seulement; tout cela sans préjudice de l'application éventuelle des peines plus sévères prévues soit par le code pénal, soit par la loi générale sur les douanes et accises [remplaçant in casu la loi du 20 décembre 1897 relative à la répression de la fraude en matière d'importation, d'exportation et de transit de marchandises prohibées (283) (article 6, paragraphe 1, premier alinéa)];
- pour les contraventions: un emprisonnement de un à sept jours et une amende de 1 à 25 francs belges ou de l'une de ces peines seulement (article 7, premier alinéa).

En cas de condamnation, le tribunal peut toujours ordonner la confiscation ainsi que la destruction des produits saisis (article 10, premier alinéa). Le tribunal peut, en outre, ordonner la publication du jugement dans un ou plusieurs journaux et son affichage aux lieux et pendant le temps qu'il détermine (article 10, deuxième alinéa).

Enfin, l'article 8 de la loi (284) dispose que, si une condamnation définitive constate une telle infraction, le ministre de l'Agriculture peut, temporairement ou définitivement, refuser ou retirer au condamné ou à la personne morale dont le condamné est l'organe ou le préposé, l'autorisation ou l'agrément prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la loi, ainsi que des autres bénéfices prévus par cette loi (article 8, premier alinéa). Le ministre peut appliquer cette même sanction, après deux avertissements et par décision motivée, en dehors de toute procédure judiciaire (article 8, deuxième alinéa). On pourrait, dans ces cas, parler d'une sanction administrative. L'intéressé peut, dans les quinze jours de la notification d'une telle décision, y faire opposition en s'adressant par requête à une chambre de recours, instituée auprès du ministère de

(283) *Pasin.*, 1897, 494.

(284) L'article 8 de la loi a été repris dans l'article 10 de la loi du 11 juillet 1969 relative aux pesticides et aux matières premières pour l'agriculture, l'horticulture, la sylviculture et l'élevage (*M.B.*, 17.7.1969).

(281) Exposé des motifs de la loi du 28 mars 1975, Doc. Parl., Chambre, session extraordinaire 1974, n° 233-1, 3.

(282) C'est-à-dire avant 5 heures du matin ou après 9 heures du soir.

l'Agriculture et présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire. Sur avis motivé de cette chambre de recours, le ministre de l'Agriculture peut maintenir, retirer ou atténuer la sanction (article 8, troisième alinéa).

On ne peut pas passer sous silence la disposition de l'article 12, ainsi que celle de l'article 3, paragraphe 1, 1°, de la loi.

L'article 12 dispose que le gouvernement peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, prendre, dans le cadre de la loi, toutes mesures nécessaires à l'exécution des obligations qui découlent de la convention de la CEE et des actes internationaux pris en vertu de cette convention, ces mesures pouvant comporter même la modification et l'abrogation de dispositions législatives. La possibilité de modifier ou d'abroger une loi par un arrêté royal est tout à fait remarquable, bien qu'elle ne soit point exceptionnelle⁽²⁸⁵⁾. Dans le droit belge, une loi ne peut normalement être modifiée ou abrogée que par une autre loi, non par un arrêté royal. La loi peut cependant, en vertu de l'article 78 de la Constitution, déléguer des «pouvoirs spéciaux» au gouvernement⁽²⁸⁶⁾. Une telle délégation doit, cependant, toujours être limitée dans le temps⁽²⁸⁷⁾. Cela n'est pas le cas dans le cadre de l'article 12 de la loi du 28 mars 1975. Le Conseil d'État n'a pas fait d'objections, car une telle disposition a déjà été insérée dans d'autres lois dont la modification s'imposait aux fins de l'exécution des obligations découlant des conventions internationales et des actes internationaux pris en vertu de ces conventions⁽²⁸⁸⁾.

Selon l'article 3, paragraphe 1, 1°, de la loi, le gouvernement peut prendre toutes les mesures «pour l'exécution des organisations communes des marchés, élaborées sur la base des articles 42 et 43 du traité instituant la Communauté économique européenne, ainsi que pour l'exécution du régime communautaire de conservation et de gestion des ressources de pêche». Cet article a été tout récemment inséré dans la loi du 28 mars 1975 par l'article 214 de la loi du 29 décembre 1990 portant des dispositions sociales⁽²⁸⁹⁾. On peut se demander si cette disposition apporte quelque chose de nouveau vis-à-vis l'article 12 de la loi⁽²⁹⁰⁾. Selon le législateur, l'article 3, paragraphe 1, 1°, a d'abord comme effet d'augmenter la

sécurité juridique⁽²⁹¹⁾. Ensuite, cet article donnerait au roi le pouvoir de réglementation «pour tout ce qui est nécessaire ou utile pour l'exécution des organisations communes des marchés ainsi que de la politique commune de la pêche maritime»⁽²⁹²⁾, tandis que l'article 12 ne permettait «de réglementer que pour l'exécution des obligations qui découlent de la convention de la CEE et de son exécution»⁽²⁹³⁾. Nous laissons la pertinence de cette distinction au compte du législateur.

6.2. APPLICATION DU PRINCIPE GÉNÉRAL «NON BIS IN IDEM»

Conformément à la formulation de la sixième question, nous envisageons l'hypothèse dans laquelle le même comportement est constitutif, d'une part, d'une infraction nationale dans le sens strict du mot, c'est-à-dire d'origine nationale, et, d'autre part, d'une infraction dont l'incrimination se retrouve au niveau communautaire, mais dont la sanction qui doit être appliquée est prévue au niveau national.

Dans un pareil cas, le droit pénal belge offre théoriquement deux solutions, qui, dans la pratique, ont un effet identique:

- ou bien le juge pénal constatera qu'il est question de concours idéal: l'article 65 du code pénal est d'application, parce que le même fait constitue plusieurs infractions. En vertu de cette disposition, la peine la plus forte sera seule prononcée;
- ou bien le juge considérera le cas comme un exemple de délit «collectif» ou «continué»: ce concept, typique pour le droit belge, est d'origine jurisprudentielle⁽²⁹⁴⁾. Lorsque des comportements infractionnels, de même nature ou de nature différente, constituent l'exécution d'une même intention délictueuse, c'est-à-dire sont liés entre eux par la poursuite d'un même but et par sa réalisation, ils ne forment qu'une seule infraction⁽²⁹⁵⁾. Bien que cette règle puisse paraître injuste, une jurisprudence constante décide que la règle de l'article 65 est aussi applicable aux délits collectifs: seule la sanction la plus forte sera infligée.⁽²⁹⁶⁾

⁽²⁸⁵⁾ Voir, par exemple, article 31, paragraphe 2, de la loi du 24 mars 1987 sur la protection de la santé des animaux (*M.B.*, 17.4.1987).

⁽²⁸⁶⁾ Mast, A.: *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story, 1985, 226; Mertens, J.: *Le fondement juridique des lois de pouvoirs spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 1945.

⁽²⁸⁷⁾ Mast, précité, 226; Mertens, précité, 206.

⁽²⁸⁸⁾ Doc. Parl., Chambre, session extraordinaire 1974, n° 233-1, 8.

⁽²⁸⁹⁾ *M.B.*, 9.1.1991.

⁽²⁹⁰⁾ Le Conseil d'État s'est posé la même question dans son avis: selon le Conseil, l'article 3, paragraphe 1, 1°, «confère au roi un pouvoir qui semble déjà inscrit à l'article 12 de cette loi» (Doc. Parl., Sénat, 1990-1991, n° 1115-1, 286).

⁽²⁹¹⁾ Doc. Parl., Sénat, 1990-1991, n° 1115-1, 96, et Doc. Parl., Chambre, 1990-1991, n° 1386/5, 16.

⁽²⁹²⁾ Idem.

⁽²⁹³⁾ Idem.

⁽²⁹⁴⁾ Voir, par exemple: Cass., 4 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 7; Cass., 8 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, 1051; Cass., 20 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1151; Cass., 11 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1239; Cass., 19 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 916; Cass., 8 janvier 1985, *Pas.*, 1985, I, 528.

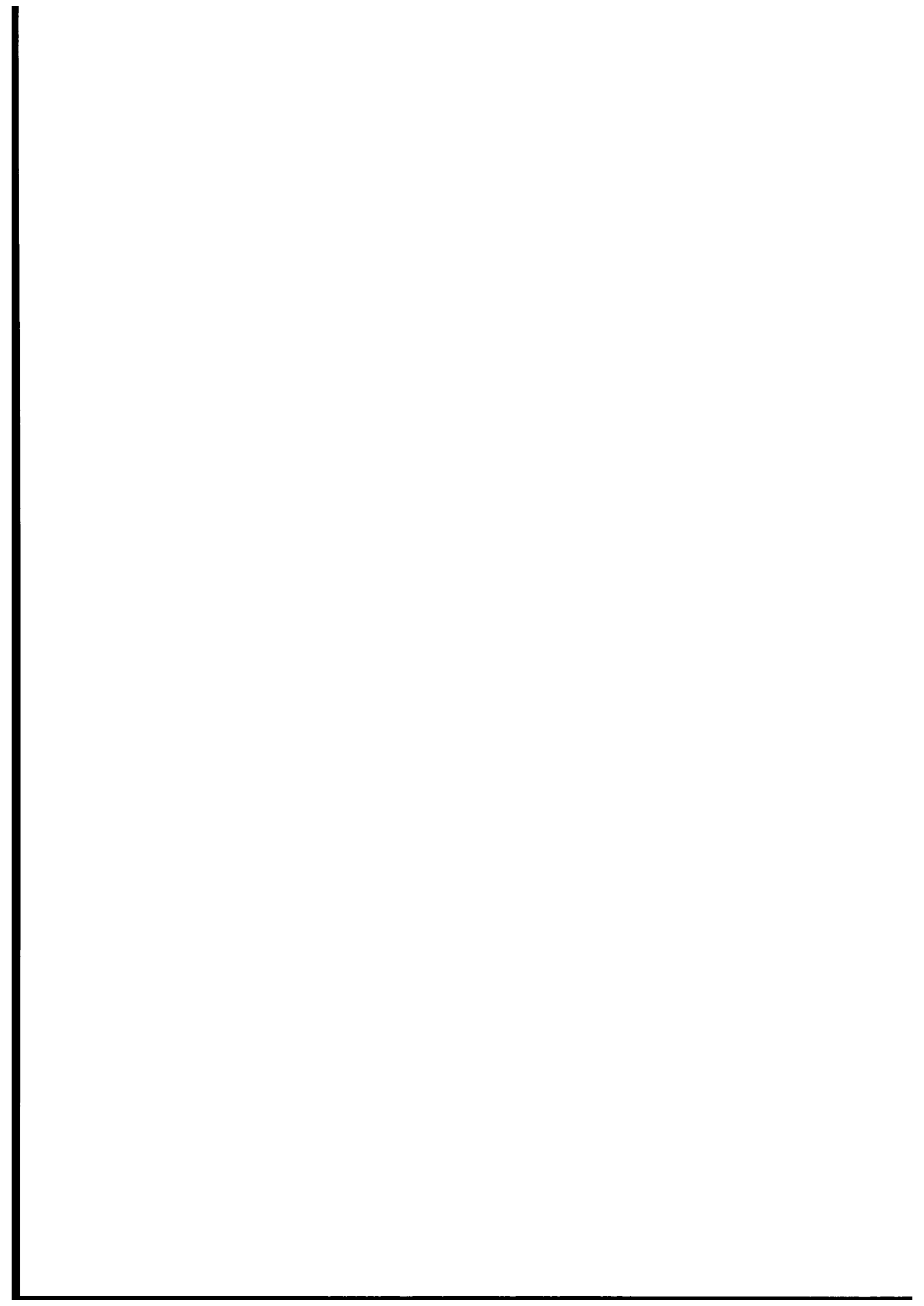
⁽²⁹⁵⁾ Bodson, P.-L.: *Manuel de droit pénal*, Liège, faculté de droit de Liège, 1986, 254; Dupont, L., et Verstraeten, R.: *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1990, 201-202.

⁽²⁹⁶⁾ Cass., 5 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 6; Cass., 31 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, 607. Contra: Bodson (précité, 255), qui considère que «le juge doit retenir la qualification la plus spécifique, c'est-à-dire celle qui coïncide le mieux avec l'activité unique... Il est alors en première approximation exact de dire que la qualification la plus élevée est aussi la plus spécifique. Mais il arrive parfois... que... gravité et spécificité ne coïncident plus».

Il nous reste encore à souligner que, si les poursuites du chef des deux infractions ont été intentées séparément, le juge du fond qui constate qu'une infraction a été l'objet d'une décision définitive de condamnation devra, en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'y attache, déclarer l'action publique éteinte, si l'infraction reprochée au prévenu est constitutive du même fait (hypothèse du concours idéal sensu stricto) ou procède d'une intention délictueuse unique avec les

autres faits (hypothèse du délit collectif). Dans les deux cas, le juge ne peut pas prononcer une peine du chef de l'infraction dont il est saisi. Il doit déclarer les poursuites irrecevables ⁽²⁹⁷⁾.

⁽²⁹⁷⁾ Voir, pour le délit collectif: Cass., 16 décembre 1981, *RDJ*, 1982, 549; Cass., 28 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 136; Cass., 8 juin 1983, Arr. Cass., 1982-1983, 1248.

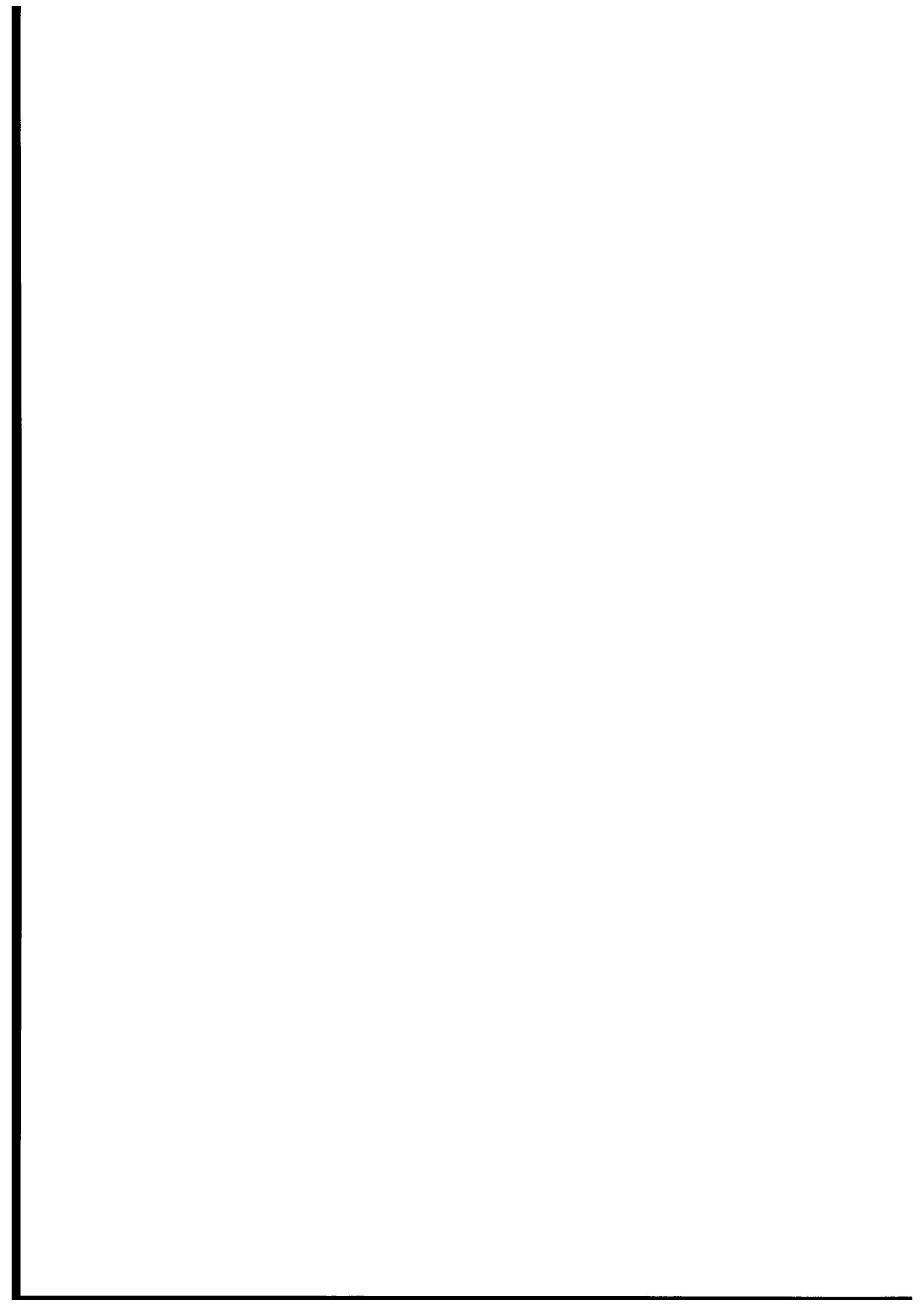


Denmark

The system of administrative and penal sanctions

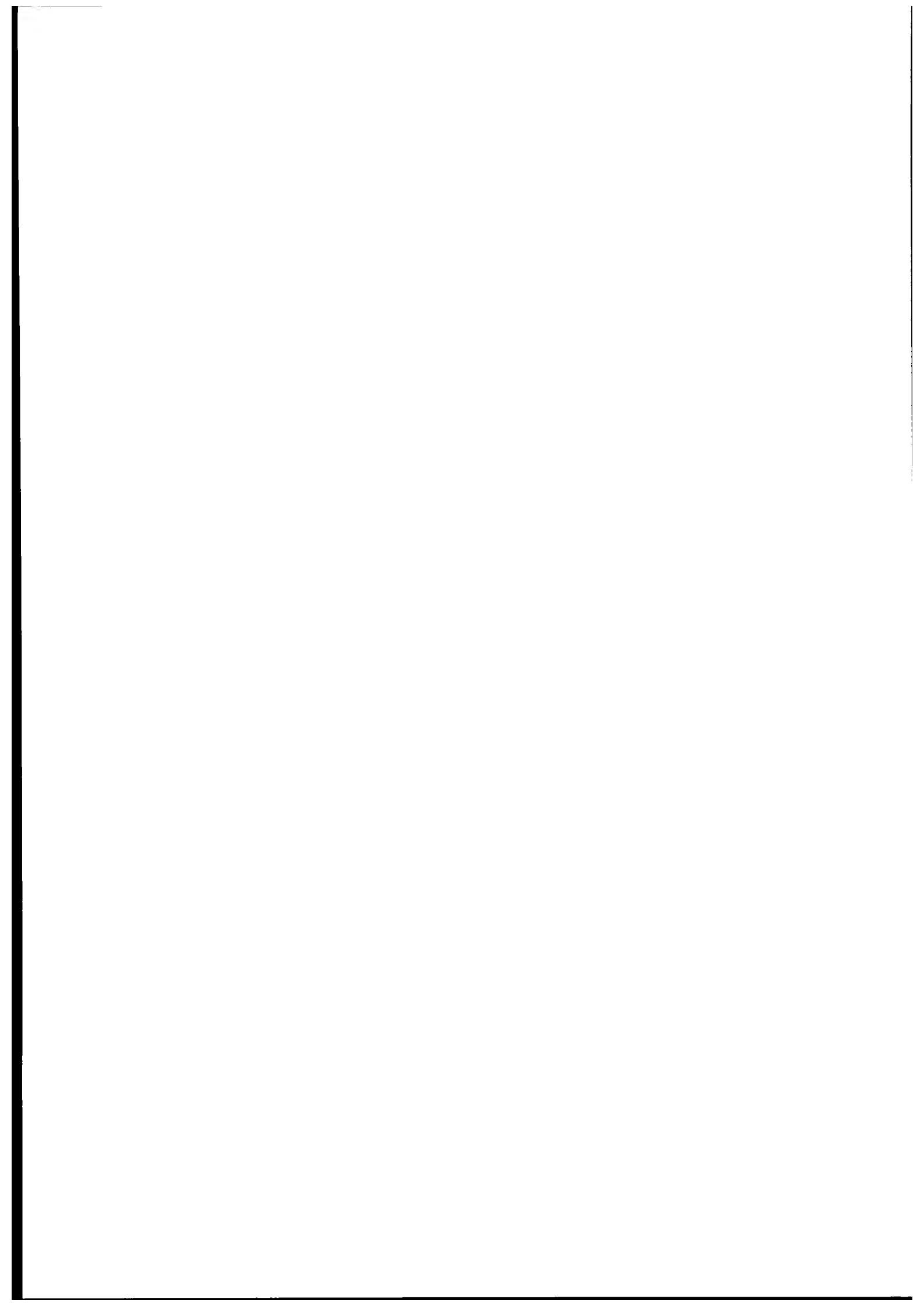
**submitted to the EC Commission in accordance with
a study contract of 19 September 1990**

By
Professor Vagn Greve
and Dr Claus Gulmann
University of Copenhagen



Contents

Introduction	67
1. Dealing with administrative and criminal offences in Denmark	68
2. Identification of offences	69
2.1. How are they defined?	69
2.2. What penalties are imposed?	69
2.3. Differentiation between offences	69
3. Substantive rules	70
3.1. Principle of legality	70
3.2. Abuse of law and evasion of the law	70
3.3. Personal fault	71
3.4. Grounds of justification	73
3.5. Liability of legal persons	75
3.6. Rules on aiding and abetting and on attempt	76
3.6.1. Aiding and abetting	76
3.6.2. Attempt	78
3.7. Penalties	78
3.7.1. Punishments	78
3.7.2. Disqualification	79
3.7.3. Confiscation	80
3.7.4. Penalties outside criminal law	81
3.8. Determination of penalties	81
3.9. Period of limitation	84
3.10. Cumulative imposition of penalties	85
4. Procedural rules	86
4.1. Competent authorities	86
4.2. Grounds of appeal	87
4.3. Procedures for settling or compounding cases	88
5. Reform of substantive or procedural rules	89
6. The system of Community sanctions	90



In the following, answers will be given to questions contained in *Methodological note, 28/024AN1EN, cf. Annex 1 to Minutes of meeting of 4 July 1990.*

Introduction

The State of Denmark consists of Denmark, the Faeroe Islands and Greenland. The Faeroe Islands and Greenland are not members of the European Community. The criminal law of the Faeroe Islands is, in almost all respects, identical to that of Denmark. The criminal law of Greenland is, however, decidedly different from the Danish law on many essential

points. This study deals exclusively with the criminal law of Denmark proper.

In this study, a number of questions will be dealt with in greater detail, but it is worth beginning with a brief summary of the main lines. There is no special administrative criminal law in Denmark. The criminal offences are described either in the special part of the Criminal Code or in separate statutes. The general conditions for imposing criminal penalties are found in the general part of the Criminal Code. In all essentials, it applies also to separate statutes. The sanctions which may be applied are the same whether the criminal offence consists of a violation of the Criminal Code or of separate statutes.

1. Dealing with administrative and criminal offences in Denmark

Question: *Does Danish law have a system of administrative offences either in the classic sense of the term, or in accordance with the model of the 'Ordnungswidrigkeiten' under German law, or by way of an analogous scheme which is distinct from that of criminal offences?*

Substantive Danish criminal law has always been monistic. Dividing punishable violations of the law into two or three categories, as is done to a considerable extent in other countries, has never been done in Denmark. This is not to say, of course, that major offences are treated in all respects in the same manner as petty offences. The maximum penalty is, for instance, relevant in deciding whether an attempt should be punished and what should be the periods of limitation. But this is assessed individually in connection with each legal question. This means that there is no basis for instituting separate statutory provisions as police criminal law or administrative criminal law.

Nor is there any special type of levy or the like in relation to 'Ordnungswidrigkeiten'. Even 'petty criminal' actions are in principle dealt with as crimes and the penalties are ordinary fines — although the individual fixing of the fine takes place in a summary fashion and on the basis of established rates. Since 1971, however, there has been a special parking levy which is in many ways similar to a 'Geldbuße'. This levy is imposed administratively and cannot be converted into another punishment. The amount of the levy is fixed for the time being at DKR 400 (ECU 50) (Road Traffic Act (No 58) of 17 February 1986, Article 121). Within the area of taxation, supplementary fines can also be imposed in situations where the limitation period for criminal liability has expired (Tax Control Act (No 28) of 11 January 1988, Article 21) or in relation to heirs (State Tax Act (No 149) of 10 April 1922, Article 43). The size of the fine

corresponds to whatever taxes on income or capital have been evaded.

Within the law of criminal procedure there is a traditional distinction between district attorney cases and police cases, i.e. cases where the indictment is issued by one of the eight district attorneys or one of the approximately 60 police chiefs respectively. But recently these two types of cases have become closely associated and there are now only a few differences left. As is the case within the substantive criminal law, competence and authority depend on criteria which are directly related to the concrete issue; for instance, a distinction is made on the basis of the maximum penalty applicable to the crime or the punishment claimed by the prosecuting authority (for further details, see the Administration of Justice Act). As an example one may mention the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products (No 414) of 13 June 1990, Article 28: 'Cases regarding violation of ... shall be handled as police cases. The legal remedies provided by Chapter 73 of the Administration of Justice Act (searches) may be applied to the same extent as in cases prosecuted by the district attorney'. The area of criminal procedure is also the one coming closest to an administrative criminal law (in the broadest sense) in that a number of authorities have special powers to undertake investigations or to conclude a case by a plea bargain (for further details, see section 4 below).

In this study, the answers to questions will take as a starting point those sorts of offences which in other jurisdictions would be dealt with in a decriminalized process. But it should be stressed that a great part of the violations which in one way or another relate to the European Community are of such a gross nature that they neither could nor should be dealt with in a decriminalized process.

Furthermore, it must be borne in mind that, although we use the term 'administrative criminal law', this is used as a loose term and not as a sharply defined legal concept.

2. Identification of offences

Question: *What criteria can be used to identify such offences?*

2.1. HOW ARE THEY DEFINED?

As previously mentioned, there is no specific legal basis for making a distinction between administrative criminal law and ordinary criminal law.

The theory of criminal law, however, distinguishes four categories of criminal law:

- (i) general criminal law;
- (ii) military criminal law;
- (iii) police criminal law;
- (iv) administrative criminal law.

Categories (iii) and (iv) jointly constitute 'special criminal law'.

This report is obviously not the place to consider military criminal law.

The 'general criminal law' covers the general conditions of punishment (the general part of the Criminal Code), the ordinary penalties and other legal sanctions and a number of offences. In all essentials, the definition of offences assumes that crimes made punishable by the Criminal Code (Act No 607 of 6 September 1986) are dealt with as part of the general criminal law.

Consequently, special measures such as the withdrawal of a driving-licence are classified as 'special criminal law'. Basically, this also contains offences which are criminalized by acts other than the Criminal Code.

Within the special criminal law category, a distinction is made between 'police criminal law' and 'administrative criminal law'. The decisive point is whether observance of the law is supervised (in particular) by the police or (in particular) by other organs of public administration. This means that police criminal law, among other things, includes the bulk of traffic law, local police regulations and arms legislation. The most important areas within administrative criminal law are tax law, environmental law and the law governing health and safety at work. But the area also includes fisheries, company law, construction law and many other subjects.

2.2. WHAT PENALTIES ARE IMPOSED?

The potential penalty does not depend upon the systematic classification of the action but upon the seriousness of the offence. Within all the different

areas there are provisions imposing a maximum penalty of imprisonment, simple detention or a fine as the case may be. While most offences under the Criminal Code are potentially punishable by imprisonment, very few of the acts criminalized by special legislation provide a maximum penalty as high as this. A fine is the minimum penalty for practically all punishable acts. Only in very few cases is simple detention or imprisonment the minimum.

If one analyses the penalties which are actually used, the difference becomes even more conspicuous. Approximately a quarter of all offences against the Criminal Code result in immediate deprivation of liberty, a quarter result in a suspended prison sentence and half in a fine. For other offences, a fine is by far the most common punishment.

Within the EC area, one may mention some examples stemming from Chapter 5 of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products.

- (1) Violations of import or export bans are sanctioned by a fine (without any maximum).
- (2) The same applies to failure to abide by an order of the Minister for Agriculture.
- (3) Providing wrong or misleading information is penalized by a fine (without any maximum) but in more severe cases the rules of the Criminal Code which allow a prison sentence may apply.
- (4) Failure to provide information is treated in the same way.
- (5) Illegal disclosure of secret information is treated in the same way.
- (6) Acts committed on purpose with a view to evading the payment of taxes or obtaining any payment are penalized by a fine, simple detention or imprisonment for up to two years, or up to four years in the case of aggravating circumstances.

Since the general level of criminal sanctions within EC Member States is very different, it should be stressed that these provisions are in no way more lenient than the ordinary ones. By way of comparison, one may mention that the ordinary maximum penalty for fraud is imprisonment for a term of 18 months (Article 285 of the Criminal Code), whereas here it is imprisonment for a term of two years. The maximum penalty for fraudulent tax evasion or customs evasion under aggravating circumstances is imprisonment for a term of four years, corresponding to the penalty under this Act under aggravating circumstances.

2.3. DIFFERENTIATION BETWEEN OFFENCES

Question: *What criteria are used to differentiate between administrative and criminal offences?*

See sections 1 and 2 above.

3. Substantive rules

Question: *What substantive rules are applied to administrative offences?*

Since Danish law is not based on a distinction between administrative and non-administrative offences, it may broadly be assumed that the general criminal law applies to these areas of the legal system. It is a characteristic feature that Article 2 of the Criminal Code provides that the general part of the Code shall apply to all punishable offences 'unless otherwise provided'. To a considerable extent, what follows is therefore a review of general Danish criminal law but, needless to say, we shall draw special attention to any points where an exception has been made from the general part of the Criminal Code either directly by the Code itself or by separate legislation.

3.1. PRINCIPLE OF LEGALITY

Question: *Does the principle of legality (both as to form and to substance) apply and, if so, to what extent?*

Article 1 of the Criminal Code establishes the principle *nulla poena sine lege*. Article 2 of the Code means that this principle is extended also to special criminal law.

There is a difference between Danish law and related systems in that Article 1 of the Criminal Code explicitly provides for punishment not only of acts punishable under a statute but also of acts of an entirely similar nature, i.e. analogy in a narrow sense.

It is assumed (at any rate by some Danish jurists) that this provision is unlikely to be accepted by the European Court of Human Rights. It falls outside the scope of this report to delve into historical explanations or any substantiation of this provision. Suffice it to say that, in practice, the provision is used extremely rarely. Furthermore, for all practical purposes, the law is applied by analogy only in rare situations where the courts find themselves in the twilight zone of a provision and refer to a provision 'or the analogy thereof' (see, however 'evasion' below). In the light of this, it can be argued that however much the provision may be criticized from a theoretical point of view, it is equally insignificant in practical terms. Furthermore, it is quite possible that the theoretical possibility of applying an analogy may have resulted in a tendency to word criminal provisions in more precise terms than might otherwise have been done in the absence of this possibility.

Theorists are divided on the question whether an analogy should be particularly acceptable in areas which are ethically neutral having limited sanctions, or whether it should be particularly acceptable in

areas which are obviously unethical according to the prevailing view of society.

Similar arguments have been applied to the permissibility or otherwise of stretching the phraseology of a provision in construing the law. The Constitution does not prohibit vague criminal provisions. Nor is it presumed that the courts shall apply an interpretation which is the most favourable to the accused. Even so, the courts have tended to be somewhat reluctant to use the border area of provisions where deprivation of liberty comes into the picture. It is not so easy to establish whether a similar trend exists also in case of minor legal consequences in areas which are entirely neutral from the ethical point of view, that is within some major areas of administrative criminal law.

3.2. ABUSE OF LAW AND EVASION OF THE LAW

Question: *Do concepts such as abuse of law ('abus de droit') and evasion of the law ('fraude à la loi') and, if so, to what extent?*

These concepts are not directly applied in Danish law. Even so, principles are used in certain contexts which, according to the circumstances, may to some extent be reminiscent of them. In jurisprudence the questions have been particularly debated within the criminal law of taxation. Within the field of taxation it is, for instance, not uncommon to run into transactions between closely related persons or between interrelated companies which would hardly have taken place in the same way between parties who were at arm's length. The questions have, on the other hand, not been dealt with in any particularly intensive manner within other branches of administrative criminal law.

There is no doubt that perfunctory transactions and transactions which in relation to the authorities are given a false label may be set aside, and are set aside, so that the actual underlying legal position constitutes the basis rather than the one which has been indicated on paper. This is in conformity with the fact that, in general, Danish courts put much more emphasis on the purpose of an act or a contract than upon the actual phraseology in a narrow sense.

It is more complex to indicate how evasion is treated. 'Evasion' is defined as a transaction which is couched in such terms that it appears not to fall within the scope of a provision (of taxation), although the result of the transaction corresponds to the financial result which the provision aims at regulating (taxing). The mere fact that an evasion of a rule is aimed at is not in itself sufficient to apply the rule. The Supreme Court has, however, recently given at least one judgment which appears to attach great importance to the fact that a particular transaction was 'by way of an evasion'. Some jurists have conceived this as an

'abuse clause' created by the court. In this connection, it has been pointed out that 'evasion' is actually nothing but a different word for analogy (which is accepted in Danish criminal law).

Recent theory in the field of taxation law has evolved an axiom or a general clause regarding 'the reality of tax law'. The general clause is not based on any statutory provisions but has been created by the courts. The main point is a demand that taxation shall take place on the basis of the actual economic and financial substance of the taxable transaction rather than on the basis of the form in which the transaction appears externally. This rule presupposes that it may be established beyond any shadow of doubt that general and normal business conditions have been set aside in favour of mere tax considerations, so that there is a discrepancy between the form of the transaction and its actual substance.

Similar problems have arisen in other areas also. Under Danish law, acquiring real estate in Denmark presupposes that the acquirer has a certain association to Denmark achieved through the person's current or previous residence (Act No 566 of 28 August 1986).

A German citizen domiciled in Germany furnished a Danish citizen domiciled in Denmark with money for the purpose of acquiring a piece of real estate in Denmark. The Dane obtained title to the property. At the same time he undertook to transfer the estate to the German 'whenever Danish law no longer so prohibits'. The Dane rented the estate to the German 'during his entire period of ownership'. At the same time various agreements were entered into which made it impossible for the Dane to dispose of the estate. A criminal action was brought against the German who was indicted for 'having acquired the actual ownership' and against the Dane for complicity. The lawyer who had undertaken the paperwork was likewise indicted and charged with complicity. All of them were convicted on the basis that 'the documents intend to evade the provisions contained in Act ... regarding the acquisition of real estate' ('Ugeskrift for Retsvæsen' (UfR) 1976, p. 846, High Court for the Western District).

3.3. PERSONAL FAULT

Question: *Does the principle of personal fault apply (in particular whether intentional or negligent conduct is required and if error of law is admitted) and, if so, to what extent?*

In Danish, 'tilregnelser' is a common word for the concept of fault (*mens rea*). It is translated directly from the German word 'Zurechenbarkeit'. Within this concept a distinction is made between 'intention', 'negligence', and 'accidental occurrences'.

The general provision on this issue is found in Article 19 of the Criminal Code, which reads as follows: 'With regard to the offences dealt with in this Act,

acts committed negligently shall not be punished, except where expressly provided. With regard to other offences, the appropriate criminal penalty shall apply even where the offence was committed negligently, unless otherwise provided'. Since the greater part of 'administrative criminal law' systematically is found outside the Criminal Code, the main rule becomes that the imposition of criminal penalties is contingent upon (mere) negligence having been exercised or proven. In other words, the perpetrator must have acted either intentionally or negligently. Only very few rules of special criminal law have been limited to intentional acts through a concrete provision. Consequently, the delimitation of the concept of intention and the variations which may occur within this concept will not be considered in what follows.

No definition of the concept of negligence is given in the Criminal Code itself. Before the Criminal Code was passed in 1930, a thorough investigation was carried out, the main conclusions of which are to be found in three reports accompanied by draft Criminal Codes. The last two of these draft Criminal Codes included definitions of negligence which, in the final version, went as follows: 'Negligence exists when the actor, without the offence being attributable to him as intentional, by his act has failed to exercise the care which it was his duty to exercise in respect of the rights of others'. In its passage through Parliament this provision was deleted as being superfluous, but precisely because it was regarded as superfluous, it can serve as a summary of what was (and probably is) the law on criminal negligence. In theory there have been advocates of an objective and general definition. In theory there have been advocates of an objective and general definition. Others have claimed that the assessment of negligence must be subjective, i.e. based on the individual abilities, characteristics and knowledge of the actor. Both camps have, however, acknowledged so many modifications that the difference is hardly visible in the result, but only in the approach. And it is extremely difficult to establish whether, in this area, the courts adhere to any of the theoretical ideas at all.

The lower limit of negligence is significant for the distinction between the punishable and the unpunishable areas. There are a number of problems in connection with clarifying this distinction. There is theoretical agreement that the limit does not need to be the same in criminal law as in the law of torts. There is also agreement that the limit of negligence does not need to be the same in connection with all criminal offences. There are many good arguments in support of the limit for offences against the Criminal Code being set rather high, and of the limit being low in connection with offences against the Traffic Act. But recent judicial practice hardly reflects so pronounced a difference. In practice, the courts are always inclined to convict, even if there is a low degree of negligence.

There are some important areas where Parliament has reacted against the practice of the courts. If the courts take a tough position towards important groups of voters, it triggers off political pressure. This has occasionally led to Parliament raising the limit of liability to gross negligence in the large areas of fiscal legislation (especially taxation and VAT). In that way it is justified to say that the most important part of administrative criminal law (but not of police criminal law) operates with gross negligence as the decisive criterion.

On the other hand, there are some other important areas where Parliament, with reference to the need for efficiency, has relinquished the requirement of negligence and introduced strict liability. This is true first and foremost in connection with parts of the legislation on business and trade. A classical example was the Butter Act. Deficiencies in butter might pose a threat to a very important and large part of the Danish export trade at the beginning of this century and thus to the national economy. No excuse should make a person exempt from liability. The model of the Butter Act was applied in other legislation within agriculture (from the production of eggs to the extinction of flies) and later on to other areas also. Strict liability for corporations exists in approximately 200 acts; strict liability for individual persons exists in approximately 25 acts, the most important examples, apart from the agricultural acts, being the legislation on safety and health at work (Act No 646 of 18 December 1985). As another example, one may mention Article 26(1) of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products: 'A fine may be imposed upon the owner or user of a business even though the offence may not be attributed to him as intentional or negligent'.

The question of the application of strict liability under Danish law has been submitted to the Court of Justice of the European Communities in Case C-326/88 *Hansen & Søn*.¹ A Danish lorry driver violated the rules on daily periods of driving and of rest in the Netherlands (Council Regulation No 543/69 as the harmonization of certain social legislation relating to road transport). Article 9 of Danish Order No 448 of 2 June 1981 provides that a fine may be imposed on an employer in such a situation where the driving took place in his interest even though the violation cannot be attributed to him either as intentional or negligent. The employer was convicted by a municipal court in Denmark.

He appealed against this judgment, claiming that a strict criminal liability was contrary to the Council Regulation. The Court referred to the fact that the Regulation empowered the Member States to introduce necessary steps to enforce the Regulation. The

Court held that strict liability did not in itself constitute an expansion of the scope of the Regulation but merely constituted a means of securing that the provisions were adhered to.

Hansen & Søn furthermore alleged that the conditions of competition were distorted, contrary to the purpose of the Regulation, in that Denmark was the only Member State to have introduced strict liability. On this point, the Court held that the Regulation gave Member States considerable discretion in implementing it, including the power to introduce provisions on criminal liability. Furthermore, the financial consequences of an offence were dependent not only on the provisions on liability but also on the size of fines and the efficiency of control. Imposing strict liability on the employer did not in itself constitute a distortion of the conditions of competition.

Finally, the Court referred to the fact that, according to consistent case-law, where the Member States had the power to determine penalties, they must ensure that infringements of Community law were penalized on the basis of rules analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance; the penalty had to be effective, proportionate and dissuasive.

In the foregoing, we have dealt with the issue of criminality. The degree of *mens rea* (intention, negligence, accidents/strict liability) is, however, also relevant to the issue of fixing of the punishment (see below).

As previously mentioned, the purest example of a non-criminal 'Ordnungswidrigkeit' is found in parking levies. In the literature, one author has maintained that parking levies likewise presuppose *mens rea*. This point of view has, however, not found any support and there is no basis for it in the cases.

The presence of a relevant *error facti* excludes intention and will thereby lead to freedom from liability for intention and possibly — if the error is excusable — for negligence as well. It has no influence, however, on strict liability.

An example is to be found in UfR 1983, p. 744 (Municipal Court Decision). A company in Hamburg had exported a consignment of wheat from Denmark to Germany via an English port. The company and three employees stationed in the main office in Hamburg were charged with evasion of the rules with a view to achieving an export refund to the amount of DKR 287 500 (ECU 36 300). The criminal liability of the company had expired. The claim that the amount be repaid was referred to a civil action. The three employees had taken it for granted that the Danish form used had the same wording as the German one, which was actually not the case. '... The court, which bases its decision on the interpretation of the EC Court, agrees with counsel for the defence that the question submitted to the court may give rise to some doubt. Consequently, the various incorrect statements

¹ Case C-326/88 *Anklagemyndigheden* (Public Prosecutor) v *Hansen & Søn I/S* [1990] ECR I-2911.

referred to in the indictment cannot be attributed to the accused persons as intentional'.

Ignorantia iuris and *error iuris* cannot result in exoneration under Danish law. Under Article 84 of the Criminal Code, excusable ignorance may, however, result in punishment being reduced or remitted. According to Article 2 of the Criminal Code, this rule applies also within special criminal law. No doubt, ignorance of the law appears particularly frequently within special criminal law, and there is likewise no doubt that this constitutes the area within which the possibility of excusable misinterpretation is greatest. In this respect, Danish courts are, however, very strict. The Supreme Court has, for instance, given judgments refusing to accept that the accused person's ignorance of the law was sufficiently excusable although a minority of the Supreme Court so held.

Under Danish law the distinction between *error facti* and *error iuris* is not a sharp one. Certain types of ignorance of the law are actually legally treated as *error facti* ('*ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum*'). Judicial practice hardly applies any consequential criteria. This has resulted in major difficulties, particularly within criminal law in the tax field. Should misinterpretations of the substance of taxation law be treated as *error facti* or as *error iuris* here? The reaction of the courts to this question has to some extent lacked consequence.

3.4. GROUNDS OF JUSTIFICATION

Question: *Are grounds of justification, excuse and mitigation, including mistake of law, taken into consideration and, if so, to what extent?*

Danish legal theory makes no distinction between justification and excuse. However, if one regards current law it is obvious that the distinction, in all essentials, corresponds to the German one ('*Rechtfertigung und Entschuldigung*'). One may therefore note that the distinction *could* be applied also within the Danish system. In Denmark one generally uses the term 'objective grounds for exemption from liability' or 'objective defences'.

Articles 13 and 14 of the Criminal Code contain special provisions on self-defence ('*Notwehr*'), the authorities' enforcement of the law, and acts of necessity. These provisions have never been much used under Danish law.

It is difficult to imagine that *self-defence* should play any major role within administrative criminal law.

On the other hand *necessity* ('*Notstand*') might very well be of particularly great significance. In case of offences against administrative criminal law the goods sacrificed will traditionally be of much smaller value than where the 'ordinary' criminal law is violated, and one might therefore expect that necessity would

occur more frequently in this area. This, however, has not turned out to be the case in practice. Also in this respect the courts are particularly restrictive. It has been considered of vital importance that the general purpose of legal provisions should not be jeopardized through the application of a provision on necessity. As a consequence, for instance, persons in bankruptcy have been prevented from invoking necessity as an excuse for transgression of the legislation on accounts.

In situations where it has been possible to envisage a special need, supplementary special rules have frequently been made within special criminal law. There is a presumption that such special rules are meant only for the purpose of expanding and not of diminishing the field of application of the general rule. Such special provisions may be more readily applied in judicial practice than the general rules of the Criminal Code.

As an example, one may mention Article 51 of the Safety and Health at Work Act: 'Where the forces of nature, accidents, breakdown of machinery, or similar unforeseen circumstances disturb or have disturbed the regular running of a business the provisions in ... (on periods of rest) may be deviated from to the extent necessary until regular operation is resumed ...'.

Within traffic law we find, for instance, rules which permit emergency vehicles not to abide by the rules on speed limits, etc. The courts have, however, been reluctant to apply the general defence of necessity to a drunken driver who assists in providing help or who transports victims for treatment.

On the basis of similar considerations but with conditions not being quite as strict, *negotiorum gestio* may be attributed a similar relevance.

Impossibility does exclude criminal liability. In practice this will be of particular importance within the area of strict liability.

A conflict between two sets of injunctions or orders ('*Pflichtenkollision*') which cannot both be abided by is solved, first and foremost, by means of an interpretation of the provisions involved. If this does not yield a solution, the view will commonly be taken that the choice made by the person in question in the conflict situation should not be an unreasonable one. However, one cannot assume that concrete situations in Denmark should be solved by weighing the interests involved ('*Güterabwägung*').

While necessity and self-defence have been only of limited significance within administrative criminal law, the issue regarding the limits of the enforcement of the law ('*Handeln auf Grund von Amtsrechten*') has been of somewhat greater significance. The general rule on self-defence is found in Article 13(1) and (2) of the Criminal Code. The most important condition stipulated by Article 13(1) is to the effect that the act committed in self-defence shall be 'necessary' and

that it shall not 'manifestly exceed what is reasonable'. Article 13(3) reads as follows: 'Similar rules shall apply to acts necessary to enforce lawful orders in a lawful manner, to carry out a lawful arrest or to prevent the escape of a prisoner or a person committed to an institution'.

The assessment whether the act was reasonable is based on the consideration whether there exists a reasonable proportion between the importance of enforcing the law and the force used. While the injury inflicted by the force used will frequently be physical and obvious, the injury stemming from a lack of enforcement is frequently a more complex affair. Among the elements to be taken into account are not only due regard to the authority of legal order but also the wish to deter more or less imminent offences. A first condition consists in the use of force not being more intensive than is called for. In certain situations this may mean that steps of a less intensive nature need to be tried before more intensive ones are applied. A second element in assessing reasonableness consists in considering whether the least intensive of sufficient means are excessive, having particular regard to the offence (or offences) involved.

Article 13(3) cannot be directly applied should an authority intervene against an external third party or provoke a risk to such parties or to their property. If, on the other hand, an intervention is substantiated by the rule of necessity (Article 14 of the Criminal Code), conditions become much stricter. The legal position on this point, however, remains nebulous. One can hardly say today with any degree of reasonable certainty to what extent the courts will demand that the strict conditions of Article 14 shall be applied or whether there may be found a third intermediate criterion.

A legal order may originate from a court or from the administration, including the enforcing authority proper. It may be expressed in writing, orally, by signs, etc. It must furthermore be of a type which may legally be enforced by the authority in question through immediate use of force.

Within ordinary criminal law the most important ground for release from liability is undoubtedly consent ('Einwilligung'). There is no general statutory provision on this, so the rule has to be based on 'legal and cultural traditions'. In the field of administrative criminal law the interest to protect is, however, only rarely attached to an individual person (the object of attack). Where the purpose of a provision is not limited to the protection of an individual person's concrete interest, but aims at protecting the interests of society at large, an individual person can obviously not give exonerating consent.

It is, furthermore, assumed that consent cannot exclude criminal liability if the act involved is directed at the life or health of the victim or if these goods are exposed to a risk. Consequently, liability under the

Health and Safety at Work Act can normally not be excluded has the consent of the workers exposed. Management is, for instance, not released from liability by the fact that some workers on a roof have neglected to use the life-lines which the firms has actually made available.

Similar rules apply — at least to some extent — even if merely 'steps of welfare' are applied. Thus a 1978 (unreported) judgment of a High Court convicted a business operating a defective trailer shed. The business, in vain, pleaded that instead the workers had been paid a compensation for the defects.

Under Danish law there is also to some extent a tendency to disregard consent given by persons who in general are in a weak position. This means, for instance, that the consent of a worker to departures from the rules regarding payment of holiday allowance has no exonerating effect.

As a main rule an agreement on delegation of criminal liability has no effect (see below). In special areas there may, however, exist a special authority on this. Under Article 23 of the Safety and Health at Work Act, an employer may thus delegate his liability to operations managers, works managers, or other qualified managerial staff.

An order has no exonerating effect. This is so within public administration as well as in private business.

Certain aspects of the concept of error of law is dealt with in the reply to the question in section 3.3. A misunderstanding according to which certain circumstances, for instance a dangerous situation, fall within the scope of a statutory provision on exoneration, does exclude intent. It constitutes an *error facti*. A misunderstanding of the rules or their limits is, however, irrelevant if the actual situation has been correctly perceived. This constitutes an *error iuris*.

Even if one of the reasons for excluding punishment which have been mentioned above is not at hand in a concrete situation, the circumstances in question may become relevant in other contexts, not least in relation to sentencing. There are, however, also rules on mitigation which do not correspond to such grounds. Most of the rules on reduction of punishment or mitigating circumstances are optional.

The most comprehensive rule is found in Article 84 of the Criminal Code, which provides that punishment may be reduced:

- (1) if a person has exceeded self-defence or necessity but not in case of exceeding lawful enforcement of the law (in which case an analogy may, however, be applicable);
- (2) the perpetrator is less than 18 years of age (for this group imprisonment may not exceed eight years);
- (3) *ignorantia iuris*;
- (4) provocation;

- (5) if a person was induced to commit the deed by virtue of his position of dependence on some other person or in the fact of a threat of substantial injury;
- (6) if the perpetrator has averted the danger;
- (7) if the damage has voluntarily been restored;
- (8) if prevention has been attempted in vain; and
- (9) if the perpetrator has given himself up.

In the circumstances referred to at points (1) to (6), the punishment may, in further mitigating circumstances, be wholly remitted (see Article 4(2)).

Besides the provisions of Article 84 of the Criminal Code, a number of similar rules are found throughout the system. In the present context, we merely list the following examples from the Criminal Code:

Article 10(2): If the act was committed within the territory of a foreign State, the punishment may not be more severe than that provided for the law of that State;

Article 10(b): The penalty is reduced in proportion to the extent to which foreign punishment has been served;

Article 21(2): The attempt gives evidence of little strength or persistence in the criminal intention;

Article 23: Various types of complicity;

Article 85: The offender's mental state or the circumstances of the act;

Article 87: In case the perpetrator has been disqualified from his job.

3.5. LIABILITY OF LEGAL PERSONS

Question: *Is provision made for the liability of legal persons and, if so, in what way, and is there any independent liability of bodies having legal personality?*

Under Danish law criminal provisions are generally phrased in such a way that the party bound by them is indicated as 'any person' engaging in or refraining from the conduct described in therein. 'Any person' in this context refers exclusively to natural persons.

Without any exception, only natural persons may be punished under the Criminal Code.

In addition to the criminal provisions addressed to natural persons, there are in separate statutes a great number of specific rules under which legal persons may likewise be punished. This is particularly so in the field of business law, but the phenomenon is not limited thereto. Such rules exist, for instance, in relation to the removal of snow. There are probably some 200 rules of this nature. Both the legislation and the literature on criminal law have traditionally been highly pragmatic, and philosophical considerations regarding guilt depending upon human actions and similar points of view have never gained much ground. The justification for making legal persons

liable to punishment is found in practical needs, including above all a desire to be able to sanction anonymous faults and to be able to adjust the level of a fine to the actual or assumed profit of a business (and not merely the financial situation of the perpetrator). This is particularly important where the actual perpetrator is a low-paid person in a subordinate position who has acted in the firm's interest.

A phraseology such as the following is frequently used: 'Fines may be imposed upon a company for any violation committed by stock companies, private companies, cooperative societies, and the like'. As an example one may mention Article 27(1) of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products. The term 'the like' may for instance include foundations engaging in business. Partnerships are, however, not included (UfR 1989, p. 868, High Court for the Western District). In such situations the criminal prosecution will have to be brought against each individual partner in accordance with the rules on natural persons, including the rules on liability for complicity and for omissions.

In 1986 a Supreme Court judgment established that municipalities are not included in the term 'the like' in a case regarding withholding tax (UfR 1986, p. 183). The Attorney-General assumed that this judgment had to be seen as a precedent affecting the many other statutes having a similar wording (statement 3 of 18 February 1986). Thereupon Parliament introduced a separate provision on punishment of municipalities in a number of Acts. The standard wording runs as follows: 'A fine may be imposed upon a municipality or a municipal community where a violation has been committed by a municipality or a municipal community'. See, for instance, Article 27(2) of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products.

Recently, provisions have also been introduced making it possible to punish the State. The Safety and Health at Work Act constituted the first example of this.

In the said situations where legal persons are punished, there is no possibility of converting the punishment if a fine is not paid (see, for instance, Article 26(2) of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products).

Where a legal person is or may be convicted, that does not exclude the conviction under the general rules on natural persons. The president of a joint-stock company may, for instance, be convicted of an offence or of aiding and abetting, even if the company as such is subject to a criminal liability and has been convicted. In general the prosecuting authority applies its 'principle of choice' ('*Opportunitätsprinzip*') for the purpose of not prosecuting employees who have played only a minor role.

The following example from an actual case illustrates the situation. Proceedings were brought against a

private company charged with violating an EC regulation. The company had stated Sweden and the Bahamas as the countries of destination in connection with a cheese export although the countries of destination were actually Canada and the USA. In this way, the company obtained an unlawful payment of DKR 3.7 million (ECU 460 000). The company was declared bankrupt. The claim of the EC Directorate was recognized as an ordinary claim on the estate in the bankruptcy. The ordinary creditors received a dividend of less than 10%. The district attorney closed the case against the company for reasons of procedural economy since there would be no possibility of collecting a fine. The former president of the company, who was in charge of daily business and who owned 49% of the company, was given an immediate custodial sentence for his violation of the regulation and for fraud.

3.6. RULES ON AIDING AND ABETTING AND ON ATTEMPT

Question: *What substantive rules apply to the involvement of persons in violations and attempted violations?*

This question includes the rules under Danish law both on aiding and abetting and on attempt.

3.6.1. Aiding and abetting

Most criminal provisions are worded in such a way as to refer to the acts of individual persons. Article 23(1)(1) of the Criminal Code contains the main rule on situations where several persons commit a crime jointly and runs as follows: 'The penalty in respect of an offence shall apply to any person who has contributed to the execution of the wrongful act by instigation, advice or action'. According to Article 2 of the Criminal Code, this provision applies also to acts other than the Criminal Code. It appears from the provision that Danish law makes no distinction between main persons and secondary persons; 'any person' is included. In other words Danish law applies an 'Einheitstäterbegriff'. As appears from the section of Article 23 quoted, it is punishable to influence the will and to influence the possibility of violating the law ('durch Rat oder Tat'); under Danish law one normally refers to mental and physical participation respectively ('intellektueller und technischer Beihilfe').

One of numerous examples is found in a 1983 High Court judgment. The owner of an inn was convicted for aiding and abetting the illegal running of an inn; he had leased the inn to persons who did not have the necessary trade permit or a licence to serve alcoholic beverages (UfR 1983, p. 1094, High Court for the Western District). Another High Court judgment

(reported in greater detail above) convicted an advocate of having participated in evading the prohibition against persons having no firm association with Denmark acquiring real estate (UfR 1976, p. 846, High Court for the Western District).

It may be difficult to give a precise definition of the objective limits of complicity. It is obvious, however, that it is not possible to qualify all acts which are part of the general chain of events as being of such a nature that one could naturally allege that that author 'has contributed to the execution of the wrongful act'. The High Court for the Western District has, for instance, refused to classify wrong information in a brochure accompanying a testing device as an instigation to commit a crime (by the buyer, who relied on the information and consequently deposited toxic waste) (UfR 1985, p. 950).

Omissions may be criminalized under separate provisions. Even apart therefrom, an omission may to some extent suffice in making a person liable for complicity. This applies not least to those managing a business. Danish law does not in general necessarily presuppose that the person in question is under a special 'duty of care' or 'Rechtspflicht' but criminal liability for an 'unechtes Unterlassungsdelikt' will none the less become particularly relevant if it is reasonable to classify the situation as here indicated.

Liability for complicity presupposes that participation has been either prior to or simultaneous with the act being executed ('Vollendung'). A number of special provisions do, however, impose criminal liability for 'complicity' after the fact. As an example one may refer to the Customs Act, which provides for the conviction of any person 'who intentionally or grossly negligently sells or in some other way transfers, buys, or in any other way acquires, receives, transports or stores smuggled'.

The provisions on complicity may be applied to all types of offence — whether serious or petty, intentional or negligent.

A number of criminal provisions presuppose that the perpetrator has a special position. However, it does not follow that it is not possible to convict other accomplices. This is implied in Article 23(2) of the Criminal Code, under which it is possible to reduce punishment for a party 'who has contributed to the breach of a duty in a special relationship in which he himself had no part'.

Occasionally an interpretation of a criminal provision may, however, conclude that criminal liability should affect only the person who is explicitly mentioned therein. In such a situation, liability for complicity is excluded. This is an 'eigenhändig Delikt'.

This will often be the case where criminal liability is based upon a violation of a prior order issued by a court or by an administrative authority. In parts of administrative criminal law, and particularly in environmental law, the classical technique of general pro-

visions has been largely abandoned. In these areas the working procedure is instead to issue orders backed up by penalties, the violation of which is likewise penalized. This novel legislative technique also has a bearing upon the circle of persons which may be held liable.

In the same way *concurus necessarius* may result in exoneration from punishment. In practice this issue has been particularly dealt with by the courts in relation to such terms as 'the seller' or 'the buyer'.

Finally, special limitations have been introduced to various special acts, for instance on the liability of the mass media and within the construction industry.

Certain statutory provisions aim directly or indirectly at the management of a business. If so, the issue as to who should properly be held liable within management often gives rise to doubt. The answer may depend on the designation of the position and the employment contract, the nature and extent of the business, and the criminal provision itself.

Some general guidance may be found in Article 45 of the Companies Act (Act No 433 of 18 July 1988). Under this article it is incumbent on the board of directors to see to the proper organization of the company's business. The board must furthermore see that the bookkeeping and financial administration are controlled in a way which is satisfactory in the light of the company's situation. Liability is not placed upon the board as such, but upon the individual members of the board. It is also part of their duties to provide clarification of any abnormal conditions with which they become acquainted.

Under Article 54 of the Companies Act the management is in charge of the daily administration of the company in accordance with guidelines and directions issued by the board. Management shall see to it that the company's bookkeeping takes place in accordance with relevant statutory provisions and that financial administration is carried out in a sound manner. One of the duties of management is to see to it that taxes are paid in time.

Where a management board has divided the tasks so that one or more members are in charge of finances and others are in charge of technical matters, liability may depend upon the area within which a violation takes place. In judicial practice there has for instance arisen a case where a joint-stock company and its two chief executives were indicted for delayed payment of withholding tax. The company and its financial director were convicted whereas the technical director was exonerated (municipal court judgment).

Similar principles apply *mutatis mutandis* to other types of companies.

Within a firm, agreements may have been made on where to place liability, if any, which is termed 'delegation'. In general, such agreements are consid-

ered invalid as contrary to good ethics (*bonum et aequum*).

There are, however, a few statutory provisions within specific areas which provide that agreements on delegation may legally be entered into. The most important example is found in Article 23 of Safety and Health at Work Act. According to this rule an employer may delegate his liability to operations managers, works managers, or other qualified superiors.

Liability may also be transferred legally by transferring the general competence and the general liability within an area. Reference may be made in this connection to the case reported above where a division within management between a technical and a financial section was upheld in a criminal case.

Another type of private transaction involves the use of puppets ('Strohmann'). A person in bankruptcy may for instance leave it to his spouse to carry on a business in name but not in reality. Should the business be involved in criminal actions, for instance in connection with payment of taxes or VAT, the question arises over who is criminally liable. If it is obvious who is actually in charge, criminal liability will in general be placed upon him or her. This does not mean, however, that the puppet in question will be exonerated. He or she has been aware that the task in question could not be carried out or actually was not carried out by him or her. Consequently, there is a possibility of imposing criminal liability on the puppet. Finally, there is also the possibility of dividing a fine so that both parties are penalized.

As previously mentioned, it is assumed that general rules on complicity are not applicable where criminal liability presupposes a specific order. Against this background there is some doubt whether an activity as a puppet based on the fact that the master has been deprived of his right to engage in such activity is criminal in itself. (In other words, even if the activity in itself was carried out in a perfectly legal manner.) Article 131(2) of the Criminal Code has solved this dubious point by prescribing the following: 'Any person who assists another person in carrying on an undertaking after the person has been deprived of the right to do so shall be liable to a fine or, in particularly aggravating circumstances, to simple detention'.

Subordinates may also be punished for complicity even if they have acted under an order from a superior or if a superior is otherwise guilty. Should the subordinate have acted intentionally or should a particularly aggravating act be involved, the subordinate will not infrequently be included in a criminal action. An example from judicial practice involves a joint-stock company which sold carpets at meetings. The agent made an oral presentation which contained false information regarding other products. The agent explained that he had spoken on the basis of a

manuscript which has been delivered to him with instructions to stick meticulously to the manuscript. This statement was not contradicted. Some board members as well as the agent were indicted under the Marketing Practice Act. The Commercial and Admiralty Court refused to take into account the agent's contractual obligation to make the statement referred to (UfR 1964, p. 835).

In practice, the prosecuting authorities in most cases indict only the party which has actually been in charge (the owner, the managing director or the board) and/or the party who has personally benefited from the violation. This limitation of indictment is legal in light of the fact that 'special mitigating circumstances' will frequently be at hand (Article 723(2) of the Administration of Justice Act) and also taking into account a desire to use resources in an appropriate way where 'the prosecution will cause difficulties, costs or a prolonged period in court out of proportion to the importance of the case or the sentence which may be expected' (Article 723(3) of the Administration of Justice Act).

3.6.2. Attempt

The scope of criminal liability is furthermore expanded through the rules on attempt. Article 21(1) of the Criminal Code contains the main rule which runs as follows: 'Acts which aim at the promotion or accomplishment of an offence shall be punished as an attempt when the offence is not completed'. This provision applies to offences against the Criminal Code as well as against separate legislation (see Article 2 of the Criminal Code). The scope of Article 21(1) is, however, limited considerably through Article 21(3), according to which the rule is not applicable unless 'a penalty more severe than simple detention is prescribed for the offence'. This limitation is of special importance outside the Criminal Code, including administrative criminal law.

In Danish law the said rule of the Criminal Code expresses an extremely subjective position. Admittedly, application of the rule is contingent upon an act having been committed. ('Acts' is interpreted as being fulfilled through one 'act'.) But it is not a condition that the act in itself shall be a suspect or risky one. Nor is it a condition that the act shall have any close relation to the completion of the crime, be it timewise or in any other relation. Even acts which are highly remote may fulfil the objective conditions for constituting a criminal attempt. Buying a box of matches may be punished as an attempt at arson (assuming sufficient *mens rea*) and, in principle, it may result in life imprisonment (Article 180 of the Criminal Code). An agreement to commit a crime likewise fulfils the conditions provided it is sufficiently concrete. The same applies to invitations to commit crimes but generally not to offers to commit crimes.

An act may be an attempt even though the crime itself may be impossible; this means that even an 'untaugliches Versuch' is punishable.

Liability for attempt presupposes intention. Furthermore, the perpetrator's decision must be fairly concrete in terms of the type of crime as well as in terms of time and place.

The maximum penalty for an attempt is identical to the maximum for completed crimes. Article 21(2) does, however, optionally prescribe that punishment 'may be reduced ... particularly where the attempt gives evidence of little strength or persistence in the criminal intent'.

Legislation contains a number of scattered specific provisions on acts of attempts being punishable. Occasionally, their meaning is merely that general rules on attempt are applicable; the purpose of saying so in a special rule may be that the maximum penalty prescribed is so low that Article 21 of the Criminal Code is not applicable due to the limitation contained in section 3.

A good example is found in Article 24 of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products: 'Rules established under the authority of this Act may prescribe that infringements of them or attempts to infringe them shall be punishable by a fine'. In other cases the purpose may be to advance the element of accomplishment; for example, driving under the influence of alcohol (Article 53 of the Road Traffic Act). Unless there are special aspects pointing towards a specific interpretation, the tendency will be to choose the former solution, in other words to apply all general rules on attempt.

Articles 22 and 24 of the Criminal Code contain provisions on exoneration, among other things where the perpetrator has 'voluntarily, and not because of fortuitous obstacles to the completion of the offence, ... prevented its completion'.

3.7. PENALTIES

Question: *What penalties, both principal and additional, are laid down for such violations?*

3.7.1. Punishments

Danish law has three types of ordinary punishment: imprisonment, simple detention, and fine (see Article 31 of the Criminal Code). Fines are normally fixed as daily fines in convictions for offences against the Criminal Code; in most other cases, lump-sum fines are used.

Where the courts find it necessary that a penalty should be executed, the terms of the sentence must provide that the question of the fixing of the punishment be suspended and, after a probationary period,

remitted. If it is regarded as being more appropriate, the court may fix the penalty and decide that the serving of it be suspended and, after a probationary period, remitted; this only applies to fines, simple detention or imprisonment (see Article 56 of the Criminal Code). Within administrative criminal law, fines are used in by far the greatest number of cases, or possibly simple detention. Suspended sentences are not used very frequently outside the area of the Criminal Code.

In this connection it should be stressed that there are very great differences in the level of penalties between European countries. Comparing penalties across country borders is therefore most awkward; it is better to attempt comparisons with similar crimes on a national basis.

The said sanctions may be combined. Firstly a court 'may decide that a part of the deserved punishment, not exceeding three months, be served immediately while the rest of the sentence be suspended. In such cases, an immediate sentence of simple detention may be used even though this type would not otherwise be prescribed for the offence. Fines may be imposed in conjunction with a suspended sentence even though they would not otherwise be prescribed for the particular offence in question' (Article 58 of the Criminal Code). Such a combined conviction is used in various situations. Depending on the circumstances, one such situation may consist in the perpetrator having committed an acquisitive offence which, according to judicial practice, would result in a suspended sentence but also having violated a separate act which, according to judicial practice, would result in a fine or in unsuspended simple detention.

There is also a second type of combined conviction. Where the perpetrator obtained or intended to obtain, through his offence, a gain for himself or another, fines may be imposed as a supplementary punishment to other forms of penalty (see Article 50 of the Criminal Code). IN many ways this sanction is reminiscent of confiscation of profit (see below). It differs from confiscation in that a fine may be imposed even though no profit was achieved (for instance in the case of attempt) or even where the amount of profit cannot be established with sufficient certainty. A supplementary fine may (contrary to confiscation of profit) be enforced through a threat of imprisonment;

In practice this supplementary fine is of special importance in regard to violations of certain separate statutory provisions where judicial practice on sentencing leaves a choice between a very large fine or a brief term of imprisonment. By combining imprisonment or simple detention with a fine, one may achieve the purpose aimed at in imprisonment and at the same time ensure, through the supplementary fine, that the person convicted does not achieve a financial benefit on account of the fact that the act was too severe to be punished exclusively through a fine.

The most distinct example is found in the criminal provisions of tax law. Where tax fraud has been intentional the fine is normally set at twice the amount of tax evaded (where a case is settled by an agreed fine). Where the amount of tax evaded exceeds DKR 100 000, the case is submitted to court and the penalty may be the deprivation of liberty. In this case a supplementary fine is inflicted over and above the deprivation of liberty, be it brief or extensive. A typical example is a judgment given on 20 February 1991 by the High Court for the Western District: a man had reported that he was moving to France but actually maintained his Danish residence and Danish income. In this way he had evaded payment of taxes to the tune of DKR 375 000 (ECU 47 000). He was penalized by 60 days' imprisonment, a supplementary fine of DKR 375 000 and payment of the tax to the amount of DKR 375 000.

A supplementary fine has, however, also been applied in relation to other types of criminality such as traffic in pornography.

As regards children, insane persons, etc., other reactions are substituted for these penalties, but this aspect is not considered here. Nor do we go into the subject of 'safe custody' which may be applied in relation to persons who 'pose an obvious danger to the life, body, health or liberty of others' (Article 70 of the Criminal Code).

Besides the main sanctions mentioned, there may also be other legal consequences of a punishable act (see also Chapter 9 of the Criminal Code). The two most important ones are disqualification and confiscation.

3.7.2. Disqualification

The main rule of Danish law is that a punishable offence shall not involve the suspension of civil rights, including the right to carry on a business under an ordinary licence or a maritime licence. For 40 years, a fundamental principle of Danish criminal law has been to provide the best possible conditions for reintegrating the offender into normal society. In this connection, it is of vital importance that the number of positions whose holders are required to be of particularly impeccable character should be reduced as much as possible. (The position of judge is an example of a position where morals are still a decisive element.)

Consequently, it is only permissible to 'debar (a person) from a business requiring a special public authorization or permission if the offence committed carries with it an obvious risk of abuse of the position or occupation concerned' (Article 78 of the Criminal Code). If the person is already engaged in the work in question he may 'on conviction of a punishable offence, be deprived of the right to continue to carry on the business concerned or to carry it on in certain forms if the offence committed carries with it an

obvious risk of abuse of the position' (Article 79(1) of the Criminal code). These rules are for instance applied to doctors who have committed sexual offences involving their patients; certified auditors who have contributed to tax fraud of a client; and real estate brokers who have committed embezzlement and breach of trust. It is, however, essential to stress that the disqualification should in no way be automatic in such situations; disqualification always presupposes evidence of a concrete and substantiated risk of future violations of the law within the business.

Free access to start a business is a fundamental principle of Danish business law. Consequently, there are only few businesses which may be excluded through the said provisions. Therefore, Article 79(2) of the Criminal Code contains a provision which may be used in relation to other forms of business, provided, however, that this is 'warranted by special circumstances'. According to the rule, a person can be deprived of his right to be an original subscriber to a joint-stock company, or to be a manager or board member of a joint-stock company, or in a company or association presupposing a specific public confirmation, or a foundation. On the other hand one cannot, for instance, deprive a person of the right to own stock or to exercise a dominating influence in a joint-stock company.

The provisions of the Criminal Code are supplemented by specific rules in separate legislation regarding such subjects as passports, driving-licences, instalment purchases, hunting, animals and pets, electricians, civil servants, second-hand dealers, and pawn-brokers. There is also the possibility of ineligibility for EC-based subsidies in the case of fraud. Not all of these rules are identical to the provisions of the Criminal Code.

Regarding existing rules on the exercise of business, it appears as a characteristic feature that in certain areas special conduct is required (for instance, judges and ministers of the State church), while there are other areas where special qualifications are required (for instance, electricians). Within administrative criminal law, the latter areas are of greater relevance than the former ones. In this area, there may exist a special authority for revoking an appointment, grant or licence in situations which would not come under Article 79 of the Criminal Code. In general, the possibility of revocation exists only in situations where there is reason to assume that the person in question would not in the future exercise his activity in an appropriate manner. Judicial practice is quite strict *vis-à-vis* the administration when it comes to upholding an administrative revocation. This appears, for instance, from judgments regarding an authorization for a taxi service or for the conveyance of goods. It appears doubtful whether any revocation may take place in any circumstances without an act explicitly so authorizing. At any rate there is no doubt that a revocation which constitutes a major restriction on

the exercise of a business will be subject to a strict assessment on the basis of considerations of proportionality.

3.7.3. Confiscation

Confiscation may take place under Articles 75 to 77a of the Criminal Code.

The proceeds gained from any criminal act, or a sum equivalent thereto, may, either wholly or in part, be confiscated. Where the amount has not been sufficiently established, a sum thought to be equivalent to the proceeds may be confiscated. Besides this confiscation of *scelere qvæsita* one may confiscate various objects: (1) objects which have been used, or were intended to be used in a criminal act (*instrumenta scleris*); (2) objects produced by a criminal act (*producta scleris*); and (3) objects with respect to which a criminal act has otherwise been committed (including *corpus delicti*); see, for further details, Article 75 of the Criminal Code. The wording of this provision is so broad that any object having a connection with a crime may be confiscated. Article 77a furthermore authorizes confiscation 'where it must be supposed that objects would, because of their character in the light of other existing circumstances, be used in a criminal act, ... if that is regarded necessary for the prevention of the criminal act'.

While the proceeds may always be confiscated, confiscation of objects presupposes that the confiscation 'must be regarded as necessary in order to prevent further offences, or is warranted by special circumstances'.

The Criminal Code contains a number of provisions regarding evidence, confiscation from third parties, confiscation of substitutes, etc. These subjects are not included in this presentation, nor the complex questions of interpretation which arise, for instance in defining the concept 'proceeds'.

According to Article 2 of the Criminal Code, the provisions may be applied in relation to offences against the Criminal Code as well as against separate legislation. Where objects are involved which serve no legal purpose for the perpetrator, confiscation is a matter of routine. This applies, for instance, to narcotics, arms and illegal motor parts for the tuning of mopeds. In both administrative and judicial practice, a variety of customs of quite differing natures has evolved and confiscation is applied almost without exception in certain areas, particularly in the case of recidivism or under other objective criteria. This applies for instance to violations of regulations within the area of saltwater fisheries (proceeds, nets and catch); to violation of the rules on opening hours of shops (stocks of goods and proceeds); and to professional smuggling (boats and cars). In other areas, for instance in the area of traffic offences, confiscation is

a rare phenomenon used only in very extreme situations.

An example can be found in a judgment of the High Court for the Eastern District reported in UfR 1982, p. 749. A joint-stock company, its managing director, and the company's chief cellarman had blended 925 000 litres of French wine and furnished the wine with labels corresponding to the most expensive of the wines blended. Thereupon they sold the wine to consumers and obtained a profit of DKR 1.1 million (ECU 137 000). They were convicted of violation of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products (see the regulations on wine) and for violation of the Danish national rules on false labelling. The joint-stock company was fined DKR 100 000 (ECU 12 600), and the entire proceeds were confiscated. The managing director was punished by simple detention for 30 days. The chief cellarman was punished by a suspended sentence of 30 days' simple detention and a supplementary fine of DKR 3 000 (ECU 380).

3.7.4. Penalties outside criminal law

Basically, this review deals with the reactions found in that part of Danish criminal law which is of special significance within the 'administrative criminal law'. It should, however, be stressed that other parts of the legal system offer significant possibilities of securing the desired and practical situations (see below).

In a number of cases, a special permit is required before a business may be commenced. If so, all types of conditions may be checked and this opens up the possibility of heightening a certain level; see, for instance, the conditions for authorizing an electrician, referred to above. Under certain conditions a permit of this nature may be revoked (see above). In certain areas a special authorization is also needed to sell specific goods; for instance, certain pharmaceuticals may have to be approved prior to sale.

In certain situations an authority may deprive a business of its privileges where they have been abused. The customs authorities may for instance deprive a business of its rights to credit; see Article 91 of the Customs Act (No 610) of 14 October 1988: Where the licensee (who has the right of private storing without payment of import duty) or his employees grossly or repeatedly violate the provisions applicable to customs control, storage, or production' of goods for export etc., the customs authorities may revoke the licence (Article 19 of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products).

Furthermore, there are other non-criminal sanctions or reactions. The most important one is the possibility of applying periodic (daily) fines ('Zwangsstrafen or Zwangsgeld'). This may be ordered jointly with a

penalty provided for by the criminal law. A judgment according to which somebody is obliged to fulfil an obligation towards the public may stipulate a periodic fine to be paid to the Treasury as a means of enforcement (see Article 997 of the Administration of Justice Act). This possibility may for instance be used in connection with an order to remove illegal buildings or to furnish information.

To some extent the authorities may also use periodic fines on their own. The Tax at the Source Act, for instance, authorizes the use of periodic fines against an enterprise which has not been registered in the proper way (see Article 85 of the Withholding Act). In the same way, the Business and Company Directorate may use periodic fines for the purpose of inducing the board of directors of a joint-stock company to fulfil its obligations towards the Directorate (see Article 160 of the Companies Act).

In certain areas a supervising authority may close an enterprise, change its way of doing business, etc., through orders and injunctions. As examples, one may mention the intervention of public health authorities against the kitchens in restaurants or the intervention of the national labour inspectorate against dangerous machines, unsecured excavations, etc.

Needless to say, claims for damages, etc. within civil law are of major importance. They also play a role within the area of administrative criminal law. Thus compensation for non-payment of withheld income taxes may be claimed from a person who has acted negligently on behalf of a company even if the company is not a company involving any personal liability (see statement No 2/1985 from the Attorney-General).

Furthermore, repayment of allowances etc. which have been unduly received may be demanded. If they are not repaid on time, additional interest has to be paid. Unless otherwise prescribed by order, an interest of 1.3 % per month computed for each month commenced after the expiration of the payment term is added where an unduly received amount is not repaid prior to expiration of a term fixed by the paying authority (see Article 20 of the Act on Administration of the EC Market Organizations for Agricultural Products).

Finally there may be a possibility of acts of self-help; for instance, with the assistance of the police.

3.8. DETERMINATION OF PENALTIES

Question: *What criteria are used to determine the penalties by the authority competent to impose them?*

Under current Danish law there are hardly any penalties fixed by statutes. The closest one gets to this is the parking levy previously referred to.

The seriousness of the offence has been decisive for its criminal limits ('Strafrahmen'), which Parliament has established in connection with criminalizing the act or omission. As a characteristic feature of Danish criminal law the limits are very broad. The Standing Criminal Law Commission has in principle taken the position that the minimum penalty should always be very low. This has been accepted by Parliament for many years. Therefore, very few crimes have a minimum penalty exceeding 30 days' imprisonment. By far, most crimes prescribe merely a fine as the minimum penalty which means that in theory it is always possible to impose a fine of 25 øre (ECU 0.03) even where there are no special circumstances justifying a reduction of punishment.

The maximum penalty will normally be prescribed in the case of possible imprisonment; only very few provisions allow imprisonment for life. Since 1930 there has been no adjustment of the maximum for a great number of crimes; during this period a reduction of the traditionally applied penalties has taken place in most areas (apart from traffic in narcotics and, to some extent, crimes of violence and tax fraud). Consequently, there is often a wide gap between the level of penalties used in practice and the maxima formerly provided by legislation.

In the case of simple detention, a maximum is prescribed only rarely, which means that the maximum period becomes six months.

No provisions prescribe any maximum for fines.

It follows that the tendency of detailed specifications in EC law contrasts strongly with the legislative tradition and practice in Danish law.

It appears from the foregoing that only to a limited extent has Parliament limited the courts' possibilities of adjusting a penalty in a concrete situation in accordance with a concrete assessment. Actual sentencing in specific cases within the limit provided by the act is governed by Article 80 of the Criminal Code which contains the general provision: 'In determining the penalty, account shall be taken of the gravity of the offence and of information concerning the offender's character, including his general personal and social circumstances, his conduct before and after the offence and his motives in committing it'. This rule applies also to special acts (see Article 2 of the Criminal Code). One may say that this rule is universally applicable since penalties which have been fixed by administrative authorities may always be appealed against to the courts by the offender and the courts in such situations are obliged to use the principle of Article 80 in fixing the penalty.

Article 80 of the Criminal Code prescribes both objective and subjective considerations to be taken into account in sentencing. The subjective elements may be subdivided into various categories.

Within general criminal law it is of major importance whether the offender has committed a first or a

repeated offence. This is relevant, among other things, in fixing the duration of imprisonment and when deciding whether a suspended sentence will suffice. These background elements play, however, a fairly subordinate role within administrative criminal law.

One may, however, to some extent observe that penalties rise in severity each time the person in question violates the rule. This applies for instance to driving under the influence of alcohol or driving after one's driving-licence has been withdrawn. As another example, one may mention failure to make payments to the Holiday Fund. On the first occasion, a fine of DKR 500 (ECU 63) per quarter is imposed; the second time the fine is DKR 750 (ECU 95) per quarter; and the third time DKR 1 000 (ECU 126) per quarter (statement No 7 of 22 October 1986 of the Attorney-General). Prior penalties may also be decisive in relation to disqualification and in deciding whether confiscation is appropriate, for instance, where beer is sold outside normal opening hours (Supreme Court judgment reported in UFR 1982, p. 998).

However, these examples reflect exceptions from the rules rather than the rule itself. In one of his statements (No 5 of 30 October 1984) the Attorney-General had this to say on the fixing of fines in police cases: 'Normally, fines should be fixed at the same amount in the case of repeated violations as where a violation takes place for the first time, apart from situations where the police has knowledge of such earlier violations that a definite need is felt to take the recidivism into account in fixing the fine or where something different has explicitly been described'.

The general social background of the perpetrator is likewise of major importance within the general criminal law and particularly when choosing between an immediate and a suspended custodial sentence. Admittedly Danish law did away with a great number of special reactions early in the 1970s because there was no longer any confidence in the efficiency and justification of the treatment system. As for suspended sentences with supervision imposed for theft and the like, this point of view has not carried much weight in legislation and in judicial practice. Within special criminal law there has been particular debate on the question whether greater use should be made of suspended sentences with a condition of a cure for alcoholism attached in dealing with alcoholics being guilty of drunken driving; but even within such an area it has been difficult to catch the ear of the courts.

Within administrative criminal law it is, however, only rarely that elements of social background other than the perpetrator's financial situation are taken into account.

Under Danish law there are two different types of fines: daily fines and lump-sum fines.

Daily fines were introduced in 1939 for the purpose of making fines felt equally by persons in different financial situations. They are, however, applicable only where fines are fixed by the courts and only for offences against the Criminal Code. Consequently, they rarely appear within the areas which one would naturally classify as coming under administrative criminal law.

Under the general rules of the Criminal Code the financial situation is a decisive element in fixing a fine. 'In fixing fines other than daily fines, special consideration shall be given, within the limits relative to the nature of the offence and to the circumstances referred to in Article 80 of this Act, to the offender's capacity to pay' (see Article 51(3) of the Criminal Code). This rule is, for instance applied in relation to drunken driving, where the traditional fine is fixed at DKR 1 000 (ECU 125) per DKR 25 000 (ECU 3 100) of yearly gross income — with the proviso, however, that DKR 40 000 (ECU 5 000) and DKR 2 000 (ECU 250) constitute the maximum and minimum fines respectively.

As will appear from what follows, a certain standardization of fines has, however, taken place so that judicial practice attaches very small importance to this central element. It seems justified to say that in general it would be highly unusual if the standardized fines were increased even if the offender was a particularly wealthy person. On the other hand, the Supreme Court has in certain sentences of principle expressed the view that a person belonging to a group having generally poor financial conditions shall have a smaller fine, and that an adjustment of the fine to the offender's financial situation may be implemented through simple standardized delimitations of various categories of persons and simple standardized reductions of the size of the fine. Two of the Supreme Court sentences involved a student and an old-age pensioner upon whom the court imposed a fine of half the traditional amount. On the other hand, a person in receipt of a disability pension, having a certain capital and income, as well as an apprentice who also worked as a film operator, were sentenced to pay the traditional fine although they actually belonged to social groupings which have generally poor conditions (see the weekly publication on the administration of justice, 1976, pp. 104 and 106).

In certain areas the *mens rea* is of major importance. Thus one rarely comes across anything more than a very brief custodial sentence unless the offender has acted with intention. In practice exceptions are made almost exclusively in the case of intentional violence resulting in death or bodily injury as a negligent consequence and in the case of drunken driving resulting in death or bodily injury as a negligent consequence.

Deprivation of liberty on the basis of strict liability is authorized only in one particular legal area: the liability of a media editor for anonymous articles (see the Press Act, (No 533) of 18 August 1986). In principle, this rule is a very dangerous one but it is well justified in concrete terms. A Media Bill was recently presented which maintains this special rule. In the committee preparing the bill, daily newspapers, journals, radio, television, and journalists were heavily represented, and on this point the committee unanimously agreed on continuation of the existing system.

As for fines the degree of *mens rea* has a bearing upon the size of the fine in certain legal areas. This is particularly so in relation to tax evasion. In connection with grossly negligent breaches of tax law the fine consists of an amount equal to the amount of tax evaded. In connection with intentional tax fraud, it is twice as large.

On the other hand, the Supreme Court has this to say on a fine for speeding: 'It has been determined that the violation on the part of the accused was negligent, but as stated by the prosecution it is not considered appropriate — apart from specific cases — to consider the subjective conditions of the accused when measuring out the punishment' (see UfR 1979, p. 758). This is clearly the main rule in practice.

It appears from Article 51 of the Criminal Code that in fixing a daily fine it shall be taken into account whether the perpetrator 'intended to obtain a considerable economic gain for himself or another'. The relevance of the motive to obtain an economic gain has also been stressed in various recent acts.

According to Article 83(2) of the Environmental Protection Act (No 85 of 8 March 1985) deprivation of liberty may be imposed if the violation has been committed intentionally or through gross negligence, and if the violation has resulted in or has been made for the purpose of obtaining an economic gain for the offender or others, including a gain through savings. Within administrative criminal law, other subjective elements are of only minor significance.

Besides the subjective elements, Article 80 of the Criminal Code stresses the relevance of the gravity of the offence. Whereas the maximum and minimum penalties laid down for each offence reflect the general gravity of the crime, Article 80 aims at taking into account the concrete gravity. Since the subjective elements — as previously mentioned — are of very limited significance within administrative criminal law, these elements become the decisive ones in practice.

A great number of petty crimes have been included in a list which the Attorney-General has distributed to subordinate prosecuting authorities (most recently, statement No 5 of 30 October 1984). The list indicates what penalty should be imposed. It is, however, stressed that the rates merely provide guidance for the prosecuting authority and they obviously cannot bind the courts. In actual fact, they are generally used by

the courts; should this not be the case the list is quickly adjusted to judicial practice. The rates are adjusted from time to time (most recently by statement No 4 of 28 April 1988).

Some of these rates are of a very definite size; this applies for instance to violations of the prohibition against hanging on to a vehicle, playing in the road, etc. (DKR 150/ECU 20), pedestrians' failure to abide by a traffic signal (DKR 150/ECU 20); failure to use a cycle path (DKR 200/ECU 25); lacking approval of an apprentice's contract (DKR 500/ECU 60); and immigration — evading the passport control (DKR 600/ECU 75).

Other rates are graduated on the basis of objective criteria of different kinds.

A fine for speeding depends on the excess speed; up to 20 km/hour, DKR 300 (ECU 40); 20 to 25 km/hour, DKR 450 (ECU 60); 25 to 30 km/hour, DKR 600 (ECU 75), 30 to 35 km/hour DKR 800 (ECU 100) etc. (see the previously mentioned statements by the Attorney-General).

The fine for illegally placing hens in cages for egg-laying is fixed on the basis of the duration and the number of hens but not on the basis of the financial result (Supreme Court judgment reported in the weekly publication on the administration of justice, 1985, pp. 403 and 406, and statement No 3 of 23 April 1985 by the Attorney-General).

Shoplifting to the amount of DKR 300 to 1 000 (ECU 40 to 125) results in a fine amounting to twice the value of the stolen goods (statement No 5 of 28 April 1988 by the Attorney-General).

In general, it has constantly been stressed in the Danish debate during recent years that fines should be fixed at such an amount that crime does not pay.

The nature of a fine as a substitute for confiscation is illustrated by Article 83(5) of the Environmental Protection Act which provides: 'Where proceeds obtained by violating this act or orders issued in accordance with the act are not confiscated, the fixing of a fine, including a supplementary fine, shall in particular take into account the size of the financial benefit which has been achieved or which is intended'.

The relevance of the proceeds has also been standardized in judicial practice. In leading cases regarding delayed payment of withholding tax, the Supreme Court established that as a general rule the fine shall be fixed at a current interest rate of 2% per month of the tax due at any given time (UfR 72, pp. 881, 882 and 884). Compared with the level of interest at that time, this rate corresponded to twice the normal rate of interest paid on bank credit. The rate has been maintained since without fluctuations in interest rates having resulted in any changes.

3.9. PERIOD OF LIMITATION

Question: *Are offences and penalties extinguished by the passage of time (prescription)?*

All offences cease to be punishable when the period of limitation has expired, unless imprisonment for life has been prescribed as the maximum penalty.

Within administrative criminal law there will only rarely be any legal possibility of imposing a penalty exceeding imprisonment for one year and only rarely will concrete sanctions other than a fine be applicable. In both of these situations the main rule is a period of limitation of two years (Article 93(1)(1) of the Criminal Code). The period of limitation may in no case be less than five years for offences against Article 296(1) subsections (2) and (3) (incorrect statements concerning joint-stock companies, contraventions of the provisions governing joint-stock companies, etc.), Article 297 (similar rules) and Article 302 (bookkeeping). The same applies to criminal liability for offences whereby a person evades payment of customs duty or tax to public authorities (see Article 93(2) of the Criminal Code). The period of imitation may in no circumstances be less than 10 years in the case of the most serious tax crimes (for instance, Article 289 (1) of the Criminal Code).

Where a person has, by the same act, committed several offences (*concursum simultaneum*) for which different periods of limitation are laid down, the longest of these periods applies to all the offences (Article 93 (4) of the Criminal Code).

The period of limitation is calculated from the day when the punishable act or omission ceased (Article 94(1) of the Criminal Code). This means, among other things, that failure to report or failure to make payments in practice is never subject to a limitation, or at any rate the limitation period starts very late even though it is sometimes very brief. When liability depends on or is influenced by a consequence that has occurred at a later time or any other later event, time runs from the occurrence of such consequence or later event (Article 94(2) of the Criminal Code).

Some of the crimes which are particularly relevant in administrative criminal law consist of continuous crimes ('*fortgesetzte Handlung*'). However, the delimitation thereof is vague.

The period of limitation is interrupted by any court proceeding in which the person is accused of the offence. In cases which, under the Administration of Justice Act, may be settled by acceptance of a fine proposed by the police, the period of limitation is interrupted when the person is informed of the fine. In other cases where punishment of an offence may be imposed by an administrative authority, the limitation period is interrupted when the person concerned is informed that he is charged (Article 94(4) of the Criminal Code). In practice, this means that it is very

easy to interrupt the period of limitation in cases within administrative criminal law.

There are likewise rules regarding limitation of sentences etc. (see Articles 97 and 97a of the Criminal Code). They are, however, of very limited practical significance.

Only very few penalties may be implemented after the death of the convicted person (see for further details Article 97b of the Criminal Code).

3.10. CUMULATIVE IMPOSITION OF PENALTIES

Question: *Can criminal and administrative sanctions be imposed cumulatively? (Principles and practice)*

We recall that Danish administrative penalties are of a non-criminal character.

As a general rule nothing prevents different types of reactions from being applied simultaneously. Building authorities may for instance instigate a criminal action and at the same time request that the court imposes periodic fines with a view to demolition of a building

or to a building being brought into line with the law. The National Labour Inspectorate may prohibit the use of illegal scaffolding and may, at the same time, instigate a criminal action against the enterprise etc. The tax authorities may commence a case regarding postpayment of tax and at the same time request an indictment for tax fraud.

It may be prescribed that a certain legal remedy must be tried before another one is used. The police may not apply serving of a sentence in lieu of a fine unless they have, in vain, attempted to obtain payment of the fine through execution. Acts of self-help will often have to wait until an attempt has been made to achieve the same result either through an order or an injunction.

As a general rule all penalties must respect the principle of proportionality. This may also result in the possibilities of cumulation being excluded or limited. For instance the fixing of a punishment must take into account whether the offender is also deprived of his business possibilities (see Article 87 of the Criminal Code: 'the penalty may be reduced or, if it would not have exceeded simple detention, be remitted').

4. Procedural rules

4.1. COMPETENT AUTHORITIES

Question: *What authority is responsible for detecting violations and imposing penalties? If a non-judicial authority is responsible, give a basic outline of the relevant procedure (with particular reference to protection of the defendant's rights, presumption of innocence and the application of preventive and provisional measures). Reference to be made to Article 6 of the European Convention on Human Rights.*

There are very few examples of private prosecution or of prosecution which is contingent upon a request from particular authorities, organizations, or private persons. This means that in practically all instances the police are authorized to investigate a violation of the law and to indict a suspected offender without awaiting permission or a request from other authorities or the victim.

However, the picture is somewhat different in practice. As mentioned above, the distinction between various branches of criminal law under Danish law is not a legal one but a theoretical one based upon certain very vague criteria. The decisive distinction between police criminal law (traffic law and police ordinances being the main examples) and administrative criminal law is based on what authority is mainly in charge of legislation being abided by and of offenders being prosecuted. This means that a characteristic feature of administrative criminal law is by definition that an administrative authority (other than the police) is responsible for detecting violations. It is not just one authority which is in charge of the entire public administration; on the contrary, practically all administrative authorities are obliged as part of their ordinary work to supervise whether any violations take place within their individual area. Within the EC field, a substantial part of this function is exercised by the Ministry of Agriculture.

In this respect, administrative authorities are structured in very different ways. Some authorities are organized particularly with a view to detecting violations or have arranged a great part of their organization for this purpose; if so they have special 'organs of investigation'. This applies for instance to the Auditor-General, the National Labour Inspectorate, and the customs authorities. To a considerable extent these institutions function proactively. Where a violation has been detected some of these authorities may themselves finally conclude the matter, for instance by means of an agreed fine; this applies for instance to the customs and tax authorities (Article 124 of the Customs Act and Article 20 of the Tax Control Act, among others). If a case cannot be finally concluded by the authority itself, for instance because the violation is considered so serious that it should result in a custodial penalty or because the accused person refuses to settle with an agreed fine, such authorities

may transfer cases which have been fully or almost fully investigated to the police.

Other administrative institutions carry on their work without giving much thought to the aspect that crimes might occur within the area which it is up to them to handle. This applies for instance to school authorities, the State church, and old age welfare. Should an authority, in one way or another, detect criminal action within its area, it will often feel that the best course of action would be the one adopted by other private persons, namely immediately to report and hand over the case to the police. Considerations regarding the appropriateness of this step will frequently be quite as concrete as where a private person has been the victim of an offence. Once the case is reported to the police it is in all respects handled as a violation within the general or police criminal law.

Finally, there are institutions which do not primarily consider themselves investigating organizations but which are in one or more areas so conscious of the possibility of criminal offences that certain routine working procedures have been evolved for the purpose of preventing or detecting them. Administrative authorities of this type will frequently be fully aware just what material the police need and will therefore collect the material prior to reporting to the police. The authority in question will furthermore often have considered in general terms what cases should result in punishment and what cases should be closed or should merely lead to other sanctions of a public law or civil law nature. As examples, one may mention child-welfare institutions being aware of sexual abuse, and public assistance offices and unemployment offices being aware of fraud.

Where a violation has been established or is suspected the administrative authority which has detected the violation must first decide whether it should or could close the case itself or whether the case should be transferred to the police (see above).

The prosecuting authority has entered into an agreement with the Ministry of Agriculture that EC subsidy cases should be reported to the police and then investigated by them in accordance with the following guidelines. Should the recipient of aid not have been entitled thereto, or only have been entitled to part of the aid, the case must be reported to the police in the following situations:

- (1) if it appears to be an obvious case of fraud;
- (2) if one cannot exclude an intention to commit fraud; and
 - (a) the recipient has previously received subsidies without being entitled thereto, or
 - (b) the conditions which means that the recipient was not entitled to the entire or part of the subsidy presumably existed already at the time the subsidy was granted; or

- (c) the amount unduly received exceeds DKR 20 000 (ECU 2 500); or
- (d) the subsidy unduly received has been paid for more than one year.

(See statement No 2 of 29 January 1991 by the Attorney-General.)

The essential problem is what investigating measures the authorities are authorized to engage in. The provisions on evidence, *editio*, search, taping of telephone conversations, apprehension and custody are general. This means that it makes no difference whether the offence is theoretically categorized as belonging to the general criminal law, the police criminal law or the administrative criminal law. Reviewing the conditions falls outside the scope of this report. Suffice to say that a general principle of proportionality applies which, according to legislation and judicial practice, means that measures of investigation which involve a considerable infringement can be taken only if there is a possibility of imposing a custodial sentence, possibly of substantial duration, as a penalty for the offence. For that reason part of the investigating measures cannot be applied within most of administrative criminal law, since the traditional sanction is merely a fine.

Another limitation upon investigation follows from the right to abstain from self-incrimination. This does, however, lead to complex problems of delimitation within administrative criminal law. A number of administrative institutions may demand that under penalty of the law the party checked shall provide information on his own situation and that of his enterprise and that he shall, likewise under penalty of the law allow the authority to inspect technical book-keeping and other conditions. This authority, which has been given to the National Labour Inspectorate, the customs and tax authorities, the public health authorities, etc., goes far beyond the authority given to the police. So long as there is no reason to assume that anything wrongful has occurred, this gives rise to no basic problems. But under Danish law it is unclear whether the police, having commenced their investigation, can obtain the assistance of an administrative authority for the purpose of gathering information to be used during a criminal action. It is likewise uncertain whether the administrative rights of control are suspended the moment the administrative authority has its suspicion aroused, makes accusations or requests that the party be indicted. It remains a moot point whether Danish practice is compatible with the demand of 'fair trial' of the Human Rights Convention.

See below on agreed fines.

There appears to be no conflict between the European Convention on Human Rights, Article 6, on the one hand, and Danish legislation, judicial and administrative practice, on the other hand. Under Danish law the administrative criminal reaction is practically

always an agreed fine which will be submitted to the ordinary criminal courts if the accused person does not explicitly accept it. If submitted to court, the general rules on protection of the defendant's rights, presumption of innocence and preventive and provisional measures apply, even if action within the area of administrative criminal law is involved. It should be noted in particular that revocation or suspension by the authorities of an authorization to exercise a special business or to continue a financial activity is in general subject to judicial review. Parking levies which are not paid are collected through distraint, which has to be endorsed by the court. In a few limited areas an administrative institution may impose a fine which cannot be reviewed by the courts; this applies for instance to the Board of Auditors, where the chairman, however, is a judge (Article 19 of the Certified Auditors Act (No 56) of 19 January 1989) and the Disclaimer Board where the chairman is a Supreme Court judge (Article 10 of the Press Act; this provision is expected to be repealed during the spring of 1991).

4.2. GROUNDS OF APPEAL

Question (first part): *Is it possible to appeal against a decision by a non-judicial authority to impose an administrative penalty in the criminal, administrative or civil courts?*

There are no special administrative courts in Denmark.

As mentioned above, an administratively imposed criminal penalty is practically always accepted by the accused person himself. Otherwise it cannot be imposed at all.

Should an accused person regret his acceptance within a short period, he will frequently be allowed to withdraw it. As far as taxation is concerned it is a firm practice to allow withdrawal for a period of six months after an agreed fine has been settled (circular of 1 October 1990).

Otherwise special provisions on judicial review will often exist. In the area of customs there is — over and above the criminal provisions applied by the ordinary courts and the provisions on agreed fines which are used by the customs authorities — also a rule regarding the customs authorities imposing a fine. This procedure may be applied against persons serving on board ships in foreign trade and against persons who are not residents of Denmark. In these situations the party in question may demand that the customs authorities submit the case to the courts (Article 124(2) of the Customs Act).

Finally, it follows from Article 63 of the Constitution that the courts have general jurisdiction to review the

limits of administrative authority; the very extensive literature on the subject is not taken up in the present context, but it should be stressed that this review is relevant in relation to the decisions mentioned above regarding the revocation of permits etc.

Question (second part): *If so, what may constitute grounds for an appeal (points of law only or questions of fact also)? What rules of procedure apply and is it possible to appeal against a decision taken by the judicial authority?*

In general, one may say that the reviewing court may rule on questions of fact as well as on points of law. Cases are submitted to the municipal court as a general rule, and the court will rule on both the facts and the law following the general rules on criminal procedure. Since cases regarding administrative criminal law will normally be fairly simple procedures resulting in a fine, proceedings will in most cases take place in the summary fashion prescribed for policy cases.

The basic position of Danish law is that any person indicted has a right to have his case tried by two court instances. In police cases the person indicted may, however, appeal only where the penalty imposed is more than 10 daily fines or a fine of more than DKR 10 000 (ECU 250) or confiscation of objects having a higher value or other consequences of public law (Article 962 of the Administration of Justice Act). It should be noted that Denmark has entered a reservation on Article 2 of the Seventh Protocol to the European Convention on Human Rights.

4.3. PROCEDURES FOR SETTLING OR COMPOUNDING CASES

Question: *Are there procedures for settling or compounding cases? If so, describe the relevant criteria, rules and effects.*

The police have a general competence to settle a case by an agreed fine, in accordance with Article 931 of the Administration of Justice Act which provides: 'Where it is assumed that a violation will not result in a penalty of more than a fine the police chief may, instead of submitting an indictment to the court, indicate to the accused party that the case may be concluded without any legal action if he pleads guilty and is prepared to pay a fine of an amount stated to him within a stipulated term which, upon his request, may be extended'. A similar rule applies to confiscation.

Identical rules apply in relation to the Ministry of Agriculture's administration of the EC market organization (Article 29 of the Act) and to the customs and tax authorities within their respective fields (see above).

In practice the authority sends a letter with a very brief description of the offence and a reference to the provisions which allegedly have been violated. A postal cheque form is enclosed. If the amount is paid the case is closed.

This is not a case of plea-bargaining. Quite the contrary; the authorities endeavour to have the fine correspond precisely to the amount which would be the result of a court decision.

5. Reform of substantive or procedural rules

Question: *Are there any plans at domestic level to reform the substantive or procedural rules for administrative violations?*

In Denmark acts are frequently prepared by a special committee. At any given time a great number of committees work on highly varied questions, including the problems which systematically fall within administrative criminal law. Furthermore, a special standing committee has been established under the Ministry of Justice (The Criminal Law Commission) which takes up most questions within criminal law, including those belonging to administrative criminal law. If this standing committee does not itself draft a

report regarding a contemplated legislative amendment or legislative regulation, it will often be heard on the report of another committee before the minister in question submits his bill to Parliament. The Criminal Law Commission at present has on its agenda the general rules on fines; however, no report on this is expected in the immediate future.

For a long time there has been close cooperation between the Nordic countries in the field of criminal law, among other things through a special Nordic Criminal Law Committee. It is expected to submit a report on international criminal law before long.

On the whole, a number of reports is constantly under way within the system. There is, however, little prospect of thorough or fundamental amendments to the structures and rules which have been outlined above.

6. The system of Community sanctions

Question: *What impact does the system of Community sanctions have on the national system of administrative and criminal sanctions, having regard in particular to: (a) authorities competent to apply Community sanctions such as those in Document XX.B.2(90) D-2112 of 13 June 1993; (b) substantive and procedural rules; (c) the application of general principles such as ne bis in idem, no cumulation of penalties, etc. in cases where the same circumstances give rise to an offence under national law?*

There hardly appears to be any need to introduce new rules etc. for the purpose of handling Community cases properly. The traditional system has been used and gives every appearance of being sufficiently effective and flexible.

The question of penalties imposed by a Community authority and by national authorities respectively hardly occurs. Apparently such a possibility exists only within the law of competition and the law of transport. In theory, one might imagine that a penalty was first applied by a Community authority and that the question of bringing a criminal action before a national Danish court on the same grounds subsequently arose. The courts do not appear to have taken any decision on the issue of any possible special legal effects of such a situation. Already for this reason it remains unclear whether the principles of Danish international criminal law could be applied. (By this it is not implied that EC law is regarded as foreign law, but only that the type of problems encountered is well known in both international and interprovincial criminal law.) If Danish international criminal law were applied, the *ne bis in idem* principle would have only a

limited significance. On the other hand, it is also prescribed that the 'penalty imposed in this country shall be reduced in proportion to the extent to which foreign punishment has been served' (see Article 10b of the Criminal Code). As existing rules in international criminal law cannot be used directly, it will probably often be appropriate to apply the fundamental principles or to apply the rules by way of analogy.

A single act or omission might involve several crimes (*concursum simultaneousum*), with one crime belonging to general or police criminal law and the other to administrative criminal law. If so, it follows from the monistic character of Danish criminal law that the difference in systematic classification is irrelevant. As a main rule, the gravest of the crimes will be decisive in relation to court proceedings as well as to the minimum and maximum penalties. These rules are, however, subject to certain modifications.

If a case had led to an agreed fine in the Ministry of Agriculture for violation of EC rules and it is later found out that there are sufficient grounds for a criminal case for fraud, it is normally possible to start such a case. In this latter case, it must be ensured that the penalties in the two cases are not more severe than they would have been if the two cases had been adjudged as one case.

Finally, one and the same act might involve a crime to be penalized by a Community authority as well as another crime to be penalized by a national authority. If so, the *ne bis in idem* principle will not preclude a Danish criminal action. In this connection, the problem is whether the fact should be taken into account in fixing the penalty. The answer to this question is completely open.

Federal Republic of Germany

The system of administrative and penal sanctions

By
Professor Thomas Weigend
University of Cologne

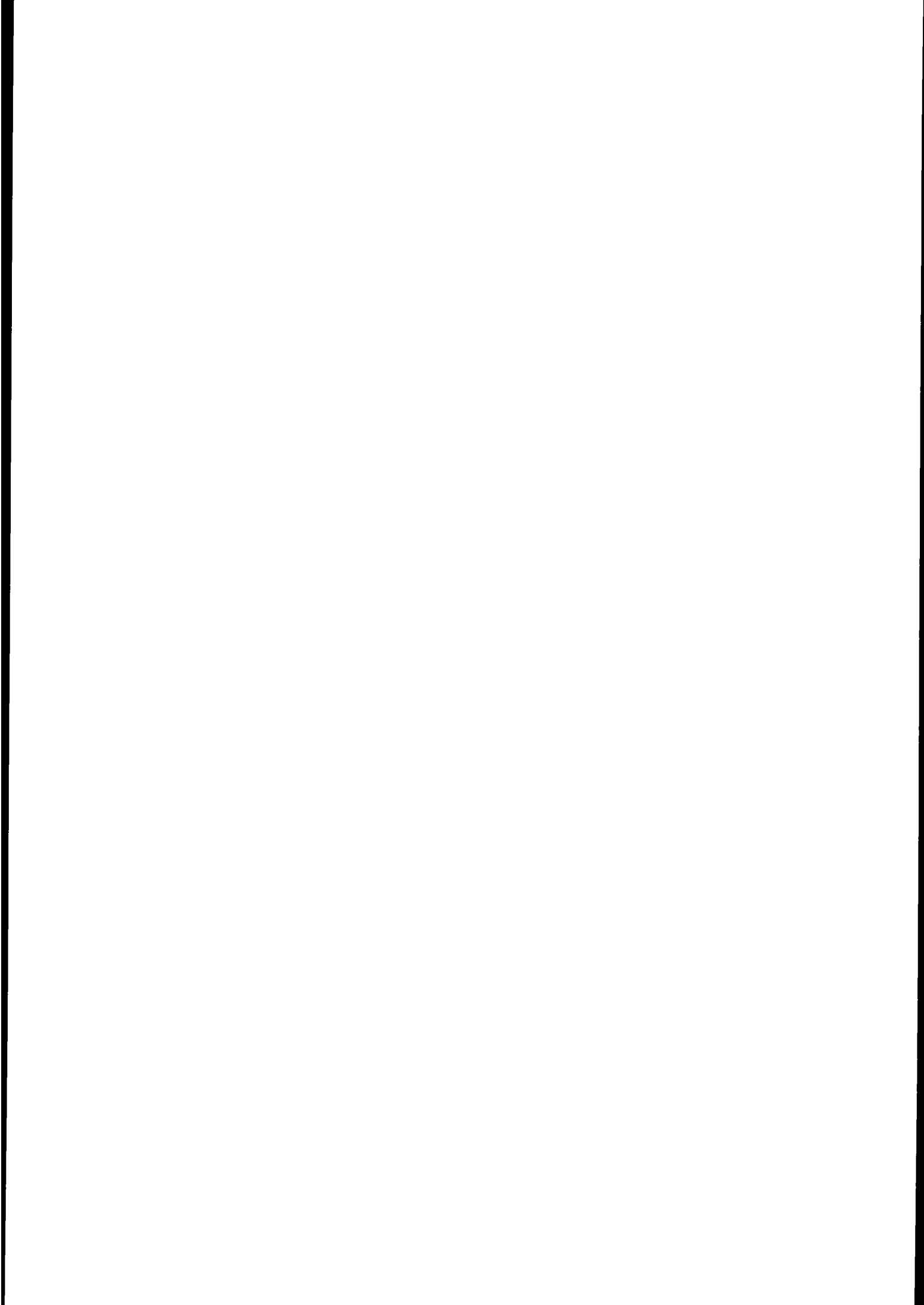
GERMANY

LIST OF ABBREVIATIONS

BGBI	Bundesgesetzblatt
OWiG	Statute of 24 May 1968 'Gesetz über Ordnungswidrigkeiten', amended and repromulgated on 19 February 1987
StGB	'Strafgesetzbuch' of 15 May 1871, amended and repromulgated on 10 March 1987
StPO	'Strafprozeßordnung' of 1 February 1877, amended and repromulgated on 7 April 1987
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
NJW	Neue juristische Wochenschrift
StVO	'Straßenverkehrsordnung' of 16 November 1970 (Traffic Law Ordinance)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
JZ	Juristenzeitung
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
StVG	'Straßenverkehrsgesetz' of 19 December 1952 (Traffic Law Code)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EuGRZ	Europäische Grundrechte — Zeitschrift

Contents

Introduction	95
1. Basic information	96
1.1. Development of 'Ordnungswidrigkeiten' law	96
1.2. Structure of the 'Ordnungswidrigkeitengesetz'	97
1.3. Main areas of application	97
2. Definition of 'Ordnungswidrigkeiten'	98
3. Substantive rules applicable to 'Ordnungswidrigkeiten'	100
3.1. Principle of legality	100
3.2. Abuse of law	100
3.3. Grounds of justification	101
3.4. Intent and negligence	101
3.5. Blameworthiness and excuses	102
3.6. Corporate liability	103
3.7. Complicity	104
3.8. Attempt	104
3.9. Penalties	104
3.10. Determination of penalties	105
3.11. Prescription of prosecution and of execution of sentences	106
3.12. Penalties in cases of more than one 'Ordnungswidrigkeit'	106
3.13. Penalties in cases of simultaneity of criminal offence and 'Ordnungswidrigkeit'	106
4. Procedure	107
4.1. Administrative procedure	107
4.1.1. Investigation	107
4.1.2. Authority to restrict civil liberties	108
4.1.3. Defendant's rights under Article 6 of the European Convention on Human Rights	108
4.1.4. Administrative adjudication of 'Ordnungswidrigkeiten'	109
4.2. Court procedure	109
4.2.1. Appeal against administrative adjudication	109
4.2.2. Administrative review	109
4.2.3. Role of the public prosecutor	110
4.2.4. Jurisdiction	110
4.2.5. Preliminary examination	110
4.2.6. Written procedure	110
4.2.7. Trial of 'Ordnungswidrigkeiten' matters	110
4.2.8. Judgment	111
4.2.9. Appeal against the judgment	111
4.3. Settling 'Ordnungswidrigkeiten' cases	112
4.3.1. General remarks	112
4.3.2. Cautioning	112
4.3.3. Withdrawing an appeal	113
5. Reform plans	114
6. Impact of a system of Community penalties	114
6.1. Legal character of EC penalties	114
6.2. The problem of <i>ne bis in idem</i>	114



Introduction

The law of the Federal Republic of Germany has at least since 1952 made a clear distinction between criminal law *sensu stricto* and administrative penal law. Even though German legal doctrine has never convincingly shown the existence of a substantive difference between criminal offences and mere administrative offences, a separate body of law regulating administrative offences (the German expression 'Ordnungswidrigkeiten' will be used hereinafter) has developed. The first comprehensive Ordnungswidrigkeiten statute was adopted in 1952.¹ That statute as well as the present statute on Ordnungswidrigkeiten² borrow heavily from the Criminal Code³ and the Code of

¹ 'Gesetz über Ordnungswidrigkeiten' of 25 March 1952 (*Bundesgesetzblatt* (hereinafter cited: BGBl) I 177).

² 'Gesetz über Ordnungswidrigkeiten' of 24 May 1968, amended and repromulgated on 19 February 1987 (BGBl I 602). In this report, the German abbreviation 'OWiG' will be used for this statute.

³ 'Strafgesetzbuch' of 15 May 1871, amended and repromulgated on 10 March 1987 (BGBl I 945) (hereinafter cited: StGB).

Criminal Procedure⁴ in so far as the general part of the substantive law and the judicial process are concerned; but it differs significantly with respect to penalties and to preliminary procedure.

Ordnungswidrigkeiten law and procedure are of enormous practical relevance because the great majority of road traffic offences are Ordnungswidrigkeiten. It is probably fair to say that the concept of Ordnungswidrigkeiten as it has been applied in Germany has stood the test of the first 40 years: it permits administrative agencies to handle minor offences efficiently while giving citizens reasonably extensive judicial protection against unjustified penalties. This practical success is in contrast with a remarkable theoretical deficiency. It is difficult to find a jurisprudential basis for the *quid pro quo* typical of Ordnungswidrigkeiten law: a reduction of penalties (as compared with those available in criminal law) is linked to a streamlined process with diminished rights of the defendant.

⁴ 'Strafprozeßordnung' of 1 February 1877, amended and repromulgated on 7 April 1987 (BGBl I 1074) (hereinafter cited: StPO).

1. Basic information

1.1. DEVELOPMENT OF 'ORDNUNGSWIDRIGKEITEN' LAW

Ordnungswidrigkeiten law has deep historical roots. As early as the 16th century, certain offences were not proscribed by the criminal codes of that time (e.g. *Constitutio Criminalis Carolina* of 1532) but by police codes of imperial, territorial or local application. The Imperial Police Codes of the 16th century contained mainly offences against communal and social interests, in particular breaches of trade and business regulations and of public morals.⁵ Territorial police codes of the 17th and 18th centuries reflected the comprehensive regulatory interest of the absolutist monarchy which sought to control and regulate most aspects of civil life, using criminal codes and police codes as complementary instruments to this effect.⁶

The former police codes already shared the basic idea with modern Ordnungswidrigkeiten law. They provided for relatively mild penalties (fines, short-term detention, corporal punishment) to be imposed by administrative agencies, typically by the head of the local administration. In the 19th century, this concept was criticized as a violation of the separation of powers doctrine: the imposition of punishment was now regarded as a task of the independent courts, not of the local police. Moreover, when it became necessary to draft a new criminal code for Prussia, and later for the German empire, it turned out to be impossible to determine a conceptually clear dividing line between 'genuine' criminal offences and mere police offences.⁷ These problems led to the decision to abandon the idea of drafting a police code for the new German empire. Many of the police offences were incorporated in the new Criminal Code (of 1871) and formed a special category of 'minor offences' ('Übertretungen'). Minor offences were to be punished by fines or imprisonment of six weeks or less.

With respect to procedure, the Imperial Code of Criminal Procedure left intact State regulations granting the police the authority to punish summarily minor offences by fine or detention of up to 14 days. However, the affected citizen had the right to bring an appeal to the criminal court (sec. 453 *et seq.* StPO 1877).⁸

The Imperial Criminal Code of 1871 was meant to be a complete register of all criminal offences, from

murder down to such mundane matters as feeding another person's animals against the will of the owner (§ 370 No 6 StGB 1871). But it took only a few decades to realize that the ideal of completeness could not be maintained. With the expansion of State intervention into economic matters and the need to regulate road traffic, it became necessary to provide penalties for breaches of the new regulations concerning these matters outside the criminal code. At about the same time, theorists argued in favour of having a separate body of law dealing exclusively with instances of mere disobedience to State regulations, as opposed to criminal offences violating individual legal interests.⁹

The theoretical distinction suggested by these authors did not at first persuade the German legislature. During the first half of the 20th century, a host of new criminal, 'regulatory' offences were created, mostly in special statutes rather than in the Criminal Code; but these new offences did not differ in kind from the more traditional crimes. A parking offence, though punished less severely, was thus regarded as 'criminal' in the same way as a robbery. It was quite evident that the expansion of economic and traffic regulations led to an undesirable inflation of criminal law.

In 1949, a statute on economic offences introduced, for the first time, the concept of administrative offences (Ordnungswidrigkeiten).¹⁰ These offences, which were regarded as ethically neutral, did not carry sentences of imprisonment but could only be sanctioned by administrative fines ('Geldbuße'). Since the opprobrium of criminal punishment was lacking, the separation of powers doctrine did not stand in the way of granting administrative authorities the power to impose such fines; the defendant retained the right, however, to appeal to the criminal court of first instance.

This new concept appeared to be a practical solution to the mass phenomenon of administrative offences even in areas other than economic regulation. In 1952, the legislature passed the first general statute on Ordnungswidrigkeiten,¹¹ which contained a rudimentary general part as well as rules on administrative and court procedure in Ordnungswidrigkeiten matters. The first years of applying the new law suggested some simplifications of procedure; besides, the general part needed adaptation to a reformulation of the general part of the Criminal Code achieved in the 1960s. Therefore, in 1968, a new statute on Ordnungswidrigkeiten was passed¹² which retained the general

⁵ See Mattes, H. *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Vol. I, 1977, pp. 50-57.

⁶ See Mattes, H., *op. cit.*, pp. 60-92; Schmelzeisen, G. K., 'Polizeiordnungen', in *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Vol. III, 1984, col. 1803; Drews, B., Wacke, G., Vogel, K. and Martens, W., *Gefahrenabwehr*, 9th ed., 1986, pp. 2-6.

⁷ See *Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen*, 1870, p. 87.

⁸ For details, see Bohnert, J., in Boujong, K. (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 1989 (hereinafter cited: KK), 'Einleitung' notes 6-10.

⁹ The most influential statement was by Goldschmidt, J. *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; see also Wolf, E. 'Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem', *Festgabe für R. v. Frank*, Vol. II, 1930, p. 516.

¹⁰ See § 6 'Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts' (*Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets 1949*, p. 193).

¹¹ See note 1, *supra*.

¹² See note 2, *supra*.

structure of the 1952 codification but adapted it to the new circumstances. Finally, in 1975, the category of criminal minor offences was abolished; many of them were transformed into Ordnungswidrigkeiten.

1.2. STRUCTURE OF THE 'ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ'

The Ordnungswidrigkeitengesetz of 1986 contains general provisions applicable to all Ordnungswidrigkeiten. While §§ 111-130 OWiG describe the elements of a number of Ordnungswidrigkeiten, the great majority of administrative offences are scattered over a vast number of federal, State and local statutes and ordinances¹³ dealing with all kinds of subjects. Prosecution and punishment of all these administrative offences must follow the rules laid down in the Ordnungswidrigkeitengesetz (§ 2 OWiG).

The Ordnungswidrigkeitengesetz begins with a general part; § 1 attempts to give a general definition of Ordnungswidrigkeiten, and § 3 states the principle of legality. The following sections (§§ 4-7) deal with temporal and jurisdictional prerequisites of applying Ordnungswidrigkeiten law; §§ 8-16 OWiG replicate, with minor semantic differences, the general rules of the Criminal Code with respect to, *inter alia*, acts and omissions, intention and negligence, mistakes, attempts, self-defence and the defence of necessity. One major deviation from the law of criminal complicity is reflected in § 14 OWiG: Ordnungswidrigkeiten law makes no distinction between perpetrators and accessories.

The following chapter of the OWiG (§§ 17-30) deals with penalties. The main sanction of Ordnungswidrigkeiten law is the administrative fine ('Geldbuße'), which is augmented by other economic penalties, e.g. forfeiture and confiscation, designed to deprive the offender of illicit gains.

Procedure in Ordnungswidrigkeiten matters is the subject of the second part of the statute; §§ 35-66

¹³ The German federal legislature ('Bund') is competent to legislate in Ordnungswidrigkeiten matters which are subsumed under 'criminal matters' mentioned in Article 74, No 1, 'Grundgesetz'. The Ordnungswidrigkeitengesetz is therefore a federal statute. Yet States and communities have the right to create Ordnungswidrigkeiten in those areas which are generally left to their legislative competence.

OWiG deal with administrative proceedings, whereas §§ 67-88 OWiG describe rules for court proceedings (jurisdiction of the court requires an appeal — 'Einspruch' — of the defendant against the imposition of an administrative penalty). The last chapters of this part concern matters of execution of decisions as well as costs.

Finally, §§ 111-130 OWiG describe the elements of some particular Ordnungswidrigkeiten — many of which had formerly been part of the Criminal Code.

1.3. MAIN AREAS OF APPLICATION

The area of application of Ordnungswidrigkeiten law is co-extensive with the area of administrative activity, which means that it is practically ubiquitous. The great majority of administrative fines are imposed in road traffic matters: § 49 'Straßenverkehrsordnung' (Road Traffic Regulation)¹⁴ contains a list of 50 Ordnungswidrigkeiten which cover just about every conceivable breach of road traffic law, some of which are committed several thousand times a day. Another large area of application are 'police offences', i.e. breaches of rules aiming at the maintenance of public order and security. Some of these Ordnungswidrigkeiten are contained in the Ordnungswidrigkeitengesetz, e.g. making excessive noise (§ 117 OWiG), illicit prostitution (§ 120 OWiG), and keeping malicious animals (§ 121 OWiG); many others are listed in State statutes (e.g. Baden-Württemberg State Statute on Ordnungswidrigkeiten)¹⁵ and city ordinances. Finally, Ordnungswidrigkeiten abound in the field of economic and environmental regulation, ranging from maintaining a campsite without the required number of toilet facilities¹⁶ to participating in an antitrust conspiracy.¹⁷ There is hardly a statute or ordinance in economic, business or environmental matters which does not list, usually in a separate paragraph at the end of the statute, prohibited activities and omissions, declaring them to be Ordnungswidrigkeiten.

¹⁴ 'Straßenverkehrsordnung' (hereinafter cited: StVO) of 16 November 1970 (BGBl I 1565).

¹⁵ 'Landesgesetz über Ordnungswidrigkeiten' of 8 February 1978 (*Gesetzblatt Baden-Württemberg* 102).

¹⁶ See §§ 8, 12, 15 'Verordnung über Camping- und Wochenendplätze (Nordrhein-Westfalen)' of 10 November 1982 (*Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen* 731).

¹⁷ See §§ 1, 38 No 1 'Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' of 24 September 1980 (BGBl I 1761).

2. Definition of 'Ordnungswidrigkeiten'

In spite of the large number of legal provisions on Ordnungswidrigkeiten, it has been extremely difficult to describe the essence of an Ordnungswidrigkeiten in the abstract. Early writers have attempted to define a substantive distinction between criminal offences and Ordnungswidrigkeiten; they emphasize the fact that Ordnungswidrigkeiten imply mere disobedience rather than a violation of a specific legal interest; or mere endangerment rather than actual harm; or ethically neutral rather than morally reprehensible conduct.¹⁸ But in view of the expansion of Ordnungswidrigkeiten law as well as of regular criminal law during the last four decades, each of these distinctions can easily be refuted. There are Ordnungswidrigkeiten directed against individual legal interests,¹⁹ and there are many criminal offences requiring only the creation of a risk for a non-individual interest.²⁰ It can hardly be said, moreover, that Ordnungswidrigkeiten are morally neutral, because the State would have no authority to impose penalties if they were; human conduct can be prohibited only to the extent that it unjustifiably harms or endangers other interests.²¹

It follows that Ordnungswidrigkeiten statutes describe reprehensible conduct disturbing or endangering important social interests. Since that definition also covers criminal offences there is no essential, inherent difference between criminal offences and Ordnungswidrigkeiten — at least prior to legislative determination.²²

This leads to the question whether the legislature is free to label socially dangerous or harmful conduct as either criminal or ordnungswidrig. Since there is no element a priori distinguishing these two categories from one another, labelling seems indeed to be a matter of legislative discretion. Yet the Federal Constitutional Court has emphasized that Parliament's discretion in this respect is not unlimited: while there is no substantive difference between criminal acts and mere Ordnungswidrigkeiten, there certainly exists a difference as to the *quantity* of the risk or harm done to protected legal interests. This difference is reflected

¹⁸ These criteria were suggested by authors such as Goldschmidt, J., Wolf, E. and Schmidt, E. For discussions of their theories, see Mattes, H. (note 5), pp. 132-178; Bohnert, J. in KK (note 8 *supra*), 'Einleitung', notes 55-76, with further references.

¹⁹ Making excessive noise is an Ordnungswidrigkeit if it creates a risk to the health of another individual (§ 117 OWiG); it is an administrative violation to conduct oneself in road traffic such as to harm, endanger or inconvenience another individual (§§ 1 sec. 2, 49 sec. 1 No 1 StVO (see note 14)).

²⁰ See, for example, § 264 StGB (creating risk of unauthorized payment of State subsidies); § 326 StGB (unlawfully depositing potentially dangerous waste).

²¹ This is a consequence of the comprehensive guarantee of human freedom of action in Art. 2 sec. 1 'Grundgesetz'. See also Jescheck, H.-H. *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 4th ed., 1988, p. 52.

²² Accord, in the context of anti-trust Ordnungswidrigkeiten, Tiedemann, K. in Immenga/Mestmäcker, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungne*, Kommentar, 1981, vor § 38, notes 8, 9.

in the distinction between criminal punishment and Ordnungswidrigkeiten penalties: while the former carry a certain amount of moral opprobrium, the latter are morally neutral — though serious — admonitions. And since the authority to express the grave moral condemnation involved in criminal punishment has, by tradition, been reserved to the courts, the argument continues, the legislature must not arbitrarily turn core criminal activity into mere Ordnungswidrigkeiten to be sanctioned by administrative agencies.²³ Conversely, one would assume that the legislature is precluded from labelling parking violations, for instance, as criminal offences, because this, too, would disregard the quantitative distinction between crimes and Ordnungswidrigkeiten.

This rather complicated argument relies on a distinction not between the acts (or omissions) under consideration but between the official reactions to them: it is the criminal penalty (with its aspect of moral indignation) which characterizes the criminal offence, and it is the morally neutral administrative fine which characterizes the Ordnungswidrigkeit.

This has, indeed, become the legislative concept. For instance, § 1 OWiG defines an Ordnungswidrigkeit as an unlawful and blameworthy act fulfilling the elements of a legal provision which permits the imposition of an administrative fine ('Geldbuße'). It is thus the legislative determination of the permissible sanction, not any characteristic of the prohibited act, which is the distinctive element of an Ordnungswidrigkeit.

Administrative fines, however, in many ways resemble criminal fines (as provided for in §§ 40-43 StGB). The Ordnungswidrigkeitengesetz determines that the amount of an administrative fine shall be fixed between DM 5 and DM 1 000 (§ 17 sec. 1 OWiG); yet that upper limit is not binding upon legislatures, and statutory law permits fines of up to DM 2 million.²⁴ There is a technical difference between criminal and administrative fines: whereas the latter are fixed as lump-sum payments, the former are determined as daily fines according to the income of the individual offender.²⁵ Yet in practice it makes little difference to the offender whether he has to pay 20 criminal daily fines of DM 50 or one administrative fine of DM 1 000. It is thus only the intangible 'socio-ethical judgment of condemnation' ('sozialethisches Unwer-

²³ 'Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts' (hereinafter cited: BVerfGE) 22, 49, 80 (1967); BVerfGE 27, 18, 33 (1969). Most commentators agree with the distinction proposed by the Federal Constitutional Court; see, for example, Göhler, E. *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 9th ed., 1989, vor § 1 note 7, 8; Rebmann, K., Roth, W. and Herrmann, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2nd ed., 1990, vor § 1 note 9-11; but see the critical assessment by Bohnert, J. in KK (note 8 *supra*), 'Einleitung' notes 99-111.

²⁴ See § 33 sec. 2 'Denkmalschutz- und -pflegegesetz Rheinland-Pfalz' of 23 March 1978 (*Gesetz- und Verordnungsblatt* 159).

²⁵ The offender's economic situation is also to be taken into account in setting the amount of an administrative fine except when the penalty is for a minor Ordnungswidrigkeiten (§ 17 sec. 3 OWiG).

turteil') which distinguishes the criminal fine from the administrative fine.

It is worth noting, however, that the penalties of Ordnungswidrigkeiten law are exclusively economic sanctions. An Ordnungswidrigkeiten offender can be imprisoned only if he fails to pay the administrative fine imposed on him although he is financially able to

pay. Imprisonment in this case can last up to six weeks; it does not replace the defaulting offender's duty to pay but is regarded as the ultimate means of enforcement (§ 96 OWiG). Ordnungswidrigkeiten can, in sum, be characterized as offences of lesser seriousness which can be punished by administrative fines and are adjudicated in a special administrative procedure.

3. Substantive rules applicable to 'Ordnungswidrigkeiten'

3.1. PRINCIPLE OF LEGALITY

According to Art. 103 sec. 2 'Grundgesetz', an act can be punished only if its punishability was determined by a statute before the act was committed. German doctrine derives from this statement several basic principles of criminal law: the requirement of a statutory proscription; the requirement of preciseness; the prohibition of extending criminal proscriptions by way of analogy; and the prohibition of retroactive legislation in criminal matters.²⁶

These principles apply to Ordnungswidrigkeiten law as well. Although Art. 103 sec. 2 'Grundgesetz' mentions only 'punishment' and 'punishability', its rule has been extended to all instances of reprobative State reactions to unlawful conduct, including Ordnungswidrigkeiten.²⁷ In addition to this constitutional guarantee of the principle of legality, § 3 OWiG specifically states that an act can be punished as an Ordnungswidrigkeit only if the possibility of imposing a penalty was determined by statute before the act was committed.

Of the four prongs of the legality principle, only two require some explanation in the specific Ordnungswidrigkeiten context: the requirement of a statute and the requirement of preciseness (prohibition of vagueness). With respect to the former, § 3 OWiG does not require an act of parliament ('Bundestag'); any written provision of general application promulgated by a duly authorized legislative body is sufficient. Ordnungswidrigkeiten can hence be created by federal or State statutes ('Gesetze') as well as by executive regulations based on statutory authorization ('Rechtsverordnungen') or by acts of a city council or similar local authority ('Satzungen') within its competence.²⁸

Frequently, Ordnungswidrigkeiten are not described completely and independently in one legal norm; rather, the Ordnungswidrigkeit provision only states the fact that the violation of another provision constitutes an Ordnungswidrigkeit and refers to that latter provision for the particular elements of the Ordnungswidrigkeit (so-called 'blanket norms'). This legislative technique is generally permissible to the extent that the provision referred to is again a statute.²⁹ But the separation of powers doctrine precludes the legislature from completely delegating the task of fashioning Ordnungswidrigkeiten to executive rule-making.³⁰

The constitutional requirement that statutory law should 'determine' punishability is generally inter-

preted as meaning that the elements of the offence as well as possible penalties must be described with sufficient precision: neither must the citizen be left to guess — at his peril — at the meaning of the prohibition nor must the legislature leave to the discretion of law enforcement personnel the determination of what is and what is not criminally prohibited. But the requirement of clarity and preciseness must not be overdrawn. In the light of the multitude of possible situations, the legislature must be permitted to use general expressions rather than casuistic descriptions.³¹ Some writers argue that a lesser amount of precision is required in the area of Ordnungswidrigkeiten because of the lesser severity of penalties.³² But there is no rational link between the need for a clear delineation of the prohibited conduct and the quantum of punishment; hence the same standards should govern criminal offences and Ordnungswidrigkeiten.³³

The requirement of precision also applies to the consequences of an offence. It is thus generally acknowledged that it would not be permissible for a legislature to leave the amount of the fine completely to the discretion of a court or an administrative agency.³⁴ Yet, as mentioned above, there are statutes providing a sentencing frame between a minimum administrative fine of DM 5 and a maximum of DM 1 million³⁵ or even DM 2 million³⁶ — this comes dangerously close to a (legislatively) indeterminate sentence.

3.2. ABUSE OF LAW

It follows from the principle of legality that Ordnungswidrigkeiten provisions must not be stretched beyond the generally accepted meaning of their words. The prohibition of an extension of criminal or Ordnungswidrigkeiten proscriptions by analogy stands in the way of most attempts to reach cases of abuse or evasion of a statutory provision. Thus, in a recent decision, the Federal Constitutional Court declared it impermissible under Art. 103 sec. 2 'Grundgesetz' to impose an administrative fine on an honorary election officer who had to be dismissed from office because he wore a badge bearing a political message in the polling station — the relevant provision stated

²⁶ For details, see Jescheck, H.-H. (note 21), pp. 113-126.

²⁷ See BVerfGE 26, 186, 203 (1969); BVerfGE 71, 108, 114 (1985); Rogall, K. in KK (note 8), § 3 note 2.

²⁸ See Rogall, K., in KK (note 23), § 1 note 7.

²⁹ BVerfGE 75, 329, 342 (1987); see also Tiedemann, K. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 239-280.

³⁰ BVerfGE 14, 245, 252 (1962); BVerfGE 23, 265, 269 (1968).

³¹ BVerfGE 71, 108, 115 (1985). The Federal Constitutional Court found, for example, sufficiently precise §§ 1 sec. 2, 49 No 1 Straßenverkehrsordnung (see note 14), defining as an Ordnungswidrigkeit 'to harm, endanger, or inconvenience another more than unavoidable under the circumstances'; BVerfGE, *Neue juristische Wochenschrift* (hereinafter cited: NJW) 1969, p. 1164.

³² See Göhler, E. (note 23), § 3 note 5; Rebmann et al. (note 23), § 3 note 4.

³³ See Rogall, in KK (note 8), § 3 note 34.

³⁴ See Rogall, in KK (note 8), § 3 note 37 with further references.

³⁵ For example, § 130 OWiG (neglect of duty to supervise employees).

³⁶ See note 24.

that it was ordnungswidrig to 'decline to serve' or to 'evade service' as an honorary election officer.³⁷

Since only conduct expressly covered by the text of a statutory provision can be punished, it is left to the skill of the legislature to foresee and forestall possible evasions of the law's purpose. One possible means to do so is to use general terms rather than specific descriptions — to the extent that this is permissible under the requirement of precision.³⁸ Another possibility is to define what is meant by 'abuse' in a specific context and to except abusive conduct from the general scope of a statute. This approach has been attempted, for example, in a German statute on abusive acquisition of State subsidies;³⁹ § 4 sec. of that statute precludes the granting of a State subsidy whenever an act or a legal transaction inconsistent with the purpose of the subsidy has been conducted, and in particular whenever the requirements for obtaining the subsidy have been 'artificially created'. A petitioner who commits an abuse thus defined is ineligible for receiving a subsidy and can be punished under a statute proscribing acquisition by fraud (§ 264 StGB).

3.3. GROUNDS OF JUSTIFICATION

The Ordnungswidrigkeitengesetz recognizes only two grounds of justification, namely self-defence (including defence of others) (§ 15 OWiG) and justifying necessity ('choice of evils'; § 16 OWiG). Both provisions have been copied almost verbatim from the respective provisions of the Criminal Code (§§ 32, 34 StGB).

Self-defence is defined as the defence necessary to avert an unlawful attack from the actor or from another person (§ 15 sec. 2 OWiG). Self-defence is justified only to the extent that the defensive action is directed against the aggressor. Since Ordnungswidrigkeiten law primarily protects supra-individual legal interests, self-defence plays only a minor role in Ordnungswidrigkeiten matters; it can gain relevance only in those rare cases where an Ordnungswidrigkeit norm protects individual interests.⁴⁰

According to § 16 OWiG, a person committing an Ordnungswidrigkeit is justified if he acts in a present danger for a legal interest and if the commission of the Ordnungswidrigkeit was necessary to avert a significantly greater harm. This provision is of some practical significance, in particular in the area of road traffic offences. Drivers frequently attempt to justify illicit conduct (driving at an excessive speed, driving

through red lights) by citing important interests which they allegedly attempted to save by driving in disregard of traffic rules.⁴¹ Such claims rarely succeed. Justification requires not only that the conduct in question actually and significantly furthers a more important interest (which speeding or driving through red lights seldom do) but also that the conduct is an 'appropriate means' to the end sought — which is not the case when the law indicates that certain end must be sought only by particular means.⁴²

Other, non-statutory grounds of justification rarely apply in Ordnungswidrigkeiten law. Consent of the victim is regarded as an unwritten cause for negating the wrongfulness of generally proscribed conduct, but consent can play a role only in those rare cases where Ordnungswidrigkeiten provisions protect exclusively individual interests. In other instances, the person immediately affected has no legal authority to dispose of the social interest involved by giving his consent.⁴³

3.4. INTENT AND NEGLIGENCE

In Ordnungswidrigkeiten law (as well as in criminal law), liability for merely negligent conduct is regarded as an exception. According to § 10 OWiG, only intentional conduct can be penalized unless the relevant statute expressly extends liability to instances of negligence. In fact, however, Ordnungswidrigkeiten provisions almost invariably begin with the words 'whoever intentionally or negligently...'. The legislative purpose of § 10 OWiG, which is to make legislatures think twice before extending Ordnungswidrigkeiten liability to merely negligent conduct, has not been achieved⁴⁴ — repressive control in the Ordnungswidrigkeiten area is even more extensive than in the core criminal law, where fairly important legal interests (e.g. personal freedom, personal property) are protected only against wilful interference. This discrepancy may have to do with the roots of Ordnungswidrigkeiten law in ancient police law, where the objective violation of order and security, not the offender's intentional violation of the law, led to official inter-

³⁷ BVerfGE 71, 108 (1985).

³⁸ See Tiedemann, K. 'Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft', NJW 1990, pp. 2226, 2230-31.

³⁹ 'Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen' of 29 July 1976 (BGBl I 2037).

⁴⁰ See Rengier, R. in KK (note 8 *supra*), § 15 note 19, cites the case of a defensive action against an aggressor which creates a risk to the aggressor's security in road traffic (§ 1 sec. 2 StVO; see note 19).

⁴¹ In a recent case, a driver cited for speeding claimed (unsuccessfully) that he acted with justifying necessity because his pet bird was seriously ill and had to be rushed to a veterinarian; OLG Düsseldorf, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (hereinafter cited: NSTZ) 1990, p. 396; see generally Rengier, in KK (note 8 *supra*), § 16 note 3; Jagusch, H. and Hentschel, P., *Straßenverkehrsrecht*, 31st ed., 1991, 'Einleitung' note 118.

⁴² For this reason, breaches of economic or environmental regulations can rarely be justified by the offender's interest in securing (continuous) employment for himself or others — the State, in establishing certain restrictions on businesses, has taken into account the risk that these restrictions may cause some unemployment. See Rengier, in KK (note 8), § 16 notes 42, 43 with references.

⁴³ See Rengier, in KK (note 8), vor §§ 15, 16, note 10; Jagusch and Hentschel (note 41), 'Einleitung' note 125.

⁴⁴ See Rengier, in KK (note 8), § 10 note 1.

vention. Even today, legislatures may regard negligence liability as the most sweeping (and thus the most effective) protection of administrative interests.⁴⁵

In theory, negligence liability requires proof that the offender violated the applicable (written or unwritten) rules of diligence although he could have complied with them, given his individual intelligence and abilities.⁴⁶ In the practical application of Ordnungswidrigkeiten law, negligence is often inferred simply from an objective breach of the law. Even when the defendant claims that he was unable to comply with a duty of care in the concrete situation (e.g. because he was tired or sick or lacked relevant information), he is treated as negligent for even entering into the potentially dangerous situation.⁴⁷

Although most Ordnungswidrigkeiten provisions cover intentional as well as negligent conduct, it is necessary to distinguish between these two situations because penalties for intentional conduct can be twice as severe as for negligent conduct (§ 17 sec. 2 OWiG). The concept of intent is generally quite broad in German law: even an offender who only foresees and accepts the risk of fulfilling the elements of an offence is deemed to act intentionally (*dolus eventualis*).⁴⁸

If an actor is mistaken as to the existence of a component of the offence, he does not act intentionally. This logical conclusion from the definition of 'intent' has been codified in § 11 sec. 1 OWiG. The term 'mistake' includes the situation of ignorance; it does not require a positive misconception. In order to preclude liability for intentional conduct, a mistake need to be 'reasonable'; yet harbouring (and failing to correct) a misconception as to a material element of an Ordnungswidrigkeit can in itself be negligent. Since most Ordnungswidrigkeiten can be committed negligently, a mistake of fact thus frequently fails to release the actor from Ordnungswidrigkeit liability but only leads to an exchange of one label (intent) for another (negligence).⁴⁹

Many statutory descriptions of Ordnungswidrigkeiten contain legal terms or terms which are not merely descriptive (so-called 'normative elements'), e.g. 'without permission', 'unreasonably', 'unauthorized'. German academic writers are divided on the question as to what extent mistakes about these elements can

be characterized as mistakes of fact.⁵⁰ There is little doubt that a mistake of fact exists when the actor does not know the facts which form the basis of the normative element (e.g. he mistakenly assumes that the competent administrative agency has granted the necessary permit). According to many writers, it may also be regarded as a mistake of fact if the actor fails to understand, in the terms of everyday language, the significance of the legal concept (e.g. he regards a car wreck in his backyard as a toy for his children, not as 'litter' encompassed by a statute on environmental protection).⁵¹ Mere disagreements on statutory interpretation *per se*, however, are not mistakes of fact, even though the term in question forms part of the statutory description of the offence (e.g. the actor defines 'litter' as covering only solid matter and therefore deems a statute against unlawful littering inapplicable to his dumping sulphuric acid into a river).⁵²

3.5. BLAMEWORTHINESS AND EXCUSES

The definition of Ordnungswidrigkeit in § 1 sec. 1 OWiG indicates that individual blameworthiness is an indispensable prerequisite for Ordnungswidrigkeit liability: only reproachable ('vorwerfbare') acts can be Ordnungswidrigkeiten. The authors of the Ordnungswidrigkeitengesetz consciously avoided the term 'culpability' ('Schuld') commonly employed in the criminal law; they thought that this term might be too value-laden, too much reminiscent of moral blame and would therefore not fit into the morally neutral sphere of Ordnungswidrigkeiten.⁵³ Yet there can be no doubt that the substantive requirement of blameworthiness, i.e. the actor's individual ability to avoid the violation, fully applies in Ordnungswidrigkeit law.

Although the offender's blameworthiness must theoretically be proved in each case, it is fair to say that culpability is assumed, as a matter of course, whenever the actor unjustifiably commits a violation. It is thus only the possible grounds of excuse which is of practical significance.

Most of these excuses are identical in criminal law and in Ordnungswidrigkeiten law: infants below 14 years of age are beyond reproach (§ 12 sec. 1 OWiG), and so are mentally disturbed persons who are, because of that disturbance, unable to appreciate the unlawful-

⁴⁵ See Weber, U. 'Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt', Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (hereinafter cited: ZStrW), 92 (1980), pp. 313, 335.

⁴⁶ See generally Jescheck (note 21), pp. 521-522, 531-538.

⁴⁷ So-called 'negligent assumption of risk' ('Übernahmefahrlässigkeit'); see Rengier, in KK (note 8), § 10 notes 24, 25 (citing cases).

⁴⁸ For a comparative study of intent, recklessness and negligence see Weigend, T. 'Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit', ZStrW 93 (1981), p. 657.

⁴⁹ See Göhler (note 23), § 11 note 10; Rebmann et al. (note 23), § 11 note 19.

⁵⁰ See Tiedemann, K. 'Zur legislatorischen Behandlung des Verbotssirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht', ZStrW 81 (1969), p. 896; Schlüchter, E. *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983; Meyer, J. 'Verbotssirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht', *Juristische Schulung* (hereinafter cited: JuS), 1983, p. 513; Tischler, W. *Verbotssirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, 1984; Kuhlen, L. *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1987.

⁵¹ See OLG Schleswig, *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 1986, p. 117.

⁵² For an informative survey see Rengier, in KK (note 8), § 11 notes 12-23.

⁵³ See Rogall, in KK (note 8), § 1 note 8.

ness of their conduct or to obey the commands of the law.⁵⁴ It is an excuse — though not very practical in Ordnungswidrigkeiten law — to a transgression of the limits of self-defence to have acted in fear, fright or confusion (§ 15 sec. 3 OWiG).

The excuse of necessity available in criminal law (§ 35 StGB) is not recognized in Ordnungswidrigkeiten law. The legislature deemed it unnecessary to grant impunity to an actor who commits an offence in order to protect his (or a family member's) life, health or freedom, because these legal interests are almost always more important than the public interests embodied in Ordnungswidrigkeiten statutes, so that the actor would be justified under § 16 OWiG.⁵⁵

The treatment of mistakes of law has been one of the most contentious issues in Ordnungswidrigkeiten law. German law long ago discarded the doctrine *error juris nocet* and instead recognized the relevance of mistakes of law for the culpability of the actor. The issue in Ordnungswidrigkeiten law therefore was not whether to exculpate for unavoidable mistakes of law but whether it was necessary to go further and to equate mistakes of fact and mistakes of law. Some authors favour this approach. Since administrative violations are said to be morally neutral, they claim, the actor cannot infer the wrongfulness of his act from the very nature of the conduct in question, as is the case in the core criminal law.⁵⁶ Axiologically, it should thus make no difference whether the actor fails to grasp a factual element of the Ordnungswidrigkeit or whether he fails to realize the wrongfulness of his conduct.

The authors of the Ordnungswidrigkeitengesetz rejected this argument. They treated mistakes of law in a fashion closely parallel to the Criminal Code (§ 17 StGB) by categorizing (only) the existence of an unavoidable mistake of law as an excuse. § 11 sec. 2 OWiG reads: 'If the actor, in committing the act, is unaware that he is acting unlawfully, in particular because he does not know the existence or the applicability of a legal provision, he cannot be reproached with the act if he was unable to avoid the mistake'.

This definition implies, negatively, that an actor who does not know that his conduct is prohibited nevertheless acts intentionally (if the legislature had deemed otherwise, the situation would be covered by § 11 sec. 1 OWiG). Knowledge of the legal prohibition

is regarded as a prerequisite (only) of blameworthiness, not of intent. On the other hand, if the actor could not possibly have known of the prohibition he cannot be punished, because he was individually unable to conform to the law and is thus beyond reproach.

The practical question, of course, concerns the issue of 'avoidability' — under what circumstances can it be said that the offender's ignorance of the prohibition was invincible? German jurisprudence requires more than a 'reasonable' mistake for exoneration: an actor who operates in an area which, by common knowledge, is State regulated (and just about everything is) must actively gather information, from competent sources, about the relevant law. Only if he has been misled by incorrect information from a generally reliable source will an unavoidable mistake of law be recognized.⁵⁷ Court decisions as well as information given by attorneys and competent administrative agencies *may* be sufficiently reliable—but not under all circumstances.⁵⁸

If the actor has been influenced by a mistake of law deemed avoidable, he remains fully liable for the Ordnungswidrigkeit he commits.⁵⁹

3.6. CORPORATE LIABILITY

In German criminal law, only natural persons can be held criminally liable. German doctrine cites two main reasons for adherence to the maxim *societas delinquere non potest*: (i) legal entities cannot be morally blameworthy, and (ii) they cannot be imprisoned.⁶⁰

Neither of these arguments applies to Ordnungswidrigkeiten law. Responsibility for Ordnungswidrigkeiten does not imply moral blame but requires only that the offender can be reproached with an administrative violation.⁶¹ And Ordnungswidrigkeiten law provides only for economic sanctions which can be directed at corporate entities as well as at individuals. With these impediments removed, much is to be said in favour of corporate liability. While a corporation cannot 'act' in the same way as a natural person, it is often the beneficiary of the illegal acts of its executive organs. Since a legal entity is capable of rational

⁵⁴ Contrary to criminal law (see § 21 StGB), there is no concept of diminished responsibility in Ordnungswidrigkeiten law. The authors of the Ordnungswidrigkeiten law deemed it unnecessary to provide for a reduction of punishment in such cases because a minimum penalty of DM 5 can be imposed in all instances of Ordnungswidrigkeiten (§ 17 sec. 1 OWiG).

⁵⁵ See Rebmann et al. (note 23), § 16 note 5. Rengier, in KK (note 8), vor §§ 15, 16 notes 58, 59, criticizes the legislature's assumption and would recognize an excuse in analogy to § 35 StGB.

⁵⁶ See Lange, R. 'Der Strafgesetzbuch und die Schuldlehre', *Juris-tenzeitung* (hereinafter cited: JZ) 1956, p. 73; Tiedemann (note 29), p. 325 et seq.; Weber (note 45), p. 339.

⁵⁷ 'Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen' (hereinafter cited: BGHSt) 21, 18 (1966); OLG Bremen, NStZ 1981, p. 265.

⁵⁸ For a detailed analysis and numerous references see Rengier, in KK (note 8), § 11 notes 57-96.

⁵⁹ See § 17 sec. 2 StGB which provides for a possible mitigation of punishment in cases of an honest but avoidable mistake of law. There is no parallel provision in Ordnungswidrigkeiten law; the reason is the lack of mandatory minimum sanctions (beyond DM 5) in Ordnungswidrigkeiten law; see note 54.

⁶⁰ See Jescheck (note 21), p. 204.

⁶¹ See Tiedemann, K. 'Die "Bebüßung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität', NJW 1988, pp. 1169, 1172.

decision-making, the deterrent and preventive effects of monetary penalties will normally not be lost on it.⁶²

Nevertheless, the authors of the Ordnungswidrigkeitengesetz have refrained from introducing straightforward corporate liability for Ordnungswidrigkeiten. Rather, they have created two possibilities of making legal and corporate entities vicariously liable for Ordnungswidrigkeiten committed by their executive organs on their behalf.⁶³ While § 29a sec. 1 OWiG provides for the forfeiture of illicit gains derived from the commission of an Ordnungswidrigkeit, § 29a sec. 2 OWiG extends this sentencing option to third parties on behalf of whom the offender had acted and who received the illegal profits. In many instances, this third party is a corporate or legal entity.

More importantly, an administrative fine can be inflicted on a legal or corporate entity if an individual who is (part of) a representative (organ) of that entity committed a criminal offence or an Ordnungswidrigkeit by which a duty of the legal entity was breached or from which the legal entity was to profit (§ 30 sec. A OWiG). In these cases, both the offending individual and the legal entity can be fined independently of each other.⁶⁴ Even if an individual offender cannot be identified or cannot be made responsible, it is possible to hold the legal or corporate entity vicariously liable and fine it accordingly (§ 30 sec. 4 OWiG).⁶⁵

It is worth noting that the kind of Ordnungswidrigkeit liability described here also applies in cases of criminal wrongdoing of the representative of a legal or corporate entity; in this case, the maximum fine which can be imposed on the legal or corporate entity is DM 1 million (§ 30 sec. 2 OWiG).

3.7. COMPLICITY

German criminal law distinguishes between single or joint perpetrators (§ 25 StGB), instigators (§ 26 StGB), and aiders and abettors (§ 27 StGB). Aidors and abettors are to be punished more leniently than perpetrators and instigators (§ 27 sec. 2 StGB).

⁶² See Cramer, P. in KK (note 8), § 30 note 37.

⁶³ But see Tiedemann (note 61), who interprets § 30 OWiG as a codification of corporate entities' immediate responsibility for their organizational faults.

⁶⁴ This can lead to the problem of double punishment in instances where the individual offender holds shares of the corporate entity so that a fine imposed on the corporation diminishes his profits. It is therefore advisable to proceed simultaneously against the individual and the corporation so that the overall consequences for the offending shareholder can be assessed; see Göhler (note 23), § 30 note 29.

⁶⁵ Even if an individual can be made responsible, it often makes sense to fine the corporation as well: since the administrative agency is to take the individual economic situation of the offender into account in determining the amount of the fine (§ 17 sec. 3 OWiG), the fine imposed on the individual offender may be insufficient in the light of the illegal profits transferred to the corporation; see Cramer, in KK (note 8), § 30 note 38.

The need to distinguish between these groups of participants in an offence has led to great doctrinal problems. Since the authors of the Ordnungswidrigkeiten sought to make the law so simple that even administrative employees without legal qualifications are able to apply it, they discarded all distinctions between participants and stated, in § 14 sec. 1 OWiG, that each of several participants in an Ordnungswidrigkeit acts ordnungswidrig. The role each participant plays in committing the offence can be taken into account in determining the amount of the administrative fine.

This courageous attempt at cutting the Gordian knot of complicity has led to new problems. The meaning of the novel term 'participation' ('Beteiligung') is unclear — is it a generic expression for the forms of complicity heretofore recognized in criminal law, or does it comprise even cases of negligent participation? The Federal Court of Appeals has found in favour of the first solution: 'participation' in the sense of § 14 sec. 1 OWiG is structurally equivalent to co-perpetration, instigation, and aiding and abetting, and thus requires an intentional participation in an intentional offence.⁶⁶

3.8. ATTEMPT

The rules on attempt liability in Ordnungswidrigkeiten law (§ 13 OWiG) closely parallel the corresponding provisions of the Criminal Code (§§ 22-24 StGB). A person commits an attempt when he sets out immediately to perpetrate an intentional offence. Attempts can be punished only if the statute in question expressly so provides (which is rarely the case in Ordnungswidrigkeiten matters). An attempt cannot be punished if the actor has voluntarily abandoned it (§ 13 sec. 3 OWiG).

3.9. PENALTIES

As has been mentioned in section 2 above, the main penalty of Ordnungswidrigkeiten law is the administrative fine ('Geldbuße'). Its minimum amount is DM 5, whereas the maximum is to be set by the individual statute describing the elements of an Ordnungswidrigkeit. If the statute is silent on this point, the maximum fine is DM 1 000 (§ 17 sec. 1 OWiG).

One important purpose of administrative fines is to deprive the offender of illicit profits. § 17 sec. 4 OWiG explicitly provides that the amount of the administrative fine shall be higher than the profit derived from the Ordnungswidrigkeit. If necessary for that purpose, administrative fines can be imposed even in excess of

⁶⁶ BGHSt 31, 309. For an extensive discussion see Rengier, in KK (note 8), § 14 notes 4-13.

the statutory maximum.⁶⁷ Computing the exact amount of illicit profits can present difficult problems; as a general rule, only the net profit which is available to the offender at the time of sentencing is to be taken into account.⁶⁸

Ordnungswidrigkeiten law offers two additional devices for the purpose of depriving the offender of illicit gains: confiscation and forfeiture. Objects which were necessary to commit the Ordnungswidrigkeit (e.g. printed matter closely resembling banknotes in the case of § 128 OWiG) or which are products of an Ordnungswidrigkeit (e.g. an affidavit fraudulently obtained) can be confiscated (only) if the statute defining the particular Ordnungswidrigkeit so provides (§ 22 sec. 1 OWiG). In § 22 sec. 2 OWiG further alternative requirements for confiscation are established: the object in question must belong to the offender, must be dangerous to the public, or there must be a danger that the object will be used in the commission of further Ordnungswidrigkeiten or criminal offences. Since confiscation can be a very severe measure, § 24 OWiG refers to the principle of proportionality: confiscation must not be ordered if its effect would be out of proportion to the significance of the offence. If confiscation is permissible (it is never mandatory),⁶⁹ it can be extended to money the offender received for selling the object in question, or which represents the value of an object used up by the offender (§ 25 OWiG). Confiscation can even be ordered if, for factual reasons, an individual offender cannot be prosecuted (§ 27 OWiG).

Forfeiture of profits derived from the commission of an Ordnungswidrigkeit is basically a subsidiary measure. According to § 17 sec. 4 OWiG, illicit gains are to be taken from the offender through setting a commensurate administrative fine. But there are cases in which a fine cannot be imposed although the offender unlawfully committed an Ordnungswidrigkeit — he may have acted without guilt (reproach), or the blame he deserves may be so insignificant that the competent administrative agency finds it unnecessary to impose an administrative fine (see § 47 OWiG). Even in these — albeit rare — cases, § 29a sec. 1 OWiG permits an order of forfeiture concerning the offender's illegal profits.

Forfeiture is of greater practical relevance in those instances where the offender has transferred the profits to another individual or to a legal or corporate entity: as has been mentioned above (3.6), it is possible to declare such profits forfeited even though they are no longer in the possession of the offender (§ 29a

sec. 2 OWiG). This possibility exists even if the offender is not prosecuted for the Ordnungswidrigkeit he allegedly committed (§ 29a sec. 4 OWiG).

A special sanction available in certain serious traffic violations is the suspension of a driving-licence for a period of up to three months.⁷⁰

3.10. DETERMINATION OF PENALTIES

With respect to criminal offences, § 46 sec. 1 StGB declares the offender's blameworthiness to be the basis for determining the sentence; his chances of rehabilitation are to be taken into account. Ordnungswidrigkeiten law differs in various respects from these principles.⁷¹ First, rehabilitation obviously plays no role in Ordnungswidrigkeit sentencing; second, § 17 sec. 3 OWiG mentions the objective significance of the violation, not the offender's individual blameworthiness as the foremost criterion for determining the administrative fine (although the reproach to be directed at the offender follows closely behind);⁷² third, depriving the offender of illicit gains is a declared purpose of the administrative fine (§ 17 sec. 4 OWiG) but has no place in determining criminal punishment.⁷³

The minimum administrative fine is DM 5; the maximum can be as high as DM 2 million.⁷⁴ The significance of the violation is determined, first, by the maximum administrative fine provided for by the relevant statute and, second, by the seriousness of the individual violation as compared with other violations of the same provision.⁷⁵ With respect to degrees of individual responsibility, § 17 sec. 2 OWiG distinguishes between intentional and negligent offences: the maximum sanction for negligent conduct is half the maximum for intentional conduct, unless expressly provided otherwise.

Among particular factors informing the sentencing decision, § 17 sec. 3 OWiG prominently mentions the offender's economic situation. Yet the relevance of that factor is limited, as a rule, to administrative fines of some significance; commentators interpret this provision as excluding the relevance of the offender's income when the fine is less than DM 80.⁷⁶

The need to deter others can be taken into account, but only if individualized factors can be cited demonstrating a special need for obviating the possible imitation of the kind of Ordnungswidrigkeit committed

⁶⁷ This provision is problematic with respect to the constitutional requirement of precision. German commentators claim that the 'amount of the illegal profit' is sufficiently precise and precludes an indeterminate sentence; Steindorf, J. in KK (note 8), § 17 note 140; Göhler, E. (note 23), § 17 note 50.

⁶⁸ OLG Karlsruhe, NJW 1975, p. 793; for details see Steindorf, in KK (note 8), § 17 notes 116-138; Rebmann et al. (note 23), § 17 notes 45-53.

⁶⁹ See Göhler (note 23), vor § 22 note 18.

⁷⁰ See § 25 'Straßenverkehrsgesetz' of 19 December 1952 (BGBl I 897) (hereinafter cited: StVG).

⁷¹ See generally Schall, H. 'Die richterliche Zumessung der Geldbuße bei Verkehrsordnungswidrigkeiten', NStZ 1986, p. 1.

⁷² See Steindorf, in KK (note 8), § 17 note 33.

⁷³ Of course, forfeiture and confiscation are available as ancillary sanctions in criminal law (§§ 73-75 StGB).

⁷⁴ See note 24, and accompanying text.

⁷⁵ See Steindorf, in KK (note 8), § 17 note 36.

⁷⁶ See Steindorf, in KK (note 8), § 17 note 90; Rebmann et al. (note 23), § 17 note 27.

by the offender.⁷⁷ Procedural tactics, in particular a willingness to confess or the defendant's decision to remain silent, should be irrelevant to sentencing — but in practice, the 'reasonableness' of the offender seems to be an important sentencing criterion in criminal as well as in Ordnungswidrigkeiten matters.⁷⁸

In road traffic matters, uniform penalization of routine negligent offences has been achieved by the promulgation of fine schedules ('Bußgeldkataloge'). Such schedules issued by the competent State government organs have been in existence for some time; since 1990, a federal schedule, issued by the Ministry of Traffic, has been in force.⁷⁹ This schedule must be observed not only by administrative agencies but also by courts imposing administrative fines in (serious)⁸⁰ road traffic matters.⁸¹ But its tariffs are generally only presumptive and do not preclude the sentencer from deviating for good cause.⁸²

3.11. PRESCRIPTION OF PROSECUTION AND OF EXECUTION OF SENTENCES

Prescription is generally regarded as a procedural (not a substantive) defence; it leads to a dismissal of the case, not to an acquittal.⁸³ The Ordnungswidrigkeitengesetz — like the Criminal Code — distinguishes between prescription of prosecution and prescription of execution of sentences. The periods of prescription are linked to the maximum fine respectively to the fine imposed. The periods of limitation provided for in the Ordnungswidrigkeiten are dispositive (§ 31 sec. 2 OWiG); for road traffic matters, § 26 sec. 3 StVG establishes a particularly brief period of prescription: road traffic Ordnungswidrigkeiten can no longer be prosecuted when three months have elapsed.⁸⁴ With respect to ordinary Ordnungswidrigkeiten, § 31 sec. 2 OWiG establishes the following periods of limitation: if the maximum fine is DM 30 000 — or more: three years; if the maximum is DM 3 000 to 30 000: two years; if the maximum is DM 1 000 to 3 000: one year; if the maximum is less than DM 1 000: six months. The limitation period can be interrupted by conducting one of a large number of investigatory activities, including judicial interrogation of the suspect (§ 33 OWiG). After each such act, the period of limitation starts anew (§ 33 sec. 3 OWiG).

⁷⁷ See Schall, H. 'Anmerkung', NStZ 1986, p. 464, 466; Steindorf, in KK (note 8), § 17 notes 64, 68-71;

⁷⁸ See Göhler (note 23), § 17 note 26a; Steindorf, in KK (note 8), § 17 notes 64, 68-71; Rebman et al. (note 23), § 17 note 19.

⁷⁹ 'Verordnung über Regelsätze für Geldbußen und über die Anordnung eines Fahrverbots wegen Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr' of 4 July 1989 (BGBl I 1305).

⁸⁰ The schedule concerns only violations sanctioned by administrative fines of DM 80 or above.

⁸¹ See Rebman et al. (note 23), § 17 notes 30, 33; Jagusch and Hentschel (note 41), § 24 StVG note 64.

⁸² See Cramer, P. *Bundeseinheitlicher Bußgeldkatalog, Deutsches Auto-Recht 1988*, pp. 297, 298; Steindorf, in KK (note 8), § 17 note 101; Rebmann et al. (note 23), § 17 note 33.

⁸³ See Göhler (note 23), vor § 31 notes 3, 5.

⁸⁴ The period of prescription is extended to six months after an administrative fine decree (Bußgeldbescheid) has issued.

Execution of an administrative fine is no longer possible after a period of three years if the fine was DM 1 000 or less, and of five years in other cases (§ 34 OWiG).

3.12. PENALTIES IN CASES OF MORE THAN ONE 'ORDNUNGSWIDRIGKEITEN'

With respect to simultaneous sentencing for more than one Ordnungswidrigkeit, the Ordnungswidrigkeitengesetz distinguishes two situations: (1) one act breaches two or more rules (e.g. a driver fails to heed a red light while driving at an excessive speed); (2) several independent acts are to be punished simultaneously (e.g. a driver has disregarded a speed limit on Monday and again on Wednesday). In situation (1), only one administrative fine is imposed; the amount depends upon which of the statutes breached that provides for the highest maximum fine (§ 19 sec. 2 OWiG). In fixing the amount of the administrative fine, the fact that the offender also breached other prohibitions can be taken into account as a sentencing factor.⁸⁵ In situation (2) each offence is sanctioned separately, and the administrative fines incurred are imposed cumulatively (§ 20 OWiG). This solution is more onerous to the offender than the solution of the parallel situation in criminal law (§ 53 StGB provides only for application of the most severe individual sentence) and can lead to hardship, especially in cases of traffic offences sanctioned by suspension of the offender's driving-licence.⁸⁶

3.13. PENALTIES IN CASES OF SIMULTANEITY OF CRIMINAL OFFENCE AND 'ORDNUNGSWIDRIGKEIT'

The same principles as described in section 3.12 above apply to the situation where the commission of and/or conviction for a criminal offence and an Ordnungswidrigkeit coincide.

If the offender commits, by one single act, a criminal offence as well as an Ordnungswidrigkeit (e.g. a speeding driver negligently kills a pedestrian), he will be convicted of and punished for the criminal offence only (§ 23 sec. 1 OWiG). The fact that an Ordnungswidrigkeit was part of the offending conduct will, as a rule, not be taken into account in sentencing. But this is different if the Ordnungswidrigkeiten statute only provides for a special ancillary sanction (e.g. forfeiture); in that case, the court can impose the ancillary sanction.

If two (or more) separate incidents, one fulfilling the elements of a criminal offence, the other being a mere Ordnungswidrigkeit, are combined in one — criminal (§ 40 OWiG) — proceeding, criminal and Ordnungswidrigkeiten sanctions are imposed independently of each other; an administrative fine must be paid on top of any criminal penalty incurred.

⁸⁵ See Bohnert, in KK (note 8), § 19 note 141.

⁸⁶ See Bohnert, in KK (note 8), § 20 note 7.

4. Procedure

Procedure in Ordnungswidrigkeiten matters is divided into two distinct phases: the first phase is an inquisitorial proceeding by an administrative agency leading to a determination that an administrative fine should or should not be imposed; the second phase, initiated by an appeal of the defendant against the imposition of a fine, resembles an ordinary criminal trial, with certain modifications. A further appeal — against the decision of the criminal court — is possible if certain requirements are met. The two phases of the process are linked together by the affected citizen's decision to appeal to the court; they are otherwise independent of each other. In particular, the court does not 'review' the disposition of the administrative agency but engages in independent fact-finding and adjudges the matter without being bound in any way by the administrative agency's decision.

4.1. ADMINISTRATIVE PROCEDURE

4.1.1. Investigation

Jurisdiction to investigate Ordnungswidrigkeiten is decentralized, indeed atomized. As a general rule, a federal, State or local administrative agency in charge of a given matter is also competent to investigate and punish Ordnungswidrigkeiten in its general area of competence. With respect to many practically relevant Ordnungswidrigkeiten, the local police agency has jurisdiction.⁸⁷ The public prosecutor's office, which is in charge of criminal investigations, is not competent to investigate Ordnungswidrigkeiten⁸⁸ except in very few matters assigned to it by statute.⁸⁹ Moreover, the public prosecutor's office can investigate Ordnungswidrigkeiten if they are connected with criminal offences under its investigation (§ 42 OWiG).

In criminal matters, the (executive) police⁹⁰ play a practically dominant role in investigating and securing evidence of possible offences. The same is true, to some extent, in Ordnungswidrigkeiten matters. Accordingly § 53 sec. 1 OWiG authorizes the police to

investigate, at their discretion, Ordnungswidrigkeiten and to take all measures immediately necessary to avoid obscuration of the matter. This means that the police can, if they observe or are alerted to a situation in which an Ordnungswidrigkeit is likely to have been committed, interview witnesses and suspects; especially authorized police officers (i.e. auxiliary officers of the public prosecutor's office) are empowered also to search places and persons, to seize objects and to order bodily examinations (see § 53 sec. 2 OWiG).

If an agency other than a police agency is competent to conduct an Ordnungswidrigkeit investigation, the police are limited to these preliminary measures; the administrative agency in charge can, however, request the police to conduct further investigatory measures on its behalf.⁹¹

With respect to criminal offences, German law still adheres to the rule of mandatory investigation and prosecution (§§ 152 sec. 2, 160 sec. 1 StGB) although that rule has been riddled by a large number of exceptions. By contrast, the principle of expediency governs Ordnungswidrigkeiten law. For instance, § 47 sec. 1 OWiG provides that the prosecution of Ordnungswidrigkeiten lies in the duty-bound discretion of the competent administrative agency. In the second, judicial phase of the process, the discretion to dismiss cases passes over to the court (§ 47 sec. 2 OWiG).

Theoretically, the principle of expediency gives the administrative agency a free hand; it can refrain from even investigating a matter, it can dismiss the case after an investigation, and it can impose an administrative fine. In fact, the discretionary leeway is fairly narrow.⁹² The fact that the legislature has established Ordnungswidrigkeit provisions indicates that these provisions should, as a rule, be enforced. Only if either sufficient evidence against the suspect is lacking or a persuasive reason for non-enforcement exists (e.g. the offence is so trivial as to be negligible) can a discretionary decision not to impose a fine be justified. In all other cases, the purpose of the Ordnungswidrigkeiten statute as well as the principle of equal application of the law lead to a duty to investigate and, if the responsibility of the suspect is established, to impose a penalty.⁹³ It should be noted that an administrative agency's discretionary decision not to investigate or not to impose a penalty cannot be challenged in court (see § 46 sec. 3, third sentence OWiG).

⁸⁷ See § 36 OWiG. State police agencies are competent to investigate road traffic Ordnungswidrigkeiten (§ 26 sec. 1 StVG).

⁸⁸ See Göhler (note 23), § 35 note 2.

⁸⁹ For example, in some States, violations of a prohibition for non-lawyers to act as legal counsel; see Art. 1 § 8 Rechtsberatungsgesetz of 13 December 1935 (*Reichsgesetzblatt I* 1478) in connection with § 11 No 1 'Verordnung der Landesregierung über Zuständigkeiten nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Baden-Württemberg)' of 3 December 1974 (BGBl 524).

⁹⁰ The (executive) police is not identical with the police agency. While the police agency is in most instances a communal administrative agency in charge of taking measures to maintain order and security, the (executive) police is a State-organized force. Its mandate is to take on-the-spot preventive and peace-keeping measures as well as immediate measures to secure evidence of criminal wrongdoing (§ 163 StPO).

⁹¹ See Göhler (note 23), § 53 note 20; Wache, V. in KK (note 8), § 53 note 4.

⁹² For an incisive analysis, see Bohnert, in KK (note 8), 'Einleitung' notes 143-157.

⁹³ Practice in road traffic matters seems to reflect this view; Coeppicus, R. 'Wider das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten', *Deutsche Richterzeitung* (hereinafter cited: DRiZ) 1982, pp. 366, 371.

4.1.2. Authority to restrict civil liberties

In principle, the investigative process in Ordnungswidrigkeiten matters follows the rules applicable to the criminal process (§ 46 sec. 1 OWiG), the competent administrative agency conducting the investigation in the same way as the public prosecutor's office does in criminal matters (§ 46 sec. 2 OWiG). This means that many of the invasions of civil rights authorized in the criminal process are permissible in Ordnungswidrigkeiten cases as well. The administrative agency can thus interrogate suspects and witnesses, can order the search of the person, goods and home of a suspect and, subject to certain restrictions, of a third party (§§ 102-104 StPO), and can seize objects which are to be used as evidence or to be confiscated (§§ 94 sec. 2, 111b StPO). The administrative agency can, moreover, order a suspect or a witness to undergo a bodily examination, to provide a blood sample or to permit other minor bodily intrusions (§ 46 sec. 4 OWiG in connection with § 81a sec. 1 StPO).⁹⁴ For all these measures, judicial authorization is required by law.⁹⁵ Authorization can be dispensed with only if the delay occasioned by applying to a judge would endanger the effectiveness of the measure.⁹⁶

Because of the lesser seriousness of Ordnungswidrigkeiten, and in view of the fact that an Ordnungswidrigkeit offender cannot receive a sentence of imprisonment, the most serious invasions of civil rights permissible in the criminal process are expressly prohibited in Ordnungswidrigkeiten matters. This refers to arrest⁹⁷ and pretrial detention as well as to intrusions into the secrecy of the mail and of telecommunications (§ 46 sec. 3 OWiG).

The Code of Criminal Procedure provides for certain provisional measures which aim at preventing the suspect from committing further offences during the investigation, e.g. a preliminary prohibition to practice one's profession (§ 132a StPO) and a preliminary suspension of a driving-licence (§ 111a StPO). These

⁹⁴ All these measures are, however, limited by the constitutional principle of proportionality. This means that the suspect (and especially a mere witness) can be directed to undergo a bodily examination only in instances of fairly serious Ordnungswidrigkeiten and if there is no less intrusive means of obtaining the information; see Göhler (note 23), § 46 notes 21, 25; Lampe, J. in KK (note 8), § 46 note 31.

⁹⁵ See § 105 sec. 1 StPO (search); § 98 sec. 1 StPO (seizure); §§ 81a sec. 2, 81c sec. 5 StPO (bodily examinations and intrusions); § 46 sec. 5 OWiG (seizure of suspects and witnesses for interrogation).

⁹⁶ This does not apply to the use of force in taking suspects and witnesses into custody for interrogation; judicial authorization is indispensable for this grave measure. It should be noticed that suspects retain the right to remain silent even though they can be forcibly brought before a magistrate or interrogating officer.

⁹⁷ Although the preliminary detention (arrest) of a suspect is precluded, brief detentions are regarded as permissible to the extent that they are necessary, for example, to perform a bodily examination or to determine a suspect's identity; see Göhler (note 23), § 46 notes 14-16; Lampe, in KK (note 8), § 46 notes 22-25.

measures are inapplicable in Ordnungswidrigkeiten law.⁹⁸

4.1.3. Defendant's rights under Article 6 of the European Convention on Human Rights

Opinion has long been divided in Germany on the question whether the guarantees of Article 6 of the European Convention on Human Rights (Art. 6 ECHR) apply to Ordnungswidrigkeiten procedure. Some writers and courts regard the ECHR as generally inapplicable; they argue that Ordnungswidrigkeiten matters cannot be equated with criminal trials because the imposition of an administrative fine does not imply the judgment of moral condemnation characteristic of a criminal conviction.⁹⁹ Others deem Art. 6 ECHR applicable to Ordnungswidrigkeiten proceedings.¹⁰⁰ A third opinion distinguishes between the two phases of the Ordnungswidrigkeiten process: according to this view, Art. 6 ECHR refers to the judicial process only, not to administrative adjudication.¹⁰¹ This intermediate position relies on a restrictive interpretation of the *Öztürk* decision of the European Court on Human Rights¹⁰² which declared that making a convicted Ordnungswidrigkeiten defendant pay the fee of his interpreter violated Art. 6 sec. 3 lit. e ECHR.

The German legislature seems to share that narrow reading of the *Öztürk* decision. In 1989, it passed a law providing for the reimbursement of Ordnungswidrigkeiten interpreter costs in judicial, but not in administrative proceedings.¹⁰³

Apart from the rather marginal issue of interpreter costs, the question of the applicability of Art. 6 ECHR on Ordnungswidrigkeiten law is of little practical relevance because the guarantees of that article are independently recognized by German law for

⁹⁸ See Göhler (note 23), § 46 note 8. There is some disagreement as to whether Ordnungswidrigkeiten suspects can be fingerprinted and photographed (as provided for the criminal process in § 81b StPO); see Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar, 5th ed., 1975, § 46 note 7; Lampe, in KK (note 8), § 46 note 27.

⁹⁹ See Vogler, T. in Golsong et al., *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1986, Art. 6 notes 233-237; Göhler (note 23), § 46 note 10a (citing several lower court decisions); Rebman et al. (note 23), § 46 note 2.

¹⁰⁰ See Schroth, H.-J. 'Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (hereinafter cited: EuGRZ) 1985, p. 557; Kleinknecht, T. and Meyer, K., *Strafprozeßordnung*, 39th ed., 1989, Art. 6 MRK noe 1; Landgericht München, NSTz 1982, p. 124.

¹⁰¹ OLG Celle, NJW 1960, p. 880; Lampe in KK (note 8), § 46 notes 6-9.

¹⁰² *A. Öztürk v Federal Republic of Germany*, 24 February 1984; published in German in EuGRZ 1985, p. 62. No 56 of the decision can indeed be interpreted to the effect that the guarantees of Art. 6 ECHR refer only to the judicial phase. For a different interpretation, see Schroth (note 100), p. 562.

¹⁰³ See Gerichtskostengesetz of 15 December 1975 (BGBl I 3047), Anlage I Nos 1904, 1914, as amended by law of 15 June 1989 (BGBl I 1082).

criminal as well as Ordnungswidrigkeiten proceedings. This is certainly true for the presumption of innocence and the privilege against self-incrimination. Although neither is expressly guaranteed by statute,¹⁰⁴ German jurisprudence regards them as part of the due process ('Rechtsstaat') principle embodied in Art. 20 sec. 3 Grundgesetz.¹⁰⁵ The defendant's right to be informed of the accusation (Art. 6 sec. 3 lit. a ECHR) is guaranteed by § 55 sec. 1 OWiG in conjunction with § 163a sec. 1, 5 StPO. With respect to the possibility of preparing one's defence and to using the services of a defence attorney (Art. 6 sec. 3 lit. b and c ECHR), § 137 sec. 1 StPO permitting the defendant to have the assistance of a defence attorney at all times also applies to Ordnungswidrigkeiten matters.¹⁰⁶ If the case presents factual or legal problems, or if the defendant appears to be unable to conduct his own defence, the administrative agency in charge of the investigation must appoint an attorney for the defendant (§ 60 OWiG in connection with § 140 sec. 2 StPO). The defence attorney has the right to inspect the file prepared by the administrative agency; this right can be exercised, however, only after the defendant has appealed against the administrative fine order (§ 69 sec. 3 OWiG).

The right to confront witnesses (Art. 6 sec. 3 lit. d ECHR) cannot easily be applied to the written procedure which is common in the administrative phase of Ordnungswidrigkeiten proceedings, but that right is fully operational in the judicial phase (§ 46 sec. 1 OWiG in conjunction with § 240 sec. 2 StPO).¹⁰⁷

It can be said, in sum, that the rights and privileges stemming from the fair trial principle embodied in Art. 6 ECHR are generally respected in both phases of the German Ordnungswidrigkeiten process. One possible exception is the right to have an interpreter available free of charge during the administrative phase of the proceedings (Art. 6 sec. lit. e ECHR).

4.1.4. Administrative adjudication of 'Ordnungswidrigkeiten'

If the administrative agency comes to the conclusion that the defendant's conduct requires sanctioning, it issues an administrative fine order ('Bußgeldbescheid'). The order contains a summary description of the offence and the evidence, a citation of the statute authorizing the imposition of an administrative fine, and a determination of the amount to be paid (§ 66

OWiG). The further significance of the administrative fine order depends on the defendant's reaction: if he acquiesces in the disposition, the order becomes legally valid and enforceable; if he files a timely appeal, the order is reduced to an accusatory instrument establishing the identity of the defendant and the date and location of the alleged offence for further determination in a court proceeding.¹⁰⁸ Because of its provisional nature, the administrative fine order need not contain elaborate findings of fact and law (§ 66 sec. 3 OWiG).

4.2. COURT PROCEDURE

4.2.1. Appeal against administrative adjudication

If the defendant wishes to obtain a judicial review of the matter, he must file an appeal ('Einspruch') with the administrative agency within two weeks of receiving the administrative fine order. The appeal must be in writing or, if presented orally or by telephone,¹⁰⁹ must be reduced to writing by the clerk of the agency (§ 67 sec. 1 OWiG). If the order concerns more than one independent offence, the appeal can be confined to one or more of these Ordnungswidrigkeiten (§ 67 sec. 2 OWiG). No reasons need be given for appealing against a 'Bußgeldbescheid'.¹¹⁰

4.2.2. Administrative review

The filing of an appeal should give the administrative agency cause to review the correctness of the disposition.¹¹¹ When doing so, the administrative agency can conduct further investigations and request the defendant to indicate facts and evidence he wishes to introduce in his favour (§ 69 sec. 2 OWiG).¹¹² In this phase of the proceedings, the administrative agency can still withdraw the administrative fine order and dismiss the case, either because the agency is no longer convinced of the defendant's guilt, or for policy reasons (§ 47 OWiG).¹¹³ If the agency wishes to leave the administrative fine order intact (which is usually the case), it turns the matter over to the public prosecutor's office (§ 69 sec. 3 OWiG).

¹⁰⁴ But see §§ 136 sec. 1, 163a sec. 3, 4 StPO (magistrate, public prosecutor and police must inform the defendant of his right to remain silent).

¹⁰⁵ BVerfGE 19, 342, 347 (1965); BVerfGE 38, 105, 113 (1974). See Göhler (note 23), § 46 note 10b; Lampe, in KK (note 8), § 46 note 10.

¹⁰⁶ See Göhler (note 23), § 60 note 2.

¹⁰⁷ The option of replacing the interrogation of a witness by reciting his earlier testimony is available only if the defendant consents (§ 77a sec. 1, 4 OWiG).

¹⁰⁸ See Bohnert, in KK (note 8), § 67 note 6.

¹⁰⁹ See BGHSt 29, 173 (1979).

¹¹⁰ See Göhler (note 23), § 67 note 27.

¹¹¹ See Göhler (note 23), § 69 note 12, speaks of the agency's legal duty to review a matter.

¹¹² This request does, of course, not create any duty on the part of the defendant to cooperate. He must even be informed of his right to remain silent.

¹¹³ See Göhler (note 23), § 69 note 26; Bohnert, in KK (note 8), § 69 notes 28, 30.

4.2.3. Role of the public prosecutor

It is only at this point of the process that the public prosecutor's office ordinarily becomes involved in Ordnungswidrigkeiten matters. With the arrival of the file at its office, the 'Staatsanwaltschaft' acquires the status of the prosecuting agency (§ 69 sec. 4 OWiG). The administrative agency is reduced to the role of a third party, yet it retains a special position in the ensuing judicial proceedings: the court informs the administrative agency of the trial date; a representative of the agency has a right to be heard at the trial; the agency must be heard before the public prosecutor can withdraw the accusation; and a copy of the court's judgment is sent to the agency (§ 76 in connection with § 63 sec. 3 OWiG).

When the public prosecutor's office has received an Ordnungswidrigkeiten file, it has several options: the prosecutor can dismiss the case for lack of evidence of an Ordnungswidrigkeit or for policy reasons;¹¹⁴ he can conduct further investigations;¹¹⁵ he can return the matter to the administrative agency if he thinks that it has not investigated it carefully (§ 69 sec. 4 OWiG); and he can present the file to the county court ('Amtsgericht'), which implies the prosecutor's wish to see the defendant convicted of an Ordnungswidrigkeit. A formal accusation (indictment) is not required in Ordnungswidrigkeiten matters; the administrative fine order fulfils the function of limiting the scope of the judicial investigation to the particular event named therein.

The public prosecutor's office largely serves as a point of independent review and screening. Its function is to spare the court (and the defendant) the adjudication of meritless cases and to make sure that the evidence in cases worthy of prosecution is developed completely. Once the file is sent to the court, the public prosecutor often fades out of the proceedings. His presence at the trial is not required; consequently, the court can dismiss the case without even hearing the public prosecutor (§ 75 OWiG).¹¹⁶

4.2.4. Jurisdiction

Ordnungswidrigkeiten cases are invariably adjudicated by county courts (Amtsgerichte), with one pro-

fessional judge sitting alone (§ 68 sec. 1 OWiG). Subject to change by State statute, the case is to be brought before the court of the county where the competent administrative agency is located. In cases involving juvenile defendants (14 to 21 years old), the juvenile court judge has jurisdiction over Ordnungswidrigkeiten as well as criminal matters (§ 68 sec. 2 OWiG).

4.2.5. Preliminary examination

When the judge is confronted with an Ordnungswidrigkeiten file, he first examines whether the defendant's appeal was filed in the proper form and within the time allowed by § 67 OWiG. If either of these requirements is not met, the court will immediately dismiss the appeal — since the court was not properly asked to exercise its jurisdiction, the administrative fine order has become final, and the court has no authority to review it (§ 70 OWiG). If the appeal was brought in proper form and time, the judge will ordinarily set himself to prepare the trial. For that purpose, the court can, in advance of the trial, hear witnesses, request information from administrative agencies, and ask the defendant to indicate facts and evidence tending to exonerate him (§ 71 sec. 2 OWiG).

4.2.6. Written procedure

As an alternative to a regular trial, the court can dispose of Ordnungswidrigkeiten matters by way of a written procedure (§ 72 OWiG). This procedure is designed for simple matters which do not require extensive evidence;¹¹⁷ although it is possible for the court to take some evidence and then switch to the written procedure, this will rarely be practical.¹¹⁸

Unless the court acquits the defendant, adjudication without trial requires the consent of the defendant and of the public prosecutor's office (§ 72 sec. 1 OWiG).¹¹⁹ Consent can be given conditionally, e.g. on the condition that a fine not higher than a certain amount be imposed.¹²⁰ If the court adjudicates the case without trial, the penalty must not be more severe than the penalty originally imposed by the administrative agency (§ 72 sec. 3 OWiG).

4.2.7. Trial of 'Ordnungswidrigkeiten' matters

As a rule, Ordnungswidrigkeit cases are to be adjudicated in public, oral trials which follow the principles

¹¹⁴ See § 46 OWiG in connection with § 170 sec. 2 StPO; § 47 sec. 2 OWiG. See Bohnert, in KK (note 8), § 69 note 101.

¹¹⁵ For that purpose, the public prosecutor's office can request the assistance of the police or of the administrative agency (§§ 56, 63 OWiG); see Göhler (note 23), § 69 note 43.

¹¹⁶ It should be remembered that a representative of the administrative agency has the right to speak at the trial (§ 76 sec. 1 OWiG); he will sometimes be the true 'adversary' of the defendant. However, in 1988, representatives of either the public prosecutor's office or the administrative agency appeared in only 3% of all Ordnungswidrigkeiten trials; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Reihe 2 (Zivilgerichte und Strafgerichte), 1988, 1990, pp. 116, 118.

¹¹⁷ See Senge, L. in KK (note 8), § 72 notes 4, 5.

¹¹⁸ See Göhler (note 23), § 72 notes 4, 5; Senge, in KK (note 8), § 72 note 5; Rebmann et al. (note 23), § 72 note 4.

¹¹⁹ Consent is presumed if a party does not object within two weeks to the court's announcement that the written procedure is contemplated.

¹²⁰ See Göhler (note 23), § 72 note 22, with references.

applicable to criminal trials (§ 71 sec. 1 OWiG). This means that the court is responsible for establishing the facts supporting its judgment and that it must discharge that responsibility by taking evidence to the extent necessary (§ 224 sec. 2 StPO). The accusatorial principle is satisfied by the rule that a public prosecutor must present the case to the court (see *supra*, 4.2.3.).

In light of the lesser seriousness of administrative offences, the statute permits certain simplifications of the trial. First, as has been mentioned above, neither the public prosecutor's office nor the administrative agency in charge need be represented at the trial (§§ 75, 76 OWiG). Nor is the presence of the defendant mandatory (§ 73 sec. 1 OWiG) unless the court, in its discretion, specifically requires him to appear in person because his presence is deemed necessary for ascertaining the fact (§ 73 sec. 2 OWiG).¹²¹ It is thus possible — though not very frequent in practice — that the only individuals present at the trial are the judge and his clerk.¹²²

Another important relaxation of the standards of criminal justice concerns the taking of evidence. In criminal matters, the court is obliged to hear witnesses and expert witnesses and to consider documentary and real evidence to the extent necessary for getting a complete picture of the relevant facts. This principle applies in Ordnungswidrigkeiten matters, too; but the court, in determining the extent of its duty to investigate, is to take the significance of the offence into account (§ 77 sec. 1 OWiG). This does not mean that the court could decide Ordnungswidrigkeiten matters on a mere suspicion without earnestly striving to find the truth.¹²³ The court has, however, greater leeway in assessing offers of additional evidence made by the parties. In addition to the narrow grounds available for rejecting such offers in criminal procedure law (§ 244 sec. 3-5 StPO), the court, in Ordnungswidrigkeiten matters, can refrain from taking additional evidence proposed by a party if it deems taking that evidence unnecessary for establishing the truth, or if the offer of evidence in a minor matter is belated and would necessitate a new trial (§ 77 sec. 2 OWiG).¹²⁴

Another specialty of evidence law in Ordnungswidrigkeiten matters concerns the principle of 'immediacy', i.e. the requirement of having the relevant piece of evidence (e.g. a witness) present in court (see § 250 StPO). With the consent of the parties present at the

trial, the court can replace, in Ordnungswidrigkeiten matters, the interrogation of a witness, an expert witness or a co-defendant by reciting the transcript of a prior statement of that individual from the file (§ 77a sec. 1 OWiG). Declarations of administrative agencies can even be obtained by telephone and then introduced into evidence by narrating the contents of the declaration (§ 77a sec. 3 OWiG). Documents need not be recited completely in open court, but the judge can inform the parties of their main contents (§ 78 sec. 1 OWiG).

4.2.8. Judgment

As has been mentioned above (4.1.4.), the court's task is not to review the correctness of the administrative fine order but to arrive at an independent evaluation of the defendant's responsibility. Consequently, the court is not bound in any way by the disposition proposed by the administrative agency. The judge can dismiss the case for policy reasons (§ 47 sec. 2 OWiG),¹²⁵ acquit the defendant, impose an administrative fine, or even convict the defendant of a criminal offence if the evidence establishes that the act described in the administrative fine order constituted a criminal offence (§ 81 OWiG).¹²⁶ It is thus not without risk for a citizen to appeal against an administrative fine order — the outcome of a court trial can be much worse than the disposition suggested by the administrative agency.

The court briefly explains the reasons for its judgment at the end of the trial. A written explanation is necessary only if one of the parties appeals against the judgment (§ 77b sec. 1 OWiG).

4.2.9. Appeal against the judgment

Both the public prosecutor's office and the defendant have the right to appeal against a court judgment in Ordnungswidrigkeiten matters to the State Court of Appeals ('Oberlandesgericht') (§ 79 OWiG). This right of appeal is, however, restricted in several respects. First, an appeal in Ordnungswidrigkeiten matters ('Rechtsbeschwerde') does not lead to a trial *de novo* but only to a review of questions of procedural or substantive law cited in the party's brief. Ordinarily, the court of appeals does not take evidence but only examines the judgment of the lower court and the trial minutes.¹²⁷ Second, the defendant

¹²¹ A defendant whose presence has not been demanded by the court can send an attorney to represent him at the trial (§ 73 sec. 4 OWiG). If the court had ordered the defendant to appear in person and the defendant defaults, the court can dismiss the appeal without further examination (§ 74 sec. 2 OWiG).

¹²² In this case, the court recites prior statements of the defendant from the file (§ 74 sec. 1 OWiG).

¹²³ See Böttcher, R. 'Das neue Beweisrecht in Verfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz', NStZ 1986, pp. 393, 394; Senge, in KK (note 8), § 77 note 4.

¹²⁴ See the critical assessment of this provision by Kempf, E. *Das neue Ordnungswidrigkeitenverfahren, Strafverteidiger* 1986, pp. 364, 365.

¹²⁵ This requires the consent of the public prosecutor's office if its representative is present at the trial (§§ 47 sec. 2, 75 sec. 2 OWiG).

¹²⁶ An Ordnungswidrigkeiten defendant can be convicted of a crime only if he has been given fair warning and the opportunity to defend against that accusation (§ 81 sec. 2 OWiG). From that instance on, the proceedings must be conducted according to the Code of Criminal Procedure.

¹²⁷ This follows from the applicability of the provisions on 'Revision' (appeal of law) in criminal matters (§ 79 sec. 3 OWiG in conjunction with § 352 StPO).

has a right to appeal against a county court judgment only if the fine and any ancillary financial measure imposed on him amount to more than DM 200 (§ 79 sec. 1 Nos 1, 2 OWiG).¹²⁸ The public prosecutor's office can bring an appeal in favour of the defendant¹²⁹ under the same conditions, and it can appeal a judgment of acquittal or of dismissal for procedural reasons if an administrative fine of more than DM 500 had been demanded (§ 79 sec. 1 No 3 OWiG).

In other cases, appeals require the special permission of the court of appeals. Permission to appeal is given if a review of the lower court decision is required in order to further develop the law or to secure uniformity in the case-law, or if a party was denied the right to be heard (§ 80 sec. 1 OWiG).¹³⁰

The court of appeals adjudicates most appeals on the basis of the record without a hearing, although a hearing can also be held (§ 79 sec. 5 OWiG). If the judgment is reversed, the court of appeals can itself decide the matter or remit the case to the county court (§ 79 sec. 6 OWiG).

4.3. SETTLING 'ORDNUNGSWIDRIGKEITEN' CASES

4.3.1. General remarks

The possibility of dismissing Ordnungswidrigkeiten cases for reasons other than lack of evidence under the 'principle of expediency' (§ 47 OWiG) would seem to open the door for consensual settlements between the defendant and the administrative agency (or the court). 'Voluntary' acts on the part of the defendant indicating his repentance might induce the agency to drop the prosecution of the Ordnungswidrigkeit. Such deals have been legalized in criminal matters by the introduction of § 153a StPO, providing for dismissal of prosecution in return for the defendant's making payments in a certain amount to the victim, to the State, or to a charitable organization.

In Ordnungswidrigkeiten law, such exchanges are expressly prohibited. According to § 47 sec. 3 OWiG,

¹²⁸ For the purpose of determining the appealability of a judgment, the amounts of all monetary sanctions are added up; Göhler (note 23), § 79 note 5; Steindorf, in KK (note 8), § 79 note 21. The imposition of a non-monetary ancillary sanction (e.g. suspension of a driving licence) always gives the defendant the right to appeal (§ 79 sec. 1 No 2 OWiG).

¹²⁹ § 79 sec. 3 OWiG in connection with § 296 sec. 2 StPO; see Steindorf, in KK (note 8), § 79 note 53.

¹³⁰ In cases of minor Ordnungswidrigkeiten (i.e. when an administrative fine of DM 75 or less was imposed or an administrative fine of DM 200 or less was demanded), appeals shall be permitted only if necessary to develop a point of law (§ 80 sec. 2 OWiG). If the judgment below issued in a written procedure, no appeal by permission is possible (§ 79 sec. 1, second sentence OWiG). This is true even if the court of first instance had impermissibly increased the fine originally imposed by the administrative agency; see BGHSt 32, 394 (1987); Steindorf, in KK (note 8), § 79 note 32.

the dismissal of proceedings must not be made dependent on or linked to payments to a charitable or other institution.¹³¹ The reason for this prohibition is doctrinal rather than practical: since the imposition of an administrative fine requires the defendant to make a payment without conferring moral blame on him, there is no use in permitting him to obviate one morally neutral payment by making another.¹³² A background concern may be the risk of unequal application of escape clauses, which favour defendants who are well-to-do and clever enough to buy their way out of the regular process.¹³³

4.3.2. Cautioning

The prohibition of settling Ordnungswidrigkeiten cases (§ 47 sec. 3 OWiG) stands in a certain contrast to the legality of the widespread practice of cautioning minor Ordnungswidrigkeiten offenders (§§ 56-58 OWiG). Cautioning ('Verwarnung') is regarded as a special administrative reaction to the commission of an Ordnungswidrigkeit: rather than conducting a full investigation and issuing a formal administrative fine order, a representative of the administrative agency or a police officer (§ 57 sec. 2 OWiG) can admonish the suspect and, with the suspect's consent, impose an admonition fine ('Verwarnungsgeld') between DM 5 and 75 (§ 56 sec. 1 OWiG).¹³⁴ If the suspect accepts this disposition by paying the required amount either on the spot or within one week, the Ordnungswidrigkeit cannot be prosecuted further, except under different factual or legal aspects (§ 56 sec. 4 OWiG).

Submission of the offender is the characteristic element of the cautioning process; his acceptance of the admonition fine makes a formal determination of his responsibility unnecessary. Although the issuance of a citation presupposes the commission of an unlawful and reproachable Ordnungswidrigkeit, there is general agreement that the officer in charge need not be convinced beyond reasonable doubt of the offender's guilt; the existence of some indicia is sufficient.¹³⁵ If the suspect acquiesces in the disposition even after being informed of his right to refuse a citation,¹³⁶ it is assumed that he is guilty of the offence in question.

¹³¹ Some commentators note that an individual victim is not an 'institution', so that restitution payments are not covered by the prohibition of § 47 sec. 3 OWiG; Göhler (note 23), § 47 note 34; Bohnert, in KK (note 8) § 47 note 147. Yet there are only few cases in which the commission of an Ordnungswidrigkeit causes monetary harm to an individual victim.

¹³² See Rebmann et al. (note 23), § 47 note 27.

¹³³ See Göhler (note 23), § 47 note 34. There is disagreement whether it is permissible to condition the dismissal of an Ordnungswidrigkeiten case on non-monetary services of the offender; see Bohnert, in KK (note 8), § 47 note 147; Rebmann et al. (note 23), § 47 note 27.

¹³⁴ In very trivial cases, the officer can also caution the offender without imposing a fine.

¹³⁵ See Göhler (note 23), § 56 note 4; Wache, V. in KK (note 8), § 56 note 3.

¹³⁶ The law requires that the suspect be informed of this right (§ 56 sec. 2 OWiG).

Disposition of minor Ordnungswidrigkeiten by way of cautioning is regarded as advantageous for both sides involved: the defendant saves the cost¹³⁷ and trouble of formal Ordnungswidrigkeiten proceedings, and the administrative agency is spared the need to investigate further.¹³⁸ While cautioning citations are typically issued in cases where wrong-doing is evident (especially parking offences), they can also be used to close proceedings after a lengthy investigation with an inconclusive result.¹³⁹

Because the cautioning procedure is employed millions of times each year, it is necessary to provide for uniformity in its application. For this purpose, the Federal Ministry of Traffic has issued an administrative ordinance listing presumptive 'admonition fines' for the most frequent breaches of road traffic law.¹⁴⁰

¹³⁷ Cautioning is without costs (§ 56 sec. 3 OWiG).

¹³⁸ See Wache, in KK (note 8), vor § 56 note 1.

¹³⁹ See Wache in KK (note 8), § 56 note 1; Rebmann et al. (note 23), § 56 note 1. After the administrative agency has issued an administrative fine decree and has forwarded the defendant's appeal to the public prosecutor's office, a citation is no longer permissible.

¹⁴⁰ Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Erteilung einer Verwarnung bei Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten of 12 June 1975, reprinted in Jagusch, P. and Hentschel (note 41), p. 1347.

4.3.3. Withdrawing an appeal

A defendant who has appealed against an administrative fine order can withdraw his appeal at any time before the court of first instance begins to recite the judgment.¹⁴¹ As a consequence of withdrawal, the administrative fine order becomes final. Withdrawal of the appeal is sometimes a compromise solution, especially if the evidence presented suggests the possibility of a more severe penalty in case of a conviction. This may explain the fact that a surprisingly high number of defendants withdraw their appeals.¹⁴²

¹⁴¹ § 67 OWiG in connection with § 302 StPO; see Göhler (note 23), § 71 note 6; Bohnert, in KK (note 8), § 67 note 102. After the beginning of the trial, withdrawal is effective only with the consent of the public prosecutor's office.

¹⁴² In 1988, 35% of all Ordnungswidrigkeiten cases reaching the county courts were disposed of by the defendants withdrawing the appeal; *Statistisches Bundesamt* (note 116), pp. 114, 116.

5. Reform plans

There are no plans for a general reform of Ordnungswidrigkeiten law. In spite of its theoretical weaknesses, it seems to have proved efficient in practice.

6. Impact of a system of Community penalties

6.1. LEGAL CHARACTER OF EC PENALTIES

The question whether the organs of the EC are empowered to define criminal or administrative offences beyond the authority expressly conferred on them by Article 87 of the EEC Treaty is beyond the scope of this report. It should only be noticed that there is authority in Germany for a negative answer.¹⁴³

Assuming that penalty provisions, as suggested in the draft report to the Commission on the harmonization of controls relating to the CAP and fisheries (XX.B.2(90)2112) of 13 June 1990, are adopted in conformity with EC law, such penalty provisions could be applied and enforced either by EC organs or by the German federal and State administrative agencies generally competent in matters of financial and economic control.

It would be important to determine the legal character of such penalties under German law because jurisdiction and means of enforcement could depend on whether penalties are regarded as criminal punishment, as Ordnungswidrigkeiten, or as quasi-contractual civil penalties ('Vertragsstrafen'). Whereas the majority of measures suggested in the draft report could be qualified as quasi-civil (e.g. recovery of aid wrongly paid, reduction of subsidies and premiums, ineligibility for aid for a certain period of time), financial penalties going beyond recovery of undeserved subsidies, as contemplated in families V (p. 18) and X (p. 30), should not be regarded as civil sanctions. They seem to resemble more closely the penalties for breaches of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty as provided in Article 15 of Regulation No 17 of 6 February 1962. These penalties are qualified as Ordnungswidrigkeiten, or at least as closely resembling Ordnungswidrigkeiten, by the great majority of

German legal writers.¹⁴⁴ Tiedemann in particular, argues that EC anti-trust penalties share the characteristic of German Ordnungswidrigkeiten in that they are repressive without implying moral blame.¹⁴⁵ The same could be said of the non-civil sanctions proposed in the draft report. They could thus be treated as being or resembling, administrative fines for Ordnungswidrigkeiten and be imposed and adjudicated in the manner described above.

6.2. THE PROBLEM OF *NE BIS IN IDEM*

Art. 103 sec. 3 'Grundgesetz' provides that no one shall be punished more than once for the same offence under the general criminal law. It is commonly agreed, however, that this constitutional guarantee does not preclude additional punishment when the offender has been convicted by a *foreign* authority.¹⁴⁶ In that situation, the offender must be given 'credit' (only) for punishment suffered abroad when he is being sentenced in Germany (§ 51 sec. 3 StGB). These principles apply in Ordnungswidrigkeiten as well as in criminal matters (see § 84 OWiG).¹⁴⁷

There remains the question, however, whether penalties imposed by or on behalf of EC organs should be qualified as 'foreign' judgments to which the principle *ne bis in idem* does not apply. If penalty provisions were enforced by German administrative agencies and courts, their decisions could hardly be regarded as foreign (even though based on a non-domestic legal authority) and would thus trigger the prohibition of double punishment¹⁴⁸ for the same offence. But even if penalties were imposed by EC organs, their status as 'foreign' would be questionable. In a decision concerning simultaneous prosecutions for anti-trust violations before the Court of Justice of the European Communities and a German Court, the German Federal Court of Appeals expressed doubt as to whether the 'supranational' jurisdiction of the Court of Justice of the European Communities can be qualified as

¹⁴⁴ Tiedemann, K. 'Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts', *Festschrift für Jescheck*, Vol. 2, 1985, pp. 1411, 1416-1417; Bohnert, in KK (note 8), 'Einleitung' note 245; Göhler (note 23), 'Einleitung' note 17; Dannecker, G. and Fischer-Fritsch, J., *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, 1989, pp. 6-8; Koch, N. in Grabitz (ed.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1990, Verordnung No 17 Art. 15 note 5; Tiedemann, K. 'Literaturbericht Wirtschaftsstrafrecht', *ZStrW* 102 (1990), pp. 94, 99-100; but see, *contra*, Schroth, H.-J. *Economic offences in EEC law with special reference to English and German law*, 1983, pp. 154-159 (penalties are criminal); Oehler (note 143), p. 1408 (penalties are neither criminal nor Ordnungswidrigkeiten).

¹⁴⁵ Tiedemann, K. *Festschrift für Jescheck*, Vol. 2, 1985, pp. 1416, 1417.

¹⁴⁶ BVerfGR 12, 62 (1961); Jescheck (note 21), p. 158 with further references.

¹⁴⁷ See BGHSt 17, 5, 9 (1961); Göhler (note 23), § 84 note 18.

¹⁴⁸ Art. 103 sec. 3 'Grundgesetz' is generally interpreted as not only prohibiting double punishment but as barring even the initiation of a second criminal (or Ordnungswidrigkeit) proceeding in the same matter; see BGHSt 24, 54, 57 (1970).

¹⁴³ BGHSt 25, 190, 193-194 (1973); Oehler, D. 'Fragen zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft', *Festschrift für Jescheck*, Vol. 2, 1985, pp. 1399, 1406-1410.

'foreign', given the interconnections between national and EC jurisdictions (citing, in particular, Article 192 of the EEC Treaty).¹⁴⁹

The majority of German commentators do not seem to share these doubts but regard as sufficient the application, by analogy, of the credit provision of sec. 3 StGB,¹⁵⁰ or even a mere 'taking into account' of penalties paid to EC organs in setting an administrative fine in Germany.¹⁵¹

The Federal Court of Appeals, in the decision cited above, likewise deems the prohibition of double punishment inapplicable. The Court reaches that result without deciding whether the Court of Justice of the European Communities exercises 'foreign' jurisdiction; it explains that an anti-trust violation of Articles 85 and 86 of the EEC Treaty is not the 'same act' as a national anti-trust violation committed through the same conduct.¹⁵² The identity of the 'offence', according to the Federal Court of Appeals,

¹⁴⁹ BGHSt 24, 54, 57-58 (1970).

¹⁵⁰ Göhler (note 23), § 84 note 18; Steindorf, in KK (note 8), § 84 note 18; Koch (note 144), Verordnung No 17 Art. 15 notes 88-89; but see Lillich, K. *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutschen Recht und im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1978, pp. 63-68 (favouring application of the *ne bis in idem* principle).

¹⁵¹ Tiedemann (note 22), § 82 note 13.

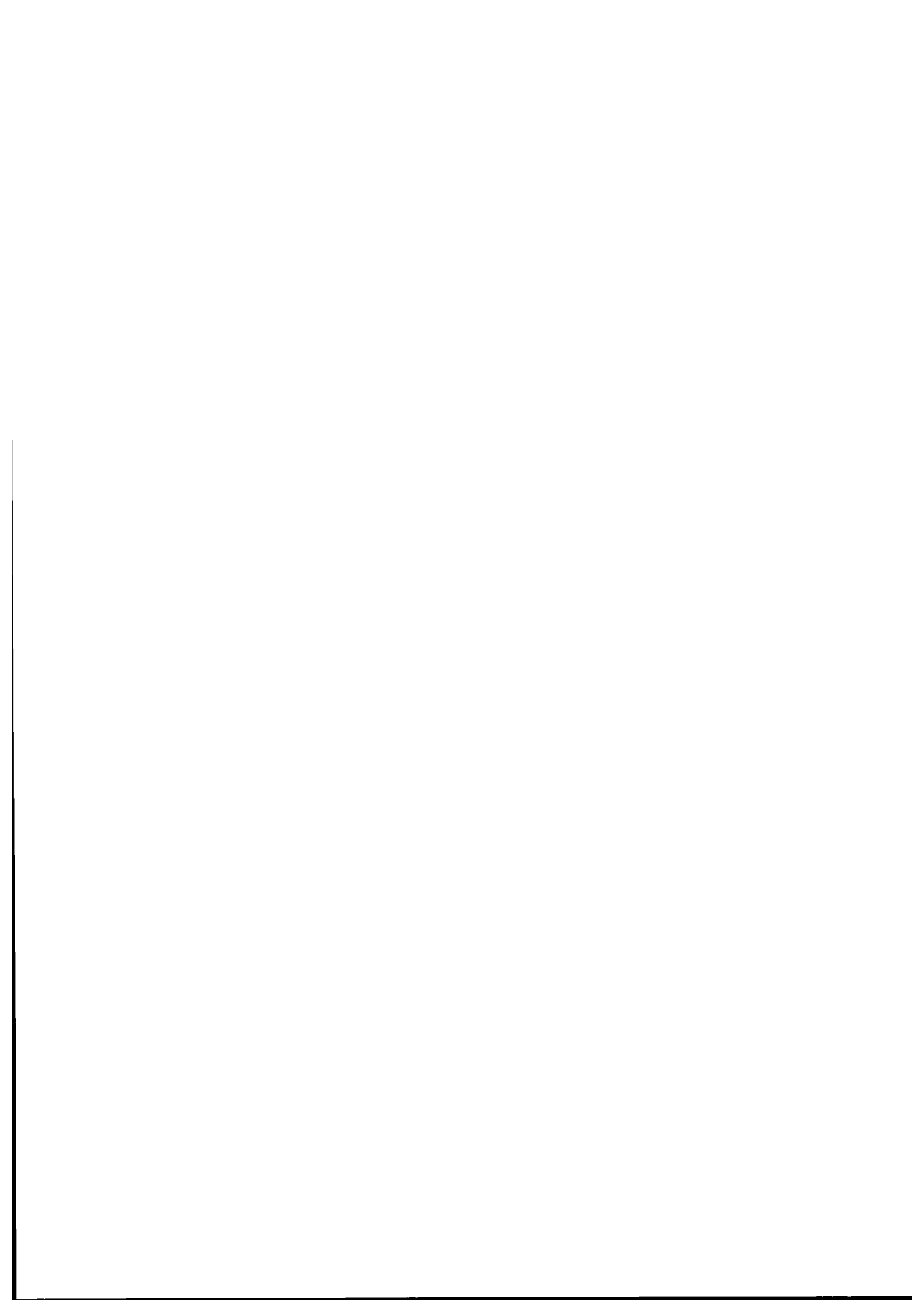
¹⁵² BGHSt 24, 54, 59-60 (1970).

requires not only the identity of the transaction but also an identity of the prohibitions and their purposes. Since the anti-trust regulation of the EC protects the freedom of competition on a supra-national, Community-wide scale, whereas national anti-trust laws refer only to the German market, punishment for one violation does not necessarily fulfil the purposes of the other statute.

This argument would not necessarily lead to an exception from the principle *ne bis in idem* in the context of subsidy fraud. Since § 264 StGB prohibits, *inter alia*, making false statements for the purpose of obtaining subsidies from the EEC (see § 264 sec. 6 StGB), it could be said that penalties imposed by EC organs for essentially the same conduct have the same purpose as the German statute, namely to protect the proper functioning of the common market and its subsidy system.¹⁵³ There would thus be an identity of 'offences' possibly precluding prosecution and punishment under German law once an EC penalty proceeding has begun. If this is regarded as a problem one might consider the introduction of an explicit credit provision similar to § 51 sec. 3 StGB.¹⁵⁴

¹⁵³ See Tiedemann, in Jescheck, H.-H./Ruß/Willms (eds.), 'Strafgesetzbuch', *Leipziger Kommentar*, 10th ed., Vol. 6, 1988, § 264 notes 8-10.

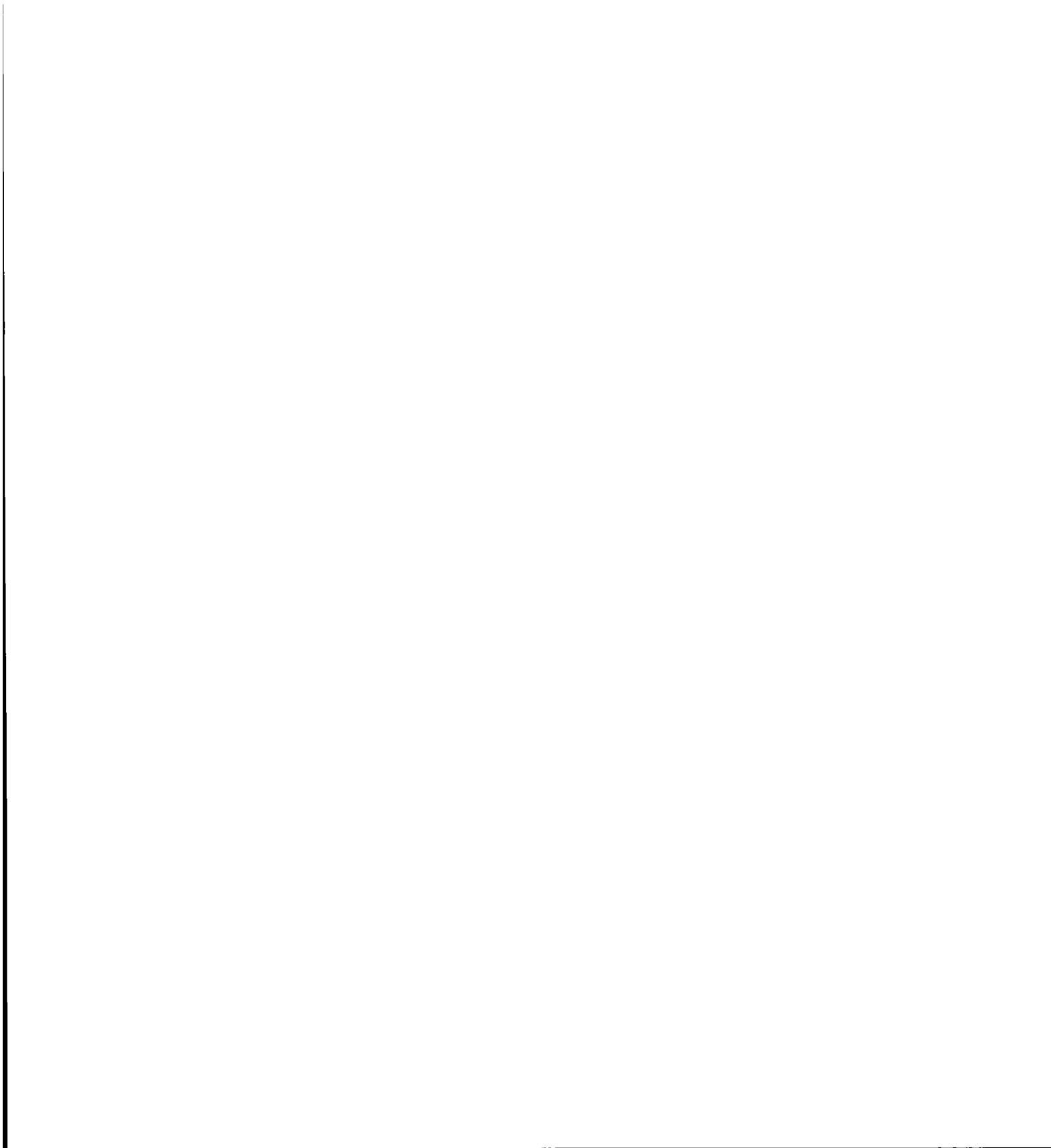
¹⁵⁴ Tiedemann (note 38), p. 2232.



Grèce

Le système des sanctions administratives

par
Evangelos Kroustalakis,
conseiller à la Cour de cassation



Sommaire

1.	Introduction	121
1.1.	Quelques observations générales	121
1.2.	Système des sanctions pénales dans le droit grec	121
2.	Infractions administratives	122
2.1.	Critères d'identification des infractions administratives	122
2.2.	Critères de différenciation entre les infractions administratives et les infractions pénales	122
3.	Sanctions administratives	123
3.1.	Critères d'identification	123
3.2.	Critères de différenciation entre les sanctions administratives et les sanctions pénales	123
3.3.	Responsabilité des personnes morales dans les infractions administratives	124
3.4.	Responsabilité en cas de concours de plusieurs personnes dans l'infraction administrative	124
4.	Constatation des infractions et application des sanctions administratives	126
4.1.	Autorités compétentes	126
4.2.	Procédure appropriée	126
4.3.	Critères de détermination des sanctions	126
4.4.	Principes applicables	127
4.4.1.	Principe de la légalité	127
4.4.2.	Principe de la culpabilité	127
4.4.3.	Principe de la justification de l'acte administratif appliquant la sanction	127
4.4.4.	Principe de la défense	127
4.4.5.	Principe de la proportionnalité	127
4.4.6.	Obligation des autorités administratives d'appliquer la sanction dans un délai raisonnable	127
5.	Recours contre l'acte administratif imposant la sanction	128
5.1.	Objet du recours	128
5.2.	Tribunaux compétents	128
5.3.	Procédure et preuve	128
5.4.	Voies de recours	128
5.5.	Suspension de l'exécution	128
5.6.	Procédures de transaction	128
6.	Questions constitutionnelles	129
6.1.	Principe de la séparation des pouvoirs	129
6.2.	Article 20 de la Constitution et article 6 de la convention européenne des droits de l'homme	129

7.	Cumul des sanctions administratives et pénales	130
7.1.	Sanction administrative et sanction pénale pour la même infraction	130
7.2.	La procédure administrative est indépendante du procès pénal	130
7.3.	Principe « ne bis in idem »	130
7.4.	Plusieurs sanctions administratives	130
8.	Sanctions communautaires	131
8.1.	Compétence de la Commission — Loi 1640/1986	131
8.2.	Loi 1338/1983 (modifiée par les lois 1140/1984 et 1775/1988)	131
8.3.	Cumul des sanctions communautaires et nationales	132
9.	Conclusions	133
10.	Évolution éventuelle dans l'ordre juridique hellénique	134
11.	Bibliographie principale	135

1. Introduction

1.1. QUELQUES OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Dans l'ordre juridique grec, comme, je crois, dans les ordres juridiques de la plupart des pays européens, il n'existe pas de système global de sanctions administratives pour les infractions aux lois, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de système administratif pénal en Grèce. Mais un grand nombre de lois spéciales prévoient des sanctions administratives, dans les domaines de l'environnement, de la circulation, des transports, de la santé, de l'éducation, etc.

Par conséquent, quiconque se penche sur l'étude du système des sanctions administratives que prévoit le droit hellénique pour les infractions aux différentes lois doit étudier les dispositions particulières des lois (par principe) spéciales⁽¹⁾. Il sera secondé dans sa tâche, d'une part, par la bibliographie, qui n'est pas prolixe sur ce sujet, et, d'autre part, par les études spécialisées des théoriciens du droit, surtout du droit public et du droit pénal.

Soulignons le rôle de la jurisprudence dans l'identification des principes généraux qui régissent les sanctions et les différences essentielles qui divisent ces sanctions en catégories (par exemple, sanctions pénales, sanctions administratives, etc.).

Il va de soi que, pour le droit hellénique aussi, la sanction de l'infraction à une loi constitue une désapprobation de l'ordre juridique, puisqu'elle met en évidence le «non-respect» par le citoyen des lois promulguées dans le but du bon fonctionnement de la vie sociale, et cela indépendamment de la nature de l'infraction et de la sanction correspondante. C'est ce qui constitue, à mes yeux, le dénominateur commun de toutes les sanctions. En même temps, cela constitue aussi la principale difficulté pour la répartition des infractions en catégories et leur traitement approprié.

⁽¹⁾ Spinellis D.: «The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law», *Revue internationale de droit pénal*, 1989, p. 221.

Je m'efforcerai dans mon étude de diviser en catégories les infractions aux lois, d'une part, et de distinguer la spécificité du traitement de chaque cas dans le droit en vigueur, d'autre part.

1.2. SYSTÈME DES SANCTIONS PÉNALES DANS LE DROIT GREC

Comme dans tous les pays du globe, un code pénal est également en vigueur en Grèce, code composé d'une partie générale et d'une partie spéciale. De même, une série de lois spéciales prévoient des sanctions pénales pour différents délits.

Nombreuses sont les modifications du code pénal (la dernière modification a été apportée par la loi 1941/1991 en application depuis le 18 mars 1991) et des lois pénales spéciales.

Cependant, la définition du délit — et du crime aussi — en tant qu'«acte injuste et punissable, qualifié comme tel dans une loi et menacé d'une sanction définie» constitue un principe invariable dans le système hellénique des sanctions pénales (selon la définition désormais classique du professeur Nicolas Chorafas).

Cette définition du terme de «délit» constitue la base de l'application des sanctions pénales. Si un acte quelconque d'une personne ne réunit pas les caractéristiques du «délit», il n'entraîne pas de sanctions pénales.

En outre, le principe «nullum crimen nulla poena sine lege» s'applique aux actes qui constituent des délits. Ce principe est formellement établi dans l'ordre juridique hellénique par l'article 7, paragraphe 1, de la Constitution, par l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme et par l'article 11, paragraphe 2, de la déclaration universelle des droits de l'homme. Selon l'article 7, paragraphe 1, de la Constitution, il ne peut y avoir de délit et aucune peine ne peut être infligée en l'absence d'une loi mise en vigueur avant que l'acte n'ait été commis et qui en détermine les éléments constitutifs. En aucun cas, une peine plus lourde que celle prévue par la loi au moment où l'acte a été commis ne peut être infligée.

2. Infractions administratives

2.1. CRITÈRES D'IDENTIFICATION DES INFRACTIONS ADMINISTRATIVES

Les infractions administratives sont des actes ou des manquements qui constituent une violation des obligations découlant des dispositions d'une loi. Ces infractions témoignent de la désobéissance du citoyen vis-à-vis de la loi. Dans ces cas, l'auteur de l'infraction manifeste un comportement contraire à celui qui est imposé par le droit ou un comportement semblable à celui que le droit interdit.

Néanmoins, les infractions administratives n'impliquent rien d'autre que l'idée de la simple désobéissance, sauf si le législateur attribue aussi à l'infraction d'une disposition législative un autre caractère. Cas typique: le législateur la caractérise d'infraction pénale et menace d'appliquer des sanctions pénales (2).

Il suffit d'ailleurs qu'objectivement le comportement du citoyen soit contraire à celui qui est exigé par l'ordre juridique. Il n'est pas nécessaire que subsiste aussi dol ou négligence de la part de l'auteur de l'infraction.

2.2. CRITÈRES DE DIFFÉRENCIATION ENTRE LES INFRACTIONS ADMINISTRATIVES ET LES INFRACTIONS PÉNALES

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'infraction administrative est une simple violation de dispositions légales.

(2) « Consultations de l'avocat général auprès de la Cour de cassation », 36/1957 et 9/1961, *Nomikon Vima*, 1958, p. 294, et 1961, p. 1062.

Elle frappe seulement le bon fonctionnement de l'administration. C'est là le critère de la différenciation entre l'infraction administrative et l'infraction pénale, qui constitue aussi le fondement de la différenciation de la nature des sanctions administratives et pénales (3). La jurisprudence du Conseil d'État, sans aucune exception, accepte cette opinion dominante de la théorie (4).

Par opposition à l'infraction administrative, l'infraction pénale est une violation de dispositions qui, à cause de sa gravité et de la perturbation qu'elle provoque dans les conditions de coexistence sociale, est qualifiée (par le législateur) de « délit ».

Le législateur pense que la seule violation des obligations découlant des dispositions d'une loi ne provoque pas, en tout cas, une perturbation dans la société humaine. Il estime alors qu'une mesure de contrainte suffit et prévoit des sanctions administratives (5). L'infraction administrative diffère donc de l'infraction pénale.

Mais elle diffère aussi d'autres infractions, comme l'infraction à une décision de justice ou l'infraction aux obligations imposées par un acte administratif établi par un organe administratif.

(3) Mangakis, G.-A.: « Le problème du droit économique pénal », *Pinika Chronika*, 1958, p. 385 et suiv. et notamment p. 396.

(4) Gravaris, J.: « Recherche comparative sur les sanctions administratives et pénales », exposé au séminaire de philosophie du droit de Pantion Panepistimion, le 24 avril 1990, sous la direction du professeur M.J. Stragas.

(5) Stasinopoulos, M.: « Le vrai caractère des peines administratives », *Archion Nomologias*, 1950, p. 89 et suiv., et notamment p. 91; Psarouda-Benaki, A.: « Délits et infractions d'ordre », *Pinika Chronika*, 1967, p. 65 et suiv., et notamment p. 70.

3. Sanctions administratives

3.1. CRITÈRES D'IDENTIFICATION

La sanction administrative est un mal qui frappe une personne dans ses biens en tant que conséquence de l'infraction de cette personne à une règle de droit ⁽⁶⁾. Elle est un moyen de contrainte pour ceux qui ne se conforment pas aux lois et ne les respectent pas ⁽⁷⁾. Et cette mesure de contrainte est considérée comme une conséquence nécessaire du fonctionnement administratif ⁽⁸⁾.

Ainsi, le Conseil d'État, dans son arrêt 2930/1974, a jugé que l'amende pour non-présentation ou pour inexactitude de la déclaration fiscale n'est pas une sanction pénale, mais une mesure administrative de contrainte pour se plier aux règles de la fiscalité, et qu'elle est légalement applicable par l'administration en question ⁽⁹⁾.

De même, le Conseil d'État a accepté que le fait d'imposer des sanctions administratives est du ressort d'une compétence administrative (arrêts 671/55, 1396/76 et 688/87 ⁽¹⁰⁾) et se justifie pour des raisons d'intérêt public (arrêts du Conseil d'État 484/74 et 2910/86).

Exemples

- a) Les articles 6 et 7 de la loi 2520/1940, relative aux dispositions sanitaires, prévoient la fermeture provisoire ou définitive de magasins qui n'ont pas appliqué les dispositions sanitaires. L'interruption du fonctionnement des magasins est imposée par une décision du ministre de la Santé, sur avis d'un comité de santé.
- b) L'article 33 du décret-loi 3334/1955, relatif au transport de biens par des camions moyennant paiement des frais de transport, prévoit le retrait de la licence de circulation du véhicule, sur décision du ministre des Transports, si une infraction à ces dispositions est constatée.
- c) L'article 13 de la loi 743/1977, relative à la protection de l'environnement marin, prévoit l'imposition d'amendes, par une décision de l'administration compétente, à ceux qui provoquent une pollution de la mer ou du littoral ⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Spiliotopoulos, E.: *Manuel de droit administratif*, 1978, p. 9; Lytras, S.: *Le sens et la distinction fondamentale des sanctions dans le droit positif hellénique*, 1984, p. 9; Spinellis, op. cit., p. 221.

⁽⁷⁾ Androulakis, N.: *Droit pénal*, «Partie générale A», p. 21; Tachos, A.: *Droit de l'ordre public*, 1990, p. 94 et 95; Decleris, M.: «La contrainte administrative», *Revue du droit public*, 1961, p. 240 et suiv.

⁽⁸⁾ Stasinopoulos, M.: op. cit., p. 90; Tachos, op. cit., p. 95.

⁽⁹⁾ Dertilis, P.: «Le délit fiscal», *Revue du droit public*, 1970, p. 132 et suiv.

⁽¹⁰⁾ Tachos, A.: dans *Revue du droit public*, 1980, p. 115 et suiv., et notamment p. 117 et 118.

⁽¹¹⁾ Pour le droit en vigueur avant la loi 743/1977, voir Cergi, J.: «La protection de l'environnement marin», *Revue du droit maritime*, 1974, p. 257 et suiv., et notamment p. 260.

d) L'article 6 du décret-loi 356/1974 prévoit l'imposition d'une amende pour le non-acquittement dans les délais légaux des dettes envers le secteur public.

e) L'article 57 a) du code du service de contrôle des prix (décret-loi 136/1946 et loi 1401/1983) prévoit en cas:

- d'encaissement de prix trop élevés,
- d'altération d'aliments,
- de distribution d'aliments dangereux pour la santé publique,

le paiement d'amendes ou des interdictions de fonctionnement du magasin, qui sont imposés par décision du ministre du Commerce suite à l'approbation d'un comité du service de contrôle des prix.

On pourrait donc soutenir que les sanctions administratives se distinguent des autres sanctions pour les raisons suivantes:

- 1) elles sont imposables à la suite d'un manquement ou à une violation d'obligations qui sont instituées par des lois administratives;
- 2) elles sont imposables par les organes du pouvoir exécutif et non par ceux du pouvoir judiciaire;
- 3) elles sont imposables par des actes administratifs et non par des décisions des tribunaux ⁽¹²⁾. Les lois prévoient souvent des amendes comme sanctions administratives, mais aussi la fermeture, l'interdiction de fonctionnement du magasin et d'autres sanctions ⁽¹³⁾.

Infraction administrative



Sanction administrative

- a) prévue par la loi
- b) appliquée par les autorités administratives
- c) appliquée par un acte administratif

3.2. CRITÈRES DE DIFFÉRENCIATION ENTRE LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET LES SANCTIONS PÉNALES

La peine est toujours un mal qui, en même temps, constitue une désapprobation (un reproche) à l'égard du délit et du coupable.

Ce caractère de la sanction pénale la distingue de la sanction administrative, qui est seulement une mesure de contrainte pour se plier aux règles du bon fonctionnement de l'administration ⁽¹⁴⁾. On peut souligner

⁽¹²⁾ Spinellis, op. cit., p. 224.

⁽¹³⁾ Gravaris, op. cit.

⁽¹⁴⁾ Chorafas, N.: *Principes généraux du droit pénal*, 1956, paragraphe 68, p. 239; Mangakis, op. cit., p. 466 et 467; Androulakis, op. cit., p. 21; Margaritis, L., et Paraskevopoulos, N.: *Peinologie*, 1989, p. 18 et 19; Gravaris, op. cit.

encore deux différences entre les sanctions administratives et pénales:

- 1) par opposition aux sanctions administratives (qui sont infligées pour la violation de simples obligations découlant des lois administratives), les sanctions pénales sont infligées seulement dans les cas où un délit a été commis, délit dont la description objective est spécifiquement définie par la loi;
- 2) par opposition aux sanctions administratives (qui sont infligées suite à des actes administratifs et par les organes du pouvoir exécutif), les sanctions pénales sont infligées suite à des décisions des tribunaux pénaux (conformément à l'article 87, paragraphe 1, de la Constitution).

Selon la doctrine dominante, l'imposition d'une sanction administrative (par l'administration active) constitue l'exercice de la compétence administrative. Il s'agit d'un acte purement administratif⁽¹⁵⁾.

Une des conséquences de ces différences est que les amendes qui sont infligées en tant que sanctions administratives continuent, en cas de décès de celui à qui elles sont infligées, à incomber à ses héritiers. En revanche, les peines pécuniaires ou les amendes qui sont infligées en tant que sanctions pénales par un tribunal pénal ne s'appliquent pas aux héritiers. L'article 58 du code pénal spécifie que le décès du condamné entraîne la radiation des peines pécuniaires et des amendes. Dans aucun cas, elles ne peuvent être infligées aux héritiers du condamné décédé.

La différence entre sanctions administratives et sanctions pénales est précisée aussi par l'article 458 du code pénal. D'après cette disposition, quiconque transgresse intentionnellement une disposition impérative ou restrictive des lois administratives est puni d'emprisonnement ou de peine pécuniaire, ou des deux sanctions en même temps, si la disposition en question (article 458 CP) est mentionnée dans l'article d'où découle la sanction pénale de l'infraction.

Enfin, si une sanction administrative est infligée, le principe selon lequel il n'y a pas de délit, et selon lequel une sanction ne peut être infligée que si une loi était en vigueur avant que cet acte ne soit commis ne s'applique pas (arrêts du Conseil d'État 538/1951 et 25/1960).

Le Conseil d'État a admis, dans son arrêt 1840/1989, qu'il y a un principe général du droit administratif selon lequel la procédure administrative visant à l'imposition de sanctions administratives pour des actes qui constituent en même temps une infraction à une loi administrative et entraînent des sanctions administratives et un délit est indépendante et sans relation avec le procès pénal⁽¹⁶⁾.

3.3. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES DANS LES INFRACTIONS ADMINISTRATIVES

À l'opposé de ce qui se passe pour les sanctions pénales, les sanctions administratives peuvent être infligées aussi à des personnes morales. Cela est admis dans la théorie⁽¹⁷⁾, mais ressort aussi des lois spéciales qui prévoient des sanctions administratives.

Exemple: la loi 703/1977, relative au contrôle des monopoles et des oligopoles et à la protection de la concurrence libre, prévoit, aux articles 9 et 12, que la commission de la protection de la concurrence peut infliger des amendes au cas où certaines de ses dispositions n'auraient pas été respectées. À l'article 30, la loi précise que les entrepreneurs, les associés d'une société en nom collectif, les gestionnaires, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme sont entièrement responsables (chacun d'eux est tenu pour le tout — obligation solidaire) et avec la personne morale quant au paiement d'amendes.

3.4. RESPONSABILITÉ EN CAS DE CONCOURS DE PLUSIEURS PERSONNES DANS L'INFRACTION ADMINISTRATIVE

Dans le cas où plusieurs personnes sont tenues pour responsables d'une infraction administrative, la règle est que chacun d'eux est tenu pour le tout en ce qui concerne le paiement des sanctions financières (obligation solidaire). Cela semble être devenu un principe général qui découle de plusieurs dispositions particulières.

Exemples

- a) Selon l'article 13 du décret-loi 470/1970 «code halieutique», le paiement des amendes qui sont infligées pour les infractions à ses dispositions est effectué soit par le commandant du bateau de pêche, soit par le propriétaire du bateau. Les deux sont tenus pour responsables pour le tout en ce qui concerne le paiement de cette amende.
- b) Selon l'article 13 de la loi 743/1977, relative à la protection de l'environnement marin, lorsqu'il s'agit du paiement d'amendes qui sont infligées en cas d'infraction à cette loi, celui qui a provoqué la pollution, le capitaine du bateau, le propriétaire du bateau, l'armateur et le gestionnaire sont tenus pour responsables pour le tout.
- c) Selon l'article 3, paragraphe 9, de la loi 6059/1934, relative aux transports maritimes, sont tenus pour responsables des infractions aux dispositions de cet article le capitaine, celui qui émet les billets, l'armateur, et ils sont tenus pour responsables pour le tout en ce qui concerne le paiement des sanctions financières qui sont infligées.

⁽¹⁵⁾ Mangakis, op. cit., p. 467; Androulakis, op. cit., p. 21.

⁽¹⁶⁾ Voir aussi l'arrêt du Conseil d'État 25/60.

⁽¹⁷⁾ Mangakis, op. cit., p. 467 et 468; Psarouda-Benaki, op. cit., p. 73; Spinellis, op. cit., p. 221.

- d) Selon l'article 9 de la loi 4473/1965, relative au contrôle de la navigation maritime, si le nombre de passagers dans le bateau est excessif, une amende est infligée par les autorités portuaires et le propriétaire du bateau ou l'armateur, l'agent de voyages et le capitaine sont tenus pour responsables (pour le tout) de son paiement.
- e) Selon l'article 5 de la loi des 19-20 novembre 1935, relative au remorquage en ce qui concerne le paiement des amendes et des sanctions financières qui sont infligées en cas d'infraction aux dispositions de cette loi, le propriétaire du bateau, l'armateur, le gestionnaire et le capitaine du bateau qui remorque et du bateau qui est remorqué sont tenus pour responsables (pour le tout).

4. Constatation des infractions et application des sanctions administratives

4.1. AUTORITÉS COMPÉTENTES

Les sanctions administratives sont infligées par les autorités administratives au moyen d'actes administratifs⁽¹⁸⁾. Ils s'agit de l'exercice de compétences purement administratives (arrêts du Conseil d'État 671/1955, 484/1974, 2930/1974, 1396/1976 et 688/1987)⁽¹⁹⁾.

Exemples

- a) Selon l'article 5 de la loi 1350/1983, relative au contrôle technique obligatoire des véhicules, si un véhicule circule sans attestation de contrôle, l'organe de police qui constate l'infraction procède à son immobilisation.
- b) Selon l'article 4 du décret présidentiel 460/1976, relatif à la prise de mesures de protection contre l'incendie par les entreprises industrielles, les contrevenants aux dispositions de ce décret sont sanctionnés par une amende ou par l'interruption de fonctionnement, sur décision du service compétent du ministère de l'Industrie.
- c) Selon l'article 8 de la loi 392/1976, relative à l'établissement et à l'exportation de campings organisés, en cas d'infraction aux dispositions de cette loi, des sanctions administratives sont infligées suite à une action du secrétaire général de l'Office hellénique du tourisme.
- d) Selon l'article 11 de la loi 393/1976, relative à l'établissement et à l'exploitation d'agences de tourisme, en cas d'infraction aux dispositions de cette loi, des sanctions administratives sont infligées par le directeur compétent de l'Office hellénique du tourisme.

4.2. PROCÉDURE APPROPRIÉE

Lorsqu'une sanction administrative a lieu d'être infligée, la procédure suivante est suivie, comme il ressort des lois spéciales qui prévoient les sanctions administratives⁽²⁰⁾:

- 1) d'abord, on procède au constat de l'infraction à la loi, constat pour lequel l'organe administratif compétent rédige:
 - soit un protocole (article 6 du décret-loi 4535/1966),
 - soit un rapport (article 20 du décret présidentiel 532/1983, article 21 du décret présidentiel 536/1983, article 3 de la loi 960/1979, article 14 de la loi 743/1977 et article 7 de la loi 1512/1985),

⁽¹⁸⁾ Tachos, A.: *Revue du droit public*, 1980, p. 117; Psarouda-Benaki, op. cit., p. 74; Spinelli, op. cit., p. 222.

⁽¹⁹⁾ Gravaris, op. cit.

⁽²⁰⁾ Tachos, A.: *Droit de l'ordre public*, p. 97.

— soit une attestation écrite (article 19 de la loi 646/1937);

- 2) selon la règle, le responsable de l'infraction aux dispositions de la loi est convoqué pour donner des explications (article 12, paragraphe 4, de la loi 710/1977, article 20, paragraphe 2, du décret présidentiel 532/1983, article 21 du décret présidentiel 536/1983, article 14 de la loi 743/1977, article 33 de la loi 1568/1985 et article 7 de la loi 1512/1985);
- 3) la sanction administrative est infligée suite à un acte motivé de la part de l'organe administratif compétent (article 3 de la loi 960/1979, article 14 de la loi 743/1977, article 15 de la loi 669/1977 et article 33 de la loi 1568/1985);
- 4) dans quelques cas précis, il est prévu une possibilité de recours de l'intéressé auprès d'un organe administratif supérieur, qui se compose d'un ou de plusieurs membres (article 12, paragraphe 5, de la loi 710/1977, article 170 du décret-loi 210/1973 et article 15 de la loi 669/1977);
- 5) l'exercice de recours devant un organe administratif supérieur suspend parfois l'exécution de l'acte par lequel la sanction administrative est infligée (article 12, paragraphe 7, de la loi 710/1977, article 170 du décret-loi 210/1973 et article 15 de la loi 669/1977).

4.3. CRITÈRES DE DÉTERMINATION DES SANCTIONS

À la base du calcul du montant de la sanction, les critères suivants⁽²¹⁾ sont définis:

- 1) la gravité de l'infraction (article 3 de la loi 4481/1965 et article 1^{er}, paragraphe 8, de la loi 207/1967);
- 2) la répétition éventuelle des infractions aux dispositions de la loi (article 18, paragraphe 2, de la loi 438/1976, article 27, paragraphe 2, de la loi 2078/1939, article 16, paragraphe 2, de la loi 1844/1939 et article 15 de la loi 711/1977);
- 3) la négligence, grave ou légère, et le dol en rapport avec l'infraction à la loi;
- 4) la situation économique de celui qui a commis l'infraction à la loi;
- 5) le profit qui résulte de l'infraction pour son auteur.

L'importance de la sanction doit chaque fois être motivée sur la base des éléments ci-dessus. Notons que le dol ou la négligence de celui qui a commis l'infraction n'est qu'un élément qui entre en ligne de compte pour la spécification de la sanction, et non pas la condition préalable de l'infraction administrative⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Psarouda-Benaki, op. cit., p. 72 et 73.

⁽²²⁾ Lyras, op. cit., p. 26.

4.4. PRINCIPES APPLICABLES

4.4.1. Principe de la légalité

Sans doute aucun, le fait d'infliger des sanctions administratives suite à des actes administratifs établis par des organes de l'administration est régi par le principe de la légalité (23).

Par conséquent, il faut que l'imposition de sanctions administratives soit prévue par des règles de droit et qu'elle soit effectuée en accord avec ces règles (arrêt du Conseil d'État 2340/1987).

4.4.2. Principe de la culpabilité

À la différence des sanctions pénales, pour qu'une sanction administrative soit infligée, il ne faut pas supposer l'existence d'une culpabilité de la part de celui qui a commis l'infraction (arrêt du Conseil d'État 2930/74) (24).

De même, il n'est pas nécessaire de supposer qu'il y avait mauvaise foi (arrêts du Conseil d'État 2977 et 2985/1974).

Son erreur ou ignorance éventuelle n'ont aucune influence (arrêt du Conseil d'État 2985/1974).

Selon une doctrine minoritaire, la culpabilité de celui qui a commis l'infraction administrative est présumée jusqu'à preuve du contraire (25).

Il n'est naturellement pas pensable d'infliger une sanction administrative à un citoyen qui a enfreint la loi pour des raisons de force majeure.

La nature de l'infraction administrative et de la sanction administrative mentionnées est incompatible avec des notions telles que la tentative, les excuses, l'atténuation. Ces notions, qui proviennent du domaine du droit pénal, ne s'appliquent pas aux infractions administratives. Dans la jurisprudence des tribunaux administratifs, il n'y a aucun cas d'application des règles concernant ces notions aux infractions administratives (26).

De même, les notions d'abus de droit et de fraude qui proviennent du domaine de droit civil ne figurent ni dans la jurisprudence des tribunaux administratifs ni dans la théorie concernant les infractions administratives.

4.4.3. Principe de la justification de l'acte administratif appliquant la sanction

Pour l'imposition des sanctions administratives, le principe de la justification des actes administratifs, c'est-à-dire l'exposé par l'émetteur des motifs juridi-

ques et réels de l'établissement de ces actes (27) est applicable.

Si l'acte administratif infligeant la sanction administrative n'est pas suffisamment motivé, il peut être annulé suite au recours devant des tribunaux administratifs.

4.4.4. Principe de la défense

Le droit à la défense est fondé sur l'article 20, paragraphe 2, de la Constitution, selon lequel le droit de la personne concernée à une audition préalable s'applique à toute action ou mesure administrative prise au détriment de ses droits ou de ses intérêts.

D'après la jurisprudence du conseil d'État, pour que la disposition ci-dessus soit appliquée, il doit s'agir d'une activité administrative préjudiciable à l'administré, à laquelle l'administration a procédé d'office à la suite d'un comportement précis du contrevenant (28).

4.4.5. Principe de la proportionnalité

Selon ce principe, les restrictions qui sont infligées à l'administré par l'acte administratif appliquant la sanction administrative doivent être légitimes, favorables, opportunes, et elles doivent se situer dans les unités strictement nécessaires à la réalisation du but visé par la sanction.

Il s'agit d'un principe constitutionnel, qui découle du sens de l'État de droit (arrêt du Conseil d'État 2112/1984) (29).

Le tribunal administratif peut ainsi diminuer une amende si elle est excessive (arrêt de la cour d'appel administrative d'Athènes 36/1987).

4.4.6. Obligation des autorités administratives d'appliquer la sanction dans un délai raisonnable

Selon un principe général du droit administratif, l'organe administratif doit exercer ses compétences dans un délai raisonnable.

Ce principe est probablement applicable aussi en ce qui concerne l'établissement de l'acte administratif qui inflige la sanction.

*Acte administratif
qui applique la sanction*



Principes applicables:

- a) principe de légalité
- b) principe de justification de l'acte administratif
- c) principe de la défense
- d) principe de proportionnalité
- e) principe du délai raisonnable

(23) Spiliotopoulos, op. cit., p. 79 et suiv.; Korsos, D.: *Droit administratif*, A, p. 137.

(24) Lytras, op. cit., p. 25; Tachos, a.: *Droit de l'ordre public*, p. 95.

(25) Mangakis, op. cit., p. 470.

(26) Voir, néanmoins Mangakis, op. cit., p. 470-472.

(27) Spiliotopoulos, op. cit., p. 159 et suiv.; Korsos, op. cit., p. 148 et suiv.

(28) Rotis, B.: *Textes juridiques*, p. 395 et suiv.

(29) Skouris, B.: *Helléniki Dikaiosyni*, 1987, p. 773 et suiv., et notamment p. 777.

5. Recours contre l'acte administratif imposant la sanction

L'établissement d'actes administratifs infligeant des sanctions, et plus particulièrement des amendes pour des infractions aux lois administratives, suscite des litiges administratifs. Contre ces actes administratifs, on peut exercer un recours devant le tribunal administratif compétent (article 2 de la loi 1406/1983). Il faut souligner que les actes administratifs sont exécutoires et régis par la présomption de légalité ⁽³⁰⁾.

5.1. OBJET DU RECOURS

Les motifs du recours contre des actes administratifs en général peuvent servir à consolider le recours contre les sanctions administratives.

Les motifs suivants sont particulièrement importants:

- 1) la non-légitimité de la sanction administrative infligée;
- 2) la motivation insuffisante de l'acte administratif qui inflige la sanction administrative.

5.2. TRIBUNAUX COMPÉTENTS

D'après la loi 1406/1983, tous les litiges administratifs sont soumis à la juridiction des tribunaux administratifs (arrêt du Conseil d'État 220/1987), en premier degré au tribunal administratif de première instance et en deuxième degré à la cour d'appel administrative (arrêt de la cour d'appel administrative d'Athènes 36/1987) ⁽³¹⁾.

Il y a aussi des dispositions législatives spéciales qui prévoient la possibilité de ce recours (article 13 de la loi 396/1976, article 17, paragraphe 2, de la loi 1483/1984, article 12, paragraphe 1, de la loi 1414/1984, article 60, paragraphe 2, de la loi 947/1979 et article 4 de la loi 1788/1988) (arrêts du Conseil d'État 220/1987 et 473/1989).

Dans quelques cas exceptionnels, on prévoit aussi un recours directement devant le Conseil d'État (arrêt 2910/1986).

⁽³⁰⁾ Spiliotopoulos, op. cit., p. 105.

⁽³¹⁾ *Helléniki Dikaiosyni*, 1987, p. 947.

5.3. PROCÉDURE ET PREUVE

La même procédure et le même système de preuves est d'application devant les tribunaux administratifs, comme dans tous les litiges administratifs.

5.4. VOIES DE RECOURS

La règle veut que l'appel se fasse devant la cour d'appel administrative.

5.5. SUSPENSION DE L'EXÉCUTION

Plusieurs dispositions prévoient la suspension des sanctions administratives, lorsqu'il y a un délai de recours contre l'acte administratif en question ou si un tel recours a été exercé (par exemple, article 30, paragraphe 3, de la loi 468/1976 et article 12, paragraphe 7, de la loi 710/1977).

Le tribunal administratif compétent peut aussi, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte administratif qui inflige la sanction (article 31 au décret présidentiel 341/1978 et article 4 de la loi 1406/1983). La suspension de l'exécution est exclue si l'acte attaqué concerne l'intérêt public ⁽³²⁾.

5.6. PROCÉDURES DE TRANSACTION

Dans des cas bien précis, il a été admis que la légalisation ultérieure de l'infraction n'enlève pas la sanction infligée (arrêts de la Cour de cassation 1645/1981, 122/1983, 655/1984 et 857/1984).

D'une façon générale, il n'existe aucune procédure de levée de l'infraction et d'effacement de la sanction administrative.

Cependant, dans plusieurs cas, le législateur a promulgué ultérieurement, par le biais d'une nouvelle loi (pour des catégories spéciales de sanctions), des modalités de règlement du litige. Un exemple caractéristique est la légalisation des bâtiments qui ont été construits sans l'autorisation de l'autorité compétente ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Skouris, B.: *La suspension de l'exécution des actes administratifs*, 1986, p. 23 et suiv.

⁽³³⁾ Skouris, B.: *Droit administratif spécial*, 4/II, p. 84 et suiv.

6. Questions constitutionnelles

6.1. PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

L'application de sanctions administratives par des organes administratifs ne constitue pas une application de peines. Il s'agit de mesures administratives dont le but est le respect par les citoyens de leurs obligations légales. Par conséquent, cela n'est pas contraire au principe de la séparation des pouvoirs ni au droit du citoyen de se faire juger par le juge qui lui est attribué — «juge naturel» — (arrêts du Conseil d'État 433/1936, 536/1951, 538/1951, 1561/1969, 2930/1974, 1396/1976, 4167/1979, 2570/1981, 4299/1986 et 257/1987) ⁽³⁴⁾.

Mais on peut discuter des sanctions administratives qui couvrent, en réalité, l'application de peines ⁽³⁵⁾.

6.2. ARTICLE 20 DE LA CONSTITUTION ET ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Le système des sanctions administratives, tel qu'il est défini dans l'ordre juridique hellénique, compte tenu:

⁽³⁴⁾ « Consultation de l'avocat général auprès de la Cour de cassation », 36/1957, *Nomikon Vima*, 1958, p. 294; Gravaris, op. cit.; Tachos, A.: *Droit de l'ordre public*, p. 95; Lytras, S.: *Le sens des amendes administratives et la constitutionnalité de leur imposition*, p. 471 et suiv.
⁽³⁵⁾ Androulakis, op. cit., p. 22.

- 1) de la possibilité d'audition et de défense de l'intéressé,
- 2) et du droit de recours de l'intéressé devant un tribunal administratif,

ne peut être considéré comme contraire à l'article 20 de la Constitution et à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (combiné avec l'article 28, paragraphe 1, de la Constitution).

Selon l'article 20 de la Constitution,

« 1. Chacun a le droit de trouver une protection légale auprès des tribunaux et peut exposer devant eux ses points de vue sur ses droits et ses intérêts, conformément aux dispositions de la loi.

2. Le droit de la personne intéressée à une audition préalable s'applique également à toute action ou mesure administrative prise au détriment de ses droits ou de ses intérêts. »

Selon l'article 28, paragraphe 1, les règles du droit international généralement acceptées, ainsi que les conventions internationales, après leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacun d'eux, font partie intégrante du droit hellénique interne et ont une valeur supérieure à toute disposition contraire de la loi.

7. Cumul des sanctions administratives et pénales

7.1. SANCTION ADMINISTRATIVE ET SANCTION PÉNALE POUR LA MÊME INFRACTION

Les dispositions de la plupart des lois spéciales prévoient la possibilité d'application de sanctions administratives et pénales en même temps:

- article 33 du décret-loi 3334/1955;
- article 22, paragraphe 2, du décret présidentiel 532/1983;
- article 23, paragraphe 2, du décret présidentiel 536/1983;
- article 167 du décret-loi 210/1973;
- article 6 du décret-loi 1150/1949;
- article 16 de la loi 1844/1939;
- article 15 de la loi 711/1977;
- article 60, paragraphe 1, de la loi 947/1979;
- article 4 de la loi 1788/1988;
- article 40, paragraphe 2, de la loi 468/1976.

7.2. LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE EST INDÉPENDANTE DU PROCÈS PÉNAL

Suivant un principe général qui s'applique au droit administratif, la procédure administrative qui a pour objet l'application de sanctions (administratives) est indépendante et n'a aucune relation avec le procès pénal correspondant (arrêt du Conseil d'État 1840/1989).

7.3. PRINCIPE «NE BIS IN IDEM»

Il ne découle d'aucune disposition de loi ni d'aucun principe général de droit administratif que l'application de sanctions pénales pour la même infraction à la loi élimine l'application de sanctions administratives et vice versa. Le principe «ne bis in idem» n'est donc pas applicable dans ce cas.

7.4. PLUSIEURS SANCTIONS ADMINISTRATIVES

En revanche, il a été admis que plusieurs sanctions administratives pour le même acte peuvent être infligées par des autorités différentes dont chacune visait un aspect différent de l'acte en question (arrêt du Conseil d'État 1593/1956).

8. Sanctions communautaires

8.1. COMPÉTENCE DE LA COMMISSION — LOI 1640/1986

D'après l'article 1^{er} de la loi 1640/1986:

«1. Les décisions des institutions communautaires qui sont prévues par les articles 44 et 92 du traité CECA, 187 et 192 du traité CEE et les articles 159 et 164 du traité CEEA forment titre exécutoire en Grèce et sont exécutées selon les dispositions des articles 904 et suivants du code de procédure civile.

2. Après la vérification de l'authenticité du titre, qui est effectuée par le ministre des Affaires étrangères, la formule exécutoire selon l'article 918 est apposée par le juge du tribunal de première instance d'Athènes (tribunal qui est composé d'un juge), où se trouvent des archives à cet effet.

3. La poursuite de l'exécution forcée peut être confiée au service juridique du ministère des Affaires étrangères, service spécialement conçu pour le traitement des questions communautaires.»

Par conséquent, les décisions du Conseil ou de la Commission qui comportent, à la charge des personnes autres que les États, une obligation pécuniaire d'après les dispositions ci-dessus des traités instituant les Communautés européennes sont exécutoires en Grèce par la procédure de la loi 1640/1986.

Exemple: les décisions de la Commission qui imposent des amendes dans le domaine de la concurrence.

8.2. LOI 1338/1983 (MODIFIÉE PAR LES LOIS 1440/1984 ET 1775/1988)

D'après l'article 1^{er} de cette loi:

«1. Pour le respect des directives et décisions (CEE, CEEA) et des recommandations et décisions individuelles (CECA), et l'exécution des règlements (CEE, CEEA) et décisions générales (CECA), qui sont adoptées par les institutions communautaires, les autorisations législatives prévues par le droit interne pour le règlement de ces questions sont appliquées. L'administration peut alors instituer des actes réglementaires dans ce domaine pour déterminer les conditions d'application de ces actes communautaires.

2. Parallèlement aux actes réglementaires de l'alinéa précédent, toute mesure supplémentaire nécessaire à l'application des actes communautaires, comme, entre autres, l'institution de sanctions administratives, peut également être prise.

3. Ces actes réglementaires revêtent la forme du décret présidentiel ou de l'arrêté ministériel.

4. Les sanctions pénales qui sont prévues par la législation en vigueur pour l'infraction à un acte réglementaire émis selon une autorisation législative

sont applicables même si on fait usage de cette autorisation pour l'application d'un acte communautaire, selon le paragraphe 1.

5. Des sanctions pénales peuvent être décrétées aussi par le biais des actes réglementaires qui sont prévus aux paragraphes 1 et 2.»

Selon l'article 4 de la même loi:

«Le règlement des questions et la prise des mesures appropriées pour l'application des actes communautaires qui sont mentionnés à l'article 1^{er} s'effectuent parallèlement par des décrets présidentiels pris sur proposition des ministres compétents. Parmi ces mesures figure aussi la définition des compétences, des procédures et des sanctions administratives.»

Selon l'article 5:

«Des sanctions pénales peuvent être prévues par les décrets présidentiels ci-dessus.»

Enfin, selon l'article 6 de la même loi:

«Des comités de préparation des lois sont institués dans le but d'élaborer des projets de lois et des actes réglementaires pour le respect des actes communautaires.»

Selon les dispositions déjà mentionnées, l'administration peut définir, par des actes réglementaires, des organes (administratifs) compétents, des procédures appropriées et des sanctions administratives exclusivement pour l'application des actes communautaires. En ce qui concerne la détermination et l'application des sanctions administratives, soulignons l'obligation de la Grèce, en tant qu'État membre de la Communauté (article 5 du traité CEE), de sanctionner les violations du droit communautaire par des mesures appropriées du droit interne, dans des conditions (de fond et de procédure) analogues à celles applicables aux violations du droit national de nature et d'importance similaires⁽³⁶⁾.

Exemples d'actes réglementaires prévoyant des sanctions selon la loi 1338/1983

a) Le décret présidentiel 319 des 25 mai et 1^{er} juin prévoit des sanctions pénales pour ceux qui enfreignent les règlements (CEE) n^{os} 3820/85 et 3821/85 du Conseil, du 20 décembre 1985.

b) L'arrêté ministériel (des ministres des Finances et de l'Industrie) des 24 et 27 mars 1989 a permis d'adapter la législation hellénique à la directive 88/378/CEE du Conseil, du 3 mai 1988, et, à l'article 14, des sanctions administratives sont prévues pour ceux qui enfreignent cet arrêté.

⁽³⁶⁾ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 21 septembre 1989, affaire 68/88, Commission/République hellénique; voir aussi l'article 5 de la proposition de règlement présentée par la Commission le 8 mai 1990 et concernant les contrôles et les sanctions applicables dans les politiques communes de l'agriculture et de la pêche.

- c) Le décret présidentiel 454/1983 a procédé à une adaptation de la législation hellénique à la directive 73/173/CEE du Conseil, du 4 juin 1973, telle qu'elle a été modifiée, et l'article 12 prévoit les sanctions administratives pour les contrevenants.
- d) Le décret présidentiel 521 du 30 décembre 1983 a procédé à une adaptation de la législation hellénique à la directive 76/621/CEE du Conseil, et l'article 4 prévoit les sanctions administratives pour les contrevenants.
- e) De même, le décret présidentiel 522 du 31 décembre 1983 a procédé à une adaptation de la législation hellénique à la directive 77/728/CEE du Conseil, du 7 novembre 1977, et l'article 10 prévoit les sanctions administratives pour les contrevenants.

- 2) les sanctions communautaires et les sanctions nationales ne concernent (chacune des deux catégories) pas un autre aspect de l'infraction administrative, avec une qualification différente dans chaque cas. Si tel est le cas, elles ne concernent pas la même infraction et l'imposition de sanctions communautaires et nationales en même temps est donc possible.

Il faudrait préciser que, selon le droit hellénique, il est possible d'avoir deux types de sanctions administratives pour la même infraction administrative:

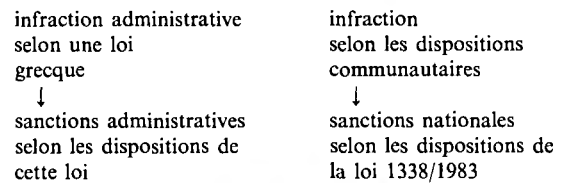
- 1) si l'infraction est issue du non-respect d'une loi hellénique, nous aurons des sanctions administratives fondées sur cette loi;
- 2) si l'infraction est, en même temps, une infraction aux dispositions communautaires, des sanctions administratives pourront être infligées par les organes nationaux pour l'infraction au droit communautaire.

8.3. CUMUL DES SANCTIONS COMMUNAUTAIRES ET NATIONALES

8.3.1.

Il n'existe pas, dans le droit hellénique, de disposition permettant de résoudre le problème du cumul des sanctions administratives communautaires et nationales pour la même infraction.

Une infraction administrative peut être:

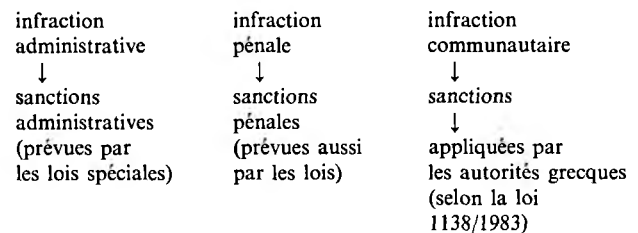


8.3.2.

Mais le principe «ne bis in idem» est sans aucun doute applicable, en tant que principe général du droit, puisque, bien sûr:

- 1) aucune autre solution n'est proposée par une disposition législative spéciale;

Une infraction peut être, en même temps:



9. Conclusions

9.1.

L'ordre juridique hellénique prévoit des sanctions administratives en cas d'infraction aux obligations qui sont imposées par les lois, c'est-à-dire lorsque des infractions administratives sont constatées.

9.2.

Ces sanctions sont prévues par des lois spéciales et sont infligées par les organes administratifs suite à des actes administratifs.

9.3.

De cette façon, dans l'ordre juridique hellénique, la sanction administrative est considérée comme un acte administratif, avec toutes les conséquences de cette qualification.

9.4.

Partant, la conséquence principale est que le citoyen a la possibilité d'attaquer l'acte administratif infligeant la sanction administrative devant les tribunaux administratifs.

9.5.

Il arrive que des sanctions pénales soient prévues en parallèle pour les mêmes infractions. C'est un pro-

blème qui est réglé par les dispositions de la loi spéciale (qui régit ce cas précis), si les sanctions pénales présupposent un élément supplémentaire pour leur application. En tout cas, pour les sanctions pénales, il doit y avoir dol. La négligence est parfois suffisante.

9.6.

L'application des sanctions administratives est indépendante de l'application des sanctions pénales. L'application des sanctions de l'une des deux formes n'exclut pas l'application de sanctions de l'autre forme.

9.7.

Il est possible que, pour la même infraction, des sanctions soient infligées sur la base des règlements des Communautés européennes, toujours selon l'application des règles de droit national, règles qui ont été instituées en application des directives communautaires. Ces sanctions peuvent être administratives et/ou pénales.

9.8.

Ces dernières sanctions peuvent aussi être infligées parallèlement à d'autres sanctions, administratives ou pénales, qui ont été appliquées pour des infractions aux lois helléniques. Il n'existe pas de disposition instituant le principe « ne bis in idem ».

10. Évolution éventuelle dans l'ordre juridique hellénique

10.1.

Malgré le fait que des questions relatives aux sanctions administratives ont été examinées du point de vue de la théorie et ont été à plusieurs reprises résolues par la jurisprudence, surtout des tribunaux administratifs, on ne peut prévoir, du moins dans un avenir proche, la possibilité d'instituer un code des sanctions administratives.

10.2.

Au contraire, on voit s'accroître tous les jours les lois spéciales qui prévoient, pour les infractions à leurs

dispositions, des sanctions administratives tout comme des sanctions pénales. En règle générale, ces sanctions sont instituées en parallèle.

10.3.

Le problème de l'application parallèle des sanctions, administratives et/ou pénales, pour l'infraction aux règles du droit interne et du droit communautaire persiste.

11. Bibliographie principale

Androulakis, N.: *Droit pénal*, «Partie générale A», p. 21 et suiv.

Decleris, M.: «La contrainte administrative», *Revue du droit public*, 1961, p. 240 et suiv.

Gravaris, J.: «Recherche comparative sur les sanctions administratives et pénales», exposé au séminaire de philosophie du droit de Pantion Panepistimion, le 24 avril 1990, sous la direction du professeur J. Strangas.

Lytras, S.: *Le sens et la distinction fondamentale des sanctions dans le droit positif hellénique*, 1984.

Lytras, S.: *Le sens des amendes administratives et la constitutionnalité de leur imposition*, 1986.

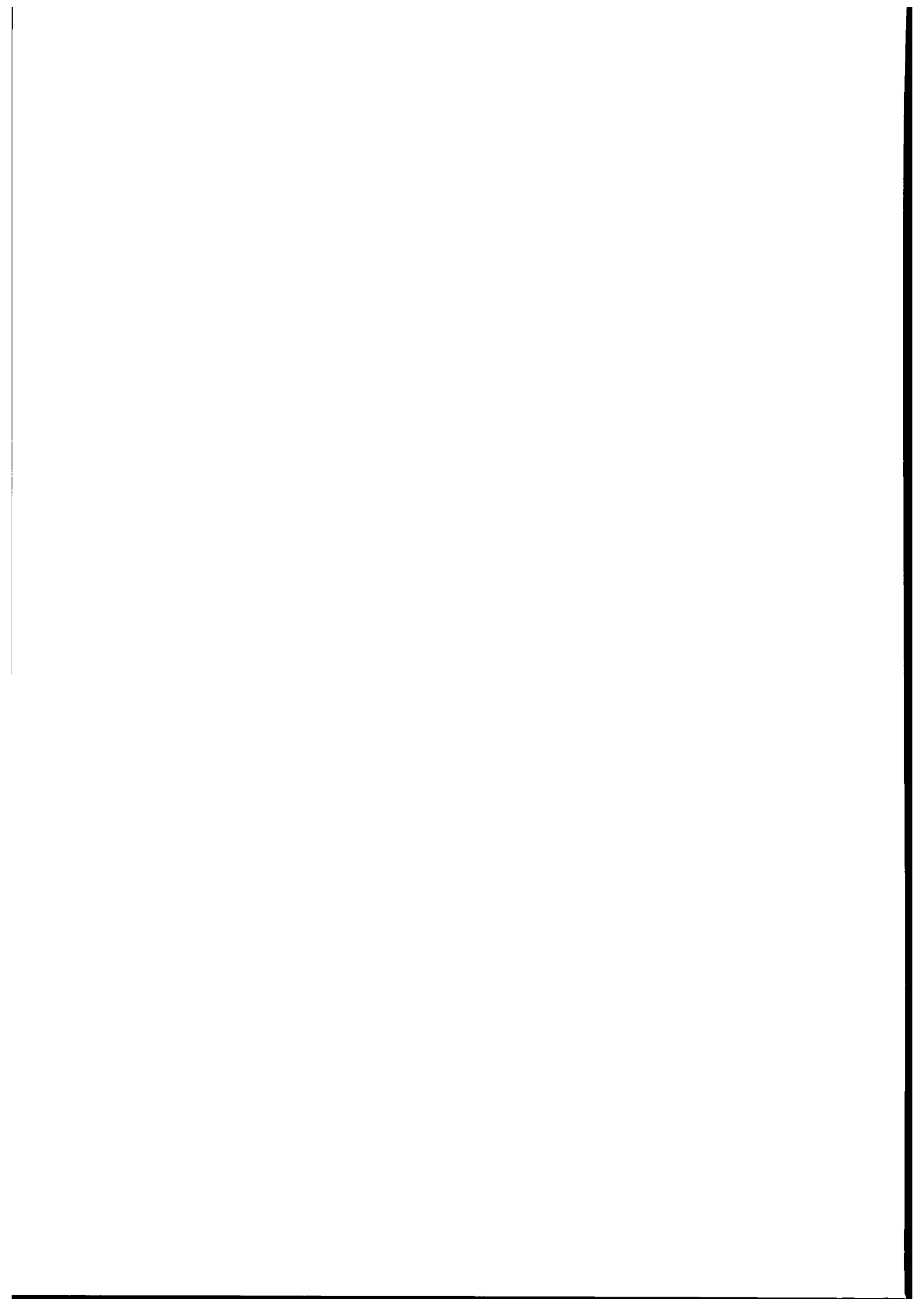
Mangakis, G.-A.: «Le problème du droit économique pénal», *Pinika Chronika*, 1958, p. 385 et suiv.

Psarouda-Benaki, A.: «Délits et infractions d'ordre», *Pinika Chronika*, 1967, p. 67 et suiv.

Spinellis, D.: «The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law», *Revue internationale de droit pénal*, 1988, p. 221 et suiv.

Stasinopoulos, M.: «Le vrai caractère des peines administratives», *Archion Nomologia*, 1950, p. 89 et suiv.

Tachos, A.: *Droit de l'ordre public*, 1990, p. 94 et suiv.



Espagne

Le système de sanctions administratives et l'impact du système de sanctions communautaires sur l'ordre juridique espagnol

Professeur Dr. Enrique Bacigalupo,
professeur de droit pénal,
magistrat à la Cour suprême
du royaume d'Espagne

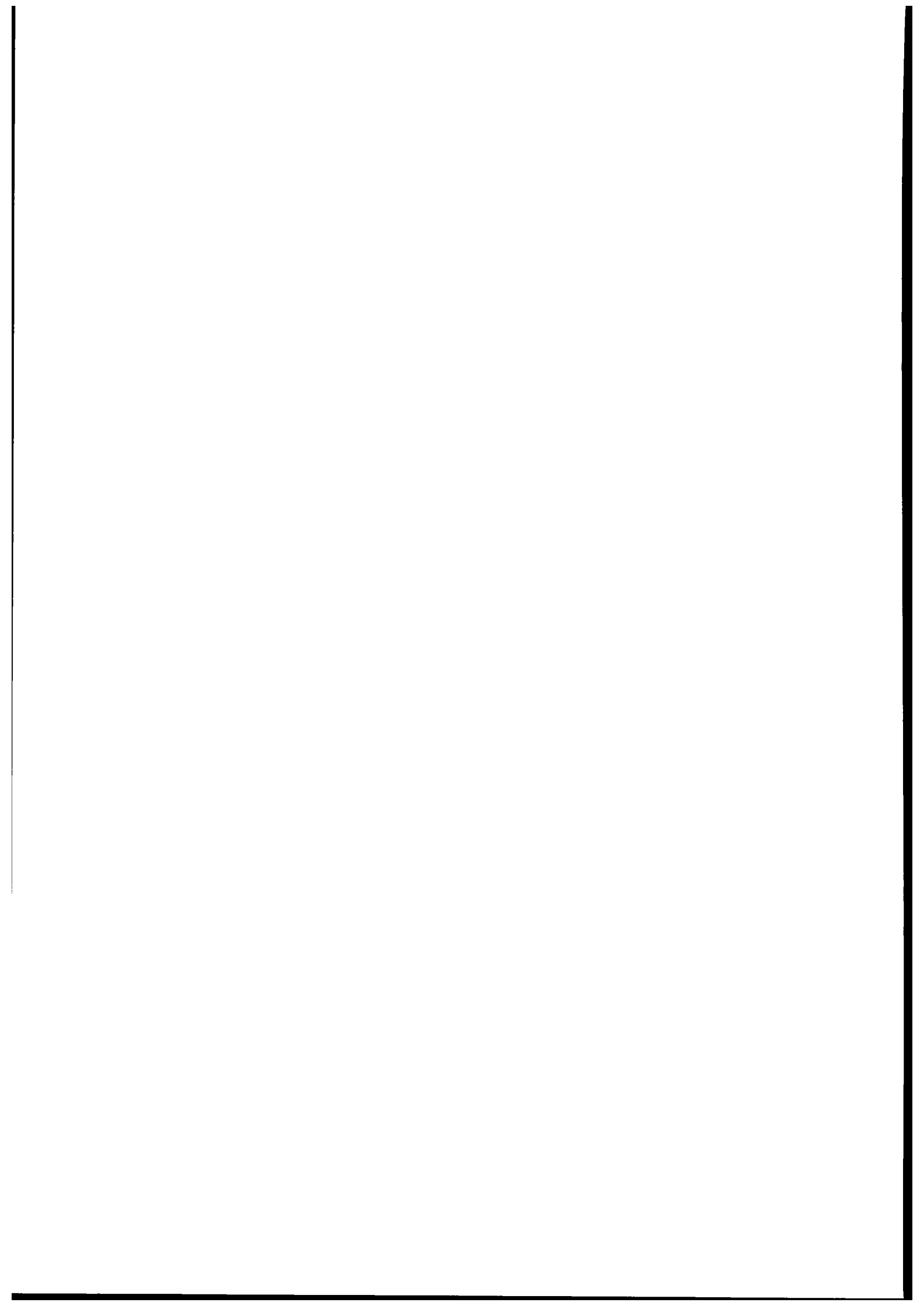
Partie Espagne

LISTE DES ABRÉVIATIONS

BVerfGE	=	Bundesverfassungsgericht
CJCE	=	Cour de justice des Communautés européennes
REDA	=	Revista española de derecho administrativo

Sommaire

1.	Sanctions administratives non pénales dans le droit espagnol — Conditions de leur légitimité avant la Constitution de 1978	141
2.	Principe de légalité, nécessité d'une loi formelle et principe de culpabilité, relativement aux infractions administratives, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle	145
2.1.	Principe de légalité et nécessité d'une loi	145
2.2.	Critères en vue d'assouplir le principe de légalité	147
2.3.	Concept de sanction et portée	149
2.4.	Autres conséquences du principe de légalité	149
2.5.	Principe de culpabilité	150
3.	Caractéristiques juridiques du système de sanctions administratives en Espagne	151
3.1.	Modèles législatifs modernes	151
3.2.	Réforme de la loi générale sur les impôts par la loi 10/85	151
3.3.	Loi sur les infractions à l'ordre social	152
3.4.	Loi sur la protection de la concurrence	155
3.5.	Nouvelle législation sur la circulation et la sécurité routière	156
3.6.	Relation entre le droit de sanction administrative et les règles générales du code pénal	159
4.	Procédure de sanction administrative	162
4.1.	Procédure de sanction de base de la loi de procédure administrative	162
4.2.	Procédure de sanction de la loi sur les infractions et les sanctions dans l'ordre social	163
4.3.	Procédure devant le Service de défense de la concurrence et devant le Tribunal de défense de la concurrence	163
4.4.	Procédure en matière d'infractions à la circulation	164
4.5.	Nécessité d'une procédure de sanction administrative unifiée	165
5.	Influence du droit communautaire sur le système de sanctions administratives et pénales	166
5.1.	Introduction	166
5.2.	Manifestations de la technique d'exclusion du droit national en matière pénale et en matière de sanctions du fait des normes communautaires	166
5.3.	Dimension harmonisatrice du droit communautaire dans l'application du droit national	168
6.	Pouvoir de sanction des institutions de la CEE, vu sous l'angle du droit espagnol	171
6.1.	Pouvoir pénal et de sanction du Conseil	171
6.2.	Pouvoir de sanction de la Commission?	172



1. Sanctions administratives non pénales dans le droit espagnol — Conditions de leur légitimité avant la Constitution de 1978

I — La question de la légitimité d'un pouvoir de sanction administrative comprend deux étapes clairement définies dans le droit espagnol. La première est antérieure à la Constitution de 1978 et est liée à des critères relatifs à la « nature » de la fonction administrative et à la question de la possibilité institutionnelle de faire appliquer des sanctions par un organe qui n'est pas le pouvoir judiciaire. Dans les solutions avancées pour résoudre ce problème, le manque de référence à une Constitution écrite, reconnue comme norme fondamentale véritable, a revêtu une importance particulière. Étant donné que ce problème n'a pas été traité dans le cadre d'un système de légitimation constitutionnelle, il était pratiquement inévitable qu'un lien soit établi entre la légitimité de l'exercice du pouvoir de sanction et la « nature de la chose » ou la « méthode institutionnelle ». La question de savoir si ces points de vue, particulièrement adaptés à l'interprétation et à l'évolution du droit ⁽¹⁾, convenaient également pour régler le problème de la légitimité ne peut être approfondie ici.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas superflu de signaler que Max Weber, dans sa description des principales catégories de la domination rationnelle (types de domination statutaire ou légale), fait entrer « l'attribution des pouvoirs nécessaires pour ordonner et la claire délimitation des moyens coercitifs acceptables ainsi que les budgets nécessaires à leur emploi » ⁽²⁾ dans la compétence de l'administration.

Dès son adoption, la Constitution de 1978 est devenue le fondement indiscuté de la légitimation du pouvoir de sanction de l'administration, et les questions fondamentales se sont transformées en problèmes de dogmatique constitutionnelle, dont les solutions sont, en premier lieu, recherchées par la Cour constitutionnelle.

II — Le droit espagnol antérieur à la Constitution de 1978 avait reconnu, dans la pratique, un pouvoir de sanction à l'administration, c'est-à-dire la possibilité d'appliquer les sanctions prévues dans une loi (au sens matériel) ⁽³⁾.

De manière générale, avant 1978, la doctrine n'était pas unanime sur la légitimité juridique du pouvoir de sanction de l'administration. Toutefois, dans une plus ou moins large mesure, un pouvoir de sanction soumis à certaines limites a toujours été reconnu à l'administration.

⁽¹⁾ Larezn: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Studienausgabe, 1983, p. 291 et suiv.

⁽²⁾ *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^e édition, sous la direction de Johannes Winckelmann, 1976, I.1, p. 125.

⁽³⁾ Une étude historique précise est reprise dans le travail de Ramón Parada Vázquez dans *RAP*, n° 67 (1972).

A — En règle générale, la doctrine recourait essentiellement à une justification historique et pragmatique. «Après un siècle et demi de disparité entre la législation ordinaire et la Constitution, il serait peu utile, écrit Parada Vázquez ⁽⁴⁾, de qualifier d'anticonstitutionnelles les normes administratives qui régissent le pouvoir de sanction de l'administration. Les annuler, poursuit-il, par un recours en inconstitutionnalité ou simplement y déroger — au-delà des normes de sanction controversées et politisées sur l'ordre public et les juridictions spéciales — supposerait que l'administration soit laissée sans défense et que soit niée la garantie la plus élémentaire de règles nécessairement coercitives sur l'activité des administrés.»

B — Le point de vue ci-dessus ne diffère qu'en apparence de l'opinion défendue par ceux qui estiment que le pouvoir de sanction de l'administration provenait de la «soumission des particuliers», résultant des «limites naturelles imposées à la liberté et à la propriété par la vie en société» ainsi que des «relations spéciales de pouvoir» ⁽⁵⁾. On peut donc déduire que «l'administration est légitimement en droit de limiter de manière *coercitive* les activités des particuliers, et pas uniquement pour des raisons d'ordre public» ⁽⁶⁾. Cela «cadrerait parfaitement dans l'État de droit actuel» ⁽⁷⁾, étant donné que «dans l'État de droit, ajoute Garrido Falla, l'individu apparaît comme le détenteur d'une sphère de liberté protégée juridiquement contre les interventions de l'État. Cette sphère est constituée par les droits de la liberté». Et de préciser: «la possibilité que l'utilisation de ces libertés puisse mettre en danger l'intérêt public justifie les pouvoirs de police détenus par l'État. Avec la police administrative, l'état de liberté civile cesse d'être un droit absolu du citoyen» ⁽⁸⁾. La légitimité du pouvoir de sanction administrative, conclut Garrido Falla, est puisée «dans l'essence du droit administratif moderne», et la «réaction policière contre l'abus dans l'exercice de ces deux droits (liberté et propriété) est généralement justifiée, bien que les textes positifs ne contiennent pas davantage de précisions» ⁽⁹⁾.

C — Suivant un point de vue similaire à celui de Parada Vázquez, García de Enterría ⁽¹⁰⁾ a introduit un critère limitant le pouvoir de sanction de l'administration relativement aux «*sanctions administratives de protection de l'ordre public*». En partant du principe de la séparation des pouvoirs ⁽¹¹⁾, de l'exclusivité de compétence du juge pénal et de la garantie «*nulla poena sine iudicio*», García de Enterría affirmait que l'on ne pouvait qu'aboutir à la «condamnation résolue sur le plan constitutionnel de l'appropriation

⁽⁴⁾ Loc. cit., p. 91.

⁽⁵⁾ Garrido Falla, dans *RAP*, 1959, p. 14 et suiv.

⁽⁶⁾ Garrido Falla, loc. cit., p. 11 et suiv.

⁽⁷⁾ Garrido Falla, loc. cit., p. 11.

⁽⁸⁾ Loc. cit., p. 12 et suiv.

⁽⁹⁾ Loc. cit., p. 15.

⁽¹⁰⁾ *REDA*, 1976, p. 399 et suiv.

⁽¹¹⁾ Sur l'origine historique de ce problème relativement au droit disciplinaire dans le droit espagnol, voir Alejandro Nieto: *Administración Pública*, n° 63, 1970, p. 39 et suiv.

par l'administration de pouvoirs généraux de répression» (12). Il ajoutait que, du point de vue des principes de droit répressif, le droit de sanction de l'administration conservait «les anciennes techniques grossières de la responsabilité objective, du *vesare in re illicita*, de l'appréciation et de la non-incrimination par la loi...» etc. Tout cela permet de dire «sans exagérer [...] que le droit administratif de sanction est un droit répressif de l'avant-Beccaria» (13).

La question de la légitimité des «sanctions administratives de protection de l'ordre public» doit, cependant, être distinguée, selon García de Enterría, de celle des «sanctions administratives d'autoprotection», c'est-à-dire des «sanctions disciplinaires (qui sont les plus caractéristiques du genre et sur le modèle desquelles les autres se fondent par analogie), sanctions de police domaniale, sanctions annulant des actes administratifs accordant des droits ou avantages et sanctions fiscales» (14). Dans ces cas, il s'agirait d'un pouvoir «voué à l'autoprotection, plus qu'à d'autres fins sociales générales, affectant uniquement ceux qui sont en relation directe avec son organisation ou son fonctionnement, et non dirigé contre les citoyens dans l'abstrait» (15). Ces sanctions seraient justifiées, au contraire de celles visant à la protection de l'ordre public, par la «nécessité de préserver l'ordre juridique institutionnel (organisationnel) pour lui permettre de remplir son office, en imposant à tous ceux qu'il couvre ou qui lui sont soumis le respect d'une discipline que l'institution administrative doit garantir par le recours à un *pouvoir de répression qui lui est inhérent*, comme à toute institution» (16).

Par conséquent, García de Enterría propose de limiter la légitimité des sanctions administratives à celles qu'il qualifie d'autoprotection de l'administration, qui seraient l'expression d'un pouvoir répressif inhérent à celle-ci. En revanche, les sanctions de protection de l'ordre public ne seraient pas inhérentes à la fonction administrative et manqueraient de légitimité, puisque l'exercice de fonctions répressives dans ce domaine ne serait pas compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs.

Le point de vue de García de Enterría introduit, donc, une réduction considérable du cadre légitime du pouvoir de sanction de l'administration. En ce qui concerne la légitimité des sanctions d'autoprotection, l'approche de García de Enterría coïncide toutefois avec le point de vue de Parada Vázquez. Le problème de la compatibilité de toute sanction administrative, y compris les sanctions d'autoprotection, avec le principe de la séparation des pouvoirs, reste de toute manière posé, étant donné qu'il est probablement possible de parvenir à la protection de l'administration de la même manière que pour tous les biens

juridiques protégés par le droit pénal, c'est-à-dire, par le biais de sanctions appliquées par la justice. Cela prouverait que la fonction de sanction n'est en aucun cas *inhérente* la protection de l'administration.

D — La thèse de García de Enterría a été poussée jusqu'à l'extrême par Bajo Fernández (17), qui ne trouve de légitimité qu'aux sanctions disciplinaires. «Quant au reste des sanctions, dit Bajo Fernández (18), la solution de García de Enterría ne semble pas du tout satisfaisante, puisqu'il s'agit soit précisément de sanctions (révocation de licence, interdiction de l'obtenir, etc.) dont on encourage de plusieurs côtés l'introduction dans le droit pénal économique [...], soit de sanctions identiques aux peines prévues à l'article 27 du code pénal. Dans les deux cas, elles peuvent être extrêmement graves et plus à craindre que les peines de privation de liberté, étant donné qu'elles restreignent d'importants droits et libertés. Selon moi, conclut-il, la prétendue similitude entre ces pouvoirs et le pouvoir disciplinaire n'est pas aussi évidente qu'on pourrait le croire, et, étant donné qu'il s'agit de peines très sévères, il conviendrait de préconiser également *de lege ferenda* leur juridictionnalisation, en accordant à l'administration des prérogatives procédurales, afin d'éviter qu'elle ne demeure sans défense dans un secteur dont elle a la charge» (19).

E — Cet aspect de la thèse de Bajo Fernández avait déjà été avancé, dans les grandes lignes, par Cerezo Mir (20). Toutefois, Cerezo ne met pas en doute, comme le fait Bajo, l'exercice du pouvoir de sanction de l'administration, mais le fait que celle-ci s'écarte des principes fondamentaux du droit pénal. «Puisque, jusqu'à présent, aucune différence qualitative n'a pu être déterminée entre le fait illicite pénal et le fait illicite administratif, entre la peine et la sanction administrative, il convient d'étendre l'application de certains principes fondamentaux du droit pénal aux infractions administratives» (21). Cependant, en ce qui concerne le principe de légalité établi dans l'actuel article 25.1 de la Constitution, Cerezo est d'avis que «le critère est louable», mais qu'«il aurait dû être limité aux infractions administratives graves» (22).

En résumé, Cerezo Mir ne met pas en cause, comme García de Enterría et Bajo Fernández, la légitimité du pouvoir de sanction de l'administration du point de vue du principe de la séparation des pouvoirs. Sur ce point, il admet probablement la légitimation «pragmatique» traditionnelle. Son interrogation ne porte que sur «les exigences de l'État de droit» (23) et, plus précisément, sur la mise à l'écart des principes fonda-

(12) Loc. cit., p. 405.

(13) Loc. cit., p. 409.

(14) Loc. cit., p. 400.

(15) Loc. cit., p. 400.

(16) Loc. cit., p. 400, non souligné dans l'original.

(17) *Derecho Penal Económico* (Droit pénal économique), 1978, p. 106 et suiv.

(18) Loc. cit., p. 107.

(19) Loc. cit., p. 107 et suiv.

(20) *Curso de Derecho Penal Español*, PG I, 2^e édition 1984, p. 45 et suiv., antérieurement dans *ADPCP* 1975, p. 159 et suiv.

(21) Loc. cit., p. 57.

(22) Loc. cit.

(23) Loc. cit., p. 53.

mentaux du droit pénal, essentiellement quand la gravité de la sanction administrative équivaut à celle de la sanction pénale. Sa demande d'une «loi qui régirait, de manière générale, l'exercice du pouvoir de sanction de l'administration»⁽²⁴⁾ s'appuie certainement aussi sur le principe de l'État de droit.

F — La question de l'illégitimité d'un droit de sanction dont l'application dépendrait de l'administration elle-même a été posée pour la première fois par Alejandro Nieto⁽²⁵⁾, sur la base d'une étude historico-institutionnelle détaillée. «En partant du dogme de la séparation des pouvoirs et compte tenu du fait que la sanction disciplinaire implique un jugement — et, en cas de gravité plus grande, un jugement pénal —, ne s'agit-il pas d'une immixtion du pouvoir exécutif dans les affaires du pouvoir judiciaire?»⁽²⁶⁾. Nieto pose ainsi très clairement la question de la séparation des pouvoirs en allant plus loin que García de Enterría et Bajo, qui laissaient en tout état de cause certains phénomènes de sanction en dehors du problème engendré par la séparation des pouvoirs.

Pour répondre à la question posée, Nieto aborde tout d'abord le problème des relations entre le droit disciplinaire et le droit pénal: «Si le droit disciplinaire est réellement un droit pénal, il conviendrait de le canaliser par les procédures et les organes propres au pouvoir judiciaire»⁽²⁷⁾. La réponse de Nieto repose sur la différence entre le droit disciplinaire et le droit pénal. Le premier est «l'objet d'un pouvoir interne de l'administration sur ses employés. Grâce à cela, conclut-il avec un optimisme indéniable, on parvient à laisser de côté l'important problème constitutionnel de l'éventuelle violation de la séparation des pouvoirs»⁽²⁸⁾.

En ce qui concerne le droit disciplinaire, la conclusion ne diffère donc pas de celle de García de Enterría et de Bajo Fernández. Il n'y a pas non plus de différence fondamentale sur le type d'arguments avancés: Nieto ne cesse de recourir à la force de conviction du pragmatisme ainsi que surtout, à «la réalité des choses» et à ce qu'il considère comme «une conséquence nécessaire de la nature même du pouvoir disciplinaire, qui est précisément administrative»⁽²⁹⁾. Nieto trouve une confirmation de cette thèse dans l'analyse des actes disciplinaires: de son point de vue, «ils contiennent un élément de jugement (déterminer si un fonctionnaire a commis l'infraction); cependant, cet élément ne constitue pas l'acte en soi, mais bien un simple préalable de celui-ci. L'administration, ajoutait-il, a certainement jugé; toutefois, l'acte de sanction n'est pas un exercice, mais bien l'effet d'un jugement».

(24) Loc. cit., p. 57.

(25) Dans *RAP*, n° 63 (1970), p. 39 et suiv. (55 et suiv.).

(26) Loc. cit., p. 55.

(27) Nieto, loc. cit., p. 56.

(28) Loc. cit., p. 66.

(29) Loc. cit., p. 66.

À partir de là, c'est-à-dire pour d'«évidentes nécessités pratiques»⁽³⁰⁾, il y a lieu de déduire que «le remède à cette incohérence juridique ne se trouve pas dans une exigence stérile d'unification des dispositions, pratiquement irréalisable, mais bien dans l'établissement d'une procédure administrative acceptable et dans la juridictionnalisation des organes de contentieux administratif, qui, comme chacun sait, sont devenus comparables en Espagne à des organes juridictionnels ordinaires, dont ils ne sont séparés que par leur spécialisation technique»⁽³¹⁾.

En somme, Nieto admet aussi que le pouvoir de sanction de l'administration est inhérent à la nature de celle-ci et que la légitimité de l'exercice de ce pouvoir dépend d'une procédure offrant suffisamment de garanties, à l'instar de Cerezo Mir.

III — Ce panorama de la doctrine que nous venons de voir semble avoir influé de manière décisive sur la réglementation en cette matière dans la Constitution de 1978. En effet, les deux points de friction que la doctrine qualifiait de problématiques, à savoir la séparation des pouvoirs et l'application des garanties constitutionnelles du droit pénal ordinaire au droit de sanction de l'administration, qu'exigeait la jurisprudence⁽³²⁾, ont été résolus de façon quasi expresse par la Constitution.

En effet, les articles 9, 25 et 106 de la Constitution jettent les bases constitutionnelles de l'admission du pouvoir de sanction de l'administration, sous réserve de garanties fondamentales.

L'article 9, tout d'abord, stipule, en son paragraphe 1, que «les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique» et, en son paragraphe 3, que «la Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part». De cette manière, le respect des garanties de l'État de droit est imposé à tous les pouvoirs de l'État ainsi qu'à toute l'action de l'administration.

Ensuite l'article 25.3 de la Constitution exclut de la compétence de l'administration les sanctions impliquant, de façon directe ou subsidiaire, une privation de liberté, d'où l'on peut déduire que la Constitution n'interdit pas à l'administration d'imposer d'autres sanctions n'entraînant pas la privation de liberté. De plus, selon l'article 25.1 de la Constitution, «nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui, lorsqu'elles se sont produites, ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, conformément à la législation en

(30) Loc. cit., p. 68.

(31) Loc. cit., p. 68; ainsi que p. 80 et suiv.

(32) García de Enterría, loc. cit., p. 409 et suiv.

vigueur à ce moment». La reconnaissance de l'«infraction administrative» comme étant une catégorie d'actes illicites au même titre que les délits et les fautes (voir code pénal) crée une triple configuration d'actes illicites punissables dissipant tout doute quant à la faculté pour le législateur de distinguer entre un droit pénal commun et un autre droit de sanction administrative et pose la question de la *manière* dont doivent s'articuler les deux systèmes.

L'article 106 de la Constitution attribue, par ailleurs, au pouvoir judiciaire le contrôle du «pouvoir réglementaire et de la légalité de l'action administrative ainsi que de la soumission de celle-ci aux fins qui la justifient». Il confirme ainsi les dispositions de l'article 9.1 de la Constitution, mais il impose en outre le contrôle judiciaire de l'exercice des pouvoirs que la loi accorde à l'administration.

2. Principe de légalité, nécessité d'une loi formelle et principe de culpabilité, relativement aux infractions administratives, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

2.1. PRINCIPE DE LÉGALITÉ ET NÉCESSITÉ D'UNE LOI

Toutefois, ces dispositions n'ont pas résolu tous les problèmes. Tout d'abord, la Constitution ne précise pas clairement *quel doit être l'ordre hiérarchique des normes* qui régissent les infractions administratives. Lorsque leur contenu implique une limitation des droits fondamentaux (articles 14 à 30 de la Constitution espagnole), il est indubitable que ces normes doivent revêtir la forme de la loi organique prévue à l'article 81.1 de la Constitution. Cependant, dans le cas contraire, le seul recours est le texte de l'article 25.1 de la Constitution, qui utilise une expression totalement ambiguë du point de vue de la hiérarchie des normes : « législation en vigueur ». L'article 25.1 n'apporte pas de réponse à la question de savoir si les sanctions administratives nécessitent une loi au sens formel du terme, c'est-à-dire votée par le parlement, ou s'il suffit d'une loi au sens matériel. Les arrêts 25/84 et 140/86 de la Cour constitutionnelle, qui portaient sur la nécessité ou non de donner la forme d'une loi organique au sens de l'article 81.1 de la Constitution à la loi sur les délits monétaires (loi 40/79), ont clarifié la situation. Dans le premier de ces arrêts, la Cour constitutionnelle a estimé que « l'article 25.1 de la Constitution, en prévoyant que nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui, lorsqu'elles se sont produites, ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, conformément à la législation en vigueur à ce moment, donne un caractère général au principe de légalité en matière de sanctions, dont il ressort qu'une sanction privative de liberté ou d'une autre nature ne sera appliquée que dans les cas prévus et définis dans les normes préétablies et uniquement dans la mesure prévue par ces normes » [...]. Les normes pénales ou punitives (y compris les normes qui ont pour objet les infractions administratives) « doivent absolument se traduire, conclut l'arrêt, par une loi ». Toutefois, la nécessité, dans tous les cas, d'une loi organique est exclue, puisqu'elle ne peut se déduire « sans plus de la connexion entre l'article 81.1 et l'article 25.1 de la Constitution ». Par conséquent, la Cour constitutionnelle soutient que « l'évolution visée à l'article 81.1 et exigeant une loi organique se produira lorsque les droits fondamentaux feront l'objet des normes de sanctions pertinentes ».

Dans son arrêt 140/86, la Cour constitutionnelle a réaffirmé que « la formulation du principe de légalité pour les normes de sanctions pénales, contenu dans l'article 25.1 de la Constitution, suppose une loi formelle pour ce type de normes, mais n'implique pas

en soi qu'elle revête les caractéristiques d'une loi organique au sens de l'article 81.1 du texte constitutionnel ». Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle s'est limitée à vérifier si les peines privatives de liberté énoncées dans une loi ordinaire violaient le droit établi à l'article 17.1 de la Constitution (droit à la liberté). C'est pourquoi il conviendrait de se demander si ces arrêts constituent un précédent définitif en matière de droit de sanction administrative ou si, au contraire, les références à ce droit, et en particulier les références explicites contenues dans le troisième motif de l'arrêt 25/84 de la Cour constitutionnelle, ne constituent qu'un *obiter dictum*, étant donné que, pour le droit de sanction administrative, la Constitution interdit l'imposition de sanctions impliquant, de façon directe ou subsidiaire, la privation de liberté (article 25.3 de la Constitution).

La réponse à cette question est nécessairement négative. En d'autres termes, la question de la nécessité d'une loi formelle pour les infractions administratives doit être considérée comme un *obiter dictum*, et donc comme une question non encore tranchée par la Cour constitutionnelle. Celle-ci, dans son arrêt 25/84, avait seulement à se prononcer sur la constitutionnalité des peines du droit pénal ordinaire; même si, pour ce faire, il lui fallait interpréter l'article 25 de la Constitution espagnole et, en particulier, l'expression « législation en vigueur », qui, dans le texte, porte aussi bien sur les délits et les fautes que sur les infractions administratives, il n'en reste pas moins qu'il n'est *a priori* pas absolument nécessaire que le principe de légalité ait la même force pour les infractions pénales et pour les infractions administratives. Le texte de la Constitution semble laisser la question ouverte, dans la mesure où il ne fait référence qu'à la législation. D'autre part, la Cour constitutionnelle a estimé qu'elle ne devait pas se prononcer sur les amendes pénales, bien qu'elles donnent lieu (par l'entremise de l'article 91 du code pénal) à des peines privatives de liberté en cas de non-paiement.

Quoi qu'il en soit, la question constitutionnelle que posent les sanctions pénales ne s'identifie pas, en principe, à celle découlant des sanctions administratives, étant donné que, si toute sanction pénale implique un reproche personnel qui peut toucher l'honneur (article 18 de la Constitution) de celui qui la subit, ce n'est pas le cas des sanctions administratives.

Cependant, la *Cour constitutionnelle*, dans d'autres arrêts sur le thème spécifique du principe de légalité, a explicitement déclaré que l'expression « législation en vigueur » de l'article 25.1 implique, pour les sanctions administratives, « la nécessité et l'existence d'une norme de rang légal approprié, que la Cour a identifiée comme étant une loi au sens formel »⁽³³⁾. Cette thèse a été défendue pour la première fois par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 18/1, dans lequel elle affirme que « les principes qui ont inspiré l'ordre pénal

⁽³³⁾ Arrêt 61/90 de la Cour constitutionnelle; voir dans le même sens également les arrêts 42/87, 3/88, 101/88, 29/89, 69/89 et 219/89.

s'appliquent, sous réserve de certains nuances, au droit de sanction administrative, étant donné que tous deux sont des émanations de l'ordre punitif de l'État, résultant de la Constitution elle-même (article 25, principe de légalité) et d'une jurisprudence répétée de notre Cour suprême». Dans cet arrêt 18/81, la Cour constitutionnelle a estimé, en outre, que — dans de telles conditions — le pouvoir de sanction de l'administration était compatible avec le *principe de la séparation des pouvoirs* (34).

À son tour, la *Cour suprême* a soutenu, à plusieurs reprises, que «le pouvoir de sanction de l'administration, dans le cadre de sa fonction de police au sens classique du terme, crée un environnement intrinsèquement pénal, permettant de tirer, dans tous les cas, les conséquences de cette prémisse quant aux différentes manifestations substantielles ou formelles, allant de l'incrimination à la non-rétroactivité, du principe de légalité à la prescription et de l'audition de l'intéressé à la *reformatio in pejus*» (35).

En tout état de cause, tant la Cour suprême (36) que la Cour constitutionnelle ont admis une certaine relativisation du principe de légalité, mais essentiellement dans la mesure où celui-ci impose une détermination précise du comportement punissable (37), ce qui, bien évidemment, ne touche en rien le rang légal de la norme qui établit l'infraction.

La Cour constitutionnelle a reconnu la compatibilité des «*lois en blanc*» avec le principe de légalité, en soutenant que «l'article 25.1 de la Constitution espagnole détermine la couverture nécessaire du pouvoir de sanction de l'administration dans une norme de rang légal, mais n'exclut pas que cette norme contienne des renvois à des normes réglementaires, pour autant qu'elle définisse suffisamment les éléments essentiels du comportement antijuridique (de manière que ne soient considérées comme infractions que les actions ou omissions assujetties à la norme ayant rang de loi) et la nature et les limites des sanctions à imposer» (38). Dans son arrêt 83/84, la Cour constitutionnelle avait déjà souligné «la possibilité que les lois contiennent des renvois à des normes réglementaires», tout en excluant que «ces renvois donnent naissance à une réglementation indépendante et qui ne serait pas clairement subordonnée à la loi». De la même manière, l'arrêt 22/87 de la Cour constitutionnelle, avait justifié la nécessité de ces renvois par le «modèle constitutionnel de distribution des pouvoirs publics» et par le «caractère, d'une certaine manière, inéluctable du pouvoir réglementaire dans certaines matières» (39).

(34) Voir également arrêt 2/87 de la Cour constitutionnelle.

(35) Arrêts de la Cour suprême du 16 décembre 1986, du 20 décembre 1987 et du 13 juin 1990.

(36) Par exemple, arrêt de la Cour suprême du 25 septembre 1990.

(37) Voir, entre autres, arrêts 3/88 et 61/90 de la Cour constitutionnelle.

(38) Arrêt 3/88 de la Cour constitutionnelle, motif 9.

(39) Arrêt 2/87 de la Cour constitutionnelle.

Cependant, la Cour constitutionnelle, suivant la voie de la Cour suprême dans ce domaine, a établi les différents degrés de nécessité pour les lois, dans le cadre desquels l'administration doit exercer son pouvoir de sanction. À cet égard, la Cour constitutionnelle a recouru aux «*relations de sujétion spéciales*», dans lesquelles elle a vu une raison de limiter le droit fondamental visé à l'article 25.1 de la Constitution espagnole.

La Cour constitutionnelle a établi, dans ce sens, une forte limitation du principe de légalité dans certains cas de «*lois en blanc*», qui renvoient à un règlement spécial, étant donné qu'elle est d'avis que «ce principe (en matière punitive) perd en partie sa raison d'être dans les relations de sujétion spéciales, même si, dans ce domaine également, une sanction démunie de toute base juridique porterait atteinte au droit fondamental reconnu par l'article 25.1 de la Constitution» (40). De cette relation de sujétion spéciale qui caractérise le droit disciplinaire, la Cour constitutionnelle déduit que «la relativité de la portée du principe de légalité en matière disciplinaire semble particulièrement justifiée» et qu'il suffit, pour ce principe, d'une autorisation légale générale octroyant à l'organe créateur de la norme la faculté de «veiller à l'éthique et à la dignité professionnelle [...] et d'exercer le pouvoir disciplinaire dans l'ordre professionnel et collégial». Toutefois, une clause générale de ce type «est manifestement contraire aux exigences de l'article 25.1 de la Constitution, lorsqu'il s'agit des *relations de sujétion générales*. Dans ce domaine, la Cour constitutionnelle a établi que, «en définitive, l'article 25.1 de la Constitution oblige le législateur à réglementer lui-même les types d'infraction administrative et les sanctions qui leur correspondent, dans la mesure nécessaire au respect du principe de légalité. D'un autre point de vue, et pour autant que cette réglementation par la loi n'a pas lieu, il est illicite, en se fondant sur la Constitution, de définir de nouvelles infractions, d'introduire de nouvelles sanctions ou d'altérer le cadre des infractions et sanctions existantes par une norme réglementaire dont le contenu n'est pas suffisamment préétabli ou délimité par une autre norme de rang légal» (41). Cette dernière condition de *prédétermination par la loi des éléments essentiels de l'infraction* a été confirmée par la suite dans l'arrêt 3/88 de la Cour constitutionnelle, qui déclare qu'«il est nécessaire, pour satisfaire aux dispositions de l'article 25.1 de la Constitution, que soient prédéterminés, dans la norme de loi, les comportements illicites et les sanctions correspondantes» (motif 9).

Dans la pratique, la Cour constitutionnelle n'a de toute façon pas été stricte pour les conditions de détermination de la couverture légale qu'elle a jugée essentielle dans les cas de «*lois en blanc*» et pour les relations de sujétion générales. En effet, s'agissant des

(40) Arrêt 219/89 de la Cour constitutionnelle.

(41) Arrêt 42/87 de la Cour constitutionnelle.

lois d'une communauté autonome, qui peuvent compléter la loi *pénale* en blanc de l'article 349 du code pénal (délit fiscal), la Cour constitutionnelle a considéré que l'autorisation générale contenue à l'article 12 de la loi organique 8/80 (LOFCA)⁽⁴²⁾ était une «couverture légale» suffisante.

Conformément à cette disposition, «les communautés autonomes pourront majorer les impôts nationaux qui leur sont cédés ainsi que ceux qui ne leur sont pas cédés, mais qui s'appliquent au revenu ou au patrimoine des personnes physiques dont le domicile fiscal est situé sur leur territoire». La Cour constitutionnelle a estimé, à la majorité, qu'il n'était pas nécessaire que l'autorisation concédée par la loi organique soit détaillée, et, dès lors, si cette loi ne stipule pas de limite aux pouvoirs fiscaux, le législateur de la communauté autonome n'est pas limité dans l'exercice de ceux-ci. «Il n'y a pas lieu de conclure — dit l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 octobre 1990, motif 4 — que, en l'absence d'une législation nationale distincte et plus étendue que celle contenue dans la LOFCA, la communauté autonome de Madrid ne peut pas décider la majoration en question.» La Cour constitutionnelle a laissé ici sans réponse la question de savoir si ces prémisses excluent que l'infraction à ces lois de la communauté autonome reposant sur des autorisations légales vagues puisse donner lieu à l'application de sanctions administratives ou pénales⁽⁴³⁾. Toujours est-il que, dans d'autres matières liées au principe de légalité, la Cour constitutionnelle a différencié entre les effets du principe de légalité dans la législation fiscale, selon que la question touche des matières purement fiscales ou d'autres domaines. Dans ses arrêts 27/81 et 6/83, par exemple, la Cour constitutionnelle avait admis que, en dehors des matières visées à l'article 9.3 de la Constitution, l'interdiction de la non-rétroactivité n'était pas absolue et que le législateur pouvait donner aux lois des effets rétroactifs. Toutefois, dans son arrêt du 4 octobre 1990, la Cour constitutionnelle a précisé qu'«affirmer la rétroactivité des normes fiscales ne suppose pas le maintien, toujours et en toute circonstance, de leur légitimité constitutionnelle, qui peut, en effet, être mise en cause lorsque sa rétroactivité contrevient à d'autres principes consacrés par la Constitution, notamment le principe de la sécurité juridique»⁽⁴⁴⁾. On peut donc en déduire que l'infraction aux compléments de «lois en blanc», édictés en vertu d'autorisa-

(42) Arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 octobre 1990, portant sur la surtaxe de 3% sur l'impôt sur le revenu des personnes physiques, établie par une loi de la communauté autonome de Madrid.

(43) Dans le cas des lois fiscales, il est probable que cela ne posera aucun problème, puisque la seule chose que la loi de la communauté autonome doit définir est le fait imposable et le montant de la contribution. Dans le cas de la loi 15/84 de la communauté autonome de Madrid, du 19 décembre, qui a fait l'objet de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 octobre 1990, ces éléments étaient indubitables, mais il manquait une détermination légale indiquant que les impôts nationaux pourraient servir de base à la surtaxe de la communauté autonome.

(44) Motif 8.

tions légales floues, ne devrait pas satisfaire aux exigences du principe de légalité.

2.2. CRITÈRES EN VUE D'ASSOULIR LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

2.2.1. Relations de sujétion spéciales

L'analyse précédente de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fait toutefois apparaître que, dans la pratique, celle-ci n'établit pas de lien entre le principe de légalité, d'une part, et des exigences strictes en matières de sanctions administratives, d'autre part.

Tout d'abord, cela résulte du sens général donné par la Cour constitutionnelle aux *relations de sujétion spéciales en tant que fondement* de la limitation des droits fondamentaux. Dans son arrêt 2/87, elle estime que «le principe de légalité dans les sanctions administratives [...] a une portée différente, tout au moins en ce qui concerne la définition du fait illicite pour la détermination des contraventions «fautes» dans le cadre d'une relation spéciale de sujétion». Dans l'arrêt 219/89 déjà cité, la Cour a développé son point de vue en disant que «ce principe perd en partie sa raison d'être dans le cadre des relations de sujétion spéciales»⁽⁴⁵⁾. Dans le premier de ces arrêts, ainsi que dans son arrêt du 2 juillet 1990, il s'agissait de sanctions imposées à des personnes détenues dans des établissements pénitentiaires, alors que dans l'arrêt 219/89 il s'agissait de la «délégation de pouvoirs publics à des entités corporatives dotées d'une large autonomie pour la réglementation et le contrôle de l'exercice d'activités professionnelles», ce qui prouve l'exceptionnelle étendue du concept dans la jurisprudence constitutionnelle.

Le concept de «relations de sujétion spéciales» a été élaboré par la doctrine du droit public à la fin du XIX^e siècle et fait référence aux relations étroites entre l'État et le citoyen, et en particulier aux relations à l'école publique, dans les établissements pénitentiaires de même que, en général, aux relations qui naissent au sein des établissements publics, ainsi qu'à celles liant l'État et les fonctionnaires ou les personnes assujetties à la prestation du service militaire.

La conséquence de cette théorie est que «le citoyen qui se trouve dans une relation de sujétion spéciale relève du domaine administratif, et, par conséquent, les droits fondamentaux et le principe de légalité — qui détermine uniquement la relation générale entre État et citoyen — ne sont pas valables. L'administration assure la réglementation, par le biais de dispositions administratives (règlements intérieurs de l'établissement), des relations dans de telles situations»⁽⁴⁶⁾. «Cette théorie, ajoute Maurer au même endroit, a

(45) Voir également arrêt 69/89 et arrêt de la Cour constitutionnelle du 2 juillet 1990.

(46) Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e édition, 1986, p. 87.

non seulement été de mise pendant toute la république de Weimar, mais également longtemps après l'adoption de la Loi fondamentale, bien que les critiques n'aient cessé de s'amplifier.» La Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht) a ôté toute légitimité à la théorie des relations spéciales du pouvoir par des arrêts qui touchaient deux domaines essentiels où elle était reconnue comme valable: les établissements pénitentiaires et l'école.

Dans son arrêt du 14 mars 1972 ⁽⁴⁷⁾, le Bundesverfassungsgericht a soutenu que «les droits fondamentaux des internés d'un établissement pénitentiaire ne peuvent être limités que par une loi ou sur la base d'une loi» ⁽⁴⁸⁾. Cette loi, reconnaissait-il, si elle ne peut renoncer à des clauses générales, devra les limiter le plus étroitement possible. Dans les attendus de son arrêt, la Cour allemande a énoncé des affirmations qui s'appliquent au droit espagnol: «La Loi fondamentale, dit-elle, constitue un ordre lié à des valeurs, qui reconnaît la protection de la liberté et de la dignité humaine comme étant la finalité la plus élevée de tout droit; sa conception de l'homme n'est pas celle d'un autocrate, mais bien celle d'une personne vivant dans une communauté et liée à celle-ci par différents devoirs.» Il s'ensuit que la limitation des droits fondamentaux dans un établissement pénitentiaire n'entre en ligne de compte que si «elle est indispensable pour atteindre un des objectifs de la Constitution et relatif à la communauté, et elle ne peut avoir lieu que dans la forme constitutionnelle prévue à cet effet» ⁽⁴⁹⁾.

La comparaison des règles dégagées par notre Cour constitutionnelle et celles du Bundesverfassungsgericht révèle que, chez nous, la protection du principe de légalité est réduite, étant donné que la Cour espagnole admet une zone grise, celle des «relations de sujétion spéciales», à l'intérieur de laquelle ces principes ne s'appliquent pratiquement pas. Il convient d'ajouter à cela que les «relations de sujétion spéciales» ont, dans la jurisprudence espagnole, une ampleur inhabituelle, qui dépasse de loin les limites que leur reconnaît la doctrine.

2.2.2. Clauses générales

La limitation du principe de légalité est encore plus grande si l'on tient compte du fait que, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, presque toutes les *clauses générales* remplissent les exigences de définition précise. La faiblesse des exigences de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point apparaît déjà clairement dans le droit pénal.

En effet, dans son arrêt 133/87, la Cour constitutionnelle a affirmé que le principe de légalité nécessitait, pour le moins, «l'existence d'une loi écrite (lex

scripta), que la loi soit antérieure au fait sanctionné (lex praevia) et que la loi décrive un fait strictement défini (lex certa)», et d'ajouter l'interdiction de l'analogie, bien qu'elle soit, parfois, dérivée de l'exigence de *lex certa* (deuxième paragraphe du motif 4, STC 133/87) et, d'autres fois, de la nécessité de la *lex praevia* (troisième paragraphe du motif). La Cour a souligné que le principe de légalité concrétisait certains aspects de l'État de droit (article 1^{er} de la Constitution) touchant la sécurité juridique, dans la mesure où il suppose pour le citoyen la «programmation de son comportement sans crainte des ingérences imprévisibles du système de sanction de l'État» ⁽⁵⁰⁾. Toutefois, le même arrêt 133/87 a, du point de vue de l'exigence de description stricte, déclaré qu'aucune objection ne pouvait être formulée contre l'article 391.2 du code de justice militaire (aujourd'hui aboli), qui sanctionnait simplement le «non-respect des devoirs militaires», ce qui, avec la meilleure volonté du monde, ne pouvait être considéré que comme une clause générale sans aucune précision.

2.2.3. Absence de «clauses de référence inverse»

Tout aussi faible est l'exigence de détermination stricte du comportement interdit dans l'arrêt 122/87 de la Cour constitutionnelle, qui soutient qu'une loi pénale en blanc (loi organique 40/79 sur le contrôle des changes), renvoyant de manière générale des «dispositions disséminées dans une multitude de dispositions réglementaires, voire dans de simples instructions administratives, dont certaines ne sont même pas publiées», peut satisfaire aux exigences du principe de légalité.

Par conséquent, il n'est pas surprenant que, en matière d'infractions administratives, l'exigence de certitude que la Cour constitutionnelle a toujours considérée comme étant de moindre importance que dans le cadre pénal ⁽⁵¹⁾ ait pratiquement disparu.

Par ailleurs, dans le domaine des *lois de sanction en blanc*, la question de l'insécurité découlant des clauses générales est accentuée parce que la jurisprudence n'exige pas encore la *clause de référence inverse*, que requiert, en revanche, la Cour constitutionnelle allemande. En effet, la jurisprudence — et cela est apparu dans l'arrêt 122/87 de la Cour constitutionnelle qui vient d'être cité — considère comme suffisamment définie une référence qui soit même tacite ou découlant d'une disposition de sanction ouverte (lois appelées «*lois en blanc authentiques*» dans la doctrine) ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁷⁾ BVerfGE 33, 1 et suiv.

⁽⁴⁸⁾ Loc. cit., p. 11.

⁽⁴⁹⁾ BVerfGE 33, 11.

⁽⁵⁰⁾ Voir également arrêt 127/90 de la Cour constitutionnelle.

⁽⁵¹⁾ Voir l'arrêt 2/87 de la Cour constitutionnelle, motif 2.

⁽⁵²⁾ Rogall: *OWiG, Karlsruher Kommentar*, 1989, Vor 1, n° 16; voir arrêt 122/87 de la Cour constitutionnelle, motif 3, dans lequel il est question de «normes pénales en blanc ou ouvertes» à propos de la loi sur le contrôle des changes.

Jusqu'à présent, comme cela a déjà été dit, la Cour constitutionnelle et la Cour suprême n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si la norme complémentaire doit inclure une « clause de référence inverse », permettant à ses destinataires de savoir que l'infraction est assortie d'une sanction, c'est-à-dire sur les lois appelées « lois pénales en blanc impropres ».

Sur la base de textes et de principes constitutionnels analogues aux textes espagnols, la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) a décidé que, « pour que les dispositions en blanc soient applicables, il faut, en règle générale, que les dispositions du texte réglementaire renvoient, à leur tour, à la loi déterminant l'amende administrative ("clause de référence inverse") »⁽⁵³⁾. Dans ce cas, il s'agissait d'une norme municipale faisant référence à la loi d'habilitation d'un Land, mais ne renvoyant pas à la norme en blanc qui contenait la sanction, ce qui a été jugé insuffisant. La doctrine soutient que l'exigence d'une « clause de référence inverse » est une « technique visant à garantir une meilleure perception des normes en blanc et à exclure de la loi en blanc les normes complémentaires insuffisamment précises »⁽⁵⁴⁾.

La nécessité d'exiger du législateur espagnol qu'il inclue dans les normes complémentaires une clause de référence inverse se déduit du lien entre le principe de légalité et celui de la sécurité juridique qu'a établi — à juste titre — la Cour constitutionnelle⁽⁵⁵⁾ pour garantir que le citoyen puisse programmer son comportement « sans crainte des ingérences imprévisibles de l'ordre de sanction de l'État ». Si cette déclaration est réellement prise au sérieux, il ne fait aucun doute que cette programmation ne sera pas exempte de craintes, tant que l'on admettra des références générales à des dispositions dont on ignore où elles se trouvent et tant que les dispositions complémentaires ne seront pas clairement définies.

2.3. CONCEPT DE SANCTION ET PORTÉE

En revanche, la Cour constitutionnelle a étendu le concept de sanction et, parallèlement, les exigences du principe de légalité à tous les *actes administratifs*, sans le limiter à des pertes de droit à caractère réellement afflictif. Un exemple de ce concept large de sanction est l'arrêt 61/90 de la Cour portant sur le retrait d'une licence pour non-respect des conditions présidant à son octroi. La Cour constitutionnelle a ainsi entériné le concept de *sanction au sens large* proposé par la doctrine⁽⁵⁶⁾.

Toutefois, dans son arrêt 181/90, la Cour constitutionnelle a soutenu que « la révocation d'une licence constitue un acte administratif qui a parfois un caractère de sanction et parfois non. Lorsque la révocation d'une licence repose sur le non-respect des conditions imposées par la réglementation pour l'exercice de l'activité concernée, il y a lieu d'affirmer que l'on ne se trouve pas en présence d'une sanction, mais d'une simple mesure d'application de cette réglementation par l'administration compétente ».

Cette distinction entre *sanctions stricto sensu* et la *révocation d'actes administratifs favorables* (uniquement considérée comme une sanction au sens large) permet, dans le même sens que celui suivi par la doctrine allemande du droit administratif⁽⁵⁷⁾, de distinguer différents niveaux d'application du principe de légalité qui, bien évidemment, régit également la révocation d'actes administratifs favorables.

2.4. AUTRES CONSÉQUENCES DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ

La Cour constitutionnelle a admis de même que l'*interdiction d'une extension par analogie in pejus* des normes de sanctions administratives est une conséquence du principe de légalité énoncé à l'article 25.1 de la Constitution⁽⁵⁸⁾.

Elle a également jugé que l'article 25.1 inclut implicitement le principe *non bis in idem*. Dans son arrêt 2/81, elle a estimé que, « bien que (le principe *non bis in idem*) ne soit pas expressément repris dans les articles 14 à 30 de la Constitution, [...] il n'en demeure pas moins que, comme l'ont compris les parlementaires de la commission des affaires constitutionnelles et des libertés publiques du Congrès en l'omettant dans la rédaction de l'article 9 de l'avant-projet de Constitution, il est intimement lié aux principes de légalité et de détermination des infractions, essentiellement visés à l'article 25 de la Constitution ». Dans différents arrêts, la Cour constitutionnelle a toutefois précisé que, de toute manière, un cumul de sanctions, l'une pénale et l'autre administrative, est constitutionnellement admissible « dans les cas où existe une relation de sujétion spéciale et où les deux sanctions n'ont pas le même fondement »⁽⁵⁹⁾.

Il a également été reconnu que le principe *non bis in idem*, s'il s'applique généralement au cumul de sanctions administratives et pénales pour un même fait, peut aussi être invoqué « dans une même procédure ou une pluralité de sanctions principales face aux mêmes sujets, faits ou fondements »⁽⁶⁰⁾. On peut, par conséquent, en déduire que ce principe exclut le cumul des

⁽⁵³⁾ BVerfG dans NStZ 1990, 394, et dans NStZ 1991, 73.

⁽⁵⁴⁾ Rogall, loc. cit., Vor 1, n° 17; dans le même sens Tiedemann: *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 267; Gohler: *Gesetz über OWi, Kommentar*, 8^e édition, 1987, Vor 1, n° 18.

⁽⁵⁵⁾ Arrêt 133/87 de la Cour constitutionnelle, motif 7.

⁽⁵⁶⁾ Garcia de Enterría, loc. cit.

⁽⁵⁷⁾ Maurer, loc. cit., p. 239 et suiv.

⁽⁵⁸⁾ Arrêts 75/84 et 182/90 de la Cour constitutionnelle.

⁽⁵⁹⁾ Arrêts 2/81, 77/83, 159/85 et 112/90 de la Cour constitutionnelle.

⁽⁶⁰⁾ Arrêt 154/90 de la Cour constitutionnelle.

sanctions pénales ainsi que celui des sanctions administratives.

2.5. PRINCIPE DE CULPABILITÉ

Le *principe de culpabilité* a également été reconnu comme un principe fondamental du droit administratif de sanction. La Cour suprême avait déjà exigé, avant l'adoption de la Constitution de 1978, que le dol ou la faute soit une des conditions préalables à la sanction administrative⁽⁶¹⁾. La doctrine a suivi la même voie; García de Enterría⁽⁶²⁾ a consacré à cette exigence une attention particulière et a, en outre, soutenu qu'une «particularité de cette exigence dans le droit administratif de sanction est la possibilité de reprocher des conduites injustes non seulement aux personnes physiques, mais également aux personnes morales; la «capacité de culpabilité» s'étend, par conséquent, dans ce domaine, à la différence du droit pénal judiciaire, aux organisations transpersonnelles ou impersonnelles»⁽⁶³⁾.

Le même point de vue a été adopté récemment par la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle a jugé de la *constitutionnalité de la réforme de la loi générale sur les impôts*. La décision était déjà implicite dans la jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle, qui avait affirmé que les principes généraux du droit pénal étaient applicables aux sanctions administratives⁽⁶⁴⁾. L'arrêt 76/90 de la Cour constitutionnelle a réglé la question de la constitutionnalité des articles 1^{er} et 4 de

(61) Voir, entre autres, arrêts de la Cour suprême des 16 février 1962, 27 avril 1966, 7 juin 1966, 20 février 1967, 21 février 1969, 31 décembre 1971 et 11 mars 1976.

(62) *Revista Española de Derecho Administrativo*, juillet/août 1976, p. 413; récemment Suárez Rincón: *Sanciones Administrativas*, p. 164 et suiv., qui signale que la Cour suprême n'a pas tiré toutes les conséquences que l'on pouvait attendre en ce qui concerne le principe de culpabilité.

(63) Voir également Bajo Fernández: *Derecho Penal Económico*, p. 109 et suiv.; Zugaldía Espinar dans *COCr*, n° 11 (1980), p. 67 et suiv.

(64) Arrêt 8/81 de la Cour constitutionnelle, qui admet, en tout état de cause, une application «avec certaines nuances».

la loi 10/85, modifiant les articles 38, 39.1, 40.1, 45.2 et le régime d'infractions et de sanctions fiscales (articles 77/89 de la loi générale sur les impôts), posée sur la base des principes de culpabilité et de légalité.

En ce qui concerne le *principe de culpabilité*, que l'arrêt traite sous l'angle de l'exigence de dol ou de faute, la Cour constitutionnelle a estimé que, même si la nouvelle rédaction de l'article 77.1 de la loi générale sur les impôts n'établissait pas expressément les conditions préalables de la responsabilité, «cela ne peut mener à la conclusion erronée que l'élément subjectif de la culpabilité ait été ôté de la configuration de l'acte fiscal illicite pour le remplacer par un système de responsabilité objective ou exempte de faute. Dans la mesure où la sanction des infractions fiscales est une des manifestations du *ius puniendi* de l'État, ce résultat serait inadmissible dans notre ordre juridique». Quoiqu'il en soit, elle rappelle une fois de plus que «l'intégration des principes constitutionnels du droit pénal par le droit administratif de sanction ne peut se faire mécaniquement et sans nuance», raison pour laquelle le principe de culpabilité n'est pas affecté, selon la Cour constitutionnelle, par l'existence de formes de responsabilité solidaire dans le cadre des actes fiscaux illicites (article 38.1 de la loi générale des impôts), pour autant que soit respectée l'exigence de dol ou de faute.

De même, la Cour constitutionnelle établit, dans son arrêt 76/90, que le principe de culpabilité impose l'octroi de la possibilité d'erreur de «droit» et qu'il n'est pas nécessaire pour autant que cette raison d'exclusion de la responsabilité soit expressément prévue dans le texte de loi⁽⁶⁵⁾. «C'est précisément parce que, dit l'arrêt, la loi lie cette responsabilité à une conduite coupable préalable, qu'il est évident que l'erreur de droit — singulièrement l'erreur invincible — pourra produire les effets d'exclusion ou d'atténuation qui lui sont propres dans un système de responsabilité subjective»⁽⁶⁶⁾.

(65) Motif 4, C).

(66) Ibidem.

3. Caractéristiques juridiques du système de sanctions administratives en Espagne

3.1. MODÈLES LÉGISLATIFS MODERNES

Pour la présente étude, la description du système de sanctions administratives de l'ordre juridique espagnol doit se concentrer sur la législation moderne en la matière, c'est-à-dire celle postérieure à la Constitution. Elle montre l'orientation que suit le système actuel dans le cadre des principes constitutionnels. Il n'existe pas, de toute manière, de loi générale sur les sanctions administratives.

Les principaux textes qui ont une portée vaste et générale sont les suivants: a) la loi générale sur les impôts du 28 décembre 1963 (préconstitutionnelle), dont le régime de sanctions a été modifié par la loi 10/85⁽⁶⁷⁾; b) la loi 8/88, sur les infractions à l'ordre social, qui contient le système de sanctions administratives le plus poussé; c) la loi 16/89, du 17 juillet 1989, sur la protection de la concurrence; d) la loi-cadre 18/89, sur le trafic, la circulation de véhicules à moteur et la sécurité routière, qui a donné naissance au décret royal 339/90, dont deux titres sont consacrés aux infractions et sanctions, pour le premier, et à la procédure de sanction, pour le second. Ces lois font ressortir les orientations que la législation moderne, inspirée de la Constitution de 1978, suit en la matière.

3.2. RÉFORME DE LA LOI GÉNÉRALE SUR LES IMPÔTS PAR LA LOI 10/85

La loi générale sur les impôts (LGT) de 1963 comportait un système de sanctions administratives et une définition des actes illicites punissables qui étaient dépassés. La réforme a introduit plusieurs éléments importants:

- a) elle a étendu aux comportements « simplement négligents » la sanction qui, dans l'ancien texte de l'article 77 de la loi générale sur les impôts, se limitait aux cas de comportements « volontaires » (qui étaient considérés comme dolosifs);
- b) elle a élargi les assujettis aux *personnes morales* (article 77.3 de la loi générale sur les impôts) qui « réalisent des actions ou des omissions définies comme des infractions par la législation ». Le texte antérieur ne stipulait pas de responsabilité sanctionnable pour les personnes morales;
- c) elle a éliminé les règlements sur les impôts comme source législative des infractions, bien que l'article 8.2 prévoit la technique de lois en blanc, pouvant être complétées par des normes réglementaires « dans les limites établies par la loi »;

- d) elle a dressé une liste de circonstances qui excluent la responsabilité sanctionnable (article 77.4), mais ne suppriment pas, toutefois, l'obligation fiscale ni les risques et intérêts de retard (article 77.5);
- e) elle a précisé le principe *non bis in idem*, en indiquant que la sanction pénale pour un acte illicite commis en matière fiscale exclut l'imposition d'une sanction administrative;
- f) elle a diversifié le catalogue des sanctions, qui, dans l'ancienne rédaction de la loi générale sur les impôts, se réduisait à des amendes plus ou moins lourdes, en introduisant une *inaptitude* à l'obtention de subventions publiques ou de crédit officiel et à la jouissance d'avantages ou de stimulants fiscaux ainsi qu'à la conclusion de contrats avec l'État ou d'autres entités publiques et la *suspension* de l'exercice de « professions officielles, d'emploi ou de charge publique » (article 80);
- g) elle a établi des critères pour l'individualisation des sanctions fiscales (article 82).

Cependant, la réforme n'est pas parvenue à introduire un ordre systématique adapté, présentant clairement les éléments constitutifs d'un fait sanctionnable et leurs conséquences juridiques. Par exemple, les infractions graves sont définies à l'article 79, alors que les conséquences juridiques apparaissent à l'article 87, après une série de questions traitées dans le plus grand désordre (catalogue général des sanctions à l'article 80, compétence pour imposer les sanctions à l'article 81, critère et facteurs de gradation à l'article 82, etc.). Les facteurs de gradation des peines sont déterminés de manière générale (article 82), mais, par la suite, des différenciations sont introduites, sans justification précise, dans des cas particuliers selon l'importance du préjudice. En somme, les nouveautés introduites pour dissiper la confusion du texte des articles 77 et suivants initiaux n'ont pas été heureuses techniquement.

Quoi qu'il en soit, le classement incohérent des infractions en *infractions simples*, en *omissions* et en *fraudes* a été supprimé. Non seulement il comportait des chevauchements, mais également des contradictions, comme la description parmi les omissions de véritables actions positives [ex article 79, a) 2° et b) de l'ancienne rédaction] et la prise en compte comme fraudes de faits n'ayant rien à voir avec le concept de fraude.

Dans le nouveau système de sanctions fiscales, la sanction principale est toujours l'amende. La nouvelle rédaction parle d'*amendes fixes* pour les infractions simples et d'*amendes proportionnelles* pour les infractions graves. La distinction soulève d'emblée des objections, puisque toutes les sanctions doivent répondre au principe de proportionnalité et, par conséquent, être proportionnelles à la gravité de l'infraction. Toutefois, la question est peut-être simplement terminologique, si le principe de proportionnalité est respecté dans l'application.

⁽⁶⁷⁾ Cette réforme, comme nous l'avons vu, est à l'origine de l'arrêt 76/90 de la Cour constitutionnelle.

Plus importante est la question de savoir si les amendes prévues engendrent réellement l'effet préventif général qu'elles visent, surtout dans le cas de personnes morales. Sur ce point, la nouvelle loi a renforcé, par le biais de peines conjointes d'inaptitude à jouir de subventions, de crédits publics et d'avantages fiscaux ainsi qu'à conclure des contrats avec l'État ou d'autres entités publiques, l'effet préventif de l'amende en introduisant un élément important à cet égard. Cependant, on ne peut oublier que l'effet préventif général ne dépend pas uniquement des menaces, mais également de la réalité des inspections permettant de découvrir les infractions. En tout état de cause, les amendes « proportionnelles » qui ne peuvent dépasser le triple des montants qui n'ont pas été versés ou des avantages ou restitutions indûment perçus peuvent être peu efficaces dans les cas extrêmes, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de petits montants ou lorsqu'il s'agit de sommes importantes dans le cas de grandes entreprises. Si l'on tient compte du fait que les infractions graves (article 79) relèvent généralement de l'article 349 du code pénal lorsque l'impôt élué dépasse les 5 millions de pesetas, la sanction la plus élevée pour ces infractions ne pourra en aucun cas dépasser 15 millions de pesetas.

3.3. LOI SUR LES INFRACTIONS À L'ORDRE SOCIAL (LOI 10/85)

3.3.1. Genèse

La jurisprudence constitutionnelle a trouvé un premier écho sur le plan législatif dans la loi 8/88, du 7 avril 1988, qui peut servir de modèle pour expliquer le système juridique des sanctions administratives en droit espagnol.

Le législateur a précisément souligné dans l'exposé des motifs de ladite loi que, « dans le droit regroupé sous le titre générique de droit social, les normes de sanction sont dispersées dans de nombreuses dispositions, pour la plupart réglementaires, approuvées par décret ou par simple arrêté ministériel, toujours en vigueur en principe, parce qu'elles sont considérées comme conformes au système d'élaboration des normes de l'ordre juridique préconstitutionnel ».

Cette loi trouve son origine dans l'arrêt de la Cour suprême (troisième chambre) du 10 novembre 1986, annulant le décret royal 2347/85, du 4 décembre 1985, parce qu'il n'était pas conforme aux dispositions de l'article 25.1 de la Constitution, c'est-à-dire au principe constitutionnel de légalité. Dans cet arrêt, la Cour suprême était appelée à dire si les infractions en matière de droit du travail et les sanctions imposées dans ledit décret devaient être précisées par la loi. L'administration soutenait que l'article 57 de la loi sur le statut des travailleurs de 1980 servait de « couverture suffisante » à la disposition générale en cause.

La Cour suprême a, pour sa part, estimé que, aux fins des exigences de l'article 25.1 de la Constitution, « de larges et vagues références abstraites par le biais de descriptions manquant de précision » ne sont pas suffisantes, ce qui, selon l'avis de la Cour suprême, « n'exclut pas la possibilité de compléter, par la voie réglementaire, un espace limité non occupé totalement dans la disposition législative de base ».

En s'appuyant sur un critère nettement plus strict que celui appliqué par la Cour constitutionnelle⁽⁶⁸⁾, la Cour suprême a déclaré: « L'article 57 de la loi sur le statut (des travailleurs) stipule que les actions ou omissions contraires aux dispositions légales en matière de travail constituent des infractions au droit du travail dans le chef des employeurs. À son tour, poursuit-elle, le décret royal reprend, dans son article 1^{er}, ce texte légal en y ajoutant des dispositions réglementaires et des conventions collectives, qui peuvent également être enfreintes par les employeurs. Il appert, conclut la Cour suprême, que le principe de légalité n'a pas été respecté, tant en raison de cet ajout dans le décret royal que par l'ampleur et le flou de ce qui prétend être une définition des faits que l'on peut qualifier d'infractions, définition qui, sous le couvert d'une formule exhaustive, inclut dans le champ des sanctions toute action ou omission contraire à la loi, à un règlement ou à une convention collective. »

3.3.2. Portée

Le législateur a cherché, par cette loi sur les infractions et les sanctions dans l'ordre social, non seulement à ajuster l'activité administrative aux exigences constitutionnelles, mais également à uniformiser le système de sanctions en matière sociale, bien que — soutient-il dans l'exposé des motifs — « il ne puisse prétendre à une uniformité totale qui, en outre, semble également impossible en raison de la singularité des matières regroupées ». Ce point de vue est contestable. En effet, la diversité des infractions particulières n'empêche pas de généraliser une base uniforme des responsabilités en matière de sanction administrative. En réalité, cela se serait avéré la solution la plus adéquate, puisqu'il n'est pas possible aujourd'hui de savoir avec précision si, en dehors de la loi 8/88, il reste des régimes régis par d'autres principes. De toute manière, la jurisprudence de la Cour suprême en la matière ne permettrait très probablement pas l'existence d'une responsabilité en matière de sanction qui ne serait pas régie par les principes généraux qu'elle a adoptés au fil des ans.

3.3.3. Dispositions générales

Il s'agit des *dispositions générales* de la loi 8/88. L'article 1^{er} de la loi établit que les infractions administratives à l'ordre social sont les actions et omissions

⁽⁶⁸⁾ Comparer avec l'arrêt 133/87 de la Cour constitutionnelle.

qu'elle définit et que ces infractions ne peuvent faire l'objet d'une sanction sans l'instruction préalable du dossier adéquat «conformément à la procédure administrative spéciale dans ce domaine» (n^{os} 1 et 2 de l'article 1^{er}). Le n^o 3, quant à lui, stipule que les infractions peuvent être légères, graves et très graves et que leur gravité dépend «de la nature de l'obligation enfreinte et de l'importance du droit affecté». Toutefois, la formulation de ce critère matériel manque de transcendance, bien que le caractère d'infractions légères, graves et très graves soit déterminé dans tous les cas de manière expresse dans la loi (voir articles 5 et suivants), sans que ce critère matériel de gravité puisse, par conséquent, être précisé dans l'application de la loi. Il est indubitable que, dans de telles conditions, le n^o 3 de l'article 1^{er} contient une disposition superflue, plus à sa place dans l'exposé des motifs que dans le texte de la loi.

Il importe d'indiquer que, dans la loi 8/88, la tendance déjà observée pour le nouveau régime de sanctions administratives de la loi générale sur les impôts (loi 10/85) se poursuit dans la mesure où les *personnes morales* sont incluses parmi les sujets responsables des infractions. Ici, l'extension des sujets couvre également les «communautés de biens intervenant dans les actions ou omissions qualifiées d'infractions». La responsabilité sanctionnable peut ainsi atteindre les cas prévus à l'article 392 du code civil, c'est-à-dire, les cas dans lesquels «la propriété d'une chose ou d'un droit appartient *pro indiviso* à plusieurs personnes» par exemple une communauté d'héritage (articles 1051 et suivants du code civil).

Il s'agit de cas où la division de la chose commune n'éteint ni ne modifie les «droits personnels appartenant à un tiers à l'encontre de la communauté» (article 405 du code civil). Les communautés d'immeubles en régime de *propriété horizontale* (loi 49/60) revêtent ici une importance particulière. En effet, en règle générale, elles ont des relations avec le personnel à leur service dans le cadre desquelles peut être commise une des infractions décrites par la loi 8/88.

La loi 8/88 définit, en son article 3.1, de manière similaire à l'article 77.6 de la loi générale sur les impôts (selon la réforme de la loi 10/85), la relation existant entre l'ordre de sanction administrative et l'ordre pénal. Par conséquent, «dans les cas où les infractions pourraient constituer un délit, l'administration transmettra le dossier à l'organe judiciaire compétent ou au ministère public et s'abstiendra de poursuivre la procédure de sanction». Elle ne pourra la reprendre que si les tribunaux n'ont pas reconnu l'existence d'un délit, mais, dans ce cas, elle ne pourra modifier les faits qui ont été démontrés dans la procédure pénale. De cette manière, la possibilité d'une double sanction, pénale et administrative, est absolument exclue. Des dispositions de nature semblable se retrouvent également dans le droit allemand⁽⁶⁹⁾.

L'article 4 de la loi stipule que, en ce qui concerne les infractions à l'ordre social, la *prescription* s'applique et établit le délai de «trois ans à compter de la date de l'infraction, hormis en matière de sécurité sociale et de protection des chômeurs, où le délai de prescription est de cinq ans».

3.3.4. Infractions particulières

La loi sur les infractions et les sanctions dans l'ordre social (LISOS) distingue entre quatre groupes d'*infractions particulières*: a) les infractions au droit du travail (article 5); b) les infractions en matière de sécurité sociale (article 12); c) les infractions en matière d'emploi et d'allocations de chômage (article 25); d) les infractions en matière d'émigration, de mouvements migratoires et de travail des étrangers (article 31).

La configuration des types particuliers de ces infractions reprend principalement la structure technique des *lois en blanc en matière de sanctions*. Dans le domaine des infractions au droit du travail, une référence est faite aux «clauses des conventions collectives en matière de droit du travail». En d'autres termes, il s'agit d'un régime de sanctions qui couvre le non-respect des obligations assumées contractuellement par le biais de conventions collectives, ce qui constitue une extension notoire de la sanction qui va plus loin que les normes réglementaires établies par l'État. Les *références*, à de rares exceptions près, sont *ouvertes*.

Dans certains cas, par exemple à l'article 6.5 où est définie comme infraction légère «toute infraction qui touche à des obligations purement formelles ou documentaires», la référence pourrait être mise en cause sous l'angle de l'exigence d'une détermination légale précise du type d'infraction. Cette situation est principalement due à l'absence des *clauses de référence inverse*, déjà mentionnée dans les lois et règlements. Des références tellement générales touchant des normes reprises non seulement dans des règlements plus ou moins épars, mais également dans des conventions collectives, ont évidemment une imprécision abstraite, suivant l'arrêt de la troisième chambre de la Cour suprême du 10 novembre 1986, déjà cité, ce qui va à l'encontre des dispositions de l'article 25.1 de la Constitution.

Dans de rares cas, comme nous l'avons dit, la *référence* renvoie à des *normes légales spécifiques*. C'est le cas de l'article 8.4 et 8.6, dans lequel la sanction est liée à l'infraction aux articles 6 de la loi sur le statut des travailleurs et 9.1 c) de la loi organique sur la liberté syndicale. D'autres fois, la référence n'est pas aussi précise, mais elle vise avec clarté les dispositions dont l'infraction est sanctionnée, comme à l'article 11, où sont considérées comme infractions très graves «l'observance des normes en vigueur en ce qui concerne la protection des périodes de grossesse et d'allaitement et les travaux interdits aux mineurs d'âge».

⁽⁶⁹⁾ Paragraphe 84 OWiG.

La *détermination* est *suffisante* dans les cas où, bien que la référence souffre d'une certaine imprécision (par exemple «non-respect des prescriptions légales, réglementaires ou conventionnelles»), le type d'infraction requiert, outre l'infraction à la norme, la création d'un risque pour les biens juridiques qui y sont visés. C'est le cas, par exemple, des articles 11.4 et 10.9 de la loi, où le type d'infraction commise suppose le non-respect de ces prescriptions et, en même temps, qu'il en découle un «risque grave et imminent pour l'intégrité physique ou la santé des travailleurs concernés» (article 11.4).

L'article 41 de la loi sur les infractions et les sanctions dans l'ordre social stipule que l'infraction à des *normes juridiques techniques* relatives à la sécurité, à l'hygiène et à la santé des travailleurs, qui influencent les conditions de travail, mais ne sont pas directement qualifiées de «norme de travail» en matière de sécurité, d'hygiène et de santé des travailleurs, «seront considérées comme des transgressions de ces normes aux fins de la déclaration des droits des travailleurs en matière d'accidents du travail, de maladie professionnelle et de sécurité sociale». À première vue, il s'agit d'une *référence dynamique* ⁽⁷⁰⁾ à des règles techniques qui changent dans le temps (et donc dynamiques) et provenant d'instances privées ⁽⁷¹⁾ qui n'ont d'effets que sur la responsabilité non sanctionnable. Par conséquent, ces règles techniques ne peuvent opérer comme des compléments normatifs des lois en blanc en matière de sanctions.

3.3.5. Sanctions

Le chapitre VI de la loi 8/88 traite des *sanctions*. En général, seule est prévue la sanction d'*amende*, qui peut atteindre pour les *fautes légères* 50 000 PTA, pour les *fautes graves* 500 000 PTA et pour les *fautes très graves* 15 millions de PTA. L'article 37 prévoit trois degrés d'amende pour chaque infraction, parallèlement aux dispositions du code pénal (articles 617 et suiv.). Toutefois, l'application d'une peine graduée sous la forme réglementée par le code pénal présuppose que la loi fixe des critères pour décider de l'application de ces degrés ⁽⁷²⁾. L'élément remarquable est que la loi 8/88 ne contient pas, dans ce sens, de système aussi rigide que celui du code pénal. L'article 36 établit les *critères de gradation des sanctions* et précise qu'elle dépend :

- de la négligence et de l'intention du sujet;
- de la fraude ou de la connivence;
- du non-respect des avertissements préalables et des demandes de l'Inspection;

⁽⁷⁰⁾ Karpen: *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, p. 69.

⁽⁷¹⁾ Schünemann, dans *Fest. f. Lackner*, 1987, p. 367 et suiv. (376).

⁽⁷²⁾ Article 61, en relation avec les articles 9 et 10 du code pénal.

- du chiffre d'affaires de l'entreprise;
- du nombre de travailleurs affectés;
- du préjudice causé;
- du montant de la fraude.

Le même article 36 considère que ces circonstances peuvent «atténuer ou aggraver l'infraction commise». Cependant, même s'il est indubitable que cette terminologie est similaire à celle du code pénal, il est certain que le système est différent. En effet, plus qu'un catalogue de circonstances aggravantes ou atténuantes fixes, le système créé par l'article 36 contient une série de *facteurs graduables*, mais dont il n'est pas possible de déduire précisément quel est le degré (minimal, moyen ou maximal) de la sanction à imposer.

Par conséquent, la division de l'amende en différents degrés, qui est visée à l'article 37, manque de pertinence dans la pratique et n'affecte en rien la possibilité dont dispose l'autorité de sanction de recourir au cadre pénal prévu pour les sanctions.

Malheureusement, les dispositions que nous venons de commenter ne contiennent pas de règle générale semblable à celle du paragraphe 17, 4, de l'OWiG allemand, selon lequel «l'amende administrative doit dépasser l'avantage économique que l'auteur a retiré de l'infraction. Si le plafond de l'amende n'atteint pas ce niveau, poursuit la loi allemande, il pourra être dépassé».

L'article 38 de la loi 8/88 prévoit une aggravation de la sanction en cas de *récidive*. On entend par là la répétition d'une «infraction du même type et de la même qualification que celle qui a motivé une sanction antérieure dans un délai de 365 jours après la notification de celle-ci». Il s'agit, comme on le voit, d'un cas de *récidive spécifique*. Le *type d'infraction* est déterminé selon qu'il s'agit d'infractions relatives au travail, à la sécurité sociale, à l'emploi et aux allocations de chômage, à l'émigration, aux mouvements migratoires et au travail des étrangers, étant donné que ces grandes catégories d'infractions reprises dans la loi sont celles qui déterminent les types fondamentaux de sanctions. Quant à la *qualification*, elle fait référence à la gravité de l'infraction à l'intérieur du type général. En d'autres termes, on la qualifie de légère, de grave ou de très grave. Par conséquent, la récidive ne requiert pas que l'infraction soit totalement identique à l'infraction antérieure, mais bien qu'il y ait identité de nature et de gravité. La *conséquence juridique de la récidive* est prévue au deuxième paragraphe de l'article 38, qui permet d'augmenter l'amende «jusqu'au double du degré de la sanction correspondant à l'infraction commise, sans excéder en aucun cas le plafond de 15 millions de PTA». Dans le droit pénal matériel, la constitutionnalité de la récidive a été sérieusement mise en cause récemment ⁽⁷³⁾.

⁽⁷³⁾ Le tribunal provincial de Grenade (Audiencia Provincial de Granada) a déclaré anticonstitutionnelle la récidive prévue à l'article 10.15 du code pénal dans son arrêt du 6 juin 1989; on attend la décision de la Cour suprême à la suite du recours introduit par le ministère public. Certains juges ont posé la question de la constitutionnalité à la Cour constitutionnelle; voir Zugaldía Espinar dans *Poder Judicial*, n° 13, p. 85.

Toutefois, il n'est pas certain que les raisons invoquées pour mettre en doute la compatibilité de la circonstance aggravante de récidive avec le principe de culpabilité s'étende au droit de sanction administrative, puisque, dans la mesure où il ne s'agit pas de faits reprochables au niveau éthique et social, on peut penser que les limites imposées par le principe de culpabilité ne s'appliquent pas ici pour la réprobation de faits déjà sanctionnés. Quoi qu'il en soit, il est douteux que cette forme de circonstance aggravante n'enfreigne pas les limites imposées par le principe *non bis in idem*. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question.

L'article 46 prévoit des sanctions spécifiques pour les demandeurs et les bénéficiaires d'allocations, différentes de celles établies pour les employeurs (perte des allocations pour un, trois ou six mois; perte de la pension pendant six mois ou déchéance du droit à la pension).

Le système de sanctions de la loi 8/88 prévoit, outre les amendes, des *conséquences juridiques accessoires spécifiques*, selon le type d'infraction. Ainsi, pour les infractions à la sécurité, à l'hygiène et à la santé des travailleurs, la *suspension* ou la *fermeture du centre de travail* est-elle prévue (article 34), pour une durée déterminée et sans préjudice du paiement du salaire ou des indemnités qui s'imposent et des mesures qui peuvent être prises pour les garantir, ainsi que l'extension en la matière de la responsabilité de l'employeur vis-à-vis des travailleurs du contractant ou sous-contractant, lorsque l'infraction a lieu dans le centre de travail de l'employeur principal.

Quant aux *infractions à la sécurité sociale*, les articles 42 et 43 prévoient, en ce qui concerne les mutuelles patronales, le contrôle temporaire de l'entité, le changement de ses organes de gestion, ainsi que la suspension temporaire ou le retrait définitif de l'autorisation pour les employeurs qui collaborent volontairement à la gestion.

L'article 45 de la loi 8/88 établit des sanctions accessoires pour les cas d'*infractions en matière d'emploi*, aides pour la promotion de l'emploi, de formation professionnelle et de protection en cas de chômage. Sont cités à cet égard: a) la perte (automatique) des aides, des bonifications et des avantages découlant de l'application des programmes d'emploi depuis la date où l'infraction a été commise; b) la suspension du droit d'obtenir ces avantages pendant une période pouvant atteindre un an; c) les employeurs répondront subsidiairement de la dette du travailleur insolvable, s'ils ont autorisé, par l'octroi de contrats simulés ou faux ou conclus avec la connivence du travailleur, la perception par celui-ci d'allocations indues de chômage (article 29.3); d) les employeurs sont contraints de restituer les exemptions, bonifications ou réductions indûment perçues ou octroyées (article 28).

3.4. LOI SUR LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE (LOI 16/89)

Dans l'exposé des motifs de la loi 16/89, il est établi que l'intention du législateur est d'adapter la législation en la matière aux «normes communautaires de la politique de concurrence, qui ont joué un rôle essentiel dans la création et le fonctionnement du marché commun» et, en outre, «de remédier aux défauts qui ont empêché l'application complète de la loi 110/63, sur la répression des pratiques restrictives de la concurrence» (74).

3.4.1. Infractions

La loi repose, d'une part, sur l'*interdiction d'accords restreignant la concurrence* (article 1^{er}) qui, de toute manière, peuvent être autorisés dans certaines circonstances (article 3), soit par le biais d'une autorisation accordée par le tribunal de défense de la concurrence (article 4), soit octroyée par le gouvernement dans des règlements d'exemption dans les conditions prévues à l'article 5, et, d'autre part, sur l'*interdiction de l'abus de position dominante sur le marché* (article 6). En vertu de l'article 7, le tribunal de défense de la concurrence connaît des *actes de concurrence déloyale*, qui faussent sensiblement la libre concurrence sur tout le marché national ou sur une partie de celui-ci. La correspondance entre ces dispositions et celles des articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 1957) est évidente.

3.4.2. Sanctions

La loi prévoit trois types de *sanctions*: les *sommations* sous forme d'ordre de cesser et de rétablir la situation de droit antérieure (article 9), dont le caractère de sanction est très discutable, les *amendes à caractère de sanction* (article 10) et les *amendes coercitives* (article 11).

Les *amendes à caractère de sanction* peuvent être imposées à des *personnes physiques ou morales* («agents économiques, entreprises, associations, unions ou groupes de celles-ci») et requièrent comme condition préalable que le comportement punissable (articles 1, 6 et 7: accords interdits, abus de position dominante et concurrence déloyale) soit «délibéré» ou dû à la «négligence». Ces amendes peuvent atteindre 15 millions de PTA, «une somme qui, ajoute l'article 10, peut être augmentée jusqu'à atteindre 10% du volume des ventes correspondant à l'exercice économique immédiatement antérieur à la décision du tribunal».

(74) Pour la loi 110/63 et son régime de sanction, se reporter à Bacigalupo: *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 1991, p. 211/318 (275 et suiv.).

Conformément à l'article 10.2, la *gravité des amendes à caractère de sanction* dépend :

- de la modalité et de la portée de la restriction de concurrence;
- de l'importance du marché touché;
- de la part de marché de l'entreprise concernée;
- de l'effet de la restriction de la concurrence sur les concurrents effectifs ou potentiels, sur les parties du processus économique et sur les consommateurs et utilisateurs;
- de la durée de la restriction de la concurrence;
- de la répétition de comportements prohibés.

Le dernier des facteurs mentionnés (la *répétition*) apparaît ici comme une circonstance de plus et équivaut à la *récidive* prévue à l'article 38 de la loi 8/88, qui a déjà fait l'objet d'un commentaire.

Cependant, alors que la récidive a un effet fortement aggravant pour les infractions à l'ordre social, elle n'est ici qu'un facteur parmi d'autres servant à arrêter la sanction individuelle.

Les *représentants légaux* et les membres des organes directeurs d'une personne morale qui auraient participé «à l'accord ou à la décision» peuvent être punis d'une amende maximale de 5 millions de PTA.

Conformément au n° 4 de l'article 10, les faits commis entre la demande d'autorisation visée à l'article 4 et la décision du tribunal de défense de la concurrence ne sont pas punissables.

Outre les *amendes* ayant le caractère d'une sanction, la loi 16/89 prévoit, en son article 11, des *amendes coercitives*, pouvant aller de 10 000 à 150 000 PTA. Ces amendes visent à contraindre les destinataires des ordres de cesser l'infraction à respecter ces ordres. «Une fois respectée la décision du tribunal, le montant résultant de sa décision initiale pourra être réduit en tenant compte des autres circonstances» (article 11 in fine).

3.4.3. Prescription

Les infractions et les sanctions peuvent *s'éteindre par prescription* (article 12). Pour les infractions visées par la loi, le délai de prescription est de *cinq ans* à partir du moment où l'acte a été commis. Dans la mesure où les infractions ne sont normalement pas instantanées, mais ont une certaine permanence, la règle de la prescription soulève nombre d'objections techniques, étant donné qu'il faudrait établir à partir de quand commence la prescription pour les actions (la majorité) qui durent. Le législateur aurait pu prendre en considération la formule législative contenue au paragraphe 31.3 de l'OWiG, selon laquelle «la prescription commence dès que l'action prend fin. Si le résultat survient à une date ultérieure, la prescription commence à compter de cette date».

La prescription est de *trois ans* pour les *sanctions*.

Le n° 2 de l'article 12 prévoit que l'*interruption de la prescription* découle de «toute décision du tribunal ou du service de défense de la concurrence, connue formellement de l'intéressé, en vue de l'enquête, de l'instruction ou de la poursuite de l'infraction». Techniquement, cette règle est aussi déficiente, dans la mesure où elle fait dépendre l'interruption de la prescription de la connaissance formelle par l'intéressé et pas simplement de l'existence de la décision du tribunal ou du service.

3.4.4. Non bis in idem

Les sanctions administratives pour des infractions à la libre concurrence «s'entendent, dit l'article 13.1, sans préjudice des autres responsabilités qui s'imposent dans chaque cas», ce qui pourrait faire penser qu'en la matière le législateur aurait cherché à exclure l'application du principe *non bis in idem*.

Cependant, cette interprétation littérale de l'article 13.1 serait contraire à la jurisprudence déjà citée de la Cour constitutionnelle, qui, comme on s'en souviendra, estime que ce principe est repris à l'article 25.1 de la Constitution.

3.4.5. Responsabilité civile

L'article 13.2 contient une disposition relative à l'*indemnisation des dommages et des préjudices* qui, en réalité, renvoie au code civil pour le fond et au code de procédure civile pour la procédure.

3.5. NOUVELLE LÉGISLATION SUR LA CIRCULATION ET LA SÉCURITÉ ROUTIÈRE (LOI 18/89 ET DÉCRET ROYAL LÉGISLATIF 339/90)

3.5.1. Loi de «bases» (ley de bases)

La circulation des véhicules sur la voie publique était régie par le code de la circulation, approuvé par le décret du 25 septembre 1934, jusqu'à ce que le décret royal législatif 339/1990, du 2 mars 1990, soit adopté. Depuis l'entrée en vigueur de ce dernier, l'ancien code de la circulation est appliqué comme un règlement dudit décret royal législatif (disposition transitoire de la nouvelle loi sur le trafic, la circulation des véhicules et la sécurité routière).

La nouvelle loi sur la circulation a été promulguée par le décret royal législatif 339/90, qui trouve son fondement dans la loi de «bases» sur le trafic, la circulation des véhicules à moteur et la sécurité routière, adoptée le 25 juillet 1989. Cette loi prévoyait, dans sa huitième «base», les orientations que devait suivre le régime «d'infractions et de sanctions administratives en

matière de circulation routière et de sécurité routière». Le premier point de la loi de «bases» souligne que «les infractions aux normes de la circulation sont définies de manière claire et précise», reprenant ainsi les conséquences du principe de légalité qui imposent une définition précise du comportement interdit. La loi, en revanche, est muette sur le principe de culpabilité.

À la différence des autres lois étudiées, qui ne soufflent mot de l'auteur, la huitième «base» de la loi 18/89 stipule que «le responsable direct des infractions est l'auteur du fait» (n° 5). En dépit du caractère apparemment restrictif de la responsabilité dans cette disposition, la responsabilité peut également être imputée à une personne autre que l'auteur de l'infraction. Le n° 6 de la huitième «base» crée, en ce sens, une «obligation spéciale de diligence du propriétaire du véhicule qui l'oblige à connaître et à fournir à l'administration toutes les données nécessaires à l'identification du conducteur en cas d'infraction, afin de pouvoir appliquer à ce dernier la procédure de sanction correspondante». En réalité, il va de soi qu'il ne s'agit pas d'une «obligation de diligence», mais bien d'une forme «indirecte» de responsabilité du propriétaire d'un véhicule, même s'il n'est pas l'auteur de l'infraction. Nous reviendrons sur ce thème ultérieurement. Une norme similaire, quoique moins rigoureuse, existait déjà à l'article 278.II du code de la circulation de 1934.

3.5.2. Infractions

La mise en œuvre de ces «bases» dans le décret royal législatif 339/90 est plus que douteuse. Avant tout, il existe une série d'objections quant au respect des exigences de détermination découlant du principe de légalité. En ce domaine, il est évident que le législateur a utilisé en sa faveur les exigences peu élevées imposées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. L'article 65 du décret royal donne une définition totalement ouverte des infractions administratives en matière de circulation, étant donné qu'il considère celles-ci comme des «actions ou omissions contraires à la présente loi ou à ses règlements d'application». Une définition précise des dispositions dont la violation est punie, sous la forme qui est donnée au paragraphe 49 de la StVO de la république fédérale d'Allemagne, n'existe pas dans le droit actuel espagnol sur la circulation des véhicules à moteur. Sur ce point, il est indéniable qu'aucun progrès n'a été enregistré en ce qui concerne la définition de l'article 276.1 du code de la circulation, qui renvoyait également de manière générale à l'«infraction aux dispositions du présent code».

En suivant les lignes directrices de la loi «bases», le décret royal législatif 339/90 classe les infractions en trois niveaux de gravité. L'article 65.4 traite des infractions graves, et, dans le même temps, il définit

les comportements qui méritent d'être qualifiés de la sorte.

De cette manière, il atténue indirectement — tout au moins pour les infractions graves — le manque de détermination des comportements punissables auxquels il a été fait référence. Toutefois, cette forme de législation n'est techniquement pas à l'abri de toute critique.

Pour mieux comprendre ces considérations, il convient de citer l'article 65.4 du décret royal législatif 339/90:

«Sont considérés comme infractions graves les comportements déterminés dans la présente loi⁽⁷⁵⁾ et consistant dans une conduite négligente ou téméraire, la non-assistance en cas de nécessité ou d'accident, l'ingestion de substances qui perturbent ou diminuent les facultés psychophysiques du conducteur, la durée de la conduite, les limitations de vitesse, la priorité, les dépassements, les changements de direction ou de sens, la circulation dans le sens contraire à celui qui est stipulé, les arrêts et stationnements dans des endroits dangereux ou gênant gravement la circulation, la circulation sans phares en cas de manque ou de baisse de la visibilité ou l'éblouissement des autres usagers de la route, la circulation sans les autorisations prévues dans la présente loi ou sans immatriculation ou dans un véhicule ne remplissant pas les conditions techniques⁽⁷⁶⁾ qui garantissent la sécurité routière, la réalisation et la signalisation de travaux sur la chaussée sans autorisation et le retrait ou la détérioration de la signalisation permanente ou occasionnelle ainsi que les courses entre véhicules.»

La technique législative est encore plus critiquable à l'article 65.5, où sont établies les circonstances qui transforment les cas prévus à l'article 65.4 en *infractions très graves*. Le législateur fait ici référence au *danger* dérivé de l'intensité de la circulation, de l'état de la chaussée, des conditions atmosphériques et de visibilité, de la présence concurrente d'autres usagers, etc.

Les cas envisagés à l'article 65.4 se différencient déjà difficilement des *délits commis contre la sécurité routière* [articles 340 bis a) à 340 bis d), auxquels il faut ajouter l'article 489 ter] et l'article 565, tous extraits du code pénal. Si l'on ajoute les circonstances aggravantes prévues à l'article 65.5, la délimitation du champ d'application des sanctions par rapport à celui des délits posera des difficultés sans cesse plus grandes, puisque le chevauchement est pratiquement inévitable.

(75) Il est certain que la loi ne contient aucune détermination d'infractions, de sorte que l'utilisation du mot «déterminés» dans cet article sème la confusion, puisqu'elle n'indique pas clairement si les types d'infractions sont énoncés dans ce même article ou si ce sont ceux visés à l'article 64.4.

(76) On trouve ici une autre référence «dynamique» à des règles techniques ne rentrant pas dans la hiérarchie légale, qui, comme nous l'expliquons plus haut, appelle des objections du point de vue du principe de légalité: voir notes 70 et 71.

Cette situation rend particulièrement importante la réglementation des effets du principe *non bis in idem*. Toutefois, paradoxalement, il appert ici que le législateur n'applique pas de critères uniformes pour légiférer en matière de sanctions administratives. En effet, comme on a pu le voir dans les lois 10/85 et 8/88, des règles d'exclusion précises ont été édictées, alors que dans la loi 16/89 la question est laissée en suspens, et ici, en matière de circulation, la question n'est pas expressément réglée. C'est la raison pour laquelle les dispositions de l'article 276.1 de l'ancien code de la circulation (décret du 25 septembre 1934) subsistent — comme norme réglementaire. Il y est dit que lorsque le fait constitue un délit ou une faute «il ne pourra être puni par l'autorité civile que lorsque la procédure pénale s'achève sur une sentence absolue ou une autre décision qui y met un terme provisoire ou définitif, sans déclaration de responsabilité pénale, pour autant qu'elles s'appuient sur une raison autre que l'inexistence du fait». En principe, aucune objection institutionnelle n'est avancée à l'encontre de l'application de cette règle. Toutefois, on ne peut nier que la superposition des infractions administratives et pénales octroie *de facto* à l'administration un *pouvoir de sélection* des comportements qui seront sanctionnés ici et là, équivalant à celui qui pourrait découler d'une application illimitée du *principe d'opportunité*, qui n'est pas admis dans le droit de procédure pénale en vigueur.

3.5.3. Sanctions

Les *sanctions* prévues (articles 67 et suiv.) dans la nouvelle législation sur la circulation sont essentiellement des amendes (jusqu'à 15 000 PTA pour les infractions légères, jusqu'à 50 000 PTA pour les infractions graves et jusqu'à 100 000 PTA pour les infractions très graves; pour la conduite sans autorisation administrative, les amendes peuvent varier entre 15 000 et 250 000 PTA). La gravité de la plupart des cas prévus à l'article 65.4 et 65.5 du décret royal législatif 339/90 n'est pas adéquatement punie par ces sanctions pécuniaires. Par ailleurs, il est indiscutable que le législateur n'a pas de critères clairs quant à la *proportionnalité* avec laquelle il réprime les infractions, étant donné que dans les cas de cumul d'«ingestion de substances qui diminuent les facultés psychophysiques du conducteur» (article 65.4) et de «danger en raison de l'intensité de la circulation» (article 65.5), la sanction applicable atteindra 100 000 PTA au maximum, alors que la conduite sans autorisation administrative par une personne en état de le faire et prudente peut atteindre 25 000 PTA, même s'il n'y a pas eu de danger.

Pour les infractions graves et très graves, l'article 67.1 prévoit une *sanction commune*: la *suspension du permis de conduire* pendant trois mois maximum.

Le système de sanctions contient également un système compliqué de *renvois à des lois insuffisamment précisées* en matière de transports, de transport scolaire et de transports de substances dangereuses par route. Ces renvois génériques augmentent sans aucun doute le manque de visibilité juridique des conduites punissables, déjà considérable étant donné l'absence totale de *clauses de référence inverse* qui, comme nous l'avons déjà expliqué, caractérise encore le droit de sanction administrative espagnol.

3.5.4. Individualisation des sanctions

L'article 69 définit les critères d'*individualisation des sanctions*. Ces facteurs sont essentiellement les suivants: a) la *gravité* et l'*importance du fait*; b) les *antécédents de l'auteur de l'infraction*; c) le *danger potentiel créé*. En ce qui concerne les antécédents de l'auteur de l'infraction, le texte renvoie aux «critères d'évaluation» de ceux-ci, qui doivent être établis par voie réglementaire. Le code de la circulation (décret du 25 septembre 1934) — qui opère comme un règlement d'application du décret royal 339/90, ainsi que nous l'avons dit — stipule seulement, en son article 289.I. 2°, que, pour certaines infractions, l'amende est complétée par la *suspension du permis de conduire* de l'auteur de l'infraction pour une durée n'excédant pas trois mois, si, «avant de commettre l'infraction, le coupable avait déjà été condamné au pénal pour un délit ou une faute de circulation ou sanctionné pour une infraction à la circulation définie dans les dispositions énoncées au premier paragraphe du présent article et que le délai prévu à l'article 247.II de ce code n'est pas écoulé».

Le *concept de danger «potentiel»* est somme toute assez curieux, étant donné que *tout danger* constitue un *dommage potentiel*, mais, ce qui est encore plus difficile à concevoir, c'est le danger que se produise un danger, dont il est question à l'article 69. Il aurait sans doute été préférable que le législateur conserve la terminologie classique et, en qualifiant le danger, qu'il se réfère à son caractère *concret* (lorsque l'acte dangereux a réellement affecté un bien juridique) ou à son caractère *abstrait*. L'imprécision terminologique engendre des problèmes épineux, puisqu'il convient de considérer que, si le «danger potentiel» est identifié à un «danger abstrait», on ne peut comprendre comment la sanction doit être dosée dans les cas d'infractions très graves, où le danger prévu à l'article 65.5 est, indiscutablement, un danger concret, étant donné que l'action touche des biens juridiques qui auraient «potentiellement» pu être endommagés.

3.5.5. Responsabilité

L'article 72 développe le cas de la «*responsabilité indirecte*» mentionné à la huitième «base», n° 6 de la loi 18/89. Le n° 3 de l'article 72 stipule que «le propriétaire d'un véhicule, dûment requis de le faire,

est tenu de fournir l'identité du conducteur responsable de l'infraction et, au cas où il ne satisfait pas à cette obligation dans le cadre de la procédure pertinente sans motif justifié, il sera sanctionné pécuniairement comme étant l'auteur de la faute grave».

L'article 278.II du code de la circulation contenait une disposition similaire qui, pendant qu'elle était en vigueur, a été attaquée devant la Cour constitutionnelle, au motif qu'elle constituait une *présomption iuris et de iure* de responsabilité ou une forme de *responsabilité objective* (en d'autres termes, une infraction au droit qui engendre une responsabilité, même si l'auteur a agi *sans dol ni faute*). La Cour constitutionnelle a soutenu, dans son arrêt 219/88, que «l'article 278.I du code de la circulation établit un principe correct de la responsabilité personnelle pour des faits propres (principe de la personnalité de la peine ou de la sanction), en disant que "sont responsables des infractions [...] les conducteurs des véhicules [...] qui les commettent". Cependant, on ne peut en déduire que, si l'on applique correctement la norme, la notification du procès-verbal et de la communication de la possibilité d'imposer l'amende fixée par cette disposition au propriétaire du véhicule habilite l'autorité chargée de la circulation à imposer directement la sanction pécuniaire au propriétaire du véhicule, et elles ne l'exemptent pas de l'obligation de poursuivre les démarches nécessaires à l'identification du conducteur, puisque cette notification et cette communication ne peuvent devenir — en raison de la passivité de l'administration — une présomption *iuris et de iure* qui ne découle pas [...] de l'article 278.II du code de la circulation».

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a, en outre, soutenu, même si ce n'était qu'*obiter dictum*, que l'article 278.II ne pouvait s'entendre comme une *infraction autonome*, puisqu'elle «s'opposerait totalement au principe de légalité qui exige la définition et la fixation préalables des infractions» (77).

Le texte aujourd'hui en vigueur n'a pas totalement tenu compte de la huitième «base», n° 6 de la loi 18/89, dans laquelle il apparaît que de propriétaire du véhicule est «obligé» de «connaître [...] toutes les données nécessaires à l'identification du conducteur». Une telle disposition reviendrait à nier la pertinence de l'ignorance et de l'erreur et permettrait d'établir une responsabilité purement objective du fait du non-respect de l'obligation d'information (par exemple une sanction frappant celui qui ignore réellement qui était le conducteur auteur de l'infraction commise avec son véhicule). La loi 18/89, dans sa huitième «base», n'a

(77) Cet argument de l'arrêt est extrêmement discutable, puisqu'en réalité le principe de légalité ne serait en aucune façon affecté par l'établissement d'une infraction autonome d'omission, si l'on déterminait les conditions préalables dont découle le devoir d'agir. Par ailleurs, nous ne voyons pas comment il est possible d'éviter de considérer ce type d'infraction comme une infraction autonome.

pas tenu compte de ce que, dans son arrêt 219/88 déjà cité, la Cour constitutionnelle avait déjà exclu la possibilité que l'article 278.II du code de la circulation s'applique «à la façon d'une exigence de responsabilité objective ne faisant pas intervenir le dol ou la faute, sans permettre au requérant d'apporter la preuve à décharge comme il l'avait proposé à la "Jefatura de Tráfico"». Le décret royal législatif 399/90 n'a pas été aussi loin que la huitième «base», n° 6 de la loi 18/89, l'aurait permis et a créé une infraction par omission où rien ne laisse supposer qu'il soit possible de l'interpréter différemment de ce que la Cour constitutionnelle a déclaré sur le principe de culpabilité dans ses arrêts 219/88 et 76/90.

3.6. RELATION ENTRE LE DROIT DE SANCTION ADMINISTRATIVE ET LES RÈGLES GÉNÉRALES DU CODE PÉNAL

Dans le code pénal se trouvent trois dispositions liées au problème de savoir si ses dispositions générales sont applicables aux sanctions administratives: les articles 7, 603 et 604.

I — Commençons par l'article 7 du code pénal, qui stipule que les délits et fautes sont régis par les dispositions du chapitre I du livre 1 dudit code et que ces dernières s'appliquent de même aux délits et aux fautes punies par des lois spéciales. Les autres dispositions (générales) du code pénal, cependant, ne s'appliquent pas aux infractions sanctionnées dans des lois spéciales. Le sens de cet article est très réduit. Si l'on tient compte du fait que l'article 5 du code pénal stipule que les fautes ne sont punies que lorsqu'elles ont été consommées, on comprendra que les seules règles générales applicables aux infractions contenues dans des lois spéciales sont celles de l'article 1^{er} (principes de légalité et exigence d'imputation subjective découlant du principe de culpabilité) et des articles 6 bis a) et 6 bis b), faisant respectivement référence à l'erreur et au «cas fortuit» (78). Il est clair que l'article 2, qui se réfère aux relations entre les tribunaux et le gouvernement dans les cas punissables non sanctionnés et dans les cas d'application rigoureuse de la loi conduisant à la sanction de faits qui ne la méritent pas ou à des sanctions excessives, peut avoir une application minimale dans un système où les lois en matière de sanction sont appliquées — en principe — par l'administration elle-même (79).

Naturellement, la doctrine ne trouve pas de raison pour limiter l'application supplétive des principes du

(78) Arroyo Zapatero: *Código Penal Comentado* (éd. Akal), 1990, article 7; Manzanera Samaniego/Albácar López: *Code pénal*, 2^e édition, 1990, article 7.

(79) Le sens de l'article 2 du code pénal a été considérablement réduit, du reste, dans le cadre même du droit pénal matériel, étant donné que le principe de proportionnalité et celui de culpabilité ont un statut constitutionnel, ce qui signifie que les tribunaux doivent les appliquer directement, sans passer par le gouvernement.

code uniquement aux articles 1^{er} et 6 bis a) et b) et postule depuis longtemps une *application supplétive*, qui touche également les dispositions exonératoires de responsabilité (article 8), aux dispositions sur les circonstances aggravantes et atténuantes et, probablement, aux dispositions sur l'auteur des faits et la participation⁽⁸⁰⁾. Le point de vue de la doctrine sur l'application supplétive du code pénal a été adopté par l'article 16 du projet de 1980, l'article 13 de la proposition d'avant-projet de 1983 et l'article 8 de l'ébauche d'avant-projet de 1990.

Toutefois, cette application supplétive des dispositions générales du code pénal extraite de l'article 7 de celui-ci n'est pas exempte de doute, comme nous le verrons ci-après.

A — Parmi les règles générales du code pénal, les règles relatives à la *participation*, visées aux articles 12 et suivants du code, posent un problème particulier. Ces dispositions sont interprétées dans la jurisprudence comme un *concept extensif d'auteur*, dont la seule limite est la complicité, prévue à l'article 16 du code. En revanche, la doctrine tend à voir dans les articles 12 et suivants un *concept restrictif d'auteur* par rapport auquel les cas d'instigation (article 14.2), de coopération nécessaire (article 14.3) et de complicité (article 16) seraient simplement les *fondements de l'extension de la punissabilité*. Si l'on part de cette dernière conception, on peut penser que l'absence de fondement explicite à l'extension de la punissabilité dans les lois régissant les infractions administratives peut être interprétée comme une limitation de la punissabilité à l'auteur, entendu comme celui qui a exécuté l'acte, c'est-à-dire comme une décision du législateur parallèle à celle visant à exclure la punissabilité de la tentative (article 5 du code pénal), qui ne pourrait être couverte par l'article 7 du code pénal, dont le texte ne fait absolument aucune référence aux dispositions sur la qualité d'auteur et la participation. Ce point de vue est, en réalité, le plus juste théoriquement, puisqu'il concorde le plus avec le principe de légalité. Par ailleurs, dans le *droit de sanction relatif à la circulation*, le texte de loi lui-même suggère que cette interprétation est correcte, étant donné qu'il détermine qui doit être considéré comme l'auteur direct et qu'il prévoit expressément le cas d'«auteur indirect».

B — En revanche, la question de savoir si les dispositions sur la *justification* et la *disculpation* (article 8 du code pénal) s'appliquent de manière supplétive au droit de sanction administrative ne devrait en principe pas poser de problème, bien que les raisons qui sous-tendent la valeur supplétive des causes de justification et de disculpation ne soient peut-être pas

identiques. En effet, l'*illégalité* est un élément des infractions administratives qui est unanimement reconnu. Il est donc inutile que l'application des causes de justification repose sur une décision implicite de l'article 7 du code pénal visant à l'application supplétive dudit code au droit de sanction administrative. La légitime défense (article 8.4 du code pénal) et l'état de nécessité (article 8.11) servent de circonstances générales d'exclusion de l'illégalité, en raison de l'exigence d'illégalité qu'ont en commun les délits, les contraventions et les infractions administratives.

Il en va de même des *circonstances qui, selon la doctrine, excluent la culpabilité* et sont prévues à l'article 8 du code pénal. Si l'article 7 déclare applicables l'article 6 bis a), qui traite de l'erreur d'interdiction, et l'article 6 bis b), qui établit le cas fortuit comme une circonstance excluant la responsabilité, il est indéniable qu'il ne limite pas le principe de culpabilité à l'imputation subjective du fait en tant que dol ou faute, mais qu'il requiert, en plus de cela, des circonstances qui étayent sa réprobation juridique. Par conséquent, il n'y aurait aucune raison d'exclure l'application de l'*état de nécessité disculpant* (que la doctrine, dans sa majorité, voit dans l'article 8.7 du code pénal), de la *peur insurmontable* (article 8.10 du code pénal) ou des *causes dites d'inimputabilité* ou d'exclusion de la capacité de culpabilité (article 8.10 du code pénal), dont la ratio legis est analogue⁽⁸¹⁾.

Des raisons identiques permettent d'appliquer les *circonstances atténuantes et aggravantes* (articles 9 et 10 du code pénal) dans le cadre du droit de sanction administrative, dans la mesure où ces circonstances déterminent la gravité plus ou moins grande de l'acte illicite ou de la culpabilité⁽⁸²⁾. La thèse soutenue par la Cour suprême, selon laquelle les tribunaux peuvent faire abstraction de l'application des circonstances aggravantes et atténuantes en matière de fautes⁽⁸³⁾, repose sur une base très discutable. En effet, cette thèse s'appuie sur une «discrétionnalité» supposée dans la détermination de la peine, qui est difficilement compatible avec le principe de l'État de droit, puisque celui-ci impose, dans tous les cas, des décisions juridictionnelles juridiquement fondées.

C — Comme nous l'avons vu, dans le droit de sanction administrative, aucune règle spécifique n'est prévue sur le *concours d'infractions*. Les «*concours apparents*» ou «*concours de lois*» ne posent pas de pro-

⁽⁸⁰⁾ Ferrer Sama: *Comentarios al Código Penal*, I, 1946, p. 96; Manzanares Samaniego/Albácar López, loc. cit., article 7; Rodríguez Devesa/Serrano: *Droit pénal*, PG, 13^e édition, p. 33 et suiv.; Rodríguez Mourullo dans R. Mourullo/C. Roda: *Comentarios al Código Penal*, I, 1972, p. 202; Bajo Fernández: *Derecho Penal Económico*, 1978, p. 108.

⁽⁸¹⁾ Le problème peut nécessiter une solution différente si l'on choisit d'exclure les traditionnelles «causes d'exclusion de la culpabilité» du cadre de la culpabilité pour créer, avec d'autres circonstances excluant la punition, une catégorie intermédiaire entre la justification et la culpabilité; voir Bacigalupo: *Principios de Derecho penal*, 2^e édition 1990, p. 162 et suiv.

⁽⁸²⁾ Bacigalupo dans *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980 (monographie n° 3), p. 55 et suiv. et 66 et suiv.; Cerezo Mir: *Curso de Derecho Penal Español*, PG II, 1990, p. 103 et suiv., avec informations bibliographiques complètes.

⁽⁸³⁾ Arrêt de la Cour suprême du 22 octobre 1980.

blème: n'étant pas réglementés par le code pénal, ils sont régis par les principes généraux. Par contre, le code pénal prévoit des règles spéciales pour le concours de délits (articles 68 et suiv. du code pénal). La question de savoir si ces dispositions sont applicables aux fautes visées par ledit code pénal est douteuse, étant donné que son article 601 dit uniquement «en observant strictement l'article 68», qui contient un cas que la doctrine, dans sa majorité, considère comme un cas de concours apparent de lois⁽⁸⁴⁾. Quant à l'application des règles de concours des litiges (idéal et réel), la loi reste muette. Il ne semble pas exister de raisons de principe pour expliquer cette situation juridique.

Le problème trouve peut-être une solution plus simple dans la *loi générale sur les impôts*, dont l'article 83 (rédaction selon la loi 10/85) précise que «chaque infraction» sera sanctionnée par une amende, ce qui équivaut à établir le *principe de cumul* pour toutes les formes de concours d'infractions.

Pour les autres lois que nous avons étudiées, dans lesquelles il n'existe aucune disposition relative aux concours, il semblerait que le même critère s'applique. Néanmoins, la question ne trouve de réponse claire ni

⁽⁸⁴⁾ Le point de vue dominant de la doctrine est, néanmoins, discutable; voir Bacigalupo: *Principios de Derecho Penal*, 2^e édition, 1990, p. 278 et suiv.

dans la doctrine ni dans la jurisprudence. C'est pourquoi il s'agit d'un thème ouvert nécessitant une clarification de la part du législateur. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence postule une application des principes généraux du droit pénal qui, même si elle n'a pas une base juridique solide, ne devrait pas reconnaître d'exceptions en matière de concours d'infractions⁽⁸⁵⁾.

II — Les articles 603 et 604 ne sont pas très explicites sur l'application des principes généraux du code pénal au droit de sanction administrative. Le premier fait référence aux compétences municipales et administratives d'établir des sanctions. En réalité, l'article 603 du code ne s'applique plus depuis l'adoption de la Constitution de 1978, étant donné que celle-ci impose le principe de légalité sous la forme déjà étudiée, de sorte que les limites posées à la compétence de l'administration sont aujourd'hui bien établies à l'article 25 de la Constitution espagnole.

Quant à l'article 604, il est en réalité silencieux sur l'extension des principes du code pénal au droit de sanction administrative, puisqu'il se réfère aux «dispositions des lois pénales spéciales incorporées dans le présent code».

⁽⁸⁵⁾ Arrêts de la Cour suprême (troisième chambre) des 7 juillet 1987, 14 décembre 1988, 29 juin 1989 et 8 mai 1990, dans lesquels s'appliquent les délais de prescription du code pénal, ainsi que ceux des 15 octobre 1987, 26 janvier 1988 et 13 juin 1990, entre autres.

4. Procédure de sanction administrative

Les lois que nous avons étudiées pour le présent chapitre ne comprennent pas toutes les dispositions de procédure qui seront examinées ici. Toutefois, il convient d'indiquer d'emblée que la loi de procédure administrative du 17 juillet 1958 (LPA) fixe la procédure de sanction. Cette procédure s'applique aux infractions fiscales, par exemple, puisque la loi générale sur les impôts ne contient pas de procédure de sanction spéciale.

La structure des procédures particulières diffère en fait très peu de celle établie dans la loi de procédure administrative. Se pose alors la question de savoir si le nombre de procédures existantes se justifie. À l'exception de la procédure devant le tribunal de défense de la concurrence, la réponse serait vraisemblablement négative.

4.1. PROCÉDURE DE SANCTION DE BASE DE LA LOI DE PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

La loi de procédure administrative crée une procédure de sanction d'application subsidiaire, c'est-à-dire pour le cas où les lois correspondantes ne contiendraient pas de dispositions spéciales (article 133 de la loi de procédure administrative). Les caractéristiques générales de cette procédure montrent une certaine tendance à se fonder sur le *droit disciplinaire*.

L'article 134 de la loi susmentionnée déclare que l'organe compétent devra lancer la procédure par mesure judiciaire et aura la faculté d'informer préalablement l'intéressé. En tout état de cause, l'organe compétent pourra directement ordonner le classement du dossier (article 134.2) si la chose dénoncée ne constitue pas une infraction.

L'ouverture de la procédure devra s'accompagner de la désignation d'un instructeur et d'un secrétaire, ce qui doit être notifié à la personne à l'encontre de laquelle l'action est dirigée (article 135.1).

L'instructeur doit rechercher les preuves qui permettent d'éclairer les faits en vue de déterminer les «responsabilités susceptibles de sanction» (article 136.1). Une fois terminée la phase d'instruction, l'instructeur dresse une «*liste des griefs retenus*», dans laquelle sont exposés les faits imputés, qui est notifié aux intéressés afin qu'ils puissent réagir dans les huit jours suivants.

Une fois en possession de cette réponse, l'instructeur formule une *proposition de décision* à l'encontre de laquelle les intéressés pourront alléguer ce qu'ils esti-

ment pertinent pour leur défense (article 137.1 loi de procédure administrative). «La proposition de décision, avec tous les documents, est remise à l'organe qui a ordonné l'ouverture du dossier, afin qu'il statue sur l'affaire ou qu'il la transmette à l'autorité compétente pour décision» (article 137.2).

Un recours de contentieux administratif peut être formé contre la décision prise (article 37.1 de la loi octroyant compétence en matière de contentieux administratif, LJCA) devant le tribunal supérieur de justice de la communauté autonome [article 64.1.a)]. Ce recours suit une procédure similaire à la procédure civile et se termine par un jugement à l'encontre duquel un *appel* peut être interjeté (article 94.1 de la LJCA) devant la troisième chambre de la Cour suprême. À son tour, l'arrêt de la troisième chambre de la Cour suprême peut faire l'objet d'une *demande en révision* (article 102 LJCA) devant la chambre spéciale de la Cour suprême prévue à l'article 61 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire (LOPJ).

La Cour constitutionnelle a déclaré, dans son ordonnance 320/86, que le droit au *juge ordinaire prédéterminé par la loi* ne vaut pas pour l'instructeur d'une procédure de sanction administrative, étant donné que celui-ci, dans ce type de procédure, «est également l'accusateur dans la mesure où il formule une proposition de sanction», en ajoutant que «d'autre part, l'organe appelé à trancher — qui est le même que celui qui a ouvert le dossier — ne cesse pas pour autant d'être à la fois juge et partie».

Dans la même ordonnance 320/86, la Cour constitutionnelle a reconnu que «l'*administration des preuves pertinentes* dans la procédure de sanction (administrative) constitue un droit fondamental de la personne poursuivie, reconnu par l'article 24 de la Constitution». Dès lors, la Cour constitutionnelle considère qu'en principe les garanties de procédure de l'article 24 de la Constitution *peuvent*, lorsque c'est compatible avec la nature de la procédure, être invoquées au cours de la phase administrative régie par les articles 133 et suivants de la loi de procédure administrative. La question est importante à double titre, puisque, d'un côté, la loi en question reste muette sur les droits de défense et d'offre de la preuve de la personne poursuivie et que, d'autre part, l'article 24 de la Constitution se réfère expressément aux procédures judiciaires.

La Cour constitutionnelle a également reconnu, dans son arrêt 138/90, l'application du *droit à la présomption d'innocence* dans la procédure de sanction administrative. Cet arrêt établit que «la présomption d'innocence est applicable au-delà de la procédure pénale pour laquelle elle a été conçue, à tout acte du pouvoir public, *qu'il soit administratif ou judiciaire*, par l'entremise duquel est sanctionnée la conduite des personnes définie dans la loi comme étant une infraction à l'ordre juridique et étend ses effets protecteurs à l'ordre administratif disciplinaire».

4.2. PROCÉDURE DE SANCTION DE LA LOI SUR LES INFRACTIONS ET LES SANCTIONS DANS L'ORDRE SOCIAL (LISOS)

La base de cette procédure est constituée par les articles 50 et suivants de la loi 8/88. À son tour, la loi de procédure administrative a une application subsidiaire (article 50 de la loi 8/88).

Le point de départ de la procédure est le *constat* de l'Inspection du travail et de la sécurité sociale dans lequel doivent figurer: a) les faits constatés; b) l'infraction que l'on estime commise avec mention de la disposition qui a été enfreinte; c) une proposition de sanction (article 52.1). Ces constats «sont présumés certains» quant aux faits relatés et constatés par l'inspecteur sauf preuve du contraire (article 52.2).

Le déroulement de la procédure est extrêmement simple: tout d'abord, l'intéressé bénéficie d'un délai de quinze jours à partir de la notification de l'acte pour présenter les arguments qui lui semblent pertinents. Une fois réalisées les démarches qu'il juge nécessaire, une nouvelle audition lui est accordée dans les huit jours.

L'organe compétent prend ensuite la décision (article 51).

L'article 53 prévoit que des recours administratifs (recours hiérarchique et recours en «reposición», préalable au contentieux administratif, voir articles 122 et suiv. et 126 et suiv. de la loi de procédure administrative) et juridictionnels (contentieux administratif) pourront être introduits contre les décisions prises.

4.3. PROCÉDURE DEVANT LE SERVICE DE DÉFENSE DE LA CONCURRENCE ET DEVANT LE TRIBUNAL DE DÉFENSE DE LA CONCURRENCE (LOI 16/89)

La *procédure devant le Service* est une variante de celle qui est prévue dans la loi de procédure administrative.

I — Lorsqu'une plainte est introduite par une personne intéressée ou non et lorsque le Service découvre des indices raisonnables d'infraction, il ouvre le dossier prévu dans ce cas (article 36.1). Comme le prévoit la loi de procédure administrative, le Service, avant de décider d'ouvrir le dossier, peut accorder le bénéfice d'une instruction confidentielle (article 36.2). Au cours de cette étape, la procédure devant le Service s'écarte des dispositions de la loi de procédure administrative uniquement par le fait que celui-ci peut publier au Journal officiel (*Boletín Oficial del Estado*, BOE) une brève communication sur les faits dénoncés, afin que quiconque puisse verser des informations au dossier dans un délai n'excédant pas quinze jours (article 36.4).

Une fois les démarches nécessaires réalisées, une «liste des griefs» est établie, semblable à celle prévue dans la loi de procédure administrative, et elle sera portée à la connaissance des auteurs présumés de l'infraction. Ceux-ci peuvent contester la liste dans un délai de quinze jours et, s'ils le jugent utile, proposer des preuves et, après l'administration de celles-ci, présenter leurs observations dans les dix jours (article 37.1). En tout état de cause, les intéressés peuvent formuler des observations tout au long de la procédure (article 37.2).

Lorsque l'instruction du dossier est terminée, le Service peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre ou le transmettre au tribunal, accompagné d'un rapport dans lequel les faits doivent être qualifiés. Un recours contre la décision de ne pas poursuivre peut être introduit devant le tribunal, qui, après audience dans les quinze jours, rend sa décision dans un délai de dix jours (articles 37.4 et 48). La décision sur le recours peut être attaquée en contentieux administratif (article 49).

II — La loi prévoit également des règles pour l'*instruction du dossier d'autorisation* (article 38) de pratiques prohibées. Dans ce cas, après présentation de la demande des intéressés, une brève communication est publiée au *Boletín Oficial del Estado* afin que des informations puissent être apportées (article 38.3). Le Service procède aux enquêtes nécessaires, et, après audition des intéressés, il saisit le tribunal avec la qualification pertinente. Le cas échéant, le rapport du Conseil des associations de consommateurs (article 22.5 de la loi 26/84) est demandé.

II — La *procédure devant le tribunal* commence par un examen du dossier, afin d'établir s'il est complet. Cet examen doit être fait dans les cinq jours. Le tribunal peut ordonner que le Service procède à de nouvelles démarches pour compléter le dossier (article 39).

Lorsque le dossier est déclaré complet, il est communiqué aux intéressés, qui pourront soumettre des preuves et demander la tenue de l'audience dans les quinze jours. Le tribunal arrête une décision sur la recevabilité des preuves dans les cinq jours (article 40.1). Il n'y a aucun recours administratif contre la décision portant refus de la recevabilité des preuves (article 40.4). Bien que la loi ne le dise pas, il n'y a pas non plus de recours en contentieux administratif, étant donné qu'il est uniquement prévu pour les décisions définitives et portant sur des mesures conservatoires (article 49). Quoi qu'il en soit, le tribunal peut d'office ordonner la production des preuves qu'il juge pertinentes, avec l'intervention des parties intéressées.

Une fois les preuves administrées, les intéressés disposent de dix jours pour les commenter.

L'article 41 stipule que le tribunal décide de la tenue de l'audience quand il le juge nécessaire et, dans le cas

contraire, concède quinze jours aux intéressés pour formuler des conclusions. L'audience est confidentielle et contradictoire, et le Service de défense de la concurrence y est représenté. Le tribunal, à la fin de cette étape, peut adopter, jusqu'à plus ample information (article 42), des mesures qui seront réalisées en sa présence ou devant l'un de ses membres (article 42.3).

Lorsque le tribunal l'estime opportun ou lorsqu'il juge que le Service pourrait ne pas avoir dûment qualifié les faits, il peut recourir à une procédure similaire à celle prévue à l'article 733 LEGr, en procédant à l'audition de l'instructeur ou en soumettant la nouvelle qualification aux intéressés pendant quinze jours (article 43.1).

À la fin de ces formalités, le tribunal prend une décision dans un délai de vingt jours maximum. Cette résolution met fin à la procédure administrative (article 43.3) conformément aux dispositions de l'article 46.

IV — Étant donné la similitude de la matière des articles 85 et 86 du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, l'article 44 prévoit une règle pour les cas de *concours avec une procédure en cours devant les institutions communautaires*. Dans ce cas, le tribunal surseoit à statuer jusqu'à ce que les institutions aient pris une décision et que celle-ci entre en vigueur.

La disposition relative au *cumul possible de sanctions* est extrêmement intéressante. L'article 44.2 prévoit, en effet, que, «si une sanction est imposée par les institutions communautaires, le tribunal doit la prendre en compte afin de doser la sanction correspondant à la présente loi et peut la compenser sans préjudice de la déclaration d'infraction». Cette disposition permet une interprétation non formaliste du *principe non bis in idem*, qui, au lieu d'exclure directement deux sanctions pour un même fait, n'envisage la violation de ce principe que lorsque les sanctions dépassent la mesure déterminée par le *principe de proportionnalité*.

V — L'article 45 établit une procédure pour arrêter des *mesures conservatoires* et les classes de celles-ci. Ces mesures peuvent être arrêtées d'office ou à la demande des intéressés et peuvent consister : a) en des *ordres de cessation* ou en l'imposition de conditions visant à éviter les dommages que pourraient causer les conduites en question ; b) en «une *garantie* de quelque type que ce soit, exceptée une garantie personnelle» en vue de répondre des dommages et préjudices qui pourraient être causés. La limite de ces mesures conservatoires est fixée par le dommage irréparable qui pourrait être causé ou par la lésion de droits fondamentaux. Le tribunal peut ordonner des *amendes coercitives* afin de faire appliquer ces mesures (article 45.4).

Les mesures conservatoires sont prises après audition des intéressés (article 45.3), qui, le cas échéant, peuvent faire échec à l'exécution de celles-ci.

4.4. PROCÉDURE EN MATIÈRE D'INFRACTIONS À LA CIRCULATION (DÉCRET ROYAL LÉGISLATIF 339/89)

I — L'article 74 régit la procédure de sanction, établie au titre VI, chapitre premier, du décret royal législatif 339/89, en stipulant *les relations entre les sanctions qui peuvent être arrêtées par l'administration et les peines que peut imposer la juridiction pénale*. Les règles énoncées démontrent le manque d'unité qui existe dans le droit de sanction administrative en ce qui concerne les conséquences du principe *non bis in idem*. En effet, à la différence de la loi de défense de la concurrence qui, relativement aux sanctions communautaires, repose, comme nous l'avons dit, sur le principe de proportionnalité, l'article 74 du décret royal législatif 339/89 établit comme *condition d'ouverture de la procédure administrative* qu'aucune condamnation pénale n'ait été prononcée (article 74.2). Dans ces cas, l'administration ne peut qu'adopter les *mesures conservatoires* relevant de sa compétence «par le biais d'un dossier traité conformément à la loi de procédure administrative». Ce dernier aspect de la disposition ne laisse de surprendre, étant donné qu'en réalité, si les mesures conservatoires ont pour fonction d'assurer le respect de la décision, leur adoption manque de tout fondement, puisqu'il ne peut y avoir de procédure donnant lieu à une décision. Ce problème découle toutefois de la pauvreté technique de la rédaction, étant donné qu'en réalité l'intention de la norme est d'établir que l'administration peut prendre des mesures pour vérifier les conditions d'octroi des autorisations qui relèvent de sa compétence et qu'elle peut, dans le cadre de cette procédure et aux fins de celle-ci, adopter des mesures conservatoires (immobilisation du véhicule, article 70; enlèvement du véhicule, article 71).

II — La procédure est très simple : elle est introduite d'office sur la base du procès-verbal des agents de l'autorité ou de toute personne (article 75.1). Le procès-verbal est notifié à l'auteur présumé de l'infraction (article 77 et 79.1), auquel est concédé un délai de quinze jours «pour faire valoir ce qu'il estime pertinent pour sa défense et présenter les preuves qu'il juge opportunes» (article 79.1). Un rapport de l'agent constateur doit ensuite être présenté dans les quinze jours (article 79.2).

Dès que les preuves sont administrées et les intéressés ont été entendus, «dans les cas où cela s'avérait strictement nécessaire à la vérification et à la qualification des faits», la Jefatura central de Tráfico (service central de la circulation) et, le cas échéant, la mairie arrêtent la décision (article 79.3).

III — Dans cette procédure, à l'instar de celle prévue pour les infractions à l'ordre social, la force probante *iuris tantum* accordée par la loi aux procès-verbaux dressés par les agents de l'autorité chargés de la surveillance de la circulation (article 76) revêt une importance particulière, puisque, dans les faits, cela

signifie que l'accusé lui-même doit faire la preuve de son innocence. Cette *présomption de culpabilité de l'accusé* dans la procédure administrative a déjà été critiquée par la doctrine, bien qu'elle soit admise dans une procédure judiciaire⁽⁸⁶⁾. Étant donné la portée conférée par l'arrêt 138/90 de la Cour constitutionnelle⁽⁸⁷⁾ à la présomption d'innocence, il est fort probable qu'une disposition comme celle-ci et la disposition similaire de la loi sur les infractions et les sanctions dans l'ordre social (article 52.2) soient contraires au droit fondamental consacré à l'article 24.2 de la Constitution.

IV — L'article 80 prévoit que le *recours hiérarchique* devant le ministre de l'Intérieur est possible à l'encontre des décisions relevant de la compétence des gouverneurs civils (article 122 et suiv. de la loi de procédure administrative).

⁽⁸⁶⁾ Bajo Fernández: *Derecho Penal Económico*, 1987, p. 103, et suiv.

⁽⁸⁷⁾ Voir ci-dessus 4.1.

À son tour, la décision du ministre peut faire l'objet d'un recours «devant l'ordre juridictionnel du contentieux administratif» (article 80).

4.5. NÉCESSITÉ D'UNE PROCÉDURE DE SANCTION ADMINISTRATIVE UNIFIÉE

Sans préjudice de l'acceptation de certaines procédures spéciales (nous avons déjà cité la procédure établie par le tribunal de défense de la concurrence), il semble indispensable que cette matière soit remise en ordre de toute urgence dans le droit en vigueur. Dans ce sens, il paraît recommandable d'établir une procédure ordinaire applicable à tout type d'infraction, dans laquelle serait déterminée avec précision l'influence qu'il convient d'attacher aux principes constitutionnels visés à l'article 24 de la Constitution. La question pourrait faire l'objet de la réforme de procédure déjà annoncée. Cette unification de la procédure de sanction administrative ne peut être reportée pour éviter le chaos qu'elle pourrait engendrer, étant donné que les communautés autonomes sont également compétentes pour la fixation des amendes et des sanctions [article 4 b) de la loi organique 8/1980].

5. Influence du droit communautaire sur le système de sanctions administratives et pénales

5.1. INTRODUCTION

La coexistence d'un ordre communautaire supranational immédiatement applicable et d'un ordre juridique national, régie par le *principe de la primauté* de l'ordre communautaire, peut engendrer différentes frictions et conflits au moment de l'application du droit de sanction et du droit pénal, car le principe de la primauté du droit communautaire fait naître des droits et des obligations s'appliquant directement tant aux citoyens qu'aux États membres. C'est ce qu'a établi l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 février 1963⁽⁸⁸⁾, qui reconnaissait que, en acceptant l'article 177 du traité, les États membres avaient également admis que le droit communautaire pouvait être invoqué directement devant les tribunaux nationaux. « Il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants [...]. Le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits [...]. »

Cet ordre double d'obligations et de droits requiert, comme cela a déjà été étudié avec soin⁽⁸⁹⁾, une technique spécifique de règlement des conflits normatifs susceptibles de se produire, qui va au-delà d'une dimension purement opérationnelle. La forme la plus étudiée jusqu'à présent porte sur le *retrait* ou la *neutralisation* des normes du droit national face au droit communautaire. Toutefois, outre cette dimension que nous pouvons qualifier d'*exclusive*, il existe également une *dimension d'harmonisation*, qui implique des exigences quant à l'interprétation du droit national et à l'élaboration de normes.

5.2. MANIFESTATIONS DE LA TECHNIQUE D'EXCLUSION DU DROIT NATIONAL EN MATIÈRE PÉNALE ET EN MATIÈRE DE SANCTIONS DU FAIT DES NORMES COMMUNAUTAIRES

5.2.1. Effets incriminants et désincriminants des normes communautaires

Les normes communautaires excluent les normes pénales et les normes de sanction administrative des

États membres à deux moments distincts : elles peuvent incriminer ou désincriminer un fait, c'est-à-dire rendre inapplicable une interdiction ou un ordre donné dont l'infraction présuppose une sanction.

Dans ce sens, on peut poser, par exemple, la question de savoir si le principe de la *libre circulation des capitaux* (article 67 et suiv. du traité), qui oblige les États membres à concéder « le plus libéralement possible » des autorisations de change, peut laisser sans effet des dispositions réglementaires dont l'infraction est sanctionnée par la loi 40/79 sur le contrôle des changes. En effet, la loi sur le contrôle des changes qualifie d'infraction assortie de sanction (article 6) l'exécution sans autorisation de paiements à l'étranger. Si de telles autorisations peuvent être considérées comme contraires aux exigences de l'article 67 du traité, il est incontestable que la norme nationale doit être exclue de son application. Toutefois, l'explication de cette exclusion ne va pas de soi. D'aucuns soutiennent qu'il s'agit d'une *abrogation*, ou d'une exclusion reposant sur la *spécialité* de la norme communautaire⁽⁹⁰⁾. Les deux explications sont probablement discutables. Tout d'abord, une abrogation de la norme interne entraînerait son exclusion de l'ordre juridique, ce qui impliquerait l'annulation complète de la norme de droit interne, bien que celle-ci, eu égard aux relations juridiques avec des ressortissants d'autres États n'appartenant pas à la CEE, puisse s'appliquer sans restriction aucune. Ensuite, la notion de spécialité n'est pas plus satisfaisante, puisqu'il existe des cas pour lesquels les normes communautaires peuvent opérer comme une norme *générale*.

En réalité, l'explication la plus correcte, d'après nous, devrait s'appuyer sur les règles propres au droit communautaire, sans tenter d'utiliser les critères d'exclusion des normes propres à un ordre juridique unique. Lorsque nous sommes confrontés à deux ordres indépendants, l'exclusion de l'application des normes de l'un des deux découle d'un *principe de préférence ou de prééminence*, qui détermine un effet d'application exclusive des normes d'un ordre par rapport à celles de l'autre. Ce principe de prééminence revêt un caractère similaire au *principe de hiérarchie normative*⁽⁹¹⁾. Le fondement du principe de prééminence se trouve dans la Constitution. Dans le cas de la Constitution espagnole de 1978, l'article 93 autorise la « conclusion de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice des compétences dérivées de la Constitution »⁽⁹²⁾. Dans la mesure où la compétence d'édicter des normes dans certains domaines a été octroyée à la Communauté (article 189 du traité), il va de soi que cela implique également d'accorder implicitement à ces normes la prééminence sur les normes nationales, puisque, dans le cas contraire, la reconnaissance de la capacité

⁽⁸⁸⁾ Affaire van Gend/Loos, BCE, *Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas*, n° spécial 4, vol I, p. 29 et suiv.

⁽⁸⁹⁾ Voir notamment M. Delmas-Marty dans *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Commission des Communautés européennes, 1990, p. 233 et suiv.; G. Grasso: *Comunità europea e diritto penale*, 1989, p. 254 et suiv.; Pedrazzi dans *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, édité par Cappeletti/Pizzorusso, 1982, p. 612 et suiv.

⁽⁹⁰⁾ Grasso, loc. cit., p. 273 et suiv.

⁽⁹¹⁾ Voir, par exemple, article 9.3 de la Constitution espagnole.

⁽⁹²⁾ Beutler, Bieber, Pipkom, Streil: *Die Europäische Gemeinschaft*, 3^e édition, 1987, p. 55 et 87 et suiv.

normative de la Communauté serait totalement inefficace⁽⁹³⁾. Lorsque, pour justifier l'application préférentielle des normes communautaires, on recourt aux principes de l'État fédéral, on ne dit rien d'autre, en réalité, puisque l'on applique par analogie les règles qui sont propres à un système de création de normes reposant sur une *délégation partielle des compétences* (94). La prééminence du droit communautaire est donc implicite dans son origine, et il n'est pas nécessaire qu'une règle du droit constitutionnel interne la reconnaisse expressément.

Dès lors, il convient de souligner que les relations entre le droit de sanction national postérieur aux normes communautaires n'ont pas l'effet d'une *lex posterior*, puisque cela ne serait possible que dans un système ne prévoyant pas l'application préférentielle d'un autre système normatif.

C'est pourquoi les normes communautaires peuvent avoir un effet d'exclusion sur toutes les normes du droit interne, quel que soit leur rang. Ainsi, s'il s'agit d'une *loi pénale en blanc* qui renvoie à une loi ou à un règlement, l'effet d'exclusion opère tant pour l'une que pour l'autre norme du droit interne.

Les normes communautaires peuvent également servir de *complément aux normes pénales* en blanc, non seulement quand celles-ci renvoient directement à celles-là (95), mais aussi lorsqu'elles imposent aux normes complémentaires internes une configuration donnée.

L'influence des *règlements* visés à l'article 189 du traité n'est donc pas discutable. La difficulté que soulève la force d'exclusion d'une directive par rapport aux normes pénales et aux normes de sanction nationales est plus épineuse. Conformément à l'article 189 du traité, la directive oblige l'État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux autorités nationales le choix de la forme et des moyens. La Cour de justice des Communautés européennes a cependant estimé que les directives touchent directement le particulier qui — une fois écoulé le délai de réaction de l'État — peut les invoquer, pour autant qu'elles soient précises et non assorties de conditions (96). Par conséquent, dans de telles circonstances, les *directives* peuvent également être invoquées par les particuliers. Une autre question est de savoir si les directives, qui ne sont pas transposées dans le droit interne, pourraient être considérées comme un complément d'une *loi pénale en blanc* contre un accusé. La réponse doit être négative. Alors que l'invocation des directives en faveur de l'accusé repose sur l'inobservance ou la mauvaise observance de la directive par l'État membre et sur l'opposition

entre la norme interne et l'ordre normatif communautaire, l'application à l'encontre de l'accusé d'une directive qui n'est pas transposée dans le droit national affaiblirait le principe de légalité, puisque, dans la mesure où il convient d'atteindre les objectifs de la directive par le biais de sanctions pénales ou administratives, il faut que le législateur détermine dans une loi la nature des obligations qui peuvent découler d'une directive pour les particuliers. Dans le cas de lois pénales en blanc, une *clause de référence inverse* devrait être exigée.

Un effet pénalisant du droit communautaire peut également apparaître lorsqu'un règlement exclut pour incompatibilité certains droits accordés par l'ordre juridique national et qui peuvent être invoqués comme justification en recourant à l'article 8, n° 11, du code pénal.

5.2.2. Effets justificatifs des normes communautaires par rapport aux faits punissables ou sanctionnables

La question de l'invocation de normes communautaires comme *causes de justification* a été soulevée dans la jurisprudence espagnole en ce qui concerne l'invocation possible des fondements de la Communauté (articles 9/84 du traité de Rome) comme justification par rapport au délit de contrebande (loi organique 7/82). Dans son arrêt du 21 décembre 1988, la Cour suprême a soutenu que « ni le traité d'adhésion ni le traité instituant les Communautés ne font ressortir que les principes institutionnels contenus dans ceux-ci puissent être invoqués directement comme des droits subjectifs pouvant servir de causes de justification ». Même lorsque l'article 96 de la Constitution espagnole établit que « les traités internationaux régulièrement conclus, et une fois officiellement publiés en Espagne, font partie de l'ordre juridique interne », il n'en demeure pas moins que les fondements de la Communauté contiennent des droits subjectifs au sens de l'article 8, n° 11, du code pénal. Les droits subjectifs publics de cette portée que les citoyens peuvent invoquer découlent toujours de normes dont la finalité est la protection des intérêts individuels, ce qui n'est pas le cas des fondements de la Communauté reprise dans le traité l'instituant. Il s'agit en fait, poursuit la Cour suprême, de lignes directrices communes de la politique économique que les États membres s'engagent à mettre en œuvre, et non pas de droits des citoyens vis-à-vis de l'État qui s'entendent comme des droits fondamentaux (créant une obligation dans le chef de l'État vis-à-vis de l'individu, antérieure à l'État et exigeant que l'État justifie ses actes lorsqu'il les restreint) ou d'autres droits que pourrait octroyer la législation nationale commune aux individus et qui pourraient être légitimement invoqués.

L'arrêt que nous venons de commenter suggère essentiellement une différence structurelle entre les fondements de la Communauté, qui composent la deuxième partie du traité de Rome (articles 9-84) — équivalent

(93) Pour les différentes propositions relatives aux situations de conflits normatifs : voir Beutler et al., loc. cit., p. 88 et suiv.

(94) Ophüls, F.f.O. Riese, 1964, p. 1 et suiv.

(95) Rogall, dans OWiG, Vor 1, 17.

(96) Arrêt CJCE, Kolpinghuis Nijmegen BV, du 8 octobre 1987, cité par Grasso, loc. cit., p. 261, note 18 ; voir également Delmas-Marty, loc. cit., p. 237.

aux déclarations de principe de l'article 1^{er} de la Constitution espagnole — et les autorisations juridiques que l'on peut invoquer pour neutraliser l'interdiction (ou le cas échéant un ordre) dont l'infraction est assortie d'une peine ou d'une sanction administrative. Dans ce sens, l'arrêt de la Cour suprême du 21 décembre 1988 stipule, parmi les raisons qui sous-tendent sa décision, que «les dispositions invoquées par le requérant *ne sont pas des dispositions (règlements) ou des ordres juridiques émanant des institutions de la Communauté* en vue de réglementer un domaine économique particulier».

De cette manière, il est clair que les règlements peuvent octroyer des droits subjectifs publics et que, en tant que tels, ils sont susceptibles d'être invoqués par la voie de l'article 8.11 du code pénal.

La distinction établie par la Cour suprême entre les normes du traité qui peuvent être invoquées en se fondant sur l'article 8.11 du code pénal n'a rien à voir avec la question de l'application directe du droit communautaire, mais bien avec les normes du droit communautaire et la structure des autorisations qui peuvent prétendre au rang de causes de justification⁽⁹⁷⁾. La Cour suprême tranche la question lorsqu'elle affirme «qu'elle ne met pas en doute que les dispositions juridiques arrêtées par les institutions compétentes de la Communauté sont applicables par les tribunaux espagnols et qu'ils doivent être reconnus comme étant en vigueur dans le droit national».

Mis à part les règlements, les *directives* pourraient également servir de causes de justification en vertu de l'article 8.11 du code pénal, dans la mesure où elles n'ont pas été transposées dans le droit national et que l'on peut en déduire sans équivoque possible que la législation nationale doit octroyer un droit d'agir.

5.3. DIMENSION HARMONISATRICE DU DROIT COMMUNAUTAIRE DANS L'APPLICATION DU DROIT NATIONAL

La dimension harmonisatrice du droit communautaire est de création jurisprudentielle. D'une part, elle se manifeste par des *obligations de pénalisation ou de sanction de certains actes illicites* qui incombent aux États membres. D'autre part, elle se traduit par l'obligation pour les organes juridictionnels nationaux d'*appliquer le droit national conformément au droit communautaire*.

5.3.1. Obligations de pénalisation ou de sanction de certains actes illicites

La Cour de justice de la CEE a affirmé, dans son arrêt du 21 septembre 1989 (Commission/Grèce), que, «lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une

sanction pour sa violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire». On peut en déduire, d'après l'arrêt du 21 septembre 1989, que les États membres *doivent sanctionner* de la manière prévue pour les infractions du même type et de la même gravité dans le droit national. En tout état de cause, les sanctions devront être *efficaces, proportionnelles et dissuasives*.

Par conséquent, lorsque l'article 5 du traité établit que les États membres «prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté», il faut comprendre que parmi ces mesures est prévue une obligation de pénaliser ou de sanctionner administrativement dans le droit national, les infractions au droit communautaire équivalant aux infractions du droit national.

Cet arrêt de la Cour de justice soulève la question de savoir si le devoir de pénaliser doit également être rempli par le biais d'une extension des dispositions du droit national aux intérêts communautaires de même type et de même nature qui *ne sont pas expressément considérés* dans le droit pénal ou dans le droit de sanction national.

C'est dans ce sens qu'a été proposée une interprétation du droit national partant du *principe de la continuité d'intérêts*, inhérent à l'idée d'intégration qui sous-tend le traité de la CEE⁽⁹⁸⁾.

Le principe de la continuité d'intérêts repose essentiellement sur les articles 2, 5 et 6. On peut déduire de ceux-ci que les intérêts de la Communauté ne peuvent être traités dans le droit des États membres comme des intérêts étrangers, appartenant à un autre État, puisqu'il existe une *relation de continuité* entre les intérêts communautaires et les intérêts nationaux. Le résultat pratique de l'application du *principe de continuité d'intérêts* est de prouver que le principe de légalité n'est pas affecté si l'on accepte, par exemple, que le concept de «finances publiques» (Hacienda pública), visé par la fraude aux subventions dans le code pénal espagnol (article 350), peut être compris comme «l'ensemble des intérêts financiers de l'État, propres ou appartenant à la Communauté économique dont il fait partie»⁽⁹⁹⁾.

L'arrêt du 21 septembre 1989 apporte un soutien considérable au principe de la continuité d'intérêts, dans la mesure où il répète, au niveau de l'interprétation du droit en vigueur, ce qui est déjà repris dans les obligations des États membres de la Communauté.

⁽⁹⁷⁾ Cela n'a pas été pris en compte dans le commentaire de l'arrêt de la Cour suprême du 21 décembre 1988 par Cuerda Riezu/Ruiz Colomé, sur la loi du 11 mai 1989.

⁽⁹⁸⁾ Bacigalupo dans *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Commission des Communautés européennes, 1990; même auteur dans *Cuadernos de Política Criminal*, n° 41, 1990, p. 245 et suiv. (255 et suiv.).

⁽⁹⁹⁾ Bacigalupo, loc. cit., p. 256.

5.3.3. Application du droit national conformément au droit communautaire et droit pénal et de sanction

La technique d'interprétation du droit national conformément au traité de la CEE aurait été proposée au cours du séminaire de Bruxelles de novembre 1989⁽¹⁰⁰⁾, en étroite liaison avec le principe de la continuité d'intérêts et sur la base de l'article 5, conjointement avec les articles 2, 6 et 100 du traité. Selon ce point de vue, «le droit pénal national (et le droit de sanction administrative, pourrait-on ajouter) des États membres devrait être interprété conformément aux principes énoncés par la Cour de justice, c'est-à-dire, par une procédure technique semblable à celle de l'interprétation selon la Constitution». La proposition s'est limitée en tout état de cause à l'interprétation de *textes exprès* du droit national en liaison avec la coexistence des États membres et de la Communauté dans des ordres juridiques indépendants. La Cour constitutionnelle espagnole admet, depuis son arrêt 19/82, la technique d'interprétation conformément à la Constitution.

Il s'agit d'une technique selon laquelle les normes d'un ordre juridique doivent être interprétées de manière à concorder avec les principes de base d'un autre ordre normatif prédominant. «Dans l'hypothèse où plusieurs possibilités d'interprétation de la norme existent, l'interprétation qui doit prévaloir est celle suivant laquelle la norme est conforme à la Constitution»⁽¹⁰¹⁾ ou, en l'espèce, au traité de la CEE. Il ne s'agit pas de concrétiser une norme sur la base d'autres dispositions du même rang, mais de recourir aux normes du traité en vue d'établir le contenu d'une disposition légale. «C'est pourquoi, ajoute F. Müller, le principe de l'interprétation conformément à la Constitution peut difficilement être considéré comme un point de vue interprétatif supplémentaire, du même type que les autres. Il s'agit d'un point de vue qui dépasse les limites habituelles de l'interprétation systématique»⁽¹⁰²⁾.

Récemment, la Cour de justice a, dans son arrêt du 13 novembre 1990 (affaire C-106/89, *Marleasing SA*)⁽¹⁰³⁾, traité la question de l'interprétation du droit national conformément au droit communautaire. Le juge de première instance et d'instruction n° 1 d'Oviedo avait posé à la Cour de justice, en vertu de l'article 177 du traité, la question de l'interprétation de l'article 11 de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, et plus particulièrement la question de savoir si cette directive (article 11) était directement applicable, étant donné qu'elle n'était pas transposée dans le droit national, en dépit du fait que l'Espagne y

était obligée depuis son adhésion aux Communautés européennes. La Cour de justice a répondu que «l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité [...] s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité»⁽¹⁰⁴⁾. Dans cette affaire, la Cour de justice a soutenu, en se fondant sur ces principes, que, en interprétant le droit national espagnol (plus précisément les articles 1261 et 1275 du code civil, qui annulent les contrats sans cause ou dont le cause est illicite) conformément à l'article 11 de la directive 68/151/CEE, il n'est pas possible de déclarer la nullité d'une société anonyme pour des motifs différents de ceux énumérés de manière limitative dans l'article 11 de la directive.

Une thèse comme celle-ci n'est cependant *pas transférable dans toute son extension au droit pénal et de sanction administrative*, étant donné que, dans ce domaine du droit, il n'est pas permis de déduire par la voie interprétative des obligations, ou des sanctions en cas de non-respect, qui ne proviennent pas du texte d'une loi.

Dans ce sens, il convient de distinguer entre l'invocation des principes du traité pour comprendre l'objet de protection d'un délit dans les cas où le *texte de loi* contient des termes nécessitant une interprétation et l'extension de la sanction à des cas de comportements totalement nouveaux. Cela découle essentiellement du principe de légalité qui, mutatis mutandis, sous-tend la décision de la Cour de justice dans son arrêt du 13 novembre 1990, dans lequel elle répète qu'«une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier»⁽¹⁰⁵⁾.

L'interprétation conforme au droit communautaire, en revanche, peut fonctionner *en faveur* du particulier dans toute son extension, lorsqu'il s'agit d'autorisations ou de l'exclusion de normes du droit national, dont l'infraction est assortie d'une peine ou d'une sanction administrative. Ici s'appliquent les principes généraux du droit pénal et du droit de sanction, selon lesquels le principe de légalité *empêche seulement l'application d'une pénalité* sans base légale, mais n'impose pas l'application des normes en vigueur de

⁽¹⁰⁰⁾ Bacigalupo dans *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, p. 203.

⁽¹⁰¹⁾ Friedrich Müller: *Juristische Methodika*, 2^e édition, p. 72 et suiv.

⁽¹⁰²⁾ Loc. cit., p. 73.

⁽¹⁰³⁾ *La Ley*, 11 mars 1991, p. 1 et suiv., p. 72 et suiv.

⁽¹⁰⁴⁾ Arrêt de la Cour de justice du 13 novembre 1990, n° 8.

⁽¹⁰⁵⁾ Arrêts de la CJCE du 26 février 1986, affaire 152/84, *Marshall*, et du 8 octobre 1987, affaire 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, cité par Grasso, loc. cit., p. 261, note 18.

façon inexorable. En d'autres termes, ces principes n'interdisent pas une *réduction de la punissabilité*.

En somme, l'interprétation conforme au droit communautaire ne pourrait aller *à l'encontre* de la Constitution ou contre les droits fondamentaux reconnus

par celle-ci et par la jurisprudence de la Cour de justice des CE. Elle n'est donc possible que dans la mesure où elle se réfère à un texte du droit pénal ou du droit de sanction dont la fonction doit être comprise dans le cadre du système communautaire et de la réalité constitutionnelle de chaque État.

6. Pouvoir de sanction des institutions de la CEE, vu sous l'angle du droit espagnol

6.1. POUVOIR PÉNAL ET DE SANCTION DU CONSEIL

La question de savoir si et dans quelles conditions la Communauté pourrait assurer le respect de ses normes en prévoyant l'application d'une sanction administrative générale fait actuellement l'objet d'une discussion approfondie. En principe, on s'accorde sur la nécessité d'une attribution expresse de compétences pénales, sans laquelle la Communauté ne pourrait faire appliquer les peines. Tout d'abord, il est entendu que l'exercice d'un *pouvoir pénal* implique une limitation de la souveraineté (106). C'est pourquoi, il ne peut être qu'expressément attribué, puisque l'article 93 de la Constitution espagnole ne couvre pas plus de délégations de compétences dérivées de la Constitution que celles expressément octroyées.

Par ailleurs, on a avancé que, dans la mesure où le Conseil de la Communauté manque de la légitimité démocratique imposée par le principe de légalité, il ne peut disposer de compétences pénales. C'est seulement s'il existait un Parlement, doté des pouvoirs typiques d'une assemblée parlementaire, élue directement par les citoyens, qu'on pourrait envisager l'attribution de pouvoirs pénaux (107). Ces concepts liés au droit pénal sont également valables dans le droit espagnol.

En revanche, on ne conteste pas, en principe, la possibilité pour le droit communautaire d'arrêter des sanctions administratives. Cependant, la question de savoir si cela nécessiterait une extension du traité n'est pas élucidée.

Certains estiment que les articles 40, 43, paragraphes 2 et 3, et 172 du traité offrent une base suffisante (108).

Mais d'autres soutiennent qu'«il n'est pas possible de déduire de l'article 172 une compétence générale du Conseil lui permettant de prévoir des sanctions, y compris pénales, pour les infractions à ses règlements» (109). Oehler, en partant de la différence uniquement *quantitative* entre les infractions pénales et administratives, estime qu'«il n'est pas possible d'accorder directement à la Communauté le droit d'établir des infractions administratives sanctionnables et, au contraire, de le lui refuser pour des faits punissables, puisque ce pouvoir s'accorde en bloc ou pas du tout» (110). La conclusion est donc que «si cette autorisation ne découle pas de dispositions par-

ticulières du traité, elle ne peut reposer sur le devoir général de la Communauté de faire respecter le traité et les actes juridiques individuels» (111). Le fondement de cette interprétation est, en partie, historique, puisque l'on estime que, dans la mesure où tous ceux qui ont pris part à la rédaction du traité étaient conscients de la nécessité d'une autorisation expresse, le traité en tant que tel ne pourrait pas être invoqué comme fondement du pouvoir d'établir des sanctions (112). En partant de la jurisprudence antérieure du BVerfG (113), Oehler estimait qu'en souscrivant au traité les États membres n'avaient pas cédé de compétences constitutionnelles en matière de décisions sur des droits fondamentaux (114), raison pour laquelle la Cour constitutionnelle allemande ne pourrait annuler une décision de ce type, mais pourrait en revanche décider que la disposition correspondante n'est pas valable en Allemagne. Cependant, cette conséquence extrême n'est plus d'actualité, même dans le droit allemand, puisque la Cour constitutionnelle allemande a modifié sa position depuis son arrêt 73, 339, connu sous le nom de «Solange II», relatif au contrôle constitutionnel des actes de la Communauté pouvant affecter des droits fondamentaux (115).

Le point de vue selon lequel l'article 172 du traité, en relation avec les articles 40 et 43, paragraphes 2 et 3, de celui-ci, contient une base suffisante pour attribuer au Conseil un pouvoir de sanction administrative mérite la préférence. Il ne fait aucun doute que le point de vue contraire sous-estime l'argument de la nécessité de faire appliquer les normes du droit communautaire et son importance pour la compréhension de l'article 172 du traité. Dans la mesure où les sanctions sont des «mesures nécessaires» pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune, il semble indiscutable que les sanctions prévues dans les règlements du Conseil doivent se limiter à celles expressément autorisées par le traité (en clair, celles prévues à l'article 87, paragraphe 1, en matière de compétence), mais en outre que les sanctions établies par celui-ci dans des règlements particuliers (par la procédure prévue à l'article 43, paragraphes 2 et 3, du traité) sont autorisées par l'article 172. Dans le cas contraire, le traité renoncerait à imposer les normes édictées par le Conseil lorsque celui-ci juge nécessaire le recours à des sanctions. La situation décrite pour la politique agricole commune (articles 39 et 40, paragraphe 3, du traité) se répète en matière de libre circulation des travailleurs et de sécurité sociale (articles 49 et 51 du traité), de transport (article 79, paragraphe 3,

(106) Oehler, loc. cit., p. 1406.

(107) Oehler, loc. cit., p. 1407; voir également la «Relazione presentata a nome della Commissione giuridica sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale», in *Rev. Dir. Europeo*, 1977, p. 195 et suiv.

(108) Tiedemann: *Fest f. Pfeiffer*, p. 115; Bruns: *Der strafrechtliche*

(106) Voir notamment Johannes dans *ZStW* 83, 1971, p. 542.

(107) Grasso, loc. cit., p. 72 et suiv., avec davantage d'indications bibliographiques.

(108) Tiedemann: *Fest f. Pfeiffer*, p. 115; Bruns: *Der strafrechtliche Schutz der europäischen Marktordnungen für die Landwirtschaft*, 1979, p. 84, et Grasso, loc. cit., p. 84 et suiv.

(109) Oehler dans *Fest. f. Jescheck*, 1985, p. 1399 et suiv. (1403).

(110) Loc. cit., p. 1406.

(113) Arrêt BVerfGE 37, 271, connu sous le nom de «Solange I».

(115) Scholz dans loc. cit., p. 83, étudie les conditions dans lesquelles un contrôle constitutionnel des actes de la Communauté serait actuellement possible sous l'angle des droits fondamentaux.

du traité) et pour le Fonds social européen (article 127 du traité) ⁽¹¹⁶⁾.

Pour le reste, le critère le plus restrictif avancé par Oehler ne diffère pas substantiellement de son contraire pour ce qui est de ses conséquences pratiques. En effet, Oehler soutient que les amendes de pure sanction et les amendes coercitives établies à l'article 87, paragraphe 2, ainsi que les mesures coercitives visées à l'article 172 du traité ne sont pas des conséquences juridiques de la nature des «*Ordnungswidrigkeiten*» allemandes, mais leur sont étrangères. Par conséquent, les institutions de la Communauté «peuvent les décider également sans disposer d'une autre autorisation du traité pour les sanctions pécuniaires ou coercitives afin d'atteindre les objectifs du traité» ⁽¹¹⁷⁾. Ces mesures coercitives ne dépendraient pas, selon Oehler, du respect des exigences découlant du principe *nullum crimen sine lege*, étant donné qu'elles ne constitueraient pas des sanctions pénales ⁽¹¹⁸⁾.

Toutefois, le point de vue d'Oehler est discutable au niveau méthodologique, puisque la possibilité conceptuelle d'une catégorie *sui generis* n'est pas une justification méthodologique suffisante. L'élément décisif pour établir une catégorie juridique donnée à l'égard de laquelle s'appliquent les garanties constitutionnelles est son effet sur les droits fondamentaux ⁽¹¹⁹⁾. La garantie du *nullum crimen sine lege* ne doit donc pas être exclue lorsque les effets de la mesure sur les droits fondamentaux sont les mêmes et que les situations ne diffèrent que par le nom.

Dès lors, l'article 172, pour ce qui est des articles 40, 51, 79, paragraphe 3, et 127, en tout cas, selon la procédure prévue à l'article 235 du traité, attribuée au Conseil des compétences en matière de sanction.

6.2. POUVOIR DE SANCTION DE LA COMMISSION?

L'article 145 du traité établit que le Conseil «confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit». Par conséquent, il est légitime de se demander si la Commission peut établir dans ses *règlements d'exécution ou d'application* des sanctions qui n'auraient pas été décidées par le Conseil selon la procédure prévue à l'article 43 (sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement).

La Cour de justice a déclaré, dans l'affaire Koester (arrêt du 17 décembre 1970), qu'«on ne saurait exiger que tous les détails des règlements concernant la politique agricole commune soient établis par le

Conseil selon la procédure de l'article 43». Ces exigences ne valent que pour les *éléments essentiels* de la matière à régler, étant donné que le reste peut faire l'objet de règlements d'exécution. De cette manière, la Cour de justice confirme la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole, déjà étudiée au chapitre 2, et qui répond à la *théorie des décisions essentielles*, également développée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ⁽¹²⁰⁾.

Conformément à cette théorie, le principe de légalité couvre les éléments essentiels de la limitation du droit fondamental concerné, puisque les principes démocratiques et ceux de l'État de droit imposent au législateur d'arrêter lui-même les décisions essentielles relatives aux droits fondamentaux ⁽¹²¹⁾.

Se pose alors la question de savoir si les sanctions sont des éléments essentiels du règlement ou si elles ne constituent qu'une mesure d'exécution que peut directement adopter la Commission. Du point de vue de la jurisprudence de la CJCE, le concept de «mesures d'exécution» est extrêmement large. Dans son arrêt du 15 mai 1984 ⁽¹²²⁾, la CJCE a soutenu que ce concept couvrait «toutes les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre du règlement».

Dans le même temps, elle a établi que les garanties matérielles des droits fondamentaux font également et définitivement partie des objets protégés juridiquement par la Communauté européenne ⁽¹²³⁾.

Il convient donc de savoir jusqu'à quel point les sanctions établies par la Commission, qui ne sont pas spécifiquement soutenues par un règlement du Conseil, sont légitimes dans le système juridique de la Communauté. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de définir le concept de sanction, c'est-à-dire ce qu'il faut entendre par la conséquence juridique de la sanction.

La Cour constitutionnelle espagnole, suivant sur ce point la doctrine du droit administratif, a adopté un *concept large de sanction administrative* ⁽¹²⁴⁾. Il ne couvre pas seulement les *pertes de droits à caractère afflictif* (les amendes et incapacités légales impliquant, au sens de la doctrine, l'exercice d'un pouvoir d'auto-protection, par exemple les sanctions fiscales). Sont également couverts par le concept de sanction large de la jurisprudence les *actes administratifs défavorables*. On fait ici référence aux «sanctions de retrait ou révocation d'actes administratifs favorables» ⁽¹²⁵⁾. Sous l'angle d'un concept de sanction aussi large, il va sans dire que la Commission ne pourrait imposer de sanctions au sens strict, mais elle n'aurait pas non plus le pouvoir de révoquer un acte administratif favorable.

⁽¹²⁰⁾ BVerfGE 34, 165; 41, 251; 45, 400; etc.

⁽¹²¹⁾ Pieroth/Schlinck: *Grundrechte/Staatsrecht II*, 3^e édition, n^{os} 306 et suiv. et 456 et suiv.

⁽¹²²⁾ Affaire «Zuckerfabrik».

⁽¹²³⁾ CJCE 4/73, 149/77, 10/78, 49/79, 796/79.

⁽¹²⁴⁾ Arrêt 61/1990, déjà cité, de la Cour constitutionnelle.

⁽¹²⁵⁾ Garcia de Enterría, loc. cit., p. 400.

⁽¹¹⁶⁾ Grasso, loc. cit., p. 84 et suiv.

⁽¹¹⁷⁾ Oehler, loc. cit., p. 1408.

⁽¹¹⁸⁾ Oehler, ibidem; sur la position d'Oehler, voir Tiedemann dans Fest. f. Jescheck, 1985, p. 1411 et 1417, et suiv.

⁽¹¹⁹⁾ Arrêt 40/87 de la Cour constitutionnelle.

Toutefois, compte tenu du fait que la base du principe de légalité est le principe démocratique et celui de l'État de droit, on peut se demander si les exigences découlant de ceux-ci sont aussi rigoureuses pour les sanctions au sens strict et la révocation d'actes administratifs favorables. La réponse est forcément négative. Limiter un droit fondamental par une sanction n'est pas la même chose que laisser sans effet un avantage accordé par un acte administratif qui n'implique pas, tout au moins en règle générale, la privation ou la restriction d'un droit fondamental (au sens de la Constitution espagnole: articles 14 à 29 du traité CE). Tant la révocation d'actes administratifs favorables que les mesures de récupération de sommes indûment payées à un particulier ne peuvent être comprises dans le concept de *sanctions au sens strict* ⁽¹²⁶⁾.

Il va de soi que cela ne signifie pas que la révocation d'actes administratifs favorables et les mesures de récupération ne soient pas soumises au principe de légalité. Du point de vue de la Constitution espagnole, le principe de légalité régit toute action des pouvoirs publics, comme le stipule l'article 9.3. Cependant, le principe général de légalité met particulièrement l'accent sur le droit pénal et de sanction. Le principe de légalité qui s'applique à l'action générale des pouvoirs publics n'implique pas *nécessairement* l'interdiction de la rétroactivité ou celle de l'extension par analogie du texte de loi, pas plus qu'il n'entraîne — si

⁽¹²⁶⁾ Bien que, comme l'a proposé García de Enterría, elles puissent faire partie d'un concept de sanction au sens large.

l'on considère que du principe de légalité découlent les exigences du principe de culpabilité — que le responsable ait agi de manière coupable ⁽¹²⁷⁾. Par conséquent, alors qu'on ne saurait renoncer à toutes ces conséquences du principe de légalité dans le cas de sanctions au sens strict, il n'en va pas de même pour les actes administratifs défavorables et les mesures de récupération où ces conséquences ne sont pas inéluctables.

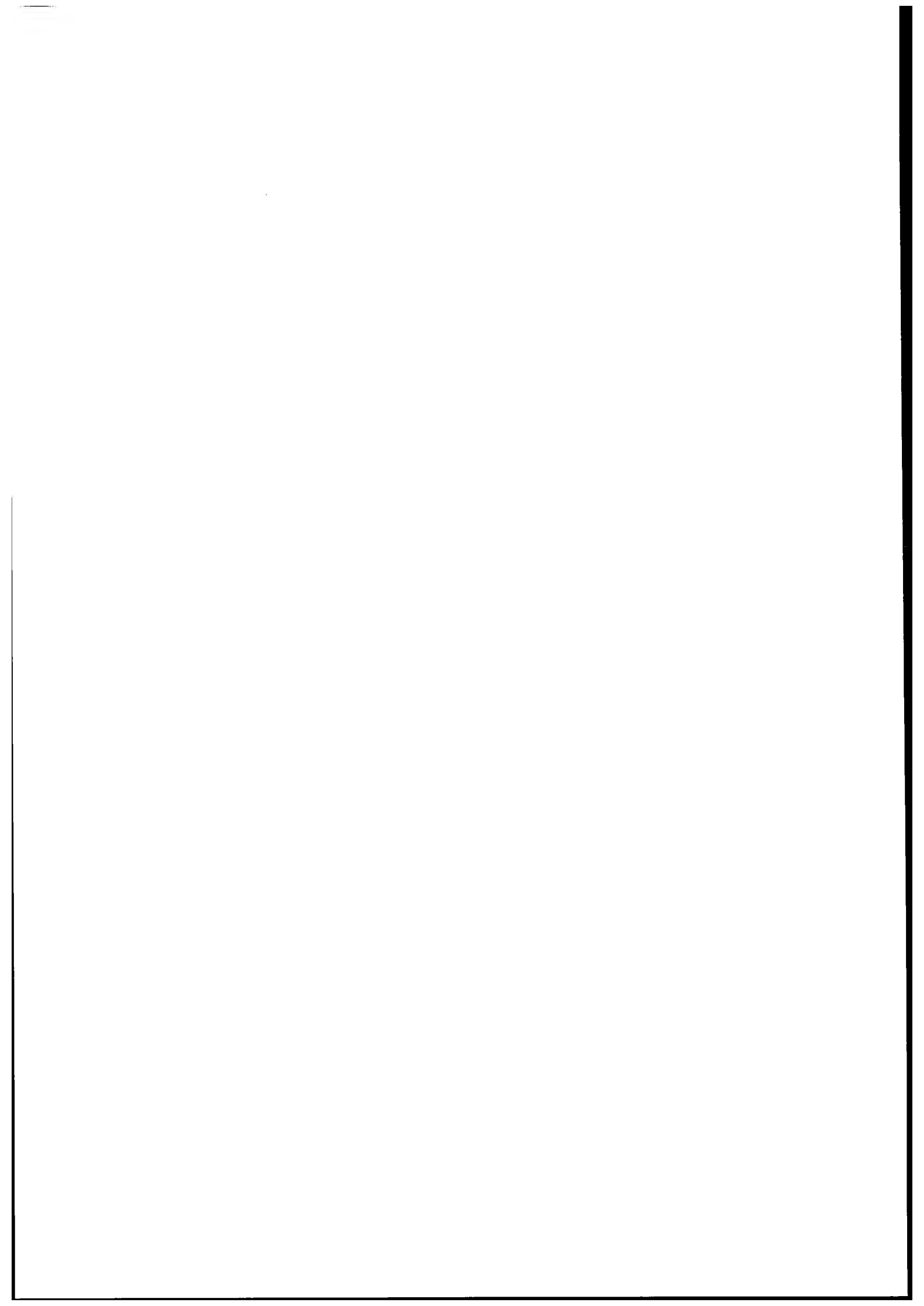
Une distinction de cette nature opérée entre les sanctions administratives, d'une part, et les actes administratifs défavorables (y compris les mesures de récupération), de l'autre, semble se retrouver dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle espagnole, qui, comme nous l'avons vu, a soutenu récemment que «la révocation d'une licence constitue un acte administratif qui a parfois un caractère de sanction et *parfois non*» ⁽¹²⁸⁾.

De tout ce qui précède, nous pouvons déduire que les *sanctions* (et leurs modalités générales d'application) au sens strict doivent être décidées par le *Conseil*. Cette décision peut, de toute manière, être ouverte au sens d'une loi en blanc dont les dispositions peuvent être *complétées par des décisions réglementaires d'exécution de la Commission*.

En revanche, la *révocation d'actes administratifs favorables* et les *mesures de récupération* peuvent être décidées par des règlements d'exécution arrêtés par la *Commission*.

⁽¹²⁷⁾ Krey dans Fest. f. G. Blau, p. 123 et suiv.

⁽¹²⁸⁾ Arrêt 181/90 de la Cour constitutionnelle.



France

**Vers un droit
administratif pénal?**

par
Professeur Mireille Delmas-Marty,
Université de Paris-I
(Panthéon-Sorbonne)
et
Professeur Catherine Teitgen-Colly
Université de Paris-XI
(faculté de Sceaux)

Partie France

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique, droit administratif</i>
<i>APC</i>	<i>Archives de politique criminelle</i>
<i>BOCCRF</i>	<i>Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation. République française</i>
Cass.	Cour de cassation
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CC	Conseil constitutionnel
CCA	Commission de contrôle des assurances
CE	Conseil d'État
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>D</i>	<i>Recueil Dalloz Sirey</i>
<i>JCP</i>	<i>La semaine juridique — Jurisclasseur périodique</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPF	Livre des procédures fiscales
<i>RA</i>	<i>La revue administrative</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDP</i>	<i>Revue internationale de droit pénal</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
TC	Tribunal des conflits

Sommaire

1.	Existence d'un «système administratif pénal» français?	179
1.1.	Existence de sanctions infligées par l'administration	179
1.1.1.	Développements de la répression administrative	179
1.1.1.1.	Les sanctions administratives, prérogatives traditionnelles de l'administration	179
1.1.1.2.	Les sanctions administratives de l'État providence	180
1.1.1.3.	Les sanctions administratives de l'État régulateur	181
1.1.2.	Domaines de la répression administrative	181
1.1.2.1.	Matière fiscale	182
1.1.2.2.	Domaine de la santé et de l'environnement	182
1.1.2.3.	Secteur de la circulation et des transports	182
1.1.2.4.	Domaine de l'expression, de l'information et de la communication	183
1.1.2.5.	Secteur de l'économie	183
1.1.2.6.	Secteurs de la transaction administrative	184
1.1.3.	Destinataires de la répression administrative	184
1.2.	Ébauche d'un «système administratif pénal»	185
1.2.1.	Définition de principes par le juge administratif	185
1.2.2.	Amorce d'une théorie de la répression administrative par le Conseil constitutionnel	186
1.2.2.1.	Admissibilité de la répression administrative	186
1.2.2.2.	Régime de la répression administrative	187
2.	Critères d'identification de la répression administrative	189
2.1.	Identification de la sanction administrative	189
2.1.1.	Finalité de la sanction administrative	189
2.1.1.1.	Sanctions administratives et mesures administratives préventives	189
2.1.1.2.	Sanctions administratives et mesures restitutives	191
2.1.2.	Compétence pour infliger une sanction administrative	192
2.1.2.1.	Nature de l'autorité compétente	192
2.1.2.2.	Caractère indépendant et impartial	192
2.1.3.	Contenu de la sanction administrative	193
2.2.	Identification de l'infraction administrative	194
2.2.1.	Éléments constitutifs de l'infraction	194
2.2.1.1.	Élément matériel	195
2.2.1.2.	Élément moral	195
2.2.2.	Principes directeurs de dépenalisation	196
3.	Règles de fond	199
3.1.	Principe de légalité	199
3.1.1.	Légalité formelle (et non-rétroactivité)	199
3.1.2.	Légalité matérielle	200
3.1.3.	Légalité organique	200
3.2.	Principe de responsabilité	200
3.2.1.	Conditions d'imputabilité	201
3.2.1.1.	Auteur, coauteur et complice	201
3.2.1.2.	«Décideur»	201
3.2.1.3.	Personnes morales	202
3.2.2.	Causes d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité	202
3.2.2.1.	Causes objectives	202
3.2.2.2.	Causes subjectives	203
3.3.	Règles relatives aux sanctions administratives	203
3.3.1.	Typologie des sanctions administratives	203

3.3.1.1.	Typologie dominante	203
3.3.1.2.	Typologies marginales	206
3.3.2.	Prononcé de la sanction administrative	207
3.3.2.1.	Liberté de choix de la sanction	207
3.3.2.2.	Limites du choix de la sanction	208
3.3.3.	Exécution de la sanction	211
3.3.3.1.	Moyens de pression	211
3.3.3.2.	Moyens d'exécution d'office	212
3.3.4.	Relations entre les sanctions administratives et les autres catégories de sanctions	213
3.3.4.1.	Contentieux pénal et administratif	213
3.3.4.2.	Contentieux pénal, administratif et civil	215
4.	Règles de procédure	216
4.1.	Règles propres aux principales phases de la procédure	216
4.1.1.	Constatation de l'infraction et instruction de l'affaire	216
4.1.1.1.	Garanties relatives aux personnes	216
4.1.1.2.	Garanties relatives aux actes	217
4.1.2.	Prononcé de la sanction	218
4.1.2.1.	Garanties d'indépendance	218
4.1.2.2.	Garanties d'impartialité	219
4.2.	Règles communes	219
4.2.1.	Garanties appliquées: les droits de la défense	219
4.2.1.1.	Information de l'accusé	219
4.2.1.2.	Droit de discuter en temps utile les charges	220
4.2.2.	Garanties exclues: la présomption d'innocence	220
4.3.	Voies de recours	220
4.3.1.	Recours gracieux	220
4.3.2.	Recours contentieux devant les juridictions administratives	221
4.3.3.	Recours contentieux devant les juridictions judiciaires	221
5.	Sanctions applicables aux violations de la réglementation communautaire	223
5.1.	Application de sanctions pénales	224
5.1.1.	Création d'incriminations nouvelles spécifiques	224
5.1.2.	Utilisation d'incriminations à caractère général	225
5.1.3.	Incriminations par renvoi	226
5.2.	Application de sanctions administratives	227
5.2.1.	Incrimination par le droit interne de la violation du droit communautaire	227
5.2.2.	Absence en droit interne d'incrimination de violation du droit communautaire et absence de sanction administrative	228
5.3.	Relation entre sanctions nationales et sanctions du droit communautaire	230
6.	Conclusion générale	232
6.1.	Évolution en cours	232
6.1.1.	Orientations en matière de droit communautaire	232
6.1.2.	Mise en place du système administratif pénal	233
6.2.	Propositions	234
6.2.1.	Régime juridique	234
6.2.2.	Champ de la répression administrative	234
6.3.	Suggestions pour le rapport final	235
6.3.1.	Infraction administrative et infraction pénale	235
6.3.2.	Règles de procédure	235

1. Existence d'un «système administratif pénal» français?

Depuis longtemps, il existe en France des sanctions administratives au sens du XIV^e Congrès de Vienne, c'est-à-dire des mesures à caractère répressif édictées par des autorités administratives. Ces sanctions, multipliées et diversifiées depuis un demi-siècle, témoignent de la mise en place à côté de la répression pénale d'un nouveau type de répression: la répression administrative.

Ces sanctions, pourtant, n'ont pas été appréhendées dans leur globalité. À la différence d'autres États, notamment européens, en France, aucun code ne les rassemble ni ne dégage leurs traits spécifiques; aucun texte n'unifie leur statut. La doctrine, pour sa part, s'en est longtemps désintéressée. Mis à part quelques développements plus substantiels sur la répression disciplinaire ou sur la répression fiscale, les manuels de droit se bornent à évoquer certaines de ces sanctions, généralement sous la rubrique des «pouvoirs de police spéciale». Quant aux trop rares études qui privilégient leur analyse transversale, elles témoignent, avant tout, de la difficulté de définir un tel objet d'étude⁽¹⁾ quand elles ne contestent pas l'identité même de cet objet⁽²⁾.

Depuis peu, cependant, un intérêt nouveau pour la répression administrative semble se manifester, intérêt qu'expliquent, d'une part, le récent redéploiement de cette répression au profit de nouvelles autorités administratives et, d'autre part, la «perte de valeur symbolique du droit pénal», perte qui serait due à sa banalisation et à son inefficacité et qui conduirait à voir dans la répression administrative une alternative possible dans le cadre d'une politique de dépenalisation⁽³⁾.

Quoi qu'il advienne de cette réflexion qui s'engage, pour le moment, si l'on s'accorde à considérer que la notion de «système» implique un certain degré d'élaboration et d'organisation de l'objet concerné et qu'un système juridique suppose l'existence d'un droit ayant des caractéristiques et des logiques sinon toujours propres, du moins identifiables, force est d'observer que la multiplication de réglementations hétérogènes instituant des sanctions administratives n'est pas constitutive d'un tel système et que, par conséquent, il n'existe pas en France de «système administratif pénal».

(1) Mourgeon, J.: *La répression administrative*, LGDJ, 1966.

(2) Picard, E.: *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984.

(3) Rapport de la commission du rapport et des études du Conseil d'État, du 8 mars 1984. Voir de Bresson, J. J.: «Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques», *RSC*, 1985, p. 241; Delmas-Marty, M.: «Pour des principes directeurs de législation pénale», *RSC*, 1985, p. 225; Lascoumes, P., et Barberger, C.: «De la sanction à l'injonction, le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices», *RSC*, 1988, p. 45.

Néanmoins, la contestation, déjà ancienne, devant le juge administratif de l'application des sanctions administratives et surtout celle, plus contemporaine, devant le Conseil constitutionnel de leur institution ont conduit à l'élaboration d'un certain nombre de principes communs qui constituent l'amorce d'une théorie du pouvoir de sanction administrative et révèlent un «système administratif pénal» en train de s'ébaucher, système qui commence à retenir l'attention de la doctrine⁽⁴⁾.

1.1. EXISTENCE DE SANCTIONS INFLIGÉES PAR L'ADMINISTRATION

La répression administrative, que la Révolution, en dépit du principe de séparation des pouvoirs qu'elle affirme, ne supprime pas, connaît depuis un demi-siècle d'importants développements. Elle s'exerce aujourd'hui sur de larges secteurs et vise des destinataires diversifiés.

1.1.1. Développements de la répression administrative

La répression administrative s'est développée en France en trois phases, en étroite liaison avec l'évolution du rôle de l'État. Aux sanctions anciennes de l'État puissance publique s'ajoutent, au milieu du XX^e siècle, celles de l'État providence avant que la répression administrative ne se redéploie dans les années 70 au sein de l'État régulateur.

1.1.1.1. Les sanctions administratives, prérogatives traditionnelles de l'administration

Le régime de confusion des pouvoirs qui caractérise l'Ancien régime s'est illustré notamment par l'existence d'administrateurs-juges: roi, seigneurs, autorités municipales, agents de ceux-ci sont alors tous dotés de larges pouvoirs répressifs à l'égard des «sujets» du royaume. C'est ainsi que, par exemple, les seigneurs disposent tout à la fois, pour l'administration des forêts, de leur pouvoir de ban, qui leur permet notamment de prescrire des défrichements, et du pouvoir de réprimer les délits forestiers; confusion des pouvoirs dont bénéficieront après eux les services des eaux et forêts.

La Révolution, qui entend rompre avec ce régime de confusion des pouvoirs, ne met pourtant pas un terme à cette répression administrative. Les autorités administratives conservent certains des pouvoirs répressifs des administrateurs de l'Ancien régime. Ainsi en

(4) Georgel, J., et Hubrecht, H. G.: «Sanctions administratives», *JCP*, fax 202; Genevois, B.: «La sanction administrative en droit français», *RSC*, 1985, p. 70; Varinard, A. et Joly-Sibuet, E.: «Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal», *RIDP*, 1988, p. 189; «Les sanctions administratives», *Les petites affiches*, numéro spécial, 17 janvier 1990.

va-t-il du pouvoir de sanctionner ceux de leurs agents qui manquent à la discipline et ceux de leurs concessionnaires qui se dérobent à leurs obligations contractuelles. Cette répression administrative qui s'exerce dans le cadre de relations préexistantes entre l'administration et ceux qui en sont l'objet n'est guère contestée. Il est vrai qu'elle répond à la nécessité que connaît toute institution d'assurer l'ordre en son sein — ainsi le pouvoir disciplinaire est-il la conséquence logique de la subordination nécessaire des agents à l'autorité hiérarchique.

La répression administrative s'exerce aussi à l'égard de ceux, nombreux, qui, bénéficiant d'autorisations pour occuper le domaine public ou exercer une liberté publique (notamment professionnelle), peuvent se voir retirer pour manquement à leurs obligations. Ici encore, cependant, la sanction administrative intervient dans le cadre d'une relation particularisée avec l'administration, et l'on peut admettre sans difficulté que l'administration qui délivre ces autorisations est bien placée pour les retirer ou les suspendre si les intéressés n'en usent pas conformément aux conditions posées lors de leur délivrance.

La situation est différente avec la répression fiscale. On sait que, déjà sous l'Ancien régime, les administrations des douanes et du fisc disposaient de compétences répressives étendues, mais, tandis qu'en matière douanière, on a confié ensuite la répression des infractions au juge judiciaire (sous réserve d'un pouvoir d'intervention de l'administration, qui s'avère en pratique non négligeable, voir ci-après), l'administration fiscale a conservé de très larges pouvoirs répressifs en cas de manquement des contribuables à leurs obligations fiscales. Pourtant, bien qu'elle s'exerce en dehors de toute relation préexistante entre l'administration et le contribuable et sanctionne des manquements à des obligations légales et générales, cette répression administrative a été jugée inhérente au pouvoir fiscal, comme un attribut de cette prérogative de puissance publique par excellence qu'est la prérogative fiscale. Ainsi le Conseil d'État a-t-il considéré que l'autorité compétente pour créer une taxe — et, en l'occurrence, il s'agissait précisément d'une autorité administrative — a le droit d'établir des amendes en vue d'en assurer le recouvrement (CE, 5 mai 1922, Fontan, R. 386).

Maintenue donc au-delà de la Révolution, la répression administrative s'est véritablement développée en même temps que s'affirmait l'État interventionniste.

1.1.1.2. Les sanctions administratives de l'État providence

À côté de la répression administrative très grave qui sévit dans le cadre du régime de l'indigénat institué entre les deux guerres en Algérie et dans les colonies d'Afrique à l'égard de ceux qui ne bénéficient pas de la citoyenneté française, répression circonscrite dans le temps et dans l'espace, on voit, à partir de l'entre-deux-guerres, se développer une répression adminis-

trative qui est liée à l'extension des missions économiques, sociales et culturelles que l'État entend, au nom de l'intérêt général, désormais assumer. Assumer, mais non toujours prendre en charge directement: ainsi incite-t-il les personnes privées à collaborer ou à participer, sous son contrôle, à l'exécution de ces mesures. En contrepartie de l'agrément qui leur est accordé, des obligations leur sont imposées dont le non-respect donne lieu à sanction administrative: le retrait de l'agrément.

Mais c'est surtout le dirigisme et, plus encore, le corporatisme du gouvernement de Vichy qui conduisent, pendant la Seconde Guerre mondiale à l'aggravation de la répression administrative. Les comités d'organisation professionnelle et les ordres professionnels alors créés pour structurer les professions se voient dotés de pouvoirs de sanctions afin de réprimer plus efficacement les comportements contraires aux règles nouvelles de discipline économique. La répression économique s'abat alors sur toutes les activités économiques et déborde le cadre professionnel pour s'étendre à l'ensemble des citoyens, en tant que producteurs ou consommateurs. Très vite, elle supplante la répression pénale: en 1942, le juge judiciaire est presque totalement dessaisi de la répression des infractions aux règles de l'économie dirigée⁽⁵⁾.

Tandis que le rétablissement de la légalité républicaine marque le terme de la répression administrative assurée par les comités d'organisation et les offices professionnels (dissous par la loi du 26 avril 1946), le maintien de la situation de crise explique que, à côté d'une répression disciplinaire qui se développe au titre de l'épuration, certaines sanctions administratives demeurent, comme celles liées à la législation sur les prix du 30 juin 1945, dont l'initiative, toutefois, relève du juge judiciaire, et qui s'éteindront peu à peu pour disparaître en 1955.

Contre toute attente, en raison des critiques qu'il suscite, le retour à la normale ne s'accompagne pas, dans les années 50, du renoncement à la répression administrative. La logique interventionniste qui anime l'État au nom de la satisfaction de l'intérêt général conduit au développement de la répression administrative à l'égard d'organismes privés qui assurent des fonctions d'intérêt général (par exemple, la loi du 14 avril 1952, au nom des exigences de la coordination du rail et de la route, impose aux transporteurs des obligations sanctionnées administrativement par la mise au garage de leurs véhicules ou le retrait de leur carte professionnelle). En outre, parallèlement, les hypothèses de répression administrative se multiplient au fil des textes dans des domaines divers et circonscrits, mais de façon disparate et sans esprit de système (par exemple, pour les infractions au code de la route,

(5) De Juglart: «Les sanctions administratives dans la législation récente», *JCP*, 1942.I.283; Colliard, C. A.: «La sanction administrative», *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1943, p. 5.

le décret du 21 août 1951 ou, pour le défaut de réponse à des enquêtes statistiques, la loi du 7 juin 1951, etc.)⁽⁶⁾.

La répression administrative n'acquiert pas pour autant droit de cité. Si sa présentation toujours atomisée ne permet pas d'en prendre l'exacte mesure, elle n'en reste pas moins contestée lorsqu'elle s'exerce, comme c'est le cas, de plus en plus souvent à l'égard de tout citoyen. Permettant à ceux qui la contestent d'ouvrir le débat, son redéploiement dans le contexte nouveau des années 70 est à l'origine de sa consécration.

1.1.1.3. *Les sanctions administratives de l'État régulateur*

Les années 70 voient naître en France des autorités publiques d'un type nouveau, les autorités administratives indépendantes (AAI), qui constituent un mode nouveau d'intervention publique.

Ces autorités sont créées par les pouvoirs publics pour assurer la régulation de certains secteurs sensibles de la vie sociale — secteur de l'information et de la communication, secteur de l'économie de marché et secteur de l'administration quotidienne — qui sont des lieux d'exercice de libertés essentielles et des secteurs très exposés aux pressions des pouvoirs de toute nature. Pour des raisons d'ordre idéologique, politiques ou techniques, telles que le refus d'une intervention directe de l'État jugée menaçante (notamment dans le secteur audiovisuel ou le secteur de l'économie de marché), la volonté de favoriser l'expression de la société civile jugée insuffisamment assurée par la représentation politique traditionnelle, l'inadaptation des modes classiques d'expression de la puissance publique (décision exécutoire trop autoritaire pour favoriser un consensus, répression judiciaire inefficace), etc., les pouvoirs publics préfèrent alors, à une régulation assurée par les canaux étatiques traditionnels (parlement, exécutif, juge), faire appel à des instances nouvelles dont la spécificité institutionnelle répond mieux aux exigences de la mission régulatrice qui leur est confiée, mission qui consiste à réaliser des arbitrages entre intérêts en présence, à préciser les règles du jeu, à s'assurer de leur respect, tout cela dans le souci premier de protéger les libertés⁽⁷⁾.

À cette fin, ces autorités publiques, d'une part, bien que dépourvues de la personnalité morale et représentant juridiquement l'État, bénéficient d'une indépendance tout à fait spécifique, à la fois organique et fonctionnelle, de nature à en faire des instances objectives, neutres, «sages» — elles ne sont, notamment,

⁽⁶⁾ Levasseur, G.: «Renaissance des sanctions administratives et renforcement de la répression pénale de la fraude fiscale», *JCP*, 1952.I.10.32.

⁽⁷⁾ *Les autorités administratives indépendantes*, ouvrage collectif sous la direction de C. A. Colliard et G. Timsit, PUF, 1988.

soumises ni au pouvoir hiérarchique ni au pouvoir de tutelle de l'exécutif —, et, d'autre part, disposent de toute une gamme de pouvoirs (avis, recommandation, proposition, décision individuelle et réglementaire), qui leur permet d'exercer une influence déterminante, mais par des procédés souples, si cela est nécessaire.

Par la fonction de régulation qui leur est impartie, les AAI révèlent en vérité un État désormais plus soucieux de veiller au bon déroulement de l'activité tant privée que publique, dans le respect des libertés et du pluralisme qui fonde toute démocratie, que désireux d'assumer de nouvelles missions. En outre, par leur composition collégiale et ouverte, ces autorités favorisent le rapprochement de l'État et de la société civile, esquissant le dépassement de la distinction des sphères du public et du privé, en même temps qu'elles tendent, par la diffraction du pouvoir étatique qu'elles opèrent, à l'infléchissement de ce dernier. À ce double égard, l'émergence des AAI paraît bien traduire un état de crise non seulement de l'État providence, mais de l'État.

Non sans paradoxe si l'on songe qu'une «autre logique du droit» préside à leur institution (leur autorité devant reposer essentiellement sur leurs facultés de persuasion), les plus importantes des AAI se sont vues dotées peu à peu de larges pouvoirs de sanctions. Mis à part le secteur de la concurrence, où ce sont les exigences mêmes de la répression des pratiques anti-concurrentielles (et ultérieurement, à partir de 1977, des concentrations) qui sont à l'origine de la création d'une AAI — la Commission de la concurrence, devenue en 1986 le Conseil de la concurrence —, pour toutes les autres AAI dotées de pouvoirs répressifs, ce sont les exigences mêmes de leur mission régulatrice qui ont été mises en avant pour justifier la nécessité de la contrainte, la répression assurée par le juge ayant montré ses limites (impuissance du juge à sanctionner, lenteur de la justice pénale, absence d'infractions pénales, irresponsabilité pénale des personnes morales, etc.). La répression administrative s'est ainsi effectivement «redéployée», car, au-delà de l'élargissement de son champ (à de nouveaux secteurs et à de nouveaux destinataires), elle a été confiée non à des autorités classiques, mais à ces autorités spécifiques que sont les AAI, qui conjuguent appartenance à l'administration et indépendance par rapport à elle⁽⁸⁾.

1.1.2. *Domaines de la répression administrative*

Au-delà du vaste champ de la répression, qui s'inscrit dans le cadre de relations préexistantes et particularisées entre l'administration et celui qui la subit — répression disciplinaire (à l'égard des agents de l'admini-

⁽⁸⁾ Teitgen-Colly, C.: «Sanctions administratives et AAI», *Les petites affiches*, numéro spécial «Les sanctions administratives», 1990, n° 8.

nistration, mais aussi, dans une certaine mesure, des usagers des services publics), répression contractuelle (à l'égard de ses contractants), répression des bénéficiaires d'autorisation administrative —, la répression administrative couvre aujourd'hui des secteurs aussi étendus que divers.

1.1.2.1. Matière fiscale

Les sanctions que l'administration peut infliger en matière fiscale constituent l'un des plus importants et des plus traditionnels des secteurs de la répression administrative.

Ces sanctions occupent une large place dans le code général des impôts (CGI): près de 150 articles leur sont consacrés (articles 1725 à 1841). Elles apparaissent sous deux rubriques: «sanctions fiscales» et «autres sanctions et mesures diverses». Toutes sanctionnent des infractions au droit fiscal, mais la première rubrique vise des sanctions fiscales par nature (par exemple des majorations de droits calculés sur l'impôt dû: article 1728), tandis que la seconde regroupe des sanctions qui ne le sont pas (par exemple, retrait d'un agrément, déchéance d'exonération: respectivement articles 1756 et 1783 bis, point A).

Ces sanctions administratives peuvent être des «sanctions d'assiette», qui répriment, par exemple, le défaut ou le retard de production de documents nécessaires à l'établissement de l'impôt et, surtout, les insuffisances, inexactitudes, omissions, dissimulations de déclaration. Elles sont la contrepartie du caractère déclaratif de l'impôt. Les «sanctions de recouvrement», quant à elles, punissent les insuffisances, les retards ou le défaut de paiement d'un impôt. Enfin, des sanctions répriment des infractions diverses, comme le fait de faire obstacle aux contrôles (article 1737) ou de ne pas exécuter des engagements souscrits pour bénéficier d'une situation fiscale plus favorable (articles 1756 et 1756 ter).

Cette répression des infractions à la législation fiscale, qui résulte d'une réglementation touffue, est très complexe, d'autant que la répression administrative n'est exclusive ni de sanctions civiles (par exemple en cas de mutations irrégulières) ni, surtout, de sanctions pénales, lesquelles apparaissent dans le CGI sous une troisième rubrique, «pénalités fiscales», au côté des sanctions administratives. Ces sanctions pénales répriment notamment les infractions les plus graves, comme le délit de fraude fiscale (article 1741) ou des infractions spécifiques (par exemple la vente sans facture pour échapper à la TVA).

Le «maquis juridique inextricable» des sanctions fiscales, mais aussi douanières (lesquelles sont exclusivement pénales et non administratives) est à l'origine de l'initiative gouvernementale d'institution de la commission Aicardi, chargée, à partir d'avril 1986, de réfléchir à l'amélioration des rapports entre le citoyen et les administrations fiscales et douanières, amélioration jugée indispensable pour «conforter, voire réta-

blir le consentement à l'impôt sans lequel une société ne saurait avoir le caractère démocratique» (débat de l'Assemblée nationale 1986-1987, rapport n° 703). Des dispositions nouvelles ont ainsi été introduites dans la loi de finances pour 1987, mais, surtout, dans la loi du 8 juillet 1987 «modifiant les procédures fiscales et douanières». S'agissant plus précisément de la répression administrative, cette réforme a tendu à l'octroi de nouvelles garanties aux contribuables, à l'harmonisation partielle de la répression entre les divers impôts, à la réduction du taux des amendes et à la répression de certaines sanctions⁽⁹⁾.

1.1.2.2. Domaine de la santé et de l'environnement

La répression administrative s'est étendue également à ce domaine.

La fermeture administrative des débits de boissons est possible par arrêté préfectoral pour une durée n'excédant pas six mois, en vertu de l'article L. 62 du code des débits de boissons. Cette mesure, lorsqu'elle est édictée à la suite d'infractions aux lois et règlements relatifs à ces établissements, constitue une sanction administrative.

Le code de travail prévoit également une sanction administrative à l'égard des employeurs qui ne se conforment pas aux dispositions de ce code relatives à l'emploi obligatoire des mutilés de guerre et travailleurs handicapés. Cette sanction, qui est fixée par une commission départementale de contrôle, voire par le ministre du Travail (articles L. 323-6 et 323-28 du code du travail), prend la forme d'une redevance due par jour ouvrable et par bénéficiaire manquant, égale à trois fois le montant du salaire minimal garanti.

La législation sur la protection de la nature (loi du 10 juillet 1976 et décret du 25 novembre 1977) et celle relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (loi du 19 juillet 1976) reconnaissent également au préfet, voire au ministre, d'importants pouvoirs répressifs, pouvant aller jusqu'à la fermeture ou à la suppression de certains établissements en cas d'inobservation par les exploitants des obligations imposées par ces législations ou en cas d'exploitation n'ayant pas fait l'objet de la déclaration ou de l'autorisation exigée.

1.1.2.3. Secteur de la circulation et des transports

Ce secteur constitue un troisième secteur de répression administrative.

C'est à partir du décret du 21 août 1951 que le préfet a eu la possibilité de suspendre le permis de conduire en dehors de toute décision judiciaire au vu d'un

⁽⁹⁾ Néel, B.: «Les pénalités fiscales et douanières», *Economica*, 1989.

procès-verbal constatant certaines infractions au code de la route. Contesté, ce régime a été modifié par une loi, du 11 juillet 1975, qui laisse au préfet le pouvoir de suspendre un permis, sur avis d'une commission spécifique, mais cette suspension ne peut excéder six mois et cesse d'avoir effet dès que le juge judiciaire s'est prononcé. Autrement dit, deux répressions, l'une administrative, l'autre judiciaire, coexistent; plus précisément, elles se succèdent et la première s'impute sur la seconde⁽¹⁰⁾. La loi du 17 janvier 1986 a complété ce dispositif en prévoyant des procédures d'urgence (article L. 18-1 du code de la route) pour renforcer l'effet dissuasif des mesures vis-à-vis de certaines infractions au code de la route, notamment celles visant la vitesse excessive et la conduite en état alcoolique.

Par ailleurs, dans le cadre de réglementations concernant des professions dont l'activité est directement liée à la circulation routière, les autorités administratives ont la capacité de prononcer des sanctions pour les infractions de nature à mettre en danger la sécurité des usagers de la route. Ainsi la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 prévoit-elle le retrait, à titre temporaire ou définitif, des inscriptions ou autorisations auxquelles sont assujettis les transporteurs routiers ou leur radiation du registre des transporteurs en cas de manquements graves ou répétés à la réglementation des transports et du travail. De même le préfet dispose-t-il, dans certains cas, à l'égard de ceux qui enseignent la conduite automobile, du droit de leur retirer leur autorisation d'enseigner.

1.1.2.4. Domaine de l'expression, de l'information et de la communication

Des sanctions administratives peuvent être infligées aussi dans ce domaine.

Survivance des comités d'organisation institués par le régime de Vichy, la loi du 25 octobre 1946 portant création du Centre national de cinématographie (CNC) dispose que, en cas d'infraction des exploitants de salles de cinéma aux règles concernant l'industrie cinématographique édictées par le CNC, le directeur général du centre prononce des sanctions à leur encontre: amende au profit du Trésor, fermeture de la salle pouvant aller jusqu'à un mois, etc. (article 14 du code de l'industrie cinématographique).

De même, le non-respect de l'obligation de réponse à des enquêtes statistiques de l'INSEE peut être réprimé, depuis la loi du 7 juin 1951 (article 7), par une amende infligée par le ministre de l'Économie et des Finances.

En revanche, la volonté du législateur d'instituer, dans le cadre de la loi sur les entreprises de presse du 23 octobre 1984, une répression administrative des concentrations illégales s'est heurtée à la censure du

Conseil constitutionnel (décision n° 84-181, des 10-11 octobre 1984, R. 73; *AJDA*, 1984, p. 684, note de J. J. Bienvenu; *RDP*, 1986, p. 395, commentaire de L. Favoreu). Bien que déclaré inconstitutionnel, le dispositif mérite d'être rappelé: en cas de refus des entreprises de presse de se soumettre aux injonctions adressées par la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse (CTPP) pour que soient respectées les règles relatives aux concentrations, cette autorité administrative indépendante créée au demeurant par cette loi pour réguler le secteur de la presse pouvait transmettre le dossier au ministère public à des fins de poursuites judiciaires, transmission entraînant pour l'entreprise concernée privation automatique de tout avantage postal et fiscal. En vérité, le pouvoir répressif se trouvait de fait exercé par la CTPP, puisque ces sanctions extrêmement pénalisantes intervenaient sur la base du seul constat de la CTPP de non-exécution de ses injonctions.

La répression administrative s'est également développée dans le secteur de la communication audiovisuelle. À l'égard des titulaires d'autorisation pour l'exploitation de services de communication audiovisuelle ne respectant pas leurs engagements, tour à tour, trois autorités administratives indépendantes, la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA — créée par la loi du 29 juillet 1982), la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL — créée par la loi du 30 septembre 1986), puis le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA — institué par la loi du 17 janvier 1989) se sont vues dotées de pouvoirs de sanction de plus en plus étendus: pouvoirs de suspension et de retrait d'autorisation des exploitants pour la HACA et la CNCL, gamme très étendue et, notamment, pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires conséquentes pour le CSA.

Enfin doivent être signalés les pouvoirs de sanction confiés à la dernière née des AAI, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (créée par la loi du 15 janvier 1990), à l'égard des candidats en cas de dépassement du plafond des dépenses électorales et à l'égard des associations de financement des partis politiques.

1.1.2.5. Secteur de l'économie

Sans aucun doute, cependant, c'est ce secteur qui révèle l'extension de la répression administrative à la fois la plus importante, la plus récente et la plus significative.

La répression administrative trouve, en effet, d'abord à s'exercer en cas de non-respect de la *libre concurrence* résultant de concentrations d'entreprises et de pratiques anticoncurrentielles, et ce depuis la loi du 19 juillet 1977. En vertu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la

⁽¹⁰⁾ Lenclos, J. L.: «Vers la fin d'une "étrangeté juridique", la réforme de la suspension du permis de conduire», *AJDA*, 1978, p. 124.

concurrence, qui a modifié les modalités d'exercice de cette répression, il appartient désormais au Conseil de la concurrence de se prononcer sur les pratiques anticoncurrentielles (ententes illicites et abus de position dominante) et d'infliger lui-même, le cas échéant, des sanctions pécuniaires à l'égard des entreprises. En revanche, s'agissant des concentrations irrégulières, c'est toujours le ministre de l'Économie et des Finances qui exerce le pouvoir de prononcer des amendes, sur avis du Conseil de la concurrence et à la condition de ne pas dépasser le montant proposé par celui-ci.

La répression administrative a gagné en outre le *secteur boursier*. La Commission des opérations de Bourse (COB), créée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, à côté de son pouvoir disciplinaire — pouvoir de retrait des agréments aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et aux gérants de portefeuilles, pouvoir de s'opposer à la radiation des valeurs mobilières de la cote officielle par le Conseil des Bourses de valeurs (loi du 22 janvier 1988 portant réforme des Bourses de valeurs) — s'est vu attribuer, afin d'assurer la protection des épargnants et d'assainir le marché financier, par la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, le pouvoir d'infliger de lourdes amendes en cas de pratiques contraires aux règlements qu'elle édicte.

Enfin, la répression administrative s'est étendue au *domaine des assurances*. La loi du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances au marché européen dote, en effet, la Commission de contrôle des assurances (CCA) qu'elle crée de toute une gamme de sanctions (retrait d'agrément, sanctions pécuniaires, etc.) en cas de non-respect par les entreprises d'assurances de dispositions législatives ou réglementaires les concernant ou de comportement mettant en péril leur solvabilité ou l'exécution de leurs engagements (article L. 310-8 du code des assurances). Ce pouvoir répressif s'exerce également, mais selon des modalités en partie différentes, à l'égard des entreprises d'assurances opérant sur le territoire français en libre prestation de services. Une autre loi du même jour, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, crée une Commission de contrôle des institutions de retraite ou de prévoyance (CCIRP) dotée de pouvoirs de sanctions, mais sans implication financière.

Importante et récente, cette extension de la répression administrative en matière économique est également remarquable en raison des autorités habilitées à l'exercer. Dans les trois domaines, en effet, elle est confiée à une *autorité administrative indépendante*: Conseil de la concurrence, COB, CCA, CCIRP. La répression administrative se développe donc en liaison étroite avec les AAI et plus précisément, par leur intermédiaire, ce qui témoigne très clairement de la volonté de l'État de ne pas intervenir directement dans l'économie, mais sans pour autant renoncer aux exigences d'une régulation publique à laquelle il reste partie.

1.1.2.6. Secteurs de la transaction administrative

Pour prendre l'exacte mesure du champ de la répression administrative, il convient, enfin, de prendre en compte les hypothèses assez nombreuses où l'administration, saisie d'un recours gracieux contre certaines sanctions qui pourraient être infligées par le juge ou qui le sont déjà, exerce un véritable pouvoir répressif à la place du juge (voir ci-après, point 4). De telles hypothèses se rencontrent notamment en matière fiscale et douanière, mais ne sont pas limitées à ces deux secteurs: l'administration, pour ne citer qu'un seul exemple, peut intervenir lorsqu'un déboisement donne lieu à répression pénale (article L. 313-5 du code forestier). En matière fiscale et douanière, cette pratique est particulièrement fréquente. Ainsi, alors même que l'infraction relève du juge judiciaire, les administrations fiscales ou douanières disposent, avant toute procédure judiciaire, sur recours des intéressés, du pouvoir soit de *remise partielle ou totale* d'une sanction qui est définitive, soit de *transaction* pour une sanction non définitive. L'administration qui décide seule, sous réserve toutefois de l'accord de l'intéressé en cas de transaction, exerce alors un véritable pouvoir répressif à la place du juge, ainsi qu'en convient le Conseil d'État, pour qui la seule offre de transaction «comporte une décision tant sur le principe de la responsabilité que sur celui de la détermination des sanctions» (CE, 19 septembre 1945, Dame Noury). A fortiori en va-t-il ainsi lorsque la transaction est intervenue (CE, 8 juillet 1949, Dame Gandoulin, R. 336)⁽¹¹⁾. Loin d'être une procédure marginale, le règlement gracieux est d'un usage fréquent, surtout en matière douanière. Ainsi, en 1985, sur 103 300 infractions de douane et de change constatées par le service des douanes, 101 092, soit 97,9 % d'entre elles, ont été réglées par transaction et seulement 2 % ont été portées en justice, dont certaines ont fait l'objet de transaction en cours d'instance. Cette procédure constitue donc en fait, en cette matière, la procédure répressive de droit commun, au point, d'ailleurs, que l'administration a fixé, en 1977, un barème pour harmoniser le règlement transactionnel des infractions douanières⁽¹²⁾.

1.1.3. Destinataires de la répression administrative

Dans les divers secteurs où elle s'exerce, la répression administrative vise des destinataires variés.

⁽¹¹⁾ On ne peut, en revanche, parler de véritable répression «administrative» lorsqu'une procédure judiciaire est engagée et, a fortiori, lorsqu'un jugement est prononcé, car l'administration n'exerce alors son pouvoir de remise de peine, voire de transaction, que sur avis conforme du président de la juridiction.

⁽¹²⁾ Néel, op. cit., p. 334, et Serverin, E., Lascoumes, P. et Lambert, T.: «Transactions et pratiques transactionnelles», *Economica*, 1987.

D'abord, elle s'exerce tant à l'égard de personnes physiques (par exemple la répression disciplinaire) qu'à l'égard de personnes morales (par exemple la répression des pratiques anticoncurrentielles). Elle diffère en cela de la répression pénale, qui ignore la responsabilité pénale des personnes morales. Cette spécificité de la répression administrative a d'ailleurs été couramment invoquée pour justifier sa mise en place: ainsi en a-t-il été en matière économique, où, très tôt, les pouvoirs publics ont souhaité prendre des sanctions «contre l'entreprise» (voir loi du 16 août 1940 relative à l'organisation provisoire de la production industrielle). Mais cette spécificité est aujourd'hui en partie mise en cause, d'une part, par le Conseil constitutionnel, qui considère que rien ne s'oppose à ce que le juge répressif inflige une amende à une personne morale, le principe de personnalité des peines étant dépourvu de valeur constitutionnelle (n° 82-143 DC, du 30 juillet 1982), d'autre part, par les divers projets de refonte du code pénal, qui envisagent une telle responsabilité des personnes morales.

Par ailleurs, la répression administrative sévit sans prendre en considération l'existence ou l'absence de liens unissant antérieurement l'administration au destinataire de la sanction. Certes, des sanctions sont infligées à des personnes qui ont eu un lien direct avec l'administration — lien qui peut résulter d'une décision unilatérale de celle-ci ou d'un contrat passé; tel est le cas pour les agents de l'administration passibles de sanctions disciplinaires, les entreprises cocontractantes qui sont l'objet de pénalités contractuelles ou encore les bénéficiaires d'autorisations administratives susceptibles de se voir retirer leur autorisation. Mais la répression administrative vise également des destinataires sans lien préexistant avec l'administration, telles les entreprises auteurs de pratiques anticoncurrentielles ou de certaines infractions boursières.

Ainsi des textes anciens, mais aussi récents, épars et multiples, au champ d'application plus ou moins étendu, instituent une répression administrative éclatée et dont le régime juridique variable au gré des textes est atomisé.

À ce morcellement, le législateur est resté à ce jour indifférent. Ce sont les juges qui, au fil de leurs décisions, ont dégagé certains principes communs à cette répression, contribuant ainsi à l'ébauche d'un «système administratif pénal».

1.2. ÉBAUCHE D'UN «SYSTÈME ADMINISTRATIF PÉNAL»

Le juge administratif est à l'origine de cette ébauche, mais on doit à l'intervention plus récente du Conseil constitutionnel l'amorce d'une théorie en matière de répression administrative.

1.2.1. Définition de principes par le juge administratif

Constituant des décisions administratives, les sanctions administratives ont vu leur contentieux porté devant le juge administratif (au moins jusqu'à une date récente, voir ci-après). Saisi de ce contentieux, le juge administratif a été conduit à jouer un rôle de première importance dans la définition des principes les concernant. C'est lui, en effet, qui a dû combler les lacunes inévitables des textes de plus en plus nombreux organisant cette répression et préciser les modalités de sa mise en œuvre. Mais, surtout, c'est lui qui s'est attaché à dégager la synthèse de textes épars applicables à des cas particuliers de répression administrative, afin de réguler cette répression dans le respect des droits des administrés. Ainsi a-t-il été amené peu à peu à expliciter des règles générales constituant le droit commun de la répression administrative, soit en formulant des principes généraux du droit propres à celle-ci, comme le caractère contradictoire de la procédure administrative répressive (CE, Sect. 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, R. 133; *RD*, 1944, p. 256, note de Jèze), soit en appliquant à la répression administrative des principes généraux du droit à portée plus vaste qui valent pour l'ensemble du droit administratif, comme le principe du recours pour excès de pouvoir, recours offert, même sans texte le prévoyant expressément, contre toute décision administrative (CE, 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture/Dame Lamotte).

Ce droit de la répression administrative tel que l'a façonné le juge administratif traduit sa double volonté, d'une part, de protection des intérêts des particuliers, laquelle justifie des emprunts au droit pénal, et, d'autre part, de protection des intérêts de l'administration, laquelle explique les éléments de particularisme du droit de la répression administrative.

D'un côté, en effet, le juge administratif se montre, à la fois, conscient des dangers que la multiplication des interventions de la puissance publique fait courir aux libertés individuelles et désireux de ne pas faire perdre aux administrés, sous prétexte qu'ils sont l'objet d'une répression où l'administration est substituée au juge, le bénéfice des garanties traditionnelles offertes par la procédure et le droit pénal dans le cadre de la répression pénale. De cela témoignent divers emprunts au droit pénal: des règles de fond, comme le principe de légalité des peines (principe certes parfois assoupli, mais le plus souvent compris comme interdisant à l'administration d'infliger une sanction non prévue par un texte ou autre que celle prévue par un texte) (CE, 28 février 1947, Deauzet), le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère (CE, 24 mars 1982, Société Legrand, R. 544) ou, encore, le principe «non bis in idem» interdisant le prononcé de deux sanctions administratives pour une même infraction (CE, 29 juin 1945, Veuve Corby, R. 144), etc., mais aussi des règles de procédure, comme le principe des droits de la défense, le principe d'interdiction

d'aggravation d'une sanction sur recours de celui qui en est l'objet (CE, Sect. 16 mars 1984, Moreteau, R. 109), etc.

Le droit de la répression administrative tel qu'il résulte de la jurisprudence administrative n'est cependant pas la pure et simple transposition des règles pénales. Le particularisme qu'il recèle a même été affirmé par le juge administratif: ainsi le Conseil d'État soulignait-il, dans l'arrêt Marcaillou du 12 mai 1950 (R. 280), que le droit pénal et les garanties qu'il représente pour l'administré sont, par principe, inapplicables aux décisions administratives que sont les sanctions administratives. La répression administrative obéit donc à des règles spécifiques imposées au nom de la nécessité de ne pas entraver l'action administrative. Ainsi, si le juge administratif a transposé le principe de l'interprétation étroite de l'incrimination (CE, Sect. 4 mars 1960, Lévy, R. 176), il s'est montré souple s'agissant du principe de légalité des incriminations, se contentant souvent d'incriminations textuelles vagues ou admettant que l'administration détermine elle-même, sous son contrôle toutefois, les éléments constitutifs de l'infraction (CE, 28 septembre 1945, Boué, R. 196). De même, afin de ne pas obérer l'activité de l'administration par un formalisme trop étroit a-t-il assoupli ses exigences procédurales par rapport à celles de la répression pénale, en se prononçant, par exemple, pour l'application d'une procédure contradictoire, mais sans aller jusqu'à transposer l'ensemble des règles de la procédure pénale garantissant les droits de la défense, ou encore en écartant la présomption d'innocence (CE, 30 janvier 1981, Jacquesson, R. 39), voire en jugeant que, sauf disposition particulière, l'amnistie d'une infraction pénale est sans incidence sur la sanction administrative (CE, 22 juin 1984, Marcel, R. 511).

De la sorte s'est constitué peu à peu, par touches successives, un droit de la répression administrative, qui a pu être qualifié par la doctrine de «pseudo-droit pénal»⁽¹³⁾, expression révélatrice de l'emprunt fait au droit pénal et de ses limites, mais dont la connotation quelque peu négative traduit aussi et surtout la répression assez large qui entoure la répression administrative.

1.2.2. Amorce d'une théorie de la répression administrative par le Conseil constitutionnel

Alors même que le juge administratif déterminait ainsi un régime juridique spécifique de la répression administrative, la doctrine s'interrogeait sur la conformité de cette répression aux principes constitutionnels.

Le débat, en vérité, s'est concentré sur la répression qui s'exerce dans l'«ordre juridique général», c'est-à-dire celui qui vise les administrés en dehors de tout lien ou rapport préexistant de ceux-ci avec l'administration. Véritable prérogative de la puissance

publique, cette répression administrative qui est apparue plus récemment a toujours été vivement contestée par une doctrine très inquiète du risque d'arbitraire d'une «justice hors du juge»⁽¹⁴⁾, justice ne bénéficiant pas de certaines des garanties essentielles qui accompagnent depuis 1789 la répression pénale, à commencer par l'indépendance de celui qui réprime.

1.2.2.1. Admissibilité de la répression administrative

De fait, le débat sur la constitutionnalité de la répression administrative a porté principalement sur la violation par cette répression du principe de séparation des pouvoirs: ce principe constitutionnel, qui résulte de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, se trouvant atteint dans ses deux composantes, à savoir, d'une part, le principe de la spécialisation des pouvoirs, en vertu duquel le juge judiciaire a le monopole de la répression — principe considéré comme une garantie essentielle pour les citoyens en raison de l'indépendance du juge et des modalités d'exercice de sa compétence —, et, d'autre part, le principe de non-cumul des pouvoirs, qui exclut, notamment, qu'une autorité administrative détentrice d'un pouvoir réglementaire dispose en même temps d'un pouvoir répressif lui permettant de faire sanctionner ses propres règlements.

À cette objection de fond à l'égard de l'émergence d'«une justice parallèle» se sont ajoutées, ensuite, des objections tirées du risque que comportait la répression administrative d'atteinte aux libertés publiques fondamentales, ne serait-ce déjà que par ses modalités d'exercice.

L'extension de la répression administrative dans les années 80 par l'octroi aux nouvelles AAI d'importants pouvoirs de sanctions a permis de porter ce débat devant le Conseil constitutionnel et a conduit celui-ci à prendre position en la matière⁽¹⁵⁾.

En réalité, saisi à partir de 1982 de ces objections à l'encontre de la répression administrative, le Conseil constitutionnel a d'abord marqué un temps d'hésitation ponctué par des décisions quelque peu ambiguës. Ainsi paraît-il manifester une certaine défiance à l'égard des sanctions administratives lorsqu'il prend la peine, en 1982, de noter, à propos de sanctions fiscales que le législateur, «a cru devoir laisser le soin de prononcer la sanction à une autorité non judiciaire» (décision n° 82-155 DC, du 30 décembre 1982) et, plus encore en 1984, lorsqu'il déclare que, «à supposer même que les dispositions de la loi aient pour objet de réprimer "des abus..."», cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative» (décision n° 84-181 DC, des 10-11 octobre 1984). Pourtant,

⁽¹⁴⁾ Delvoivé, P.: «Rapport au colloque sur la "justice hors du juge"», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, 1984, p. 16.

⁽¹⁵⁾ Teitgen-Colly, C.: «Les instances de régulation et la Constitution», *RDP*, 1990, p. 153.

⁽¹³⁾ Waline, M.: *Droit administratif*, neuvième édition, 1963.

force est d'observer qu'il ne soulève pas d'office l'inconstitutionnalité de principe des sanctions administratives, ni à propos des sanctions de la CNCL⁽¹⁶⁾ ni à propos des sanctions du Conseil de la concurrence⁽¹⁷⁾. Et les condamnations qu'il lui arrive de prononcer à l'égard de certaines d'entre elles sont fondées sur d'autres arguments que leur incompatibilité de principe avec la Constitution⁽¹⁸⁾.

Ce n'est finalement qu'en 1989 qu'il se prononce expressément et positivement sur leur constitutionnalité: reconnaissance d'abord partielle dans la décision n° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, où il ne vise que les sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁽¹⁹⁾, puis consécration totale par la formulation très générale qu'il adopte dans sa décision n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989, relative aux pouvoirs de la COB⁽²⁰⁾. Dans cette décision, qui constitue la première approche synthétique par le droit positif de la répression administrative, il affirme, en effet, que «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». Ainsi le Conseil écarte-t-il les objections de la doctrine, dont notamment le reproche fondamental de violation du principe de séparation des pouvoirs et, en déclarant la répression administrative non contraire à la Constitution, renonce à voir dans le monopole juridictionnel de la répression un principe constitutionnel. Mais, en même temps, il présente la répression administrative comme un instrument nécessaire à l'action administrative, précisément comme une expression normale des prérogatives de la puissance publique. Par là même, il ouvre à la répression administrative le champ d'application le plus large, contribuant ainsi à sa *banalisation*.

À cet égard, on observera que, par cette décision, le Conseil constitutionnel écarte toute exigence quant à la qualité des destinataires de cette répression, levant en cela l'incertitude qui pesait sur ce point. Jusque-là, la doctrine dans sa majorité entendait limiter la

répression administrative aux seules personnes ayant un lien préexistant et individualisé avec l'administration (ses agents, ses cocontractants, les bénéficiaires d'autorisation administrative), une telle répression s'exerçant afin d'assurer la bonne marche du service public, c'est-à-dire dans un ordre juridique particulier — l'ordre interne à l'administration — et n'étant par là pas différente de celle qui s'exerce à l'intérieur de toute institution, fût-elle privée⁽²¹⁾. En revanche, elle contestait le droit pour l'administration de réprimer des infractions aux lois et règlements commises par des personnes sans lien antérieur avec elle, une telle répression, s'exerçant dans l'ordre juridique général, constituant une véritable manifestation de la puissance publique portant atteinte au principe de séparation des pouvoirs: l'administration se substituant au juge pour réprimer à sa place des infractions aux lois et règlements. À cette réserve doctrinale à l'égard des sanctions administratives dites «*stricto sensu*», le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 28 juillet 1989, renonce implicitement mais nécessairement, dans la mesure où, d'une part, il n'en fait pas état et où, d'autre part, il statue en l'espèce sur le pouvoir de sanction d'une autorité — la COB — qui s'exerce précisément à l'égard de destinataires sans lien préexistant avec elle. On notera, de surcroît, que, pas plus qu'il ne suit la doctrine en limitant la répression administrative à une catégorie de destinataires, le Conseil constitutionnel ne paraît décidé à reprendre la distinction souvent faite par la doctrine entre les sanctions contractuelles et les autres sanctions administratives: en effet, dans sa décision du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, il assujettit au même régime juridique le pouvoir de sanction de cette autorité à l'égard des sociétés du secteur audiovisuel, sociétés liées à lui à la fois par une autorisation et par un contrat de concession, sans distinguer entre les sanctions prononcées pour violation par ces sociétés de leurs obligations légales et les pénalités contractuelles qu'elles peuvent subir pour manquements aux stipulations contractuelles.

1.2.2.2. Régime de la répression administrative

S'il consacre donc très largement la répression administrative, le Conseil constitutionnel ne donne cependant pas un chèque en blanc au législateur, car il énonce un certain nombre de principes visant à sa *canalisation*. Dans sa décision COB du 28 juillet 1989, il précise, en effet, que l'administration peut exercer un pouvoir de sanction «dès lors, d'une part, que la sanction infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement

(16) Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, R. 141, *RA*, 1986, p. 458, commentaire de R. Etien; *Revue des sociétés*, 1986, p. 606, commentaire de Y. Guyon; *AJDA*, 1987, p. 102, note de P. Waschmann; *RDP*, 1989, p. 49, L. Favoreu.

(17) Décision n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987; *RFDA*, 1987, «Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires», B. Genevois, p. 287, et L. Favoreu, p. 301; *AJDA*, 1987, p. 345, note de J. Chevallier; *RDP*, 1987, p. 1341, note d'Y. Gaudemet; *JCP*, 1987.I.330, R. Drago, «Le Conseil de la concurrence»; D.1988.J.118, note de F. Luchaire.

(18) À propos de sanctions fiscales, décision n° 87-237 DC, du 30 décembre 1987; à propos des sanctions en matière de presse, décision n° 84-181 DC, précitée, *RFDA*, 1988, p. 350, B. Genevois, «L'application du principe de proportionnalité aux amendes fiscales».

(19) *RFDA*, 1989, n° 2, Genevois, B.: «Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du CSA»; *RA*, 1988, p. 223, J. L. Autin, «La décision du Conseil constitutionnel relative au CSA»; *RDP*, 1989, p. 49, L. Favoreu; *D*, 1989, chap. XXVII, P. Huet, «La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication».

(20) *RFDA*, 1989, p. 671, B. Genevois, «Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB».

(21) Dutheillet de Lamothe, *rép. adm.* Dalloz voir «Sanctions administratives»; Auby, J. M.: «Les sanctions administratives en matière de circulation automobile», *D*, 1952, chap. III; Genevois, précité.

garantis». Deux conditions sont donc posées: la première est relative au contenu de la sanction, la seconde vise le respect des exigences constitutionnelles. Sans anticiper sur la suite, il convient d'ores et déjà de noter que cette seconde condition permet d'abord au Conseil constitutionnel, comme il l'a fait en 1984 pour le dispositif répressif prévu en matière de presse, de s'opposer à toute répression administrative qui aurait des effets équivalant à un régime d'autorisation préalable, dès lors qu'il considère que, pour la plupart des libertés fondamentales, un tel régime d'autorisation est proscrit par la Constitution. Mais, surtout, cette seconde condition tenant au respect des droits et libertés constitutionnellement garantis permet au Conseil d'assujettir la répression administrative à des principes constitutionnels de la procédure et du droit pénal, qui constituent autant de garanties d'une

répression non arbitraire. S'inscrivant en cela dans une logique qui, déjà, animait le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel s'attache, en effet, à construire un droit général de la répression qui, selon ses propres termes, « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle » (n° 89-260 DC). Mais si le point commun à la répression administrative et à la répression pénale — à savoir la répression — est ainsi bien mis en avant et justifie, dans une perspective libérale, l'extension des garanties pénales à la répression administrative, l'extension n'est pas totale, de sorte que, même ainsi canalisée, la répression administrative conserve dans son régime juridique une relative spécificité.

2. Critères d'identification de la répression administrative

En dépit des efforts de la jurisprudence administrative et constitutionnelle pour fixer les grandes lignes du droit de la répression administrative, ce droit est encore en cours d'élaboration et n'est pas parvenu à maturité.

Jusqu'à présent, l'accent a été mis essentiellement, tant en doctrine qu'en jurisprudence, sur les sanctions administratives. Pourtant, il n'existe pas de terminologie spécifique réservée à ces sanctions — même l'«amende fiscale» n'est pas une sanction propre à l'administration, puisque le juge judiciaire lui-même peut l'infliger en cas de fraude fiscale. En outre, l'expression de sanction administrative est très rarement utilisée par les textes. Néanmoins, la notion existe et même si les efforts entrepris pour la définir se sont soldés par une diversité de définitions, cette diversité témoigne davantage d'approches plus ou moins extensives de la notion que de son impossible identification.

Il n'en va pas de même pour les infractions dites «administratives». Non seulement il n'existe pas de terminologie spéciale pour les désigner, mais l'expression même «infractions administratives» n'a pas réellement cours: les textes et la jurisprudence préfèrent généralement faire état d'«infractions aux lois et règlements» et, s'il arrive que la doctrine l'évoque, elle ne s'intéresse pas à la notion. Il est vrai que l'expression «infractions administratives» paraît inappropriée. En effet, la plupart d'entre elles ne sont pas matériellement administratives en ce qu'elles ne visent pas les seules atteintes à l'«ordre administratif». Pour certaines formes de répression administrative, par exemple la répression disciplinaire, l'expression «infraction administrative» peut se justifier, car les faits qualifiés d'infractions constituent une violation des prescriptions nécessaires au bon fonctionnement de l'administration et sont donc de nature à gêner l'ordre administratif. Mais tel n'est pas toujours le cas: que l'on songe, par exemple, à la répression administrative s'exerçant en matière de concurrence, de Bourse, d'assurances, etc., le fonctionnement de l'administration n'est alors pas en cause. De fait, au fur et à mesure de son extension à de nouveaux secteurs, le pouvoir répressif donné à l'administration tend non plus à assurer le seul ordre administratif — ordre dont l'autonomie est d'ailleurs de moins en moins évidente —, mais, à l'instar de la répression pénale, à assurer l'ordre social. Pour cela, l'expression générique «infractions administratives» pour désigner les infractions ouvrant la voie à la répression administrative paraît inadaptée.

Mais, au-delà de la question du choix d'une expression plus appropriée, se pose, en réalité, celle de savoir si les infractions en cause présentent une singularité ou une spécificité de traits permettant leur identifica-

tion comme catégorie autonome, distincte, notamment, de la catégorie des infractions pénales. D'ores et déjà, on a vu que cette spécificité ne résidait pas dans leur objet, puisque le pouvoir répressif des autorités administratives s'exerce à l'égard d'infraction ayant des objets divers: infractions fiscales, boursières, de circulation, etc. Aussi convient-il de la rechercher ailleurs, et notamment dans les éléments constitutifs de ces infractions.

2.1. IDENTIFICATION DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE

La doctrine a tenté de définir la sanction administrative sans parvenir à un accord sur ses critères d'identification. De la sorte, l'expression désigne en doctrine une répression aux contours très variables dus aux incertitudes relatives au critère organique, certains allant jusqu'à inclure les sanctions infligées par le juge administratif, et au critère tenant à leur objet, certains s'appuyant sur un critère tiré de la qualité des destinataires, soit pour réserver le vocable aux sanctions infligées par l'administration aux personnes liées antérieurement à elles, soit pour l'étendre au-delà aux sanctions prononcées par l'administration à l'égard de destinataires sans lien avec elle.

Le droit positif, pourtant, offre des critères d'identification de la sanction administrative. En l'absence de texte définissant ces sanctions, le juge administratif a mis en avant leur finalité répressive, qui constitue ainsi le critère le plus ancien et permet de les identifier par rapport à d'autres mesures administratives. Écartant toute identification de la sanction administrative par ses destinataires, qui, on l'a vu, peuvent être les plus divers, la jurisprudence constitutionnelle fournit des éléments permettant d'identifier la sanction administrative, cette fois, par rapport à la sanction pénale: d'une part, un critère organique, dans la mesure où le Conseil constitutionnel vise le pouvoir de sanction «exercé par une autorité administrative»; d'autre part, un critère de contenu, dans la mesure où il exclut que la sanction administrative soit privative de liberté.

2.1.1. Finalité de la sanction administrative

La sanction administrative se caractérise par sa finalité répressive: elle punit un manquement à une obligation. Ce critère finaliste a été dégagé par le juge administratif, qui y recourt pour distinguer la sanction administrative de mesures administratives soit préventives, soit restitutives.

2.1.1.1. Sanctions administratives et mesures administratives préventives

Par sa finalité répressive, la sanction administrative se distingue des mesures préventives, par exemple de

mesures conservatoires qui, telle l'interruption d'une construction ordonnée par un maire pour violation des règles d'urbanisme, ou la suspension d'une pratique anticoncurrentielle ordonnée par le Conseil de la concurrence, ou encore l'immobilisation d'un véhicule qui peut être décidée dans diverses situations tenant à l'état du conducteur (ivresse ou défaut de permis de conduire) ou à l'état de son véhicule, tendent non pas à punir un manquement à une obligation, mais à prévenir une situation irréversible. En pratique, cependant, l'application de ce critère n'est pas toujours aisée. On en veut pour preuve le fait qu'une même mesure peut être qualifiée alternativement par le juge de «sanction administrative» ou de «mesure conservatoire»: tel est le cas du reboisement, qui peut être imposé par l'administration à un propriétaire (article L. 313-1 du code forestier), considéré comme sanction (CE, 16 décembre 1987, SCI Les Genêts, R. 588), puis comme mesure conservatoire un mois plus tard (CE, 29 janvier 1988, Guernino, JCP, 1988.II.21046, conclusions d'E. Guillaume). Parfois, c'est la doctrine qui classe comme sanction administrative une mesure non considérée comme telle par le juge: ainsi, pour l'ordre d'enlèvement de panneaux publicitaires pour manquement à la législation sur l'affichage publicitaire (article 16 de la loi du 22 avril 1943; voir CE, 15 juin 1987, ODIP Publicité routière, R. 214).

Le juge administratif recourt au critère finaliste aussi et principalement pour distinguer la sanction administrative des *mesures de police*. Sanction administrative et mesure de police administrative ne sont pas assujetties par le juge administratif au même régime juridique: tandis qu'il impose le respect d'une procédure contradictoire et des principes de légalité et de non-rétroactivité aux premières, il en dispense les secondes (du moins jusqu'à ce que le décret du 28 novembre 1983 n'impose le respect du contradictoire aux mesures de police; CE, 26 juin 1987, Fane/Ministre de l'Intérieur, R. 235). C'est en raison de cet enjeu tenant à leur régime juridique que le juge administratif a été conduit à préciser la distinction entre ces deux mesures administratives.

Pour lui, la sanction administrative se définit principalement par sa finalité répressive: elle punit un manquement à une obligation — une faute, une négligence. Sa finalité répressive permet de la distinguer de la mesure de police administrative, qui tend au maintien de l'ordre public et dont la finalité est, par conséquent, préventive. Ce critère finaliste privilégié par le juge administratif est parfois consacré par le législateur. Ainsi, le code des débits de boissons prévoit une peine de fermeture administrative qui, selon qu'elle est prononcée à la suite d'une infraction aux lois et règlements ou en vue de préserver l'ordre, la santé ou la moralité publique, est tantôt une sanction administrative, tantôt une mesure de police.

La distinction entre sanction administrative et mesure de police administrative reste pourtant, en pratique, souvent complexe, et la frontière est difficile à tracer ainsi qu'en témoigne l'abondant contentieux en la matière. Divers indices, cependant, sont susceptibles d'éclairer la finalité et la nature de la mesure, et tout d'abord son caractère personnel: une mesure impersonnelle ne peut, en principe, prétendre punir une infraction. Mais l'inverse n'est pas vrai: une mesure individuelle peut être une mesure de police, tel est le cas, le plus souvent, de l'expulsion des étrangers.

Le contenu matériel de l'acte fournit aussi des indications: une amende constitue nécessairement une sanction, car elle n'a pas par elle-même d'effet sur le rétablissement de l'ordre public; de même, une mesure dont le contenu matériel est sans lien avec la circonstance qui l'a motivée est une sanction, tel est le cas du retrait de permis de conduire en cas de fraude fiscale, car il n'est pas de nature à rétablir l'ordre troublé par la fraude.

La durée de la mesure est également significative: une mesure définitive ou une mesure provisoire, mais dont la durée est a priori déterminée est, en principe, une sanction. En effet, le moment où le rétablissement de l'ordre public doit intervenir n'étant pas connu d'avance, une mesure de police administrative ne peut voir sa durée déterminée a priori.

L'objet juridique de la mesure constitue encore un indice: un refus d'autorisation, parce qu'il ne sanctionne que rarement un manquement antérieur à une obligation, n'est, en principe, pas une sanction; en revanche, un retrait d'autorisation vient souvent réprimer un tel manquement, il constitue alors une sanction. Mais, ici encore, toute systématisation doit être écartée, car tout retrait d'autorisation ne s'analyse pas nécessairement en une sanction: un retrait ne constitue une sanction que s'il est fondé sur des griefs reprochés et a pour objet de punir une infraction à une réglementation (CE, 6 mars 1970, Min. int./Sideyn et Desonneville, R. 173); en revanche, il n'est pas une sanction s'il repose sur un pur motif de légalité en dehors de toute appréciation d'un comportement personnel (conclusions de B. Genevois sur CE Sect. 9 mai 1980, Société des établissements, Cruse Fils, AJDA, 1980, p. 482). Ainsi, un retrait d'avantage financier ou fiscal lorsque son titulaire cesse de remplir les conditions posées ne constitue pas une sanction et peut être opéré par l'autorité administrative sous réserve du respect de la règle du parallélisme des formes.

Dans nombre de cas, la qualification reste difficile, ainsi s'agissant de mesures ayant une finalité double, à la fois préventive et répressive. Tel est le cas, par exemple, de la fermeture d'une installation classée pour non-respect des règles de fonctionnement, qui s'analyse en vérité à la fois en une répression d'un manquement à une obligation et en une mesure destinée à empêcher le trouble lié à ce manquement. Face à de telles mesures «mixtes», la jurisprudence administrative s'en tient, en principe, à la finalité

prépondérante. Mais certaines décisions laissent sceptique quant à l'application de ce critère (par exemple la qualification de mesures de police donnée aux expulsions d'étrangers en situation irrégulière) et témoignent de la difficulté concrète à l'appliquer. Il en est ainsi à propos de la suspension administrative du permis de conduire, considérée par la doctrine et par le juge administratif (CE, 29 mai 1987, Guérinel) comme une sanction administrative, parce que c'est une mesure qui sanctionne le conducteur en infraction, alors que le juge judiciaire y voit, avant tout, une mesure destinée à assurer la sécurité des usagers de la route constituant comme telle une « mesure de police et d'ordre public » (Cass. crim., 1^{er} mars 1961, Sichan, D, 1961, 295).

Le critère tenant à la finalité répressive n'est donc pas dépourvu d'ambiguïté. Déjà, il est vrai, la sanction pénale elle-même n'est jamais exclusivement répressive: la peine ne tend-elle pas, par l'effet dissuasif qui s'attache à son exemplarité, à prévenir la commission d'infractions? Et les mesures de sûreté, que le projet de réforme du code pénal érige en peines, ne se caractérisent-elles pas précisément par leur but de prévention? Mais l'ambiguïté du critère de finalité répressive est sans doute plus accusée quand il en est fait application aux sanctions administratives, et tout particulièrement aux dernières-nées, celles prononcées par les AAI, car ces sanctions constituent des instruments parmi d'autres offerts à ces instances pour assurer un certain ordre dans leur secteur et s'inscrivent, de ce fait, dans un contexte beaucoup plus régulateur que véritablement répressif. Cette nouvelle vague de sanctions administratives n'incite-t-elle pas, dès lors, à suivre l'invitation doctrinale⁽²²⁾ à dépasser l'opposition classique police/sanction pour considérer le procédé répressif comme un procédé qui, à côté du procédé normatif, vise à assurer l'ordre social et participe, à ce titre, à la fonction de police de l'État?

Quoi qu'il en soit, pourtant, de son ambiguïté, le critère finaliste est utilisé par le juge pour distinguer aussi les sanctions administratives de mesures simplement restitutives.

2.1.1.2. Sanctions administratives et mesures restitutives

En matière fiscale, alors que le code général des impôts regroupe sous l'expression « sanctions fiscales » ou « pénalités fiscales » des mesures aussi bien répressives que restitutives, la jurisprudence s'attache à ce critère tenant à la finalité de la mesure pour identifier celles de ces mesures administratives qui constituent des sanctions administratives. C'est ainsi que le Conseil d'État dénie le caractère de sanction administrative à la majoration de retard de 10 % due pour paiement tardif d'impôts, en se fondant sur le fait qu'« elle ne présente pas le caractère d'une peine qui

ait pour objet de réprimer la carence du redevable dans le cas où celui-ci, dûment averti, néglige de s'acquitter de l'impôt mis à sa charge, mais doit être regardée comme un impôt institué pour préserver les intérêts du Trésor public soumis aux mêmes règles de recouvrement que l'impôt lui-même » (CE, 10 mai 1952, Société X). Ainsi n'est pas une sanction administrative, mais une mesure restitutive la mesure qui tend simplement à réparer, à remettre les choses en l'état.

La jurisprudence dans son ensemble se fonde sur la finalité de la mesure pour déterminer sa nature de sanction ou, au contraire, de créance fiscale. Ainsi reconnaît-elle le caractère de réparation pécuniaire aux intérêts de retard et à la *seule* majoration de droits de 10 % pour paiement tardif des impôts, considérée précisément comme un « supplément d'impôt » (CE, 10 mai 1952, Société X, Cass. com., 2 janvier 1968).

S'agissant d'amendes fiscales, traditionnellement, jurisprudence et doctrine les considèrent comme de nature mixte, tantôt comme des sanctions, tantôt comme des réparations civiles (Cass. crim., 6 février 1969). Cependant, après avoir pendant longtemps fait prévaloir le caractère de réparation civile de l'amende fiscale (Cass. crim., 10 janvier 1947) en tirant les conséquences sur le plan de leur régime juridique (cumul possible des peines, inapplicabilité immédiate de la loi pénale plus douce, etc.), le juge tend aujourd'hui à faire prévaloir le caractère de peine sur le caractère de réparation civile (Cass. crim., 9 novembre 1978, à propos de l'application à une amende fiscale d'une loi nouvelle plus douce). Plaident, il est vrai en ce sens, d'une part, le fait que, alors que ces amendes ne tendent pas toujours à réparer un préjudice subi par le Trésor — c'était le cas, notamment, dans la décision précitée du 30 décembre 1987, de l'amende pour divulgation du montant de l'impôt d'un contribuable —, elles sanctionnent toujours une infraction — faute ou négligence — à des obligations qui sont généralement fiscales et, d'autre part, le fait qu'elles peuvent être renforcées quand la faute commise est plus grave, ainsi en cas de mauvaise foi ou de fraude du contribuable.

À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a consacré ce critère de finalité. Ainsi a-t-il jugé que les principes de non-rétroactivité (n° 82-155 DC, du 30 décembre 1982), de nécessité (n° 87-237 DC, du 30 décembre 1987) et, enfin, des droits de la défense (n° 89-268 DC, des 28-29 décembre 1989) ne s'appliquaient qu'aux mesures fiscales « ayant le caractère d'une punition ». Tel est certainement le cas des amendes fiscales, mais pas des intérêts de retard. S'agissant des majorations de droits, dont le taux varie précisément selon une échelle manifestant clairement la volonté du législateur de prendre en considération la gravité de l'infraction, il y a lieu de penser qu'il sera d'autant plus enclin à conclure à leur finalité punitive, et donc à la sanction, que ce taux de majoration sera élevé.

(22) Picard, op. cit.

2.1.2. Compétence pour infliger une sanction administrative

Poursuivant une finalité répressive à l'instar de la sanction pénale, la sanction administrative s'en distingue par l'auteur dont elle émane: une *autorité administrative*. Plus précisément, parce que le droit de punir appartient à l'État et à lui seul, l'infliction d'une sanction administrative ne saurait ressortir qu'à la compétence d'une autorité administrative d'État. De fait, ce sont de telles autorités administratives qui bénéficient d'un pouvoir répressif: ministres, préfets, etc., ou encore AAI, dont on sait qu'elles n'ont pas de personnalité juridique différente de celle de l'État; le droit positif, cependant, n'a pas encore confirmé une telle exigence.

2.1.2.1. Nature de l'autorité compétente

Ce critère organique de la sanction administrative conduit à écarter de la catégorie deux types de sanctions: d'une part, les sanctions infligées par des organismes privés, même s'ils gèrent des services publics — ainsi ne sont pas des sanctions administratives les majorations de cotisation sociale exigées par les organismes de sécurité sociale en cas de retard de paiement (décision du Conseil constitutionnel n° 85-142 L, du 13 novembre 1985)⁽²³⁾; d'autre part, les sanctions prononcées par des juridictions, qu'elles soient judiciaires — et ce même si la sanction infligée est identique à certaines sanctions administratives, comme la suspension du permis de conduire — ou qu'elles soient des juridictions administratives — ainsi, les mesures prononcées en cas de contraventions de grande voirie, c'est-à-dire pour des atteintes au domaine public, ne sont pas, bien que constatées par l'administration, des sanctions administratives parce qu'elle relèvent de la compétence du juge administratif; de même en va-t-il des sanctions prononcées par divers ordres professionnels en matière disciplinaire ou par des organismes comme la commission bancaire, lesquels agissent alors en tant que juridictions ainsi qu'en ont décidé le législateur et le juge, lequel recourt, pour cette qualification, à un faisceau d'indices (CE, 12 décembre 1953, *De Bayo*, *AJDA*, 1954, p. 138). On notera, cependant, que ce critère organique de la sanction administrative est souvent plus simple à énoncer qu'à appliquer, en raison de l'incertitude qui peut peser précisément sur la nature administrative ou juridictionnelle de l'autorité dotée d'un pouvoir répressif, incertitude apparue, notamment, à propos de la Commission de la concurrence, puis du Conseil de la concurrence, organismes dont la doctrine revendiquait le caractère juridictionnel, mais que

⁽²³⁾ Pour le juge administratif, cependant, des organismes privés associés à l'exécution d'un service public administratif, comme les fédérations sportives, infligent des sanctions qui sont administratives lorsqu'elles apparaissent comme la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (CE, 19 décembre 1988, *M^{me} Lacan*, *AJDA*, 1989, p. 271, note de J. Moreau).

le juge administratif pour la première, puis le Conseil constitutionnel pour le second ont tour à tour écarté (CE Ass. 13 mars 1981, *Ordre des avocats et SARL Armand Pellerin*, D. 1981, p. 419, note de C. Gavalda; CC, n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987).

Quoi qu'il en soit de ces difficultés, c'est bien sa spécificité organique qui confère à la sanction administrative sa véritable singularité. C'est elle qui porte atteinte à la compétence de principe du juge pour assurer la répression, compétence justifiée principalement par l'indépendance de ce dernier, qui constitue une garantie fondamentale contre l'arbitraire. Si le Conseil constitutionnel a nécessairement, en consacrant la constitutionnalité des sanctions administratives, accepté qu'il soit dérogé à cette compétence de principe du juge répressif, la question se pose, toutefois, de savoir s'il a pour autant entendu renoncer à l'*indépendance* qui caractérise traditionnellement l'autorité répressive.

2.1.2.2. Caractère indépendant et impartial⁽²⁴⁾

La réponse est incertaine, car le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé expressément sur ce point. D'un côté, on le sait très attaché à l'indépendance du juge, puisqu'il y voit un principe de valeur constitutionnelle (décision n° 80-119 DC, du 22 juillet 1980, R. 46); en outre, on constate que les décisions à l'occasion desquelles il a affirmé la constitutionnalité des sanctions administratives concernaient des autorités administratives « indépendantes » (décisions précitées relatives au CSA et à la COB), autorités dont il a mis, de surcroît, l'indépendance en exergue. Ainsi, dans la décision CSA, il la souligne juste avant de constater — comme en conclusion — que le principe de séparation des pouvoirs n'est pas mis en cause par l'octroi de pouvoirs répressifs à cette autorité. Cependant, force est d'observer, d'une part, que nombre d'autorités administratives disposent de pouvoirs répressifs sans être indépendantes (songeons, par exemple, à l'administration fiscale, dont le pouvoir de sanction n'a jamais donné lieu à objection de principe de la part du Conseil constitutionnel ou aux AAI elles-mêmes, qui sont plus « autonomes » que véritablement « indépendantes ») et, d'autre part, qu'il s'avère que le Conseil constitutionnel n'a jamais érigé expressément l'indépendance de l'autorité administrative répressive en exigence constitutionnelle et que la seule exigence qu'il s'est borné à formuler a trait à l'« impartialité » de l'autorité répressive, impartialité dont il a d'ailleurs noté qu'elle caractérisait toute autorité administrative (décision n° 89-260 DC, précitée). On est donc tenté de penser que le Conseil a renoncé à cette garantie organique que constitue l'indépendance de l'autorité répressive, garantie jointe traditionnellement à des garanties fonctionnelles afin d'éviter une répression arbitraire.

⁽²⁴⁾ Voir également ci-après, point 4.

Mais il est une autre garantie à laquelle il a, cette fois, expressément renoncé, c'est celle tenant à la séparation entre la fonction de faire le droit et celle de dire le droit. En effet, il a admis qu'une autorité administrative exerce parallèlement à sa compétence répressive une compétence normative et même qu'elle use de sa compétence répressive pour assurer en les sanctionnant le respect de ses propres règlements (décision n° 89-260 DC, précitée).

Définie organiquement, la sanction administrative se caractérise aussi très généralement par le fait qu'elle intervient au terme d'une procédure où l'autorité administrative joue un rôle prépondérant, qu'il s'agisse de la constatation de l'infraction, de sa poursuite ou de l'instruction, de sorte qu'au critère organique permettant d'identifier la sanction administrative s'ajoute, en réalité, un *critère formel* non souligné par la jurisprudence constitutionnelle. Il en va tout autrement du critère tenant au contenu de la sanction administrative, critère véritablement déterminé par le Conseil constitutionnel.

2.1.3. Contenu de la sanction administrative

La spécificité du contenu de la sanction administrative a d'abord été défendue en doctrine. Soucieuse de protéger le domaine considéré traditionnellement comme réservé au juge — à savoir, la garantie de la liberté individuelle et le droit de propriété —, la doctrine s'est attachée non seulement à circonscrire le champ des sanctions administratives en exigeant un lien individualisé préexistant entre l'administration et l'intéressé, mais aussi à limiter son contenu en excluant toute sanction administrative portant atteinte au « statut du citoyen », c'est-à-dire non seulement les sanctions privatives de liberté, mais également les sanctions pécuniaires comme portant atteinte au patrimoine de l'intéressé. Pour la doctrine, la sanction administrative ne devrait pouvoir s'appliquer qu'« à l'objet même de la relation » unissant l'administration et l'intéressé: seules auraient droit de cité des sanctions comme le retrait d'agrément, des pénalités contractuelles, des sanctions disciplinaires, etc., c'est-à-dire des sanctions « à objet administratif » touchant l'intéressé dans sa relation avec l'administration.

De ce critère doctrinal tenant au contenu de la sanction administrative, les textes instituant la répression administrative ne se sont pas fait l'écho, puisque la répression administrative a largement débordé le cadre assigné par la doctrine. De la sorte, à s'en tenir aux textes, la sanction administrative ne se distingue pas de la sanction pénale par son contenu, ni par sa nature, puisqu'il existe une gamme de sanctions administratives aussi diversifiées que la gamme pénale, allant des sanctions patrimoniales aux sanctions extrapatrimoniales, ni par sa mesure, puisque la sanction administrative peut être aussi grave que la sanction pénale, voire plus (ainsi lorsque le texte instituant une amende s'abstient de déterminer son montant maximal).

Mais, de cela, le juge s'est inquiété. Le juge administratif, d'abord, a manifesté quelques réticences et fixé une limite en ce qui concerne les peines privatives de liberté en interdisant à l'administration de recourir à ce type de sanctions de son propre chef, en l'absence de lois l'y autorisant (CE, 23 novembre 1949, Meyer, à propos d'un internement administratif motivé par un manquement à la législation sur le ravitaillement). Néanmoins, ne s'estimant pas juge de la loi, il s'est refusé à censurer les sanctions privatives de liberté prononcées par l'administration, dans l'hypothèse où la loi l'y avait autorisée (CE, 13 mai 1949, à propos d'un internement administratif permis par la loi du 28 juin 1941 en cas d'atteinte à la politique des prix ou au ravitaillement du pays).

Témoignant d'une certaine continuité avec la jurisprudence administrative, le Conseil constitutionnel, à son tour, mais de façon beaucoup plus large et claire, a, en se fondant sur l'article 66 de la Constitution, qui fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle, expressément exclu, dans sa décision du 28 juillet 1989, qu'une autorité administrative puisse infliger une peine privative de liberté (décision n° 89-260 DC, précitée). Par cette condamnation d'une sanction administrative d'une telle nature, le Conseil constitutionnel a ainsi fixé une nouvelle ligne de partage entre la compétence administrative et la compétence judiciaire: ce n'est plus la répression qui forme la ligne de partage, puisque le pouvoir répressif peut être exercé indifféremment par le juge ou par l'administration, mais la nature de la sanction, selon qu'elle est ou non privative de liberté. Déjà, le Conseil constitutionnel avait, en 1973, souligné la spécificité de ces peines en réservant à la compétence exclusive du législateur le soin de les prévoir, point de vue qui, toutefois, ne fut pas partagé par les juges administratif et judiciaire, mais que consacre le projet de nouveau code pénal. En réservant, en 1989, leur application au juge judiciaire, il forge un véritable noyau pénal, noyau dur, car de valeur constitutionnelle.

En raison de la compétence également par le Conseil constitutionnel reconnue au juge judiciaire en cas de dépossession de propriété immobilière, compétence non fondée sur l'article 66 de la Constitution, mais sur son caractère de principe fondamental reconnu par les lois de la République (décisions n° 85-198 DC, du 13 décembre 1985, R. 78, et n° 89-256 DC, du 25 juillet 1989), il y a lieu de penser qu'une sanction administrative prenant la forme d'une confiscation de propriété immobilière serait inconstitutionnelle. En revanche, on ne peut trancher avec certitude la question de la constitutionnalité d'éventuelles sanctions administratives de confiscation mobilière. Aux députés qui, en 1989, soulevaient l'inconstitutionnalité de la saisie sous restitution prévue par la loi en matière de contributions indirectes, le Conseil constitutionnel a répondu, en effet de façon sibylline, en considérant que « les dispositions critiquées ne dérogeaient en rien aux règles présentement en vigueur selon lesquelles, en matière de contributions indirectes, la confiscation ne

peut revêtir la caracté­re d'une sanction qu'en vertu d'une décision de justice» (n° 89-268 DC).

Pour le moment donc, la seule exigence formulée par la jurisprudence constitutionnelle s'agissant du contenu des sanctions administratives tient à l'interdiction qui leur est faite d'être privatives de liberté. Cependant, on ne saurait se fonder sur le seul constat que les peines privatives de liberté sont certainement les peines les plus graves pour conclure à l'identification de la sanction administrative par un critère tenant à sa mesure. Le Conseil constitutionnel, en effet, ne formule aucune exigence concernant la gravité de la sanction administrative, si ce n'est celle tenant à une proportionnalité minimale entre l'infraction et la sanction (voir ci-après, point 3.3.22). En conséquence, la mesure de la sanction administrative n'est pas de nature à permettre son identification, à moins qu'il ne s'avère que le champ d'exercice de la répression administrative soit limité, à l'instar de ce qui prévaut dans d'autres États, notamment en Allemagne, aux infractions les moins graves, car, alors, la proportionnalité requise entre infraction et sanction exigerait que la sanction administrative soit de moindre gravité, ce qui conduirait à faire de sa mesure un élément la caractérisant.

2.2. IDENTIFICATION DE L'INFRACTION ADMINISTRATIVE

Comme on l'a indiqué plus haut, la notion d'infraction administrative n'est pas consacrée comme telle et l'expression même est peu employée, l'accent étant mis plus souvent sur la sanction, selon une terminologie d'ailleurs elle-même vague (ainsi, le mot «pénalités», dans le code général des impôts, vise à la fois les sanctions «fiscales» et les sanctions «pénales», voir articles 1725 et suiv.). Pourtant, certains auteurs emploient l'expression⁽²⁵⁾. D'ailleurs, l'administration évoque aussi, en matière administrative, l'expression d'infraction (voir, par exemple, la circulaire du 24 juillet 1978, à propos de la charge de la preuve de la mauvaise foi en matière fiscale⁽²⁶⁾). De plus, le Conseil constitutionnel a clairement souligné que le terme «infraction», employé en matière d'impôts sur le revenu et de taxe sur le chiffre d'affaires par l'article 89 de la loi de finances pour 1984, n'est pas synonyme d'infraction pénale: «Ces dispositions ne précisent pas l'acceptation du terme "infraction", qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question» (CC, 29 décembre 1983, *JCP*, 1984.II.20160, observations de Drago et Decocq, à propos des pouvoirs de perquisition et de saisie don-

nés à l'administration en matière fiscale, voir loi de finances pour 1985, adoptée le 29 décembre 1984, limitant expressément ces pouvoirs aux cas où il existe des présomptions d'infractions pénales, d'ailleurs limitativement énumérées au texte, article L. 16 B, LPF).

Pourtant, certains auteurs, afin de bien marquer la différence avec l'infraction pénale, proposent une terminologie autre. Ainsi, à propos de l'infraction administrative prévue par le règlement n° 90-08 de la COB sur les opérations d'initiés, souligne-t-on que «la faute que le règlement n° 90-08 permet de sanctionner ne coïncide pas exactement avec l'infraction pénale de l'article 10-1 de l'ordonnance et ne peut pas être qualifiée de délit puisque sa sanction n'est pas pénale: on l'appellera donc un *manquement* par référence à l'expression de l'article 9-2, alinéa 4, de l'ordonnance»⁽²⁷⁾.

Dès lors que ni l'«infraction» (voir CC, 29 décembre 1973, précité) ni, d'ailleurs, le «dé­lit» (comme en témoigne l'expression de responsabilité «délictuelle et quasi délictuelle» utilisée à propos de la responsabilité civile) ne sont propres au droit pénal, la notion d'«infraction administrative» pourra être retenue ici, ce qui facilitera la comparaison avec l'infraction pénale. À vrai dire, l'identification de l'une (infraction administrative) par rapport à l'autre (infraction pénale) est peu explicite si l'on s'en tient à l'étude de chacun des *éléments constitutifs* tels qu'ils apparaissent dans la doctrine pénale.

En revanche, une ébauche d'identification de l'infraction administrative peut être esquissée à partir des *principes directeurs* de dépénalisation élaborés par la commission de révision du code pénal, en collaboration avec la commission «justice pénale et droits de l'homme».

2.2.1. Éléments constitutifs de l'infraction

Si l'exigence d'un texte de loi définissant l'infraction — préalable nécessaire à toute incrimination pénale — est parfois présentée comme «élément légal» de l'infraction, il semble plus pertinent d'en traiter, par référence au «principe de légalité», avec les règles de fond (voir ci-après point 3), donc de s'en tenir ici aux deux éléments proprement «constitutifs» de l'infraction: d'une part, l'*élément matériel*, c'est-à-dire le comportement exprimant de façon matériellement observable la transgression d'une règle légale; d'autre part, l'*élément moral*, c'est-à-dire un facteur psychologique manifestant l'état d'esprit de l'auteur, autrement dit le caractère «fautif» de la transgression.

Lorsqu'on passe de l'infraction pénale à l'infraction administrative, on pourrait s'attendre à un certain

⁽²⁵⁾ Notamment, Mourgeon, précité, p. 317 et suiv., «Les éléments constitutifs de l'infraction», ou Néel, précité, évoquent à plusieurs reprises la notion d'«infraction» à propos du comportement passible des pénalités fiscales et douanières.

⁽²⁶⁾ Néel, précité, p. 73.

⁽²⁷⁾ Robert, J. H.: «Le manquement d'initiés», *Droit pénal*, 1990, chronique n° 12.

particularisme de chacun des deux éléments constitutifs. En pratique, la situation est beaucoup plus confuse.

2.2.1.1. Élément matériel

Qu'il s'agisse de l'intérêt protégé ou de la nature du comportement incriminé, la spécificité de l'infraction administrative paraît faible.

Quant à l'intérêt protégé, il faut d'abord noter que la transgression concerne rarement les valeurs fondamentales (la vie, l'intégrité physique des personnes, la liberté d'aller et de venir); néanmoins, certaines libertés individuelles, comme la liberté d'expression et de communication sont parfois visées (loi du 30 septembre 1986, précitée, sur la liberté de communication, par exemple). En outre, on observe que l'intérêt protégé est tantôt celui de l'administration (protection de l'ordre administratif stricto sensu), tantôt l'intérêt général (protection de l'ordre social, au sens le plus large du terme), extension d'ailleurs critiquée par certains auteurs⁽²⁸⁾.

À la première catégorie appartiennent les infractions définies comme la transgression d'une obligation administrative, impliquant l'existence préalable d'un rapport de droit particulier entre l'administration et la personne visée. Ainsi en est-il en cas de non-respect d'une obligation de déclaration ou d'autorisation préalable (voir, par exemple, article 24 de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement), ou de non-respect des modalités qui conditionnent une autorisation (voir article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), ou encore de violation des conditions ou des délais imposés par l'administration (voir, par exemple, article 23 de la loi du 19 juillet 1976, précitée, relative aux installations classées par la protection de l'environnement, et, en droit fiscal, article 1725 du CGI).

À la seconde catégorie appartiennent, en revanche, d'autres infractions administratives qui n'impliquent comme relation, antérieure à la transgression, entre l'administration et le délinquant. Ainsi en est-il, par exemple, en matière boursière (voir «l'infraction administrative de l'initié», définie par le règlement n° 90-08 de la COB; voir commentaire précité de J. H. Robert) ou économique (voir, par exemple, article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci), ou encore en matière de conduite en état d'imprégnation alcoolique (article L. 18-1 du code de la route).

Quant à la nature du comportement incriminé, on observe, d'abord, que le degré de précision de l'incrimination est généralement plus faible en matière

administrative, ce qui s'explique en partie par l'atténuation en matière de principe de légalité (voir ci-après, point 3). Cependant, il ne s'agit là que d'une tendance généralement observable, mais non toujours confirmée. Ainsi l'infraction administrative d'initié est-elle définie par le règlement de la COB précité de façon extrêmement précise, qu'il s'agisse des personnes visées ou des comportements sanctionnés: «Bénéficiant de l'expérience des mois récents et des études faites à l'étranger, la COB a donné des personnes visées par son règlement et des comportements qu'elle veut sanctionner des définitions bien plus précises et adaptées que celles de l'ordonnance»⁽²⁹⁾. Il reste que le caractère généralement plus vague des définitions permet, à la différence du droit pénal, d'englober de simples commencements d'exécution (la tentative en droit pénal) ou de simples comportements d'aide ou d'assistance (la complicité en droit pénal). Comme le souligne M. Mourgeon dans l'ouvrage précité (p. 340 et 334), pour la tentative, «l'autorité répressive est libre de faire commencer la tentative là où elle veut, de lui reconnaître ou non la gravité d'une infraction consommée et d'en faire ou non une infraction autonome» et, pour la complicité, «il est beaucoup plus facile de dissocier le complice de l'auteur principal ou, au contraire, de lui réserver le même traitement, selon ce que l'autorité répressive, dans l'exercice de son pouvoir d'incrimination, estime préférable et le plus opportun».

Une autre différence observable comme tendance générale que les pratiques ne confirment pas toujours réside dans le caractère d'action ou d'omission de la transgression, la ligne directrice étant que les transgressions de l'ordre administratif sont davantage définies comme des omissions (non-déclaration, non-respect des modalités d'une autorisation, par exemple), tandis que les transgressions de l'ordre social reposent, comme la plupart des délits du droit pénal, sur des actions interdites.

Confuse quant à l'élément matériel de l'infraction administrative, la situation l'est également quant à l'élément moral.

2.2.1.2. Élément moral

Si la notion de faute, élément moral de l'infraction, est au cœur de la responsabilité pénale, elle a aussi sa place comme fondement traditionnel de la responsabilité civile (articles 1382 et 1383 du code civil) et a été transposée en matière administrative: «Si l'on estime qu'il n'y a de coupable que lorsqu'il y a un responsable, c'est-à-dire une personne mue par une volonté consciente, l'imputabilité matérielle est insuffisante et doit être complétée par une imputabilité morale, qui se définit comme étant la possibilité de rattacher un

⁽²⁸⁾ Notamment Auby: «Les sanctions administratives en matière de circulation routière», *D*, 1952, chap. 111.

⁽²⁹⁾ Robert, précité.

fait non seulement à une personne, mais à une personne mue par une volonté consciente lors de l'accomplissement du fait»⁽³⁰⁾. L'élément moral admis, encore faut-il préciser s'il s'agit d'une faute d'imprudence ou d'une faute intentionnelle impliquant la mauvaise foi de l'agent.

En matière administrative, la tendance dominante est de se contenter d'une simple faute matérielle, soit parce que le texte incriminateur n'a rien précisé au sujet de la faute, soit parce qu'il est clairement prévu que l'existence d'une intention délictueuse, mauvaise foi véritable, transforme l'infraction en délit correctionnel. Particulièrement significatif à cet égard est l'article 17 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui définit comme délit correctionnel le fait pour une personne physique d'avoir «pris une part déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles 7 et 8» (pratiques anticoncurrentielles définies comme infractions administratives), étant précisé que l'auteur doit avoir alors agi «frauduleusement».

Dans ce cas particulier — et sans doute en raison de la volonté de procéder à la «dépénalisation» d'une partie du droit pénal économique —, la spécificité de l'infraction administrative est très nette par rapport à l'infraction pénale.

Mais il n'en est pas toujours ainsi, d'une part, parce que de nombreuses infractions pénales (la plupart des contraventions, mais aussi beaucoup de délits correctionnels) sont aujourd'hui entendues en jurisprudence comme de simples infractions matérielles⁽³¹⁾, même lorsque la peine encourue est un emprisonnement, et d'autre part, parce que, à l'inverse, le droit administratif impose parfois la faute intentionnelle ou même la fraude comme élément constitutif d'une infraction administrative.

À cet égard, l'exemple le plus significatif est celui du droit fiscal, et plus précisément des articles 1728 à 1731 du CGI, relatifs aux «pénalités fiscales» (voir ci-dessus pour la signification de cette expression), applicables en cas d'insuffisance, d'inexactitude ou d'omission commises dans les déclarations souscrites par les contribuables, dans les documents présentés ou dans les versements effectués. Le principe est que, lorsqu'une telle infraction est commise, la pénalité applicable diffère selon que le redevable est de bonne foi, est de mauvaise foi ou a commis des manœuvres frauduleuses; cette dernière notion implique une faute intentionnelle aggravée, dès lors que le contribuable n'a pas seulement conscience du fait de l'irrégularité commise (mauvaise foi) mais cherche à «égarer le contrôle de l'administration»⁽³²⁾, notamment

en utilisant artifices, présentation fallacieuse ou comptabilité insincère. Encore faut-il préciser, pour ce qui est de ces infractions administratives à caractère intentionnel ou frauduleux, que désormais la bonne foi du contribuable se présume. Autrement dit, c'est au demandeur (à l'administration donc) qu'il appartient, comme en matière pénale, de prouver la mauvaise foi ou la fraude, lorsque celle-ci est constitutive de l'infraction. Affirmé dès la loi du 27 décembre 1963, le principe est nettement posé par celle du 29 décembre 1977, qui a modifié l'article 1729-I du CGI en substituant à la formule «lorsque la bonne foi du redevable ne peut être admise» les termes «lorsque la mauvaise foi du redevable est établie». Par une instruction du 24 juillet 1978, l'administration a clairement reconnu que la preuve de la mauvaise foi pesait sur ses services: «Le service doit établir que le contribuable ne pouvait ignorer les insuffisances, inexactitudes ou omissions qui lui sont reprochées et que l'infraction a donc été commise sciemment.»

En définitive, l'identification de l'infraction administrative ne résulte donc ni de la spécificité de son élément moral ni de celle de son élément matériel. Tout au plus fera-t-on valoir une tendance générale à se contenter d'incriminations plus vagues, reposant souvent sur une omission purement matérielle; mais, comme on l'a vu, il existe aussi des infractions pénales de ce type et, à l'inverse, toutes les infractions administratives ne correspondent pas à celui-ci.

D'où la nécessité, rencontrée à l'occasion des travaux de refonte du code pénal, de mettre à jour les logiques des différents modèles de sanction, en définissant des principes directeurs de dépénalisation, à partir desquels il est sans doute possible de mieux cerner la spécificité de l'infraction administrative, en se plaçant délibérément dans une perspective prospective (*de lege ferenda*).

2.2.2. Principes directeurs de dépénalisation

Le souci d'une politique pénale cohérente et unifiée est une constante depuis quelques années en France, périodiquement réaffirmée par diverses instances officielles (rapport de la commission de Bresson, Conseil d'État, 1983, voir *RSC*, 1985.241; circulaires des Premiers ministres Fabius, 7 janvier 1985, puis Chirac, 1987; discours de P. Arpaillange, garde des Sceaux, lors de la présentation au Sénat du projet de code pénal, 9 mai 1989; rapport du Conseil d'État, 1991, p. 15).

Ce souci a conduit la commission de révision du code pénal à proposer une batterie de «principes directeurs» (voir *RSC*, 1985.225, puis *JO Sénat*, séance du 9 mai 1989, p. 558) qui, à l'instar du modèle italien (voir commentaire de Lorvellec, *APC*, 1985, n° 8, p. 179, et version française du texte de la circulaire,

⁽³⁰⁾ Mourgeon, précité, p. 338.

⁽³¹⁾ Delmas-Marty, M.: *Le droit pénal des affaires*, PUF, troisième édition, 1990, t. 2, p. 3, et nombreux exemples figurant dans l'ouvrage.

⁽³²⁾ Néel, B.: «Les pénalités fiscales et douanières», *Economica*, 1989, p. 38.

APC, 1987, n° 9, p. 190), pourraient faire l'objet d'un engagement gouvernemental s'ils étaient consacrés par circulaire interministérielle. La méthode consiste à distinguer les différents modèles de sanctions relevant des instances étatiques (ce qui exclut les sanctions disciplinaires d'ordre privé). En effet, chaque modèle a sa logique propre: punition, selon le modèle pénal; régulation, selon le modèle administratif; réparation, selon le modèle civil; réconciliation selon le modèle de la médiation. Et chacune de ces logiques implique une échelle de gravité différente: gravité de la faute dans le modèle pénal, ampleur du dysfonctionnement dans le modèle administratif, importance du dommage dans le modèle civil, étendue du conflit dans le modèle de médiation.

Il est, cependant, évident que ces différentes notions sont mêlées dans la réalité et qu'il serait vain de chercher à identifier chaque modèle à partir d'un

critère unique, ou même de deux critères. Comme on vient de le voir, il est impossible de distinguer clairement l'infraction administrative de l'infraction pénale à partir des seuls éléments constitutifs de l'infraction.

C'est pourquoi la Commission de révision du code pénal, associée sur ce point aux travaux de la commission «justice pénale et droits de l'homme», a proposé un ensemble de trois indicateurs délimitant la notion d'infraction: la transgression, le dommage et l'intérêt protégé. Pour chacun de ces indicateurs ont été d'abord définis un premier jeu de critères correspondant à la notion de gravité morale et de réprobation, qui s'attache au modèle pénal, d'où le tableau suivant, qui doit permettre de préciser la distinction entre l'infraction pénale et les autres catégories d'infractions en attribuant à chaque critère, pour une infraction donnée, un degré de proximité (allant de 1 à 3) avec la catégorie pénale.

Indicateurs	Critères	Degré
Transgression	Faute intentionnelle	3
	Faute d'imprudence (simple ou délibérée)	2
	Faute matérielle	1
Intérêt protégé	Valeurs à protection absolue ou quasi absolue	3
	Droits et libertés reconnus sous réserve d'exception ou de restriction nécessaire dans une société démocratique	2
	Règles de discipline de la vie en société	1
Dommage	Atteinte quantitativement forte	3
	Atteinte quantitativement faible	2
	Menace d'atteinte	1

Comme on peut le voir sur ce tableau, aucun des indicateurs, comme aucun des critères qui les explicitent, n'est déterminant à lui seul: chacun permet de situer l'infraction considérée sur une échelle de gravité, donc de proximité avec la catégorie pénale, l'échelle étant graduée de 1 pour les cas les moins graves à 3 pour les plus graves. Ainsi, la combinaison des trois indicateurs et des neuf critères aboutit à une évaluation globale, l'infraction considérée ne s'identifiant à la catégorie pénale qu'au-dessus d'un certain seuil (fixé à 7 par la Commission).

Par voie de conséquence, certaines infractions (situées au-dessous du seuil de gravité) paraissent devoir être exclues de la catégorie pénale. Il reste alors à préciser ce qui distingue le modèle administratif (logique de régulation) des autres modèles, civil (logique de réparation) et de médiation (logique de réconciliation).

Selon la même méthode, la batterie des trois indicateurs peut être à nouveau utilisée, enrichie de critères différents, dès lors qu'il ne s'agit plus de placer l'infraction considérée sur une échelle de gravité morale, mais plutôt de discerner selon des critères plus techniques la spécificité de l'infraction administrative

par rapport aux deux autres catégories et, d'abord, par rapport à la catégorie civile.

L'indicateur premier est ici celui du dommage, car il est au cœur de la responsabilité civile, la question essentielle étant qualitative et amenant à une gradation selon qu'il y a absence de préjudice individualisé (ce qui exclut toute responsabilité civile), préjudice éventuel ou préjudice réalisé. Ensuite intervient l'intérêt protégé, notion explicitée cette fois non pas par référence à une échelle de valeurs, mais selon qu'il s'agit d'une atteinte à un intérêt privé (infraction civile), à l'intérêt de l'administration (infraction administrative) ou, de façon plus neutre, à l'intérêt général. Enfin, la transgression n'est pas analysée ici sous l'angle de la faute ou de l'élément moral (on sait qu'il n'est déterminant ni en matière administrative ni, d'ailleurs, en matière civile, car la chambre civile assimile faute intentionnelle et faute non intentionnelle); en revanche, s'oppose ici le non-respect d'obligations civiles à celui de règles administratives, la notion plus neutre d'action quelconque pouvant être assimilée à l'infraction civile ou à l'infraction administrative.

Indicateurs	Critères	Degré de proximité	
		Infraction civile	Infraction administrative
Dommage	Préjudice réalisé	3	1
	Préjudice éventuel	2	2
	Absence de préjudice individualisé	1	3
Intérêt protégé	Intérêt privé	3	1
	Intérêt général	2	2
	Intérêt de l'administration	1	3
Transgression	Non-respect d'obligations civiles	3	1
	Action quelconque	2	2
	Non-respect de règles administratives	1	3

Dans le tableau suivant, la gradation exprime, de 1 à 3 pour chaque indicateur, la proximité avec la catégorie administrative.

En définitive, il résulte de ces deux ensembles de critères que l'infraction administrative se caractérise par les traits suivants:

- quant à la *nature de la transgression*, il s'agit plutôt du non-respect de règles administratives et de fautes matérielles (ce qui n'exclut pas totalement l'action intentionnelle, si les autres indicateurs sont favorables à la qualification « administrative »);
- quant au *dommage*, il s'agit plutôt de simple menace ou d'un préjudice éventuel, ou encore d'une atteinte quantitativement faible (sous réserve, ici encore, des autres indicateurs);

— quant à l'*intérêt protégé*, il s'agit de l'intérêt de l'administration stricto sensu ou de l'intérêt général, et cet intérêt concerne en priorité de simples règles de discipline de la vie en société, et non les valeurs fondamentales.

Il est vrai qu'un tel schéma implique l'idée de choix *alternatif* — donc de non-cumul — entre les différents modèles présentés. Or, le droit français en vigueur est loin de consacrer un tel choix. Comme le montre l'étude des règles de fond applicables en matière administrative, le cumul entre sanctions administratives et sanctions pénales n'est pas toujours exclu (en revanche, sur le cumul des trois modèles pénal, administratif et civil, des limites ont récemment été posées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 juillet 1989 à propos de la COB, voir ci-après, point 3.4).

3. Règles de fond

L'absence de loi-cadre définissant le régime juridique des infractions et sanctions administratives ainsi que l'extrême hétérogénéité du régime applicable dans chaque secteur concerné (voir ci-dessus, point 1.1.2) rendent difficile une synthèse qui s'appuie essentiellement sur des textes et une jurisprudence (celle du Conseil d'État et celle du Conseil constitutionnel) fort évolutifs.

Un premier repérage peut être fait, par comparaison avec les principes applicables au système pénal, c'est-à-dire le principe de *légalité* et celui de *responsabilité*. S'ajoutent, compte tenu de l'importance pratique considérable des sanctions administratives — et de la diversité de leur régime juridique — les *règles relatives à la sanction*. Enfin sera abordée la difficile question de la *relation entre les sanctions administratives et les autres catégories de sanctions*, notamment pénales, qui commande l'éventuel choix de la dépénalisation.

3.1. PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Fondamental en droit pénal (article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 4 CP, article 34 de la Constitution de 1958, article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), le principe de légalité est également appliqué en matière administrative, mais il se trouve assoupli tant dans sa signification que dans ses conséquences.

Actuellement, on distingue la légalité *formelle* associée à la non-rétroactivité (existence d'un texte définissant préalablement l'infraction et la sanction) et la légalité *matérielle* ou «qualité de la loi», qui exprime l'exigence d'un texte précis et accessible. S'ajoute, en matière administrative, la question de la légalité *organique*, pourrait-on dire, dès lors que l'organe qui définit l'infraction et la sanction est parfois celui-là même qui constate l'infraction et la sanctionne.

3.1.1. Légalité formelle (et non-rétroactivité)

En matière administrative, le principe de légalité des délits et des peines s'est affirmé progressivement — et plus tardivement qu'en droit pénal. Au début du siècle, le Conseil d'État n'exigeait pas de l'administration un strict respect du principe de légalité (voir, notamment, CE, 26 octobre 1917, Danet, Recueil CE, p. 690; CE, 27 juin 1934, Doreau, Recueil CE, p. 729). Par la suite, il est devenu plus exigeant, notamment en matière économique, considérant même que le non-respect de l'échelle légale des sanctions constituait un moyen d'ordre public (CE, 24 novembre 1982,

Ministère des transports/Héritiers Malande, RDP, 1983.1676) ⁽³³⁾.

Il est à noter, cependant, que la Constitution de 1958, faisant échapper le domaine des contraventions pénales à la compétence du Parlement, autorisait du même coup à reconnaître compétence au pouvoir réglementaire en matière administrative, la légalité signifiant alors l'exigence d'un texte, législatif ou réglementaire, définissant l'infraction et la sanction. Une limite est toutefois posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision concernant la création de contraventions de grande voirie en matière de postes et télécommunications (CC, 23 septembre 1987). En effet, la haute juridiction considère que le législateur est compétent pour définir les éléments constitutifs de telles infractions et pour édicter d'éventuelles causes d'exonération «dès lors que ces infractions, sans perdre leur caractère de contraventions de grande voirie, sont passibles de peines d'amendes dont le montant excède celui prévu pour les contraventions de police».

C'est dans ce contexte général que le Conseil constitutionnel, suivant la voie tracée par le Conseil d'État, affirmera à son tour très nettement (CC, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, voir commentaire de Genevois, précité, RFDA, 1989) que le principe de la légalité des délits et des peines — comme celui de la non-rétroactivité déjà imposé en matière fiscale (CC, 30 décembre 1982, décision DC n° 82-155, RDP, 1983.333) — s'applique à «toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire» (considérant 36). Autrement dit, le principe a valeur constitutionnelle en matière administrative, sous réserve d'un assouplissement aussitôt introduit par le haut Conseil (considérant 37): «Considérant, toutefois, qu'appliquée en dehors du droit pénal l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements.» Comme le fait observer le commentateur (Genevois, précité), l'assouplissement s'applique dans le cadre de la loi sur la liberté de la communication, qui établit un régime d'autorisation administrative lui-même sanctionné. La formule «n'entend donc pas régir» les situations dans lesquelles l'infraction n'implique aucune relation antérieure entre l'administration et le délinquant. De telles situations restent, semble-t-il, soumises au principe de légalité dans sa pleine signification formelle (voir en ce sens, article 9.1 de l'ordonnance du 26 septembre 1967 sur la COB, modifiée par la loi du 2 août 1989, et règlement précité pris en application, homologué par arrêté du 17 juillet 1990, à propos des opérations d'initiés).

⁽³³⁾ Pour un rappel de la jurisprudence en la matière, Genevois, B.: «Conseil constitutionnel et pouvoirs du conseil supérieur de l'audio-visuel», RFDA, 1989, p. 216 et suiv., en particulier note 17.

Dans ce domaine, le Conseil constitutionnel a même précisé que le renvoi du parlement au pouvoir réglementaire, admis dans son principe quant à la définition des infractions, n'est pas sans limite lorsqu'il s'agit de matières expressément attribuées au pouvoir législatif comme le régime de la propriété. Ainsi censure-t-il pour violation des articles 34 et 38 de la Constitution (dans sa décision précitée du 29 juillet 1989) la modification apportée à la loi de 1988 sur les organismes et placement collectif des Bourses de valeurs. En effet, selon le texte censuré, le pouvoir réglementaire se voyait confier « sans restriction » le pouvoir de fixer des « règles différentes selon les catégories d'organismes ».

C'est dire que, même en matière administrative, la légalité formelle implique non seulement un texte préexistant, mais parfois, selon les matières évoquées, un texte de nature législative.

Encore faut-il observer que la légalité formelle — comme son corollaire de la non-rétroactivité — ne prend sa pleine signification que si la légalité matérielle est également garantie.

3.1.2. Légalité matérielle

Exigée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme (notion de « qualité de la loi »), la légalité matérielle suppose d'abord la précision du texte qui incrimine et sanctionne.

En matière administrative, la doctrine admet pourtant que la définition des infractions soit moins précise qu'en droit pénal⁽³⁴⁾, la raison étant que, « dans le droit administratif répressif, la source jurisprudentielle de l'incrimination tient une place de plus en plus considérable, souvent supérieure à celle de l'incrimination législative qu'elle concurrence »⁽³⁵⁾. Ainsi affirmait-on en cette matière, avant même que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait expressément consacré l'idée, que la légalité peut englober droit écrit et non écrit..., ce qui n'est, selon nous, acceptable que si non seulement la règle jurisprudentielle est suffisamment précise, mais encore si elle est accessible (matériellement, par la publication, et intellectuellement, par la lisibilité des arrêts) et finalement prévisible (règle du précédent).

Il est vrai que la tendance actuelle est pourtant au renforcement de la légalité matérielle, en ce sens que les dispositions de droit écrit définissant infraction et sanction sont de plus en plus précises, qu'il s'agisse d'infractions économiques (voir, par exemple, articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), fiscales (articles 1725 et suiv. du CGI) ou boursières (article 9.I de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et,

en application de ce texte, règlement n° 90-08 de la COB, homologué par arrêté ministériel du 17 juillet 1990).

En revanche, ce dernier exemple soulève la difficile question de la légalité organique.

3.1.3. Légalité organique

Il existe en droit français un certain nombre de cas dans lesquels la même autorité se voit reconnaître à la fois compétence normative pour définir l'infraction et la sanction et compétence répressive pour qualifier les faits et appliquer la sanction: ainsi en est-il, notamment, du Centre national de la cinématographie, du Conseil des marchés à terme, du Conseil de la Bourse des valeurs et, plus récemment (loi précitée du 2 août 1989), de la COB.

S'agissant de cette dernière, le Conseil constitutionnel devait être précisément saisi sur ce point, retenu par les auteurs de la saisine comme consacrant la violation du principe de la séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel ne retient pas l'argument et déclare qu'aucun principe ou aucune 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. Néanmoins, il pose deux conditions: d'une part, la sanction doit être « exclusive de toute privation de liberté » (voir ci-dessus); d'autre part, l'exercice du pouvoir de sanction doit être « assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Explicitée dans le commentaire précité de B. Genevois, la décision s'expliquerait notamment par la « politique jurisprudentielle que le Conseil constitutionnel entend mener ». Le choix du Conseil serait « de ne pas opposer d'obstacle de principe aux sanctions administratives », notamment en raison des conséquences que cela pourrait entraîner, en particulier, au droit de la concurrence. En contrepartie, « le juge constitutionnel a choisi la voie de l'encadrement de ce type de sanctions », encadrement qui se précise au fil de la jurisprudence, notamment par le jeu des règles de procédure (voir ci-après point 4), mais reste plus faible en ce qui concerne la question de la responsabilité.

3.2. PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ

Fondamental en droit pénal, le principe de responsabilité est également présent en matière administrative, où il s'infléchit, cependant, tant dans ses aspects positifs (conditions d'imputabilité) que dans ses aspects négatifs (causes d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité).

⁽³⁴⁾ Mourgeon, précité, n° 173.

⁽³⁵⁾ Mourgeon, précité, n° 175.

3.2.1. Conditions d'imputabilité

Si le principe de la personnalité des peines, donc des infractions, est constamment affirmé en matière pénale par la Cour de cassation (Crim., 16 décembre 1948, Bull. 291) et par le Conseil constitutionnel (CC, 2 décembre 1976, à propos de la loi sur la prévention des accidents du travail), il est apparu plus récemment en matière administrative, où deux procédés différents permettent d'en garantir l'application:

- d'une part, l'obligation de motiver la sanction (voir ci-après, point 3.3.2) oblige l'administration à rechercher l'auteur personnel de l'infraction avant de décider la sanction; d'autre part, le Conseil d'État a clairement affirmé que le principe de personnalité devait être garanti a posteriori par l'annulation de la sanction lorsque celle-ci frappe un tiers (CE, 18 novembre 1959, Ministère des Affaires économiques/Growitz, *D*, 1960.47);
- cela posé, des difficultés de mise en œuvre apparaissent lorsque plusieurs personnes sont à l'origine de l'infraction et, plus précisément, lorsque l'agent qui exerce le pouvoir de décision n'a pas accompli lui-même l'acte matériellement constitutif de l'infraction ou lorsque l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale. Qu'il s'agisse de la répartition de responsabilité entre auteur, coauteur et complice, de la responsabilité dite «du décideur» ou de celle des personnes morales, les réponses du droit administratif sont proches, mais différentes de celles du droit pénal.

3.2.1.1. Auteur, coauteur et complice

Comme on l'a vu précédemment plus haut (point 3.1.1), l'affaiblissement du principe de légalité facilite la répartition de la responsabilité entre les différentes personnes concernées: «il est beaucoup plus facile de dissocier le complice de l'auteur principal ou, au contraire, de lui réserver le même traitement, selon ce que l'autorité répressive, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, estime préférable et le plus opportun⁽³⁶⁾. Cela étant, dans la mesure où l'infraction administrative est le plus souvent purement matérielle (voir ci-dessus, point 2.2.2), la complicité est exclue, comme elle l'est en règle générale pour les contraventions de police, car elle suppose une participation en connaissance de cause au comportement délictueux. C'est donc la notion de coaction qui sera le plus souvent retenue, lorsque l'infraction met en cause plusieurs personnes. Toutefois, il est arrivé, en cas de comportement à caractère frauduleux, que le Conseil d'État applique la notion de complicité (CE Ass., 26 février 1965, Romani et Fiaggi, *AJDA*, 1965, p. 237, note de Puybasset et Puissochet).

De même, en matière douanière, où les sanctions administratives s'ajoutent aux sanctions pénales,

s'applique la notion de complicité (article 348 du code des douanes), ainsi qu'une notion spécifique au droit douanier, intermédiaire entre la complicité et la coaction, celle d'«intéressé à la fraude» (article 399-1 du code des douanes).

3.2.1.2. «Décideur»

Si la notion de complicité est, en règle générale, peu utilisée en matière administrative, en revanche, le fait d'attribuer la responsabilité à celui qui exerce le pouvoir de décision, alors même que le comportement matériel constitutif de l'infraction a été accompli par un tiers, a été très tôt admis par le Conseil d'État⁽³⁷⁾.

Certes, les textes actuels (ordonnance du 1^{er} décembre 1986) n'ont pas repris en matière économique les dispositions de l'article 56 de l'ordonnance du 30 juin 1945 visant les chefs d'entreprise qui ont, «en tant que commettants, laissé contrevenir par toute personne relevant de leur autorité ou de leur contrôle aux dispositions de la présente ordonnance»; il n'en est pas moins clair que les sanctions s'appliquent aux «intéressés» (article 13 de l'ordonnance), c'est-à-dire à ceux qui sont en position d'autorité et de contrôle pour veiller au respect du droit en vigueur.

Plus précis, le droit fiscal attribue expressément la responsabilité pénale et administrative au redevable légal de l'impôt ou même, en matière de contributions indirectes, au «propriétaire» de la marchandise, même s'il n'a pas participé personnellement à l'infraction (article 1805 du CGI). Le fondement est, en réalité, le même, car le propriétaire est celui qui doit faire respecter les prescriptions légales; de ce fait, il est responsable des infractions commises, alors même qu'il n'en est pas matériellement l'auteur⁽³⁸⁾. En outre le droit fiscal pose un principe de solidarité, comme garantie du recouvrement des sanctions pénales et administratives, selon lequel le recouvrement est assuré et suivi «contre tous débiteurs tenus du principal desdits impôts ou déclarés solidaires par le présent code pour le paiement des pénalités» (article 1738, alinéa 2, du CGI; dans le même sens, en matière douanière, article 407 du code des douanes).

De même, le droit de l'environnement admet, le plus souvent, la responsabilité du «décideur» (voir, par exemple, en matière d'infractions en matière d'installations classées, article 23 de la loi du 19 juillet 1976, visant l'«exploitant» de l'installation).

Ainsi, comme en matière pénale, la responsabilité du décideur, qu'elle soit prévue ou non par un texte, repose toujours sur l'idée d'une scission entre les éléments constitutifs de l'infraction: matériellement imputable à un tiers, l'infraction est moralement attri-

⁽³⁶⁾ Mourgeon, précité, n° 232.

⁽³⁷⁾ Mourgeon, précité, n° 233, et jurisprudence citée.

⁽³⁸⁾ Neel, précité, p. 289 et suiv.

buée à celui qui, se trouvant en position de prendre les décisions nécessaires pour faire respecter le droit en vigueur, n'a pas exercé ce pouvoir et a ainsi commis une faute de négligence ou un défaut de surveillance. Le fondement de cette responsabilité se rattache donc à la fois à la théorie de la faute et à la théorie du pouvoir, car la faute de défaut de surveillance n'est reprochée au décideur qu'en raison de la relation d'autorité qui l'unit à l'auteur matériel de l'infraction.

Toutefois, le régime juridique de cette responsabilité du décideur est moins élaboré en matière administrative qu'en matière pénale, notamment en ce qui concerne les conditions d'exonération au cas où le décideur a délégué ses pouvoirs à un tiers. Strictement encadrée par la jurisprudence pénale⁽³⁹⁾, la délégation de pouvoirs est, semble-t-il, appréciée seulement au coup par coup en matière administrative.

Restent à préciser les différences entre répression administrative et répression pénale en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales.

3.2.1.3. Personnes morales

Traditionnellement exclue en matière pénale, la responsabilité pénale des personnes morales vient d'être admise par le parlement, qui adopte sur ce point les dispositions du projet de code pénal (voir rapport Sapin, commission mixte paritaire, 2 avril 1991, doc. Ass. nat. n° 1945): «Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits» (article 121-2 du projet).

Ainsi devrait disparaître, lors de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, l'une des différences essentielles entre responsabilité pénale et responsabilité administrative.

À l'heure actuelle, en effet, la responsabilité des personnes morales, exceptionnelle en droit pénal, est admise en matière administrative, soit indirectement, en raison de la nature de la sanction qui concerne les activités de l'entreprise (fermeture d'installation, cessation de certaines activités, par exemple), soit impli-

citement, en application d'une formule suffisamment générale pour ne pas exclure les personnes morales (par exemple, article 1805 du CGI, précité, visant le «propriétaire»), soit directement, parce que le texte définissant l'infraction désigne expressément l'entreprise. Ainsi, l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 précise, en matière économique, que le montant maximal de la sanction est différent selon que le contrevenant est ou non une entreprise: dans le premier cas, ce montant est de «cinq pour cent du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos»; alors que, «si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs». De même, en ce qui concerne les opérations d'initiés passibles de sanctions administratives, l'article 1^{er} du règlement pose clairement que «le terme *personne* désigne une personne physique, une personne morale ou un dirigeant de celle-ci», avant de définir, à propos de ces personnes, les éléments constitutifs de l'infraction administrative (articles 2 à 4 et 6 du règlement).

En définitive, envisagée d'un point de vue positif (imputabilité de la responsabilité), la responsabilité administrative est appréciée dans des conditions voisines, mais moins précises que la responsabilité pénale; extension de la notion de coauteur par rapport à celle de complice, conception moins stricte de la responsabilité du décideur et, finalement, admission de la responsabilité des personnes morales sont les principales caractéristiques en la matière.

3.2.2. Causes d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité

Ici encore, le particularisme de la répression administrative tient davantage dans la souplesse de la réglementation que dans l'adoption de principes de nature différente, l'observation valant tout aussi bien pour les causes objectives que pour les causes subjectives.

3.2.2.1. Causes objectives

Contrainte et état de nécessité en droit pénal se retrouvent en matière administrative sous le nom de «force majeure» et de «circonstances exceptionnelles». Quant à la question de l'ordre de la loi et de commandement de l'autorité légitime, elle se prolonge ici sous la forme particulière de l'autorisation ou de la permission administrative.

D'abord, la *force majeure*, comme la contrainte du code pénal, n'est admise qu'avec réticence par la jurisprudence administrative, à la double condition d'être à la fois irrésistible (voir CE, 7 mars 1947, dem. Chaminade, Recueil p. 99) et imprévisible (voir CE, 27 novembre 1963, société Saint-Gobain, Recueil p. 593). Cela posé, la force majeure, comme la contrainte en droit pénal, peut être le fait de la nature, des choses ou de l'homme, y compris lorsque le fait de l'homme n'est autre qu'une faute de l'administration

⁽³⁹⁾ Delmas-Marty, M.: *Droit pénal des affaires*, précité, t. 1, 1990, p. 88 et suiv.

elle-même (voir jurisprudence sur les heurts de passage à niveau, CE, 13 juillet 1951, Ministère des Travaux publics/SNCF, Recueil p. 414, et, dans d'autres domaines, CE, 17 novembre 1963, précité, Société Saint-Gobain, Recueil p. 593).

En second lieu, la théorie des *circonstances exceptionnelles*, connue en droit administratif, permet également l'exonération de responsabilité, dans des conditions comparables à celles de l'état de nécessité en droit pénal: «L'action doit être accomplie dans un but d'intérêt public; il doit y avoir urgence à agir, et impossibilité d'agir autrement qu'on l'a fait; à ces conditions, il est licite d'enfreindre une règle qui aurait permis, dans des circonstances normales, d'atteindre aux mêmes résultats, mais qui trouve une limite naturelle à sa validité dans des circonstances pour lesquelles elle n'avait pas été prévue, et auxquelles elle est inadaptée»⁽⁴⁰⁾. Il est vrai, cependant, qu'en pratique l'exonération est aussi rarement admise que l'est, en matière pénale, le fait justificatif tiré de l'état de nécessité.

Enfin, quant à l'*autorisation administrative*, la jurisprudence pénale refuse, en principe, de l'assimiler au fait justificatif tiré de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime, ce qui correspond d'ailleurs à la distinction entre «permettre» et «ordonner»⁽⁴¹⁾, sauf à réserver le cas où l'autorisation peut être assimilée à une contrainte (Crim., 15 mars 1988, RSC, 1990.800). Cependant, s'agissant des infractions administratives qui sont définies directement par référence à l'intérêt de l'administration, il paraît difficile de ne pas admettre l'effet exonératoire d'une telle autorisation.

3.2.2.2. Causes subjectives

On sait qu'en droit pénal l'état de démence exclut la responsabilité pénale, lorsque le délinquant n'était pas en état de comprendre et de vouloir le comportement délictueux au moment où il l'a commis (article 64 du code pénal). Dès lors que la démence exonère de la même manière, pour des infractions purement matérielles comme pour des infractions intentionnelles ou d'imprudence, il paraît logique de l'admettre en matière administrative, malgré l'absence de texte explicite sur ce point⁽⁴²⁾.

Reste la difficile question de l'*erreur*. Le droit pénal français n'admettait jusqu'à présent que l'erreur de fait, cause d'exonération de la responsabilité pénale lorsqu'elle porte sur un élément essentiel d'une infraction intentionnelle, et excluait l'erreur de droit en raison du principe selon lequel «nul n'est censé ignorer la loi». Toutefois, le projet de code pénal dans la version qui vient d'être adoptée par le parlement (commission mixte paritaire, rapport précité du 2 avril

1991) admet l'effet exonératoire de l'erreur de droit quand elle est inévitable et légitime: «N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte» (article 122.2.1). Ainsi pourrait s'infléchir la jurisprudence du Conseil d'État, qui n'admet jamais l'erreur de droit lorsqu'elle porte sur des obligations formulées par écrit, même s'il y a, en fait, tolérance de l'administration (CE, 25 avril 1956, SARL «Les transports comtois», RDP, 1956.1136).

3.3. RÈGLES RELATIVES AUX SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Les sanctions administratives dont on peut, en dépit de leur grande diversité, dresser la typologie sont assujetties soit par les textes qui les instituent, soit par le juge au respect d'un certain nombre de règles de fond qui concernent leur prononcé, leur exécution et, enfin, les relations entre elles et d'autres catégories de sanctions (notamment pénales).

3.3.1. Typologie des sanctions administratives

La typologie dominante est fondée sur des sanctions administratives. Elle conduit à distinguer les sanctions patrimoniales des sanctions extrapatrimoniales. Certes, d'autres classifications sont possibles prenant en compte le caractère principal complémentaire ou accessoire de ces sanctions ou leur durée définitive ou provisoire, mais ce sont là des classifications marginales.

3.3.1.1. Typologie dominante

On peut distinguer, parmi les sanctions administratives, celles qui ont un contenu patrimonial et celles dont le contenu est extrapatrimonial.

Les *sanctions patrimoniales* infligées par les autorités administratives sont les plus nombreuses, et ce même si l'on ne doit pas prendre en compte ici, car le juge administratif ne les considère pas comme des sanctions, mais comme des mesures conservatoires, voire comme des mesures de police, les diverses mesures administratives portant atteinte au patrimoine que sont, notamment, les interruptions de travaux de construction, les ordres de démolition, les destructions de denrées et d'objets, etc., que certains comptent comme sanctions pour souligner d'ailleurs l'originalité de la répression administrative⁽⁴³⁾. De même convient-il de mettre à part les mesures de confiscation, car si un tel pouvoir de confiscation a été reconnu à une époque à l'administration dans le cadre de la législation relative à l'organisation de la production pendant la Seconde Guerre mondiale — pouvoir alors non limité au corps du délit, contrairement aux exigences

⁽⁴⁰⁾ Mourgeon, précité, n° 303.

⁽⁴¹⁾ Robert, J.H., et Remond-Gouilloud, M.: *Droit pénal de l'environnement*, Masson, 1983, n°s 194 et 195.

⁽⁴²⁾ Voir les quelques rares décisions en ce sens citées par Mourgeon, précité, n° 306.

⁽⁴³⁾ Varinard et Joly-Sibuet, précité, p. 198.

du droit pénal —, ce n'est aujourd'hui, semble-t-il, que dans le cadre de transactions (notamment en matière douanière) qu'un tel pouvoir est susceptible de s'exercer et dans des conditions d'inconstitutionnalité qui le condamnent à plus ou moins long terme (voir ci-dessus, point 3.1.3).

Les sanctions patrimoniales sont donc des sanctions pécuniaires: sanctions d'un montant souvent élevé, de sorte que la répression administrative ne se caractérise pas par sa légèreté; sanctions circonscrites à certains domaines, principalement la fiscalité et les secteurs régulés par des AAI. Elles revêtent diverses formes: amendes, majorations de droits ou sanctions pécuniaires. Amendes et majorations de droits trouvent leur terrain d'élection en matière fiscale. Ailleurs, on parle plus volontiers de sanctions pécuniaires: ainsi, ce sont des «sanctions pécuniaires» que le législateur a autorisé les AAI à infliger. Mais qu'il s'agisse d'«amende fiscale», de «majoration de droits» ou de «sanction pécuniaire», chacune de ces expressions témoigne d'une volonté de distinguer ces sanctions administratives des amendes pénales, distinction terminologique justifiée par la spécificité des modes de recouvrement de ces pénalités (voir ci-après, point 3.3.3), mais aussi par la différence de leur mode de fixation: alors que l'amende pénale voit son montant déterminé par une fourchette fixant un seuil minimal et un plafond maximal, la sanction administrative pécuniaire voit son montant fixé de façon à la fois différente et variable.

Le montant de l'amende est parfois fixe, c'est le cas, notamment, d'un certain nombre d'amendes fiscales dont le montant d'ailleurs est peu élevé: 5 FF, 10 FF, 100 FF, 200 FF, 1 000 FF. Toutefois, ces pénalités, qui peuvent être prononcées dès que l'infraction est constatée (omission, inexactitude, etc.) peuvent l'être pour chaque pièce ou élément omis ou incomplet, ce qui est de nature à les renchérir.

Le plus souvent, le montant de l'amende est proportionné à un élément désigné par le texte qui l'institue, élément qui en constitue l'assiette. En matière fiscale, l'assiette des amendes est très variable: l'amende est tantôt égale à 50 % des sommes versées ou reçues (article 1740 du CGI), au montant des intérêts payés (article 1756 du CGI), au montant des retenues non effectuées (article 1768 du CGI), à 80 % des sommes non déclarées (article 1768 bis du CGI), aux droits éludés (article 1770 quinquies du CGI), à 25 % des montants des transactions réalisées (article 1788 quater du CGI). Les majorations de droits, quant à elles, sont calculées à partir d'une assiette constituée par le montant des droits éludés; leur taux, fixé par le législateur, varie en fonction de la nature de l'infraction (10 % pour insuffisance, inexactitude ou omission dans les déclarations d'imposition, 150 % pour opposition à contrôle fiscal) et de l'intention du contribuable (ainsi, la majoration de 10 % prévue dans l'hypothèse précitée passe à 40 % en cas de mauvaise foi et à 80 % en cas de fraude, sans qu'il soit nécessaire, pour

appliquer cette majoration, que des poursuites soient engagées pour fraude sur le plan pénal).

Les textes les plus récents qui permettent aux AAI d'infliger des sanctions pécuniaires retiennent également une formule de proportionnalité. Toutefois, en se bornant à fixer un plafond maximal à la sanction, ils laissent à l'autorité administrative une plus grande liberté pour le choix de la peine et rapprochent par ce mode de fixation la sanction administrative de la sanction pénale. Ainsi, le Conseil de la concurrence, en cas de pratiques anticoncurrentielles de la part des entreprises, et le ministre de l'Économie et des Finances, en cas de concentration d'entreprises portant atteinte à la concurrence, peuvent infliger des sanctions pécuniaires limitées à un montant maximal fixé à 10 millions de francs si le contrevenant n'est pas une entreprise et, pour les entreprises, à 5 % du montant du chiffre d'affaires (articles 13 et 14 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986). C'est également un plafond représentant un certain pourcentage du chiffre d'affaires, précisément 3 %, porté à 5 % en cas de récidives, qui est retenu par le législateur tant pour les sanctions que le CSA peut infliger aux exploitants privés des services de communication audiovisuelle pour manquement à leurs obligations (article 19 de la loi du 17 janvier 1989) que pour celles infligées par la commission de contrôle des assurances aux entreprises d'assurances ne respectant pas leurs obligations (article 31 de la loi du 31 décembre 1989). Le principe d'un plafond maximal est également retenu pour les sanctions que la COB peut infliger pour certaines pratiques contraires à ses règlements, mais ce maximum est calculé au regard non plus du chiffre d'affaires, mais des profits réalisés: la loi prévoit que la sanction ne peut excéder le décuple de leur montant (article 5 de la loi du 2 août 1989); en l'absence de profits, la sanction est limitée à 10 millions de francs. Ces maximums encourus sont de nature, par la menace que constitue leur montant élevé, à donner un caractère très dissuasif à ces sanctions et à expliquer les critiques formulées à leur encontre. Pourtant, des sanctions de la même importance, voire plus graves, existent déjà dans le cadre communautaire — le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, donne à la Commission des Communautés européennes, en cas d'infraction aux règles de la concurrence, le pouvoir d'infliger aux entreprises des amendes pouvant aller jusqu'à 10 % de leur chiffre d'affaires.

Moins nombreuses que les sanctions patrimoniales, les *sanctions extrapatrimoniales* sont d'une extrême variété et d'un contenu tout à fait spécifique qui confère originalité à la répression administrative. Alors que les sanctions privatives ou restrictives de liberté constituent un type de sanction extrapatrimoniale essentiel de la répression pénale, elles semblent exclues de la répression administrative. En revanche, les sanctions privatives ou restrictives de droits, qui constituent un autre type de sanctions extrapatrimoniales, occupent une place privilégiée. Enfin, la répres-

sion administrative n'ignore pas les sanctions morales.

S'agissant des *sanctions portant atteinte aux libertés*, le problème le plus grave est posé par les sanctions privatives de liberté individuelle. Si certains textes ont permis l'édition à des fins répressives de mesures d'emprisonnement ou d'internement administratif, ce n'est qu'à titre exceptionnel (loi du 28 juin 1941 sur la politique des prix et le ravitaillement)⁽⁴⁴⁾ et, en toute hypothèse, avant que le Conseil constitutionnel, se fondant sur l'article 66 de la Constitution qui fait de l'activité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, ne les proscrive comme émanant d'une autorité incompétente (voir ci-dessus, point 3.1.3). Leur sort est donc désormais réglé, elles sont inconstitutionnelles.

À l'égard des sanctions privatives ou restrictives d'autres libertés mérite d'être soulignée la jurisprudence adoptée en matière de liberté d'aller et de venir dans des affaires de retrait ou de refus de passeport. Invoquant la «liberté fondamentale d'aller et de venir», reconnue et garantie par les conventions internationales (convention européenne des droits de l'homme et pacte international sur les droits civils et politiques), la Cour de cassation a décidé que des restrictions ne pouvaient être apportées à cette liberté «que par l'effet d'une loi répondant à la nécessité de protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la sûreté, la santé ou la morale publique, ou les droits et libertés d'autrui, ou encore de prévenir les infractions pénales» (Civ., 28 novembre 1984, conclusions de Sadon, *RFDA*, 1985, p. 762). Elle a ainsi exclu toute restriction, même législative, à cette liberté pour un motif autre que de police. En l'espèce, elle a condamné pour voie de fait la décision de refus de délivrer ou de renouveler son passeport à un contribuable en situation fiscale irrégulière, décision inspirée par les services fiscaux et édictée pour des motifs fiscaux: assurer le recouvrement d'impôts impayés. L'autorité administrative ne peut donc, dans un but simplement répressif, porter atteinte à la liberté d'aller et de venir; en d'autres termes, la privation ou la restriction d'une liberté fondamentale comme cette liberté à titre de sanction administrative paraît proscrite⁽⁴⁵⁾.

S'agissant des *sanctions privatives ou restrictives de droits*, la répression disciplinaire offre depuis longtemps, s'agissant de la fonction publique, toute une gamme de sanctions de ce type: abaissement d'échelon, rétrogradation, révocation, etc. Il s'agit là de sanctions à caractère personnel, mais dont l'incidence

patrimoniale est évidente. En dehors de la fonction publique, c'est essentiellement la réglementation de certaines professions qui est à l'origine du développement des sanctions restrictives ou privatives de droits. Elles constituent, il est vrai, un moyen drastique pour l'autorité administrative, qui, par la pression qu'elles créent, peut espérer obtenir le respect des règles posées.

Certaines de ces sanctions sont simplement restrictives de droits: c'est le cas, par exemple, du pouvoir confié à la commission de contrôle des assurances à l'égard des entreprises d'assurances qui méconnaissent diverses obligations, pouvoir de leur «interdire d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité» (article 31 de la loi du 31 décembre 1989) ou encore de procéder au retrait partiel de leur agrément.

Les sanctions privatives de droits sont, bien sûr, les plus graves. Elles sont fréquentes. Ainsi, traditionnellement, l'autorité compétente pour accorder un agrément ou une autorisation nécessaire à l'exercice d'une activité peut, sous réserve du respect du principe du parallélisme des formes, le retirer si le bénéficiaire de l'agrément méconnaît les obligations qu'il a souscrites. Une illustration classique est donnée par le retrait du permis de conduire, qui était jadis de la compétence exclusive de l'autorité administrative avant d'être, à compter de 1959, une compétence partagée avec les tribunaux judiciaires, lesquels sont devenus, depuis 1976, seuls compétents pour prononcer cette mesure définitive. La législation de la Seconde Guerre mondiale relative à l'organisation et à la répartition de la production a fourni de nombreux exemples de telles sanctions, par exemple le retrait de cartes professionnelles. Aujourd'hui encore, une législation comme celle sur la coordination du rail et de la route permet à l'autorité administrative le retrait de l'inscription comme transporteur, la radiation du registre des transporteurs et la mise en garage de son véhicule pour manquement à ses obligations. Les lois récentes confiant à des AAI la régulation de certains secteurs confirment à leur tour ces pouvoirs de retrait d'agrément à titre de sanction: c'est le cas, par exemple, de la COB, compétente pour retirer l'agrément nécessaire aux o.p.c.v.m. et gérants de portefeuilles en cas de manquement de ceux-ci aux règles déontologiques ou pour refuser un visa à une société faisant publiquement appel à l'épargne pour émettre des valeurs mobilières ou désireuse d'être admise à la cote officielle des Bourses de valeurs, en cas de non-respect de son obligation d'information du public sur la situation de la société. La commission de contrôle des assurances peut également retirer leur agrément aux entreprises d'assurances (article 31 de la loi du 31 décembre 1989) et même, au-delà, transférer d'office tout ou partie du portefeuille des contrats de l'entreprise d'assurances. La commission de contrôle des institutions de retraites et des mutuelles peut procéder au même retrait à l'égard des organismes qu'elle agré

⁽⁴⁴⁾ Rappelons que la plupart des mesures restrictives ou privatives de liberté prises, notamment, à l'égard des étrangers (rétention administrative, assignation à résidence, etc.) sont considérées par les juges et le Conseil constitutionnel comme des mesures de police.

⁽⁴⁵⁾ Pour d'autres développements de cette jurisprudence, voir TC, 9 juin 1986, Eucat, *AJDA*, 1986, p. 428, chr. M. Azibert et M. de Boisdeffre; TC, 12 janvier 1987, Grisvatz, *RFDA*, 1987, p. 224; CE, 8 avril 1987, Ministère de l'Intérieur/M. Peltier, *RFDA*, 1987, p. 608, note de B. Pacteau.

(articles 17 à 21 de la loi du 31 décembre 1989). Des AAI à vocation moins économique disposent de pouvoirs analogues pour sanctionner la méconnaissance d'obligations légales par ceux qu'elles agrément: c'est le cas, par exemple, du CSA, qui peut réduire dans la limite d'une année la durée de l'autorisation qu'il accorde aux exploitants privés de communications audiovisuelles ou la retirer définitivement (article 19 de la loi du 17 janvier 1989), ou encore de la commission des comptes de campagne et des financements politiques, qui peut retirer leur agrément aux associations de financement des partis politiques.

Conduisant, comme le retrait d'agrément, à la cessation de l'activité professionnelle, mais avec des conséquences patrimoniales plus graves, la fermeture d'un établissement peut également être ordonnée à titre de sanction par l'autorité administrative quand le législateur l'y a autorisée. Tel est le cas, notamment, pour les débits de boissons ou pour les installations classées pour la protection de l'environnement, en cas de violation de certaines obligations par les responsables de ces établissements.

Enfin, au nombre des sanctions extrapatrimoniales, figurent certaines *sanctions morales*, par exemple l'avertissement ou le blâme qui peuvent être infligés, notamment, aux fonctionnaires dans le cadre de la répression disciplinaire.

3.3.1.2. Typologies marginales

D'autres typologies peuvent être établies que celles fondées sur le contenu des sanctions: l'une, liée à leur caractère principal, accessoire ou complémentaire; l'autre, liée à leur durée définitive ou provisoire.

a) Sanctions principales, sanctions accessoires et sanctions complémentaires

Cette typologie classique en droit pénal conduit à distinguer les sanctions principales, d'une part, des sanctions accessoires, qui, automatiquement attachées à la sanction principale, la suivent même si le juge ne les prononce pas expressément, d'autre part, des sanctions complémentaires, qui ne s'ajoutent à la sanction principale que si elles sont prononcées et qui sont obligatoires ou facultatives selon que la loi impose ou non au juge de les infliger.

La transposition de cette typologie à la répression administrative conduit au constat suivant: de façon quasi exclusive, les sanctions administratives sont des sanctions principales.

Rares sont les *sanctions accessoires*. On peut citer, par exemple, celles qui peuvent être assurément infligées en cas de prononcé de la sanction principale de suspension préfectorale du permis de conduire, à savoir: la suspension de tout permis de conduire d'autres catégories ou le retrait de leur autorisation d'enseigner la conduite à ceux qui y sont autorisés. La

plupart des sanctions accessoires prévues dans les textes sont, en vérité, des sanctions accessoires de sanctions pénales, et non de sanctions administratives. Souvent, elles font intervenir l'administration et sont organiquement administratives — par exemple, la dégradation nationale ou civique, qui n'est effective que si l'autorité administrative prend des mesures de radiation, de destitution ou d'exclusion, ou la suspension ou l'exclusion de l'ordre de la Légion d'honneur, etc. Pourtant, quelle que soit la qualification que le juge leur donne dans une jurisprudence aussi compliquée que subtile, leur rattachement à la répression judiciaire (elles sont, en effet, subordonnées au prononcé de sanctions pénales) leur confère une spécificité qui interdit de les assimiler purement et simplement à des sanctions administratives accessoires.

En revanche, la répression administrative offre quelques exemples de mesures que l'on peut considérer comme des sanctions *complémentaires*, même si elles ne figurent pas toujours dans les textes parmi les sanctions. Ces mesures, qui sont d'ailleurs facultatives pour l'autorité administrative, sont d'un genre unique: il s'agit de mesures de publicité de la sanction principale, dont le coût est généralement mis à la charge des intéressés par les textes. Il existe trois formes principales de publicité, qui, d'ailleurs, peuvent être imposées ensemble: la publication dans des journaux, l'affichage en certains lieux et l'insertion dans des bulletins ou rapports officiels.

Déjà, la législation économique de la Seconde Guerre mondiale (lois du 9 mars 1941, du 4 juin 1942, etc.) offrait des exemples de telles sanctions. De façon plus contemporaine, le statut de la fonction publique de l'État permet à l'autorité disciplinaire, après avis du conseil de discipline, de rendre publics la sanction et ses motifs (article 67). Le législateur a également prévu de telles mesures pour accompagner les sanctions que certaines AAI sont autorisées à infliger à titre principal: tel est le cas, par exemple, pour le Conseil de la concurrence, la COB ou le CSA. Ces mesures, cependant, tendent à se transformer: au-delà d'une finalité strictement répressive et de leur caractère humiliant, elles ont une fonction pédagogique avouée. La preuve en est qu'elles sont, en certains cas, prévues non seulement pour des sanctions, mais aussi pour des mesures autres, d'injonction par exemple; ainsi en est-il pour le Conseil de la concurrence (article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986). Aussi s'agit-il, en fait, par la diffusion d'une information relative à telle sanction ou à telle injonction, de faire comprendre au public concerné à propos d'une affaire concrète quels sont, en pratique, les comportements répréhensibles. Ainsi, en matière de concurrence, s'agit-il de faire comprendre ce qu'est le droit de la concurrence, de sensibiliser à ce droit et de « faire pénétrer l'esprit de concurrence » (46). Il n'empê-

(46) Rapport du Conseil de la concurrence pour 1987, p. 28.

che que la publicité des décisions la concernant n'est pas pour une entreprise une bonne «publicité»; on comprend donc que des précautions s'imposent, notamment lorsque la mesure est encore susceptible de recours (voir en ce sens, CA Paris, ordonnance du premier président 12 octobre 1989, *D*, 1990, somm. p. 109).

On remarque, cependant, que le développement de telles mesures de publicité pourrait être de nature à faire perdre à la répression administrative un de ses «atouts», qui tient à sa mise en œuvre confidentielle, laquelle tranche avec le caractère public de la répression pénale. Incontestablement, pour cette raison, la répression administrative n'entraîne pas le même opprobre que la répression pénale et est mieux tolérée, voire préférée, notamment en matière fiscale.

b) Sanctions définitives et sanctions provisoires

Les sanctions administratives diffèrent également entre elles par leur durée: si la majorité sont définitives, quelques-unes sont provisoires. Il est vrai que nombre de mesures provisoires n'entrent pas dans la catégorie des sanctions provisoires, car elles ne poursuivent pas la finalité répressive caractéristique d'une sanction: ainsi en va-t-il, on l'a vu, des mesures conservatoires, des mesures de sauvegarde, des mesures de police, etc.

Quoi qu'il en soit, il existe des sanctions provisoires que l'on peut regrouper en deux catégories. Certaines sont personnelles, telle l'exclusion d'un fonctionnaire (pour moins de quinze jours ou pour une durée de six à deux mois) prononcée par l'autorité disciplinaire et qui est privative de toute rémunération (article 66 du statut général de la fonction publique de l'État), telle, encore, la suspension du permis de conduire pour une durée inférieure à six mois, que le préfet peut prononcer à l'égard du conducteur qui ne respecte pas certaines obligations (article L 18 du code de la route), etc. D'autres sanctions provisoires sont en prise sur l'activité professionnelle, telle la suspension pour un mois ou plus d'une partie de programme audiovisuel ou de l'autorisation accordée à un exploitant privé que le CSA peut infliger (article 19 de la loi du 17 janvier 1989), telle, encore, la suspension provisoire de l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement, que le préfet peut prononcer jusqu'à ce que l'exploitant se soit conformé à ses obligations (article 24 de la loi du 19 juillet 1976).

Ainsi, les autorités administratives ont à leur disposition une gamme très riche de sanctions. Leur compétence pour en user n'est cependant pas discrétionnaire: des règles, en effet, encadrent leur prononcé.

3.3.2. Prononcé de la sanction administrative

Si la liberté dont disposent les autorités administratives dans le prononcé de sanctions administratives est

très variable selon les textes qui leur accordent un pouvoir répressif, les juges, afin d'éviter l'arbitraire, ont posé peu à peu certaines règles visant à encadrer le prononcé de ces sanctions.

3.3.2.1. Liberté de choix de la sanction

La liberté des autorités administratives est fonction de la détermination imprécise ou, au contraire, rigoureuse, d'une part, des conditions du prononcé de la sanction, d'autre part, de son contenu. Cette liberté varie considérablement d'un domaine à l'autre.

Ainsi la matière fiscale offre-t-elle l'exemple d'une compétence répressive liée de façon stricte: le code général des impôts prévoit de façon précise pour chaque infraction, elle-même définie avec le plus grand soin, la nature de la sanction et son importance (à la fois sa quotité et son assiette); il détermine aussi les corrections à apporter par majoration ou minoration de ce qui est dû au vu des intentions du contribuable (bonne foi, mauvaise foi, fraude...). Enfin, l'indicatif qu'emploie le CGI implique l'obligation pour l'administration fiscale de prononcer les sanctions qu'il énonce. Aussi strictement déterminées par la loi, les sanctions fiscales sont prononcées par l'administration sans marge d'appréciation, ce qui conduit certains à considérer ces sanctions comme des «sanctions législatives»⁽⁴⁷⁾. Ainsi, si arbitraire il y a, celui-ci ne serait pas administratif, mais dû au législateur responsable de l'insuffisante adéquation de la sanction fiscale à l'infraction, insuffisance qui perdure bien que le législateur se soit attaché à mieux proportionner les taux de ces sanctions aux infractions en les allégeant ou en les aggravant par la loi du 8 juillet 1987.

Une telle détermination par le législateur du contenu des sanctions et des conditions dans lesquelles chacune peut être infligée n'est pas propre au domaine fiscal. Citons seulement ici la législation sur les installations classées, qui prévoit elle aussi précisément les conditions de prononcé des sanctions de suspension et de fermeture d'établissement, dispositions de nature à réduire la liberté d'appréciation de l'administration.

À l'opposé, l'autorité administrative peut bénéficier d'une compétence très étendue, due notamment à l'imprécision du législateur: ainsi, lorsque la loi met à la disposition de l'autorité une gamme de sanctions diversifiées sans subordonner le prononcé de chacune à des conditions déterminées, lorsqu'il laisse la faculté à l'autorité concernée de les prononcer sans lui imposer d'exercer son pouvoir répressif, lorsque, enfin, permettant l'application de sanctions pécuniaires, il se borne à fixer un plafond à ne pas dépasser. La récente

⁽⁴⁷⁾ Fourré, J.: «Les sanctions administratives du CGI», *Les petites affiches*, numéro spécial précité, p. 46.

loi du 31 décembre 1989 offre l'exemple d'une compétence aussi large laissée à l'autorité administrative: la commission de contrôle des assurances a la faculté de sanctionner les manquements des entreprises d'assurances à certaines de leurs obligations et dispose pour cela de six sanctions plus, soit en sus, soit à la place, une sanction pécuniaire limitée à 3% du chiffre d'affaires (5% s'il y a récidive).

En vérité, cependant, l'opposition ici soulignée entre les autorités administratives et fondée sur l'étendue de leur liberté dans l'exercice de leur compétence répressive n'est pas aussi tranchée. Sous peine d'inexactitude, elle doit être relativisée. En réalité, s'agissant de la répression administrative la plus liée par les textes, à savoir la répression fiscale, celle-ci s'avère être mise en œuvre de façon beaucoup plus discrétionnaire, car le législateur, en même temps qu'il lie la compétence de l'administration fiscale, offre à celle-ci de très importants pouvoirs de négociation: précisément, à l'égard des amendes fiscales et majorations de droits, des pouvoirs de transaction et de remise partielle ou totale selon que ces mesures sont ou non définitives, pouvoirs de négociation qui retirent finalement sa rigidité à cette répression. Ayant des racines anciennes (la transaction fiscale trouve son origine dans le droit d'accommodement reconnu sous l'Ancien régime à la Ferme générale), l'institution de ce que l'on nomme communément la «juridiction gracieuse fiscale» et son extension ont conduit à priver la répression fiscale de son automaticité, voire à laisser aux autorités fiscales une compétence discrétionnaire du fait de l'imprécision et du laconisme du législateur en la matière. Traditionnellement plus étendus pour les pénalités que pour les droits en principal, les pouvoirs gracieux de l'administration fiscale sont tout à fait exorbitants: elle apprécie librement l'opportunité de la suite à donner aux réclamations dont elle est saisie, et, si elle entend faire preuve de bienveillance, elle détermine souverainement la quotité du dégrèvement.

Ainsi la liberté de l'autorité administrative en matière répressive s'avère-t-elle souvent importante, qu'elle soit donnée comme telle ou qu'elle le devienne par la mise en œuvre de procédures de négociation. Cependant, cette liberté n'est pas sans risque, c'est la raison pour laquelle elle a été limitée.

3.3.2.2. *Limites du choix de la sanction*

S'agissant d'abord de la liberté dont bénéficie l'administration lorsqu'elle peut négocier la sanction, comme en matière fiscale, il convient de souligner que, face au risque évident d'arbitraire et d'inégalité devant la loi fiscale, dont la juridiction gracieuse s'avère porteuse, ne serait-ce que parce que le rapport entre le fisc et le redevable peut difficilement s'équilibrer, d'une part, le législateur a mis en place un comité du contentieux fiscal, douanier et des changes doté d'une certaine indépendance et chargé de donner un avis préalable à toute décision négociée au-delà d'un certain montant

(article 20 de la loi du 29 décembre 1977), d'autre part, l'autorité fiscale elle-même s'est attachée à mettre en place les éléments d'une doctrine de l'usage des procédures négociées — par exemple, la transaction est jugée inopportune pour les amendes fixes de faible importance; de même, quand une plainte pour fraude fiscale a été déposée, l'administration fiscale prescrit qu'aucune modération ou transaction ne doit être accordée tant qu'un jugement pénal définitif n'est pas intervenu⁽⁴⁸⁾. Toutefois, il n'est pas question de tarifier la remise gracieuse; ce serait «lui faire perdre l'utilité humaine qui a conduit le législateur à l'instaurer»⁽⁴⁹⁾.

Mais, en dehors de ces procédures de négociation et pour s'en tenir à la mise en œuvre normale de la répression administrative, des limites ont été assignées à la compétence de l'autorité administrative dans le choix de la sanction. En premier lieu, on peut noter que, généralement, lorsque le législateur met à la disposition de l'autorité administrative une gamme de sanctions, il les classe selon un ordre de priorité croissant. Tel est le cas, notamment, pour les sanctions disciplinaires dans la fonction publique (article 66 du statut de la fonction publique de l'État). De telles échelles de sanctions auraient pu être considérées comme autant d'invitations adressées par le législateur à l'autorité administrative pour qu'elle adapte la sanction à la gravité de l'infraction; pourtant, le juge administratif s'est longtemps, en l'absence d'échelle légale des infractions correspondant à l'échelle légale des sanctions, refusé à apprécier le rapport de gravité entre l'infraction commise et la sanction, considérant que «l'appréciation d'une peine n'est pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse» (CE, 12 mars 1911, Bergés, R. 578). Il a cependant, par la suite, renoncé à cette jurisprudence: qu'il statue comme juge de l'excès de pouvoir ou comme juge de plein contentieux, il s'assure en effet, désormais, d'une certaine adéquation entre la sanction et l'infraction. Mais son contrôle poussé dans le cadre du plein contentieux (CE Section, 29 janvier 1982, Société coopérative d'articles manufacturés, Société allumetière française, Société Deudor-France, à propos des sanctions édictées en matière de concurrence) demeure «restreint» lorsqu'il statue comme juge de l'excès de pouvoir (CE 9 juin 1978, Lebon, à propos de sanctions disciplinaires), et il renonce alors à exercer un contrôle «normal» de la sanction et se borne à censurer l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'autorité administrative dans son choix.

Le Conseil constitutionnel, à son tour, s'est montré soucieux d'une certaine adéquation de la sanction à l'infraction. S'appuyant sur le principe de nécessité des peines, il a conclu à la nécessaire *proportionnalité* de la

⁽⁴⁸⁾ Sur cette doctrine, Néel, B.: «Les pénalités fiscales et douanières», *Economica*, 1989.

⁽⁴⁹⁾ Fourré, précité.

sanction à l'infraction, d'abord pour les sanctions pénales (décision n° 80-127 DC, des 19-20 janvier 1981), puis pour les sanctions administratives. En effet, après avoir rappelé le principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme, qui dispose que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », et jugé que « ce principe ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire », le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 30 décembre 1987, fait application pour la première fois aux sanctions administratives du principe de proportionnalité, et ce à propos d'amendes fiscales, en censurant une disposition législative qui édictait « une sanction qui pourrait dans nombre de cas revêtir un caractère manifestement disproportionné » (décision n° 87-237 DC).

Ultérieurement, dans sa décision n° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel, après avoir longuement énuméré les dispositions de la loi déferée imposant la proportionnalité des sanctions à la gravité des infractions et les avoir considérées comme des « mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis », n'hésite pas à étendre cette exigence de proportionnalité, au terme d'une interprétation constructive de la loi, au pouvoir de suspension des programmes par le CSA, ce que la loi ne prévoyait pas. Les pas principaux ayant été faits, on ne s'étonnera donc pas de voir ce même Conseil, quelques mois plus tard, consacrer cette fois expressément le « principe de proportionnalité », érigé alors en exigence constitutionnelle (décision n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989, relative à la COB).

Pour sa part, par un « effet en amont » de la jurisprudence constitutionnelle, le législateur s'est attaché, dans les lois récentes, à exiger l'adéquation de la sanction à l'infraction, en prévoyant que les sanctions énoncées devaient être prononcées « en fonction » ou « compte tenu de la gravité du manquement » (par exemple, pour le CSA, article 19 de la loi du 17 janvier 1989, pour la CCA, article 31 de la loi du 31 décembre 1989, etc.). Reste à savoir si l'exigence constitutionnelle de proportionnalité conduira le juge à exercer en toute situation, c'est-à-dire aussi bien dans le cadre de l'excès de pouvoir que dans celui du plein contentieux, un contrôle « normal » de la sanction impliquant la censure non pas des seules disproportions manifestes, grossières, flagrantes entre sanctions et infractions, mais toute disproportion, et ce à l'instar des juges européens de la Cour européenne des droits de l'homme (Engel, 8 juillet 1976) et de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) (Krupp Stahl, 12 novembre 1985). Quoi qu'il advienne sur ce point, l'énoncé d'un principe de proportionnalité paraît emporter d'autres conséquences.

En premier lieu, le principe de proportionnalité devrait conduire le Conseil constitutionnel à exiger la *motivation des sanctions administratives*, seule à même de permettre à l'intéressé, puis au juge de connaître l'infraction reprochée et de s'assurer de l'adéquation de la sanction à celle-ci. D'ores et déjà, le législateur a parfois pris la peine de formuler une telle exigence à l'occasion de l'octroi de pouvoirs répressifs à une autorité administrative (par exemple, loi du 17 janvier 1989 pour le CSA, loi du 2 août 1989 pour la COB, etc.). Mais de façon plus générale, il a, par la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, exigé la motivation des « décisions administratives individuelles défavorables », et notamment de celles qui « infligent une sanction ». La motivation doit, en vertu de l'article 3 de cette loi, être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. L'absence ou l'insuffisance de motivation entraîne un vice de procédure entachant d'illégalité la fixation de la sanction. Une abondante jurisprudence administrative est venue préciser le contenu de l'obligation de motiver, l'estimant non satisfaite par une motivation générale ou uniforme pour des personnes ou situations différentes, mais, en revanche, régulière dès lors que circonstanciée, spécifique, explicite et directement liée à la situation ou à la personne concernée (par exemple, CE, 18 mai 1990, association arménienne d'aide sociale et autres, *AJDA*, 1990, p. 722). Cette obligation vaut quelle que soit la juridiction compétente pour connaître de la sanction. De fait, la Cour de cassation, dans six arrêts rendus le 11 octobre 1990, a jugé illégaux au regard des exigences de la loi précitée, pour défaut ou insuffisance de motivation, des arrêtés préfectoraux de suspension de permis de conduire⁽⁵⁰⁾. Il semblerait, toutefois, que, en matière de sanctions infligées par le Conseil de la concurrence pour infraction aux règles de la concurrence, la cour d'appel de Paris, ici compétente, se montre moins exigeante (CA de Paris, 28 janvier 1988)⁽⁵¹⁾.

Mais l'obligation de motiver n'est actuellement qu'une obligation légale, assortie d'ailleurs de limites (pour les décisions tacites, pour certains secrets et en cas d'urgence absolue), obligation que le législateur peut écarter à tout moment, d'où l'intérêt que présenterait l'énoncé d'une obligation constitutionnelle de motiver. Pour le moment, le Conseil constitutionnel n'a pas érigé la motivation des sanctions administratives en exigence constitutionnelle. Il s'est borné à relever, dans sa décision n° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, l'obligation imposée par la loi au CSA de motiver ses sanctions et à y voir une « garantie » assortissant le pouvoir répressif de cette autorité, mais il n'est pas allé au-delà. Il est vrai que l'exigence de motivation, si

⁽⁵⁰⁾ *Revue de droit pénal*, 1991, n° 15.

⁽⁵¹⁾ Voir, sur ce point, Paris Boutard-Labarde, M.C., et Gaudemet, Y.: « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *Les petites affiches*, n° 50, 25 avril 1990.

elle venait à être constitutionnalisée, devrait, en toute logique, s'imposer à toute sanction, tant administrative que pénale. Or la motivation n'est actuellement pas imposée par la loi en droit pénal.

Par ailleurs, il y a lieu de se demander si l'exigence de proportionnalité n'est pas de nature à limiter le *cumul des sanctions administratives*. On sait que le cumul des peines est normalement prohibé en matière pénale. La règle «non bis in idem» selon laquelle il ne peut y avoir pour une même infraction qu'une seule peine et une seule action répressive, constitue un principe général et constant du droit pénal posé à l'article 5 du code pénal. Traditionnellement, ce principe s'applique entre sanctions pénales (encore que le juge judiciaire écarte son application en matière contraventionnelle). En se fondant sur le principe de légalité des peines — superposer deux sanctions reviendrait à en créer une troisième, non prévue par la loi —, le juge administratif a, à son tour, appliqué le principe de non-cumul aux sanctions administratives. Toutefois, il ne conclut au cumul et ne le condamne que s'il y a identité d'objet et de cause entre les deux sanctions administratives, c'est-à-dire si la seule sanction repose sur les mêmes faits matériels et la même incrimination (CE, 23 mai 1928, Schauf, R. 655). C'est dire que, à la différence du juge pénal à l'égard des sanctions pénales, le juge administratif n'applique pas le principe «non bis in idem» en cas de concours idéal d'infractions. Le principe de non-cumul des sanctions administratives constitue, pour le juge administratif, «un principe général du droit dont le respect s'impose même en l'absence d'un texte exprès» (CE, 23 avril 1958, Commune du Petit-Quevilly, *AJDA*, 1958, p. 383). En conséquence, le législateur seul peut y déroger. De telles lois autorisant le cumul sont fréquentes. Des illustrations récentes en sont fournies par la loi du 17 janvier 1989, qui confie des pouvoirs répressifs au CSA, et par celle du 31 décembre 1989, qui permet à la CCA de prononcer une sanction pécuniaire à la place ou en sus d'une autre sanction.

Pour le Conseil constitutionnel, le législateur peut déroger aussi à cette règle «non bis in idem» (décision n° 82-143 DC, du 30 juillet 1982); c'est dire que pour lui elle n'a pas valeur constitutionnelle, ce qu'il a expressément affirmé à propos du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales (décision n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989). Cependant, il est à noter que, dans sa décision n° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel relève le fait que le législateur a prévu qu'«un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative, qu'elle soit légale ou contractuelle, et qu'une sanction pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale», et il y voit une des «mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garanties». En outre, dans la mesure où, en se fondant sur le principe de proportionnalité, il a limité, dans sa décision n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989, à propos de sanctions pécuniaires, le cumul

entre sanction administrative et sanction pénale en imposant que, «en tout état de cause, le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé des sanctions encourues», on peut se demander si le respect de ce même principe de proportionnalité ne devrait pas conduire à imposer aussi une limitation au cumul des sanctions administratives, limitation, il est vrai, plus délicate à imaginer dès lors qu'il s'agira de sanctions de nature différente, patrimoniales et extrapatrimoniales.

Enfin, l'affirmation du principe de proportionnalité conduit à s'interroger sur la constitutionnalité de l'*automaticité de certaines sanctions*. Il est vrai que l'*automaticité* d'une sanction rend difficile, en pratique, le respect du principe de proportionnalité, c'est-à-dire l'adéquation de la sanction à la gravité de la faute. L'appréciation de la gravité de la faute est en effet, en dépit du caractère assez objectif de la répression administrative, fonction de multiples critères dont l'application implique une analyse chaque fois individualisée. Ainsi, en matière de concurrence, si la gravité de la faute s'apprécie au vu de l'atteinte portée au marché, au «dommage causé à l'économie», elle s'apprécie aussi à partir du caractère plus ou moins illicite de la pratique et des circonstances propres, comme le degré de responsabilité de l'entreprise, circonstances qui peuvent être aggravantes, comme la récidive, l'intention, les pressions exercées sur les concurrents, ou atténuantes, comme les pressions subies, l'incertitude des règles, etc. ⁽⁵²⁾. La nécessité de prendre en compte dans chaque cas des éléments aussi divers semble s'opposer à la forfaitisation des sanctions — c'est-à-dire à l'établissement d'une grille de sanctions qui fixe, infraction par infraction, le montant de la sanction encourue —, forfaitisation pourtant parfois réclamée, notamment en matière de concurrence, et qui tend à être réalisée dans d'autres domaines, par exemple par voie de circulaire ministérielle en matière de permis de conduire ⁽⁵³⁾.

Jusqu'à maintenant le Conseil constitutionnel n'a pas formulé de condamnation à l'égard des sanctions dont l'application serait automatiquement comme en matière fiscale (même si, on l'a dit, cette automaticité est ici tempérée largement par les pouvoirs gracieux de l'administration fiscale). Toutefois, sa désapprobation paraît perceptible dans trois décisions: tout d'abord, celle du 10-11 octobre 1984 (n° 84-189 DC), où, avant de conclure à la non-conformité à la Constitution des sanctions administratives prévues par la loi, il relève leur automaticité; ensuite, sa décision du 30 décembre 1987 (n° 87-237 DC), où, de même, avant de conclure à son inconstitutionnalité, il note que l'amende serait encourue «en toute hypothèse», soulignant son caracté-

⁽⁵²⁾ Babusiaux, C.: «La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence», *Les petites affiches*, précité, p. 64.

⁽⁵³⁾ Auby, J.F.: «Les sanctions en matière de circulation routière», *Les petites affiches*, numéro spécial, précité, p. 50.

tère automatique; enfin, sa décision du 17 janvier 1989, où il constate qu'«il résulte des termes de la loi qu'aucune sanction ne revêt un caractère automatique» et voit là une des garanties assortissant le pouvoir de sanction du CSA de nature à conclure à sa constitutionnalité.

3.3.3. Exécution de la sanction

Les sanctions administratives, en tant qu'actes administratifs unilatéraux et bénéficiant comme tels du privilège du préalable, ont un caractère exécutoire, c'est-à-dire qu'elles doivent être exécutées par leurs destinataires sans qu'il soit nécessaire à l'autorité administrative de recourir au juge: la sanction s'impose d'elle-même; dès lors qu'elle est prononcée, elle doit être exécutée.

Sans doute le destinataire de la sanction a-t-il la possibilité de la contester devant l'administration ou devant le juge. Mais ces recours ne sont pas suspensifs, sauf disposition particulière de la loi (par exemple, le recours juridictionnel contre le retrait d'autorisation prononcée par le CSA sans mise en demeure est suspensif si ce retrait s'analyse en une sanction: article 19 de la loi du 17 janvier 1989). L'intéressé peut, toutefois, demander au juge qu'il soit sursis à l'exécution de la sanction (voir ci-après, point 4. S'agissant de sanctions fiscales, le redevable peut aussi demander à l'autorité administrative un sursis de paiement (article L. 277 du LPF).

Pour un certain nombre de sanctions, l'exécution ne pose pas de problèmes, car elle n'est pas tributaire du destinataire. L'autorité administrative est seule à intervenir. Tel est le cas pour la plupart des sanctions extrapatrimoniales: l'exécution revêt un caractère automatique. D'autres sanctions — notamment, les sanctions patrimoniales, mais aussi certaines sanctions privatives de droits (par exemple la fermeture d'une exploitation) — impliquent, pour être matériellement exécutées, la participation et l'accord de leur destinataire. En l'absence d'exécution amiable se pose, pour ces sanctions-là, le problème des moyens auxquels l'autorité administrative peut recourir. Ces moyens sont des moyens nécessairement contraignants qui visent soit à faire pression sur le destinataire de la sanction, soit à assurer son exécution forcée.

3.3.3.1. Moyens de pression

L'autorité administrative peut, d'abord, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir disciplinaire, tenter de vaincre la résistance du destinataire de la sanction en utilisant la voie disciplinaire pour sanctionner le manquement à l'obligation d'exécuter la sanction initiale. La nouvelle sanction venant réprimer une infraction différente de la première, il n'y a pas alors cumul illégal de sanctions (pour une illustration à propos d'une sanction

infligée à un médecin pour non-respect d'une interdiction d'exercer, CE, 19 décembre 1950, Bourgoïn).

Constitue également un moyen de pression la publicité faite à la non-exécution de la sanction. Le code général des impôts, par exemple, prévoit une telle publicité pour certaines dettes fiscales (et, donc, certaines sanctions fiscales) qui ne sont pas réglées dans les délais légaux; cette publicité est applicable à toutes les pénalités privilégiées (article 1929-4 du CGI).

Des moyens de pression plus efficaces sont donnés au juge pénal. La répression pénale vient alors à l'appui de la répression administrative, puisque le juge pénal est appelé à sanctionner la non-exécution de la sanction administrative. L'intervention du juge pénal ne l'est pas de droit, elle doit être prévue par la loi. Elle l'était, par exemple, dans la législation économique de 1945 (article 43 de l'ordonnance du 30 juin 1945); elle l'est aujourd'hui dans le code de la route (article L. 19-2), qui érige en délit la non-remise du permis de conduite en cas de suspension ou d'annulation de celui-ci (Cass. crim., 1^{er} décembre 1980, Delle Crombe, B. crim. 324). À cela, on peut ajouter que, de façon générale, l'exercice illégal de fonctions (par exemple en cas de retrait d'une autorisation nécessaire à celle-ci) est également constitutif d'infraction pénale.

Mais, de toute évidence, la pression la plus grave pour obtenir l'exécution d'une sanction résulte de la contrainte par corps, qui porte atteinte, par l'emprisonnement qu'elle permet, à la liberté individuelle. Si l'on s'accorde à y voir une voie d'exécution et non une peine en dépit de son aspect répressif, c'est une voie d'exécution particulière puisqu'elle n'aboutit pas nécessairement au but, c'est-à-dire au recouvrement de la créance. En fait, elle s'apparente à un moyen d'intimidation du débiteur et vise à le persuader de payer. À ce titre, elle s'inscrit davantage parmi les moyens de pression que parmi les moyens d'exécution forcée.

La contrainte par corps est, en droit français, une mesure exceptionnelle. Abolie en matière civile et commerciale, elle subsiste en matière pénale en cas de non-paiement des amendes pénales (articles 749 à 762 du CPP). Il est à noter que cette procédure ne peut, en vertu de ces textes, s'exercer qu'en cas de «condamnation à l'amende ou aux frais ou à tout autre paiement au profit du Trésor public prononcée par une juridiction répressive...». Il ne saurait donc être question de se fonder sur ce texte pour recourir à cette procédure afin d'assurer l'exécution de sanctions pécuniaires infligées par des autorités administratives, et ce même si certaines hésitations se manifestent encore quant à l'assimilation pour leur recouvrement de certaines sanctions administratives aux amendes pénales (voir ci-après, point 3.3.3.2). Pour l'exécution des sanctions administratives, le recours à la contrainte par corps n'est donc possible que sur la base d'autres textes, qui se réduisent aux arti-

cles L. 271 et L. 273 du LPF et réservent cette procédure à l'exécution de sanctions fiscales, précisément au cas de défaut de paiement des impositions (et sanctions afférentes) établies par voie de taxation d'office, en un mot, lorsque le fisc est privé de moyen normal de recouvrement face à un contribuable qui cherche, par son attitude ou ses manœuvres, à lui échapper⁽⁵⁴⁾. La gravité de cette procédure a conduit le législateur à en limiter l'application par la loi du 8 juillet 1987. D'une part, elle ne peut être exercée en cas de dépôt par le contribuable d'une réclamation contentieuse ou d'une demande de remise gracieuse; sa durée est fixée à quatre mois (article 750 du CPP); le redevable peut en demander l'interruption en proposant le paiement ou une caution; quand la contrainte a été subie, il ne peut y en avoir une nouvelle. C'est dire si la faculté d'y recourir est strictement limitée. Par ailleurs, il faut observer que, si la contrainte par corps est prononcée à la requête de l'administration fiscale, ce n'est pas l'autorité administrative qui la décide, mais le juge judiciaire, précisément le juge civil par ordonnance. Par là, la loi respecte les exigences constitutionnelles posées par le Conseil constitutionnel en cas d'atteinte à la liberté individuelle, exigences fondées sur l'article 66 de la Constitution.

3.3.3.2. Moyens d'exécution d'office

Outre le privilège du préalable, qui s'attache à tout acte administratif unilatéral, l'autorité administrative bénéficie, mais ici de façon exceptionnelle, du privilège de l'exécution d'office ou encore exécution forcée de ses décisions. Ce privilège lui permet de faire exécuter elle-même ses décisions en recourant à la contrainte, c'est-à-dire en mettant en mouvement la force publique. Des conditions très strictes ont été posées par la jurisprudence pour son usage (TC, 2 décembre 1902, Société immobilière Saint-Just, R. 713). L'autorité administrative ne peut y recourir que dans trois cas: soit lorsqu'une loi l'y autorise expressément (tel est le cas, par exemple, de la loi du 19 juillet 1976, donnant au préfet le pouvoir de faire apposer des scellés sur une installation classée dans certaines hypothèses déterminées — article 24) ou encore pour l'exécution des créances publiques (voir ci-après), soit lorsqu'aucune voie de droit n'est susceptible d'assurer l'exécution (l'exécution forcée n'est donc pas possible lorsque la non-exécution d'une sanction administrative est constitutive d'une infraction pénale, le juge pénal pouvant alors la sanctionner) ou, enfin, lorsqu'il y a urgence. Dans l'un ou l'autre de ces cas, l'autorité administrative peut recourir à l'exécution forcée, mais elle doit, sauf impossibilité, avoir préalablement mis en demeure l'intéressé d'exécuter et ne doit prendre

que les mesures strictement nécessaires pour assurer l'exécution.

L'exécution forcée de toute décision administrative, et donc de toute sanction administrative, ne peut intervenir que dans le respect de ces principes, qui limitent fortement son usage. Mais, s'agissant des créances publiques, et donc de sanctions pécuniaires, le souci de protéger les intérêts de l'État créancier a conduit depuis longtemps le législateur à conférer précisément un privilège d'exécution d'office à l'administration pour assurer leur recouvrement.

Le recouvrement des sanctions pécuniaires nécessite un titre de perception qui varie selon leur nature. Pour les sanctions fiscales, le recouvrement est assuré dans les délais et selon les règles applicables à la catégorie d'impôts qu'elles concernent: il se fait donc soit par voie de rôle, soit par avis de mise en recouvrement. Pour les sanctions qui doivent, selon les textes, être recouvrées comme les «créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine» — tel est le cas, notamment, des sanctions pécuniaires infligées par la plupart des AAI (article 16 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour le Conseil de la concurrence; article 19 de la loi du 17 janvier 1989, pour le CSA; article 31 de la loi du 31 décembre 1989, pour la CCA, etc.; en revanche, le législateur est resté muet pour les sanctions infligées par la COB) —, le recouvrement a lieu par émission d'un ordre de recette, couramment appelé «ordre de versement».

Le titre de perception est une invitation à payer adressée au redevable, il lui fait connaître le montant de la somme à acquitter. En cas de refus de paiement, le recouvrement forcé est possible, mais nécessite l'édition d'une décision ayant «force exécutoire». Tel est l'objet, selon la nature de la créance publique, de la lettre de rappel, de la mise en demeure ou de l'état exécutoire qui permettent d'engager les poursuites judiciaires, lesquelles se déroulent selon les règles du code de procédure civile (saisie, vente aux enchères, etc.). Le redevable a, toutefois, la possibilité de faire opposition à l'exécution de la créance publique: il peut contester soit sa validité en la forme en faisant opposition à poursuite, soit sa validité au fond (son existence, sa quotité ou son exigibilité) par opposition au titre exécutoire (selon le type de créance, ils s'agira d'une opposition à contrainte, d'une opposition à l'état exécutoire, etc.).

En principe, les sanctions administratives pécuniaires sont recouvrées selon ce mode de recouvrement, qui diffère de celui qui prévaut pour les sanctions pénales. En effet, pour les amendes pénales et les condamnations pécuniaires, il est prévu un mode spécifique de recouvrement: le jugement ayant force exécutoire ne nécessite pas l'émission d'un titre exécutoire, et il n'est pas possible au redevable de faire opposition s'agissant d'une condamnation définitive. Pourtant, mis à part les sanctions fiscales, on observe un certain flottement s'agissant du recouvrement de certaines

⁽⁵⁴⁾ Les articles L. 240 et L. 272 du LPF prévoient également, en matière fiscale, le recours à la contrainte par corps, mais en exécution de sanctions pénales prononcées pour délit de fraude fiscale (article L. 277 du LPF) ou pour une infraction en matière de contributions indirectes (article L. 240 du LPF).

sanctions administratives. Par exemple, les sanctions prononcées par le ministre de l'Économie et des Finances en matière de concurrence se sont vu appliquer pendant un certain temps et avant 1986 le mode de recouvrement propre aux amendes pénales. Depuis, en se fondant sur la nature non pénale de ces sanctions et sur le fait que des sanctions frappant des personnes morales ne pouvaient être, en l'état du droit pénal, des sanctions pénales, le législateur de 1986 a expressément prévu que les sanctions pécuniaires, désormais prononcées par le Conseil de la concurrence, seraient recouvrées comme les «créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine». La présence d'une telle disposition devrait être de nature à lever toute hésitation et exclure le mode de recouvrement prévu pour les amendes pénales; il semble, pourtant, qu'en pratique certaines réticences demeurent.

Diverses garanties sont, en plus, accordées à l'autorité administrative pour le recouvrement des créances publiques. Elles concernent essentiellement les créances fiscales et ont été étendues à certaines sanctions fiscales. D'abord, l'administration fiscale peut mettre en œuvre la procédure de l'exigibilité immédiate applicable à certaines sanctions (article 1663-2, alinéa 3 du CGI). Elle peut aussi recourir à la procédure de l'avis à tiers détenteur (articles L. 262 et L. 263 du LPF): le Trésor peut s'adresser à un tiers solidairement responsable du paiement pour obtenir le paiement. L'administration fiscale peut également procéder à compensation entre, d'une part, la sanction fiscale et, d'autre part, le principal des droits ou une créance que le contribuable détient contre l'État (articles L. 203 à L. 205 du LPF). Mais, surtout, le Trésor dispose d'un privilège général mobilier qui constitue une sûreté réelle sur les biens mobiliers et garantit le paiement en premier rang (article 1929 du CGI). Ce privilège qui était initialement exclu pour les pénalités fiscales (article 1929-1, alinéa 1 du CGI) a été étendu à certaines d'entre elles à partir de 1982. Enfin, le Trésor dispose, pour toutes les sanctions fiscales, d'une hypothèque légale sur les immeubles du redevable (article 1929 ter du CGI). Cette hypothèque prise à la requête du comptable chargé du recouvrement et qui n'atteint que les immeubles désignés à l'inscription de l'hypothèque (article 2146 du CGI) confère à l'autorité administrative un droit de préférence — le droit d'être payé par préférence au créancier non inscrit — et un droit de suite — le droit de suivre l'immeuble grevé de son hypothèque entre les mains de son acquéreur. Il est à noter que les sanctions non fiscales (celles qui sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine) bénéficient de l'hypothèque légale sur les immeubles du débiteur.

L'autorité administrative n'est donc pas dépourvue de moyens pour obtenir l'exécution des sanctions qu'elle inflige, même si elle ne dispose pas, bien sûr, chaque fois de la totalité de ceux-ci. Cette exécution est évidemment une des conditions de leur efficacité. Cela justifie que le suivi de l'exécution soit assuré, ce dont

se soucie parfois le législateur, ainsi en matière de concurrence, où il confie au ministre de l'Économie le soin «de veiller à l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence» (article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986). De fait, le Conseil de la concurrence se préoccupe de cette exécution: il en dresse le bilan dans son rapport annuel, pour se féliciter, il est vrai, de l'excellence du taux d'exécution (99,18 % au 31 décembre 1989). Mais, sans doute, la situation n'est-elle pas aussi bonne partout.

3.3.4. Relations entre les sanctions administratives et les autres catégories de sanctions

L'étude qui précède montre que, malgré le cloisonnement des disciplines, il existe une étroite parenté entre sanction administrative et sanction pénale: la différence théorique de nature (fondement répressif de l'une et régulateur de l'autre) est loin d'être toujours consacrée dans les pratiques, législatives ou administratives, au point que le Conseil constitutionnel a admis, malgré le principe de la séparation des pouvoirs, l'existence de sanctions «ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire» (CC, 30 décembre 1987, 19 janvier 1989 et 28 juillet 1989).

Si la fonction devient alors la même — la punition —, dans le cas de la sanction administrative comme dans le cas de la sanction pénale, il peut sembler discutable d'admettre une totale indépendance des deux contentieux, d'autant que, parfois, se surajoute la possibilité pour l'administration d'exercer une action en responsabilité civile, indépendamment de son propre pouvoir de sanction, d'où la nécessité d'examiner d'abord la relation entre contentieux pénal et administratif, puis la relation tripartite entre contentieux pénal, administratif et civil.

3.3.4.1. Contentieux pénal et administratif

La règle est celle de l'*indépendance* des contentieux en ce qui concerne tant les poursuites que les sanctions, quelques *exceptions* étant néanmoins apparues par diverses voies.

L'*indépendance* est d'abord organique: les deux ordres des juridictions répressives (judiciaires) et des juridictions administratives sont entièrement distincts, avec leurs domaines de compétence propre, les difficultés étant tranchées par le tribunal des conflits. Le Conseil constitutionnel considère d'ailleurs qu'il s'agit là d'un «principe fondamental reconnu par les lois de la République» (donc à valeur constitutionnelle), en vertu duquel, «à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative

l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle» (CC, 28 juillet 1989, à propos de la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers; CC, 23 janvier 1987, décision relative au droit de la concurrence, commentaire de B. Genevois, précité, «Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires», *RFDA*, 1987, p. 287 et suiv.).

De cette indépendance organique se déduit la séparation des contentieux, affirmée notamment en matière fiscale, où elle entraîne des conséquences importantes: la juridiction pénale ne peut prononcer de sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la juridiction administrative statuant sur le contentieux fiscal; la preuve de l'infraction pénale ne peut être constituée par les seules constatations de l'administration fiscale; la validité de la procédure administrative demeure sans incidence sur la procédure pénale (sauf à tenir compte, dans certains cas, de la violation des droits de la défense, au sens de l'article 47 du LPF, Crim., 4 décembre 1978, Bull. 340, 25 mai 1988, Bull. 221, mais non sur la base d'autres textes, Crim., 9 mai 1983, Bull. 131, deux arrêts).

Enfin, la séparation des contentieux entraîne la possibilité d'un cumul des sanctions. Qu'il s'agisse de droit fiscal ou économique, par exemple, rien n'interdit d'appliquer aux mêmes faits une sanction pénale et une sanction administrative; étant observé que tantôt l'application peut être simultanée, tantôt elle devient successive, dès lors que le non-respect de la sanction administrative est en lui-même constitutif d'un délit pénal (voir, par exemple, article 20 de la loi du 19 juillet 1976, modifiée par la loi du 3 juillet 1985, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement).

Un certain nombre d'exceptions apparaissent cependant, non seulement en raison d'une large dépénalisation de facto (l'administration renonce à déclencher les poursuites pénales, dès lors que, sous la menace pénale, la régulation administrative est suffisamment efficace), mais encore sur la base de textes qui excluent le cumul en tout ou partie. Ainsi, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a expressément dépénalisé les infractions d'ententes illicites et d'abus de position dominante non intentionnelles (voir article 17 de l'ordonnance): dans ce cas, seules les sanctions administratives sont applicables (article 13). De manière un peu différente, mais avec la même conséquence du non-cumul, en matière de circulation routière, l'article L. 18, alinéa 5, du code de la route déclare «non avenues» les mesures administratives prononcées par le préfet «en cas d'ordonnance de non-lieu ou de jugement de relaxe ou si la juridiction ne prononce pas effectivement de mesure restrictive au droit de

conduire»⁽⁵⁵⁾. De manière plus précise encore, la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication (modifiée par la loi du 19 janvier 1989) prévoit expressément le non-cumul des sanctions encourues, administratives et pénales (article 42-1, point 3, limitant le prononcé d'une sanction pécuniaire par le Conseil supérieur de l'audiovisuel au seul cas où «le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale»). Dans la mesure où le Conseil constitutionnel avait souligné cette application de la règle «non bis in idem» comme faisant partie d'un ensemble de garanties relevant du principe de proportionnalité, non pas érigées en principe de valeur constitutionnelle, mais énumérées à titre de «mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis» (CC, 19 janvier 1989), on pouvait s'attendre à voir un jour consacrer au plan constitutionnel la règle «non bis in idem», non seulement entre sanctions de nature pénale (voir article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 4 du protocole additionnel n° 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), mais encore entre sanctions pénales et non pénales dès lors qu'elles auraient, les unes et les autres, le même caractère de punition. Telle n'a pas été la conception retenue par la décision du 28 juillet 1989 (loi relative à la transparence et à la sécurité du marché boursier). En matière boursière, en effet, le législateur, comme on l'a vu, a complété les sanctions pénales existantes de sanctions administratives pouvant s'appliquer, le cas échéant, à propos des mêmes faits. Et la violation du principe «non bis in idem» était soulevée devant le Conseil constitutionnel. La réponse de celui-ci se décompose en trois temps. D'abord, il estime inutile «de rechercher si le principe dont la violation est invoquée a valeur constitutionnelle». Ensuite, il relève que, en tout état de cause, ce principe «ne reçoit pas application en cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives»; ainsi se trouve admis le cumul des sanctions encourues, sauf au législateur d'en décider autrement (voir loi du 19 janvier 1989, modifiée par la loi du 30 septembre 1986, précitée). Toutefois, le Conseil constitutionnel va limiter, enfin, les possibilités de cumul quant aux peines encourues. Se fondant sur le principe de nécessité des peines (article 8 de la déclaration des droits de l'homme de 1789), il rappelle, comme il l'avait déjà jugé auparavant, que ce principe «ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle». Par voie de conséquence, le Conseil constitutionnel estime que, dans l'éventualité d'une double procédure pouvant conduire à un cumul de sanctions,

(55) Sur les difficultés d'application de ce texte, notamment en cas de classement sans suite par le ministère public, voir Guilbot, M.: «Alcool et insécurité routière, une politique criminelle en mouvement», thèse dactylographiée, université de Paris-XI, 1990, p. 165 et suiv.

«le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues», d'où l'injonction en forme de directive, adressée aux autorités chargées d'appliquer les sanctions: «Il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence dans l'application des dispositions de l'ordonnance du 28 septembre 1967 modifiée.»

À défaut d'un principe général de non-cumul, diverses techniques juridiques, allant des pratiques de l'administration aux exceptions législatives, en passant par les directives du Conseil constitutionnel, viennent limiter la traditionnelle indépendance des contentieux pénal et administratif.

Plus complexe encore est la relation à trois branches qu'il nous faut à présent évoquer.

3.3.4.2. Contentieux pénal, administratif et civil

Si la sanction administrative, malgré sa fonction de régulation, peut parfois avoir le caractère d'une punition, il apparaît, en revanche, que la sanction civile a une fonction nettement distincte de réparation (fondement «restitutif», qui, dans l'analyse de Durkheim, s'opposerait au fondement «répressif» de la sanction pénale), d'où le traditionnel cumul avec la sanction pénale qu'illustre parfaitement, en droit français, la notion de partie civile: en se constituant partie civile, la victime de l'infraction a la possibilité de demander au juge pénal non pas l'application d'une punition (requis par le seul ministère public au nom de la société), mais la réparation du dommage causé par l'infraction. Le juge pénal prononcera donc, le cas échéant, deux sanctions à raison du même fait, ce cumul étant justifié par l'existence de finalités différentes (punir et réparer).

Or, la question s'est obscurcie du fait que certaines administrations se sont vu reconnaître, nonobstant le jeu des sanctions administratives, le droit de se constituer partie civile dans le procès pénal, selon des modalités qui varient d'un secteur à l'autre (voir: en matière de contributions indirectes, article L. 135 du LPF; en matière de délits forestiers, article L. 153-1 du code forestier; en matière de délits de pêche, article 238-2 du code rural; en matière d'infractions au monopole postal, article L. 28 du code des postes et télécommunications; pour les atteintes à la conservation des voies publiques, articles 5 et 7 de l'ordonnance du 27 décembre 1958, devenus articles L. 116-4 et L. 116-5 du code de la voirie routière). Certes, la

Cour de cassation a parfois limité ces prérogatives de l'administration, considérant, par exemple en matière fiscale, que la constitution de partie civile de l'administration fiscale lui permet seulement de suivre la procédure pénale et d'intervenir comme partie au procès pénal, mais ne lui ouvre pas le droit de demander, sur le fondement du préjudice causé au fisc, une réparation distincte de celle qui est déjà assurée par les sanctions administratives, majorations et amendes fiscales (Crim., 6 février 1969, *JCP*, 1969.II.16116, note de Guérin; 28 janvier 1971, *RSC*, 1971.632, observations de Vitu; 17 avril 1989, Bull. 156). Il n'en reste pas moins qu'un tel cumul pose la question de l'équilibre entre les parties et du respect des droits de la défense.

C'est pourquoi, dans sa décision du 28 juillet 1989, précitée, le Conseil constitutionnel, «au risque de remettre en cause des législations qui paraissent fortement établies» (commentaire de B. Genevois, *RFDA*, 1989, n° 4), censure la disposition qui autorisait le président de la Commission des opérations de Bourse ou son représentant à intervenir ou à exercer les droits réservés à la partie civile sur la base des infractions prévues par la loi sur les sociétés commerciales ou par l'ordonnance de 1967 sur la Commission des opérations de Bourse. Rappelant que la COB dispose, désormais, du pouvoir de prononcer des sanctions dans le cadre d'une procédure administrative, le Conseil constitutionnel souligne que c'est à propos des mêmes faits, s'ils constituent une infraction pénale, que la COB se voit reconnaître le pouvoir de se constituer partie civile, «sans pour autant justifier d'un intérêt distinct de l'intérêt général», d'où ce constat: la COB pourrait ainsi «déclencher l'ouverture de poursuites pénales, intervenir dans le cours de l'instruction, participer aux débats à l'audience, demander l'allocation de dommages-intérêts et exercer les voies de recours». La loi sera donc censurée sur ce point, par référence au principe, à valeur constitutionnelle, du respect des droits de la défense. En effet, ce principe «fait obstacle à ce que la COB puisse, à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits, concurremment exercer le pouvoir de sanction ... et la faculté d'intervenir et d'exercer tous les droits de la partie civile».

Certes, notre système constitutionnel de contrôle a priori, et non a posteriori, ne permet pas de soulever l'inconstitutionnalité de textes antérieurs à cette décision prévoyant des mécanismes analogues; du moins, celle-ci incite-t-elle le législateur futur à plus de prudence quant au cumul des prérogatives reconnues à l'administration en matière de sanctions. Elle aborde aussi, à travers les droits de la défense, la question essentielle des garanties de procédure.

4. Règles de procédure

S'il n'existe pas de procédure unifiée en matière de répression administrative, un certain nombre de lignes directrices se dégagent néanmoins, tant des sources de droit écrit (textes législatifs et réglementaires) que des principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence administrative et constitutionnelle. Comparée à la procédure pénale, la procédure en matière de répression administrative affirme d'emblée son particularisme en raison de l'absence de distinction entre les diverses fonctions attachées au processus de répression. En droit pénal, en effet, la constatation de l'infraction est confiée aux autorités de police judiciaire, et la poursuite est confiée au ministère public, qui apprécie la légalité et l'opportunité des poursuites et exerce l'«action publique» comme demandeur principal au procès, tandis que l'instruction relève du juge d'instruction (qui cumule, il est vrai, des fonctions d'enquêteur et des fonctions juridictionnelles); enfin, le prononcé de la sanction est réservé à la juridiction de jugement, le principe d'impartialité excluant toute possibilité pour le ministère public ou le juge d'instruction qui a déjà connu de l'affaire à ce titre de siéger ensuite dans la juridiction de jugement.

Quant à la répression administrative, aucun texte n'impose une telle distinction, et le Conseil d'État n'a pas dégagé de principe général applicable en la matière. La raison en est, semble-t-il, que, «dans les institutions administratives, la fonction répressive n'est pas organisée selon une structure qui lui soit propre, mais qu'elle est liée à l'accomplissement d'autres fonctions, dont elle est le complément en même temps que le support»⁽⁵⁶⁾. En somme, aucun des organes participant à la répression administrative n'est spécialisé dans l'exercice de celle-ci, ce qui assure la souplesse et l'efficacité technique du processus, mais présente le risque de garanties insuffisantes, y compris lorsqu'il s'agit de dispositions récentes. À titre d'exemple, la loi du 17 janvier 1989, qui institue le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et lui reconnaît de larges pouvoirs de sanction, reconnaît à la personne chargée de l'instruction du dossier (un membre de la juridiction administrative désigné par le vice-président du Conseil d'État) voix consultative lors du délibéré (comp., en matière économique, où le conseiller qui a instruit le dossier peut assister au délibéré). C'est dire que le principe, essentiel en procédure pénale, de la séparation de l'instruction et du jugement n'est pas respecté.

En revanche, certaines garanties évoquant celles du droit pénal ont été progressivement introduites tant par la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel que, plus tardivement, par le législateur, qu'il s'agisse de *règles propres aux principales phases de la procédure* ou de *règles communes*, sorte de fonds commun qui constituerait l'ébauche d'une

«procédure administrative répressive». Enfin, le rapprochement avec la procédure pénale se manifeste aussi, à travers la diversification des *voies de recours*, avec la place donnée désormais aux recours contentieux devant l'autorité judiciaire, et non administrative.

4.1. RÈGLES PROPRES AUX PRINCIPALES PHASES DE LA PROCÉDURE

Avant de présenter la procédure administrative répressive dans son déroulement chronologique, indiquons d'emblée que le droit administratif répressif admet pour l'essentiel les mêmes causes d'extinction de l'action répressive que le droit pénal (voir article 6 du code de procédure pénale, énumérant comme causes extinctives de l'action publique la mort du prévenu, la prescription, l'armistice, l'abrogation de la loi pénale, l'autorité de la chose jugée, la transaction, lorsqu'elle est expressément prévue par la loi, et le retrait de la plainte, lorsque celle-ci est nécessaire aux poursuites). On signalera seulement que la prescription est très atténuée en matière administrative, où l'intérêt de l'institution a conduit à poser le principe inverse de l'imprescriptibilité tant de l'action répressive que de la sanction, sauf adoption par le législateur de prescriptions spéciales (voir, par exemple, en matière fiscale, article L. 188 du LPF, concernant le délai de prescription applicable aux amendes fiscales, ou article 42, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 17 janvier 1989, en matière de communication audiovisuelle).

Cela posé, compte tenu de l'extrême variabilité des règles de procédure selon les secteurs de la répression administrative, on donnera seulement quelques exemples des garanties qui ont été progressivement introduites, d'une part, lors de la *constatation de l'infraction* et, le cas échéant, de l'*instruction de l'affaire*, d'autre part, lors du *prononcé de la sanction*, étant observé que cette terminologie, empruntée à la procédure pénale, correspond aux tendances les plus récentes, mais n'est pas encore consacrée dans tous les domaines de la répression administrative.

4.1.1. Constatation de l'infraction et instruction de l'affaire

Des garanties sont prévues quant aux personnes compétentes pour agir et quant aux actes accomplis par celles-ci.

4.1.1.1. Garanties relatives aux personnes

Quant aux *personnes*, la constatation d'une infraction ne peut être faite que par un agent «habilité», étant précisé que la procédure d'habilitation varie d'un

⁽⁵⁶⁾ Mourgeon, précité, n° 320.

secteur à l'autre et comporte généralement deux phases: une phase d'habilitation par l'autorité administrative concernée et une phase d'assermentation devant l'autorité judiciaire (président du tribunal de grande instance).

À titre d'exemple, en matière économique (infractions prévues par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et infractions assimilées), l'article 45 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 donne compétence aux fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie (selon un arrêté ministériel du 31 décembre 1986, il s'agit des fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, et, pour les enquêtes et visites concernant les obligations relatives aux factures — article 31 de l'ordonnance —, il s'agit des agents de la direction générale des impôts).

Il est à noter que, depuis la loi du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, tous les fonctionnaires se trouvent désormais astreints au secret professionnel (article 26 de la loi de 1983, précitée), ce qui constitue une garantie commune aux différents secteurs concernés.

4.1.1.2. Garanties relatives aux actes

Quant aux *actes*, il s'agit d'abord de la rédaction des procès-verbaux et rapports, dont la force probante varie d'un secteur à l'autre selon qu'ils font foi jusqu'à preuve contraire (voir, par exemple, article 46, alinéa 3, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en matière économique, et article L. 238 du LPF, en matière fiscale) ou jusqu'à «inscription de faux», de sorte que leurs énonciations ne peuvent être contestées que devant le juge civil et au moyen de la difficile procédure de l'inscription en faux.

Il peut s'agir également de transport sur les lieux à des fins de vérification. Ainsi, la loi du 28 décembre 1990 concernant, notamment, les règles applicables à la télétransmission des factures organise les conditions de vérification par les agents de l'administration de la conformité du système de télétransmission aux exigences définies par le législateur. Dans ce domaine, où seule la répression administrative, et non pénale, est en jeu, il est intéressant de noter que le Conseil constitutionnel, soulignant qu'«il ne s'agit pas là d'opérations de police judiciaire tendant à la recherche d'infractions, mais uniquement d'une procédure administrative de contrôle», n'exige aucune autorisation préalable de l'opération de vérification par l'autorité judiciaire (voir CC, 27 décembre 1990), alors qu'une autorisation est exigée, en revanche, lorsqu'il s'agit d'une opération de police judiciaire. La haute juridiction estime suffisantes les garanties prévues par la loi, c'est-à-dire le fait que «seul l'accès aux locaux professionnels des entreprises émettrices et réceptrices et, s'il y a lieu, des prestations des services de télédistribution est autorisé», le fait que, «si les agents de l'adminis-

tration peuvent agir de manière inopinée, il demeure qu'un avis d'intervention doit être remis au contribuable ou à son représentant avant le commencement des opérations, ce qui implique qu'aucun contrôle ne puisse être opéré en l'absence de l'intéressé ou de son représentant», et, enfin, le fait que, «à l'issue de l'intervention, un procès-verbal constatant la conformité ou la non-conformité du système est établi». À ces conditions propres à l'acte de vérification, le Conseil constitutionnel ajoute deux précisions utiles dont il semble faire les conditions de respect de l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues: d'une part, le fait que l'obstacle mis à l'exercice du contrôle technique ne constitue pas en lui-même, comme c'est le cas dans bien des domaines de la répression administrative et pénale, un délit pénal (voir, par exemple, article 52 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), mais «n'a d'autre conséquence» que d'entraîner la «suspension de l'autorisation administrative» (prévue au paragraphe II de la loi); d'autre part, le fait que cette décision de suspension elle-même «ne peut être prise qu'à l'issue d'un délai de trente jours à compter de la modification du procès-verbal, délai pendant lequel le contribuable peut formuler ses observations et procéder aux régularisations nécessaires».

Particulièrement importante parce qu'elle exprime la position actuelle du Conseil constitutionnel en matière de vérifications liées à des opérations de répression purement administratives, cette décision indique les garanties désormais exigées en la matière.

Elle ne remet pas pour autant en cause les garanties propres aux perquisitions qui peuvent être communes à la recherche d'infractions administratives et d'infractions pénales.

En effet, les perquisitions sont parfois limitées au domaine pénal stricto sensu (voir article L. 16 B du LPF, applicable lorsqu'il existe des présomptions qu'un contribuable a commis l'une des infractions pénales énumérées au texte, précision apportée après la décision de non-conformité rendue par le Conseil constitutionnel le 29 décembre 1983), mais elles sont également prévues dans des conditions plus larges n'excluant pas leur utilisation en matière de répression administrative. Ainsi en est-il, par exemple, en matière économique, où les règles sont les suivantes: si l'enquête a été demandée par le ministre chargé de l'économie ou par le Conseil de la concurrence et autorisée par ordonnance du président du tribunal de grande instance ou du juge délégué par lui (article 48, alinéa 1, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), les enquêteurs habilités (voir ci-dessus) peuvent procéder à des perquisitions en tous lieux ainsi qu'à des saisies de documents. Les garanties prévues sont nombreuses et précises: l'ordonnance du magistrat qui porte autorisation est rendue seulement après vérification par celui-ci du fait que «la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée» (article 48, alinéa 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), étant précisé que

cette vérification doit porter non seulement sur l'existence d'informations permettant de soupçonner des pratiques anticoncurrentielles, mais encore doit justifier du ou des ressorts dans lesquels l'action doit être menée (voir Cass. ch. mixte, 15 décembre 1988, Bull. 432), *que* le juge doit, en outre, contrôler le déroulement des opérations d'enquête (article 48, alinéas 3 et 4), *que* les opérations de visite et de saisie sont soumises à des règles précises quant au temps (article 48, alinéa 6) et aux formalités (article 48, alinéa 7 et suiv.), et *que* les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués à l'occupant des lieux (article 48 *in fine*). Il est à noter que cet ensemble de dispositions oblige le juge qui autorise des visites ou des saisies à vérifier le bien-fondé de la demande qui lui est présentée par l'administration (Cass. Ch. mixte, 15 décembre 1988, précité).

4.1.2. Prononcé de la sanction

S'il est vrai que « le vœu de toute administration ou de tout service de police est, consciemment ou non, de pouvoir sanctionner lui-même les infractions qu'il relève »⁽⁵⁷⁾, on comprend l'une des raisons de l'originalité de la procédure administrative. Car, à la différence de la sanction pénale, la sanction administrative n'est pas prononcée par un juge, mais par un organe administratif qui n'est pas spécialisé dans cette fonction répressive, celle-ci étant seulement le complément de son activité administrative. Ainsi espère-t-on éviter divers inconvénients de la voie judiciaire: d'une part, le risque que cette voie conduise à des décisions qui sont défavorables à l'administration et qui, « publiées et commentées dans des revues spécialisées peuvent être préjudiciables à son image d'autorité morale »⁽⁵⁸⁾; d'autre part, celui de voir l'action de l'administration véritablement « entravée par les tribunaux et leurs difficultés à résoudre les problèmes »⁽⁵⁹⁾. De ces raisons découle la tendance actuelle à l'extension du pouvoir de sanction donné à l'autorité administrative elle-même.

Or, une telle extension ne paraît acceptable que si elle s'accompagne de garanties. Outre le nécessaire respect du principe constitutionnel d'égalité entre les justiciables (dont on peut se demander s'il ne devrait pas amener à l'obligation de motiver la transaction, voir ci-dessus), il s'agit essentiellement des garanties d'indépendance et d'impartialité évoquées ci-dessus et formulées par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et explicitées par la jurisprudence de la Cour⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Bézard, P.: « Le pouvoir de sanction financière directe de la COB », *Les petites affiches*, 1990, n° 8, p. 52 et suiv.

⁽⁵⁸⁾ Bézard, précité.

⁽⁵⁹⁾ Bézard, précité.

⁽⁶⁰⁾ Koering-Joulin, R.: La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6, alinéa 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC*, 1990.765.

4.1.2.1. Garanties d'indépendance

Quant à l'*indépendance*, un auteur a récemment souligné comme « évident » le fait que « les garanties organiques d'indépendance qui caractérisent la justice ne sont pas a priori réunies s'agissant d'un organe administratif »⁽⁶¹⁾. En effet, par définition même, l'administration est hiérarchiquement soumise au pouvoir exécutif, donc dépendante à son égard. Toutefois, un certain nombre de correctifs ont été introduits. Le plus traditionnel consiste dans l'intervention obligatoire d'une commission, généralement consultative, présentant des garanties d'autonomie et devant laquelle la procédure est fortement « juridictionnalisée ». Ainsi en est-il, par exemple, en matière d'infraction au code de la route. Selon la procédure « normale » (article L. 18, alinéa 2, du code de la route), la décision du préfet intervient sur avis d'une commission dite « spéciale », qui siège en principe au chef-lieu de département, selon une procédure à caractère contradictoire (voir ci-après). Toutefois, il est à noter qu'en cas d'urgence le préfet est autorisé à prendre sa décision sur le seul avis d'un délégué permanent de la commission (article L. 18, alinéa 3, et article R. 269 du code de la route), la saisine de la commission pouvant intervenir après, si le préfet le souhaite ou si le conducteur le demande, avec pour conséquence une nouvelle décision, éventuellement modificatrice de la mesure initiale. Moins protectrice encore apparaît la procédure, parfois qualifiée de procédure « d'extrême urgence », suivie à l'encontre de conducteurs circulant sous l'emprise d'un état alcoolique: depuis la loi du 17 janvier 1986, le préfet peut alors — lorsque l'état alcoolique d'un conducteur est établi dans les 72 heures de la rétention du permis par un officier ou un agent de police judiciaire — prononcer directement la suspension du permis de conduire sans aucun avis préalable ni de la commission ni d'un délégué de celle-ci (article L. 18-1 du code de la route).

Mais le rôle de ces commissions consultatives tend à se restreindre, car l'évolution actuelle privilégie l'intervention d'une « autorité administrative indépendante », qui non seulement donne un avis, mais, le plus souvent, prononce désormais elle-même la sanction. De telles autorités, malgré la contradiction apparente entre leurs deux caractères — « administratives » et pourtant « indépendantes » —, présentent des garanties incontestables d'autonomie par rapport au pouvoir exécutif. Toutefois, ces garanties ne sont pas les mêmes dans tous les cas et « l'on pourrait souhaiter que la consécration très extensive de la notion de sanctions administratives s'accompagne d'exigences précises dans ce domaine »⁽⁶²⁾. Or, le Conseil constitutionnel se contente le plus souvent d'énoncer le principe de l'indépendance sans préciser quelles sont les conditions minimales d'autonomie requises (voir, par exemple, décision sur le CSA du 19 janvier 1989).

⁽⁶¹⁾ Hubrecht, H.: « La notion de sanction administrative », *Les petites affiches*, 1990, n° 5, p. 11.

⁽⁶²⁾ Hubrecht, précité.

Et même lorsqu'il se livre à une analyse plus minutieuse, il se contente d'un bilan des dispositions de la loi favorables à l'indépendance sans mettre en cause certaines dispositions plus contestables. Ainsi, dans sa décision sur la COB (CC, 28 juillet 1989), son examen porte à la fois sur l'indépendance organique et sur l'indépendance financière. Or, sur le premier point, il juge positif le statut du président (nommé pour un mandat de six ans non renouvelable) et celui des membres de la commission, mais ne s'interroge ni sur le fait que le président est nommé par décret en Conseil des ministres, ni sur l'absence de régime d'incompatibilité applicable aux membres de la Commission. Et, du point de vue de l'indépendance financière, il admet un mode de financement qui repose largement sur des redevances perçues par la COB auprès des personnes, publiques ou privées, qui relèvent de sa compétence: «Voilà pour le moins une conception curieuse et contestable de l'indépendance» (63).

4.1.2.2. Garanties d'impartialité

Quant au principe de l'impartialité, le Conseil constitutionnel se contente d'en rappeler l'exigence, étant observé qu'il fait l'objet d'une jurisprudence constante du Conseil d'État (CE, 9 novembre 1966, Commune de Clohars-Carnoët, Recueil, p. 591).

S'agissant plus précisément des organes consultatifs évoqués ci-dessus, plusieurs règles facilement transposables aux autorités administratives indépendantes en garantissent l'impartialité: d'abord, l'exclusion de certains membres en raison de leur situation personnelle vis-à-vis de l'intéressé; puis, la continuité dans la composition de l'organe du moment où il se réunit au moment où il prononce la sanction; ensuite, un droit de récusation; enfin, lorsqu'elle est expressément prévue, la règle du secret du délibéré (64).

4.2. RÈGLES COMMUNES

Au-delà des règles spécifiques évoquées ci-dessus, il existe en matière administrative un fonds commun de règles qui, comparées à celles applicables en procédure pénale, se caractérisent par un double jeu de garanties appliquées — les droits de la défense — et de garanties exclues — la présomption d'innocence.

4.2.1. Garanties appliquées: les droits de la défense

Définis comme principe général du droit par la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 5 mai 1944, Dame

veuve Trompier-Gravier, Recueil, p. 133), les droits de la défense ont été par la suite érigés en principe fondamental reconnu par les lois de la République, donc principe à valeur constitutionnelle par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC, 2 décembre 1976, et CC, 19 janvier et 28 juillet 1989, précités). Selon le juge constitutionnel, la règle est qu'«aucune sanction ne peut être infligée sans que le titulaire de l'autorisation ait été mis à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés et d'avoir accès au dossier le concernant» (CC, 19 janvier 1989) et sans que la procédure garantisse l'«équilibre entre les parties» (CC, 28 juillet 1989). Il est vrai que, sur ce dernier point, la transposition est délicate de la procédure pénale à la procédure administrative répressive où l'administration est tour à tour autorité de poursuite, donc demandeur au procès, puis autorité de jugement, tandis que la victime, partie «civile» au procès pénal, n'apparaît pas en tant que telle dans la procédure administrative (sur la présence de la victime devant le Conseil de la concurrence, voir, cependant, article 11 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986).

On retiendra, néanmoins, que la procédure administrative-répressive met en présence un demandeur (l'administration) et un défendeur, donc des «parties» au sens technique du terme, mais qu'il est difficile de parler ici d'une «égalité des armes», au sens donné à ce terme par la Cour européenne des droits de l'homme, compte tenu de l'évidente inégalité des interlocuteurs. Quant à l'«équilibre entre les parties» évoqué ci-dessus par la décision du Conseil constitutionnel, il se ramène essentiellement au respect des droits de la défense, qui sont eux-mêmes étroitement liés au caractère contradictoire de la procédure et supposent, d'une part, que l'intéressé soit informé de l'accusation formée contre lui et, d'autre part, qu'il ait la possibilité de discuter celle-ci.

4.2.1.1. Information de l'accusé

Elle est, en règle générale, garantie en matière administrative par le Conseil d'État (voir, notamment, CE, 25 avril 1958, Société des laboratoires Geigy, Recueil p. 243) et le Conseil constitutionnel (voir CC, 19 janvier 1989, se référant au droit d'accès au dossier en matière de communication audiovisuelle). Encore faut-il distinguer la simple communication des griefs, imposée même en l'absence de texte la prévoyant de façon expresse, et la communication du dossier, que l'intéressé ne peut demander et obtenir que si un texte le prévoit expressément, la tendance actuelle étant d'ailleurs de l'organiser systématiquement.

Ainsi en est-il, par exemple, en matière économique (article 21 du décret du 29 décembre 1986), où l'on notera, en outre, l'influence de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (compétente pour statuer sur les recours, voir ci-après). D'une part, celle-ci précise (Paris, 10 mars 1988 et 30 juin 1988, *BOCCRF*, n° 6,

(63) Teitgen-Colly, C.: «Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes», *Les petites affiches*, 1990, n° 8, p. 25 et suiv.

(64) Voir les exemples donnés par Mourgeon, précité, p. 450 et suiv.

19 mars 1988, et n° 14, 9 juillet 1988) qu'à l'égard du requérant la procédure doit être pleinement contradictoire dès le dépôt de la plainte, alors que le texte ne prévoit expressément la consultation du dossier et la présentation d'observations qu'en cas de décision de non-lieu (article 20), et non en cas de décision d'irrecevabilité (article 19). D'autre part, et à l'inverse, la Cour refuse de reconnaître aux entreprises entendues par le rapporteur (article 8) le droit à la communication du dossier. Elle considère, en effet, que « l'accomplissement de cette formalité n'est requise qu'au stade des griefs faits aux parties intéressées ». (Paris, 11 octobre et 14 décembre 1989, *BOCCRF*, n° 20, 18 octobre 1989, et n° 27, 22 décembre 1989).

L'accès au dossier est également aménagé en matière de circulation routière, mais il faut toutefois signaler qu'il se trouve exclu lorsque le préfet applique la procédure dite « d'extrême urgence », en cas de conduite en état d'imprégnation alcoolique (voir ci-dessus): aucun dossier n'est alors communiqué à l'intéressé, et l'arrêté de suspension du permis de conduire est pris immédiatement au vu des résultats de l'analyse. Privé d'information sur l'accusation dont il est l'objet, l'intéressé est privé du même coup de toute possibilité de discuter le contenu de celle-ci.

4.2.1.2. Droit de discuter en temps utile les charges

Complément indispensable du droit à l'information, le droit de discuter en temps utile les charges retenues contre lui fait tout autant partie des droits de la défense reconnus à l'accusé, d'où l'énumération très minutieuse de l'article 6-3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme visant: le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense [article 6-3, point b)]; le droit de se défendre soi-même ou de pouvoir être assisté d'un défenseur de son choix et de bénéficier le cas échéant d'une assistance judiciaire gratuite [article 6-3, point c)]; le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins [article 6-3, point d)]; enfin, le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète. Par rapport à ces exigences, le droit français de la répression administrative paraît quelque peu restrictif en ce qui concerne, d'une part, l'assistance d'un avocat, dont la participation à l'audience n'est de droit que si un texte le prévoit expressément, et, d'autre part, la citation et l'audition de témoins, qui nécessitent également un texte exprès.

Ainsi constate-t-on que, malgré la jurisprudence européenne appliquant l'article 6 en matière administrative⁽⁶⁵⁾, la notion de procès équitable n'a pas, en matière de répression administrative, la pleine signification que lui confère la convention européenne. Du moins, l'idée générale de garantie des droits de la

⁽⁶⁵⁾ Moderne, F.: « Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la CESDH », *Les petites affiches*, 1990, n° 8, p. 15 et suiv.

défense est admise. En revanche, la présomption d'innocence, qui fonde le droit de la preuve dans le procès pénal, est totalement écartée.

4.2.2. Garanties exclues: la présomption d'innocence

En droit administratif répressif, la situation est inversée par rapport au droit pénal en ce sens qu'il appartient toujours à la personne poursuivie d'apporter la preuve de son innocence, avec cette conséquence que le doute ne profite pas à la défense, mais à l'accusation, la seule limite étant posée, en matière fiscale, lorsque l'infraction suppose une intention délictueuse, qui n'est plus désormais présumée (voir ci-dessus).

C'est seulement lorsque la décision répressive fait l'objet d'un recours juridictionnel que le juge peut alléger la charge de la preuve au profit de l'accusé en décidant à l'occasion que la décision manque de base légale et ne lui permet pas d'exercer son contrôle. Notamment, lorsque la décision n'est pas ou est insuffisamment motivée, le juge peut demander à l'administration d'apporter ou de consolider la preuve de ses motifs de fait ou de droit, si l'intéressé conteste le bien-fondé de cette décision, d'où cette conséquence importante: « En pareille hypothèse, le silence de l'administration est confortatif des allégations de l'administré; la charge de la preuve est alors renversée au profit de celui-ci »⁽⁶⁶⁾.

4.3. VOIES DE RECOURS

À la différence des sanctions pénales, prononcées par un juge, les sanctions administratives relèvent, comme on l'a vu, d'autorités administratives. D'où la place donnée à une voie administrative de recours introduite devant l'auteur même de la décision, dite « recours gracieux ».

Quant aux voies juridictionnelles de recours, elles étaient traditionnellement portées devant les juridictions administratives. Toutefois, la volonté de mieux préserver les droits de la défense a conduit le législateur à admettre exceptionnellement, dans quelques secteurs, un recours devant les juridictions judiciaires.

4.3.1. Recours gracieux

Admis, même dans le silence des textes et sauf disposition expressément contraire, le recours gracieux est adressé par l'intéressé à l'autorité même qui a prononcé la sanction. Selon que la procédure présente un

⁽⁶⁶⁾ Mourgeon, précité, p. 457, n° 325. C'est dire l'importance des voies de recours.

caractère unilatéral ou un caractère contractuel, le recours aboutira à une décision de remise ou de modération (abandon total ou partiel de la sanction) ou à une transaction, définie comme un contrat qui crée des obligations à la charge des deux parties, l'administration et l'administré (voir article 2044 du code civil), mais évoquée aussi comme un type particulier de sanction administrative et traité à ce titre dans l'exposé qui précède (voir ci-dessus).

Ainsi, en droit fiscal, l'article L. 247 du LPF autorise l'administration, sur la demande du contribuable:

- soit à accorder des remises totales ou partielles d'amendes fiscales ou de majoration d'impôts, lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent sont définitives;
- soit à conclure une transaction qui l'engage à réduire le montant des pénalités, lorsque celles-ci et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives, le contribuable s'engageant alors à verser la somme fixée par l'administration et à renoncer à toute procédure contentieuse se rapportant aux droits et pénalités visés dans la transaction (67).

4.3.2. Recours contentieux devant les juridictions administratives

Sauf au cas de transaction (voir ci-dessus), il est de règle que l'exercice d'un recours gracieux « conserve le délai de recours contentieux contre la sanction, s'il est effectué pendant celui-ci et à condition, bien sûr, qu'il soit dû à l'intéressé et qu'il ait pour objet l'examen de la décision répressive contestée » (68).

Cela posé, les contentieux ouverts contre une décision de l'autorité administrative qui n'a pas un caractère juridictionnel (voir ci-dessus) sont soit le recours pour excès de pouvoir, qui permet seulement l'annulation ou le maintien de la décision, mais exclut toute modification de celle-ci, soit le recours de pleine juridiction, qui donne de larges pouvoirs au juge administratif, notamment celui de réformer en tout ou partie la décision attaquée. Dans ce dernier cas se pose la question de la « reformatio in pejus », c'est-à-dire de l'éventuelle aggravation de la sanction par le juge saisi d'un recours. Bien que l'interdiction d'une telle aggravation ne soit pas considérée comme principe constitutionnel en France (69), elle a, du moins, été imposée par le Conseil d'État comme principe général de droit (CE Sect., 16 mars 1984, Letellier et Moreteau, Recueil p. 109).

Il est à noter que la tendance actuelle est de privilégier le recours en plein contentieux, qu'il s'agisse, par

exemple, du contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement, du contentieux fiscal ou, plus récemment, du contentieux concernant la communication audiovisuelle. Il faut préciser qu'en application des règles de droit commun, le requérant peut toujours demander, nonobstant le caractère non suspensif du recours, qu'il soit sursis à l'exécution de la décision attaquée. En outre, pour ce qui concerne le CSA, les droits de la défense sont renforcés en ce sens que le recours est assorti d'un effet suspensif applicable ipso facto aux retraits d'autorisation sans mise en demeure, sauf si le retrait repose sur des motifs d'atteinte à l'ordre public, à la sécurité ou à la santé publique (article 42-9 de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 19 janvier 1989) (70).

Sans entrer dans le détail des recours en plein contentieux prévus dans chaque secteur de la répression administrative, on signalera que la question se pose de savoir si le juge exerce en toute liberté les pouvoirs de réformation que la loi lui reconnaît ou s'il est lié à cet égard par les conclusions des parties, tant principales qu'incidentes. Selon un récent commentaire (71), « il ne le semble pas: s'il appartient au juge de répondre aux conclusions tant principales qu'incidentes, il ne peut porter sa juridiction au-delà de celles-ci; juge de la décision sans doute, il ne l'est cependant qu'au titre des demandes des parties et dans les limites qu'il y trouve ». Ainsi a-t-il été jugé que, en matière d'installations classées, le juge ne peut imposer d'office des prescriptions additionnelles à un établissement classé lorsqu'il n'est saisi que d'une demande d'annulation d'un refus de fermeture d'établissement opposé par l'administration (CE, 5 mars 1972, Époux Audigier, Recueil p. 345).

Il est vrai que cette question de l'étendue des pouvoirs du juge statuant en plein contentieux n'est pas propre aux recours portés devant les juridictions administratives. Elle se pose aussi lorsque le recours est porté devant les juridictions judiciaires, comme c'est le cas, notamment, en matière économique: « Il n'y a pas de raison de ne pas étendre ces solutions au contentieux des décisions du Conseil de la concurrence; le juge y est sans doute le juge judiciaire, mais ... il exerce en l'espèce un contentieux de l'annulation et de la réformation d'actes administratifs unilatéraux; son pouvoir de réformation de ces actes trouve ses limites dans les conclusions dont il est saisi » (72).

4.3.3. Recours contentieux devant les juridictions judiciaires

Consacrée pour la première fois en matière économique par la loi du 6 juillet 1987, qui complète l'ordon-

(67) Sur le détail des deux procédures, voir Néel, B.: « Les pénalités fiscales et douanières », précité, 1989, p. 337 et suiv.

(68) Mourgeon, précité, p. 494, n° 354.

(69) Genevois oppose, sur ce point, la timidité du Conseil constitutionnel français à la hardiesse du tribunal correctionnel espagnol, *RFDA*, 1988.228.

(70) Gavalda, C.: « Les sanctions administratives applicables par le CSA », *Les petites affiches*, 1990, n° 8, p. 71 et suiv.

(71) Boutard-Laborde, M.-C., et Gaudemet, Y.: « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *Les petites affiches*, 1990, n° 50, p. 7 et suiv.

(72) Boutard-Laborde et Gaudemet, précité.

nance du 1^{er} décembre 1986 sur ce point, le choix d'un recours devant les juridictions judiciaires (plus précisément la cour d'appel de Paris) témoigne de la volonté du législateur de faire œuvre novatrice. En effet, ce recours, bien qu'il soit porté devant le juge judiciaire, obéit à des règles dérogeant expressément aux dispositions du nouveau code de procédure civile (voir article 1^{er} du décret du 19 octobre 1987) et se rapproche, en pratique, du recours en plein contentieux évoqué ci-dessus: «Formellement judiciaire, le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence est matériellement un contentieux de l'annulation d'actes administratifs, étendu à leur réformation»⁽⁷³⁾. On notera que cette «voie de recours sui generis», pour reprendre l'expression d'un commentateur (Douvreleur, O., dans *Gazette du Palais*, 20-22 mars 1988), a été étendue à tout le domaine boursier: loi du 31 décembre 1987 relative au marché à terme; loi du 22 janvier 1988 sur les Bourses de valeur, concernant les recours formés contre les décisions autres que réglementaires ou disciplinaires prises par le Conseil du marché à terme et par le Conseil des Bourses de valeur; loi du 2 août 1989 quant aux sanctions prises par la Commission des opérations de Bourse⁽⁷⁴⁾.

Il faut préciser que le Conseil constitutionnel avait déclaré non conforme à la Constitution pour atteinte aux droits de la défense un premier texte qui attribuait le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris, mais sans donner compétence à celle-ci pour prononcer le sursis à exécution de la décision contestée: «Compte tenu de la nature non juridictionnelle du Conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense» (CC, 23 janvier 1987, voir commentaires de B. Genevoix, *RFDA*, 1987, p. 287 et suiv., et de L. Favoreu, p. 301 et suiv.). C'est pourquoi la loi du 6 juillet 1987 (comme les textes ultérieurs) donne expressément compétence au premier président de la

cour d'appel pour ordonner, le cas échéant, qu'il soit sursis à l'exécution de la décision attaquée, dans le cas où celle-ci serait susceptible d'«entraîner des conséquences manifestement excessives» ou dans le cas où il serait intervenu depuis sa notification des «faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité» (voir les premières ordonnances de sursis rendues les 11 août et 11 septembre 1987, *Gazette du Palais*, 29 novembre 1987, p. 10, note de J. P. Marchi).

L'analyse du contentieux le plus ancien (le contentieux économique qui remonte à la loi de 1987 et représente 56 recours en deux ans et demi) montre que les moyens invoqués à l'appui du recours peuvent être de fond (l'infraction administrative ne serait pas constituée ou pas prouvée) ou se rattache à un fondement plus général, tel que le non-respect des règles de procédure (notamment celle du débat contradictoire) devant le Conseil de la concurrence, le non-respect de l'obligation de motivation ou encore le non-respect du principe de proportionnalité dans la détermination des sanctions.

S'agissant des recours contre les décisions de la COB, il est encore trop tôt pour un bilan; du moins les premiers commentateurs prévoient-ils que le contentieux «pourrait être important» et que les magistrats de la cour d'appel de Paris «seront amenés à passer au crible les problèmes de procédure et de fond qui leur seront soumis et à apprécier les éléments de preuve qui ont conduit la COB à sanctionner»⁽⁷⁵⁾. La seule crainte exprimée étant que les exigences judiciaires soient telles qu'elles obligerait «à recréer un nouveau Code de procédure pénale» (Bézar, précité).

En effet, si le renforcement des règles de procédure est en lui-même une garantie de meilleure justice, en revanche, la procédure française en matière de répression administrative a atteint un tel degré de complexité et d'hétérogénéité qu'il paraît urgent d'adopter une loi-cadre définissant un régime commun applicable aux sanctions administratives, si l'on veut éviter que législateur et jurisprudence n'élaborent sous des pressions diverses autant de codes de procédure qu'il existe de secteurs concernés par cette forme de répression.

⁽⁷³⁾ Boutard-Laborde et Gaudemet, précité.

⁽⁷⁴⁾ Bézar, P.: «Le pouvoir de sanction financière directe de la COB», *Les petites affiches*, 1990, n° 8, p. 52 et suiv.

⁽⁷⁵⁾ Bézar, précité.

5. Sanctions applicables aux violations de la réglementation communautaire

Outre l'application directe de sanctions communautaires, administratives et pénales, qui peuvent être prononcées par la Commission des Communautés européennes, sous le contrôle de la CJCE, la plupart des violations de la réglementation communautaire doivent être réprimées par le jeu des sanctions du droit interne, sous le contrôle des juridictions nationales.

Pour ce qui est des juridictions pénales, ce contrôle est exercé depuis l'arrêt J. Vabre (Cass.ch.mixte, 24 mai 1975, *D*, 1975, 497, conclusions de Touffait; *JCP*, 1975.II.18 180 bis, conclusions de Touffait). La Cour de cassation admet, en effet, la primauté du droit communautaire et considère que le traité de Rome, ayant en vertu de la Constitution (article 55) une autorité supérieure à celle des lois, « institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres », ajoutant que, « en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions »; dès lors, le juge judiciaire se reconnaît compétent pour appliquer le droit communautaire au lieu et à la place de la loi, même si cette dernière est postérieure à l'introduction en droit interne de la norme internationale.

En revanche, les juridictions administratives sont, pendant longtemps, restées plus réticentes, car, en cas de conflit irréductible entre le droit communautaire et une loi postérieure, le Conseil d'État considérait qu'il lui fallait s'incliner devant la loi. C'est seulement depuis l'arrêt Nicolò, du 20 octobre 1989 (CE, 20 octobre 1989, voir chroniques Calvet, *JCP*, 1990.I.3429, et Kovar, *D*, 1990, 57), que le Conseil d'État accepte de faire prévaloir le traité de Rome sur une loi postérieure, revirement préparé sans doute par l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC, 21 octobre 1988, voir Genevois, *RFDA*, 1988, 907). Il est vrai qu'il s'agissait du traité lui-même, et non du droit dérivé. Il revenait donc au juge administratif d'apprécier si le principe de primauté consacré dans l'arrêt Nicolò vaut aussi pour le droit communautaire dérivé, c'est-à-dire pour les règlements et les directives (par les règlements, ce principe a été posé dans l'arrêt Boisdet, CE, 24 septembre 1990, *AJDA*, 20 décembre 1990).

Cela étant, la confrontation du droit communautaire aux sanctions existantes en droit interne a eu pour première conséquence la neutralisation d'un certain nombre de dispositions, soit parce que l'incrimination elle-même était jugée incompatible avec les dispositions du traité ou, parfois, du droit dérivé, soit parce que la sanction était jugée excessive au regard du principe de proportionnalité tel que l'a posé la Cour de justice des Communautés européennes (notamment, dans l'arrêt Donckerwolcke, du 15 décembre 1976, affaire 41/76, Recueil p. 1921). Cet effet de

neutralisation peut, en effet, s'appliquer pleinement, dès lors qu'il ne heurte pas le principe de la légalité, puisqu'il ne s'agit pas de créer une incrimination ou une sanction, mais de ne pas appliquer le texte existant⁽⁷⁶⁾.

En revanche, dans le sens inverse de l'incitation à sanctionner en droit interne des violations du droit communautaire, pour assurer pleinement le respect du principe de l'effet utile du droit communautaire (voir, notamment, CJCE, 8 novembre 1990, affaire C-177/88, Elisabeth Dakker), l'effet « répressif » est beaucoup moins complet. En effet, il suppose le plus souvent une intervention du législateur: dès lors qu'il s'agit de créer une incrimination ou d'étendre le champ d'application d'une sanction, le principe de la légalité des délits et des peines fait obstacle à un simple changement des pratiques jurisprudentielles ou administratives. Nécessaire, cette intervention du législateur devrait être systématique, en application de l'article 5 du traité de Rome, qui impose clairement aux États membres de prendre « toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations résultant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté », d'autant que la Cour de justice a précisé l'interprétation qu'il convient de donner à ce texte dans un arrêt important du 21 septembre 1989 (affaire 68/88, Commission/République hellénique, voir communication de la Commission au *Journal officiel des Communautés européennes*, C 147, du 16 juin 1990, p. 3). La Cour considère, en effet, que les États, « tout en conservant le choix des sanctions », doivent veiller « à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ».

Les trois adjectifs employés par la Cour, « effectif » « proportionné » et « dissuasif », montrent bien qu'il doit s'agir de sanctions répressives, étant observé que, dans la tradition française, les sanctions pénales restent prépondérantes en la matière, mais que les sanctions administratives répressives pourraient être amenées à se développer, compte tenu de leur importance croissante, en droit des affaires et de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État en ce qui concerne le droit communautaire, d'où la nécessité d'examiner successivement ces deux types de sanctions dans leur application à des violations de la réglementation communautaire.

Devra alors être envisagée la question de la relation entre sanctions nationales et sanctions du droit com-

⁽⁷⁶⁾ Sur la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, voir J. Biancarelli et Maidani, *RSC*, 1984.225 et 445; Delmas-Marty, M.: *Droit pénal des affaires*, précité, 1990, t. 1, p. 30 et suiv.; Ryziger, F., dans *Gazette du Palais*, 1986.1.219.

munautaire, question d'autant plus sensible que, dans son commentaire de l'arrêt précité de la CJCE du 21 septembre 1989, la Commission estime que les principes posés par la Cour s'appliquent «non seulement au cas où la réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique en matière de sanctions, mais également dans celui où les actes communautaires comportent des dispositions réglant certaines conséquences de l'inobservation des règles qu'ils contiennent».

5.1. APPLICATION DE SANCTIONS PÉNALES

L'application aux violations du droit communautaire de sanctions pénales de droit interne pose d'abord des problèmes pratiques, souvent évoqués, relatifs à la constatation de l'infraction et à la mise en mouvement du procès. Il est certain qu'une meilleure coordination entre les administrations chargées de la constatation des infractions et la Commission ainsi qu'une meilleure collaboration entre administrations nationales seraient indispensables en ces matières⁽⁷⁷⁾. Quant à la mise en mouvement du procès, la question a parfois été évoquée de la constitution de partie civile de la Commission elle-même, en tant que victime de l'infraction, devant les juridictions pénales nationales. Outre le fait que tous les pays de la Communauté n'admettent pas cette forme d'action — ce qui pourrait poser de graves problèmes d'égalité de traitement entre opérateurs économiques —, il est à noter que, en l'état actuel du droit français, la Commission ne pourrait se constituer partie civile devant la juridiction pénale sur le simple fondement de droit commun de l'article 2, du code de procédure pénale, car ce texte s'applique aux personnes morales même étrangères (Crim., 12 novembre 1990, Bull. 377), mais pose la double condition d'un préjudice personnel et direct. Il faudrait donc que le législateur français adopte éventuellement une disposition spécifique en la matière; mais on rappellera ici que, en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC, 28 juillet 1989, précité), la constitution de partie civile de la Commission ne pourrait être admise que dans des domaines où celle-ci ne dispose pas d'un pouvoir propre de sanction (voir ci-dessus, point 3.3.4). De cela découle la suggestion qu'il serait préférable de prévoir l'intervention de la Commission aux côtés du ministère public, comme exerçant une action publique jointe, conception qui aurait l'avantage de pouvoir être retenue dans tous les pays de la Communauté, sous réserve des adaptations nécessaires pour sauvegarder la spécificité de chaque procédure nationale.

Au-delà de ces aspects pratiques concernant la mise en œuvre des sanctions se pose la question théorique de

leur fondement juridique. À cet égard, le droit français offre plusieurs techniques juridiques d'incrimination des violations de la réglementation communautaire. La plus adéquate, mais actuellement la plus rarement utilisée parce qu'elle implique une intervention spéciale du législateur, est la création d'incriminations spécifiques. À défaut, il est possible de recourir soit à des incriminations à caractère général, dans la mesure où elles peuvent s'appliquer en la matière, soit à la technique dite de «l'incrimination par renvoi», qui consiste à appliquer une sanction du droit interne à un comportement défini par renvoi au texte communautaire. En revanche, le principe de légalité empêche l'application directe par les juridictions pénales de sanctions qui ne seraient prévues que par des règlements communautaires.

5.1.1. Création d'incriminations nouvelles spécifiques

À la différence de plusieurs pays voisins, comme l'Allemagne, l'Espagne ou l'Italie (voir séminaire CEE, novembre 1989, «La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté»), la France n'a pas incriminé directement de son droit positif le délit de fraude aux subventions communautaires, qu'il s'agisse d'éviter les taxes à l'importation, d'obtenir un remboursement indu à l'exportation, de demander ou d'obtenir des subventions indues, ou encore d'utiliser des subventions à des fins différentes de celles prévues ou sans observer les conditions imposées. Et il est à noter — pour en exprimer le regret — que le projet de réforme du code pénal (L. III, consacré aux crimes et délits contre les biens) ne semble pas combler cette lacune (du moins dans la première version déposée au Sénat en 1986, Dalloz, 1987, présentation de R. Badinter).

En revanche, d'autres incriminations du droit pénal des affaires ont été créées ou modifiées de manière à intégrer le droit communautaire.

À titre d'exemple, on citera:

- en droit pénal des sociétés, la loi du 30 avril 1983, qui a mis le droit français en harmonie avec la quatrième directive européenne en transformant le délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles (article 437, 2°, de la loi du 24 juillet 1966, appliquant les principes comptables formulés par la directive; voir article 9, alinéas 5 et 14, du code du commerce);
- en droit pénal boursier, la loi du 2 avril 1989, qui modifie les dispositions pénales applicables au délit d'initiés (article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967) en tenant compte, par avance, de la directive européenne du 13 novembre 1989, notamment pour créer la nouvelle incrimination de communication à un tiers d'une infraction privilégiée (article 10-1, alinéa 2, de l'ordonnance de 1967);

⁽⁷⁷⁾ CEE: *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, 1990, Vervaele, RSC, 1990.29; sous la direction de Delmas-Marty, M.: «Criminalité des affaires et marché commun», *Economica*, 1982.

- en droit pénal du travail, les lois du 11 juillet 1975 et du 13 juillet 1983, modifiée par la loi du 10 juillet 1989 sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, qui s'inspirent très directement des principes communautaires (article 119 du traité de Rome et directives d'application);
- en droit pénal de la propriété industrielle, la loi du 4 janvier 1991 sur le droit des marques, qui modifie la définition du délit de contrefaçon et des formes assimilées, selon une rédaction plus conforme, semble-t-il, à la directive communautaire du 21 décembre 1988 ⁽⁷⁸⁾.

Enfin, il est à noter que, en matière de publicité délictueuse sur le tabac et les boissons alcooliques (loi du 10 janvier 1991), le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 8 janvier 1991, s'est montré soucieux de voir respecter le droit communautaire lors de la mise en œuvre de la loi par des décrets d'application. La haute juridiction adresse, en effet, une sorte d'injonction ou de recommandation au pouvoir réglementaire chargé d'assurer la mise en œuvre de la loi, en insistant sur le fait que «devront être respectées les normes édictées, dans le cadre de leur compétence, par les autorités des Communautés européennes».

Et, de façon plus générale, car il ne s'agit pas seulement de la mise en œuvre de sanctions, pénales ou administratives, mais d'une adaptation de l'ensemble du droit français, il faut signaler la circulaire du Premier ministre du 25 janvier 1990 ⁽⁷⁹⁾, qui incite les autorités françaises à une adaptation plus rapide des textes et des pratiques aux directives communautaires.

5.1.2. Utilisation d'incriminations à caractère général

Il s'agit essentiellement ici de l'escroquerie et de certaines infractions au code des douanes.

Un certain nombre de fraudes aux finances communautaires pourraient être poursuivies — à condition d'être effectivement constatées (voir ci-dessus pour les difficultés pratiques) —, sur la base du délit d'escroquerie (article 405 CP prévoyant une amende et un emprisonnement de cinq ans au maximum, donc de lourdes peines). Délit complexe, l'escroquerie sera établie le plus souvent en cette matière sur la base de manœuvres frauduleuses destinées à faire croire à l'existence d'une fausse entreprise afin d'obtenir la remise de subventions indues ou la décharge de taxes dues. Les manœuvres résulteront soit d'une mise en scène (organisation d'un circuit de marchandises uniquement destiné à bénéficier de subventions indues ou à échapper à certaines taxes), soit de l'intervention de

tierces personnes, soit de l'utilisation de documents faux, soit d'une combinaison de ces divers éléments. Quant au but des manœuvres, expressément exigé par l'article 405, il impliquera, le plus souvent, l'existence de fausses entreprises. À cet égard, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation facilite l'application du texte, car elle n'exige pas nécessairement qu'il s'agisse d'entreprises entièrement fictives et se contente à l'occasion d'entreprises partiellement fausses, c'est-à-dire présentant, malgré un fonds certain, «en quelques-unes des parties qui les composent, des circonstances entièrement fausses» (Crim., 25 juillet 1978, Bull. 243). Or, précisément, lorsqu'une entreprise simule un circuit fictif de marchandises pour bénéficier de subventions indues, l'entreprise présente «en quelques-unes des parties qui la composent des circonstances entièrement fausses». Ainsi peut être fausse en ce sens l'exportation fictive dans un pays tiers de marchandises produites dans la Communauté pour être ensuite réimportées et consommées dans la Communauté ou, à l'inverse, l'importation d'un produit provenant d'un pays tiers et transitant par un pays de la Communauté pour être ensuite introduit dans un second pays du marché commun et faussement déclaré comme une importation dans le cadre communautaire.

En pratique, cependant, les sanctions prévues par l'article 405 du CP sont fort peu utilisées contre de telles fraudes, principalement réprimées par le jeu du code des douanes. Or, les incriminations du code des douanes présentent plusieurs inconvénients du point de vue de l'efficacité de la sanction: d'une part, il s'agit de sanctions moins lourdes (emprisonnement de trois ans au maximum, complété, il est vrai, dans certains cas de la confiscation et d'une amende proportionnelle à la valeur de la fraude, article 414, du code des douanes); d'autre part, et surtout, la transaction avec l'administration est autorisée (article 350 du code des douanes), sous réserve de l'avis du comité du contentieux fiscal douanier et des charges ou de l'accord de l'autorité judiciaire quand elle est déjà saisie, et entraîne l'extinction de l'action publique en contrepartie du versement d'une somme d'argent dont le montant est déterminé de façon discrétionnaire par l'administration des douanes sans qu'aucune publicité soit donnée à l'accord.

Même en tenant compte d'un certain nombre (probablement important) d'affaires «transigées» avec l'administration, le délit douanier d'importation et d'exportation sans déclaration ou dans des circonstances assimilées à l'absence de déclaration est ainsi retenu. Il permet, notamment, de «réputer» importation ou exportation sans déclaration de marchandises prohibées «les fausses déclarations ou manœuvres ayant pour but ou pour effet d'obtenir, en tout ou partie, un remboursement, une exonération, un droit réduit ou un avantage quelconque attaché à l'importation ou à l'exportation» (article 426, 4^o). On évoquera notamment ici un arrêt récent (Crim., 12 mars 1990,

⁽⁷⁸⁾ Sur les hésitations de la jurisprudence antérieure quant à l'application de l'article 422, 2^o, aux contrats de distribution sélective, voir Delmas-Marty, M.: *Droit pénal des affaires*, précité, t. 2, p. 407 et suiv.

⁽⁷⁹⁾ *JCP*, 1990.III.63591.

Bull. 113) appliquant ces dispositions à un processus de fraude mis en œuvre à l'occasion d'un transport de beurre: cette marchandise était présentée comme exportée à destination déclarée d'un pays tiers à la Communauté, sous le couvert de titres communautaires de transport T1, afin de percevoir des restitutions et montants compensatoires monétaires, puis le beurre était réintroduit sur le territoire de la Communauté en circulant accompagné de titres de transport T2 irrégulièrement obtenus ou falsifiés, à destination d'une entreprise française de meubles de la Drôme.

Il faut ajouter que d'autres incriminations prévues par le même article 426 du code des douanes sont également utilisées, comme les fausses déclarations sur l'origine, l'espèce ou la valeur de la marchandise (article 426, 3^o), qui sont elles aussi réputées importation ou exportation sans déclaration. Bien que le régime juridique et les peines encourues soient identiques, la technique d'incrimination est différente, car la notion d'origine, d'espèce ou de valeur est définie par renvoi au droit communautaire. Il s'agit donc de la technique d'incrimination dite «par renvoi».

5.1.3. Incriminations par renvoi

La technique du renvoi est largement utilisée en droit pénal des affaires. Elle consiste à prévoir une peine applicable à une infraction dont les éléments constitutifs sont définis par un autre texte auquel il est fait référence: soit un autre texte législatif, soit un décret d'application, soit, précisément, une disposition du droit communautaire. Souvent critiquée comme facilitant l'inflation pénale et portant atteinte à la légalité (matérielle ou formelle) des délits et des peines⁽⁸⁰⁾, cette technique facilite indiscutablement l'intégration du droit communautaire, mais dans certaines limites.

En effet, il est exclu que les autorités nationales puissent poursuivre pénalement une personne pour infraction aux dispositions d'une directive non encore transposée en droit interne⁽⁸¹⁾. «Une directive ne peut pas avoir pour effet par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un État membre pour son application de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions.» En revanche, si la directive a été transposée en droit interne, elle peut servir de base à la définition d'une incrimination pénale (voir les exemples cités ci-dessus, point 5.1.1), alors même qu'elle n'a pas encore été transposée dans d'autres États membres, car la règle de la réciprocité ne joue pas en droit communautaire. Il s'ensuit que «le droit national d'un État membre qui donne exécution à une directive communautaire doit trouver sa pleine application, alors même que la directive en question

n'aurait pas encore été transposée et mise en vigueur dans les législations des autres États membres» (CJCE, 11 janvier 1990, Ministère public/Blangueron, affaire 38/89, à propos d'une infraction aux dispositions prises pour la transposition de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, relative aux comptes annuels de certaines formes de sociétés, JO L 222, p. 11).

En revanche, l'intégration est plus complète s'agissant des règlements communautaires qui peuvent se trouver par avance incorporés à des dispositions pénales.

C'est ainsi que la loi du 1^{er} août 1905 (modifiée par la loi du 23 janvier 1978), sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, incrimine toute altération d'un produit entrant dans son champ d'application (celui-ci est déterminé par l'article 3, visant les denrées servant à l'alimentation, les substances médicamenteuses, les boissons et les produits agricoles ou naturels), dès lors qu'elle est contraire aux règlements ou aux usages (article 3), et la loi précise qu'en effet il sera statué par règlements «sur les mesures à prendre pour assurer l'exécution de la loi» (article 11). Mais il s'agit de règlements de droit interne. Or, la loi de 1978 a ajouté un article 13-1, qui prévoit expressément l'intégration du droit communautaire: «Lorsqu'un règlement de la Communauté économique européenne contient des dispositions qui entrent dans le champ d'application de la loi, un règlement d'administration publique constate que ces dispositions, ainsi que celles des règlements communautaires qui les modifieraient ou qui seraient pris pour son application, constituent les mesures d'application prévues à l'article 11.»

Cette technique d'intégration par renvoi est également utilisée par le code des vins, quant à la définition de la notion d'appellation d'origine contrôlée (article 37 du code des vins, voir Crim., 16 avril 1985, Bull. 139).

Enfin, on le retrouve, comme il a été indiqué plus haut, en matière douanière. Le renvoi consiste à rechercher dans un règlement communautaire tantôt la définition de l'origine de la marchandise déclarée [voir Crim., 1^{er} juin 1981, Bull. 176, à propos d'une exportation du sucre à destination de l'Italie, mais transitant par la Suisse — règlement (CEE) 766/68; Crim., 5 décembre 1983, Bull. 326 et 327, à propos d'importations, suivies ou non d'exportations, de moûts de raisin en provenance de pays tiers, déclarées sous le couvert de faux documents comme provenant d'un État membre; Crim., 12 novembre 1986, Bull. 333, à propos de montres faussement exportées en Suisse, puis réimportées dans le territoire douanier de la CEE sous le couvert du régime communautaire des «retours»; Crim., 12 novembre 1990, Bull. 376, à propos de porcelaines en provenance de Chine et décorées à Macao], tantôt celle de l'espèce de la marchandise ou de la valeur [voir, par exemple, Crim., 19 novembre 1979, Bull. 323, appliquant les dispositions du règlement (CEE) 803/68 quant à la

⁽⁸⁰⁾ Delmas-Marty, M.: «L'enjeu d'un code pénal», *Mélanges Legros*, Bruxelles, 1985, p. 165 et suiv.

⁽⁸¹⁾ CJCE, 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen; JCP, 1988.II.20934; Bonichot, RSC, 1989.586.

définition du prix normal d'une marchandise soumise à déclaration de valeur].

Il est à noter que, dans les cas de renvoi évoqués ici, la sanction n'est pas définie par le texte communautaire, mais par le droit pénal interne. Dans l'hypothèse envisagée par la Commission d'une sanction prévue par le texte communautaire, et non reprise en droit interne, il paraît impossible d'en imposer la prise en compte au juge pénal français, sauf à assimiler certains types de sanctions, comme le retrait de subventions, à une réparation civile que pourrait éventuellement demander la Commission en tant que partie civile devant le juge pénal, mais on a indiqué plus haut les difficultés d'une telle constitution de partie civile, d'où la nécessité d'envisager la question sous l'angle des sanctions administratives.

5.2. APPLICATION DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Sur le plan pratique, l'application de sanctions administratives aux violations du droit communautaire pose sans doute moins de problèmes que l'application des sanctions pénales. Le moindre formalisme de la procédure administrative et le caractère administratif des autorités nationales et communautaires sont de nature à faciliter la collaboration de ces autorités que ce soit pour constater la violation du droit communautaire ou pour mettre en mouvement la répression administrative.

Déjà, en matière de concurrence, où coexistent deux répressions, l'une dans l'ordre juridique communautaire, l'autre dans l'ordre juridique national, une telle collaboration existe. Il est vrai que, s'agissant des infractions au droit communautaire de la concurrence, le traité lui-même prévoit que la Commission instruit, en liaison avec les États membres, qui lui prêtent assistance, les cas d'infraction présumée aux articles 85 et 86 du traité. Mais, en dehors de ce cas particulier et alors même que les textes instituant une répression administrative en droit interne ne prévoient pas, par exemple, que la Communauté puisse saisir les autorités administratives nationales, on peut penser que, face à des informations relatives à des violations du droit communautaire qu'elle viendrait à avoir, celles-ci les recueilleraient et, le cas échéant, s'autosaisiraient, comme les textes le plus souvent le leur permettent.

Aussi le recours à des sanctions administratives pour assurer le respect du droit communautaire pose-t-il, en réalité, principalement le problème de leur fondement juridique. En effet, le principe de légalité, qui s'impose à la répression administrative comme à la répression pénale, exige un fondement textuel tant pour l'incrimination que pour la sanction. Or, si un fondement textuel en droit existe dans un certain nombre de cas, il n'en va pas toujours ainsi. Il convient donc d'examiner ces deux situations.

5.2.1. Incrimination par le droit interne de la violation du droit communautaire

Dans l'hypothèse où il existe, dans la matière réglée par le droit communautaire, un texte national instituant des sanctions administratives se pose le problème de savoir si l'autorité administrative compétente pour les infliger peut y recourir pour sanctionner la violation de règles édictées en cette matière par le droit communautaire.

La sanction ayant, elle, une base légale, il s'agit d'un problème de légalité de l'incrimination, problème résolu dès lors que le droit interne incrimine la violation du droit communautaire. Cette incrimination se fait selon des techniques juridiques identiques à celles utilisées pour l'incrimination pénale.

Tantôt le législateur crée des incriminations nouvelles, tantôt il modifie des incriminations existantes de façon à intégrer le droit communautaire. Ainsi en est-il en matière boursière, où, pour assurer la transposition des directives européennes, soit des lois ont été votées (par exemple la loi comptable du 30 avril 1983, qui fixe les règles et méthodes d'établissement des comptes annuels des sociétés de capitaux, pour transposer la directive 78/660 CEE), soit des règlements ont été édictés, notamment par la COB, tels les règlements n^{os} 88-04 et 90-02, qui déterminent les conditions d'admission des valeurs mobilières à la cote officielle (transposition de la directive 79/279 CEE) ou encore plus nettement le règlement n^o 90-08, relatif à l'utilisation d'informations privilégiées, qui assure la transposition de la directive du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés (rapport de la COB 1990, p. 389). Fort logiquement, ces textes qui sont pris pour assurer l'application du droit communautaire s'inspirent largement de la définition des infractions donnée par les directives européennes. Tel est le cas, notamment, du règlement précité de la COB, relatif à l'utilisation d'informations privilégiées — qui se caractérise par une approche nouvelle de l'élément matériel de l'infraction et par la recherche de la finalité poursuivie par l'opérateur, ce conformément à la directive européenne dont les termes sont repris (par exemple, la définition de l'information privilégiée, l'interdiction d'«exploiter» des informations, etc.)⁽⁸²⁾. Si ce règlement COB élargit, en définitive, l'incrimination par rapport à la directive européenne, il n'en reste pas moins que ce que la Communauté souhaitait voir incriminé se trouve l'être par le règlement. Dans la mesure où la loi du 2 août 1989 permet à la COB d'infliger des sanctions administratives aux entreprises qui ont des pratiques «contraires à ses règlements» ayant certains effets sur le marché, le droit communautaire dont la violation est ainsi incriminé par le règlement COB se trouve être indirectement sanctionné.

⁽⁸²⁾ Tréca, J.: « Insertion dans le droit interne français de la directive du 13 novembre 1989 », colloque de Cambridge, mars 1989.

La situation n'est guère différente en matière d'assurance, où la loi du 31 décembre 1989, qui dote la CCA d'un pouvoir de sanction administrative pour assurer le respect par les entreprises d'assurances des « dispositions législatives ou réglementaires relevant de son contrôle », est une loi « portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen ». Ainsi les dispositions législatives ou réglementaires, dont le respect s'impose aux entreprises d'assurances sous peine de sanctions de la CCA, transposent-elles en droit interne les exigences communautaires en la matière. De la sorte, les sanctions administratives nationales sont indirectement mises au service du droit communautaire. Il en va de même encore dans le secteur des télécommunications, où la loi du 29 décembre 1990 assure la mise en conformité de la législation française avec les directives communautaires venues fixer le cadre d'une politique européenne des télécommunications (directives du 16 mai 1988 et des 28 juin et 13 juillet 1990) et où, par conséquent, le pouvoir de sanction dont dispose le ministre à l'égard des entreprises qui ne respectent pas leurs obligations est un pouvoir qui réprime la violation des obligations définies par la loi, lesquelles sont, pour partie du moins, des obligations résultant du droit communautaire.

L'incrimination par le droit interne des violations du droit communautaire peut également prendre la forme d'une incrimination par renvoi, renvoi, en l'occurrence, à une disposition du droit communautaire définissant les éléments constitutifs de l'infraction.

La jurisprudence constitutionnelle éclaire cette possibilité d'incrimination par renvoi. En effet, saisi pour la violation du principe de légalité de la disposition de la loi du 17 janvier 1989, qui donne pouvoir au CSA d'infliger des sanctions administratives aux opérateurs titulaires d'autorisation pour l'exploitation de services de communication audiovisuelle « en cas de non-respect des obligations imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article 1^{er} de la loi », le Conseil constitutionnel a précisé ses exigences s'agissant du respect du principe de légalité, exigences assouplies pour la répression administrative par rapport à la répression pénale. Il a considéré, en effet, que « l'exigence de la définition des infractions se trouvait satisfaite par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements » et précisé que « les obligations susceptibles d'être sanctionnées sont uniquement celles résultant des termes de la loi et de textes réglementaires qui, dans le cadre déterminé par le législateur, fixent les principes généraux définissant les obligations des différentes catégories de services de communication audiovisuelle » (n° 88-248 DC). Ainsi, la décision doit faire référence au texte réglementaire qui a fixé l'obligation qui n'a pas été respectée pour que ce manquement soit passible d'une sanction administrative. Le Conseil constitutionnel n'admet le pouvoir de sanction que dans la mesure où il s'agit de réprimer des

manquements à des obligations attachées à une décision administrative. En d'autres termes, il demande de « formaliser ce lien » en prévoyant que la décision d'autorisation devra mentionner les textes qui comportent les obligations sanctionnées⁽⁸³⁾.

S'agissant d'assurer le respect de normes communautaires en la matière serait donc parfaitement légitime une mention, dans les décisions d'autorisation accordées aux opérateurs privés, des règlements communautaires ou des textes nationaux transposant les directives communautaires (lorsque ceux-ci sont nécessaires). À cette condition, le CSA pourrait faire respecter lui-même les obligations communautaires en matière audiovisuelle en recourant, le cas échéant, aux sanctions administratives prévues par la loi française de 1989.

La situation, en revanche, est plus complexe en l'absence en droit interne d'un fondement textuel pour l'incrimination ou pour la sanction.

5.2.2. Absence en droit interne d'incrimination de violation du droit communautaire et absence de sanction administrative

Deux hypothèses sont ici à envisager: celle d'un défaut d'incrimination en droit interne d'une violation du droit communautaire et celle d'un défaut à la fois d'incrimination et de sanction en droit interne de telles violations.

Le problème que soulève la première hypothèse de défaut d'incrimination dans l'ordre interne a été posé à propos du droit de la concurrence. On sait qu'en la matière les deux ordres juridiques, l'ordre communautaire (articles 85, 86 et 87 du traité de Rome) et l'ordre national (ordonnance du 1^{er} décembre 1986) incriminent chacun des violations du droit de la concurrence et les sanctionnent de façon propre. Dans la mesure où la Communauté ne s'intéresse pas à toutes les pratiques anticoncurrentielles, mais seulement aux ententes et exploitations abusives de position dominante susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, les champs couverts par les deux ordres juridiques ne sont pas identiques. Cependant, les deux ordres ne sont pas sans lien.

D'abord, dans la plupart des cas, un comportement tombant sous le coup des règles nationales ne fera pas obstacle à l'application de règles communautaires, et ce n'est qu'exceptionnellement que, du fait de la non-coïncidence totale des deux champs, une pratique ne sera incriminée que dans l'un des ordres juridiques: tel sera le cas, par exemple, d'une entente entre entreprises françaises relative à leur politique d'exportation qui pourrait tomber sous le coup de l'article 85 du traité CEE sans tomber sous celui de l'article 7 de l'ordonnance de 1986. Ensuite, les règles internes s'inspirent des règles communautaires: à cet égard,

⁽⁸³⁾ Cousin, B., et Delcros, B.: *Droit de la communication*, 1990, t. 1, p. 111.

l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui fixe les règles de concurrence et les sanctionne dans l'ordre interne, consacre très nettement l'alignement du droit interne sur le droit communautaire. Enfin, le règlement n° 17 du 6 février 1962, pris en application de l'article 87 du traité, dispose qu'«aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure ... les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85 et de l'article 86 conformément à l'article 88 du traité de Rome». De la sorte, les autorités des États membres se voient appelées à sanctionner en droit interne les violations du droit communautaire. Mais elles ne disposent que d'une compétence subsidiaire puisque l'engagement d'une procédure par la Commission les dessaisit. Cette compétence est également liée puisqu'elles sont tenues par la décision adoptée par la Commission, le cas échéant au terme de cette procédure. Leur compétence, enfin, est limitée par l'exclusivité dont dispose la Commission pour accorder une exemption individuelle sur le fondement de l'article 85 du traité.

Quoi qu'il en soit de ces limites, il ressort de la jurisprudence de la CJCE que, parmi les autorités des États membres qui sont ainsi susceptibles de sanctionner les violations du droit communautaire, figurent les autorités administratives spécialement chargées par le droit interne d'appliquer à titre principal la législation nationale sur la concurrence ou de contrôler la légalité de cette application. Est donc visé en France le Conseil de la concurrence, chargé d'appliquer les articles 7, 8 et 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relatifs à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. L'article 88 du traité précise que les autorités des États membres appliquent les règles de la concurrence communautaire «en conformité du droit de leur pays». Si, sans aucun doute, cette formule exclut que les autorités des États membres infligent les sanctions communautaires prévus à l'article 88 du traité, en revanche, la question se pose de savoir si ces autorités nationales peuvent recourir, pour sanctionner les violations du droit communautaire, aux sanctions de l'ordre interne, lesquelles ont été prévues pour réprimer les violations du droit interne de la concurrence.

Les points de vue en la matière divergent. Certains estiment que le renvoi au droit national opéré par l'article 88 impose une obligation d'égalité de traitement et que les recours offerts en cas de violation du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables et moins efficaces que les recours similaires offerts en cas d'infraction au droit interne, d'autant que ce principe d'égalité de traitement s'impose aux juridictions nationales. Rien ne justifierait donc qu'il ne s'applique pas aux autorités nationales. Par ailleurs, on a soutenu que laisser aux États membres le soin de décider discrétionnairement de la compétence de leurs autorités spécialisées pour appliquer le droit communautaire aboutirait à subordonner la mise en œuvre de ce droit à celle du droit interne, subordina-

tion contraire aux principes du droit communautaire⁽⁸⁴⁾.

À la vérité, ces arguments ne sont guère convaincants. Déduit du principe de légalité, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, et plus largement de la loi répressive (puisque'il n'y a pas lieu de distinguer entre répression pénale et répression administrative), exclut le recours à des sanctions nationales pour punir des violations du droit communautaire qui n'ont fait l'objet d'aucune incrimination en droit interne. Ce principe impose de considérer que les autorités ont, en matière répressive, une compétence d'attribution légalement limitée à l'application de la loi nationale. Pas plus que les juridictions pénales, les autorités administratives nationales ne peuvent appliquer directement de manière autonome le droit communautaire. Ainsi, parce que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne lui donne compétence que pour appliquer le droit interne, le Conseil de la concurrence, s'il vient à être saisi sur la seule base du droit communautaire, ne peut que se prononcer sur la licéité des pratiques anticoncurrentielles, sans pouvoir infliger les sanctions prévues par l'ordonnance qui ne s'appliquent qu'aux violations du droit interne⁽⁸⁵⁾. Il est à noter, cependant, que, jusqu'à maintenant, ce problème ne s'est pas posé dans la pratique, car les autorités nationales n'ont jamais eu à connaître à titre principal et de façon autonome de violations du droit communautaire, mais seulement conjointement à des violations du droit interne, et encore dans de rares cas: sur la cinquantaine de décisions du Conseil, l'on en dénombrait, en 1989, seulement quatre ou cinq où il se réfère aux articles 85 et 86 du traité.

Le défaut d'incrimination en droit interne de violation du droit communautaire peut aussi se doubler d'une absence de sanctions dans l'ordre interne. On sait que l'article 5 du traité CEE impose aux États membres l'obligation d'assurer l'exécution des actes de la Communauté de façon active en prenant les mesures nécessaires. À cette fin, la Communauté peut imposer aux États de prévoir des sanctions sans en préciser la nature et le contenu. Mais il arrive aussi qu'elle indique aux États les sanctions qu'ils doivent adopter. Tel est l'objet, notamment, de certains règlements édictés dans le cadre de la politique agricole commune. La régularité de tels textes paraît pourtant douteuse. Bien que ces règlements déterminent incriminations et sanctions et que l'on ait donc un fondement textuel, celui-ci ne paraît pas suffisant pour satisfaire aux exigences du principe de légalité, notamment dans sa dimension organique. À cet égard, il importe de rappeler que, dans le cadre des atteintes au

⁽⁸⁴⁾ Serras, F.: «L'application du droit communautaire de la concurrence par les juridictions nationales», *Revue de la concurrence et de la consommation*, janvier-février 1990, n° 53.

⁽⁸⁵⁾ Piroche, A.: «Les autorités nationales et le droit communautaire de la concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, septembre-octobre 1989, n° 51.

domaine public, le Conseil constitutionnel a affirmé la compétence exclusive du législateur pour édicter des sanctions pécuniaires dès lors que celles-ci dépassaient le montant des amendes de police.

Le principe de légalité emporte donc des conséquences quant aux autorités compétentes pour déterminer les sanctions, que l'on ne saurait écarter sous prétexte que l'on se situe dans le cadre communautaire. Les exigences démocratiques valables en France et qui justifient la compétence des représentants de la nation pour déterminer certaines sanctions excluent la compétence d'autorités exécutives de la Communauté pour édicter des sanctions administratives de ce type destinées à être appliquées sur le territoire national par les autorités nationales. Reste, cependant, le problème de la régularité des sanctions administratives autres, telle l'exclusion du bénéfice d'une prime pour les campagnes futures, sanctions les plus fréquentes dans les règlements communautaires et dont l'édition n'est pas réservée en droit interne au législateur.

On observera, toutefois, qu'au-delà du principe de légalité l'institution de sanctions nationales par la Communauté met en cause le principe de souveraineté nationale. Soucieux de préserver la souveraineté des États en matière répressive, le traité de Rome a limité la compétence répressive de la Communauté au seul domaine de la concurrence. Il n'est, dès lors, pas possible d'accepter que, sous prétexte de se borner à édicter des sanctions administratives, applicables par les États et non par elle-même, la Communauté, de façon insidieuse et, en tout cas, en évitant le débat politique de fond sur l'étendue de la souveraineté des États en matière répressive, s'accorde, de fait, un pouvoir répressif.

Ainsi, tant le respect de la légalité que celui de la souveraineté nationale en matière répressive conduisent à condamner cette pratique communautaire. La CJCE, qui se considère comme tenue de respecter les règles constitutionnelles des États membres lorsqu'elle les reconnaît comme fondamentales (CJCE, 17 décembre 1970, *Handelsgesellschaft*, Recueil p. 1125) se rendra peut-être à ces arguments.

Si la nécessité de la répression s'impose, notamment pour protéger les intérêts financiers de la Communauté, il restera à réviser les traités pour étendre la compétence répressive communautaire. Se posera alors, comme c'est déjà le cas en matière de concurrence, le problème du cumul éventuel des sanctions communautaires et des sanctions nationales.

5.3. RELATION ENTRE SANCTIONS NATIONALES ET SANCTIONS DU DROIT COMMUNAUTAIRE

À supposer que les sanctions prévues par la Commission des Communautés européennes dans le secteur de

la législation agricole et de la pêche soient admises dans leur principe par la CJCE et appliquées en pratique par les États membres, le problème se poserait de la mise en relation de ces sanctions «communautaires» avec les sanctions nationales, pénales et/ou administratives, éventuellement applicables aux mêmes faits.

S'agissant de la législation agricole et du droit de la pêche, les sanctions susceptibles de s'appliquer en droit interne sont principalement les sanctions pénales de la loi pénale de 1905 sur les fraudes ou celles du code des douanes (voir ci-dessus, point 5.1).

Pour dégager les principes applicables en cas de cumul, il est possible de se référer à la situation existant en matière de concurrence. Dans ce domaine, en effet, coexistent sanctions communautaires (prévues en application des articles 85 et 86 du traité de Rome, par le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962) et sanctions de droit interne — dont on rappellera, pour le droit français, qu'elles sont à la fois de nature pénale et administrative, le cumul étant, à l'occasion, possible sur la base des mêmes faits (voir ci-dessus).

La coordination des deux ordres juridiques (l'ordre communautaire et l'ordre national) s'organise à partir du principe de primauté du droit communautaire (CJCE, 15 juillet 1964, affaire *Costa/Enel*, Recueil p. 1141, et 9 mars 1978, affaire *Simmmenthal*, Recueil p. 629). Toutefois, ce principe ne concerne que les conflits entre droit communautaire et disposition «contraire» du droit national. Or, dans bien des cas, la disposition de droit interne n'est pas incompatible avec le droit communautaire, qu'elle peut compléter sur certains points, d'où la possibilité d'une application cumulative des sanctions communautaires et des sanctions internes [voir article 87, paragraphe 2, point e), du traité CEE et CJCE, 13 février 1969, affaire *Walt-Wilhem*, Recueil p. 15]. Toutefois, cette possibilité d'un cumul de sanctions est assortie par le même arrêt de la Cour de justice d'une double réserve: d'une part, la mise en œuvre du droit national «ne doit pas porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celle-ci»; d'autre part, lorsque le cumul est admis, «une exigence générale d'équité, telle qu'elle a trouvé par ailleurs son expression dans la fin du deuxième alinéa de l'article 90 du traité CECA, implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive pour la détermination d'une éventuelle sanction». Cette «exigence d'équité», qui se fonde sur le principe de proportionnalité de la sanction (voir CC, 28 juillet 1989), a d'ailleurs été rappelée à l'occasion par la Cour de justice. Ainsi, lorsqu'elle souligne que «en fixant le montant d'une amende, la Commission est obligée de tenir compte des sanctions qui auraient déjà été supportées par la même entreprise pour le même fait, lorsqu'il s'agit de sanctions infligées pour infraction au droit des ententes d'un État membre et, par conséquent, commises sur le territoire

communautaire» (CJCE, 14 décembre 1972, affaire Boehringer/Commission, Recueil p. 1281).

En définitive, toute la difficulté est de déterminer dans chaque espèce si les deux ordres juridiques sont compatibles (d'où le cumul des sanctions dans les limites de l'équité) ou incompatibles (d'où la primauté du droit communautaire). S'agissant du droit de la concurrence, les commentateurs distinguent plusieurs situations selon que l'accord en cause: soit est interdit par la Commission en vertu des articles 85 et 86 (possibilité de cumul de sanctions); soit, à l'inverse, est exempté au titre de l'article 85, paragraphe 3 (primauté du droit communautaire, voir *Crim.*, 25 octobre 1982, affaire Grundig, Bull. 232); soit fait l'objet d'une attestation négative de la Commission (selon les motifs qui fondent la décision, on retiendra la primauté du droit communautaire, si l'accord n'est pas restrictif de concurrence, ou la possibilité de sanction interne, si l'accord n'est pas susceptible d'affecter le commerce entre États membres); soit fait l'objet d'une simple lettre de classement (la conséquence étant que celle-ci ne lie pas les États membres, car elle ne fait l'objet d'aucune publication). Enfin, il est admis que les juridictions nationales doivent surseoir à statuer lorsque l'accord a fait l'objet d'une notification en vue

d'une exemption et, sans doute aussi, malgré l'absence de texte sur ce point, lorsqu'une procédure est en cours à Bruxelles⁽⁸⁶⁾.

S'agissant du secteur agricole et de la pêche, la question du sursis à statuer risque de se poser différemment selon que l'infraction est constatée par les autorités communautaires et/ou nationales. Quant à la question du cumul, il faut sans doute considérer que si la sanction du droit communautaire n'est pas pécuniaire (ce qui paraît, sous réserve de la décision de la CJCE, plus facilement compatible avec le traité de Rome) et se limite, par exemple, à un retrait de subvention, elle est, dans son principe, cumulable avec une sanction pénale ou administrative prononcée à raison des mêmes faits sur le fondement de la loi nationale. Encore faut-il tenir compte de la nécessité d'assurer le respect de la proportionnalité. Celle-ci impose, en effet, à l'autorité qui prononce la sanction l'obligation de tenir compte des sanctions qui auraient déjà été supportées par la même personne, physique ou morale (sur la responsabilité des personnes morales en droit français, voir ci-dessus).

⁽⁸⁶⁾ Piroche, A.: « Les autorités nationales et le droit communautaire de la concurrence », *Revue de la concurrence et de la consommation*, septembre 1989, n° 51, p. 8 et suiv.

6. Conclusion générale

6.1. ÉVOLUTION EN COURS

On s'attachera ici aux principales évolutions en cours concernant, d'une part, la prise en compte du droit communautaire et, d'autre part, la mise en place d'un système administratif pénal.

6.1.1. Orientations en matière de droit communautaire

Sans revenir sur ce qui a déjà été dit (voir ci-dessus, point 5) méritent d'être soulignées ici les orientations qui viennent d'être prises en matière de *droit communautaire* dans le cadre des travaux de codification du droit français.

Sur l'initiative du Premier ministre, la France a relancé en 1989 sa politique de codification. Succédant à l'ancienne Commission supérieure chargée, depuis 1948, d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, la Commission supérieure de codification, instituée par le décret du 12 septembre 1989, s'est vu confier la mission «de procéder à la programmation des codes à établir, de fixer par des directives générales des méthodes, de susciter, d'animer et de coordonner les travaux menés par les administrations» (premier rapport d'activité, JO, 1990). Dans le cadre de cette mission, elle s'est interrogée sur les problèmes posés par le développement du droit communautaire, et notamment sur les modalités d'insertion des prescriptions communautaires dans les codes nationaux, qui sont au nombre d'une cinquantaine répartis par matière.

La Commission a d'abord dressé un bilan des pratiques des États membres en la matière. Elle a alors constaté, d'une part, que la codification à laquelle la France est très attachée par principe et en pratique est un souci largement étranger aux États membres, ceux-ci se satisfaisant de la simple compilation des textes juridiques, et, d'autre part, que l'articulation entre le droit communautaire et le droit interne n'est pas apparente dans la plupart de ces États. Le plus souvent, des dispositions communautaires n'apparaissent dans les recueils de textes que lorsqu'elles entraînent des modifications du droit interne, et elles y figurent alors sans indication de leur origine communautaire, de sorte qu'elles se confondent avec les autres textes de droit interne. Lorsque, beaucoup plus rarement, le droit communautaire apparaît, c'est soit sous forme de texte de transposition en droit interne, soit comme tel, mais son architecture n'est pas modifiée, il n'est notamment pas procédé à sa codification.

Pour la France, la Commission de codification a finalement renoncé à «intégrer» dans les divers codes les prescriptions du droit communautaire, préférant seulement les «insérer». Elle a rappelé d'abord, que la

France, comme tout État membre, ne peut «toucher», même seulement pour les codifier, aux règles communautaires (rapport, p. 6), les institutions communautaires étant seules compétentes pour le faire, ce à quoi, d'ailleurs, les invite régulièrement le Parlement européen depuis les années 70. D'autre part, elle a souligné la portée juridique réduite qu'aurait une telle codification, qui n'est pas susceptible de se substituer aux textes communautaires initiaux, ceux-ci émanant d'une autorité autre que nationale et se situant à un rang supérieur à celui des dispositions codifiées. Enfin, elle a fait valoir la difficulté pratique d'une telle codification, les normes communautaires étant à la fois très nombreuses, hétérogènes, touffues et instables.

Soucieuse, néanmoins, de rendre le droit communautaire accessible et d'améliorer la sécurité juridique, la Commission de codification a décidé de publier les règlements communautaires importants (c'est-à-dire ceux qui sont considérés comme tels par la Commission des Communautés européennes et qu'elle publie en caractères gras au *Journal officiel des Communautés européennes*), voire seulement certains, s'ils sont trop volumineux, publication sous forme d'une partie communautaire insérée dans chaque code, ne faisant pas partie du code stricto sensu, car publiés dans leur version d'origine, sans codification particulière, mais avec, dans la mesure du possible, une présentation et une numérotation rappelant celles des parties nationales. Quant aux directives communautaires, après avoir écarté l'idée de ne publier que les directives transposées, car les directives même non transposées ne sont pas dépourvues d'effet juridique interne, la Commission de codification a décidé de les mentionner toutes et de les placer en annexe sous forme d'une liste avec leur référence précise au *Journal officiel des Communautés européennes*. Le droit communautaire va donc être ainsi réparti par matière et inséré dans chacun des codes nationaux au vu de leur matière.

En revanche, la Commission n'est pas allée très loin s'agissant de l'articulation du droit communautaire et du droit national. Elle a, en effet, renoncé à l'idée de faire apparaître le lien entre dispositions du droit interne et dispositions du droit communautaire, par exemple en indiquant l'origine communautaire d'une disposition de droit interne ou en faisant une table de concordance en fin de code permettant de retrouver les articles du code pris pour assurer la transposition du droit communautaire. Au-delà de la difficulté tenant à l'ampleur d'un tel travail, la Commission de codification a justifié expressément ce choix par ses craintes que «cela ne conduise la Commission des Communautés européennes à étendre son contrôle sur l'application des textes communautaires par les États membres» (rapport, p. 37). Le souci de préserver l'autonomie normative française l'a donc emporté, mais la France, au dire même de la Commission de codification, ne semble pas être le seul État membre à ne pas souhaiter mettre en lumière le lien entre droit

communautaire et droit interne, mise en lumière, il est vrai, de nature à faire prendre conscience des lacunes de la répression (pénale ou administrative) en cas de violation du droit communautaire, faute d'avoir procédé aux incriminations nécessaires en droit interne.

6.1.2. Mise en place du système administratif pénal

Quant à la *mise en place du système administratif pénal*, les évolutions à souligner concernent l'enracinement de cette répression et l'affinement de son régime juridique.

L'enracinement de la répression administrative tient à la fois à l'usage qui en est fait et à l'extension de son champ. Redéployée dans les années 80 par l'intermédiaire d'AAI, la répression administrative n'est plus circonscrite aux répressions disciplinaire et fiscale, qui constituaient ses terrains d'élection; elle devient une forme de sanction privilégiée en matière économique. On observe que les autorités nouvelles usent largement des pouvoirs répressifs qui leur ont été confiés: à titre d'exemple, si la jeunesse de son pouvoir de sanction pécuniaire explique sans doute que la COB n'en ait pas fait encore usage, elle a, en revanche, procédé à des retraits d'agrément; quant au Conseil de la concurrence, le nombre de saisines a doublé depuis 1987, et le montant des amendes qu'il a infligées est passé de 4,4 millions de francs en 1987 à 258 millions en 1989 (dont une condamnation d'un club de livres mondial à 20 millions de francs, décret n° 89-D.41, du 28 novembre 1989, *Les petites affiches*, 1^{er} août 1990, p. 33).

L'enracinement de la répression administrative résulte aussi de l'extension de son champ. Tel est le cas, en particulier, en matière boursière, où le législateur en confiant en 1989 à la COB à la fois une compétence normative pour définir des règles et une compétence répressive pour sanctionner les manquements aux règles qu'elles édicte lui a donné la quasi-maîtrise des incriminations (ses règlements restant soumis à homologation du ministre de l'Économie et des Finances) et, par là, la faculté de déterminer (et donc d'étendre, le cas échéant) le champ de la répression administrative, ce qu'elle a fait, notamment en 1990, en adoptant toute une série de règlements essentiels (règlement n° 90-02, relatif à l'obligation d'information du public, règlement n° 90-04, relatif à l'établissement des cours, etc.). Dans son rapport pour 1990, la COB souligne d'ailleurs qu'elle a dénoncé des faits au cours de cette année «qui, s'ils s'étaient produits postérieurement à la publication, en juillet 1990, de ses nouveaux règlements, auraient été susceptibles de donner lieu à sanction par la Commission elle-même» (rapport 1990).

Au-delà de ces secteurs déjà ouverts à la répression administrative et qui sont appelés à s'étendre, de nouveaux champs apparaissent. Ainsi, la loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécom-

munications vient de reconnaître au ministre des PTT vis-à-vis des opérateurs, outre des pouvoirs d'information et d'enquête, un pouvoir propre de sanction (article L. 34-2): suspension de leur autorisation pour un mois, réduction de sa durée dans la limite de un an, ou retrait. On observe qu'ici l'extension de la répression administrative n'accompagne pas un mouvement de dépénalisation: la loi nouvelle n'écarte pas les sanctions pénales; elle les revoit seulement dans le «sens d'une meilleure hiérarchisation»⁽⁸⁷⁾. En outre, si le législateur a préféré confier ce pouvoir de sanction à une autorité administrative classique — le ministre — au lieu de créer une instance indépendante chargée de la régulation de ce secteur, il paraît difficile de voir là «une perte de confiance dans les vertus présumées de la régulation indépendante»⁽⁸⁸⁾ ne serait-ce que parce qu'un autre projet de loi à l'ordre du jour prévoit l'institution d'une nouvelle AAI: la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, chargée notamment du contrôle des écoutes téléphoniques. En l'état actuel du projet, cette autorité ne devrait, cependant, pas disposer de pouvoirs de sanction, mais seulement de pouvoirs d'enquête et d'injonction.

Parallèlement à son enracinement dans des secteurs nouveaux, la répression administrative voit son régime juridique s'affiner. Le Conseil constitutionnel continue d'en dessiner les grandes lignes. Ainsi a-t-il, par sa décision du 27 décembre 1990 déjà évoquée (ci-dessus, point 4) et rendue à propos de la loi précitée sur la réglementation des télécommunications, rappelé les exigences constitutionnelles en matière de perquisitions administratives. S'il a alors amputé la loi des dispositions relatives aux pouvoirs d'investigation donnés aux agents des télécommunications dans les locaux professionnels, dispositions jugées inconstitutionnelles, il n'en a pas moins esquissé une distinction qui n'apparaissait pas jusque-là entre les perquisitions administratives selon qu'elles se déroulent au domicile privé ou dans les locaux professionnels. En considérant que les exigences constitutionnelles ne sont pas nécessairement les mêmes dans les deux cas, il adopte un point de vue qui rapproche le droit interne de la position communautaire, caractérisée par sa souplesse à l'égard des perquisitions dans les locaux professionnels (voir, notamment, CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst, *D*, 1990, J.113).

Au-delà des grandes lignes tracées par la jurisprudence constitutionnelle, ce sont les juges, administratif et judiciaire, qui, saisis du contentieux des sanctions administratives précises, à l'occasion de leur application, les règles juridiques auxquelles la répression administrative est assujettie. Dans un contentieux en plein essor — la cour d'appel de Paris a été saisie, en 1989, de 22 recours contre des sanctions du Conseil de la concurrence et a, pour la première fois depuis 1970,

⁽⁸⁷⁾ Chevallier, J.: «La réglementation des télécommunications», *AJDA*, mars 1991, p. 203.

⁽⁸⁸⁾ Chevallier, précité.

annulé une sanction de la COB (arrêt du 29 mai 1990), — le juge a été conduit à déterminer de façon concrète le contenu de l'exigence de proportionnalité, de motivation, de procédure contradictoire, etc.

Si, indéniablement, se construit grâce aux juges le système administratif pénal français, des propositions restent à faire concernant ses faiblesses ou ses lacunes en France.

6.2. PROPOSITIONS

Les *propositions* principales que l'on doit formuler concernent le champ de la répression administrative plus que son régime.

6.2.1. Régime juridique

S'agissant, en effet, de son *régime juridique*, l'essentiel est déjà dit, notamment par le Conseil constitutionnel, à savoir que la répression administrative pour n'être pas arbitraire doit s'exercer dans le respect des principes, constitutionnels en particulier, qui gouvernent la répression pénale. Certes conviendra-t-il d'aller plus loin et de s'inspirer, notamment, du droit européen⁽⁸⁹⁾. À la répression administrative devrait donc s'appliquer, par exemple, le principe de présomption d'innocence ou encore le principe du droit au silence ou droit de ne pas s'auto-incriminer lors des enquêtes menées par l'administration (voir, sur ce point, CJCE, 18 octobre 1989, Orkem/Commission, D, 1990, J. 113).

En réalité, en matière de régime juridique, le problème principal réside dans l'application à l'ensemble de la répression administrative des principes posés en la matière par le Conseil constitutionnel, car si elles sont revêtues de l'autorité de la chose jugée, les décisions du Conseil constitutionnel n'ont pas d'effet normatif. Les décisions du Conseil constitutionnel en matière de répression administrative ne font donc pas jurisprudence. Cela explique que, dans des secteurs essentiels comme le secteur fiscal, la répression exercée par l'administration puisse être encore entachée de multiples et graves inconstitutionnalités, qu'il s'agisse, pour ne citer que les principales, du non-respect des droits de la défense ou du principe de proportionnalité (en raison de l'automatisme de la sanction fiscale). C'est là une des conséquences de notre système de contrôle de constitutionnalité des lois que de permettre le maintien en application de lois non conformes à la Constitution, faute pour elles d'avoir été déférées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation ou de l'être à l'occasion de l'examen d'une loi qui viendrait à « les

⁽⁸⁹⁾ Sur ce point, voir Moderne, F.: «Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la convention européenne des droits de l'homme» *Les petites affiches*, numéro spécial, précité, 17 janvier 1990, p. 15.

modifier, les compléter ou à affecter leur domaine» (décision du Conseil constitutionnel n° 85-187 DC, du 25 janvier 1985). Le remède réside donc ici dans des changements plus fondamentaux, précisément dans l'aménagement du contrôle de constitutionnalité, aménagement au demeurant proposé en 1989 et objet d'un projet de loi constitutionnelle du 29 mars 1990, mais qui semble, pour le moment du moins, abandonné.

6.2.2. Champ de la répression administrative

En revanche, s'agissant du *champ de la répression administrative*, la réflexion doit être menée plus avant et dans une double direction.

D'une part, il importe de mieux cerner parmi les mesures administratives celles qui constituent des sanctions administratives. Le plus grand flou règne en la matière: les définitions les plus diverses sont adoptées par la doctrine, et la jurisprudence semble hésitante, voire incertaine. Des distinctions nombreuses apparaissent: mesures conservatoires, mesure de police, mesures restitutives ou encore mesures d'ordre intérieur. Les critères permettant de définir ces mesures et de les distinguer des sanctions administratives ne sont pas clairement établis ni se semblent toujours pertinents quand ils sont décelables. Or, au fur et à mesure que se précise le régime juridique des sanctions administratives et que s'affirme son caractère protecteur, l'inconvénient d'une absence de définition croît. Et cet inconvénient ne saurait être compensé par le fait que des mesures comme les mesures de police peuvent éventuellement bénéficier de certaines garanties comme l'exigence de motivation ou de procédure contradictoire. Il devient donc urgent de s'interroger sur les critères de la sanction administrative en s'attachant à retenir une définition suffisamment large pour que toute mesure administrative répressive puisse être appréhendée comme telle et bénéficier de la protection offerte aux sanctions administratives. S'inspirant de la démarche qui a déjà animé la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts Engel, du 8 juin 1976, et Öztürk, du 21 février 1984, pour qualifier la «matière pénale», il conviendrait de déterminer quels critères, voire quels indices et, le cas échéant, quelles combinaisons d'indices, peuvent permettre de conclure au caractère de sanction d'une mesure administrative.

Mais, et c'est le second problème que pose le champ de la répression administrative, il importe aussi de déterminer le champ de cette répression par rapport à celui de la répression pénale. En 1984, la Commission du rapport et des études du Conseil d'État a déjà, dans un rapport relatif aux conditions dans lesquelles sont élaborées et mises en œuvre les dispositions pénales figurant dans les législations et réglementations techniques, invité à modifier les pratiques suivies en la matière et proposé de substituer des sanctions administratives aux sanctions pénales existant pour la

répression des infractions à ces législations, du moins pour celles ne portant pas atteinte aux «valeurs essentielles de la société», c'est-à-dire à l'«organisation de la vie sociale»⁽⁹⁰⁾. Une circulaire du Premier ministre du janvier 1985 suggéra, à la suite de ce rapport, la mise en place d'un groupe d'études au ministère de la Justice chargé de rechercher des «alternatives efficaces aux solutions pénales»⁽⁹¹⁾. Mais le défaut de coopération de la plupart des ministères fit échec au projet.

Aussi est-ce finalement dans le cadre des travaux de la Commission de révision du code pénal qu'une réflexion plus poussée a pu être entreprise concernant les critères ou les indicateurs à prendre en considération pour décider d'une répression pénale ou administrative des infractions.

6.3. SUGGESTIONS POUR LE RAPPORT FINAL

Des développements qui précèdent et en s'efforçant de dépasser le particularisme du droit français, on dégagera deux lignes de recherche, qui concernent, d'une part, la définition de l'infraction administrative par rapport à l'infraction pénale et, d'autre part, les règles de procédure applicables.

6.3.1. Infraction administrative et infraction pénale

Compte tenu du développement actuel des infractions administratives et de leur rapprochement — voire de leur enchevêtrement — avec la catégorie des infractions pénales, il devient hautement souhaitable que soient adaptés à l'échelle européenne des principes directeurs communs permettant non pas l'unification, mais l'harmonisation des systèmes nationaux.

En effet, s'il apparaît plus conforme aux principes généraux du droit que les sanctions prévues par la Commission des Communautés européennes soient appliquées sur le plan national au titre de sanctions administratives, encore faut-il que ce choix soit compatible avec les choix nationaux. Or, on constate un double désordre — à l'intérieur de chaque droit interne et d'un pays à l'autre — quant aux critères qui

sous-tendent la définition de la nature juridique, administrative ou pénale, d'un certain nombre d'infractions. Esquissés à partir des travaux de la Commission du rapport et des études du Conseil d'État et de la Commission de révision du code pénal (voir ci-dessus), les principes directeurs organisés autour des indicateurs du dommage, de l'intérêt protégé et de la transgression pourraient sans doute être adaptés à la situation communautaire. À titre d'exemple, parmi les critères pris en compte, pourraient apparaître celui de l'intérêt des Communautés (au titre de l'intérêt protégé) et celui du non-respect de règles communautaires (au titre de la transgression).

Ainsi serait esquissé un instrument original qui, tout en respectant la souveraineté de chaque État, éviterait l'éclatement, que l'on constate à l'heure actuelle, d'un système à l'autre et parfois à l'intérieur d'un même système, lorsqu'il n'existe pas de cadre général de la répression administrative — comme c'est le cas en France.

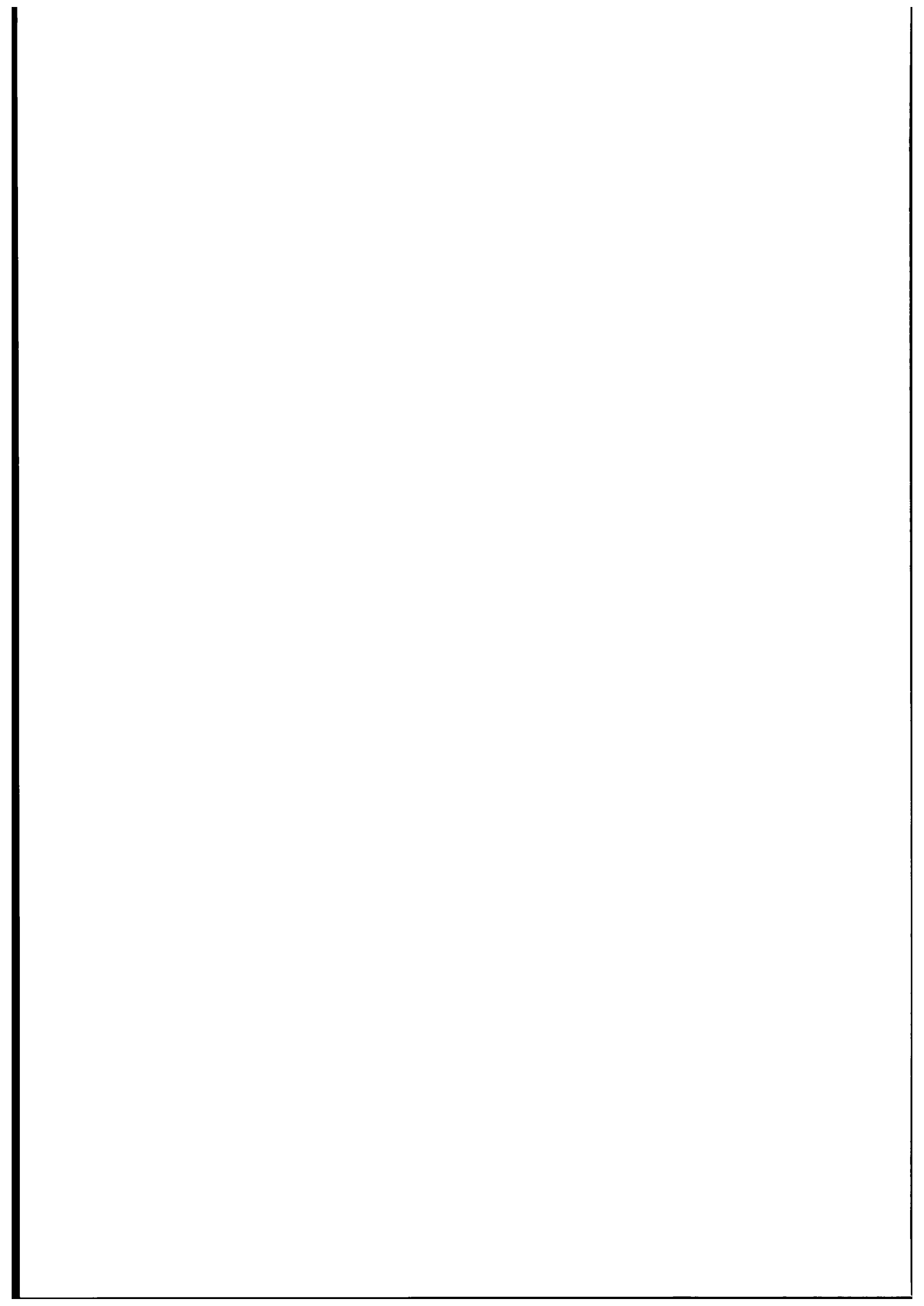
En revanche, on peut considérer que, du point de vue de la procédure applicable, un instrument de cohérence existe déjà, dès lors que les douze États membres de la CEE ont tous ratifié la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

6.3.2. Règles de procédure

Compte tenu de l'interprétation autonome donnée par les instances de Strasbourg à la notion de «matière pénale», au sens de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il serait tout à fait possible, et d'une grande utilité pratique, de procéder à l'élaboration d'un guide de principes communs de procédure. Inspiré de l'article 6, mais précisé et enrichi par référence aux rapports nationaux établis à la demande de la Commission des Communautés européennes, de manière à tenir compte des particularismes nationaux sans doute plus sensibles en procédure qu'au fond, l'établissement d'un tel jeu de principes ne constituerait évidemment pas l'équivalent d'un code européen de procédure, mais plutôt des lignes directrices devant guider les autorités administratives et juridictionnelles nationales dans leur interprétation et le législateur dans ses futures réformes. L'objectif serait d'assurer ainsi un certain rapprochement dans la mise en œuvre des dispositions communautaires par les différents États de la Communauté.

⁽⁹⁰⁾ Compte rendu du rapport par de Bresson, J. J., dans «Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques», *RCS*, 1985, précité, p. 256.

⁽⁹¹⁾ *RSC* 1985, p. 397.



Ireland

The system of administrative and penal sanctions

By
John Handoll
of the law firm Stephenson Harwood, Brussels,
with the assistance of David Barnaville,
Barrister-at-Law, Dublin

Ireland

LIST OF ABBREVIATIONS

IR	The Irish Reports
ILRM	Irish Law Reports Monthly
ILT	Irish Law Times and Solicitor's Journal
ILTR	Irish Law Times Reports
EHR	European Human Rights Reports
LRC	Law Reform Commission

Contents

1.	Introduction	241
2.	Sanctions and the Constitution	242
2.1.	Separation of powers	242
2.2.	The judicial power of the State	242
2.2.1.	Article 37	242
2.2.2.	Article 38	242
2.2.3.	What is a 'criminal matter'/'offence'?	242
3.	Types of sanctions available	244
3.1.	General	244
3.1.1.	Fines and/or imprisonment	244
3.1.2.	Revocation of licences	244
3.1.3.	Disqualification	245
3.1.4.	Forfeiture of goods	245
3.1.5.	Financial penalties	245
3.1.6.	Other sanctions	245
3.2.	Agricultural sanctions	245
3.2.1.	General	245
3.2.2.	Intervention measures in the beef and veal sector	246
3.2.3.	Co-responsibility levy on cereals	246
3.2.4.	Beef premium scheme	246
4.	Criminal law — Classification of offences	248
5.	Substantive rules applied to criminal and administrative offences	249
5.1.	General	249
5.2	Principle of legality	249
5.2.1.	Criminal law	249
5.2.2.	Administrative offences	249
5.3	Principle of personal fault/defences	249
5.3.1.	Criminal law	249
5.3.2.	Administrative offences	250
5.4.	Liability of legal persons	250
5.4.1.	Criminal law	250
5.4.2.	Administrative offences	250
5.5.	Participation of persons and inchoate offences	251
5.5.1.	Criminal law	251
5.5.2.	Administrative offences	251
5.6.	Penalties	251
5.7.	Prescription/time-limits	251
5.7.1.	Criminal law	251
5.7.2.	Administrative offences	252
5.8.	Cumulative imposition of criminal and administrative sanctions	252
5.9.	Applicability of the concept of ' <i>fraude à la loi</i> '	253

6.	Control of administrative decisions	254
6.1.	General	254
6.2.	Rules of natural justice and constitutional justice	254
6.3.	What are the requirements of constitutional/natural justice?	254
6.3.1.	Rule against bias	254
6.3.2.	Right to a fair hearing	254
6.4.	Article 6 of the European Convention on Human Rights	254
		7.
	Appeals against administrative decisions	
7.1.	Judicial review	256
7.2.	Declaration	256
7.3.	Injunction	256
7.4.	Summary judgment	256
7.5.	Appeals to the Supreme Court	256
8.	Settling or compounding cases	257
8.1.	Criminal cases	257
8.2.	Administrative offences	257
9.	Reform at national level	258
9.1.	Law reform Commission	258
9.2.	Interdepartmental Committee	258
9.3.	The judicial inquiry into Goodman International	258
10.	Impact of the system of Community sanctions on the national system of administrative and criminal sanctions	259
10.1.	General	259
10.2.	Article 29.4.3° of the Irish Constitution	259
10.3.	Authorities competent to apply Community sanctions (such as those in Document XX.B.2.(90)D-2112 of 13 June 1990)	259
10.4.	Substantive and procedural rules	259
10.5.	Application of general principles in cases where the same circumstances give rise to an offence under national law	259
	Select bibliography	260

1. Introduction

In general terms, this study is concerned with the application of rules, infringement of which can lead to the imposition of a penalty.

As a starting point we can use the definition of penalty given in the Commission's proposal for a Council Regulation on the checks and penalties applicable under the common agricultural and fisheries policies.

'... penalties shall be understood to mean measures entailing unfavourable financial or economic consequences for an operator who has unjustifiably received a benefit or who has failed to fulfil an obligation imposed by legislation.'

This will not include measures such as a simple withdrawal of the benefit, the obligation to reimburse unjustifiably received amounts plus interest, or the simple forfeiture of a guarantee. It will include the requirement to pay amounts greater than the amount unjustifiably received, a total withdrawal of a benefit even though the irregularity was only in relation to a part, and exclusion from enjoying future benefit.

The provision for a penalty will have both a coercive effect (in that it will discourage irregularity) and a punitive effect (in that infringements will not only be remedied by purely corrective measures such as withdrawal of a benefit or reimbursement but also by measures — designed to safeguard the integrity of a given benefit or funding regime — which impose additional economic burdens on the operator which has broken the rules).

The questions in the Commission's methodological note on the basis of which this study is prepared are based on the premise that there exists a 'system of administrative offences'. There is no such identifiable system in Irish law, whether we are talking about such a system in the classic sense of the term, in accordance with the German law model of 'Ordnungswidrigkeiten' or by 'way of an analogous scheme which is distinct from that of criminal offences'.

This study cannot, nevertheless, be restricted to an examination of the criminal law rules in relation to the operation of benefit or funding regimes. Given that the aim of the study is to see how Community

sanctions can be applied through national procedures, it is necessary to establish whether and how the administrative and civil law 'systems' can be used to impose penalties as well.

One can only speak of 'administrative sanctions' when these are imposed directly by the administration itself, either by virtue of an inherent administrative discretion or by virtue of an express legislative provision. Given constitutional restraints, to be discussed below, such sanctions will always be non-criminal in nature.

The administration may, through the courts, also use sanctions available under the civil and criminal law. This may be made possible by statute or secondary legislation, which provides for the appropriate penalty or penalties, which may be sought by the administration before the criminal or civil courts. Where this is the case, one can talk of specific criminal and civil sanctions which can be sought by the administration, and, within the context of given statutory regimes, these may be described as 'statutory offences' which, in their elements, may depart from traditional criminal law offences.

As a rule, administrative-type offences are subsumed under the criminal law. The criminal law system covers a wide variety of offences, with differences as to the element of intent, the sanction to be applied and the body applying the sanction. Although there cannot really be said to be a regulatory model for administrative-type offences, there are a number of features they tend to share. First, many such offences will be of 'strict liability'—that is, no *mens rea* is required. Second, where such offences are introduced as part of legislation implementing EC Directives, this will ordinarily be done by statutory instrument under the terms of the European Communities Act 1972. Although some pattern can thus be ascertained, there is some debate whether statutory instruments are appropriate (especially where more rigorous penalties appear to be called for). It would be wrong to deduce from this appearance of similarity in the definition of administrative offences that there is a 'regulatory model' — it may be possible to arrive at some such model on the basis of an empirical survey, but such work has not, to my knowledge, been done for Ireland.

2. Sanctions and the Constitution

2.1. SEPARATION OF POWERS

In a discussion of the constitutional limitations on the imposition of sanctions and penalties it must be borne in mind that the Constitution of Ireland provides for the separation of powers between the legislature, the executive and the judiciary.¹ Article 5.2.1^o confers the legislative function on the 'Oireachtas' (the Irish legislature, consisting of the President, the 'Dáil' (lower house of parliament) and the 'Seanad' (Senate)). Article 28.2 confers the executive power of the State on the government. Articles 34.1 and 37 confer the judicial power of the State on the courts.²

Given this constitutionally entrenched separation of powers, it is necessary to consider to what extent sanctions can be imposed by the administration. In order to answer this question, it is necessary to consider further the judicial function.

2.2. THE JUDICIAL POWER OF THE STATE

2.2.1. Article 37

The requirement in Article 37.1 that justice shall be administered in courts established by law by judges appointed under the Constitution is qualified by Article 37.1, which states:

'Nothing in this Constitution shall operate to invalidate the exercise of limited functions and powers of a judicial nature, in matters other than criminal matters, by any person or body of persons duly authorized by law to exercise such functions and powers, notwithstanding that such person or such body of persons is not a judge or a court appointed or established as such under this Constitution'.

In relation to civil matters, Article 37.1 authorizes limited powers and functions of a judicial nature to be exercised by bodies which are not courts. The purpose of this Article is that certain matters might be determined by administrative tribunals rather than the courts: it is designed to define the boundary between the judicial power of the State and the exercise of judicial powers by administrative authorities in the light of their statutory objects. The powers conferred must be 'judicial' and they must be 'limited'.³

¹ Article 6.1.

² However, the separation of powers stipulated by the Constitution is not a very rigid separation and there is some overlap of functions. See, for example, Kenny in *Abbey Films Ltd v. Attorney-General* [1981] IR 158, at p. 171, and the discussion of Article 37, below.

³ See *McDonald v. Bord na gCon* [1965] IR 217; *Re Solicitors Act 1954* [1960] IR 239; *Fisher v. Irish Land Commission* [1948] IR 3; *State (Calcut International Ltd) v. Appeal Commissioners*, High Court, unreported, 18.12.1986.

It should be emphasized that in relation to criminal matters, only the judiciary may exercise (even limited) functions and powers of a judicial nature.

2.2.2. Article 38

Article 38.1 provides that 'no person shall be tried on any criminal charge save in due course of law'. Article 38.2 provides that 'minor offences' may be tried by courts of summary jurisdiction. Article 38.5 provides that apart from the trial of minor offences no person shall be tried on any criminal charge without a jury.

If an offence contained in a statute or statutory instrument providing for the imposition of a sanction is classified as a criminal offence, a person charged with that offence may be tried in a summary manner (by a District Justice sitting without a jury) provided the offence is regarded as a 'minor' offence. If the offence is not regarded as a minor offence, the person must be tried by a judge sitting with a jury.

2.2.3. What is a 'criminal matter'/'offence'?

The protection given by the Constitution under Article 37 applies only to 'criminal matters'. The definition of an offence as minor or non-minor is relevant only if it is a criminal offence.

It has been held that the essential ingredient of a criminal matter is its association with the determination of the question whether an offence against the State itself or a public offence had been committed.⁴

Where the function of an election court inherently contained a power of trying a criminal charge (corrupt or illegal practices) this would be unconstitutional even where the power was not in fact exercised for a particular case.⁵

In relation to Article 38.2, the issue has also arisen whether a given course of conduct is criminal in nature, since, if it is not, that Article will not be applicable.

A number of criteria were identified by Kingsmill Moore in *Melling v. ó Mathghamhna and Attorney-General* [[1962] IR 1]. An offence would be criminal where: (i) it was an offence against the community at

⁴ See *The State (Murray) v. McRann* [1979] IR 133 — breach of prison rules *per se* was not a criminal matter.

⁵ *Cowen v. Attorney-General* [1961] IR 411.

large, and not against an individual; (ii) the sanction was punitive, and not merely a matter of fiscal or other reparation, and failure to pay involved imprisonment; and (iii) *mens rea* existed. In relation to the third criterion, it should be noted that although *mens rea* is not an essential element of a criminal offence, where it *is* made an element it is generally an indication of criminality.

On this basis, the Courts have decided that smuggling offences under sections (s.) 186 of the Customs Consolidation Act 1876 are criminal offences.⁶

⁶ See *Melling v. Ó Mathghamhna* [1962] IR 1. In *Deaton v. Attorney-General* [1963] IR 170, the Supreme Court struck down as unconstitutional the right of the Revenue Commissioners to elect which penalty could be imposed by the courts, since this election was a judicial function which could only be exercised by the Courts under Article 37.1 of the Constitution: see s. 34(1) of the Finance Act 1963, which remove this right of election.

On the other hand, a fixed money penalty under s. 500 of the Income Tax Act 1967, has been held, on the basis of Kingsmill Moore's criteria, not to relate to a criminal offence, but is rather a civil penalty recoverable as a liquidated sum in the civil courts. Given the language used in s. 500, the failure to make a return could not be considered a crime against the community: although the sanction could become punitive there was no provision for imprisonment in the case of failure to pay and there was no *mens rea* involved.⁷

⁷ *McLoughlin v. Tuite*, followed in relation to s. 128 of the 1967 Act in *Downes v. DPP* [1987] ILRM 665: other provisions of the Act, with similar provisions for penalties (e.g. s. 501), appear to be more criminal in nature and the same analysis may not apply.

3. Types of sanctions available

3.1. GENERAL

In relation to any benefit or funding regime, it will be necessary, subject to any legal or constitutional limitations, to select the instruments most appropriate to ensure the successful operation of the regime.

In this section, I give a brief overview of some of the types of sanctions available to the State under Irish law. Some of these may clearly be described as penalties, since they have an avowedly punitive effect. Others are of a more ambiguous nature. Revocation of a licence, for example, may be seen simply in terms of the licensee failing to satisfy the conditions for a licence; alternatively, or additionally, it may be seen as a punishment for failing to satisfy such conditions. Such sanctions are included here as well.

3.1.1. Fines and/or imprisonment

The most common sanction is the imposition of fines and/or imprisonment. The Oireachtas (the legislature) or the minister (in the case of offences under secondary legislation) will select the appropriate level of punishment on the basis of the perceived seriousness of the offence as well as the level judged necessary to secure compliance.

Broadly speaking, the choice open to the legislator will be to opt for summary trial, with relatively low fines and/or periods of imprisonment, or trial on indictment, with higher fines and/or longer periods of imprisonment. It is not uncommon for a statute to provide for a dual solution, with the possibility of having the case tried on indictment, when the infringement is serious and a high penalty seems called for.⁸

The prevailing view is that, in order to stay within the limitations imposed by Article 38.2 of the Constitution, the maximum fine which can be imposed by a court of summary jurisdiction (the District Court) is IRL 1 000 and the maximum period of imprisonment is one year.⁹

With rare exceptions,¹⁰ the Director or Public Prosecutions (DPP) will be responsible for prosecuting cases

⁸ See, for example, s. 56 of the Abattoirs Act 1988 — on summary conviction, a fine up to IRL 1 000 and/or imprisonment for up to six months and, on conviction on indictment, a fine up to 10 000 and/or imprisonment for up to three years.

⁹ As in s. 94(3)(a) of the Finance Act 1983, which provides penalties in respect of offences under the Customs Acts and other tax legislation. These figures were confirmed by a member of the Attorney-General's office. The Courts have not been so specific: in *The State (Sheerin) v. Kennedy* [1966] IR 379, the Supreme Court held that a three-year period of imprisonment could not be imposed by a court of summary jurisdiction, whereas in *Conroy v. Attorney-General* [1965] IR 411, it held that a period of imprisonment for six months could be so imposed.

¹⁰ The Attorney-General is empowered to prosecute for certain infringements (involving international elements) of fisheries legislation.

on indictment.¹¹ He may also be empowered to prosecute summary cases. It is not, however, unusual for a statute to provide that persons other than the DPP may prosecute in respect of summary offences.¹²

It should be emphasized that it will always be the courts, and not the administration, which will impose the fine and/or period of imprisonment if a breach is established.¹³

3.1.2. Revocation of licences

Statutes may require that licences are required to carry on various activities. A licence is needed to drive a car.¹⁴ A licence will also be required as a precondition of carrying out certain business activities.¹⁵

If such activities are carried out without a licence, the statute will usually stipulate that a criminal offence is committed.

The licensing authority will usually be permitted to attach conditions to licences granted by it. Failure to comply with such conditions will often constitute a criminal offence.¹⁶

A licence may also be revoked, whether for failure to comply with the conditions attached to it, or for more general reasons relating to the unsuitability of the licence-holder.

The courts have generally taken the view that such disqualification does not constitute a direct or primary punishment. In *Conroy v. Attorney-General*¹⁷ the Supreme Court held that disqualification under s. 26 of the Road Traffic Act 1961 was a consequence relating to fitness to drive.

Disqualification may be ordered by the criminal courts. In other cases, the relevant minister or other licensing authority may revoke a licence subject to substantive and procedural requirements specified in the legislation¹⁸ or otherwise required by law.

¹¹ See Article 30.3 of the Constitution and s. 3 of the Prosecution of Offences Act 1974.

¹² Examples include local authorities (Air Pollution Act 1987); Ministers (International Carriage of Perishable Foodstuffs Act 1987, Abattoirs Act 1988); statutory authorities such as the National Authority for Health and Safety (Health, Safety and Welfare at Work Act 1989) and the Revenue Commissioners (Customs Acts and Tax Acts).

¹³ See Article 37.1 of the Constitution, discussed at 2.2.1 above. Note, however, the possibility of making a payment to avoid recourse to the criminal justice system — see discussion at 8, below.

¹⁴ Road Traffic Act 1961.

¹⁵ For example, operating an abattoir (Abattoirs Act 1988), road haulage (Road Transport Act 1986) and banking (Central Bank Act 1971).

¹⁶ See, for example, s. 6 of the Free Ports Act 1986.

¹⁷ [1965] IR 411. Followed in *State (Pheasantry) Ltd v. Donnelly* [1982] ILRM 512 (automatic forfeiture of intoxicating liquor licence under s. 28 of the Intoxicating Liquor Act 1927) and *Cartmill v. Ireland* [1988] ILRM 430 (forfeiture of gaming machines under s. 47 of the Gaming and Lotteries Act 1956).

¹⁸ For example, s. 7 of the Free Ports Act 1986; s. 15 of the Abattoirs Act 1988; s. 90.1 of the Fisheries (Consolidation) Act 1959 (as amended by s. 51 of the Fisheries Act 1980).

In addition, certain statutes provide that the licensing authority may refuse to grant or renew a licence where, for example, the holder has been convicted of an offence under the relevant legislation or has conducted its business in contravention of the legislation.¹⁹

3.1.3. Disqualification

A statute may prescribe for disqualification from a particular benefit or funding regime, on the ground of some form of wrongdoing. For example, a person who has wrongfully obtained payment of an old-age pension will be disqualified from receiving a pension for a period of six months following conviction.²⁰

In addition a person convicted of an offence under the Fisheries Acts 1959 to 1983, who is not the holder of a fishing licence may be disqualified by the court from holding a licence for a period not exceeding one year.²¹

Disqualification from a benefit regime in the agriculture sector may be ordered in certain cases.²²

3.1.4. Forfeiture of goods

A statute will often provide that, in the event of conviction for an offence under the statute, the court or other agency²³ may order forfeiture of property used in connection with the offence.²⁴

This will be the case in relation to customs offences,²⁵ fishing offences²⁶ and offences against the State.²⁷

¹⁹ See s. 4 of the Casual Trading Act 1980 (discussed in *Hand v. Dublin Corporation* [1989] IR 26) and s. 222B of the Fisheries Consolidation Act 1959 (discussed in *International Fishing Vessels Ltd v. Minister for the Marine* [1989] IR 149).

²⁰ S. 169(2) of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

²¹ S. 90(2)(a) of the Fisheries (Consolidation) Act 1959 (as amended by s. 51 of the Fisheries Act 1980).

²² See 3.2.2 below.

²³ Powers of seizure may be delegated — see, for example, ss. 301(2) and 296 of the Fisheries (Consolidation) Act 1959, conferring power on authorized fisheries officers to seize fish and gear.

²⁴ The constitutionality of forfeiture provisions under s. 5 of the Customs (Temporary Provisions) Act 1945 was upheld in *Attorney-General v. Southern Industrial Trust* [1964] 94 ILTR 161. See also *Clancy and McCartney v. Ireland* [1988] IR 326.

²⁵ See s. 5 of the Customs Act 1956 (in relation to goods which it is intended to export illegally); s. 45 of the Finance Act 1976 (re undeclared imported vessels and aircraft); s. 8 of the Customs and Excise (Miscellaneous Provisions) Act 1988 (re goods imported without payment of required duty, together with goods packed with or used in concealing such goods).

²⁶ Fisheries Act 1959 to 1983 (automatic forfeiture of fish on conviction of any offence, forfeiture of boats, engines and gear for most offences); s. 285A of the Fisheries Consolidation Act 1959 (forfeiture of vehicle used in commission of offence may be ordered on indictment).

²⁷ See s. 22 of the Offences against the State Act 1939 and Offences against the State (Amendment) Act 1985 (re property and bank accounts of unlawful organization); Offences against the State (Forfeiture) Act 1940 (re property to be used in a manner prejudicial to the security of the State). See *Clancy and McCartney v. Ireland* [1988] IR 326 for unsuccessful constitutional challenge to 1985 Act on the grounds that it infringed the plaintiff's property rights.

On a more general note, the Law Reform Commission has published a report on the confiscation of the proceeds of crime (see 9.1 below).

3.1.5. Financial penalties

Provisions in the Income Tax Act 1967 allow the Revenue Commissioners directly to impose financial penalties recoverable by means of a civil action for a debt.²⁸

Under this heading, one might also consider the possibility for a person infringing customs or road traffic legislation to avoid recourse to the criminal process by paying a penalty.²⁹

3.1.6. Other sanctions

There are various sanctions available in the event of breaches of certain statutes, including, for example, slaughter or castration of bulls.³⁰

Although these would not be described as sanctions, one might also mention the possibility for the State to claim damages at common law in respect of any losses arising from infringement.³¹

Unusually, a statute or statutory instrument may confer on the State (or another body) a right to liquidated damages in the event of failure to do something.³²

There are also many situations in which the State can recover monies wrongfully obtained by persons under various funding regimes such as social welfare.³³ Such monies are recoverable by civil proceedings for the recovery of a debt. These proceedings can be taken in addition to criminal proceedings arising out of the wrongful claims.³⁴

3.2. AGRICULTURAL SANCTIONS

3.2.1. General

Since the immediate aim of the study is to consider how a system of 'sanctions' in EC legislation will fit

²⁸ See ss. 128, 500 and 501 of the Tax Act 1967; see discussion at 2.2.3 above.

²⁹ See 8 below.

³⁰ S. 6 of the Control of Bulls for Breeding Act 1985.

³¹ See, for example, *State (Calcul International Ltd) v. The Appeal Commissioner and the Revenue Commissioners*, High Court, unreported, 18.12.1986, in relation to frauds on the revenue authorities.

³² See, for example, Fuels (Petroleum Oils) (Amendment) (No 2) Order 1986 (SI No 324 of 1986 where a person failing to make required purchases from the national refinery is obligated to pay a liquidated sum to the Irish National Petroleum Corporation, without prejudice to any other criminal or civil liability).

³³ See, for example, ss. 151(1), 169(3), 172(3), 192(2) and 195(4) of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

³⁴ See, for example, s. 169 of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

into the national legal order, it seemed useful to consider how national sanctions corresponding to those contained in the Commission proposal are applied by the administration in the field of agriculture.

To this end, we had a useful meeting with representatives of the Department of Agriculture to discuss questions arising from the study.³⁵ The following is a summary of our discussions.

It is important to note that there is no legal unit in the Department. Nor is there a horizontal division dealing with investigations of fraud. Indeed, at a fairly high operational level, investigatory matters are dealt with by the individual division — for example, intervention unit, livestock products, etc. In principle, each division is expected to establish the appropriate machinery and, in particular, to take the decision whether to apply sanctions as an internal administrative matter or whether to use the civil or criminal process.

It must be borne in mind that there are a number of policy options, broadly speaking as follows:

- (1) dealing with irregularities at Departmental level, and using any available civil and criminal means to obtain reimbursement or punish infractions;
- (2) dealing with irregularities at Departmental level, and availing of specific remedies, contained in primary or secondary legislation, to obtain reimbursement or sanction infringement where deemed appropriate.

These different approaches can be seen in the operation of three schemes, as outlined below.

3.2.2. Intervention measures in the beef and veal sector

In this case, the Department of Agriculture is, of course, acting as the agent of the Community. No specific sanctions are prescribed in Community legislation,³⁶ so national measures operate to sanction infringements.

Payments under the beef intervention scheme are made subject to compliance with standard terms and conditions.³⁷ These will include a requirement that the products satisfy certain boning requirements. Should these requirements not be met, there are a number of 'sanctions' available to the Department depending on the gravity of the irregularity.

³⁵ Principally, Mr Brendan McInerney, Financial Controller, Department of Agriculture. It should be emphasized that remarks made and conclusions drawn in the context of the present study cannot commit the Department in any other context.

³⁶ See Commission Regulation No 859/89.

³⁷ Set out in Title II of the Regulation.

Rejection of a part of a consignment on the grounds that that part did not satisfy boning requirements would not be seen as a sanction, but rather a non-acceptance of non-qualifying meat.

In cases where a large part of the consignment of meat fails to qualify, and there is a suspicion of deliberate or negligent irregularity, the Department could reject the whole of the consignment, and even suspend future intervention operations. This could also lead to a loss of securities, expressly provided for in Commission Regulation No 859/89. Such sanctions could have, and are in fact intended to have, a punitive effect.

Although all care would be taken to deflect criticism, it is clear that the Department is prepared to adopt these sanctions on the basis of strong suspicion, rather than firm proof. That said, the producer would be given the opportunity to respond to the Department's allegations.

A decision taken by an official of the Department would be subject to certain general procedural constraints relating to fairness.³⁸ Apart from the actual forfeiture of securities, the other 'sanctions' referred to above are adopted in the exercise of an administrative discretion as would be present in any benefit or funding regime.

3.2.3. Co-responsibility levy on cereals

Community provisions³⁹ do not contain detailed rules for the implementation of the co-responsibility levy scheme in relation to cereals. National implementing measures⁴⁰ were adopted under s. 3 of the European Communities Act 1972. These measures introduce a fine of up to IRL 1 000 and/or imprisonment for up to six months where a person liable to pay a levy knowingly furnishes false or misleading details.⁴¹

In addition, any unpaid levy or interest may be recovered as a simple contract debt.⁴² This is an additional, not an alternative, remedy for the administration.

3.2.4. Beef premium scheme

Commission Regulation No 714/89 lays down detailed rules to deal with the situation where the number of

³⁸ See 6 below. It is difficult to be sure as to what precisely these constraints are, since the Courts have adopted an *ad hoc* approach to this question.

³⁹ Commission Regulation No 1432/88 as amended by Commission Regulation No 2712/89.

⁴⁰ European Communities (Co-responsibility levy on cereals) Regulations 1988 (SI No 153 of 1988) and European Communities (Co-responsibility levy on cereals) (Amendment) Regulations 1990 (SI No 38 of 1990).

⁴¹ Article 6(2)5(a) of the 1988 Regulations.

⁴² Article 5 of the 1988 Regulations as amended by the 1990 Regulations.

eligible animals is found to be lower than the number in respect of which the premium application has been lodged.⁴³ In the Department's view, these provisions leave no discretion to the Member States and the sanctions contained in the Regulation are applied directly by the Department.⁴⁴

Within the context of the Department, acting organically, it is difficult to identify internal procedures for applying the sanctions. Given the 'automatic' nature of the sanction, it appears that decisions are taken at a fairly low divisional level (given the size of the civil service only one or two individuals may be dealing

⁴³ See Article 9.

⁴⁴ These sanctions would appear to be consistent with procedures adopted at a domestic level in the case of wrongfully obtaining benefits — see, in relation to the social welfare field, 3.1.3 and 3.1.6 above.

with a particular matter). If there is particular difficulty, recourse may be had to more senior civil servants and, finally, to the minister. Probably because of the size of the administration, and scarce resources, there is little assistance from other divisions or cooperation between them: the absence of a horizontal system contributes to the lack of uniformity.

There does not appear to be any fixed internal procedure. It should be noted that there is no legal team within the Department and there is little doubt in my mind that this contributes to a rather *ad hoc* approach to problems. Further, in so far as I am aware, there are no guidelines covering procedures (appeals, observance of natural justice rules, etc.) which might promote such uniformity.

Of course, recourse to ordinary criminal law (including prosecution for fraud) is not precluded.

4. Criminal law — Classification of offences

The classic common law distinction between treason, felony and misdemeanour still exists in Ireland.⁴⁵

However, the primary distinction which is relevant for the present study is the distinction which exists in Irish law between summary offences and indictable offences.

⁴⁵ The distinction between felony and misdemeanour was abolished in England by the Criminal Law Act 1967 but no such step was taken in Ireland.

In brief, a summary offence is tried by a District Justice sitting without a jury. In order for the offence properly to be a summary offence it must be a *minor* offence.⁴⁶ Indictable offences are tried by a judge sitting with a jury following a preliminary examination in the District Court in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Act 1967. Indictable offences may be disposed of in a summary manner by a District Justice in accordance with the rules set out in the Criminal Justice Act 1951 as amended by the Criminal Procedure Act 1967 provided the offence is a minor offence.

⁴⁶ Article 38.2 of the Constitution.

5. Substantive rules applied to criminal and administrative offences

5.1. GENERAL

While there is no 'system' of administrative offences in the Irish legal system a number of 'offences' have been identified as administrative in nature.⁴⁷ The most developed among these offences and the sanctions adopted to combat them are those contained in the Income Tax Act 1967.

Adopting the framework set out at paragraph 3 of the Commission's methodological note I will where possible distinguish between principles adopted in the 'ordinary' criminal law and any principles contained in any statutes or statutory instruments which provide for administrative sanctions, together with any principles applying to administrative sanctions imposed under discretionary administrative decisions.⁴⁸

5.2. PRINCIPLE OF LEGALITY

5.2.1. Criminal law

The principle of legality or the 'rule of law' is fundamental in the Irish legal system. Put briefly, the principle of legality requires that a person may not be deprived of his rights (including his right to liberty) unless there is express lawful authority authorizing such deprivation.⁴⁹ In relation to criminal offences the principle of legality is inherent in the requirement in Article 38.1 of the Constitution that no person shall be tried on any criminal charge save in due course of law. The principle will require that the statutory provision prescribing the offence is framed in a clear manner: vague and indefinite laws will be held to be repugnant to the Constitution.⁵⁰ Persons liable to a penalty under the offence, be it statutory or common law, should be given the benefit of any genuine doubt or ambiguity in the text of the statute.⁵¹

A further requirement of the principle of legality is that, as a general rule, statutes should not impose retrospective criminal liability: i.e. a statute should not state that certain conduct amounts to the commission of a crime where no criminal liability attached to the conduct at the time it was being done.⁵²

The principle of legality also requires that private persons (both natural and legal) and the State (and State officials) can be sued in the Courts in respect of a violation of the rights of another.

⁴⁷ I use the word 'offence' to denote the case where commission of a given act gives rise to a penalty or other punitive sanction.

⁴⁸ Such as those imposed by the Department of Agriculture in the beef and veal intervention scheme — see 3.2.2 above.

⁴⁹ Article 40.4.1° of the Constitution states that 'no citizen shall be deprived of his personal liberty save in accordance with law'.

⁵⁰ *King v. Attorney-General* [1981] IR 233, where s. 4 of the Vagrancy Act 1824 was struck down by the Supreme Court.

⁵¹ See *Walsh v. Murray* [1977] IR 360 at p. 377.

⁵² This element of the principle of legality can be found in Article 15.5 of the Constitution which states that 'the Oireachtas shall not declare acts to be infringements of the law which were not so at the date of their commission' (see also *King v. Attorney-General* [1981] IR 233).

5.2.2. Administrative offences

Whilst there is no express authority on the question it can be stated that the principles outlined above in relation to the application of the principle of legality and the rule of law to criminal offences are equally applicable to the imposition of sanctions which might properly be termed administrative. This is particularly evident where the conduct which gives rise to the imposition of an administrative sanction might also lead to the initiation of criminal proceedings against an offender.⁵³

In fact, as a guarantee against arbitrariness, the principle of legality is seen as fully applicable to administrative procedures.

5.3. PRINCIPLE OF PERSONAL FAULT/DEFENCES

5.3.1. Criminal law

The general principle in relation to criminal offences at common law is that a person may not be convicted of the offence unless he has the requisite intention or *mens rea*, i.e. an intention to commit the crime with full knowledge of the wrongful nature of the act which constitutes the crime. Generally, negligence will not be sufficient to establish this intention. However, if the negligence could be regarded as gross or fatal negligence⁵⁴ then the necessary intention (or *mens rea*) may be found to exist.

In relation to certain offences created by statute or statutory instruments, which, as discussed above, often give a choice to the prosecution to proceed summarily or by indictment, the existence of intention may not be required. Where the statute prohibits the doing of an act, the mere doing of the act may constitute the crime without the necessity of proving an intention to do the act. Other provisions may, expressly or by implication, require intention.⁵⁵

It is also a general rule of Irish criminal law that ignorance of the law does not constitute an excuse for the commission of an offence but, rather, might in certain circumstances be used in order to mitigate the sentence which a court might impose in relation to the offence. On the other hand a mistake of fact might afford a defence to a criminal prosecution provided the mistake was made in good faith and was reasonable.

Justification may excuse what would otherwise constitute a criminal act. An example would be where a blow was struck in self-defence. This would excuse what would otherwise constitute an assault.

⁵³ Such as under the Income Tax Acts. See, also, *Doyle v. An Taoiseach* [1986] ILRM 693.

⁵⁴ See, for example, *People v. Dunleavy* [1948] IR 95.

⁵⁵ See, for example, s. 169(1) of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

5.3.2. Administrative offences

It has been pointed out⁵⁶ that in the exercise of its powers and duties as agent for the European Communities under the beef and veal intervention scheme, the Department of Agriculture may reject the entire consignment of meat which a tenderer puts forward for purchase into intervention. It was pointed out to us by the Department that in deciding whether to reject the entire consignment or simply the portion of the consignment which does not comply with the boning requirements, the relevant officer of the Department will take into account the question of whether failure to comply with the boning requirements was deliberate or intentional or whether it was as a result of an oversight on the part of an employee of the tenderer. Therefore, the practice of the Department is to take account of matters such as intention and negligence.

I do not know whether error of law would be admitted in this context, but it is thought that it would be a factor that would, in practice, be taken into account in arriving at a decision.

There is no formalized administrative procedure (written guidelines, formal hearing, etc.) for establishing the requisite element of intention here. It is thought that the administrator will adopt an 'intuitive' approach, tempered by the realization that a judge, exercising powers of judicial review, may take a different approach.

There does not appear to be any room for the defence of justification to apply in this context.

In imposing the penalties provided for under the Income Tax Act 1967 the question of intention and negligence is relevant; s. 500 of the Act provides for the imposition of a direct financial penalty in the event of failure to make certain returns to the Revenue Commissioners. No proof of intention is necessary in order to attract the penalty. However, under s. 501 a greater penalty may be imposed on a person who 'fraudulently or negligently' makes incorrect returns to the Revenue Commissioners. The penalty may not be imposed where there is no intention to defraud or negligence.⁵⁷

There does not appear to be formalized administrative procedure for establishing the element of intention (save as relates to the internal organization of the office of the Revenue Commissioners). Any inference as to intention drawn by the official will be examined by the courts in any procedure for enforcing penalties.

Under s. 507, the Act provides that where a person has a reasonable excuse for not doing anything

⁵⁶ At 3.2.2 above.

⁵⁷ S. 501(3) provides that where the incorrect returns were not made fraudulently or negligently but it comes to the taxpayer's notice that the returns are incorrect, unless the error is remedied without unreasonable delay, the returns will be treated as having been negligently made and will, therefore, attract the penalties set out in the section.

required to be done, if he then does it without unreasonable delay after the excuse has ceased, no penalty will be imposed. No indication is given as to what would constitute such a reasonable excuse. This is a matter which is left to the discretion of the Revenue Commissioners. The Act does not make any provision for justification or mitigation. This would be a question of direct negotiation between the taxpayer and the Revenue Commissioners.

5.4. LIABILITY OF LEGAL PERSONS

5.4.1. Criminal law

There are a number of criminal offences which it is impossible for a company to commit. These are offences such as treason and murder, which are offences which are punishable by death or imprisonment only, and other offences such as perjury and bigamy, which can only be committed by natural persons.

The general rule in relation to the liability of legal persons is that where the acts of the agents of the company, such as the directors and the employees, can be imputed to a company, the company can be convicted of any offence and can be punished by way of the imposition of a fine. Liability of the company in such circumstances arises as a result of the principle of vicarious liability of the company for the acts done by its officers or employees.

In addition, criminal liability may attach to the directors or other officers or employees of the company. It is common for statutes which impute criminal liability in respect of certain acts to stipulate that in addition to the company itself being guilty of the offence, if the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of, or attributable to any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other officer of the company, he, as well as the company itself, will be guilty of the offence and will be liable to be proceeded against separately.⁵⁸

5.4.2. Administrative offences

Similar principles to those outlined above would be equally applicable to administrative offences under statute or statutory instruments.

By way of example, s. 503 of the Income Tax Act 1967 provides for the imposition of the financial penalties under ss. 500 and 501 on a 'body of persons' (which would include a company). In addition

⁵⁸ See, for example, s. 9 of the Shipping Investment Grants Act 1987; s. 11(4) of the International Carriage of Perishable Foodstuffs Act 1987; s. 56(2) of the Abattoirs Act 1988; s. 11(2) of the Air Pollution Act 1987; s. 94(5) of the Finance Act 1983.

tion to penalties being imposed on the 'body of persons', s. 503 envisages separate penalties being imposed on the company secretary. The penalties provided for in the Act may be greater in the case of a body of persons than in the case of individuals.

5.5. PARTICIPATION OF PERSONS AND INCHOATE OFFENCES

5.5.1. Criminal law

There are four general ways in which a person can be involved in the commission of a crime:

- (a) principal in the first degree, i.e. the person who actually commits the crime;
- (b) principal in the second degree, i.e. the person who is present at the commission of a crime or who aids and abets the commission of a crime in furtherance of a common purpose;
- (c) accessory before the fact, i.e. the person who, although not present at the commission of the offence, aids, abets, counsels, procures or commands its commission;
- (d) accessory after the fact, i.e. the person who assists a principal following the commission of a felony which is known by the accessory (not applicable in the case of misdemeanours).

With regard to (a), (b) and (c), the person is liable to be convicted of the full offence at issue. A person may not be convicted of aiding and abetting the commission of an offence if he is not aware of the essential matters constituting the offence. It should also be noted that an accessory may be convicted of an offence even though the principal has not been convicted of that offence. The identity of the principal need not be established; however, the offence of the principal must be proved.

Inchoate crimes are crimes in which there is an intention to commit a crime, but the act actually done by the person is only a step towards the execution of the full crime. In Irish criminal law these crimes fit into three broad categories. They are:

- (i) attempts to commit a crime;
- (ii) conspiracies to commit a crime;
- (iii) incitements to commit a crime.

The essence of an attempt to commit a crime is that there must be a step towards the commission of the full crime, together with the intention to commit the full crime. The essence of the crime of conspiracy to commit a crime is that there is an agreement between two or more persons to do an unlawful act or to do an act which is itself lawful in an unlawful manner. The crime of conspiracy might be committed even if the act itself would not be criminal if actually done by one person. The essence of the crime of incitement to

commit a crime is that a person is encouraged to commit a crime, even though that latter crime is never actually committed.

5.5.2. Administrative offences

In relation to the participation of persons in the commission of an administrative offence, the provisions of s. 503 of the Income Tax Act 1967⁵⁹ might be mentioned. It will be recalled that this imposes liability on a body of persons and on the secretary of that body in relation to the failure to make certain tax returns to the Revenue Commissioners.

In addition, s. 504 of that Act provides that where a person who has incurred a penalty under the Act has died, proceedings which have been or could have been commenced against him may be continued or commenced against his executor or administrator. In such circumstances any penalty awarded will be recoverable from the deceased's estate.

Under s. 505, the Act provides for the imposition of a financial penalty by the Revenue Commissioners on 'any person who assists in or induces the making or delivery' of any returns or accounts, etc., which he knows to be incorrect.

The Act also provides for the imposition of a penalty on a person who, by himself or 'by any person in his employ', obstructs an officer of the Revenue Commissioners in the execution of his duty.⁶⁰

There does not appear to be any liability attaching to attempts under the Income Tax Act 1967.

It is possible that an attempt, for example, to tamper with beef intended for sale into intervention, might lead to the Department of Agriculture reaching a decision to reject a consignment of part thereof. However, there are no established principles relating to the question of liability in respect of attempts.

5.6. PENALTIES

The various penalties and sanctions which may be imposed in respect of different types of offences (both criminal and administrative) have been set out in some detail at 3 above.

5.7. PRESCRIPTION/TIME-LIMITS

5.7.1. Criminal law

We are dealing here with common law criminal offences and quasi-criminal offences provided for by statute. It is necessary to distinguish between sum-

⁵⁹ Discussed at 5.4.2 above.

⁶⁰ S. 515.

mary offences and offences triable on indictment. With regard to indictable offences, the common law rule is that there is no time-limit within which a prosecution must be brought. This rule applies even in the case where a District Justice tries a person in respect of an indictable offence. Statutes may impose limitations on the time within which prosecutions in respect of indictable offences must be commenced.⁶¹

The general rule in relation to the prosecution of summary offences is set out in s. 10(4) of the Petty Sessions (Ireland) Act 1851 which requires that a complaint be made to a District Justice within six months of the commission of the offence. This rule may be modified by statute or statutory instrument in respect of particular offences.⁶²

Criminal proceedings commenced outside these time-limits will not be entertained by a court.

5.7.2. Administrative offences

The time-limits within which civil proceedings must be instituted are set out in the Statute of Limitations, 1957.⁶³ Actions for breach of contract and in respect of most torts must be commenced within six years from accrual of the cause of action. Defamation actions, actions for negligence resulting in personal injury, nuisance and breach of statutory duty must be commenced within three years of accrual.

Proceedings by the State for the recovery of monies wrongfully obtained by persons will have to be commenced within the six year period. Other proceedings for the recovery of damages for the loss suffered by the State⁶⁴ must also be commenced within the six year period.

Failure to commence civil proceedings within the time-limits contained in the Statute of Limitations 1957 does not go to the jurisdiction of the court but rather must be raised by the defence as a bar to proceedings.

⁶¹ For example, s. 257 of the Customs Laws (Consolidation) Act 1876 provides that any prosecution under the Customs Acts must be taken within three years from the date the offence was committed. Other examples of statutes which impose time-limits in respect of the prosecution of indictable criminal offences are ss. 2(3) and 4(2) of the Criminal Law Amendment Act 1935; s. 52 of the Prevention of Electoral Abuses Act 1923; s. 15 of the Merchandise Marks Act 1887 and ss. 188 and 231 of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

⁶² See, for example, Article 7 of the European Communities (Co-responsibility levy on cereals) (Amendment) Regulations 1990 (SI No 38 of 1990) which extends the six-month time-limit for instituting summary criminal proceedings in respect of offences under the Regulations to two years. Also s. 13(3) of the Air Pollution Act 1987 and s. 94(7) of the Finance Act 1983.

⁶³ See, generally, Brady, and Kerr, *A Limitation of actions in the Republic of Ireland*, Incorporated Law Society of Ireland, 1984.

⁶⁴ See, for example, *State (Calcul International Ltd) v. Appeal Commissioners*, High Court, unreported, 18.12.1986.

Proceedings for the recovery of the penalties contained in the Income Tax Act 1967 must be commenced within six years from the date on which the penalty was incurred.⁶⁵

In relation to more informal forms of administrative sanctions such as disqualification from funding schemes or rejection of agricultural products tendered for intervention, there do not appear to be any express time-limits. The rules of natural and constitutional justice would, however, require that such decisions are not taken with such delay that they become impossible to challenge.

Where national law, in implementing Community law, introduces sanctions to be imposed by the courts, the position outlined above applies. For Community sanctions proper, such as those contained in the Commission's proposal, national rules of natural and constitutional justice would appear to apply, failing specific Community provision.

5.8. CUMULATIVE IMPOSITION OF CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS

It is a general principle of law that a person who has been tried in respect of a particular offence may not be tried again in respect of the same offence. This is known as the rule against double jeopardy (i.e. *nemo bis in idem debet vexari*). This rule is given implicit recognition by the Constitution.⁶⁶ However, there is nothing in principle against the initiation of civil proceedings following a criminal prosecution arising out of the same state of facts, subject to the *res judicata* principle.

In the same way, there is nothing in principle against the cumulative imposition of criminal and administrative sanctions. To take an example, a person who makes a fraudulent application for an old-age pension is guilty of an offence and liable to a fine and/or period of imprisonment following summary conviction or conviction on indictment.⁶⁷ That person is automatically disqualified from receipt of the pension for a period of six months.⁶⁸ In addition, civil proceedings for the recovery of any part of the pension fraudulently obtained may be taken by the Minister for Social Welfare against the person himself or, in the event of his death, against his personal representative.⁶⁹

⁶⁵ S. 511 of the Income Tax Act 1967. Where proceedings for the recovery of penalties are taken against a person's executor or administrator following the person's death, quite detailed rules relating to the time within which such proceedings must be commenced are contained in s. 504(2) of the Act.

⁶⁶ See, for example, *State (O'Callaghan) v. Ó hUadhaigh* [1977] IR 42.

⁶⁷ S. 169(1) of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

⁶⁸ S. 169(2).

⁶⁹ S. 169(3).

To take a further example, the Department of Agriculture in the exercise of its powers and duties as agent for the Commission of the European Communities under the beef intervention scheme provided for in Regulation No 714/89 may, in addition to rejecting a consignment of beef for failure to comply with the boning requirements of the Regulation, if it is satisfied that there is some evidence of a fraud or other wrongdoing, refer the matter to the Director of Public Prosecutions for possible criminal prosecution for fraud offences.

It is expressly stated in the Income Tax Act 1967 that the provisions of the Act relating to the imposition of penalties by the Revenue Commissioners 'shall not affect any criminal proceedings for any felony or misdemeanour'.⁷⁰ Therefore, the Revenue Commissioners may commence civil proceedings for the recovery of the penalties set out in Part XXXV of the 1967 Act as well as causing a prosecution to be initiated in

⁷⁰ S. 514.

respect of the same set of facts.⁷¹ It is thought that the possibility to cumulate sanctions in this way would apply to other areas, even where there is no express statutory provision to this effect.⁷²

Finally, the Fuels (Petroleum Oils) Order 1983⁷³ as amended envisages the statutory right of the Irish National Petroleum Corporation to recover a sum of money (in effect, liquidated damages) for failure by a person to take petroleum oil from a refinery, whilst leaving other criminal or civil liability intact.⁷⁴

5.9. APPLICABILITY OF THE CONCEPT OF 'FRAUDE À LA LOI'

As I understand the term, this concept is not to be found in Irish law.

⁷¹ Under s. 94(2) of the Finance Act 1983.

⁷² In other words, the provisions of the Income Tax Act are probably declaratory.

⁷³ SI No 2 of 1983.

⁷⁴ Article 9(1) of the 1983 Order as amended by Article 3 of the Fuels (Petroleum Oils) (Amendment) (No 2) Order 1986 (SI No 324 of 1986).

6. Control of administrative decisions

6.1. GENERAL

Sanctions imposed by the administration itself will not be judicial in nature⁷⁵ but rather will constitute the exercise of an administrative discretion.

Assuming that the administration is acting *intra vires*, the courts will not be able to control the substantive exercise of this discretion. However, the courts will be able to review decisions of the administration to ensure compliance with essential procedural safeguards.

In this section, I examine the procedural constraints to which administrative bodies in general, and the Department of Agriculture in particular, are subject in exercising their decision-making powers.

Legislation regulating a given benefit or funding system may itself contain special procedural rules. This is, for example, to be found in the social welfare field.⁷⁶ Special procedures are also to be found in secondary legislation designed to combat bovine tuberculosis.⁷⁷

Where procedures are not provided for by statute or secondary legislation, the courts will require that the procedures used are consistent with principles of natural and constitutional justice.⁷⁸

In the past, the Irish courts did not insist on a high standard of protection for the applicant for State benefits since there was no question of depriving the applicant of something of value which he already had. However, recent decisions in the social welfare field show that the courts now insist that applicants for benefit be given a fair hearing.⁷⁹ It is thought that this general approach would apply to all benefit/funding regimes.⁸⁰

⁷⁵ I exclude from this generalization administrative tribunals — clearly envisaged by Article 37.1 of the Constitution. This study does not discuss these tribunals, since these bodies are not seen as imposing sanctions but, rather, resolving disputes.

⁷⁶ See the procedures for resolving disputes about entitlement to social welfare benefits contained in ss. 295-301 of the Social Welfare (Consolidation) Act 1981.

⁷⁷ Bovine Tuberculosis (Attestation of the State and General Provisions) Order 1978.

⁷⁸ There is a rebuttable presumption that all post-1937 Acts of the Oireachtas are constitutional. This includes a presumption that decisions taken under such Acts are intended to conform with the principles of constitutional justice: see *McDonald v. Bord na gCon* [1965] IR 217 and *E. Donegal Cooperatives Livestock Marts Ltd v. Attorney-General* [1970] IR 317.

⁷⁹ See *Kiely v. Minister for Social Welfare* [1971] IR 21; *Kiely v. Minister for Social Welfare (No 2)* [1977] IR 267; *State (McConnell) v. EHB*, High Court, unreported, 1.6.1983.

⁸⁰ It might not, however, apply where the need to take a speedy decision counterbalanced the requirement to give a fair hearing — see, for example, *Carrolls v. Minister for Agriculture*, High Court, unreported, 28.2.1990.

6.2. RULES OF NATURAL JUSTICE AND CONSTITUTIONAL JUSTICE

Natural justice is a common law term espousing two basic principles — *nemo iudex in causa sua* (the rule against bias) and *audi alteram partem* (the right to a fair hearing).

This common law concept of natural justice has, in a sense, been supplanted in Ireland by the more general idea of constitutional justice, which, in the context of the Constitution, includes, but extends beyond, the rule against bias and the right to a hearing.⁸¹

Beyond general statements by the judiciary, it is not entirely clear what additional safeguards are required by constitutional justice. There are also conflicting judicial views as to whether constitutional justice applies only where there has been an alleged breach of an interest protected by the Constitution, such as the right to property,⁸² or, in the more liberal view, whether it has more generally replaced natural justice in Ireland.⁸³

Although the courts have stated that principles of constitutional justice have replaced common law principles of natural justice, most of the cases concern the rule against bias and the right to a fair hearing.

6.3. WHAT ARE THE REQUIREMENTS OF CONSTITUTIONAL/NATURAL JUSTICE?

6.3.1. Rule against bias

An administrative decision may be vitiated where there has been bias. This would be the case where the decision-maker has a financial interest in the outcome of the decision, or where there is some other personal involvement in the case.

There is no inherent bias where an administrative body charged with administering a benefit regime determines questions of eligibility.⁸⁴ However, the decision could be challenged if the administrative discretion is exercised capriciously, partially or in a manifestly unfair manner.⁸⁵ It could also be challenged if the decision was affected by personal bias.

6.3.2. Right to a fair hearing

Given the diversity in decision-making, and divergencies in judicial attitudes, it is impossible to lay down any hard and fast rules as to the form this right may take.

⁸¹ See Walsh in *McDonald v. Bord na gCon* [1965] IR 217.

⁸² See *State (Gleeson) v. Minister for Defence* [1976] IR 280.

⁸³ See, for example, *State (Furey) v. Minister for Defence*, Supreme Court, unreported, 2.3.1984.

⁸⁴ See *O'Brien v. Bord na Móna* [1983] IR 255, 269.

⁸⁵ *Ibid.*

The administrative body will generally be required to give notice of its decision. The person affected should be given the opportunity to make representations, either in writing or orally, depending on the particular procedure.⁸⁶

The right to a fair hearing may also impose on the decision-making body a duty to give reasons, since the ability to make representations would not be effective unless the reasons for a given decision were known.⁸⁷ However, this has not emerged as a universally applicable requirement of constitutional justice.

The right to a fair hearing may also involve ancillary rights, such as that of legal representation.

It is well established that a decision will be quashed for failure to observe such procedural guarantees even where the end result would have been the same even if such guarantees had been observed.⁸⁸

The right to a fair hearing will not apply where, given the nature of a particular scheme, a decision has to be taken immediately and any delay would jeopardize the effectiveness of the decision.⁸⁹

The rule should also be considered in relation to provisional measures adopted by the administration.

A provisional measure will not be struck down provided that the right to a fair hearing is recognized

before the decision is made permanent.⁹⁰ The courts would classify this two-stage process as a single decision.⁹¹

6.4. ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Article 6.1 of the European Convention on Human Rights (ECHR) provides that 'in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.' It is established that this can apply to some administrative determinations.⁹²

Although Ireland is party to the ECHR, the Convention has not been made part of the domestic law of the State⁹³ and the provisions of the Convention, including Article 6, may not be directly invoked before Irish courts.⁹⁴

It has been pointed out that the ECHR, and decisions thereunder, may be used in the domestic courts indirectly, in deciding whether a particular procedural rule is part of the common law.⁹⁵

A decision taken by the administration may not therefore be impugned in the Irish courts on the grounds of failure to comply with procedures laid down in the ECHR.

⁸⁶ See *State (McConnell) v. Eastern Health Board*, High Court, unreported, 1.6.1983.

⁸⁷ See, for example, *State (McConnell) v. Eastern Health Board*, High Court, unreported, 1.6.1983, where a decision to recoup an overpayment of a disability allowance was quashed since the applicant had not been given the opportunity to consider a report on the case from the Department of Social Welfare.

⁸⁸ See *Burke v. Minister for Labour* [1979] IR 354; *Glover v. BLN Ltd* [1973] IR 388; *O'Brien v. Bord na Móna* [1983] IR 266; see dictum in *Corrigan v. Irish Land Commission* [1977] IR 317.

⁸⁹ See *Carroll v. Minister for Agriculture and Food*, High Court, unreported, 28.2.1990, where, in the context of a scheme for eradicating bovine tuberculosis, it was held that there was no requirement to provide for an appeal mechanism or allow a retest since this would introduce delays into the scheme which could jeopardize the scheme's effectiveness to identify, isolate and remove diseased animals.

⁹⁰ See *State (Duffy) v. Minister for Defence*, Supreme Court, unreported, 9.5.1979; *Gammell v. Dublin County Council* [1983] ILRM 413.

⁹¹ Contrast the well-established principle of law that the absence of constitutional justice in the original decision cannot be remedied by compliance at the appellate stage — see *Ingle v. O'Brien* [1975] ILTR 4; *Moran v. Attorney-General* [1976] IR 400.

⁹² *Feldbrugge v. The Netherlands*, Series A, no 99, 8 EHRR 425 (1986). See generally Boyle, A. 'Administrative justice, judicial review and the right to a fair hearing under the ECHR', *Public Law* 89 London, Sweet & Maxwell, 1984.

⁹³ Article 29.6 of the Constitution provides that no international agreement is to be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas.

⁹⁴ See *Re Ó Laighleis* [1960] IR 93; *Application of Woods* [1970] IR 154; *Norris v. Attorney-General* [1984] IR 36; *O'Brien v. Stout* [1984] IR 316.

⁹⁵ See Casey, J. *Constitutional law in Ireland* 1987. pp. 174-175.

7. Appeals against administrative decisions

An administrative decision (including one imposing a sanction) may be challenged in a number of ways.

7.1. JUDICIAL REVIEW

An administrative decision may be reviewed by the courts on a number of grounds: that it is unreasonable or irrational; that it has been taken in bad faith or for improper purposes; that it took into account irrelevant factors; that it was taken in breach of substantive constitutional requirements; or that rules of natural and constitutional justice had been infringed.

Three remedies are available. *Certiorari* lies to quash a decision of an administrative body which has been taken in excess of jurisdiction. Prohibition can restrain an administrative body from doing something which would be in excess of jurisdiction. Finally, *mandamus* would compel an administrative body to perform a duty imposed on that body by statute or common law. These remedies are discretionary and an applicant can be denied relief on grounds of delay, bad faith, acquiescence or waiver.

An application for judicial review, requesting the Court to grant any of these three remedies, will be made to the High Court.⁹⁶

7.2. DECLARATION

The High Court may make a declaration as to the rights or legal position of the parties to an action.⁹⁷ This procedure may be used in challenging the constitutionality of a particular provision.⁹⁸

⁹⁶ See Order 84 RSC (1986).

⁹⁷ See Order 19 r. 29 RSC (1986).

⁹⁸ As in *McLoughlin v. Tuite* [1986] ILRM 304, see above.

A person may also apply to the High Court for a declaration that he has fulfilled the criteria specified in a given scheme and is thereby entitled to a particular payment or other benefit, such as a licence.⁹⁹

7.3. INJUNCTION

A mandatory injunction may be sought by a person who feels that he is being denied a licence or benefit to which he is lawfully entitled. The effect of a mandatory injunction is to compel the administrative body to grant the licence or benefit in question.¹⁰⁰

7.4. SUMMARY JUDGMENT

If a person feels that the administration is wrongfully withholding amounts due under a benefit regime, the amount may be claimed by way of a summary summons.¹⁰¹ This procedure has been used in a number of cases involving the Department of Agriculture.¹⁰²

7.5. APPEALS TO THE SUPREME COURT

An appeal lies to the Supreme Court on points of law only from all decisions of the High Court by virtue of Article 34.4.3^o of the Constitution.

⁹⁹ See (for examples) *McKerring v. Minister for Agriculture* [1989] ILRM 82 (declaration refused as non-compliance with statutory conditions) and *Irish Grain Board v. Minister for Agriculture* [1981] ILRM 10.

¹⁰⁰ The procedure for obtaining a permanent injunction is similar to the procedure for obtaining a declaration. It is also possible to obtain temporary injunctions (i.e. interim injunctions) applied for *ex parte* and an interlocutory injunction which lasts until final judgment.

¹⁰¹ See Order 2 r. 1 RSC.

¹⁰² See *Incorporated Food Products Ltd (in liquidation) v. Minister for Agriculture*, High Court, unreported, 6.6.1984; *Hibernia Meats Ltd v. Minister for Agriculture and Premium Meat Packers (Ireland) Ltd v. Minister for Agriculture*, both High Court, unreported, 29.7.1983.

8. Settling or compounding cases

8.1. CRIMINAL CASES

In the criminal area the question of settling and compounding cases is relevant in a number of different areas.

First, in certain cases it may be possible to pay a penalty, the payment of which will avoid recourse to a criminal prosecution. This is most common in relation to minor road traffic offences.¹⁰³

It has been held that offences under the Customs Acts are criminal offences.¹⁰⁴ Section 209 of the Customs Law Consolidation Act 1876 provides that:

'When any seizure shall have been made, or any fine or penalty incurred or inflicted, or any person committed to prison for any offence under the Customs Acts, the Commissioners ... may direct the restoration of such seizure, whether condemnation shall have taken place or not, or waive proceedings, or mitigate or remit such fine or penalty, or release from confinement ... on any terms as they shall see fit.'

The Revenue Commissioners are perceived as favouring a monetary settlement in most cases involving minor infringements of the Customs Acts as opposed to proceeding with a criminal prosecution.

Another area in which settlement or compounding may be relevant with respect to criminal cases is in the general area of plea bargaining. Plea bargaining takes place where a defendant is not willing to plead guilty to an offence but may be willing to change his stance

¹⁰³ See s. 103 of the Road Traffic Act 1961 as amended by s. 64 of the Road Traffic Act 1968, together with s. 103 of the Road Traffic Act 1963 (Offences) Regulations 1976 to 1990, and s. 3 of the Local Authorities (Traffic Wardens) Act 1965, together with s. 3 of the Local Authorities (Traffic Wardens) Act 1975 (Offences) Regulations 1975 to 1990.

¹⁰⁴ See *Melling v. Ó Mathghamhna* [1962] IR 1.

if he receives some form of favourable treatment from the prosecution. The prosecution may be prepared to accept a plea of guilty in respect of a less serious charge for various reasons including, perhaps, a situation where the prosecution feels that it might be difficult to prove all the ingredients of a complicated offence. As an alternative, the prosecution may agree to outline the facts to the judge in a more favourable manner in exchange for a plea of guilty to the offence prosecuted without agreeing to a plea of guilty to a less serious offence.

8.2. ADMINISTRATIVE OFFENCES

As there is no 'system' of administrative sanctions in Irish law, there are few concrete principles applicable to the question of settling or compounding a case. The only area in which there is express authority given to a branch of the administration to settle a case involving an administrative offence is in the income tax area. Under the Income Tax Act 1967 the Revenue Commissioners 'may, in their discretion, mitigate any fine or penalty, or stay or compound any proceedings for recovery thereof, and may also, entirely remit the fine or penalty, and may order any person imprisoned for any offence to be discharged before the term of his imprisonment has expired'.¹⁰⁵

In relation to other areas where some form of administrative sanction may be imposed, the question of the settlement or compounding of a case will be left to the discretion of the branch of the administration involved, subject to general principles of administrative law.¹⁰⁶ However, since there is no formal system of imposing sanctions, it cannot really be said that there is anything to 'settle' or 'compound'.

¹⁰⁵ S. 512. See s. 209 of the Customs Laws Consolidation Act 1876, discussed at 8.1 above.

¹⁰⁶ In particular, relating to the *ultra vires* doctrine.

9. Reform at national level

9.1. LAW REFORM COMMISSION

The main body responsible for proposals for reforming Irish law is the Law Reform Commission (LRC). The LRC is charged by the Attorney-General to undertake research in various areas of law and to submit proposals for reform of the law in those areas. The recommendations and proposals of the LRC may be adopted by the government and may eventually find their way into legislation.

There are no plans to reform the law in the general area of administrative sanctions. This is not an area in which research has been conducted by the LRC.

The LRC has recently produced a report on the confiscation of the proceeds of crime.¹⁰⁷ Proposals are made, amongst other things, for the mandatory confiscation of assets on conviction for certain (including fraud-related) offences, the power of a court to freeze assets of suspects to be charged, for the reversal of the burden of proof on assets above a given value, for making laundering an offence, and for enabling prosecuting authorities to search for assets and obtain information through court orders.

The LRC has also published (in April 1991) a discussion paper on dishonesty to include all fraud-related offences. This suggests the updating of the law along the lines of the English Theft Act 1968. Various computer-related offences are also mooted. There are no proposals for sanctions of an administrative nature.

9.2. INTERDEPARTMENTAL COMMITTEE

An Interdepartmental Committee consisting of representatives of various government departments (includ-

¹⁰⁷ LRC 35-1991.

ing Finance and Agriculture) together with other bodies (Attorney-General's Office, Office of the DPP, etc.) has been established. This Committee meets on an *ad hoc* basis. I understand that the Committee has not concerned itself with the question of sanctions, administrative or otherwise, though it may be that the LRC will be able to obtain clearer information on this.

9.3. THE JUDICIAL INQUIRY INTO GOODMAN INTERNATIONAL

Although this cannot be described as a 'reform', the establishment of a tribunal, presided over by Mr Justice Hamilton (the President of the High Court) is of immediate interest. The tribunal, the public hearings of which began in 1991, is to inquire into allegations of fraud made against Goodman International and make such recommendations (if any) as it thinks proper.¹⁰⁸

The procedures of the tribunal will be governed by the Tribunal of Enquiry (Evidence) Acts 1921 to 1979. It is envisaged that the tribunal will conduct a public hearing in which the parties will be legally represented and witnesses called to give evidence on oath and subject to cross-examination. Principles of natural and constitutional justice (discussed at 6.2 and 6.3 above) must be complied with.

¹⁰⁸ The terms of the inquiry were approved by the Dáil (the lower house of parliament) on 24 May 1991. The comment in this section is drawn from a memorandum by David Barnaville, the Secretary to the Irish Association for the Protection of the Financial Interests of the European Communities.

10. Impact of the system of Community sanctions on the national system of administrative and criminal sanctions

10.1. GENERAL

As far as I can ascertain, this question has not been formally considered in Ireland, whether by the legislature, the administration or the courts. It is therefore difficult, at this stage, to give a reasoned response to this question. However, some consideration of the constitutional position may be helpful.

10.2. ARTICLE 29.4.3° OF THE IRISH CONSTITUTION

The final sentence of Article 29.4.3° of the Constitution provides that:

'No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State necessitated by the obligations of membership of the Communities or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the Communities, or institutions, thereof, from having the force of law in the State.'

This is significant in two respects.

First, laws, acts or measures of the Irish State, which are necessitated by obligations of membership of the Communities are shielded from constitutional review.

The use of the word 'necessitated' has caused some difficulties.¹⁰⁹

In the *Crotty* case,¹¹⁰ the majority of the Supreme Court held that Title III of the Single European Act (SEA) was inconsistent with the Constitution. Three of the judges stated that adherence to Title III of the SEA could not be an obligation arising from or necessitated by membership of the Communities, since it was not within the essential scope or objectives of the Communities.

The fact that the State is called upon to exercise a measure of choice, selection or discretion in taking the measure does not mean it is not necessitated.¹¹¹

With regard to the possible application of the criminal law, the view expressed to me¹¹² was that, unless a Directive expressly required a criminal law sanction to be adopted, a national criminal law measure purporting to implement a Community provision was unlikely to be 'necessitated' and would not be sheltered from constitutional review.

¹⁰⁹ Note that this replaced the more flexible term 'consequent on' in the original draft.

¹¹⁰ *Crotty v. An Taoiseach* [1987] ILRM 400.

¹¹¹ See *Murphy in Lawlor v. Minister for Agriculture* [1988] ILRM 400 and *Greene v. Minister for Agriculture* [1990] ILRM 364.

In the latter case, involving Directive 75/268 on hill-farming, the national measure in issue, relating to the income of the farmer and spouse, could not be necessitated.

¹¹² By a member of the Attorney-General's office.

This line of reasoning would not, of course, apply to sanctions imposed directly by Regulation.¹¹³ This situation would be clearly caught by the final phrase in Article 29.4.3°, where there is no requirement that the measure be 'necessitated'. That being said, it is fairly certain that an Irish court would not apply the shield of Article 29.4.3°, where the Community measure was *ultra vires* the Community.

I now turn to the specific issues raised in Question 6 of the Commission's methodological note. These remarks may be supplemented in my final report.

10.3. AUTHORITIES COMPETENT TO APPLY COMMUNITY SANCTIONS (SUCH AS THOSE IN DOCUMENT XX.B.2(90)D-2112 OF 13 JUNE 1990)

As far as the identity or composition of such authorities is concerned, there appears to be little impact. There has been, as far as I am aware, no change in the basic organization of the Department of Agriculture. Sanctions imposed under the Community rules (such as in Regulation No 714/89) are applied directly by administrators in the Department, and these administrators see themselves simply as applying a Community provision.

10.4. SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL RULES

There appears to be no impact on national substantive and procedural rules. Those administering the embryonic system of Community 'penal sanctions' would see themselves as bound by essentially national rules.

10.5. APPLICATION OF GENERAL PRINCIPLES IN CASES WHERE THE SAME CIRCUMSTANCES GIVE RISE TO AN OFFENCE UNDER NATIONAL LAW

The rule against double jeopardy would apply to prevent prosecution for a 'Community' crime and a 'national' crime with the same elements. However, the current Community rules imposing sanctions are not seen as criminal in nature¹¹⁴ and there would be no legal bar to proceeding administratively and, subsequently, through the criminal courts. In such a case, there could not really be said to be a 'cumulation of penalties'.

¹¹³ Save, of course, where the relevant part of a Regulation left sufficient discretion in the hands of the Member State.

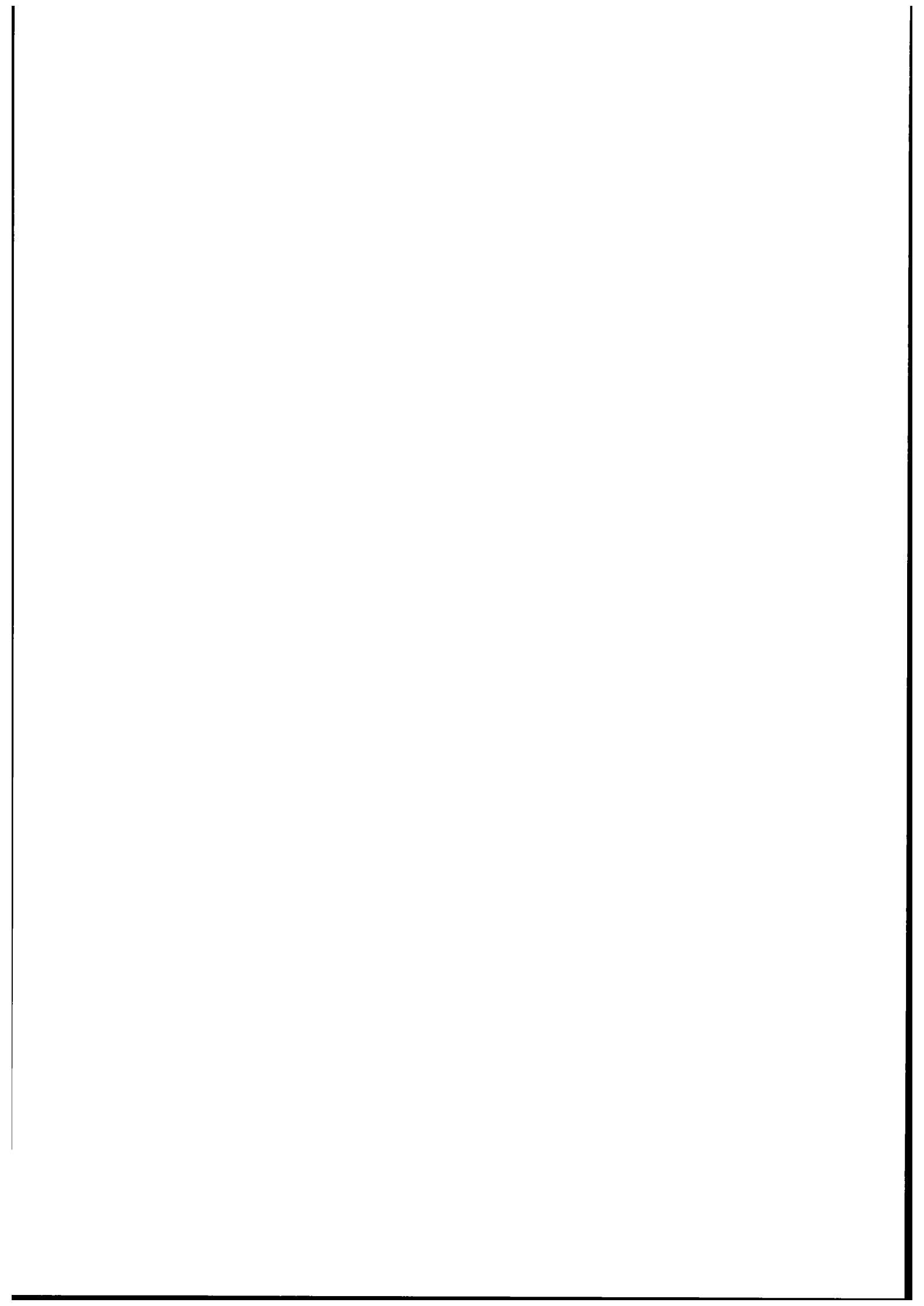
¹¹⁴ And, of course, there could be constitutional difficulties in so viewing them.

Select bibliography

- Byrne, R. and McCutcheon, J.P. — *The Irish Legal System*, second edition, Dublin, Butterworths, 1989.
- Casay, J. — *Constitutional law in Ireland*, London, Sweet & Maxwell, 1987.
- Forde, M. — *Constitutional law of Ireland*, Cork, The Mercier Press, 1987.
- Grimes, R. and Horgan, P. — *Law in the Republic of Ireland*, Dublin, Wolfhound Press, 1988.
- Hogan, G. and Morgan, D. — *Administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 1986.
- Kelly, J.M. *The Irish Constitution*, second edition, Dublin, Jurist Publishing Co. Ltd, 1984, supp. 1987.
- McCutcheon, P. — 'The legal system', In Keatinge, P. (ed.), *Ireland and EC Membership evaluated*, London, Pinter Publishers, 1991.
- McMahon, B. and Murphy, F. — *European Community law in Ireland*, Dublin, Butterworths, 1989.
- Ó Siocháin, P.A. — *The criminal law of Ireland*, eighth edition, Dublin, 1988.
- Ryan, E.F. and Magee, P.P. — *The Irish criminal process*, Dublin and Cork, The Mercier Press, 1981.

Italie

Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien

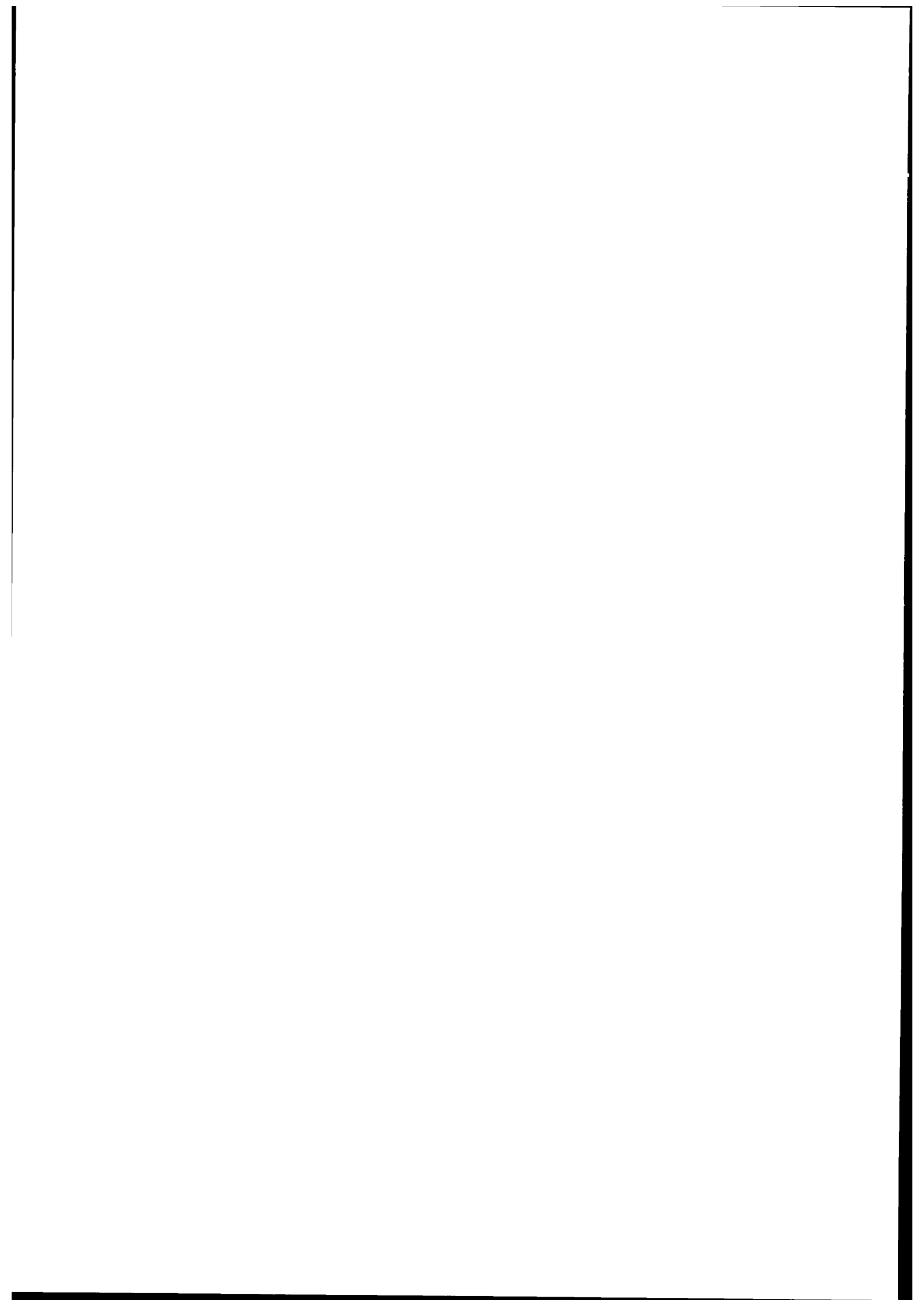


Sommaire

1.	Définition d'un « modèle général » pour l'infraction administrative	267
1.1.	Historique de la réglementation relative à l'infraction administrative	267
1.2.	Éléments nouveaux apportés par les lois de dépenalisation (loi n° 317 du 3 mars 1967 et loi n° 706 du 24 novembre 1975) et par la législation régionale en matière de sanction	267
1.3.	«Principes généraux» de l'infraction administrative établis au titre I de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 — Constitution d'un « modèle général » pour l'infraction administrative	268
1.4.	Distinction, dans le cadre de la catégorie plus générale de l'infraction administrative, entre infraction caractérisée par une sanction « punitive » et infraction caractérisée par des sanctions « réparatrices »	269
1.5.	Domaine d'application des principes généraux de l'infraction administrative posés à la loi n° 689/1981 — Exclusion des violations de règles disciplinaires (article 12 de la loi n° 689/1981) et des violations de dispositions financières (article 39 de la loi n° 689/1981) — Orientation vers l'application générale du modèle en matière d'infraction prévu par la loi n° 689/1981	270
2.	Critères de distinction entre infraction administrative et infraction pénale	273
2.1.	Identité de fonctions de la peine criminelle et de la sanction administrative pécuniaire — Impossibilité d'établir une distinction entre infraction pénale et infraction administrative basée sur la nature des intérêts lésés (intérêts « généraux » ou intérêts propres de l'administration publique) — Apparition d'un critère de distinction purement formel basé sur la typologie et sur la réglementation positive des sanctions appliquées	273
2.2.	Nécessité de délimiter <i>de lege ferenda</i> un domaine propre à l'infraction administrative: circulaire du 19 décembre 1983 du président du Conseil	274
3.	Principes et structure de l'infraction administrative	275
3.1.	Application du principe de légalité à l'infraction administrative — Fondements constitutionnels du principe	275
3.2.	Contenu du principe de légalité	275
3.2.1.	Réserve de loi et loi régionale	276
3.2.2.	Interdiction d'appliquer une loi rétroactivement et arguments déductibles de l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme	276
3.2.3.	Interdiction du raisonnement par analogie	276
3.2.4.	Principe de détermination précise des faits incriminés	276
3.3.	Application du principe de culpabilité à l'infraction administrative (article 3 de la loi n° 689/1981) — Nécessité d'un comportement dolosif ou fautif de l'auteur de l'infraction — Erreur de fait et importance de l'erreur de droit	277
3.4.	Capacité de comprendre et de vouloir de l'auteur de l'infraction (article 2 de la loi n° 689/1981)	278
3.5.	Application à l'infraction administrative des faits justificatifs prévus dans la partie générale du code pénal	278
3.6.	Participation (concours) de plusieurs personnes à une infraction: règle générale posée à l'article 5 de la loi n° 689/1981, inspirée du modèle pénal de la responsabilité autonome de chaque participant	279

3.7.	Inexistence d'une réglementation autonome de la tentative d'infraction administrative	279
3.8.	Responsabilité des personnes morales: inexistence d'une forme de responsabilité autonome — Responsabilité solidaire des personnes morales, des organismes privés dotés de la personnalité juridique et des entrepreneurs pour les sommes dues à titre de sanction pécuniaire en raison des infractions commises par le représentant ou l'employé	279
4.	Typologie et réglementation de la sanction administrative	281
4.1.	Sanction administrative pécuniaire	281
4.2.	Sanctions frappant d'interdiction	281
4.3.	Confiscation	281
4.4.	Critères de gradation des sanctions administratives — Règles posées à l'article 11 de la loi n° 689/1981 et exceptions	282
4.5.	Réglementation de la prescription	283
4.6.	Intransmissibilité aux héritiers de l'obligation d'acquitter la somme due à titre de sanction pécuniaire	283
5.	Procédure d'application des sanctions administratives	285
5.1.	Principe de légalité de la procédure et fondement constitutionnel	285
5.2.	Pouvoirs de constatation de l'autorité administrative	285
5.3.	Identification de l'autorité compétente pour infliger les sanctions	286
5.4.	Application des principes de la défense et du contradictoire à la procédure administrative	286
5.5.	Réglementation de l'injonction (acte infligeant la sanction administrative) — Régime de la charge de la preuve	287
5.6.	Extinction de la procédure d'application de la sanction en raison du paiement dans une mesure réduite de la somme due au titre de la violation	287
6.	Contrôle juridictionnel de l'acte administratif infligeant la sanction	288
6.1.	Fondement constitutionnel du contrôle juridictionnel de l'activité de l'administration en matière de sanctions — Répartition des compétences entre le juge ordinaire et le juge administratif	288
6.2.	Recours en opposition porté devant le juge de première instance, prévu à l'article 23 de la loi n° 689/1981 — Limites de la compétence du juge ordinaire pour connaître de l'acte administratif — Pourvoi en cassation contre la décision du juge de première instance	289
7.	Concours des dispositions pénales et des dispositions administratives en matière de sanction	290
7.1.	Application de la <i>lex specialis</i> comme critère général de résolution des conflits entre les dispositions pénales et administratives	290
7.2.	Contenu du principe de spécialité	290
7.3.	Exceptions au principe de spécialité prévues à l'article 9 de la loi n° 689/1981	291
7.3.1.	Concours de dispositions pénales nationales et de dispositions administratives régionales	291
7.3.2.	Concours de dispositions de la loi n° 283 du 30 avril 1962 et de dispositions prévoyant des sanctions administratives	291

7.4.	Exceptions au principe de spécialité prévues par des lois spéciales, et en particulier application du principe du cumul de sanctions pénales et administratives posé par la loi n° 898 du 23 décembre 1986	291
7.5.	Cas exceptionnels dans lesquels le juge pénal peut connaître de l'infraction administrative et infliger la sanction correspondante	292
8.	Effet des sanctions communautaires sur les systèmes de sanction nationaux	293
8.1.	Classification des sanctions communautaires mentionnées par le document XX.B.2(90)D.2112, du 13 juin 1990, dans la catégorie des sanctions administratives	293
8.2.	Soumission des infractions communautaires aux dispositions de fond prévues au chapitre I de la loi n° 689/1981	293
8.3.	Identification des autorités nationales compétentes pour infliger les sanctions en question	294
8.4.	Protection juridictionnelle contre les actes administratifs infligeant des sanctions	294
8.5.	Cumul de sanctions communautaires et de sanctions (pénales ou administratives) nationales : fondement et limites	294



1. Définition d'un « modèle général » pour l'infraction administrative

1.1. HISTORIQUE DE LA RÉGLEMENTATION RELATIVE À L'INFRACTION ADMINISTRATIVE

Jusqu'à la fin des années 60, la place de la sanction administrative et, en conséquence, de l'infraction administrative était plutôt *réduite et marginale* dans l'ordre juridique italien.

Le processus de « pénalisation » des sanctions autrefois infligées par voie administrative, qui avait progressé tout au long du siècle dernier, a atteint son « apogée » avec la loi de 1865 faisant disparaître le contentieux administratif et attribuant le domaine des contraventions au juge ordinaire (1).

En 1924, dans une monographie de référence relative à l'infraction et à la sanction administrative, un auteur influent affirmait que les sanctions administratives n'étaient pas « destinées à se développer en droit positif » et qu'à son avis ce seraient les sanctions pénales qui étendraient leur champ d'application (2).

Cela ne signifie naturellement pas que l'ordre juridique italien n'ait pas connu de sanctions qualifiées d'« administratives », parce qu'elles sont infligées par l'administration publique selon des procédures propres au droit administratif. Ces sanctions pouvaient être prononcées dans les cas de violation des « devoirs généraux » envers l'administration publique, auxquels sont tenues indistinctement les personnes exerçant une activité interférant avec les pouvoirs reconnus à l'administration par l'ordre juridique (par exemple dans le domaine des finances, de la police ou de l'urbanisme), ou dans les cas de violation de devoirs « spéciaux » incombant exclusivement aux personnes liées à l'administration par un rapport particulier; dans cette dernière hypothèse, une distinction devait être opérée entre les sanctions « inhérentes aux rapports de *sujétion spéciale* qui s'instaurent parfois entre l'autorité publique et les personnes privées, conférant à ces dernières un statut juridique spécifique » (sanctions disciplinaires) et les sanctions résultant de la violation d'obligation nées de rapports avec l'administration dans certains secteurs d'activité pour lesquels l'ordre juridique reconnaît à cette dernière un pouvoir spécial « tel que les personnes privées ne peuvent légitimement exercer une activité dans le secteur qu'en vertu d'une autorisation, concession ou licence spéciale » (3).

(1) Voir Bachelet : « Problemi e prospettive della depenalizzazione delle infrazioni in materia di circolazione stradale », *Scritti giuridici*, II, Milan, 1981, p. 591 et suiv.

(2) Zanobini : *Le sanzioni amministrative*, Turin, 1924, p. 198-199, qui marque d'ailleurs sa préférence pour un vaste processus de dépenalisation qui engloberait tout le domaine des contraventions dans son ensemble.

(3) Sandulli M. A. : *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Naples, 1983, p. 31 et suiv.; voir ci-dessus Zanobini, note 2, p. 55 et suiv.

En réalité, il s'agissait là d'un panorama fort fragmentaire et non structuré dans lequel semblait émerger, d'un point de vue systématique, le principal texte concernant un secteur, la loi n° 4 du 29 janvier 1929 établissant des « normes générales relatives à la répression des infractions aux lois de finances » et dont les principes ont « constitué le point de référence le plus significatif permettant de déterminer la nature et les caractéristiques des sanctions administratives pécuniaires » ainsi que la première source d'inspiration (4); cette loi opérait une distinction — dans un seul secteur — entre l'infraction pénale et l'infraction administrative et posait un certain nombre de principes applicables en matière de sanctions administratives et répondant au rôle différent qu'on voulait assigner à ces sanctions par rapport aux sanctions pénales.

1.2. ÉLÉMENTS NOUVEAUX APPORTÉS PAR LES LOIS DE DÉPENALISATION (LOI N° 317 DU 3 MARS 1967 ET LOI N° 706 DU 24 NOVEMBRE 1975) ET PAR LA LÉGISLATION RÉGIONALE EN MATIÈRE DE SANCTION

Le cadre ainsi défini a été modifié à la suite des demandes qui ont été formulées au cours des années 60 en vue d'obtenir une réduction radicale du domaine de l'infraction pénale et qui se sont exprimées d'abord dans la *politique de dépenalisation* puis dans l'introduction par les législateurs régionaux et nationaux d'infractions qualifiées *ab origine* d'infractions administratives.

A — Le processus de dépenalisation connaît deux fondements dans le système répressif italien (5): d'une part, la volonté d'éviter la surcharge des tribunaux judiciaires par une multitude d'affaires mineures; d'autre part, l'insistance de la doctrine pénale la plus moderne à demander que les sanctions pénales soient limitées à la protection des intérêts les plus significatifs (la conception très répandue étant que ces intérêts doivent être les seuls intérêts reconnus par la Constitution) (6).

Les lois n° 317 du 3 mars 1967 et n° 706 du 24 novembre 1975 constituent les étapes fondamentales de la politique de dépenalisation; la législation introduite en 1967 établit uniquement une réglementation de la circulation routière et de matières connexes (par exemple les règlements de police locale), tandis que les dispositions adoptées en 1975 ont une portée plus

(4) Voir à ce propos Sandulli M. A., note 3, p. 40 et suiv.; voir également Paliero-Travi : *La sanzione amministrativa*, Milan, 1988, p. 59 et suiv.

(5) Paliero : « Depenalizzazione », *Digesto delle discipline penali*, III, Turin, 1989, p. 426 et suiv.; Giunta : « Depenalizzazione », *Dizionario di diritto e procedura penale*, édité par Vassalli, Milan, 1986, p. 197 et suiv.

(6) Voir tableau récapitulatif; Fiandaca-Musco : *Diritto penale, parte generale*, Bologne, 1989, p. 23 et suiv.

générale et couvrent, à quelques exclusions près, toutes les contraventions qui sont seulement punies par des amendes.

Dans ces premières lois, la «dépénalisation» a consisté à transformer certaines contraventions — identifiées par la peine prévue (amende) — en infractions administratives, sans modifier la *structure de l'incrimination* et la *mesure de la sanction* (dont la nature pénale est devenue administrative) (7).

B — Le législateur régional est intervenu pour créer des infractions administratives *ab origine* parce qu'il ne pouvait fixer des sanctions pénales, seul le législateur national étant habilité à le faire (8): n'ayant pas ce pouvoir, le législateur régional a recours, dans son domaine de compétence, à des sanctions administratives pécuniaires (parfois assez importantes).

Par ailleurs, le législateur national a entrepris, lui aussi, de recourir à des infractions administratives sur la base des orientations de politique pénale déjà mentionnées (et surtout compte tenu de la nécessité de réduire le champ d'application de la sanction pénale, considérée comme l'*extrema ratio*).

La politique de dépénalisation, qui a eu pour effet d'introduire dans le système administratif un certain nombre de cas d'infractions connaissant une même structure répressive (à savoir la sanction administrative pécuniaire) (9), a eu une grande influence sur l'évolution du système de sanction administrative.

Le rattachement de la dépénalisation à un critère exclusivement (ou principalement) formel, comme le type de sanction utilisée, met en évidence, sur le plan *téléologique* (c'est-à-dire des objectifs poursuivis), une coïncidence substantielle entre les sanctions pénales et les sanctions administratives; par ailleurs, sur le plan *ontologique* (relatif aux intérêts protégés) il n'existe plus aucune différence entre l'infraction pénale et l'infraction administrative: la sanction pénale et la sanction administrative apparaissent désormais comme des instruments «alternatifs» de la politique répressive, pouvant toutes deux être utilisées pour protéger les «intérêts généraux» reconnus par l'ordre juridique italien (10).

Le fait que le pouvoir répressif pénal soit ainsi flanqué d'un pouvoir de sanction administrative ayant les mêmes objectifs et dont le champ d'application s'étend pose toutefois deux séries de problèmes.

En premier lieu, il convient de définir un cadre de garanties de fond et de procédure pour l'application des sanctions administratives: il serait discutable et peut-être même contraire à l'évolution juridique que le

retour des infractions mineures au droit punitif administratif s'accompagne d'une disparition de ces garanties, dont la nécessité avait entraîné au siècle dernier la «transmigration» que l'on sait (11).

Dans cette perspective, la doctrine suggère l'extension d'un certain nombre de principes propres au droit pénal aux nouveaux types d'infractions administratives (12). Du reste, cette évolution ne se limite pas à l'ordre juridique italien: la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la notion de «matière pénale» utilisée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme recouvre également les infractions administratives (les «Ordnungswidrigkeiten» du droit allemand) et qu'en conséquence les garanties procédurales prévues à l'article susmentionné doivent être étendues à ces infractions (13).

En second lieu, il est nécessaire, compte tenu de l'ampleur du recours aux sanctions administratives, de définir les «caractères généraux» de l'infraction administrative, les lois de dépénalisation ne contenant que de rares éléments de réglementation et les références faites à l'unique loi organique dans ce domaine, la loi n° 4 de 1929, qui concerne exclusivement les infractions financières, étant insuffisantes (14).

1.3. «PRINCIPES GÉNÉRAUX» DE L'INFRACTION ADMINISTRATIVE ÉTABLIS AU TITRE I DE LA LOI N° 689 DU 24 NOVEMBRE 1981 — CONSTITUTION D'UN «MODÈLE GÉNÉRAL» POUR L'INFRACTION ADMINISTRATIVE

Le législateur a pris ces éléments en considération en adoptant la loi n° 689 du 24 novembre 1981, qui pose une série de «principes généraux» s'appliquant à l'infraction administrative (définissant sa structure et ses critères d'imputation), et il prévoit un cadre procédural assez précis ainsi qu'une extension ultérieure de la dépénalisation (à toutes les infractions punies seulement d'une amende).

Le modèle ainsi défini devient immédiatement le «*modèle général*» pour l'infraction administrative, un *pôle de référence systématique* tendant à attirer à lui toute une série de cas d'infractions qui avaient consti-

(7) Paliero, note 5, p. 438-439.

(8) Cela est confirmé par la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle depuis l'arrêt 21 du 26 janvier 1957.

(9) Paliero-Travi, note 4, p. 79-80.

(10) Grasso: «La depenalizzazione e le sanzioni sostitutive nel disegno di legge — Modifiche al sistema penale», *Quaderni della Giustizia*, 1981, n° 1, p. 49-50.

(11) Giunta, note 5, p. 219 et suiv.

(12) Deux auteurs ont apporté une contribution fondamentale à cet égard: Nuvolone: «Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1968, p. 63 et suiv.; et Siniscalco, «Dalle depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema», *Riv. it. dir. proc. penale*, 1981, p. 11 et suiv.

(13) Cour européenne des droits de l'homme, 21 février 1983 (affaire Ozturk), *Riv. it. dir. proc. penale*, 1985, p. 894 et suiv., et la note de Paliero, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo.

(14) Dolcini: «“Depenalizzazione” e tipologia delle sanzioni», *Temi*, 1977, p. 372; Paliero: «Fonti e principi dell'illecito “depenalizzato” (un'analisi di diritto comparato)», *Temi*, 1978, p. III; Grasso, note 10, p. 49-50; Siniscalco, note 12, p. 18 et suiv.

tué par le passé ce «conglomérat de cas atypiques» caractérisant le système de sanction administrative⁽¹⁵⁾.

C'est le rôle que joue déjà l'article 12 de la loi n° 689 qui, déterminant le champ d'application des principes structurels de l'infraction administrative, leur fait couvrir toutes les infractions réprimées par une sanction administrative pécuniaire; c'est ce que rappelle la circulaire de la présidence du Conseil du 19 décembre 1983 fixant «les critères d'orientation pour le choix entre les sanctions pénales et les sanctions administratives», qui présente l'infraction régie par la loi n° 689 comme un instrument essentiel de politique répressive pouvant être utilisé en lieu et place de l'instrument pénal. Selon la circulaire, le législateur se trouverait «en permanence face à un choix entre la sanction pénale et la sanction administrative» lorsqu'il souhaite mettre en place une mesure réprimant la violation de certains préceptes⁽¹⁶⁾.

Enfin, le fait que la nouvelle infraction constitue un pôle d'attraction systématique est confirmé par l'évolution législative ultérieure caractérisée, d'une part, par le rappel explicite des principes posés par la loi n° 689 pour l'organisation de systèmes normatifs qui obéissaient autrefois à des règles autonomes (à cet égard, la réforme de la réglementation en matière de change a valeur d'exemple, voir DPR n° 454/1987) et, d'autre part, par la référence à cette loi dans des domaines où l'on introduit ex novo des sanctions administratives (article 31 de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 portant «dispositions pour la protection de la concurrence et du marché»)⁽¹⁷⁾.

1.4. DISTINCTION, DANS LE CADRE DE LA CATÉGORIE PLUS GÉNÉRALE DE L'INFRACTION ADMINISTRATIVE, ENTRE INFRACTION CARACTÉRISÉE PAR UNE SANCTION «PUNITIVE» ET INFRACTION CARACTÉRISÉE PAR DES SANCTIONS «RÉPARATRICES»

Toute tentative visant à définir la notion de sanction administrative et, par conséquent, son champ d'application se heurte inévitablement aux divergences de la doctrine et aux imprécisions de la notion de sanction.

Selon une opinion influente assez largement partagée (et pour l'essentiel suivie par la jurisprudence), la sanction constituerait une «réaction» (ou, en d'autres termes, une conséquence juridique défavorable) établie par l'ordre juridique à l'encontre d'un sujet ayant

violé une norme; dans cette perspective, la sanction se caractériserait donc par son contenu et par sa fonction⁽¹⁸⁾.

Ces éléments ne semblent pas suffisants à une autre partie de la doctrine pour laquelle une sanction (y compris la sanction administrative) devrait se caractériser par son contenu *afflictif* ou *punitif*; selon ce courant d'opinion représenté par Zanobini, la sanction administrative devrait constituer une «peine au sens technique» et il faudrait donc exclure de son champ d'application les mesures qui n'ont pas pour objectif de punir l'auteur de l'infraction, mais qui constituent un moyen de réparation ou de réintégration, de rétablissement dans leur état antérieur des intérêts de l'administration lésés par l'auteur de la violation (sanctions réparatrices)⁽¹⁹⁾.

La première orientation doctrinale est davantage digne d'intérêt, non seulement parce qu'elle respecte la terminologie législative qui utilise également le terme «sanction» pour les sanctions non punitives (article 15 de la loi n° 10/1977), mais aussi parce qu'elle est compatible avec les opinions les plus autorisées exprimées par les spécialistes de la théorie générale du droit à propos de la notion de sanction; par ailleurs, elle répond à une orientation jurisprudentielle constante, fondée précisément sur la différence entre les sanctions punitives et les sanctions réparatrices pour délimiter les domaines de compétence respectifs du juge ordinaire et du juge administratif.

Dans cette perspective, ne devraient pas être considérées comme des sanctions ni les mesures préventives et conservatoires, qui n'ont aucun lien avec la constatation de la violation d'une règle de droit et ne constituent donc pas une «réaction» à cette violation⁽²⁰⁾, ni les mesures s'appliquant autoritairement à une chose, sans toutefois que le sujet auquel elles s'appliquent soit nécessairement l'auteur de l'infraction⁽²¹⁾.

La notion de sanction administrative ne s'épuise donc pas dans les seules sanctions punitives, mais couvre une vaste gamme de sanctions réparatrices.

De même que les sanctions pénales, les sanctions administratives punitives présentent la caractéristique d'être un *instrument de prévention visant à protéger les biens juridiques* et de constituer, quant à leur contenu, des *mesures afflictives* infligées à l'auteur de l'infraction.

Au contraire, les sanctions réparatrices tendent à éliminer le dommage résultant de l'infraction ou le

(15) Paliero-Travi, note 4, p. 72 et suiv.; Sandulli, note 3, p. 37 et suiv.

(16) Circulaire publiée dans la *Gazzetta ufficiale*, n° 22 du 23 janvier 1984 (supplément); elle a également paru dans *Cass. penale*, 1986, p. 640 et suiv. Pour ce qui est du contenu de la circulaire, se référer au paragraphe 2 du chapitre 2 ci-après.

(17) Voir Paliero-Travi, note 4, p. 82 et suiv. concernant cette évolution.

(18) Casetta: «Illecito penale e illecito amministrativo, le sanzioni amministrative», *Atti del XVI Convegno dei Studi di Scienze dell'amministrazione*, Milan, 1981, p. 47 et suiv. Voir également à ce propos De Roberto, A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, ibidem, p. 125 et suiv.

(19) Paliero-Travi, note 4, p. 1 et suiv.; Angeletti: «Sanzioni amministrative», *Novissimo Dig. it.*, Appendice, VI, Turin, 1986, p. 939.

(20) Casetta, note 19, p. 48.

(21) De Roberto, note 19, p. 128 et suiv.

profit que son auteur en a retiré; on peut trouver des exemples de ce type de sanctions dans la législation nationale relative à l'urbanisme ou aux beautés naturelles (article 15 de la loi n° 10 du 28 janvier 1977 ou, plus récemment, certaines dispositions de la loi n° 47/1985) ainsi que dans la législation régionale, principalement en matière de protection de l'environnement (22).

Les *sanctions patrimoniales alternatives*, qui consistent pour l'administration à faire usage de son pouvoir discrétionnaire et à appliquer des mesures pécuniaires lorsqu'il n'est pas possible ou opportun de recourir à une sanction réparatrice, afin d'empêcher une personne privée de consolider un avantage acquis *non iure*, font également partie de cette catégorie.

Leur fonction est principalement une fonction de *péréquation*, même si elles comportent parfois un aspect punitif (23). Quoi qu'il en soit, le fait qu'elles peuvent être utilisées à la place de sanctions réparatrices a conduit tant la doctrine que la jurisprudence à les rapprocher de ces dernières du point de vue de la réglementation (par exemple pour ce qui est du choix difficile entre la juridiction du juge ordinaire ou celle du juge administratif) (24).

Bien que la notion de sanction administrative recouvre des sanctions non punitives, c'est aux sanctions punitives que nous nous référons dans la suite de cette étude, pour trois raisons. En premier lieu, seules les infractions réprimées par des sanctions punitives ont bénéficié, grâce à la loi n° 689/1981, d'une réglementation organisée permettant de définir leur structure en termes généraux; ainsi, l'infraction administrative définie dans la loi n° 689/1981 est devenue un *modèle général* susceptible d'attirer dans sa sphère de réglementation des infractions *ab origine* administratives, introduites par le législateur national ou régional et soumises par le passé à une autre réglementation. En ce qui concerne les infractions assorties de sanctions réparatrices, prévaut encore le manque de cohérence qui existait autrefois dans l'ensemble du domaine des infractions administratives.

En second lieu, seules les sanctions punitives peuvent être substituées aux sanctions pénales comme instrument de contrôle social; c'est seulement sous cet angle que les sanctions pénales et les sanctions administratives constituent des instruments préventifs de protection de l'intérêt général.

Enfin, les questions formulées par la Commission des Communautés européennes se réfèrent uniquement aux sanctions administratives punitives.

(22) Dolcini: «Commento all'art. 12», *Commentario delle modifiche al sistema penale*, Milan, 1982, p. 79 qui contient une liste reprenant quelques exemples de sanctions réparatrices.

(23) De Roberto, note 19, p. 141 et suiv.

(24) Pour un examen approfondi des positions prises par la jurisprudence sur ce point se référer à De Roberto, note 19, p. 151 et suiv.

1.5. DOMAINE D'APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE L'INFRACTION ADMINISTRATIVE POSÉS À LA LOI N° 689/1981 — EXCLUSION DES VIOLATIONS DE RÈGLES DISCIPLINAIRES (ARTICLE 12 DE LA LOI N° 689/1981) ET DES VIOLATIONS DE DISPOSITIONS FINANCIÈRES (ARTICLE 39 DE LA LOI N° 689/1981) — ORIENTATION VERS L'APPLICATION GÉNÉRALE DU MODÈLE EN MATIÈRE D'INFRACTION PRÉVU PAR LA LOI N° 689/1981

En fait, c'est à l'article 12 de la loi n° 689 de 1981, définissant le champ d'application du modèle régi par ce texte, que transparaît la volonté du législateur d'édicter des dispositions de fond et de procédure applicables non seulement aux sanctions dépénalisées, mais aussi à toutes les sanctions administratives de structure analogue, créant ainsi un système répressif *parallèle et alternatif* au système pénal (25); comme on l'indiquera ultérieurement, la doctrine qui prévaut tend à pousser plus loin ce raisonnement en appliquant tout ou partie des principes posés par la loi n° 689 à l'ensemble des sanctions «*punitives*».

Pour délimiter le champ d'application de la nouvelle réglementation, le législateur utilise deux critères: un critère *positif* (permettant de déterminer la catégorie de sanctions soumises aux dispositions de la loi n° 689) et un critère *négatif* (excluant certains domaines du champ d'application de la nouvelle réglementation).

A — Conformément au critère *positif*, les dispositions (de fond ou de procédure) du titre I s'appliquent à «toutes les infractions assorties d'une sanction administrative consistant dans le paiement d'une somme d'argent»; la disposition prévoit expressément que ces termes recouvrent aussi bien les sanctions dépénalisées que les sanctions administratives *ab origine* (26).

Les dispositions prévues au titre I de la loi sont soumises à une double limite: elles ne jouent que *dans la mesure où elles sont «applicables» et «s'il n'existe pas de dispositions contraires»*.

La première formule se réfère, en fait, au cas où les dispositions prévues par la loi n° 689 sont «*intrinsèquement incompatibles*» avec les caractéristiques ontologiques d'un certain type de sanctions (27).

De ce point de vue, la doctrine et la jurisprudence jugent nécessaire de partir de la distinction entre sanctions «*punitives*» (ou «*afflictives*») et sanctions «*réparatrices*».

Même lorsqu'elles consistent dans le paiement d'une somme d'argent, ces dernières sanctions devraient être exclues du champ d'application de la loi n° 689, car

(25) Dolcini, note 22, p. 78-79.

(26) Cassation, chambre I, 13 novembre 1987, n° 8341.

(27) Sandulli, note 3, p. 64-65.

leur structure n'est pas compatible avec les principes et les objectifs du texte législatif. Il résulterait clairement des travaux préparatoires de la loi n° 689 que celle-ci s'applique uniquement aux sanctions *afflictives* (28).

Les *sanctions patrimoniales alternatives*, par lesquelles l'administration inflige des sanctions pécuniaires pour éviter la consolidation d'un avantage acquis *non iure* lorsqu'il n'est pas possible (ou opportun) de prendre une mesure réparatrice, sont moins aisément classifiables; ces sanctions pouvant être appliquées à la place d'une mesure restauratrice, il ne semble pas qu'on puisse leur appliquer les principes posés par la loi n° 689 (29).

La formule «en l'absence de dispositions contraires» se réfère aux cas dans lesquels la loi n° 689/1981 ou un autre texte législatif contiennent des dispositions dérogeant à celles introduites par la loi n° 689/1981.

Le problème est plus complexe pour les textes antérieurs à la loi n° 689, car l'article 42 de cette dernière prévoit l'abrogation «de toute disposition incompatible»; en fait, il s'agit de rechercher, face à des dispositions de lois antérieures contenant des règles de fond et de procédure différentes pour certaines catégories d'infractions administratives, si les dispositions applicables sont celles de l'article 12, ce qui entraîne le maintien des normes dérogatoires, ou celles de l'article 42, ce qui entraîne leur abrogation.

À cette question, une doctrine attentive a apporté la solution suivante: l'article 42 abroge «toute norme se révélant incompatible avec le corps de la loi n° 689», tandis que subsistent les *systèmes normatifs entièrement réglementés*, même si leurs critères sont totalement différents de ceux dont s'inspire la loi n° 689 (30).

Sur cette base, la jurisprudence a estimé que les règles de procédure édictées par la loi n° 689/1981 ne s'appliquent pas aux sanctions prononcées par le maire pour infraction à la réglementation dans le domaine de l'urbanisme et de l'immobilier en vertu de l'article 16 de la loi n° 10/1977, qui octroie au juge administratif une compétence exclusive pour les litiges en la matière (cette compétence exclusive du juge administratif est du reste confirmée par la loi n° 47/1985) (31); la loi n° 689 ne s'appliquait pas non plus aux infractions en matière de change régies par le RDL n° 1928/1938 (avant la récente réforme de la législation dans ce domaine effectuée par le DPR n° 454 du 29 septembre 1987, qui se réfère expressément à la loi n° 689/1981) (32).

(28) Dans ce sens, voir Amatucci: «L'ambito di applicazione della nuova legge», *Modifiche al sistema penale*, édité par Bertoni, Lattanzi, Lupo et Violante, I, Milan, 1982, p. 502 et suiv.; Dolcini, note 22, p. 78 et suiv.; Giunta, note 5, p. 238-239.

(29) Giunta, note 5, p. 238-239.

(30) Amatucci, note 28, p. 506; voir également Giunta, note 5, p. 237 et suiv.; Sandulli, note 3, p. 63 et suiv.

(31) Cassation, chambres réunies, 7 juillet 1988, n° 4496.

(32) Cassation, chambre I, 21 mars 1989, n° 1413.

B — Suivant le *critère négatif* les sanctions disciplinaires (mentionnées à la fin de l'article 12) et les sanctions financières (article 39 de la loi n° 689/1981) devraient être exclues du champ d'application de la loi n° 689/1981.

En effet, les sanctions disciplinaires sont inhérentes aux rapports de sujétion spéciale qui existent entre l'autorité publique et les sujets particuliers, et qui confèrent un *statut* à ces derniers (33); les pouvoirs reconnus à l'administration publique dans ce domaine seraient difficilement conciliables avec les principes de fond et de procédure posés par la loi n° 689/1981.

Les violations financières n'appartiennent pas au champ d'application de la loi n° 689/1981 en vertu de son article 39, qui prévoit que ces violations sont soumises aux dispositions de la loi n° 4 du 7 janvier 1929. Ainsi, dans ce domaine particulier, on a souhaité continuer d'appliquer un texte législatif apprécié pour son caractère organisé et systématique et prenant en compte les particularités des rapports fiscaux.

C — Le critère positif utilisé pour définir le champ d'application des principes posés par la loi n° 689/1981, qui a été adopté par le législateur (et qui se réfère à la sanction administrative pécuniaire), n'a cependant pas été considéré par la jurisprudence comme un «obstacle» à l'applicabilité de ces principes aux sanctions non pécuniaires (à condition qu'elles soient «punitives», et non «réparatrices».

Cela vaut surtout pour les sanctions, telles que les interdictions ou les confiscations, infligées à titre accessoire en complément d'une sanction pécuniaire principale; ces sanctions doivent en effet être infligées par l'acte qui établit la responsabilité de l'auteur de l'infraction et fixe la sanction pécuniaire, de telle sorte qu'il semble logique d'étendre à ces sanctions l'application des normes de fond et de procédure établies par la loi n° 689/1981 (comme, du reste, on peut le déduire des dispositions des articles 11 et 20 de la loi).

Il en résulte que «le champ d'application de la loi devra donc être précisé par voie d'interprétation, en y incluant les sanctions administratives non pécuniaires, mais accessoires, à une sanction principale pécuniaire de nature afflictive» (34).

Toutefois, la doctrine estime qu'il est aussi possible d'appliquer certains des principes posés par la loi n° 689/1981, et notamment ceux visés à la première section du titre I (c'est-à-dire les principes substantiels définissant la structure et les critères d'imputation de l'infraction), aux violations donnant lieu à des sanctions qui consistent dans des interdictions ou dans des sanctions patrimoniales (par exemple la confiscation) et qui prévues en tant que sanctions autonomes; par contre, les principes de procédure ne pourraient être

(33) Voir à ce propos Paliero-Travi, note 4, p. 48 et suiv.

(34) Dolcini, note 22, p. 84-85; Paliero-Travi, note 4, p. 302 et suiv.

appliqués en dehors du cadre restreint de l'injonction qui inflige la sanction pécuniaire ⁽³⁵⁾.

La doctrine vient opportunément de faire observer que, même lorsque la loi a prévu des systèmes norma-

⁽³⁵⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 305.

tifs et procéduraux autonomes (par exemple la loi n° 47/1985 dans le domaine de l'urbanisme), il devrait toujours être possible d'appliquer les principes de fond posés par la loi n° 689, dès lors que cette application n'est pas expressément exclue ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 295-296 et 300-301.

2. Critères de distinction entre infraction administrative et infraction pénale

2.1. IDENTITÉ DE FONCTIONS DE LA PEINE CRIMINELLE ET DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE PÉCUNIAIRE — IMPOSSIBILITÉ D'ÉTABLIR UNE DISTINCTION ENTRE INFRACTION PÉNALE ET INFRACTION ADMINISTRATIVE BASÉE SUR LA NATURE DES INTÉRÊTS LÉSÉS (INTÉRÊTS « GÉNÉRAUX » OU INTÉRÊTS PROPRES DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE) — APPARITION D'UN CRITÈRE DE DISTINCTION PUREMENT FORMEL BASÉ SUR LA TYPOLOGIE ET SUR LA RÉGLEMENTATION POSITIVE DES SANCTIONS APPLIQUÉES

Avec la loi n° 689/1981, la sanction administrative « punitive » devient un instrument de contrôle social constituant réellement une alternative par rapport à la sanction pénale. Comme il est indiqué dans la circulaire du président du Conseil du 19 décembre 1983 déjà mentionnée, la loi en question offre au législateur une *alternative permanente* entre sanction pénale et sanction administrative lorsqu'il s'agit de garantir le respect d'une réglementation donnée (37).

L'identification de critères de distinction entre sanction pénale et sanction administrative et, le cas échéant, la définition de leurs champs d'application respectifs revêtent donc une importance particulière.

À cet égard, il est d'ores et déjà certain que le critère de distinction entre l'infraction pénale et l'infraction administrative n'est pas *matériel*, c'est-à-dire lié à la nature des intérêts protégés. L'infraction administrative ne peut plus être conçue (comme le faisait autrefois une partie de la doctrine) comme une violation de l'ordre administratif ou comme une atteinte aux intérêts propres à l'administration publique.

Les lois de dépénalisation qui ont transféré une série d'infractions du système pénal au système administratif sur la seule base du type de sanction utilisé ont fait apparaître que la sanction administrative peut protéger les intérêts généraux de l'ordre juridique (autres que les intérêts internes à l'appareil administratif); les sanctions administratives peuvent donc être utilisées pour protéger des intérêts généraux de l'ordre juridique, pour garantir le respect d'obligations qui découlent des rapports de sujétion spéciale existant entre l'administration et les personnes privées ou pour assurer le respect des devoirs généraux que les citoyens ont envers l'administration (par exemple dans le domaine financier ou dans celui de l'urbanisme).

Il n'existe donc pas *de iure conditio* de *différence ontologique* entre l'infraction pénale et l'infraction administrative (38).

(37) La circulaire est déjà citée à la note 16. Voir à ce propos Paliero-Travi, note 4, p. 320 et suiv.

(38) Brasso, note 10, p. 49-50.

Également sur le plan *téléologique* (c'est-à-dire des objectifs poursuivis), la sanction administrative (en particulier la sanction pécuniaire établie par la loi n° 689/1981) est comparable à la sanction pénale. Il résulte en effet de certains principes posés par la loi n° 689/1981 que des objectifs de prévention générale et spéciale semblables à ceux de la sanction pénale ont été attribués à la sanction administrative; à cet égard, la solution apportée par l'article 9 de la loi aux conflits entre les sanctions pénales et les sanctions administratives, au moyen du critère intrasystématique de la spécialité, a un caractère exemplaire (39).

Le seul critère distinctif auquel on peut recourir est donc uniquement *formel et nominaliste*, lié à la qualification normative du type de sanction employé (40).

À cet égard, il a été indiqué que les sanctions pénales sont toutes typiques et formelles, de sorte que, pour qualifier un fait d'infraction pénale, il suffit de s'assurer qu'il est puni d'une des sanctions prévues à l'article 17 du code pénal; inversement, la formule utilisée par la loi n° 689/1981 à propos de l'infraction administrative: « sanction administrative consistant dans le paiement d'une somme d'argent » n'est ni typique ni formelle, de telle sorte qu'il est difficile de classer un fait avec certitude dans la catégorie des infractions administratives (41). Ce problème se trouve résolu lorsque le législateur qualifie une sanction donnée d'« administrative »; lorsque tel n'est pas le cas, il a été proposé de recourir à un critère négatif: seraient administratives les sanctions pécuniaires punitives auxquelles ne sont pas appliqués les termes techniques « amende » ou « contravention », propres aux sanctions pénales (42) (43) (44) (45) (46).

(39) Delitala: « Diritto penale », *Enc. Dir.*, XII, Milan, 1964, p. 1096; Paliero-Travi, note 4, p. 307 et suiv.

(40) Voir à ce propos Dolcini, Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa, *Riv. it. dir. proc. penale*, 1987, p. 778-779; Grasso, note 10, p. 49-50; Delitala, note 39, p. 1096.

(41) Dolcini, note 40, p. 778-779.

(42) Dolcini op. loc. ult. cit.

(43) Concernant la notion de « peine privée », voir Bricola: La riscoperta delle « pene private » nell'ottica del penalista », *Politica del diritto*, 1985, p. 72-73. Pour cet auteur, les éléments caractérisant cette institution sont le fait que « la peine privée des intérêts privés et ce au bénéfice exclus du sujet privé et non du trésor public », le fait qu'elle soit appliquée par le biais d'un filtre judiciaire et ce à l'initiative de la partie lésée et, enfin, le fait que la peine privée se distingue par sa finalité préventif et afflictif et non pas par un quelconque élément réparateur.

(44) Il existe différentes nuances, pour lesquelles il faut se reporter à Pedrazzi: « Presentazione », *Commentario*, cité à la note 22, p. 5-6; Siniscalco, note 12, p. 11 et suiv.; Licci « Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo », *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1039.

(45) L'arrêt rendu par la Cour européenne est cité à la note 13.

(46) Cour constitutionnelle, 25 mars 1988, n° 420; *Giur. cost.*, 1987, I, p. 2879; idem, 11 novembre 1987, n° 421; ibidem, p. 2881 et suiv.

Par ailleurs, il convient d'observer que l'absence de différences ontologiques entre l'infraction pénale et l'infraction administrative ainsi que la similarité de leurs objectifs n'excluent pas des différences; les deux types de sanctions (administratives et pénales) ont, en particulier, un caractère plus ou moins grave (étant donné que seule la sanction pénale peut avoir une influence directe ou indirecte sur la liberté de la personne).

2.2. NÉCESSITÉ DE DÉLIMITER DE *LEGE FERENDA* UN DOMAINE PROPRE À L'INFRACTION ADMINISTRATIVE: CIRCULAIRE DU 19 DÉCEMBRE 1983 DU PRÉSIDENT DU CONSEIL

Le degré différent de sévérité de la sanction pénale et de la sanction administrative suggère au législateur et à la doctrine un dosage sélectif de la réaction répressive selon des critères rationnels et non arbitraires. Il ne s'agit pas d'identifier, dans une perspective de *lege ferenda*, les différences de contenu substantiel des deux types d'infractions (ce qui serait en contradiction avec le cadre global tracé jusqu'ici), mais seulement d'identifier les *critères de répartition* des domaines d'application des deux systèmes de sanctions, susceptibles de fournir des indications utiles au législateur.

À cet égard, la circulaire de la présidence du Conseil de ministres identifiant précisément des «critères d'orientation pour le choix entre les sanctions pénales et les sanctions administratives» constitue une démarche intéressante. D'un point de vue formel, la circulaire ne lie pas le législateur futur, mais elle constitue cependant une importante orientation de politique législative, ayant nécessairement et naturellement autorité dans un système très souvent marqué par l'improvisation et le hasard⁽⁴⁷⁾.

Afin d'orienter le choix du législateur futur, la circulaire évoque deux critères proposés par la doctrine pénaliste: le principe de proportionnalité et celui de la subsidiarité de la peine. Selon le premier de ces principes, «la réponse à l'infraction doit être fonction de son degré de gravité»: la sanction pénale doit donc

n'être appliquée qu'aux infractions particulièrement graves *en raison de l'importance de l'intérêt protégé ou de la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts*; «le principe de subsidiarité ne justifie le recours à une sanction pénale qu'en l'absence d'une technique de contrôle social aussi efficace».

Sur la base du principe de proportionnalité, le recours aux sanctions administratives se justifie pour la protection de biens *instrumentaux* ou *secondaires* ou dans le cas d'atteintes très indirectes à des biens de première importance; à cet égard, on a par exemple fait observer que lorsque des activités intrinsèquement dangereuses sont réglementées, seuls les comportements qui présentent, ne fût-ce que dans l'abstrait, un danger pour les biens protégés devraient être concernés par la sanction pénale, et non pas les ordres et les interdictions répondant uniquement à des exigences d'organisation et de régularité dans l'exercice de l'activité.

Le principe de subsidiarité impose, au contraire, de tirer parti de toutes les potentialités de la sanction administrative pécuniaire, qui pourra dans certaines situations particulières se révéler plus efficace et dissuasive que la sanction pénale: le choix entre sanction administrative et sanction pénale doit donc toujours reposer sur une comparaison détaillée des mérites réels des deux systèmes répressifs par rapport à une infraction donnée. Dans cette perspective, la circulaire juge préférable — afin de renforcer l'efficacité de la protection — de choisir la sanction administrative dans le cas d'«actes rattachables à l'activité propre de l'organisme ou à la politique de l'entreprise» (compte tenu de la coresponsabilité de l'entreprise ou de l'organisme, visée en particulier par la loi n° 689/1981). Par ailleurs, la sanction administrative est qualifiée de «plus adaptée et plus efficace que la sanction pénale [...] lorsque l'infraction apparaît intrinsèquement et nécessairement liée à une chose et que l'identification de son propriétaire (ou de la personne ayant avec lui un des rapports prévus par la loi) semble en soi plus aisée que celle de l'auteur de l'infraction» (en raison de la responsabilité pour fait d'autrui établie par l'article 6 de la loi n° 689/1981).

Il est ainsi suggéré au législateur de tendre à préférer les sanctions administratives dans une perspective de *lege ferenda*, en considération soit d'une infraction mineure (caractérisée par le rang secondaire du bien ou le peu de gravité de l'infraction), soit des caractéristiques de l'infraction, qui sont de nature à conférer une efficacité particulière à la configuration de nouveaux types d'infractions administratives.

⁽⁴⁷⁾ Concernant la signification et l'efficacité de la circulaire de la présidence du Conseil des ministres, voir Paliero-Travi, note 4, p. 318 et suiv.; Giunta, note 5, p. 214-215; Palazzo: «I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative», *Indice penale*, 1986, p. 35 et suiv.

3. Principes et structure de l'infraction administrative

3.1. APPLICATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ À L'INFRACTION ADMINISTRATIVE — FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU PRINCIPE

Dans l'examen ci-après des principes et de la structure de l'infraction administrative, on gardera à l'esprit le *modèle général* établi par la loi n° 689/1981, mais en indiquant les variantes éventuelles importantes prévues par des normes spécifiques.

Pour ce qui est des sources de l'infraction, l'article 1^{er} de la loi n° 689 de 1981 consacre le *principe de légalité* par une formule comparable quant au fond à celle utilisée à l'article 25 de la Constitution pour l'infraction pénale.

Ce principe étant par ailleurs posé dans un texte législatif ordinaire, et non dans la Constitution, il ne peut constituer une *limite* à de futures prévisions législatives. C'est pour cela qu'il semble opportun d'examiner si le principe en cause dispose d'un fondement constitutionnel.

Un auteur influent, se référant à un arrêt ambigu de la Cour constitutionnelle (ultérieurement infirmé par d'autres arrêts), inclut les sanctions administratives dans le champ d'application de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution qui établit le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* (48).

La doctrine dominante ne considère toutefois pas que l'article 25 de la Constitution s'applique aux sanctions administratives, pour des motifs d'ordre historique, d'économie du texte constitutionnel et de politique du droit (49).

En ce qui concerne le premier aspect, il convient de noter que l'origine et l'évolution du principe *nullum crimen sine lege* sont exclusivement de nature pénale et que, d'autre part, les travaux préparatoires à la rédaction de la Constitution ne contiennent aucune allusion aux sanctions administratives, limitant expressément le champ d'application de l'article 25 de la Constitution aux mesures pénales et aux mesures de sûreté. D'un point de vue systématique, on observe que, dans le texte constitutionnel, la norme *de qua* fait partie d'un noyau de principes de nature purement (et exclusivement) pénale (article 25, alinéas 1 et 3, articles 26 et 27). Enfin, le domaine d'application de l'article 25, alinéa 2, ne peut être étendu aux sanctions administratives pour des raisons de politique du droit: le rattachement du pouvoir de sanction de l'administration à la réserve visée à l'article 25 de la Constitu-

tion — réserve se rapportant clairement à la loi nationale — priverait les régions d'un instrument essentiel de réglementation des matières de leur compétence.

Cette conception a été consacrée par de nombreux arrêts de la Cour constitutionnelle, qui ont précisé quelles sont les différences de structure entre l'infraction pénale et l'infraction administrative (50).

Toute référence à l'article 25 de la Constitution étant exclue, cela ne signifie pas que le régime des sources de l'infraction administrative soit dépourvu de fondement constitutionnel. À cet égard, la doctrine se réfère généralement aux articles 23 et 97 de la Constitution (51).

Cette dernière norme pourrait être prise en compte pour les sanctions disciplinaires (et par une interprétation extensive pour toutes les sanctions de caractère ablatif); le recours à l'article 23, selon lequel «seule la loi peut imposer des prestations personnelles et patrimoniales», pourrait être pertinent tant pour les sanctions pécuniaires et les autres mesures frappant le patrimoine personnel (telles que la confiscation) en tant que «prestations patrimoniales» que pour les sanctions d'interdiction en tant que «prestations personnelles».

Lorsque l'on examine plus en détail la réserve de loi établie par l'article 23 de la Constitution (la disposition qui nous intéresse le plus), on constate qu'elle est avant tout une *réserve relative*; une grande place est laissée aux dispositions réglementaires sous la seule condition que des principes et des critères suffisamment précis aient été définis par le législateur pour l'exercice du pouvoir réglementaire; en revanche, on ne peut déduire ni de l'article 23 ni d'autres normes constitutionnelles l'existence d'un principe de non-rétroactivité de la sanction administrative. La Cour constitutionnelle a déclaré que le principe de non-rétroactivité de la loi «a été inscrit dans la Constitution uniquement pour ce qui est du domaine pénal, tandis que dans les autres matières le respect du principe repose sur l'appréciation circonspecte du législateur» (52).

3.2. CONTENU DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Le système des sources de l'infraction administrative ne présente donc pas de *garanties constitutionnelles* aussi complètes que celles de l'infraction pénale. Le principe de légalité est cependant posé par la loi ordinaire dans les mêmes termes qu'à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution pour l'infraction pénale; il

(48) Voir Siniscalco: *Depenalizzazione e garanzia*, Bologne, 1983, p. 162 et suiv.; Sandulli note 3, p. 71 et suiv.

(49) Dolcini: «Commento all'art. 1», *Commentario* (cité à la note 22), p. 9-10; Paliero-Travi, note 4, p. 135 et suiv.; Giunta, note 5, p. 219 et suiv.

(50) Cour constitutionnelle, 25 mars 1988, n° 447, cité à la note 46.

(51) Pour les références nécessaires, se reporter à Paliero-Travi, note 4, p. 139 et suiv. et à Dolcini note 49, p. 10-11.

(52) Cour constitutionnelle, 14 mars 1984, n° 68, *Foro it.*, 1984, I, alinéa 906.

se compose donc des éléments qui caractérisent traditionnellement le principe de légalité en matière pénale et qui interviennent sur des plans différents.

3.2.1. Réserve de loi et loi régionale

Sur le plan des sources, l'article 1^{er} de la loi n° 689/1981 prévoit que les sanctions administratives ne peuvent être appliquées qu'en vertu d'une loi, cette obligation étant *absolue*. Les sanctions administratives peuvent être créées par la loi au sens formel et les actes du gouvernement ayant force et valeur de loi (les décrets législatifs et les décrets-lois prévus aux articles 76 et 77 de la Constitution).

Il est admis que la loi régionale peut également être une source de sanctions administratives.

La réserve de loi doit être considérée, ainsi qu'il a déjà été indiqué, comme une réserve *absolue*, ce qui n'empêche pas des apports de sources sublégislatives sous la forme de spécifications techniques relatives à des principes déjà élaborés par le législateur (auquel incombent donc les choix fondamentaux) ⁽⁵³⁾.

Par ailleurs, la réserve de loi en question étant établie par une loi ordinaire (article 1^{er} de la loi n° 689/1981), il peut y être dérogé par des textes postérieurs de même valeur dans le système des sources; le législateur national futur pourrait donc prévoir des infractions administratives et laisser à des sources sublégislatives le soin de la détermination partielle (avec pour seules limites, comme il a été indiqué au paragraphe précédent, celles qui découlent des principes constitutionnels posés notamment aux articles 23 et 97) ⁽⁵⁴⁾.

3.2.2. Interdiction d'appliquer une loi rétroactivement et arguments déductibles de l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme

L'article 1^{er} de la loi n° 689/1981 pose expressément le *principe de la non-rétroactivité* des sanctions administratives.

En fait, l'article 1^{er} ne fait que reprendre, pour les sanctions administratives, un principe établi par des textes supérieurs: ainsi, l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme pose le principe de la non-rétroactivité dans le «domaine pénal» (qui recouvre, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les sanctions administratives répressives) ⁽⁵⁵⁾.

En revanche, l'article 1^{er} de la loi n° 689/1981 n'a pas repris la réglementation comme étant «une applica-

tion rétroactive de la loi la plus favorable à l'auteur de l'infraction» ⁽⁵⁶⁾.

3.2.3. Interdiction du raisonnement par analogie

L'*interdiction du raisonnement par analogie* s'applique également à l'infraction administrative. Cela apparaît expressément à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi n° 689/1981, qui dispose que les sanctions administratives «ne peuvent s'appliquer que dans les cas et les délais qu'elles prévoient», utilisant les mêmes termes que l'article 14 de la loi relative à l'infraction pénale ⁽⁵⁷⁾.

3.2.4. Principe de détermination précise des faits incriminés

On ne peut déterminer avec certitude à partir de la définition donnée à l'article 1^{er} de la loi n° 689/1981 si les principes généraux de l'infraction administrative comprennent celui de la détermination précise des faits sanctionnés.

En effet, dans l'ordre juridique italien, le fondement de ce principe se trouve non seulement à l'article 25, mais aussi à l'article 13 de la Constitution (qui garantit le caractère inviolable de la liberté personnelle), de sorte que sa portée se trouve inévitablement réduite en ce qui concerne la typologie des infractions (titre I de la loi n° 689/1981), caractérisée par des sanctions qui ne portent pas atteinte, fût-ce indirectement, à la liberté personnelle ⁽⁵⁸⁾.

Toutefois, un argument décisif milite en faveur de la thèse selon laquelle le principe de détermination constitue un critère devant être pris en compte lors de la formulation des éléments constitutifs de l'infraction administrative: «la fonction de garantie de la réserve de loi serait gravement compromise si le principe de légalité se bornait à identifier la source des sanctions administratives, en ne prenant pas en considération leur technique de formulation: l'exécutif ne pourrait certes plus créer aucune norme, mais les différentes incriminations seraient si vagues que leur concrétisation par l'autorité administrative ne connaîtrait pas aucune limite» ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵³⁾ Il s'agit d'ailleurs d'une tendance que la doctrine pénale avait exprimée quant au principe de légalité en matière pénale (voir Romano: «Repressione della condotta antisindacale», *Profili penali*, Milan, 1974, p. 169 et suiv.; Pulitanò: *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milan, 1976, p. 319 et suiv.).

⁽⁵⁴⁾ Dolcini, note 49, p. 16.

⁽⁵⁵⁾ Ce que dit exactement Paliero-Travi, note 4, p. 174.

⁽⁵⁶⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 174-175.

⁽⁵⁷⁾ Voir à ce propos Tiedemann: «La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté, la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté», *Actes du séminaire organisé par le contrôle financier et le service juridique de la Commission des Communautés européennes*, les 27, 28 et 29 novembre à Bruxelles, Bruxelles, Luxembourg, 1990, p. 153 et suiv.

⁽⁵⁸⁾ Grasso: *Comunità europee e diritto penale*, Milan, 1989, p. 98.

⁽⁵⁹⁾ Voir Paliero-Travi, rubrique «Sanzioni amministrative», *Enc. Dir.*, XLI, 1989, p. 381-382.

3.3. APPLICATION DU PRINCIPE DE CULPABILITÉ À L'INFRACTION ADMINISTRATIVE (ARTICLE 3 DE LA LOI N° 689/1981) — NÉCESSITÉ D'UN COMPORTEMENT DOLOSIF OU FAUTIF DE L'AUTEUR DE L'INFRACTION — ERREUR DE FAIT ET IMPORTANCE DE L'ERREUR DE DROIT

La Cour constitutionnelle a rappelé, à plusieurs reprises, que le *principe de personnalité de la responsabilité pénale*, posé à l'article 27, premier alinéa, de la Constitution « ne s'applique qu'aux peines véritables et en aucune manière aux sanctions d'une autre nature »⁽⁶⁰⁾. Par conséquent, le principe de culpabilité n'est pas inscrit dans la Constitution pour l'infraction administrative.

Ce principe est posé, au niveau de la loi ordinaire, à l'article 3, premier alinéa, de la loi n° 689/1981, qui reprend la formulation utilisée pour les contraventions à l'article 42, alinéa 2, du code pénal: « Dans le cas d'infractions auxquelles s'applique une sanction administrative, chacun est responsable de ses propres actions ou omissions, volontaires ou non, dolosives ou fautives. » Le système des sanctions administratives ne connaît donc, lui aussi, que des actions ou des omissions « conscientes et volontaires », c'est-à-dire « maîtrisables » par le sujet: en d'autres termes, il s'agit d'actions ou d'omissions intervenues en l'absence de « circonstances exceptionnelles » et propres à réaliser une conduite correspondant aux éléments constitutifs, au « type » d'infraction⁽⁶¹⁾. Par ailleurs, l'action ou l'omission consciente et volontaire doit être entachée de *dol* ou tout au moins d'une *faute*. Sauf indication contraire de la norme de sanction, la faute, définie à l'article 43, premier alinéa, point 3, du code pénal, suffit à entraîner la responsabilité de son auteur.

En ce qui concerne la constatation de l'élément subjectif, la jurisprudence a parfois simplifié en présupposant l'existence de la faute, la charge de prouver le contraire pesant sur l'auteur du fait⁽⁶²⁾. Toutefois, la doctrine la plus influente estime que cette orientation est dénuée de tout fondement normatif⁽⁶³⁾.

Tout en n'étant pas expressément mentionnés à l'article 3 de la loi n° 689/1981, le cas fortuit et le cas de force majeure excluent l'existence d'une responsabilité à l'instar des principes posés dans cette norme, car « le premier exclut la conscience de l'auteur de l'infraction, tandis que le second exclut le caractère conscient et volontaire de l'action »⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ Cour constitutionnelle, 25 novembre 1978, n° 502, *Giur. cost.*, 1987, I, p. 3315; voir également Cour constitutionnelle, 11 novembre 1987, n° 420 et 11 novembre 1987, n° 421, cités à la note 46.

⁽⁶¹⁾ Dolcini, note 40, p. 780-781.

⁽⁶²⁾ Voir Cassation, chambre I, 5 mai 1988, n° 3321, *Foro it.*, 1988, I, alinéas 1863 et suiv.

⁽⁶³⁾ Voir par exemple Dolcini, note 40, p. 780-781 et Paliero-Travi, note 4, p. 196 et suiv.

⁽⁶⁴⁾ Voir Cassation, 2 octobre 1989, n° 3961, *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 1990, p. 91; voir également Dolcini, note 40, p. 782-783.

L'article 3, alinéa 2, de la loi n° 689/1981 instaure un parallélisme parfait entre les dispositions relatives à l'erreur de fait en droit pénal et en droit administratif: dans les deux systèmes, la responsabilité de l'auteur de l'infraction est exclue dans l'hypothèse de l'ignorance ou de la représentation inexacte d'un des éléments essentiels (qu'il soit de nature descriptive ou normative) du fait typique, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une erreur qui peut être reprochée. La jurisprudence a étendu, par analogie, l'application de ces dispositions aux cas de supposition erronée d'un fait justificatif, c'est-à-dire aux cas dans lesquels l'auteur de l'infraction suppose qu'il se trouve dans une situation qui, si elle existait réellement, l'exonérerait de toute responsabilité⁽⁶⁵⁾.

Pour ce qui est de l'erreur de droit, l'absence de dispositions explicites en la matière n'a pas empêché la jurisprudence d'attribuer une valeur exonératrice à la conviction erronée d'accomplir un acte licite, découlant de déclarations inexacts de l'autorité; en fait, il s'agissait là d'une extension à l'infraction administrative de la « théorie de la bonne foi » élaborée par la jurisprudence dans le domaine des contraventions⁽⁶⁶⁾.

Les termes de cette question ont changé depuis que la Cour constitutionnelle a déclaré, dans son arrêt n° 364/1988, que l'article 5 du code pénal est inconstitutionnel dans la mesure où il n'exclut pas l'« ignorance inévitable » de l'inexcusabilité de l'ignorance de la loi pénale.

L'importance ainsi conférée à l'*erreur de droit excusable* ne doit toutefois pas se limiter au domaine pénal. Elle doit être étendue au système des sanctions administratives, puisque l'infraction administrative et l'infraction contraventionnelle sont régies par des dispositions similaires⁽⁶⁷⁾.

Les cas de responsabilité solidaire visés par les trois premiers alinéas de l'article 6 de la loi n° 689/1981 diffèrent sensiblement du cadre évoqué ci-dessus.

Il s'agit en effet de cas de responsabilité objective ou plutôt de responsabilité fondée sur une présomption de faute qui par ailleurs ne porte pas sur l'infraction administrative mais bien sur le paiement d'une somme due à titre de sanction pécuniaire.

Compte tenu du fait que la personne responsable « *in solidum* » possède la faculté de se retourner contre l'auteur de l'infraction, cela semble constituer une sorte de garantie pour le paiement des sommes dues⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cassation, chambre I, 26 septembre 1990, n° 9756.

⁽⁶⁶⁾ Cassation, chambre I, 19 janvier 1985, n° 138, *Foro it.*, 1985, I, alinéa 420. Voir également à ce propos Dolcini, note 40, p. 783.

⁽⁶⁷⁾ Dans ce sens Paliero-Travi, note 4, p. 204 et suiv.

⁽⁶⁸⁾ Voir en particulier Dolcini, Commento all'art. 6, *Commentario*, voir note 22, p. 49.

L'origine de ce mécanisme provient clairement du droit privé.

Le cas de responsabilité solidaire visé par l'article 6, alinéa 1, concerne le propriétaire de la chose qui a servi ou qui a été destinée à commettre l'infraction (cela vaut également pour l'usufruitier s'il s'agit d'un bien immeuble ou pour le titulaire d'un droit d'usage), «s'il ne prouve pas que la chose a été utilisée avec sa volonté».

Ce système, malgré l'allusion à des éléments de faute, se base, selon les conceptions les plus répandues, sur une responsabilité objective; la personne responsable «*in solidum*» ne peut en effet se libérer de sa responsabilité en démontrant le caractère imprévisible de l'usage d'autrui de la chose ayant servi l'infraction⁽⁶⁹⁾.

La deuxième alinéa de l'article 6 décrit la responsabilité solidaire du titulaire d'un pouvoir d'autorité, de direction ou de vigilance pour le paiement de la somme due au titre de sanction pour l'infraction réalisée par le suspect, à moins qu'il ne prouve «l'impossibilité d'empêcher le fait».

Dans ce cas de responsabilité, on assiste à l'inversion de la charge de la preuve alors que la structure de la responsabilité reste basée sur la notion de faute⁽⁷⁰⁾.

Le troisième alinéa de l'article 6 introduit clairement la responsabilité du fait d'autrui à charge des personnes juridiques ou d'organisations dépourvues de personnalité juridique pour le paiement des sommes dues à titre de sanction pécuniaire pour les infractions commises par l'emploi ou le représentant dans l'exercice de ses fonctions ou de ses tâches⁽⁷¹⁾. Il s'agit ici d'un aspect qui vise à responsabiliser la personne juridique (voir p. 8).

3.4. CAPACITÉ DE COMPRENDRE ET DE VOULOIR DE L'AUTEUR DE L'INFRACTION (ARTICLE 2 DE LA LOI N° 689/1981)

Le premier alinéa de l'article 2 de la loi n° 689/1981 prévoit que l'auteur d'une infraction est exonéré de toute sanction administrative s'il était incapable de comprendre et de vouloir au moment des faits.

Le législateur de 1981 se contente de renvoyer aux dispositions du code pénal pour ce qui est de la définition et de la réglementation des causes d'exclusion de la capacité de comprendre et de vouloir; une exception est cependant prévue pour les moins de 18 ans, qui ne peuvent être soumis à une sanction administrative.

Cette disposition, évidemment adoptée pour simplifier la constatation, peut avoir des résultats discutables

⁽⁶⁹⁾ Voir Paliero-Travi, note 4, p. 198-199; Dolcini, note 68, p. 46.

⁽⁷⁰⁾ Dolcini, note 68, p. 46.

⁽⁷¹⁾ Voir Paliero-Travi, note 4, p. 192 et suiv.

dans les secteurs où les mineurs de moins de 18 ans peuvent exercer une activité (sans toutefois pouvoir être soumis à des sanctions administratives).

Le deuxième alinéa de l'article 2 prévoit une forme autonome de responsabilité de la personne chargée de surveiller l'incapable, auteur de l'infraction, à moins qu'elle n'apporte la preuve qu'elle n'était pas en mesure d'empêcher l'infraction d'être commise.

Il s'agit là d'une forme de responsabilité tout à fait autonome de la personne chargée de la surveillance de l'incapable. Nonobstant l'inversion de la charge de la preuve, cette responsabilité ne peut être qualifiée de responsabilité pour fait d'autrui ou de responsabilité sans faute: son fondement demeure un comportement personnel, même s'il peut s'agir d'une omission⁽⁷²⁾.

3.5. APPLICATION À L'INFRACTION ADMINISTRATIVE DES FAITS JUSTIFICATIFS PRÉVUS DANS LA PARTIE GÉNÉRALE DU CODE PÉNAL

L'article 4 de la loi n° 689/1981 introduit, dans le système des sanctions administratives, certains cas d'exonération prévus dans le code pénal, liés en particulier à l'exercice d'un droit, à l'accomplissement d'un devoir, à la légitime défense ou à l'état de nécessité. Parmi les cas d'exonération prévus par le code pénal (aux articles 50 et suiv.), seul le consentement de l'ayant droit n'est pas repris par la loi n° 689/1981 (outre l'usage légitime d'une arme). Or, s'il est vrai qu'une telle situation ne se rencontre que rarement dans la sphère de l'infraction administrative, il n'en reste pas moins qu'elle peut se présenter (par exemple dans le domaine des droits d'auteur, où sont définis quelques cas d'infraction administrative). Dans de telles hypothèses, il y a lieu d'estimer que, bien que l'article 4 de la loi n° 689/1981 ne le prévoit pas, le consentement de l'ayant droit peut être une cause d'exclusion de la responsabilité en tant qu'expression d'un principe général de l'ordre juridique⁽⁷³⁾.

L'article 4 de la loi n° 689/1981 ne définit pas la structure des causes de justification qu'il prévoit, se bornant à indiquer qu'elles s'appliquent aux sanctions administratives. Des raisons de cohérence systématique imposent de se référer à cet égard aux dispositions du code pénal. En conséquence, on se reportera à ses articles 52 et 54⁽⁷⁴⁾, qui définissent les éléments constitutifs et les conditions d'application de la légitime défense et de l'état de nécessité.

⁽⁷²⁾ Voir Paliero-Travi, note 4, p. 193 et suiv.

⁽⁷³⁾ Dolcini, note 40, p. 783; Paliero-Travi, note 4, p. 222-223.

⁽⁷⁴⁾ Dolcini: «*Commento all'art. 4*», *Commentario*, cité à la note 22, p. 34-35.

3.6. PARTICIPATION (CONCOURS)
DE PLUSIEURS PERSONNES
À UNE INFRACTION: RÈGLE GÉNÉRALE
POSÉE À L'ARTICLE 5 DE LA LOI N° 689/1981,
INSPIRÉE DU MODÈLE PÉNAL
DE LA RESPONSABILITÉ AUTONOME
DE CHAQUE PARTICIPANT

Pour ce qui est de la participation (concours) de plusieurs personnes à l'infraction, l'article 5 de la loi n° 689/1981 définit un système de *responsabilité concurrente* en indiquant qu'«il est infligé une sanction autonome à chacune des personnes ayant concouru à une même infraction administrative». On s'éloigne donc du modèle de la *responsabilité solidaire*, qui était prévu pour les infractions financières à l'article 11 de la loi n° 4/1929 et qui a été réintroduit dans des normes récentes (75).

Le choix du modèle de responsabilité concurrente a fait l'objet d'un long débat lors des travaux préparatoires de la loi n° 689/1981; cependant, il mérite certainement d'être approuvé, car il va pleinement dans le sens des objectifs de prévention générale et spéciale des sanctions administratives.

Pour ce qui est des éléments constitutifs du concours, l'article 5 de la loi n° 689/1981 adopte, pour les infractions administratives, le *modèle unique* introduit à l'article 110 du code pénal, qui exclut toute distinction entre les participants à l'infraction (76). Dans le système mis en place par la loi n° 689/1981, le principe de l'égalité de responsabilité des coauteurs de l'infraction ne connaît même pas les atténuations limitées liées à l'existence d'un ensemble de circonstances aggravantes et atténuantes, dont la réglementation relative à l'infraction administrative ne fait pas état.

Comme indiqué par ailleurs, lors de l'adoption de certaines normes spécifiques, le législateur national a réintroduit le principe de la *responsabilité solidaire* propre à l'infraction civile et visé à l'article 11 de la loi n° 4/1929 pour les infractions dans le domaine financier (77).

3.7. INEXISTENCE
D'UNE RÉGLEMENTATION AUTONOME
DE LA TENTATIVE D'INFRACTION
ADMINISTRATIVE

Contrairement à l'article 56 du code pénal pour les délits, la loi n° 689/1981 reste muette sur la tentative d'infraction administrative. Le principe de légalité étant consacré à l'article 1^{er} de la loi n° 689/1981, il

(75) Dolcini: «Commento all'art. 5», *Commentario*, cité à la note 22, p. 37 et suiv.

(76) Sur les différents régimes régissant la participation ou le fait illicite, voir Grasso: «Pre-art. 110», *Commentario sistematico del codice penale*, Romano-Grasso, II, Milan, 1990, p. 120 et suiv.

(77) Dolcini, note 75, p. 39-40.

convient de conclure que la tentative d'infraction administrative n'est pas sanctionnée (sauf lorsque la disposition précisant les faits sanctionnés par la voie administrative le prévoit expressément).

3.8. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES
MORALES: INEXISTENCE D'UNE FORME
DE RESPONSABILITÉ AUTONOME —
RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE DES
PERSONNES MORALES, DES ORGANISMES
PRIVÉS DOTÉS DE LA PERSONNALITÉ
JURIDIQUE ET DES ENTREPRENEURS POUR
LES SOMMES DUES À TITRE DE SANCTION
PÉCUNIAIRE EN RAISON DES INFRACTIONS
COMMISES PAR LE REPRÉSENTANT
OU L'EMPLOYÉ

À une exception près sur laquelle on reviendra, seule une *personne physique* peut être l'auteur d'une infraction administrative. Le système des sanctions administratives ne connaît donc pas une forme autonome de responsabilité des personnes morales.

À cet égard se dessine une différence importante avec le système de sanction communautaire, qui prévoit une responsabilité directe des personnes morales (78).

Il semble toutefois que l'on puisse rattacher aux solutions de droit communautaire les dispositions de la récente loi n° 287 du 10 octobre 1990, relative à la protection de la concurrence et du marché qui interdit les ententes restrictives ainsi que les abus de position dominante d'une ou de plusieurs entreprises et qui a mis en place un contrôle des opérations de concentration susceptibles d'affecter la concurrence. Pour garantir le respect des interdictions en question, la loi n° 287/1990 a établi des sanctions administratives pécuniaires frappant les entreprises qui n'obtempèrent pas aux mises en demeure de l'autorité garante de l'application des règles de concurrence leur enjoignant de mettre fin aux ententes illicites et aux abus de position dominante (article 15), qui ne s'acquittent pas de leur obligation d'informer l'autorité compétente, au-delà d'un certain seuil, des opérations de concentration, ou qui passent outre à l'interdiction, édictée par l'autorité susmentionnée, de réaliser une opération de concentration restrictive de la concurrence (article 19). Comme le prévoit expressément l'article 19, alinéa 2, et implicitement d'autres dispositions, les sanctions en question *sont infligées aux entreprises, terme par lequel il faut entendre les personnes physiques ou morales propriétaires des entreprises*.

C'est ainsi que, pour la première fois, est posé le principe d'une responsabilité directe sanctionnable des personnes morales.

(78) Voir à ce propos Grasso, note 58, p. 99 et suiv.

Bien qu'en règle générale les personnes morales ne se voient pas imputer de responsabilité directe sanctionnable, l'article 6, alinéa 3, de la loi n° 689/1981 introduit une *responsabilité solidaire* des personnes morales pour le paiement des sommes dues au titre de sanction pécuniaire en raison des infractions commises par le représentant dans l'exercice de ses fonctions ou l'employé dans l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées.

Il s'agit là d'une responsabilité à titre principal et non subsidiaire (puisque le paiement de la sanction pécuniaire peut être demandé indifféremment à l'employé ou au représentant ou à la personne morale), ce qui distingue clairement ce cas de l'obligation civile pour la sanction pécuniaire prévue pour les infractions pénales aux articles 196 et 197 du code pénal. En tout état de cause, la personne morale peut exercer une action récursoire contre l'auteur de l'infraction ⁽⁷⁹⁾.

Malgré les nombreuses suggestions qui lui avaient été faites, le législateur a donc refusé le modèle allemand fondé sur la *responsabilité concurrente* de la personne morale avec l'auteur de l'infraction, au profit d'un système de responsabilité solidaire qui ⁽⁸⁰⁾ en défini-

tive garantit uniquement qu'il sera satisfait à l'obligation pécuniaire. Il s'agit donc là d'une solution « peu répressive », caractérisant le système de sanction administratif par rapport au système de sanction pénal ⁽⁸¹⁾.

Ces dispositions s'appliquent non seulement aux personnes morales, mais aussi aux organismes dépourvus de personnalité juridique et aux entrepreneurs individuels; pour ces derniers, la jurisprudence a parlé d'une manifestation du *risque d'entreprise* ⁽⁸²⁾.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, les personnes soumises *in solidum* à l'obligation d'acquitter les sanctions pécuniaires au titre de l'article 6 de la loi n° 689/1981 (et par conséquent les personnes morales ou les entrepreneurs) sont également soumises aux sanctions accessoires facultatives et obligatoires. Ce principe a été en particulier appliqué à la confiscation obligatoire des véhicules automobiles circulant sans permis de circulation, établie par l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 689/1981 ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ Ce que dit exactement Paliero-Travi, note 4, p. 211.

⁽⁸⁰⁾ Dolcini, note 40, p. 782.

⁽⁸¹⁾ Il s'agit d'un point de vue abondamment décrit par Paliero-Travi, note 4, p. 210 et suiv.

⁽⁸²⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 210.

⁽⁸³⁾ Cassation, chambre I, 2 octobre 1989, n° 3961.

4. Typologie et réglementation de la sanction administrative

4.1. SANCTION ADMINISTRATIVE PÉCUNIAIRE

Il résulte de l'article 12 de la loi n° 689/1981 que le système de sanction administratif repose essentiellement sur la *sanction pécuniaire*. En effet, cette disposition définit le champ d'application de la loi en se référant aux cas où une telle sanction est infligée⁽⁸⁴⁾.

À cet égard, il convient de noter que, outre les *sanctions pécuniaires graduées entre un minimum et un maximum* (auxquelles se réfère en principe la réglementation de dégradation visée à l'article 11 de la loi n° 689/1981), il existe deux autres types de sanctions pécuniaires: la *sanction pécuniaire proportionnelle* (utilisée relativement fréquemment) et la sanction pécuniaire fixe (d'application assez limitée).

Le législateur a prévu deux *modes de calcul de la sanction pécuniaire proportionnelle*⁽⁸⁵⁾. Selon le premier, un coefficient multiplicateur est appliqué à une variable qui constitue la base du calcul et dont la valeur dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce. Ainsi, la loi de la région lombarde n° 18 du 30 mars 1982 sur les carrières établit «une sanction administrative représentant entre deux et quatre fois la valeur commerciale des matériaux extraits ou extraits en excédent».

Dans d'autres cas, le législateur inverse ce schéma d'évaluation en prédéterminant la base de calcul et renvoie aux circonstances du cas d'espèce pour établir le coefficient de multiplication de la sanction de base fixée par la loi. Ainsi, la loi n° 835/1973, relative au stockage obligatoire de la bergamote, prévoit une sanction administrative pécuniaire de 5 000 à 15 000 liras par hectare de superficie cultivée non déclaré.

Il existe deux différences importantes entre la réglementation de la sanction pécuniaire administrative et celle de la sanction pécuniaire pénale.

La sanction pécuniaire administrative ne peut être convertie en une autre sanction lorsque l'auteur de l'infraction est insolvable, alors que l'article 136 du code pénal prévoit une telle possibilité. De plus, la sanction administrative ne peut pas faire l'objet d'une suspension conditionnelle, alors que l'article 163 du code pénal contient de telles dispositions pour les contraventions et les amendes (sanctions pécuniaires pénales).

4.2. SANCTIONS FRAPPANT D'INTERDICTION

L'existence de *sanctions administratives d'interdiction* dans le système de sanction italien résulte expressément

⁽⁸⁴⁾ Bachelet: «Questioni in tema di depenalizzazione» *Giur. cost.*, 1970, I, p. 254-255.

⁽⁸⁵⁾ Pour plus de détails, consulter Paliero-Travi, note 4, p. 93 et suiv.

ment de l'article 20 de la loi n° 689/1981, qui prévoit, à la suite de la dépenalisation, que des mesures d'interdiction pénales à l'origine et consistant en «la privation ou la suspension de droits conférés par des actes administratifs» pourront être utilisées à titre accessoire. Outre ces sanctions qui frappent d'interdiction, le législateur a créé récemment d'autres types de sanction s'appliquant aux infractions punies *ab origine* par des sanctions administratives.

Ces sanctions administratives accessoires consistent en la «suspension» de l'exercice d'une activité donnée (faisant l'objet d'un régime d'habilitation ou d'autorisation), en la fermeture du local dans lequel cette activité est exercée ou en la suspension ou la révocation de l'acte administratif autorisant l'activité. Ainsi, l'article 4 de la loi n° 20 du 4 février 1977, relative au prêts sur gage, prévoit, pour les infractions particulièrement graves ou en cas de récidive, la révocation de l'habilitation (sanction d'interdiction dépenalisée), tandis que, conformément à l'article 13 de la loi n° 80 du 19 mars 1980, un point de vente peut être fermé pour cause de récidive (sanction d'interdiction *ab origine* administrative).

Ces sanctions doivent assurément être soumises aux principes généraux résultant de la loi n° 689/1981, comme le prévoit explicitement l'article 20 de la loi pour les sanctions dépenalisées et comme on peut à l'évidence le déduire d'une interprétation systématique pour les autres sanctions, en raison de l'identité de structure et de fonction des deux groupes de mesures⁽⁸⁶⁾.

Le système des sanctions administratives connaît aussi des *sanctions d'interdiction principales* (par exemple l'exclusion des locaux de la Bourse, prévue à l'article 8 de la loi n° 212 du 20 mars 1913). À cet égard, il convient toutefois d'opérer une distinction entre les mesures d'interdiction constituant des sanctions et celles qui sont adoptées après examen de l'aptitude d'un individu (réglementée par la loi ou évaluée au cas par cas par l'administration) à exercer une certaine activité ou à contracter⁽⁸⁷⁾.

Seules les premières de ces mesures constituent réellement la réaction à une infraction et, comme il a déjà été indiqué, c'est à elles que devraient s'appliquer les principes fondamentaux posés au titre I de la loi n° 689/1981 (voir point 1.5, ci-dessus).

4.3. CONFISCATION

L'article 20, alinéas 3 à 5, de la loi n° 689/1981 réglemente, de manière générale, la *confiscation administrative en tant que sanction accessoire*.

⁽⁸⁶⁾ Giunta, note 5, p. 239; Paliero-Travi, note 4, p. 302 et suiv.

⁽⁸⁷⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 119 et suiv.

Il prévoit en particulier que l'autorité administrative peut ordonner la confiscation des instruments qui ont servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre et doit ordonner la confiscation des choses constituant le profit tiré de l'infraction.

Dans ces cas, la confiscation est clairement afflictive et répressive, de telle sorte qu'il semble logique qu'elle frappe uniquement l'auteur de l'infraction ou d'autres personnes obligées au paiement solidaire (article 20, alinéa 3, de la loi n° 689/1981). On ne peut donc plus recourir au procédé de la confiscation en cas d'extinction de la prétention punitive, de mort de l'auteur de l'infraction ou lorsque celui-ci ou les autres obligés bénéficient d'une forclusion parce que l'infraction n'a pas été notifiée ou en raison d'un paiement dans une mesure réduite⁽⁸⁸⁾.

La confiscation obligatoire visée à l'article 20, alinéas 4 et 5, de la loi n° 689/1981 peut sanctionner « la fabrication, l'usage, le port, la détention ou l'aliénation d'une chose constituant une infraction administrative ».

Ces dispositions établissent en effet que, dans ces cas, la mesure peut faire abstraction de l'injonction de paiement (et donc de la prononciation de la sanction principale) ainsi que de l'appartenance des biens à l'auteur ou aux coauteurs de l'infraction. Le principal objectif de cette mesure de nature patrimoniale n'est donc pas tant de « punir » l'auteur de l'infraction que de veiller à l'application des normes réglementant des activités, en éliminant les biens utilisés en violation des dispositions législatives. En effet, le dernier alinéa de l'article 20 dispose que des biens ne peuvent être confisqués lorsqu'ils appartiennent à une personne n'ayant pas participé à l'infraction et lorsque leur circulation peut être régularisée par autorisation administrative⁽⁸⁹⁾.

Outre le modèle général de confiscation administrative établi à l'article 20 de la loi n° 689/1981, certaines dispositions sanctionnent des infractions spécifiques par d'autres types de confiscations administratives (obligatoires ou facultatives) presque toujours *accessoires* et constituant très rarement des *sanctions principales*.

Ainsi, l'article 21 de la loi n° 689/1981 prévoit deux cas spéciaux de confiscation obligatoire pour le véhicule automobile circulant sans permis de circulation ou sans assurance (sous réserve, dans ce dernier cas, que les primes d'assurance n'ont pas été payées pour au moins six mois et que les sanctions pécuniaires n'ont pas été acquittées dans le délai fixé par l'injonction).

Tant les cas de confiscation régis en termes généraux par l'article 20 de la loi n° 689/1981 que les cas « spéciaux » de confiscation sont soumis aux dispositions substantielles et procédurales de la loi

n° 689/1981; en ce qui concerne la confiscation facultative, c'est aux critères de gradation prévus à l'article 11 qu'il faut se référer pour la réglementation du pouvoir discrétionnaire de l'administration⁽⁹⁰⁾.

4.4. CRITÈRES DE GRADATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES — RÈGLES POSÉES À L'ARTICLE 11 DE LA LOI N° 689/1981 ET EXCEPTIONS

Il a été souligné avec justesse qu'il existe un rapport étroit entre la *réglementation de la gradation* et l'*objectif* (et par conséquent aussi la nature) *des sanctions*⁽⁹¹⁾.

À cet égard, l'article 11 de la loi n° 689/1981, s'il n'indique pas expressément quels sont les « *critères finalitaires* » de la gradation des sanctions administratives, prévoit que l'autorité infligeant la sanction doit tenir compte d'une série de *critères de fait*, afin que la sanction administrative joue un *rôle préventif général et spécial* similaire à celui de la sanction pénale⁽⁹²⁾. Il est significatif que, au cours des travaux préparatoires, cette disposition ait subi des modifications notables allant dans le sens d'un enrichissement des critères de fait et accentuant le caractère préventif.

Conformément à l'article 11 de la loi n° 689/1981, l'autorité administrative doit tenir compte, lors de la fixation de la sanction entre le minimum et le maximum, « de la gravité de l'infraction, des actes accomplis par l'auteur pour supprimer ou atténuer ses conséquences, de sa personnalité et de sa situation économique ».

Par *gravité de l'infraction*, la loi entend sa gravité globale dans ses composantes objectives et subjectives. Pour évaluer la gravité objective, il convient de tenir compte de l'importance du dommage causé ou du péril occasionné à l'intérêt protégé, mais aussi des modalités du comportement qui apparaissent particulièrement dangereuses⁽⁹³⁾. Il semble qu'il faille également prendre en considération l'*avantage économique* recherché par l'auteur de l'infraction: cet élément est pris expressément en compte au paragraphe 17, alinéa 4, de la loi allemande relative aux violations de l'ordre public (OWiG) et joue un rôle particulièrement significatif de prévention générale et spéciale: le caractère dissuasif de la sanction pécuniaire serait affecté (tant à l'égard de l'auteur de l'infraction que de manière générale) si le montant de la sanction n'était

⁽⁸⁸⁾ Riva Crugnola: « Commento agli art. 20 e 21 », *Commentario*, cité à la note 22, p. 138.

⁽⁸⁹⁾ Voir en particulier Riva Crugnola, note 88, p. 138-139.

⁽⁹⁰⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 132.

⁽⁹¹⁾ Paliero: « La legge 689 dal 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia », *Politica del diritto*, 1983, p. 119-121.

⁽⁹²⁾ Dolcini, note 40, p. 785; Paliero-Travi, note 4, p. 101 et suiv.

⁽⁹³⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 103; Dolcini, « Commento all'art. 11 », *Commentario* (cité à la note 22), p. 73.

pas supérieur à l'avantage économique procuré par l'acte illicite ⁽⁹⁴⁾.

En ce qui concerne la *gravité subjective* de l'infraction, il convient au contraire de «prendre surtout en considération le caractère dolosif ou fautif de la transgression, car il est beaucoup plus difficile, dans cette sphère inévitablement 'simplifiée', d'avoir recours à des notions plus délicates telles que l'«intensité du dol» ou la 'gravité de la faute'» ⁽⁹⁵⁾. Tout cela a été confirmé — ne fût-ce que dans le domaine des changes — par la loi de 1987 qui a expressément identifié comme critère «distinctif» de gradation susceptible de renforcer ou de réduire le *montant* de la sanction la nature *dolosive* ou *simplement fautive* de l'infraction (article 23, alinéa premier, du DPR n° 454 du 29 septembre 1987) ⁽⁹⁶⁾.

Par «*actes accomplis par l'auteur pour supprimer ou atténuer les conséquences de l'infraction*», on entend non seulement le résultat effectivement atteint, mais aussi l'utilisation d'instruments susceptibles de supprimer ou d'atténuer le dommage qui n'ont pas atteint l'objectif poursuivi en raison de circonstances indépendantes de la volonté du contrevenant ⁽⁹⁷⁾.

Les critères relatifs à la *personnalité de l'auteur* de l'infraction permettent de prendre en considération d'éventuelles «*récidives*» ou des circonstances particulières qui diminuent sa capacité de comprendre ou de vouloir ⁽⁹⁸⁾.

Par ailleurs, l'article 11 considère la situation économique de l'auteur de l'infraction; ce critère est résolument «orienté vers la prévention spéciale», dans la mesure où il évite qu'une situation économique favorable rende l'agent «indifférent» au caractère «afflictif» et «dissuasif» de la sanction et, vers la prévention générale, parce qu'il empêche les contrevenants potentiels de «compter» sur une éventuelle disproportion entre le montant de la sanction et leurs propres disponibilités financières, qui rendrait l'infraction «avantageuse» ⁽⁹⁹⁾.

Conformément à l'article 11, les mêmes critères doivent être employés pour la fixation des sanctions accessoires facultatives.

L'analyse des pratiques de l'administration en matière de détermination des sanctions fait également apparaître que celle-ci n'utilise pas cette vaste gamme de critères factuels et prend ses décisions de manière relativement arbitraire et irrationnelle. Par ailleurs, la

doctrine a exprimé sa profonde insatisfaction à l'égard de l'usage fait par la jurisprudence pénale du large pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 133 du code pénal pour la fixation de la sanction ⁽¹⁰⁰⁾.

4.5. RÉGLEMENTATION DE LA PRESCRIPTION

Si la réglementation de la gradation des sanctions administratives tend à rapprocher la sanction administrative de la sanction pénale, d'autres dispositions définissant également le régime juridique de la sanction administrative comportent certaines différences importantes avec la réglementation de la sanction pénale.

À cet égard, la réglementation de la prescription a valeur d'exemple. L'article 28 de la loi n° 689/1981 dispose que «les sanctions pécuniaires infligées au titre de la présente loi se prescrivent par cinq ans à compter de la date à laquelle l'infraction a été commise»; par ailleurs, «l'interruption de la prescription est régie par les dispositions du code civil».

Il a été constaté à juste titre que cette réglementation soumet les sanctions pécuniaires administratives à un *régime de droit civil*; en effet, ce n'est pas la sanction elle-même qui fait l'objet de la prescription, seul le droit de percevoir la somme est affecté, et on renvoie au droit civil pour ce qui est de la réglementation de l'interruption de la prescription (qui est donc totalement différente des dispositions de droit pénal en la matière) ⁽¹⁰¹⁾.

4.6. INTRANSMISSIBILITÉ AUX HÉRITIERS DE L'OBLIGATION D'ACQUITTER LA SOMME DUE À TITRE DE SANCTION PÉCUNIAIRE

Le choix de l'intransmissibilité de la sanction pécuniaire aux héritiers, consacré à l'article 7 de la loi n° 689/1981, reflète une conception «punitiv» de la sanction «qui ne se justifie que lorsqu'elle est infligée à l'auteur de l'infraction»; une option contraire en faveur de la transmissibilité de l'obligation aurait eu un caractère civil et réparateur ⁽¹⁰²⁾.

Inscrite pour la première fois dans la loi de dépénalisation de 1967, la disposition relative à l'intransmissibilité de la sanction pécuniaire n'avait pas été prévue par les textes antérieurs réglementant la sanction administrative (ni par la loi n° 4/1929 relative aux infractions fiscales).

⁽⁹⁴⁾ Grasso, note 58, p. 124; Paliero, note 91, p. 120-121.

⁽⁹⁵⁾ Dolcini, note 93, p. 73; Paliero-Travi, note 4, p. 104.

⁽⁹⁶⁾ Il s'agit d'une remarque pertinente de Paliero-Travi, note 4, p. 104.

⁽⁹⁷⁾ Dolcini, note 93, p. 73-74.

⁽⁹⁸⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 104.

⁽⁹⁹⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 105; Dolcini, note 93, p. 74-75.

⁽¹⁰⁰⁾ Romano: «Commento all'art. 132», *Commentario sistematico*, Romano-Grasso, cité à la note 76, p. 281-282.

⁽¹⁰¹⁾ Riva-Crugnola: «Commento all'art. 28», *Commentario*, cité à la note 22, p. 170.

⁽¹⁰²⁾ Dolcini: «Commento all'art. 7», *Commentario*, cité à la note 22, p. 51; Paliero-Travi note 4, p. 243 et suiv.

Un problème particulier concerne la transmissibilité des différentes formes de responsabilité solidaire prévues à l'article 6 de la loi n° 689/1981 en cas de mort de l'obligé.

Le caractère privé de l'obligation solidaire pourrait en effet laisser penser qu'elle est transmissible aux héritiers de l'auteur de l'infraction; toutefois, on peut

affirmer à l'encontre de cette opinion que de telles obligations présentent elles aussi un caractère de sanction (elles permettent, par exemple, d'appliquer aussi certaines sanctions accessoires), de sorte qu'il semble justifié de nier leur transmissibilité aux héritiers ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰³⁾ Dolcini, note 102, p. 51-52.

5. Procédure d'application des sanctions administratives

5.1. PRINCIPE DE LÉGALITÉ DE LA PROCÉDURE ET FONDEMENT CONSTITUTIONNEL

En premier lieu, il convient d'indiquer que le *principe de l'obligation de sanctionner* (que d'autres auteurs appellent *principe de légalité procédurale*) s'applique au système de sanction administratif.

Ce principe trouve son fondement constitutionnel dans les articles 3 et 97 de la Constitution. L'article 3 exige que la loi établisse des « exemptions de peine » générales qui soient uniquement (pour des « catégories » de personnes ou de faits concrets), tandis que le principe d'impartialité de l'administration publique, posé à l'article 97 de la Constitution, impose: « à conditions égales, la garantie d'un traitement égal »⁽¹⁰⁴⁾.

La Cour constitutionnelle s'est rangée à cet avis dans son arrêt n° 147/1988, où elle déclare qu'« on ne peut méconnaître qu'il est nécessaire d'établir *ex lege* des critères rigoureux d'application (ou de non-application) des sanctions administratives, qu'il s'agisse du principe d'impartialité (article 97 de la Constitution) expressément invoqué par la requérante ou du principe posé à l'article 23 de la Constitution invoqué implicitement par la requérante lorsqu'elle dénonce l'absence de prévision de tels critères d'application dans la loi régionale ».

Le régime des sanctions administratives ne laisse donc à l'administration aucun pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de l'activité répressive⁽¹⁰⁵⁾.

La procédure d'application des sanctions administratives pécuniaires, réglée par la loi n° 689/1981, reconnaît implicitement le principe de l'obligation de sanctionner. Cela résulte indirectement des termes de l'article 17, selon lequel les agents ayant effectué les constatations doivent transmettre leur rapport aux organes de décision, ainsi que de l'article 18, alinéa 2, selon lequel l'affaire ne peut être classée que lorsque l'accusation est dénuée de fondement, ce qui empêche l'administration d'infliger discrétionnairement une sanction. En d'autres termes, une fois informée qu'une infraction a été commise, l'administration doit mener à son terme la procédure lui permettant d'en vérifier la réalité et infliger une sanction ou classer l'affaire si les constatations effectuées n'ont pas révélé d'éléments justifiant l'application de la sanction⁽¹⁰⁶⁾.

5.2. POUVOIRS DE CONSTATATION DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

La procédure prévue par la loi n° 689/1981 se compose de deux phases distinctes: la première implique en particulier les organismes de contrôle et consiste à réunir des éléments de preuve ainsi qu'à notifier l'infraction, tandis que la seconde, centrée sur l'activité de l'autorité compétente pour infliger la sanction, se termine par l'application de la sanction ou le classement de l'affaire⁽¹⁰⁷⁾.

En ce qui concerne la première phase de la procédure, il convient de noter que l'article 13 indique quelles sont les personnes habilitées à accomplir les contrôles, octroie une compétence générale aux officiers et agents de police judiciaire et renvoie à des normes de secteur pour ce qui est des compétences particulières.

L'article 13 définit en termes généraux les pouvoirs de constatation de l'autorité administrative. Il prévoit en particulier que l'administration peut recueillir des « informations », ce qui signifie qu'elle peut demander des renseignements à toute personne (y compris l'auteur de l'infraction). Toutefois, ces informations ne peuvent être obtenues au moyen d'écoutes téléphoniques, puisque l'article 15 de la Constitution n'admet aucune restriction au principe de la liberté du secret de la correspondance et d'autres formes de communication, sauf lorsque ces mesures sont requises dans le contexte d'une procédure pénale⁽¹⁰⁸⁾.

L'article 13, premier alinéa, se réfère aux inspections, c'est-à-dire à la constatation directe portant sur des choses ou des lieux; cette activité ne peut être effectuée que dans des « lieux autres que le domicile privé ». Ces termes doivent être interprétés strictement comme se rapportant au lieu abritant la vie privée (elle ne recouvre donc pas les établissements industriels ou les cabinets professionnels).

L'article 3, alinéa 4, assujettit les *perquisitions*, c'est-à-dire la recherche d'objets, et plus particulièrement de documents, à trois conditions: elles ne peuvent être effectuées que dans des lieux autres que le domicile privé; elles doivent être autorisées par le juge de première instance compétent (pretore); elles doivent être opérées par des officiers et agents de police judiciaire. Le déroulement de la perquisition est réglementé aux articles 333, alinéa 1, et 334, alinéas 1 et 2, de l'ancien code de procédure pénale (garantissant le respect de certains droits de l'intéressé).

En outre, l'article 13 prévoit que l'autorité chargée de la constatation peut effectuer des « relevés signalétiques, descriptifs, photographiques et toute autre opération technique », introduisant ainsi, dans la procédure administrative, la notion d'« expertise » dont l'applica-

⁽¹⁰⁴⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 141 et suiv.

⁽¹⁰⁵⁾ Dolcini, note 40, p. 786; Paliero-Travi p. 141 et suiv.; Sandulli, note 3, p. 199 et suiv.

⁽¹⁰⁶⁾ Sandulli, note 3, p. 199 et suiv.

⁽¹⁰⁷⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 244 et suiv.

⁽¹⁰⁸⁾ Dolcini, note 40, p. 790.

tion est très répandue et qui peut consister en particulier dans l'«analyse d'échantillons», réglementée à l'article 15 de la loi n° 689/1981.

La mise sous séquestre préventive d'objets et de documents, qui porte uniquement sur des choses pouvant être confisquées, peut fournir d'autres éléments de preuve.

Au cours de cette première phase de la procédure, l'infraction est notifiée à l'auteur de l'infraction ainsi qu'aux personnes solidaires; cette notification a lieu immédiatement ou dans un délai fixé, en termes généraux, à 90 jours si l'intéressé réside en Italie ou à 180 jours s'il réside à l'étranger; des délais différents sont prévus dans certains domaines (par exemple code de la route). Si la notification n'est pas intervenue dans le délai fixé, l'obligation d'acquitter la somme due à titre de sanction pécuniaire est éteinte.

La notification indique quel est le *fait passible de sanctions*, ce qui exclut que la peine soit infligée pour d'autres faits. Cette exclusion se justifie dans une logique fonctionnelle, car elle garantit le respect du principe du contradictoire: l'autorité qui exerce les poursuites ne peut invoquer des faits nouveaux n'ayant pas été notifiés⁽¹⁰⁹⁾.

Cette première phase de la procédure se conclut par la présentation du rapport de l'organisme ayant procédé à la constatation à l'autorité compétente pour infliger des sanctions.

5.3. Identification de l'autorité compétente pour infliger les sanctions

Conformément à l'article 17, les *services externes* «auxquels le ministre compétent a confié des prérogatives et des devoirs» sont habilités à infliger des sanctions administratives. Le DPR (décret présidentiel) n° 571 du 22 juillet 1982 a indiqué quels sont ces services. Lorsque l'infraction ne peut être rattachée au domaine de compétence d'un ministère, l'autorité habilitée à prendre des décisions est le préfet, qui ajoute ainsi ces compétences résiduelles à celles qui lui sont expressément confiées à l'article 17, alinéa 2, de la loi n° 689/1981 dans le domaine de la circulation routière. Cette réglementation connaît toutefois de nombreuses exceptions. La première d'entre elles concerne la violation de textes régionaux et nationaux dans un des domaines pour lesquels la Constitution prévoit expressément la compétence concurrente des régions (article 117 de la Constitution) ou dans un des domaines pour lesquels ont été déléguées aux régions des fonctions administratives relevant de la compétence de l'État (article 118 de la Constitution). Dans tous ces cas, la décision est confiée aux *régions*, qui désignent, par leurs propres lois, l'organe administra-

(109) Voir à ce propos Paliero-Travi, note 4, p. 244 et suiv., et note 19. Voir également Sandulli, note 3, p. 161 et suiv.

tif compétent. Une solution spéciale a été trouvée pour les infractions réglementées au niveau provincial ou communal: l'article 17, alinéa 4, désigne respectivement comme organe de décision, le *président du conseil (giunta) de la province* ou le *maire*. Enfin, dans le cas où il existe un lien objectif entre une infraction administrative et une infraction pénale — c'est-à-dire lorsque la constatation d'une infraction pénale dépend de la constatation d'une infraction administrative —, la sanction administrative est fixée par le juge pénal⁽¹¹⁰⁾.

L'article 4, lettre c), de la loi n° 898/1986 institue une réglementation particulière pour les sanctions pécuniaires prévues à l'article 3 du même texte et qui sont infligées à celui qui obtient indûment, pour lui ou pour une autre personne, un concours ou une aide du FEOGA en produisant de faux renseignements ou de fausses informations. Dans cette hypothèse, l'injonction émane du ministre compétent, c'est-à-dire du ministre ayant un pouvoir de contrôle sur l'autorité compétente (généralement le ministre de l'Agriculture) ou d'un fonctionnaire agissant par délégation de pouvoir du ministre. Pour ce qui est des matières qui sont de la compétence des régions ou des fonctions administratives qui leur sont confiées par délégation, l'injonction est émise par le président de la région ou un fonctionnaire agissant par délégation de pouvoir. Par ailleurs, le même fait peut être à l'origine d'un concours de sanctions administratives et de sanctions pénales (par dérogation au principe posé à l'article 9 de la loi n° 689/1981), sans que s'applique le critère du lien susmentionné.

5.4. APPLICATION DES PRINCIPES DE LA DÉFENSE ET DU CONTRADICTOIRE À LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

L'application du principe du contradictoire à la procédure de sanction administrative n'a bénéficié que de garanties incomplètes de la loi n° 689/1981.

On a vu que l'article 14 de cette loi prévoit que l'infraction doit être notifiée dans un délai péremptoire. Cette notification fixe l'objet de la procédure de sanction administrative, puisque, comme il a déjà été indiqué, elle exclut la possibilité d'infliger une sanction pour des faits différents⁽¹¹¹⁾.

Dans les trente jours de la notification des faits imputés, les intéressés peuvent produire des mémoires ou écrits en défense ou demander à être entendus par l'autorité appelée à décider; ce droit est d'autant plus important que l'intéressé n'a pas possibilité de connaître les actes de constatation effectués.

Ce droit de défense est renforcé lorsque des échantillons ont été analysés au cours de l'enquête; le résultat

(110) Dolcini, note 40, p. 787-788.

(111) Voir note 109.

de ces analyses doit alors être communiqué à l'intéressé, qui peut, dans les quinze jours, en demander la vérification avec participation de son propre expert.

5.5. RÉGLEMENTATION DE L'INJONCTION (ACTE INFLIGEANT LA SANCTION ADMINISTRATIVE) — RÉGIME DE LA CHARGE DE LA PREUVE

La procédure d'application de la sanction administrative est close par l'acte de l'autorité compétente enjoignant à l'auteur de l'infraction de payer les sommes dues à titre de sanction administrative, si elle considère que la constatation est fondée ou, dans le cas contraire, par le classement du dossier.

La constatation par l'autorité administrative a pour objet d'établir la réalité de l'infraction dans ses composantes objectives et subjectives. Quant aux critères pour la formulation du jugement de « bien-fondée », la règle fondamentale à cet égard est fixée à l'article 23, alinéa 12, de la loi n° 689/1981, qui prévoit que l'opposition formée contre l'injonction est valable lorsque le juge de première instance (pretore) estime qu'il n'existe pas de « preuves suffisantes » de la responsabilité de l'inculpé. Le principe selon lequel la charge de la preuve de la responsabilité pèse sur l'autorité administrative, y compris dans la phase administrative de la procédure, en découle ⁽¹¹²⁾.

Après s'être assurée de la réalité de l'infraction, l'autorité administrative compétente peut fixer le montant de la sanction pécuniaire et, le cas échéant, infliger des sanctions accessoires facultatives conformément aux critères indiqués à l'article 11. Elle doit infliger les sanctions accessoires obligatoires.

Il convient de noter que, dans les hypothèses prévues à l'article 20, alinéa 4, de la loi n° 689/1981, la confiscation doit obligatoirement avoir lieu, y compris lorsque l'injonction de paiement de la somme due à titre de sanction n'a pas encore été émise. Cette phase de la procédure administrative peut donc se conclure uniquement par une mesure de confiscation obligatoire.

Avant d'adopter l'injonction, l'autorité compétente pour décider doit également s'assurer de l'absence de toute *cause d'extinction de la prétention punitive*. À cet égard, il convient d'indiquer que la loi n° 689/1981 ne réglemente pas de manière organique les différentes hypothèses de non-application de la sanction administrative ou d'extinction de l'obligation d'acquitter la somme due à titre de sanction. Par ailleurs, il est prévu que l'obligation de payer la somme due s'éteint dans certains cas: mort de l'obligé (article 7 de la loi n° 689/1981), absence de la notification dans les délais

prescrits (article 14, dernier alinéa), prescription du droit de perception de la somme due à titre de sanction administrative (article 28) et exclusion en raison de l'acquiescement dans une mesure réduite de la sanction pécuniaire (article 16).

Bien qu'il ne s'agisse pas de causes véritables d'extinction de l'infraction ou de la sanction, la *ratio* de la prévision de ces cas (en tout point semblable à celle du droit pénal) impose à l'organe de décision d'en tenir compte en n'émettant pas l'injonction ⁽¹¹³⁾.

5.6. EXTINCTION DE LA PROCÉDURE D'APPLICATION DE LA SANCTION EN RAISON DU PAIEMENT DANS UNE MESURE RÉDUITE DE LA SOMME DUE AU TITRE DE LA VIOLATION

Le système des sanctions administratives connaît une institution similaire à celle prévue à l'article 162 du code pénal, c'est-à-dire un *paiement dans une mesure réduite*.

Elle consiste à acquitter une somme égale au tiers du maximum ou, si cette hypothèse est plus favorable, au double de la sanction minimale prescrite par la loi, dans un délai de soixante jours à compter de la notification de l'infraction.

La norme n'indique pas expressément quels sont les effets de cette institution qui est d'application générale (y compris dans les cas où les lois antérieures à la loi n° 689/1981 ne la prévoyaient pas); elle ne prévoit donc pas l'extinction de l'infraction, comme le prévoit l'article 162 du code pénal en cas de paiement réduit («oblazione»), ou de la sanction.

L'article 17, alinéa 1, de la loi n° 689/1981 (qui prévoit que l'autorité de décision ne doit recevoir de rapport que dans l'hypothèse où un paiement réduit n'a pas été effectué) contient — peut-on en déduire — la *résolution de la procédure de sanction*: les organes compétents ne peuvent pas enjoindre à l'auteur de l'infraction ou aux débiteurs *in solidum* d'acquitter la sanction pécuniaire ni appliquer d'autres sanctions accessoires, à l'unique exception de la confiscation obligatoire réglementée par l'article 20, alinéa 4, de la loi n° 689/1981, qui prévoit expressément que la confiscation doit avoir lieu même si l'injonction n'est pas émise ⁽¹¹⁴⁾. La jurisprudence a toutefois étendu cette exception à tous les cas de confiscation obligatoire (y compris ceux qui sont régis par l'article 21 de la loi n° 689/1981) ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ Voir à ce propos Riva Crugnola: «Commento all'art. 18», *Commentario*, cité à la note 22, p. 124-125.

⁽¹¹⁴⁾ Riva Crugnola: «Commento all'art. 16», *Commentario*, cité à la note 22, p. 133 et suiv.

⁽¹¹⁵⁾ Cassation, chambre I, 20 mai 1987, n° 4614; dans un sens opposé Crugnola, note 88, p. 140.

⁽¹¹²⁾ Dolcini, note 40, p. 790.

6. Contrôle juridictionnel de l'acte administratif infligeant la sanction

6.1. FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ACTIVITÉ DE L'ADMINISTRATION EN MATIÈRE DE SANCTIONS — RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LE JUGE ORDINAIRE ET LE JUGE ADMINISTRATIF

Dans le système de sanction italien, la *protection juridictionnelle* des particuliers à l'égard des mesures de sanction administrative est assurée par les articles 24 et 113 de la Constitution.

Les questions de la nature du *droit subjectif ou d'intérêt légitime* subjectif du particulier frappé par la sanction et, corrélativement, de l'attribution des litiges au *juge administratif* ou au *juge ordinaire* ont fait l'objet d'un débat important et animé.

En fait, ces problèmes ont perdu progressivement de leur importance eu égard aux orientations prises récemment par le législateur qui, dans les lois régissant les sanctions administratives, indique expressément quel est le juge compétent (voir, par exemple, les articles 22 et 23 de la loi n° 689/1981, qui prévoient la compétence du juge de première instance pour connaître des recours en opposition contre des injonctions infligeant une sanction pécuniaire administrative, l'article 16 de la loi n° 10/1977, qui, sous réserve de la loi n° 47/1985 plus récente, donne compétence au juge administratif pour connaître des mesures de sanction administrative dans le domaine de l'urbanisme, et, enfin, l'article 33, premier alinéa, de la loi n° 287 du 10 octobre 1990, qui prévoit que le juge administratif et le tribunal administratif régional du Latium sont compétents pour connaître des recours contre les mesures de sanction prises par l'autorité «garante de la concurrence et du marché»). Ce problème mérite en tout état de cause d'être examiné, car il est d'une importance décisive pour déterminer quel est le juge compétent pour connaître des sanctions administratives prévues par certains règlements communautaires et infligées par les autorités administratives nationales, auxquelles il est fait référence dans les questions formulées par la Commission des Communautés européennes.

La Cour de cassation a établi une distinction, dans une série d'arrêts prononcés en chambres réunies à partir de 1978, entre les *sanctions «réparatrices»* et les *sanctions «purement punitives»*, les premières ayant été créées par le législateur pour servir dans le domaine de certaines fonctions de nature gouvernementale confiées à l'administration dans une matière donnée, tandis que les secondes ont la même fonction afflictive que les sanctions pénales. Dans le premier cas, l'application de la sanction serait de protéger l'intérêt public poursuivi par les actes de programmation, d'autorisation ou de concession adoptés par

l'administration dans le secteur considéré: en conséquence, la position subjective du particulier affectée par l'application d'une sanction constituerait un intérêt légitime au même titre que la situation antérieure à l'égard des dispositions administratives protégeant directement cet intérêt public spécial.

Au contraire, dans le cas de mesures «purement punitives», le pouvoir de sanction de l'administration ne serait pas directement lié à des intérêts publics spéciaux, ou ne les servirait pas directement, et toucherait la sphère juridique privée dans des domaines qui, en soi, ne sont pas soumis à d'autres pouvoirs administratifs, de telle sorte que l'on assisterait à une «compression» autonome et originelle des droits subjectifs ⁽¹¹⁶⁾.

Compte tenu de ce qui précède, le partage de compétence entre les deux types de juridictions serait fondé sur la nature et la fonction de la sanction considérée (punitive ou réparatrice) et sur la nature corrélatrice de la situation subjective (droit subjectif ou intérêt légitime) affectée par la décision administrative ⁽¹¹⁷⁾.

Après l'entrée en vigueur de la loi n° 689/1981, qui prévoit que le juge ordinaire (le juge de première instance) est compétent pour connaître des mesures de sanction rentrant dans le champ d'application de la loi susmentionnée, le problème de la désignation de la juridiction compétente s'est principalement posé pour les sanctions patrimoniales pouvant être adoptées en remplacement de mesures à caractère réparateur (par exemple la sanction pécuniaire prévue à l'article 59 de la loi n° 1089 du 1^{er} juin 1939, qui est infligée au propriétaire d'un bien d'intérêt artistique ou historique ayant effectué des travaux dommageables, ou la sanction prévue à l'article 15 de la loi n° 1497 du 29 juin 1939, relative à la protection des beautés naturelles).

À cet égard, la Cour suprême a dit pour droit que, lorsque la sanction pécuniaire remplace une mesure réparatrice, elle «rentre dans le champ d'application des pouvoirs souverains de l'administration visant à la protection directe des intérêts publics», hypothèse dans laquelle la situation subjective des particuliers correspond à un intérêt légitime susceptible comme tel d'être protégé par le juge administratif ⁽¹¹⁸⁾.

La conséquence que l'on peut en tirer est que le juge ordinaire (le juge de première instance, conformément à l'article 22 de la loi n° 689/1981) est compétent pour

⁽¹¹⁶⁾ Concernant la position de la jurisprudence, voir le cadre de référence établi par Riva Crugnola et se reporter à «La determinazione della misura delle sanzioni amministrative», *Le sanzioni amministrative* (cité à la note 18), p. 475 et suiv.; Paliero-Travi, note 4, p. 256 et suiv., et Sandulli, note 3, p. 239 et suiv.

⁽¹¹⁷⁾ Riva Crugnola, note 116, p. 475-476.

⁽¹¹⁸⁾ Cassation, chambres réunies, 7 mars 1985, n° 1881, *Foro it., Repertorio*, 1985, alinéa 2636; chambres réunies, 3 février 1989, n° 660; chambres réunies, 17 mars 1989, n° 1342, *Foro it.*, 1990, alinéa 230.

connaître des recours en opposition contre les mesures infligeant des sanctions administratives pécuniaires (ou des sanctions accessoires facultatives ou obligatoires) dans le domaine d'application de la loi n° 689/1981 (au sens de son article 12).

Il y aura lieu de même d'affirmer que le juge ordinaire est compétent en ce qui concerne les recours contre des mesures infligeant des *sanctions autres que les sanctions pécuniaires de nature punitive*, même dans les cas où la procédure d'application de la sanction administrative n'est pas celle qui est prévue par la loi n° 689/1981 et qui se conclut par l'adoption de l'acte d'injonction. En effet, à défaut de pouvoir déduire des termes de l'article 22 de la loi n° 689/1981 que le juge de première instance est compétent, il faudra recourir aux critères habituels de détermination de la juridiction compétente; ainsi, la Cour de cassation a retenu la juridiction du juge ordinaire pour les mesures d'exclusion d'une personne des locaux de la Bourse au titre de l'article 9 de la loi n° 272 du 20 mars 1913 ⁽¹¹⁹⁾.

Un récent arrêt, rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation, a contribué, de manière importante, à l'extension de la juridiction du juge ordinaire, en affirmant que le juge de première instance (pretore) est compétent, au sens de la loi n° 689/1981, dans l'hypothèse où une même mesure inflige à la fois des sanctions pécuniaires punitives et des sanctions réparatrices ⁽¹²⁰⁾.

Outre les cas où la loi prévoit expressément la compétence du juge administratif (article 16 de la loi n° 10/1977 et article 33 de la loi n° 287/1990), cette compétence devra être reconnue au regard des sanctions réparatrices ainsi que des sanctions patrimoniales infligées en remplacement d'une sanction réparatrice.

6.2. RECOURS EN OPPOSITION PORTÉ DEVANT LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE, PRÉVU À L'ARTICLE 23 DE LA LOI N° 689/1981 — LIMITES DE LA COMPÉTENCE DU JUGE ORDINAIRE POUR CONNAÎTRE DE L'ACTE ADMINISTRATIF — POURVOI EN CASSATION CONTRE LA DÉCISION DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE

L'article 22 de la loi n° 689/1981 prévoit, comme il a déjà été indiqué, que l'intéressé peut introduire un recours en opposition contre l'injonction de paiement au titre d'une sanction pécuniaire ou contre la mesure décidant uniquement la confiscation. Le domaine d'application du jugement de première instance rendu sur cette opposition découle donc de l'article 12 de la loi n° 689/1981, qui définit le domaine d'application de la loi en question (voir point 1.5, ci-dessus).

⁽¹¹⁹⁾ Voir à ce propos Cassation, chambres réunies, 28 avril 1986, n° 2954, *Foro it.*, 1986, alinéas 1824 et suiv.

⁽¹²⁰⁾ Cassation, chambres réunies, 2 février 1990, n° 718.

Le jugement d'opposition revêt la forme d'un jugement civil (présentant des analogies évidentes avec la procédure spéciale employée en droit du travail), corrigée par l'introduction d'éléments propres aux jugements administratifs (par exemple le délai péremptoire pour l'introduction du recours).

En ce qui concerne les mesures d'instruction, l'article 23 de la loi n° 689/1981 prévoit que le juge de première instance peut décider d'office quels sont « les éléments de preuve nécessaires »; peuvent donc être mis en œuvre les moyens d'instruction usuels de la procédure civile, à condition d'être compatibles avec l'objet du jugement.

Dans sa décision, le juge de première instance peut rejeter ou admettre le recours en opposition. Conformément à l'article 23, alinéa 12, il doit l'admettre « lorsqu'il n'existe pas de preuves suffisantes de la responsabilité du requérant en opposition ». Cette disposition montre que l'objet du jugement d'opposition n'est pas l'acte administratif, mais la *prétention punitive sous-jacente*; le juge ordinaire doit apprécier les faits substantiellement de la même manière que l'administration ⁽¹²¹⁾. La charge de la preuve incombe à l'autorité administrative.

Ces indications révèlent la véritable signification de l'article 23, alinéa 11, qui prévoit que le juge de première instance peut annuler totalement ou en partie l'injonction ou la modifier quant au montant de la somme due. Ce principe va totalement à l'encontre de la répartition traditionnelle des compétences entre le juge ordinaire et le juge administratif, puisque, par dérogation aux articles 4 et 5 de l'annexe E de la loi n° 2248 du 20 mars 1865, le juge ordinaire peut exercer un contrôle de fond sur l'acte administratif.

Une telle exception est cependant justifiée par le fait que le jugement administratif n'a pas pour objet l'acte d'injonction, mais le réexamen des éléments de preuve rassemblés lors de la procédure d'application de la sanction afin de contrôler le bien-fondé de la prétention punitive. Les caractéristiques de la fonction administrative particulière exercée et donc la nécessité d'exercer un contrôle juridictionnel le plus complet possible expliquent donc, de manière convaincante, pourquoi des exceptions ont été apportées aux principes traditionnels de répartition des compétences entre les deux juridictions et pourquoi les pouvoirs du juge ordinaire ont été renforcés à l'égard des actes administratifs ⁽¹²²⁾.

La décision du juge de première instance ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation, et non d'un appel. En l'absence d'une réglementation ad hoc, il convient de retenir que l'utilisation et le contenu de cette voie de recours obéissent aux règles générales applicables en la matière (articles 360 et suiv. du code de procédure pénale).

⁽¹²¹⁾ Sandulli, note 3, p. 247-248; Riva Crugnola: « Commento agli art. 22 e 23 », *Commentario*, cité à la note 22, p. 146.

⁽¹²²⁾ Riva Crugnola, note 121, p. 146.

7. Concours des dispositions pénales et des dispositions administratives en matière de sanction

7.1. APPLICATION DE LA *LEX SPECIALIS* COMME CRITÈRE GÉNÉRAL DE RÉSOLUTION DES CONFLITS ENTRE LES DISPOSITIONS PÉNALES ET ADMINISTRATIVES

La solution apportée aux éventuels concours de dispositions répressives pénales et administratives pour la sanction d'un même fait précise, de manière décisive, quelle est la nature des rapports entre les sanctions pénales et les sanctions administratives et peut faire apparaître des différences dans les objectifs qu'elles poursuivent.

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 689/1981, le problème du concours entre normes pénales et normes administratives était en général résolu par l'application cumulative des deux types de sanctions⁽¹²³⁾. Cette situation fournissait des arguments aux partisans d'une différenciation totale des objectifs des sanctions pénales et des sanctions administratives: si l'on pouvait appliquer au même fait l'une et l'autre de ces mesures, cela signifiait que leurs fonctions étaient différentes⁽¹²⁴⁾. Dès les premières lois de dépenalisation, le principe de cumul des sanctions a commencé d'être battu en brèche: il ne semblait pas logique que la dépenalisation d'une infraction pénale spéciale ait pour conséquence que cette infraction (désormais considérée comme une infraction administrative) soit soumise à l'incrimination pénale générale (qui était auparavant inapplicable, en vertu du critère de la spécialité).

Ce problème est désormais expressément résolu à l'article 9 de la loi n° 689/1981, qui prévoit le recours à un critère intrasystématique, le *principe de spécialité*, dans les hypothèses de concours de mesures de sanction pénales et administratives ou de différentes mesures de sanction administratives (les deuxième et troisième alinéas de l'article 9 prévoyant deux exceptions significatives).

Ces dispositions démontrent qu'en 1981 le législateur a souhaité assigner des *objectifs identiques* aux sanctions pénales et aux sanctions administratives: «si leurs objectifs étaient différents, ne fût-ce qu'en partie, les deux devraient logiquement être applicables, même si, par hypothèse, leur contenu était identique»⁽¹²⁵⁾.

Les exceptions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 9 ne contredisent pas ces solutions: les correctifs apportés au principe de spécialité, relativement aux lois régionales et aux textes relatifs concernant les aliments, ne révèlent pas un change-

ment d'orientation au fond, mais répondent uniquement à des exigences contingentes et impliquent toujours l'application d'une seule disposition punitive.

7.2. CONTENU DU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ

Conformément au premier alinéa de l'article 9, les conflits entre des dispositions pénales et des dispositions prévoyant une sanction répressive administrative ou entre différentes dispositions administratives doivent être résolus en se référant au *principe de spécialité*: lorsqu'un même fait est visé par plusieurs dispositions, seule la disposition *spéciale* est applicable. Ces règles doivent s'appliquer tant lorsqu'une disposition pénale converge dans la réglementation d'un même fait avec une disposition nationale de sanction administrative (le deuxième alinéa exclut les dispositions régionales) que dans le cas où plusieurs dispositions (nationales ou régionales) de sanction administrative convergent⁽¹²⁶⁾.

Ces solutions sont empruntées à l'article 15 du code pénal, qui pose expressément le principe de spécialité. Pour ce qui est aussi de l'interprétation de l'article 9, premier alinéa, de la loi n° 689/1981, il convient donc de considérer comme disposition spéciale la disposition qui contient les mêmes éléments qu'une disposition générale ainsi qu'un élément supplémentaire qui lui confère son caractère spécial.

Par ailleurs, la doctrine pénaliste s'est référée, pour résoudre le problème qui se pose lorsque plusieurs dispositions incriminatrices régissent le même fait, outre le principe de spécialité (mentionné expressément à l'article 15 du code pénal), aux principes de *subsidiarité* et d'*absorption*.

Seule la formule «sauf dispositions contraires» de l'article 15 du code pénal, qui n'a pas été reprise à l'article 9 de la loi n° 689/1981, autorise le recours à de tels principes. La doctrine italienne en a tiré généralement la conclusion que c'est exclusivement au principe de spécialité qu'il faut se référer (excepté dans les cas visés à l'article 9) pour résoudre des conflits possibles de normes juridiques⁽¹²⁷⁾. Naturellement, dans l'hypothèse où une disposition prévoyant une sanction contient une clause de subsidiarité expresse (selon laquelle la disposition s'applique par exemple «dès lors que le fait ne constitue pas une infraction grave» ou «si l'acte n'est pas sanctionné par d'autres dispositions législatives», c'est à elle que l'on se référera pour résoudre le conflit, car, comparée aux dispositions de l'article 9, premier alinéa, de la loi n° 689/1981, il s'agit d'une *disposition spéciale*.

La doctrine a critiqué la solution en question pour deux raisons: elle conteste l'exclusion des critères

⁽¹²³⁾ Dolcini: «Commento all'art. 9», *Commentario* (cité à la note 22), p. 55.

⁽¹²⁴⁾ Dolcini, note 123, p. 55-56.

⁽¹²⁵⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 311.

⁽¹²⁶⁾ Cour constitutionnelle, 3 avril 1987, n° 97, *Le Regioni*, 1987, p. 1088 et suiv.

⁽¹²⁷⁾ Dolcini, note 123, p. 65.

autres que celui de la spécialité, utilisés traditionnellement dans le système pénal⁽¹²⁸⁾; par ailleurs, elle s'interroge sur le point de savoir s'il ne serait pas préférable d'avoir recours à un critère autre que le critère retenu, à savoir celui de la *supériorité de la règle pénale*, qui tient compte du rang différent des deux catégories d'infractions⁽¹²⁹⁾.

7.3. EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ PRÉVUES À L'ARTICLE 9 DE LA LOI N° 689/1981

Le recours au principe de spécialité connaît deux importantes exceptions, prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 9.

7.3.1. Concours de dispositions pénales nationales et de dispositions administratives régionales

Selon la première exception, «*la disposition pénale s'applique*» dans l'hypothèse d'un concours de dispositions pénales et de dispositions administratives régionales (ou adoptées dans les provinces autonomes de Trente et de Bolzano): il n'existe donc aucune possibilité de cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives. Toutefois, la jurisprudence a estimé que d'autres dispositions législatives, y compris régionales, peuvent déroger à cette interdiction: la loi régionale peut donc établir que la disposition de sanction administrative s'applique *en plus* de la disposition pénale.

L'objectif poursuivi par ces normes est d'empêcher le législateur régional d'empiéter sur le domaine d'application de la sanction pénale nationale, en la limitant par des sanctions spéciales. Il est ainsi rappelé que le législateur national détient le *monopole* de la sanction pénale⁽¹³⁰⁾.

La *prééminence* des dispositions pénales nationales sur les dispositions régionales n'opère pas lorsque la disposition pénale en question a un caractère *subsidiare* (c'est-à-dire lorsqu'elle n'est applicable «qu'en l'absence d'autres dispositions pénales»). Dans le cas d'une norme pénale destinée à couvrir les cas mineurs d'infraction non punis par ailleurs, il n'existe aucune raison d'exclure la prééminence d'une norme administrative régionale de sanction, qui présente un caractère spécial par rapport à la disposition pénale; les dispositions exceptionnelles prévues au deuxième alinéa de l'article 9 ne s'appliquent pas en l'espèce, c'est du reste la règle générale du premier alinéa se référant à la *lex specialis* qui sera applicable.

⁽¹²⁸⁾ Dolcini, note 123, p. 65.

⁽¹²⁹⁾ Dolcini, note 123, p. 66.

⁽¹³⁰⁾ Paliero-Travi, note 4, p. 314 et suiv.

7.3.2. Concours de dispositions de la loi n° 283 du 30 avril 1962 et de dispositions prévoyant des sanctions administratives

Le principe de spécialité qui permet de résoudre des conflits de normes connaît une autre exception dans le domaine bien précis de l'hygiène des aliments. Conformément à l'article 9, alinéa 3, de la loi n° 689/1981, dans l'hypothèse d'un concours de normes *dépénalisées* et de certaines *dispositions spécifiques de la loi n° 283/1962* relative à l'hygiène des aliments, ce sont ces dernières (de nature pénale) qui s'appliquent. La justification de cette disposition (d'une opportunité douteuse) est uniquement d'éviter que la dépénalisation de certaines incriminations pénales que les dispositions de la loi n° 283/1962 avaient remplacées pour certaines catégories d'aliments ne se traduise par une diminution notable de la protection de certains intérêts particulièrement importants. En conséquence, il est prévu que ce sont les *dispositions spécifiques de la loi n° 283/1962* qui s'appliquent en prévalant sur les normes de sanction spéciales dépénalisées.

7.4. EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ PRÉVUES PAR DES LOIS SPÉCIALES, ET EN PARTICULIER APPLICATION DU PRINCIPE DU CUMUL DE SANCTIONS PÉNALES ET ADMINISTRATIVES POSÉ PAR LA LOI N° 898 DU 23 DÉCEMBRE 1986

Certaines normes spéciales dérogent aux principes posés à l'article 9 de la loi n° 689/1981.

À cet égard, la loi n° 898/1986 susmentionnée revêt une importance particulière.

Conformément à son article 3, premier alinéa, «une sanction administrative égale au montant indûment perçu s'applique *'indépendamment de la sanction pénale'*» en cas de perception indue de subventions communautaires; le principe du cumul de la sanction pénale et de la sanction administrative s'applique donc dans ce cas.

La procédure administrative d'application de la sanction n'est pas suspendue lorsqu'une procédure pénale est introduite pour les mêmes faits; toutefois, la procédure d'opposition engagée devant le juge de première instance est obligatoirement suspendue.

L'application du principe du cumul des deux sanctions ne signifie du reste pas que leurs fonctions soient différentes. En fait, le législateur a voulu mettre en place, sans avoir été tout à fait cohérent, un système de sanctions administratives régi par des dispositions

en partie différentes de celles de la loi n° 689/1981 ⁽¹³¹⁾ et doté d'une indubitable capacité de dissuasion.

C'est ainsi que les dispositions de l'article 3, alinéa 5, de la loi n° 898/1986 prévoient que, aussi longtemps que le montant de la sanction pécuniaire n'a pas été perçu par l'administration qui a émis l'injonction, « le versement de toute aide, prime, indemnité, restitution, contribution ou autre forme d'octroi de crédits » dont le débiteur a fait la demande est suspendu, « quel que soit le montant considéré, y compris pour des périodes postérieures à celle de l'infraction ». Dans cette optique, on estime augmenter l'efficacité préventive du système des sanctions, en prévoyant l'application cumulative de sanctions pénales et administratives.

Le manque de cohérence de cette réglementation est en fait dû à l'insuffisance de la prévision incriminatrice de l'article 2 de la loi n° 898/1986, qui, en raison de son caractère spécial, exclut l'application de l'incrimination relative à l'escroquerie (« truffa »), y compris aggravée, ainsi que de l'incrimination établie récem-

ment à l'article 640 bis du code pénal ⁽¹³²⁾. Par ailleurs, le législateur aurait dû mieux réglementer les conséquences du jugement pénal sur la procédure administrative et sur le jugement du recours en opposition.

7.5. CAS EXCEPTIONNELS DANS LESQUELS LE JUGE PÉNAL PEUT CONNAÎTRE DE L'INFRACTION ADMINISTRATIVE ET INFLIGER LA SANCTION CORRESPONDANTE

Dans certains cas exceptionnels, *le juge pénal peut connaître des infractions administratives et appliquer la sanction correspondante*. C'est le cas, conformément à l'article 24 de la loi n° 689/1981, lorsqu'il existe un *rapport de dépendance* entre la constatation de l'infraction pénale et celle de l'infraction administrative, dans la mesure où « l'existence d'une infraction pénale » doit dépendre de la « constatation d'une violation ne relevant pas du pénal ». Bien que l'article 24 de la loi n° 689/1981 parle de « connexion objective avec une infraction pénale », il résulte du dispositif de ce texte que le juge de droit commun n'est compétent que lorsque le rapport de dépendance susmentionné existe.

⁽¹³¹⁾ Voir la réglementation prévue à l'article 4 de la loi n° 898/1986 ayant trait à la constatation des infractions.

⁽¹³²⁾ Grasso: « L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, *Studi in memoria di P. Nuvolone*, II, Milan, 1991, p. 108 et suiv.

8. Effet des sanctions communautaires sur les systèmes de sanction nationaux

8.1. CLASSIFICATION DES SANCTIONS COMMUNAUTAIRES MENTIONNÉES PAR LE DOCUMENT XX.B.2(90)D.2112, DU 13 JUIN 1990, DANS LA CATÉGORIE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Les sanctions communautaires auxquelles il est fait référence au paragraphe 6 de la note méthodologique sont nettement différentes, pour deux types de raisons, des sanctions pécuniaires traditionnelles établies par le droit communautaire de la concurrence (par exemple au règlement n° 17/1962) ou par certaines dispositions du traité CECA.

Tout d'abord, si ces sanctions sont prévues et réglementées par des dispositions communautaires, elles sont destinées à être appliquées dans les systèmes juridiques nationaux. D'autre part, en raison de leur contenu, il est difficile de les classer dans les typologies de sanctions traditionnelles. En effet, il s'agit de sanctions *sui generis*, telles que: l'exclusion du bénéficiaire d'une prime en cas de déclarations totalement ou en partie fausses aux autorités [article 9, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 714/89]; l'exclusion de l'auteur de l'infraction du droit aux aides ou subventions pour la campagne suivante [article 8, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1738/89]; la réduction d'un montant en rapport avec la gravité de l'inexactitude, de l'aide consentie [article 7 du règlement (CEE) n° 1164/84].

Selon le service juridique de la Commission, de telles mesures constituent des «*sanctions administratives*»; cette opinion peut être partagée à la lumière des principes propres à l'ordre juridique italien⁽¹³³⁾.

Il s'agit, en effet, de sanctions, suivant la définition donnée au premier chapitre (points 1 et suiv.); elles constituent une «réaction, voulue par l'ordre juridique à l'égard d'une personne en raison de la violation d'une règle de droit».

Ces sanctions ne peuvent être qualifiées de sanctions pénales en vertu du critère nominaliste qui a été adopté; par ailleurs, les institutions communautaires ne disposent pas de pouvoirs directs en matière pénale⁽¹³⁴⁾.

Ce ne sont pas des «peines privées» propres au droit civil, car ces dernières sanctions (prévues en fait très rarement) sont en général appliquées par l'autorité judiciaire (et non par l'administration) et protègent des intérêts privés (et non publics comme dans les cas considérés)

D'autre part, leur classification dans la catégorie des sanctions administratives semble s'accorder avec le fait que la prévision de ces sanctions est étroitement

liée à l'établissement d'un régime d'aides ou de subventions, dans la mesure où elle vise à garantir le respect des conditions prévues pour l'octroi de l'avantage.

8.2. SOUMISSION DES INFRACTIONS COMMUNAUTAIRES AUX DISPOSITIONS DE FOND PRÉVUES AU CHAPITRE I DE LA LOI N° 689/1981

Dans le cadre de la «*summa divisio*» entre les sanctions administratives «punitives» et «réparatrices», les sanctions en question doivent certainement être rangées dans la première catégorie, en raison de leur connotation indubitablement préventive et du caractère afflictif de leur contenu.

À la lumière des observations faites au premier chapitre (points 1 et suiv.), cet élément amène à conclure que ces sanctions relèvent des dispositions de la loi n° 689/1981, y compris lorsqu'elles n'ont pas un caractère pécuniaire (comme la sanction qui consiste dans l'exclusion de l'aide pour l'année suivante et équivaut à une interdiction) ou lorsqu'il s'agit de sanctions pécuniaires ayant une forme différente de celle prévue par la loi n° 689/1981. Cette conclusion constitue une manifestation du caractère de «*modèle général*» que revêt l'infraction établie par la loi n° 689/1981⁽¹³⁵⁾.

Toutefois, le recours à ces dispositions doit se limiter aux principes essentiels (dans la mesure où elles ne diffèrent pas des dispositions du droit communautaire).

En ce qui concerne la procédure d'application de la sanction, le recours intégral aux principes posés à la loi n° 689/1981 peut, au contraire, ne pas sembler tout à fait approprié, si l'on tient compte de la nature particulière de ces sanctions et du fait que leur prévision s'intègre parfaitement dans la réglementation générale d'un certain régime de subventions; dans certains cas, la sanction consiste même dans une réduction de l'aide accordée.

De ce point de vue, il apparaît clairement que certaines dispositions de la loi n° 689/1981 (par exemple celles qui concernent l'injonction) sont clairement inapplicables, même si l'on devait estimer que les dispositions garantissant le droit de la défense et le respect du principe du contradictoire sont à appliquer avec les adaptations nécessaires. La reconstruction des garanties applicables en matière d'application de la sanction nécessite donc un effort d'interprétation.

Il ne semble pas non plus possible de recourir aux prévisions des articles 22 et 23 concernant l'opposition

⁽¹³³⁾ Voir note Jur. 589° D/3500 datée du 20 juillet 1989.

⁽¹³⁴⁾ Grasso, note 58, p. 55 et suiv.

⁽¹³⁵⁾ Voir ci-dessus paragraphes 3 et 5 du chapitre 1.

formée devant le juge de première instance contre l'injonction (puisqu'une telle mesure n'existe pas en l'espèce).

8.3. IDENTIFICATION DES AUTORITÉS NATIONALES COMPÉTENTES POUR INFLIGER LES SANCTIONS EN QUESTION

Pour ce qui est de l'identification de l'autorité compétente pour infliger les sanctions, on pourrait estimer devoir se référer aux règles générales visées aux articles 17 et 18 de la loi n° 689/1981 (mentionnées aux points 5 et suiv.) ou aux règles spéciales établies par l'article 4, lettre c), de la loi n° 898/1986 pour l'application des sanctions administratives prévues dans le cas d'obtention induite d'une aide communautaire.

Toutefois, une telle solution ne tiendrait compte ni du rapport entre la disposition de loi qui édicte la sanction et la réglementation générale du système de subventions, ni du lien très souvent établi entre l'application de la sanction et l'octroi de l'avantage (par exemple lorsque la sanction consiste en la réduction ou en la suppression de cet avantage). Dans cette optique, l'autorité compétente pour infliger la sanction devrait être la même que celle ayant autorité pour octroyer l'avantage. En tout état de cause, il est nécessaire que le législateur national intervienne afin de déterminer l'autorité compétente pour infliger la sanction, les principes gouvernant la procédure en la matière ainsi que les garanties des droits de la défense.

8.4. PROTECTION JURIDICTIONNELLE CONTRE LES ACTES ADMINISTRATIFS INFLIGEANT DES SANCTIONS

On a vu que la répartition des compétences entre les juridictions ordinaires et les juridictions administratives en ce qui concerne des mesures infligeant des sanctions administratives repose sur la distinction entre les sanctions punitives et les sanctions réparatrices.

La classification des sanctions en question dans la catégorie des sanctions punitives entraîne donc l'attribution aux juridictions ordinaires des litiges en la matière.

Il est toutefois exclu d'admettre pour ces sanctions une compétence fonctionnelle du juge de première instance, au sens des articles 22 et 23 de la loi n° 689/1981; la compétence devra donc être établie sur la base des critères ordinaires.

8.5. CUMUL DE SANCTIONS COMMUNAUTAIRES ET DE SANCTIONS (PÉNALES OU ADMINISTRATIVES) NATIONALES: FONDEMENT ET LIMITES

Dans le cas d'un concours entre des dispositions communautaires et des dispositions nationales (pénales ou administratives) en matière de sanctions pour une même situation de fait, le problème se pose de savoir si les deux sanctions ou une seule d'entre elles sont applicables.

Cette hypothèse risque de se vérifier assez fréquemment dans le système juridique italien, car les comportements sanctionnés par les normes communautaires entrent généralement dans le champ d'application des articles 2 et 3 de la loi n° 898/1986, dans la mesure où il s'agit en général de cas de perception induite de concours du FEOGA appelant les sanctions pénales et administratives prévues par les dispositions susmentionnées.

Or, le principe de la primauté du droit communautaire empêche de résoudre d'éventuels conflits de normes juridiques en écartant l'application des règles communautaires. Par ailleurs, les dispositions supranationales ont pour objectif d'assurer un meilleur fonctionnement des mécanismes d'aides communautaires au moyen de sanctions garantissant le respect des conditions d'octroi des avantages, mais sans prétendre se substituer totalement aux dispositions nationales, comme il résulte de l'article 5 de la proposition de règlement (CEE) relatif aux contrôles et aux sanctions applicables dans les politiques communes de l'agriculture et de la pêche, présentée par la Commission le 21 mai 1990.

Il semble donc que, dans l'hypothèse d'un concours de dispositions répressives communautaires et nationales, on doive procéder à un *cumul des sanctions*.

Cela peut conduire, dans certaines circonstances, à appliquer des sanctions qui, conjuguées, sont *disproportionnées* par rapport à la gravité de l'infraction commise. À cet égard, ce problème est difficile à résoudre: en effet, si le principe de proportionnalité constitue l'expression d'un droit fondamental reconnu au niveau communautaire et s'appliquant en conséquence dans les États membres aux matières couvertes par le droit communautaire⁽¹³⁶⁾, il n'en est pas moins vrai que le système italien de sanction ne permet pas à l'autorité administrative, et au juge en cas de recours en opposition, de sortir des limites fixées par la loi pour la sanction.

Cette question devrait être examinée et résolue au niveau communautaire, par exemple lors de la discussion de la proposition de règlement susmentionnée.

⁽¹³⁶⁾ Se reporter aux observations de Grasso, note 58, p. 264-266.

Netherlands

The system of administrative and penal sanctions

By
Professor H. de Doelder,
University of Rotterdam

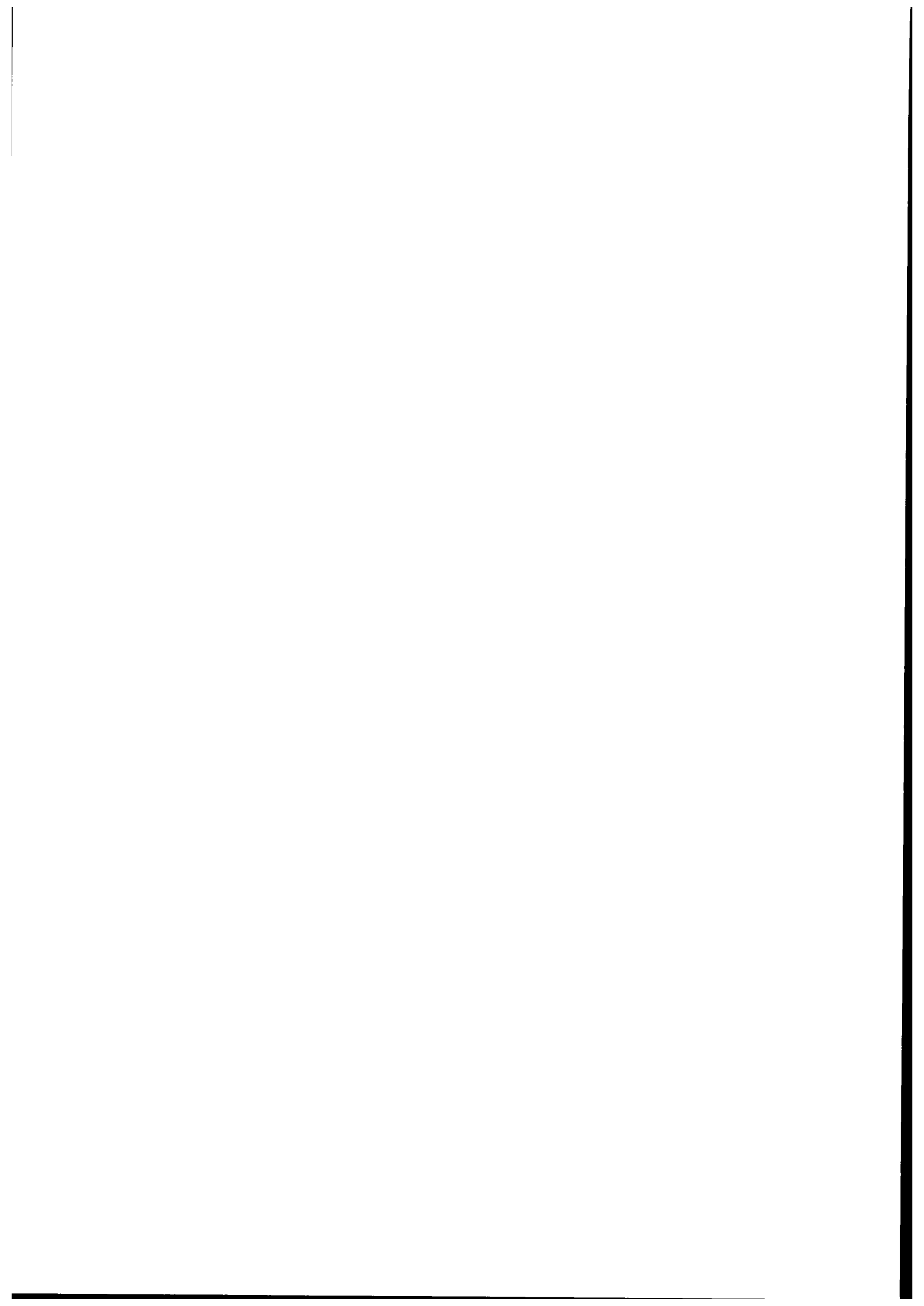
Netherlands

LIST OF ABBREVIATIONS

Stb	<i>Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden</i>
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
AWDA	Algemene Wet inzake de Douane en Accijnzen
WED	Wet op de Economische Delicten
WMB	Wet op de Motorrijtuigenbelasting 1966
NJ	<i>Nederlandse jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands juristenblad</i>
Stcrt. (Stc)	<i>Nederlandse Staatscourant</i>
BNB	Beslissingen in belastingzaken — Nederlandse belastingrecht-spraak
WvSv	Wetboek van Strafvordering
WvSr	Wetboek van Strafrecht
GW	Grondwet
Trb	<i>Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden</i>
FED	Losbladig fiscaal weekblad Fed
NTB	<i>Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht</i>
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
DD (D en D)	Delikt en Delinkwent

Contents

1.	Dealing with administrative and criminal offences in the Netherlands	299
2.	Identification of offences	302
3.	Substantive rules	304
3.1.	Principle of legality	304
3.2.	Abuse of law and evasion of the law	305
3.3.	Personal fault	305
3.4.	Grounds of justification	306
3.5.	Liability of legal persons	307
3.6.	Rules on aiding and abetting and on attempt	308
3.7.	Determination of penalties	309
3.8.	Period of limitation	310
3.9.	Cumulative imposition of penalties	311
4.	Procedural rules	313
4.1.	Competent authorities	313
4.2.	Grounds of appeal	316
4.3.	Procedures for settling or compounding cases	317
5.	Reform of substantive or procedural rules	318
6.	The system of Community sanctions	319



The object of the contract was formulated as follows:

- ascertain whether the Dutch legal system recognizes administrative offences as distinct from criminal offences;
- describe and assess the criteria for differentiating between an administrative offence and a criminal offence;
- determine the principles which apply to administrative offences;
- analyse the impact of the system of Community sanctions on the national system of administrative and criminal sanctions.

I will follow the order of the questions as put:

1. Dealing with administrative and criminal offences in the Netherlands

Question: *Does the national law in question have a system of administrative offences which is distinct from that of criminal offences either in the classic sense of the term, or in accordance with the model of the 'Ordnungswidrigkeiten' under German law, or by way of an analogous scheme which is distinct from that of criminal offences?*

In the Netherlands there is no system of administrative offences, but in many areas administrative authorities have power to impose penalties. The regulations in these fields differ widely. According to the Dutch Constitution, the power to judge civil and criminal cases is reserved for the courts.¹ Decisions in administrative cases can be given by other institutions.²

First there is the body of tax legislation.³ The administration has the power to punish some offences against taxing statutes.⁴

In tax law, 'order fines' can be distinguished from ordinary fines. Order fines are lower-category fines imposed to enforce orders to, for instance, complete and return forms on time or pay tax on time.⁵

¹ Articles 112 and 113 of the Constitution (Grondwet 1983; hereinafter cited: GW).

² Article 112(2) of the Constitution (GW). In consequence of the decision of the European Court of Human Rights in *Bentham v the Netherlands* (23 October 1985) that institutions should be independent and impartial as required by Article 6 of the Convention on Human Rights.

³ See Wattel, P. J. *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer, 1989.

⁴ 'De Algemene Wet inzake Rijksbelastingen' (Stb 1959, 301; AWR), 'de Algemene Wet inzake de Douane en de Accijnzen' (Stb 1961, 31; hereinafter cited: AWDA) and 'de Wet op de Motorrijtuigenbelasting' 1966 (Stb 1966, 332; WMB). For the AWR, see de Blicke, L. A. and van Amersfoort, P. J. 'Algemene Wet inzake Rijksbelastingen' (Fiscale Studietoets No 5), FED, Deventer, 1983.

⁵ For example Articles 9(3), 21(12) and 22 AWR.

The ordinary fines are more serious. The Treasury has the right to increase the amount that the citizen has to pay after making a false return. The maximum penalty is 100% of the tax evaded.⁶ If the citizen does not agree with the penalty, he can appeal, first to the Treasury itself⁷ and then, at second instance to one of the five courts of appeal ('Gerechtshof')⁸ and finally to the Supreme Court ('De Hoge Raad der Nederlanden')⁹.

Much the same can be said about the Customs Act ('De Algemene Wet inzake de Douane en de Accijnzen').¹⁰

Neither the police nor the prosecutors are party to these proceedings. These administrative tax procedures¹¹ must be distinguished from criminal tax proceedings: in the Netherlands it is possible to consider, for instance, a false return as a criminal offence too.¹² The criminal tax procedure differs sharply from the normal criminal procedure. In criminal tax law cases, the Dutch public prosecutor is in general not *dominus litis*. It is the Treasury that decides whether a case will be transferred to the Prosecution Department or not: without such a transfer the prosecutor cannot prosecute for a tax offence.¹³ The Treasury also has power, without interference by the prosecutor, to propose a settlement.¹⁴ The payment of the amount cancels the grounds for criminal prosecution. After a refusal to pay the settlement, the Treasury can ask the prosecutor to prosecute the case. In accordance with the principle of expediency, the prosecutor is then free to prosecute or not.¹⁵ The Treasury itself has no right of prosecution. Once a form of criminal coercion has been used, however, such as an arrest, the prosecution may prosecute a financial case without an official transfer by the Treasury.¹⁶

⁶ Articles 18 and 22 read with Article 66 AWR.

⁷ Article 23 AWR.

⁸ Article 27 AWR.

⁹ Article 19 Wet administratieve rechtspraak belastingzaken (Stb 1956, 323).

¹⁰ The AWDA imposes both order fines (e.g. Article 134) and ordinary fines, related to the amount of the due tax (e.g. Article 135). The appeal procedure is the same as in the AWR (Articles 143 and 144). In his book on administrative fines (Bijloos, A. W. M. *Administratieve boeten en art. 6 EVRM in Nederland*, Zwolle, 1989, p. 5) the author also mentions Articles 52 and 79 of the 'Wet op de accijns van alcoholhoudende stoffen' (Stb 1963, 240), Article 27 of the 'Besluit in- en uitvoer met aangifte achteraf' (Stb 1978, 97) and Article 16c of the 'Besluit administratieve controle propyl- en so-propylalcohol' (Stb 1986, 542).

¹¹ The procedure is about to be changed, because of the strengthening of the rights of the suspects ('Tweede Kamer-stukken' 1988/89, 21.058).

¹² Article 68 AWR.

¹³ Article 80 AWR.

¹⁴ Article 76 AWR. The settlement consists of payment of an amount related to the maximum fine that a court could impose.

¹⁵ Article 167 of the Code of Criminal Procedure ('Wetboek van Strafvordering'; hereinafter cited: WvSv).

¹⁶ Although there are some possibilities, according to new case decisions, for the prosecutor to prosecute persons suspected of criminal tax offences without being asked by the Treasury (HR 15 September 1986, NJ 1987, 304 and HR 9 June 1987, NJ 1988, 583).

An interesting development can be reported from the area of minor road traffic offences. Until recently these were normal minor criminal offences ('overtredingen'), also punishable at first instance by the judge ('kantonrechter')¹⁷ with the possibility of avoiding the prosecution by accepting a settlement proposed by the police or the prosecutor.¹⁸ This was seen to have a number of drawbacks:

- (i) too much protection for persons suspected of minor offences;
- (ii) in relation to the offences the procedure is too expensive and too labour-intensive;
- (iii) the difficulties arising in collecting the fines; and above all
- (iv) it is lucrative to do nothing after receiving a proposal for a settlement, because the prosecutor ultimately has to summon the person to appear in court and the citizen can sit and wait for the summons, which may never come.¹⁹

The *Lex Mulder* ('Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften')²⁰ introduces a new procedure to apply to minor traffic offences²¹ — an administrative procedure comparable to the German 'Ordnungswidrigkeiten'.

By the new statute the police²² can impose the (fixed) fine (provisionally set at a maximum of HFL 140).²³ The suspect, or rather — to avoid the concepts of criminal law — the citizen must pay the fine. If he wants to dispute it, he must appeal. Doing nothing is no longer lucrative; on the contrary, the amount of the fine will be increased automatically. In the first instance the appeal lies to the prosecutor.²⁴ If that appeal is not allowed, there is a further right of appeal

¹⁷ Article 44 of the Court Organization Act ('Wet op de Rechterlijke Organisatie').

¹⁸ Articles 74 and 74c of the Code of Criminal Procedure. According to these articles the prosecutor and in some minor cases the police can propose a settlement to the suspect. The official name for a settlement is a 'proposal to avert a prosecution'.

Those proposals can be for payment of a sum of money related to the fine that could be imposed by the court for the offence (the only possibility for the police), giving up the possession of goods, paying money related to the acquired illegal advantage and/or making good the damages. However, the 'paying of a sum of money in the nature of a fine' is the commonest form of settlement.

¹⁹ See de Koning-de Jong, E. M., 'De totstandkoming van de Wet Mulder', in de Doelder, Rogier, L. J. J. and van Rusen Goren, P. M. (eds), *De Wet Mulder in perspectief*, Arnhem, 1990, pp. 13-30.

²⁰ Act of 3 July 1989, Stb 1989, 300, amended by the Act of 29 August 1990, Stb 1990, 434.

²¹ A schedule to the *Lex Mulder* lists the offences to which it applies; e.g. exceeding the speed limit by up to 30 km/h, ignoring a red traffic light, illegal parking, etc. The more serious offences are still within the criminal law.

²² Article 3(2) *Lex Mulder*.

²³ The statute allows a maximum fine of HFL 500 per offence, but the amounts are now fixed between HFL 10 and 140. The government has already announced an increase.

²⁴ Article 6 *Lex Mulder*.

to the ordinary court ('Kantonrechter').²⁵ The grounds for an appeal are:

- (a) the offence was not committed, or the accused did not do the act complained of;
- (b) the prosecutor should have decided to annul the penalty or should have imposed a lower fine;
- (c) the prosecutor failed to have regard to the statutory defences (the car had been stolen, sold or leased out for a period longer than three months).²⁶

Before being entitled to appeal, the appellant must lodge security in an amount equal to the amount of the fine.²⁷ Finally there is a right of appeal to the Supreme Court ('Hoge Raad').²⁸

The administrative procedures described above are not the only administrative procedures in the Netherlands, but they are the best examples of administrative criminal proceedings.

Of the other administrative procedures, we can mention the 'police power' or 'administration power'.²⁹ This power is exercised at the expense of the offender where, for example, an illegally built garden-house is ordered to be demolished. The police or administration power can be used by municipalities, provinces and other authorities.³⁰

Licensing authorities have the power to revoke a licence or to refuse to renew it where the licensee fails to comply with conditions attached to it.³¹

Other possibilities for the administration to 'punish' citizens are found in the area of the social security payments (payments can be reduced or withheld).³² This kind of administrative criminal law is a matter of topical public debate since the Welfare Department argues that a cumulative criminal penalty on top of an administrative penalty such as withholding the benefit is not permitted. Some time ago there was a comparable decision by the court in Almelo.³³

²⁵ Article 9 *Lex Mulder*.

²⁶ Articles 8 and 9 *Lex Mulder*.

²⁷ Article 11 *Lex Mulder*. Some academic writers argue that this provision is not in accordance with the rule of presumption of innocence (see de Doelder, 'Van strafrecht naar administratief recht', op. cit. (note 19, *supra*), p. 86).

²⁸ Article 14 *Lex Mulder*.

²⁹ See van Wijk, H. D., Konijnenbelt, W. *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht, 1990, pp. 330-340.

³⁰ Articles 152 and 210 Gemeentewet 1851, Stb 85; Article 116 *et seq.* Provinciewet 1962, Stb 17; Article 14 Keurenwet and Article 4 Bevoegdhedenwet Waterschappen (in the field of water provision). See also Article 23 Grondwaterwet and Article 90 Wet inzake de luchtverontreiniging (air pollution).

³¹ See van Wijk and Konijnenbelt, op. cit., pp. 340-342. Some writers argue that a licence can always be withdrawn if there has been a failure to comply with the conditions attached to it, even if the law is silent on the subject.

³² See Hazewindus, W. G. A. 'De straffkorting als administratieve sanctie', NJB, 1991, pp. 633-639, and Verheul, J. M. *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid*, Deventer, 1989, pp. 58-60.

³³ Press report, April 1991.

In this area there is also a possibility for the administration (meaning the 'Bedrijfsverenigingen' or the 'Pensioenfondsen') to penalize firms which do not employ an adequate number of disabled workers: they have to pay HFL 6 000 for each worker beneath the quota. An appeal lies to the 'Raad van Beroep' and the 'Centrale Raad van Beroep' (a normal Dutch administrative court).³⁴

Firms which do not send their obligatory forms to the Social Security Department can be punished with a fine of 100 % of the premium due. An appeal lies to the '(Centrale) Raad van Beroep'.³⁵

Most economic offences in the Netherlands are normal criminal offences ('overtredingen') or 'misdrijven'), brought together in a special statute, the Economic Offences Act.³⁶

Mulder, for whom the abovementioned *Lex Mulder* was named, has pleaded for the use of administrative procedure in this area.³⁷ The differences between the economic criminal law and the ordinary criminal law now relate mainly to penalties and procedure. There are still some distinct economic offences, outside the Economic Offences Act, which are dealt with by the administration using a disciplinary procedure.³⁸ In this procedure a type of administration can punish firms that are required to be members of an organiza-

tion representing the trade in which they operate.³⁹ Examples are the eggs and bulbs trades.

There is a possibility for firms to complain against decisions applying EC rules with a punitive character to them, as where financial support is withdrawn or withheld. An appeal against such decisions of the 'Productschappen' lies to the 'College van Beroep voor het Bedrijfsleven', an administrative court.⁴⁰

Mention must also be made of the Media Code.⁴¹ In the Netherlands, television and radio are largely run by non-commercial associations. Commercial broadcasters are bound by strict rules. A special authority⁴² deals with offences against these rules.

Rules are now in preparation that would empower the Minister for Education to penalize an educational establishment (e.g. a university) for an offence against the Higher Education and Scientific Research Code (appeal to the 'Raad van State')⁴³ and also empower the Minister for Housing to penalize citizens abusing the housing benefit rules (appeal to the 'Raad van State').⁴⁴

³⁹ See Mulder, *op. cit.*, pp. 49-53, at p. 52 in particular.

⁴⁰ The 'College van Beroep voor het Bedrijfsleven' is an administrative court in the field of economic administrative law, established in 1955. The 'College' is generally meant for persons and corporations whose interests have been damaged as a consequence of a decision or an act of a corporate body. As shown above, some specific laws also make this court competent, such as the Agriculture Act. It can apply a range of administrative penalties, and can annul the decision of a corporate body and order it to perform specified acts. The chairman can give a provisional sentence in which the decision of a corporate body is suspended (in combination with a recognition).

⁴¹ Article 135 van de Mediumwet (Stb 1987, 249) and Article 48(2) Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (Stb 1988, 520).

⁴² Het Commissariaat voor de Media.

⁴³ Wetsvoorstel 21.073.

⁴⁴ Wetsvoorstel 21.032.

³⁴ Article 5 Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers, Stb 1986, 300.

³⁵ Article 12 Coördinatiewet Sociale Verzekering.

³⁶ De Wet op de Economische Delicten (Act of 22 June 1950, Stb K 258; hereinafter cited: WED). See Mulder, A., *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983.

³⁷ See Mulder, *op. cit.*, pp. 17-20.

³⁸ That possibility is given by Article 5 WED.

2. Identification of offences

Questions: *What criteria can be used to identify such offences?*

How are they defined?

What penalties are imposed?

What criteria are used to differentiate between administrative and criminal offences?

As we have seen, the Netherlands has no system of administrative criminal law. Whether an offence is an administrative or a criminal offence is basically a matter of expediency. But what is the substance of the 'administrative offences' concept that distinguishes it from the 'criminal offences' concept?

There are a number of possibilities:

- (i) a formal criterion (the kind of law): the administration has labelled an offence *by law* as an ordinary or special criminal offence or as an administrative offence;
- (ii) a material criterion within the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights, which refers to 'criminal charges';
- (iii) a criterion merely related to the agency imposing the penalty, if any: the administration or the court.

In the past this question mattered less than it does now, as there was no concept of 'administrative criminal law' or the like. In the administrative area there were some penalties (e.g. revocation of a licence), but they were so tightly bound up with the exercise of administrative authority that there were no specific difficulties.

Since the administration now imposes penalties with a real punitive character the distinction between the administrative (criminal) law and criminal law *stricto sensu* is more problematic.

Let us begin with the criminal offences. Dutch law distinguishes between minor offences ('overtredingen') and other, more serious offences ('misdrijven'). There is no further distinction between 'misdrijven', so the differentiation between felonies and misdemeanours is unknown.

For the distinction between 'overtredingen' and 'misdrijven', the ethically neutral character of the 'overtredingen' is not an entirely adequate criterion.⁴⁵ But perhaps it can be said that all the current administrative offences are more or less ethically neutral.

In the past almost all the present administrative offences (except tax offences) were criminal offences. But in recent years the view that the administration can impose penalties better, more effectively, faster and more cheaply has been gaining support.⁴⁶

⁴⁵ See Hazewinkel-Suringa, D. (proceeded by Remmelink, J.), *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Alphen aan den Rijn, Samson H. D. Tjeenk Willink, 1991, pp. 84-90.

⁴⁶ See the arguments offered in support of the *Lex Mulder* procedure (pp. 4-5).

With no coordination and no theoretical concept, administrative statutes gradually conferred powers to impose real punitive penalties, comparable to those of the ordinary criminal law. The procedures were and still are, however, completely different.

Over time the advantages of the administrative penalties were valued more and more.⁴⁷ Pleas were heard for depenalizing (moving from the criminal sphere to the administrative sphere) some of the lesser offences against, for example, economic and environmental laws. The number of administrative offences and penalties therefore increased. But nothing is said about the real criteria for classifying such offences. Can the Vienna Congress of the Association Internationale du Droit Pénal (AIDP) bring us further?

Unfortunately, nothing emerged from Vienna to help us clarify the concept of administrative criminal law. We can only make the general remarks that, following the Vienna recommendations:⁴⁸

- (a) it is obviously the legislator who makes the choice between criminal law and administrative criminal law; and
- (b) in making that choice the legislator must have regard to criteria such as the kind of standard to defend, the seriousness of the risk and the nature and degree of the offender's guilt, the nature and severity of the penalties, and the admissible limitations of the individual's procedural rights.

As we have seen, there are the traditionally administrative offences against the tax laws. Some of these offences are also criminal offences. It is the Treasury that makes a choice between the administrative or criminal settlement. In the administrative sphere powers are restricted to the imposition of fines with, as we have seen, a maximum of 100% of the tax evaded. The maximum criminal penalty for these offences is imprisonment for four years with or without the fine of 100%.⁴⁹ If the prosecutor treats a false return as a forgery⁵⁰ the maximum penalty is imprisonment for six years with or without a fine of HFL 100 000 for a natural person and HFL 1 000 000 for a legal person.⁵¹

There is a scheme whereby the National Prosecution Service and the Treasury are to harmonize their policy in the area of tax fraud.⁵² Tax fraud with a value of more than HFL 50 000 will also⁵³ be dealt with by the prosecutor in the tax crime field. Below this

⁴⁷ See Mulder, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁸ See Schaffmeister, D. 'Afzonderlijk straf- en strafprocesrecht voor veel voorkomende criminaliteit', in *Justitiële Verkenningen*, Arnhem, May 1990, pp. 8-28.

⁴⁹ Article 68 AWR.

⁵⁰ Article 225 of the Criminal Code.

⁵¹ Approximately ECU 45 000 and 450 000 respectively.

⁵² 'Opsporing en vervolging van belastingdelicten, brief van de voorzitter van de P.G.-vergadering aan de hoofdofficieren van Justitie d.d. 19 december 1990', in *Richtlijnen Openbaar Ministerie*, 's-Gravenhage.

⁵³ See section 3.9 for remarks about the *ne bis in idem* rule.

amount the Treasury will handle the fraud alone. It is clear that the criteria applied here are the severity of the case and of the penalties.

Similar arrangements exist between the National Prosecution Service and the Welfare Department concerning fraud with social security benefits.⁵⁴ Here the policy is that fraud worth less than about HFL 1 200⁵⁵ is dealt with by administrative bodies themselves in their own areas and penalties are imposed such as forced repayment of the money. If the fraud is worth more than HFL 1 200⁵⁶ the prosecutor will also be involved: in cases worth up to HFL 2 400 he will propose a settlement on the condition that amounts are repaid; otherwise, he will bring the case to court.

Obviously, in this area of social security fraud, the seriousness of the offence and the severity of the penalties available will influence the decision whether the offence is labelled as administrative or criminal.

As shown in section 1 above, the Dutch Government is reforming the settlement of minor traffic offences, chiefly because the police, the prosecution and the courts are overburdened and there is a need for efficiency in law enforcement. Initially a third reason was cited: to reduce the rights of the suspects. In the mean time, it has been accepted that the minimum rights of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms apply in the areas governed by the *Lex Mulder*.⁵⁷

⁵⁴ 'Beleidsuitgangspunten van het openbaar ministerie voor het vervolgings- en strafvorderingsbeleid bij sociale zekerheidsfraude, zoals vastgesteld in de vergadering van de procureurs-generaal d.d. 16 november 1988 en in werking getreden op 1 juni 1989', Stc 110 (9 June 1989), in *Richtlijnen Openbaar Ministerie*, 's-Gravenhage.

⁵⁵ Approximately ECU 500.

⁵⁶ See note 46, *supra*.

⁵⁷ It is still under debate whether the present articles can stand the test of the European Convention (see section 4.1).

The depenalization of traffic offences, as we have seen, was largely inspired by pragmatic considerations. There has been no real discussion about whether they are or should be 'criminal' or 'administrative'.

The conclusion has to be that it is very difficult to describe the essence of administrative criminal acts. The historical tax statutes can hardly be described as confined solely to minor offences. But the newborn administrative offences (such as traffic offences) should be considered to be minor offences of no great seriousness. This means in turn that relatively light penalties are warranted.⁵⁸

This brings us to some general remarks about the penalties that can be imposed in the administrative area. Here we can be brief: the only possibility is a financial penalty. A licence can be revoked only if there is a licence in the first place. The possibility of stopping payment of unemployment or other benefits has already been mentioned. In most cases, however, the only penalty that can be imposed in practice is a fine. The maximum fine allowed by the *Lex Mulder* is HFL 500;⁵⁹ in the administrative tax law the maximum is, to reiterate, 100% of the tax evaded.

By the Dutch Constitution deprivation of liberty can be ordered only by the courts.⁶⁰ There is no doubt that detention is possible in the criminal sphere only after a court decision. That is the reason for the special provision in the *Lex Mulder* for deprivation of liberty: the courts can order imprisonment for up to one week as a deterrent to would-be defaulters on administrative fines.⁶¹

⁵⁸ Except in tax cases, where quite heavy penalties can be imposed (see above).

⁵⁹ The government has provisionally restricted itself to a fine of HFL 140 per occurrence.

⁶⁰ Article 113 (3) GW.

⁶¹ Article 28 *Lex Mulder*.

3. Substantive rules

Question: *What substantive rules are applied to administrative offences? (Indicate any differences from the rules governing criminal offences and penalties.)*

As previously stated, the Dutch legal system has no system of administrative offences. The answers to the questions in this section are in consequence rather speculative.

They will briefly be answered by giving the situation in the field of the criminal law first and then — if possible — by making some relevant remarks about existing administrative criminal offences in the tax and road traffic areas.

3.1. PRINCIPLE OF LEGALITY

Question: *Does the principle of legality (both as to form and to substance) apply and, if so, to what extent?*

Article 1 of the Dutch Criminal Code establishes a general principle of legality:

- (1) an act can be punished only in accordance with a previous criminal provision laid down by statute;
- (2) where a statute is amended after the commission of an offence, the accused must be dealt with in whichever manner is most favourable to him.

Article 1 provides the principle of *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*.⁶² The same provision can be found in Article 16 of the Dutch Constitution of 1983. Article 7 of the European Convention on Human Rights provides the *nulla poena* principle:

'No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.'

The fact that a previous statute must exist before acts are punishable means, for purposes of Dutch law, that there must be a provision in a national, regional or municipal law or some other authorized law. If there is sufficient basis in a national law, it is possible to punish infringements of a regional, municipal law or even of a ministerial order or decree.

From the *nulla poena* principle follows the principle of the *lex certa*, the 'Bestimmtheidsgebot', or the prohibition of vagueness. But this principle is of relative value. The legislator can not always describe the

offences with precision (the concept of 'maltreatment' is a case in point⁶³). Although the demand of the *lex certa* must not be overstated,⁶⁴ there is a basic requirement for the legislature to be as clear and precise as possible in the circumstances.

In the literature on this subject, there is consensus about the prohibition on extending criminal prohibitions⁶⁵ by way of analogy.⁶⁶ R Emmelink describes the historical argument of this categorical refusal of this approach to interpretation.⁶⁷ But it is very difficult to distinguish a normal extensive interpretation such as the teleological (which is held to be allowed) from an extensive interpretation by way of analogy. There are some recent new decisions in the field of computer crime that can be seen as a form of analogy: the decisions are to the effect that certain forms of software manipulations constitute 'forgery',⁶⁸ whereas the law confines the definition of forgery to documents.⁶⁹

Article 1(1) of the Dutch Criminal Code was originally seen as a necessary preliminary to Article 1(2), which applies when the law is changed. It is conformity with the second sentence of Article 15(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights:

'If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.'

The Dutch courts regard Article 1(2) of the Criminal Code as applicable only if the change relates to the moral quality of the offence.⁷⁰ On the basis of the cases establishing this rule it is possible to punish, for example, offences like selling goods at excessive prices even after the price regulation is withdrawn, if there was no change in the view taken by the legislator about the appropriateness of punishment. It is unknown whether this is in accordance with Article 15 of the Covenant.

The question is whether the *nulla poena* rules apply to administrative offences also. It is obvious that there must be a legal provision before a certain form of conduct can be considered as an offence. There are no indications that there are less requirements for the designation of administrative offences than for criminal offences. Case decisions on the issue are unknown. There is no sound argument for taking a more

⁶³ Article 300 of the Criminal Code: 'mishandeling'.

⁶⁴ See Hazewinkel-Suringa and R Emmelink, op. cit., pp. 424-426.

⁶⁵ An extensive or analogic interpretation in the field of the grounds of justification and excuses is, of course, acceptable.

⁶⁶ See Groenhuijsen, M. S. *Straf en Wet*, Arnhem, 19687.

⁶⁷ See Hazewinkel-Suringa and R Emmelink, op. cit., pp. 426-428.

R Emmelink refers to the misuse of the 'gesundes Volksempfinden' at the time of the German occupation of the Netherlands (1940-45).

⁶⁸ Article 225 of the Criminal Code.

⁶⁹ HR 15 January 1991, NJB 1991, 17 (p. 343).

⁷⁰ Since HR 6 January 1936, NJ 1936, 312; see Hazewinkel-Suringa and R Emmelink, op. cit., p. 435.

⁶² Von Feuerbach, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1801. See Hazewinkel-Suringa proceeded by R Emmelink, op. cit., p. 423 et seq.

indulgent line towards vague terms in administrative provisions simply because only light penalties are possible: it is precisely where penalties are imposed not by judges but by administrative authorities that clear, unambiguous provisions are most needed.

3.2. ABUSE OF LAW AND EVASION OF THE LAW

Question: *Do concepts such as abuse of law ('abus de droit') and evasion of the law ('fraude à la loi') exist, and, if so, to what extent?*

In the tax legislation the concepts *fraus legis* and just levying of taxes apply. According to Article 31 of the AWR, the Treasury will disregard a contract that did not actually change the positions of the contracting parties but appears to have the purpose of evading tax. Initially the Treasury and the courts were reluctant to exercise this power, because of the obvious difficulties and legal insecurity. The literature highlights the risks inherent in the article.⁷¹

Fraus legis is not regulated by statute. Some writers feel that the doctrine is the general doctrine and the doctrine of the just levying is a special one; other writers think that they are two separate and distinct doctrines.⁷² The Supreme Court appears to use it as a means of justifying an extensive interpretation of the just levying doctrine.⁷³

The just levying of taxes does not seem to have consequences for administrative or criminal penalties in the tax field. Article 31 AWR is drafted in very prudent terms and seems to offer a procedure to be used only when the consequences of certain acts or contracts are unsure. But the doctrine of *fraus legis* is not without importance for the administrative criminal law, though its significance may be indirect rather than direct.

After the determination of the applicability of Article 31, the article defining the offence of making a false return⁷⁴ can be constructed. And even outside Article 31 it is quite conceivable that documents used in the *fraus legis* procedure will be considered as false simply because their contents do not reflect the truth. In many fraud cases the prosecutor has prosecuted forgery suspects, for example because the construction presented in the documents was a false one with the sole aim of evading tax due in whole or in part.

In the Netherlands a provision like the German §264 'Strafgesetzbuch' (StGB) is unknown, so there is no case-law. The concept of evasion of law is not used in

the criminal law. But the social security legislation requires recipients of benefits or allowances to report any change in their position that might warrant withdrawal or decrease of the payment.⁷⁵

3.3. PERSONAL FAULT

Question: *Does the principle of personal fault apply (in particular whether intentional or negligent conduct is required and if error of law is admitted) and, if so, to what extent?*

As we have seen, the Dutch Criminal Law distinguishes serious from minor criminal offences ('misdrijven' and 'overtredingen'). There is no general provision for the question of the required intent or neglect in any prohibited conduct. The doctrine in this matter has developed in the literature and through the cases.

The serious offences always require an intentional or at least a negligent act. That follows from the legal description of the offence: 'intentionally' usually appears in the description or the intention is implied by the verb used in the description (e.g. 'hide' or 'penetrate'). Negligent behaviour must be made expressly punishable (e.g. culpable homicide). Under the Dutch rules of evidence it is necessary to prove intention or negligence in each case.

For the minor offences it is not necessary to prove the offender's intention or negligence (*culpa*), but there is general agreement that an offender who is free of blame (reproachability) cannot be punished.⁷⁶ If the accused has a valid defence, the court must examine it.

The conclusion is that for the serious criminal offences intentional or (if specifically so provided) negligent conduct is required; for the minor offences persons without reproachability cannot be punished.

The question is now whether these principles also apply to administrative offences. The Supreme Court has held that the Treasury must always prove intention or negligence when imposing an administrative penalty on a citizen.⁷⁷ Some writers have criticized this decision,⁷⁸ but in the latest draft tax laws the Supreme Court's requirements have been taken over.⁷⁹ In the explanatory memorandum the government assumed that penalties are applicable only to persons who intentionally or negligently conceal some of their income to reduce their tax liability.⁸⁰

The *Lex Mulder* makes the registered owner of a car liable for offences committed by the driver of the car.⁸¹

⁷¹ See de Bleeck and van Amersfoort, op. cit., pp. 1549-166, and Hofstra, H. J. *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht*, Deventer, 1986, pp. 162-165.

⁷² See Hofstra, op. cit., p. 163.

⁷³ For example, HR 22 July 1982, BNB 1982/242; HR 7 December 1983, BNB 1984/21; HR 21 November 1984, BNB 1985/32; HR 27 November 1985, BNB 1986/119.

⁷⁴ Article 68 AWR.

⁷⁵ For example, Articles 84f and 30(2) Algemene Bijstandswet.

⁷⁶ HR 14 February 1916, NJ 1916, 681.

⁷⁷ HR 22 July 1988, BNB 1988/271.

⁷⁸ See Bijloos, op. cit., p. 33.

⁷⁹ Tweede Kamer 1988-89, 21.058, Article 11a.

⁸⁰ Tweede Kamer 21.058, No. 3, p. 16.

⁸¹ Article 5 *Lex Mulder*.

It was already possible for a police officer, on the basis of his visual or photographic observation of an offence, to report the offence without stopping the car.⁸² The registered owner was then liable unless he gave the name of the actual driver to the police.⁸³ At first the punishment of the registered owner was based on failure to give the name of the actual driver within a specified time-limit, but later it was possible to be released from liability for the conduct of the unidentified driver by giving his or her name to the police. Nevertheless it was always possible to evade the penalty. That has changed since the *Lex Mulder* came into force. Now, there is a general liability of the registered owner for offences committed by the driver (Article 5), whether he tells the police who actually drove or not. The only legal possibility for escaping liability is to prove that the car has been sold, stolen or let for a period of less than three months.⁸⁴

It is not clear whether the liability of the registered owner is in accordance with the presumption of innocence of Article 6 of the European Convention on Human Rights. The defences to a prosecution are limited. The point is that the citizen should have the possibility of escaping liability if he was in fact in no way guilty of the actual offence. The argument that the registered owner should not give his car to a person who commits driving offences is frankly specious.⁸⁵

This is borne out by the fact that Article 6(2) ECHR apparently uses the word 'guilty' to refer simply to an offender who has been proved to have done the act complained of without reference to evidence of intent or negligence.⁸⁶

Given the AIDP Resolutions of Vienna of 1989 regarding administrative criminal law, it is necessary to remember that the general criminal defences are available in administrative criminal procedures as well and that intention or negligence must always be proved. The *Lex Mulder* hence does not sit with these resolutions.

The question of error in law is a separate one. In almost all cases 'error in law' is of no importance in the Dutch criminal law. There is no doctrine of *dolus malus*.⁸⁷ The doctrine is that every citizen knows the law. A citizen who claims ignorance of the law has only himself to blame (assuming that the law is proclaimed correctly). Ignorance can be pleaded as a defence only in specific circumstances (e.g. offence committed in response to an erroneous explanation of the law given by an officer). The intent of a person cannot be influenced by his knowledge of the law.

⁸² Article 344(2) WvSv.

⁸³ Article 40 Wegenverkeerswet (Traffic Act).

⁸⁴ Article 8 *Lex Mulder*.

⁸⁵ See Rogier, L. *De Wet Mulder*, Arnhem, 1990, pp. 42-45.

⁸⁶ HR 26 May 1975, NJ 1975, 508 and the *Salabiaku* case of 7 October 1988, Publ. ECHR, Series A, Vol. 141; see Bijloos, op. cit., p. 31.

⁸⁷ An article like the German § 17 'Strafgesetzbuch' (StGB) is unknown in the Netherlands.

What is required is an intentional act, not the knowledge that the intended act was punishable or forbidden. As this is the doctrine applied in the criminal law, it is obvious that the same will apply in the area of administrative criminal law.

3.4. GROUNDS OF JUSTIFICATION

Question: *Are grounds of justification, excuse and mitigation, including mistake of law, taken into consideration and, if so, to what extent?*

Before an offence can be punished there are two general conditions to be fulfilled: the action and the actor have to be punishable.⁸⁸ An action is not punishable if it was not unlawful, i.e. not contrary to the written or unwritten law. For example it is lawful to defend oneself against an unlawful assault.⁸⁹ If the defender had no alternative but to defend himself and the defence is proportionate to the attack, the defender can not be punished for, for example, maltreatment or manslaughter. Complicity in such a defence is not punishable either. The same theory applies to *force majeure*⁹⁰ and obedience to a lawful order issued by a competent person.⁹¹

The next condition is the punishability of the offender: he is not punishable if he cannot be blamed or reproached for the unlawful action. There are many factual grounds for this defence, such as his mental state⁹² or a mistake of fact (the offender had a wrong view of the real facts: he thought that his assailant wanted to kill him, but that was not true, or he thought that there was an authorized order, but there was not).

Briefly, then, the Dutch legislative technique implies that for the performance of an act described by law as a serious offence ('*misdrijf*'), both the unlawfulness of the action and the reproachability of the offender are formal elements that must be proven. With the minor offences the unlawfulness is presumed to be formally established by the action and can be disproven by the suspect. In all cases, suspects cannot be punished if no blame can reasonably be attached to them.

These defences — partly developed by the courts — are valid in the criminal sphere. Are they also valid in the administrative law? According to the basic ideas of the Vienna Congress, the answer should be affirmative.

Looking at our administrative tax procedure, there is evidence of at least some possibility of escaping the 100% penalty, in whole or part:⁹³

- (i) where the Treasury abuses the law by not remitting the penalty; or

⁸⁸ Article 350 WvSv, read with Articles 39-43 WvSr.

⁸⁹ Self-defence, Article 41 WvSr.

⁹⁰ Article 40 WvSr.

⁹¹ Articles 42-43 WvSr.

⁹² Personal responsibility, Article 39 WvSr.

⁹³ Article 23 AWR.

- (ii) where it should reasonably come to another decision; or
- (iii) where it has acted contrary to the normal principles of sound administration.⁹⁴

We have already seen the defences available under the *Lex Mulder* (section 1 above). Let me recapitulate them:

- (a) the offence was not committed, or the accused did not do the act complained of;
- (b) the prosecutor should have decided to annul the penalty or should have imposed a lower fine;
- (c) the prosecutor failed to have regard to the statutory defences (the car had been stolen, sold or leased out for a period longer than three months).

Incidentally, the legal defences are to be removed from the tax legislation.⁹⁵ The government argues that they unlawfully prevent the judge from coming to a fully independent decision as to the penalty to be ordered. This is alleged to be in conflict with the European Convention on Human Rights. What is more, the defences available in the new *Lex Mulder* are decidedly limited.⁹⁶ They are silent on *force majeure* and other common defences, although they are so familiar in the general criminal law that they ought to seem indispensable in the administrative criminal law also.

The conclusion is that it is unclear whether the criminal defences are fully valid in the field of administrative criminal law or not.

3.5. LIABILITY OF LEGAL PERSONS

Question: *Is provision made for the liability of legal persons and if so, in what way, and is there any independent liability of bodies having legal personality?*

By Article 51 of the Dutch Criminal Code⁹⁷ offences can be committed by natural persons and legal persons. If the offence is committed by a legal person, the prosecution can be brought against and penalties (if any) can be imposed on either the legal or the natural person who investigated the forbidden action, or both of them: *societas delinquere potest*.⁹⁸

A provision like the current Article 51 has existed since 1951 in the economic criminal system.⁹⁹ Because of the novelty of this provision in the Economic Criminal Code there was an additional provision whereby an offence is committed by a legal person if it

is committed by one or more natural persons acting in the course of the legal person's business. Obviously this additional provision flows from the theory that an offence cannot actually be committed by a legal person and that a legal fiction is needed.¹⁰⁰ The fiction died when the current Article 51 came into force in 1976. In this new legislation, valid for the whole common criminal law,¹⁰¹ such an additional provision as mentioned above is not included. The legal person is now a truly real phenomenon, and with it the fact that legal persons can commit offences.¹⁰²

In the early days of civil legal personality it was unanimously agreed that the only way for the legal person to act was by its official organs. But the courts subsequently came round to the view that a decision by an organ was not sufficient for the authorship of legal persons.¹⁰³ A better criterion is whether the action was seen in its social environment as an action of the legal person.¹⁰⁴ For instance, if you buy goods in a department store, you do not buy them from the sales assistant who serves you but, in view of the social environment, from the legal person (Harrods, for example). This social environment criterion seems to be the current doctrine. Of course, if that criterion is to be accepted in an individual case, the circumstances and the positions of the natural persons involved with the offence might be important: for example, if you buy cocaine from a department store assistant, you cannot claim to have bought it from the legal person.

There are more questions. How, for instance, can the prosecutor prove the intention of the legal person? Briefly summarized, the doctrine is that the intention of the natural persons involved has to be attributed to the legal person. The social environment is also important for answering this question of attributing that intention to the legal person: here the actual and usually accepted way of running the activities of the legal person is important.

In the Netherlands the possibility of punishing legal persons often leads to a prosecution in economic and fraud cases, especially forgery cases. The use of this article has not lead to special problems: the legal persons can be sentenced to fines of a maximum of HFL 1 000 000 per serious offence.¹⁰⁵

Besides this possibility, Article 51 offers another: the prosecution of the natural person who instigated the commission of the offence. The novelty of this provision is that natural persons can be prosecuted without the restrictions of the complicity rules,¹⁰⁶ such as the need to prove the exact action that the accused person

⁹⁴ Article 27 AWR.

⁹⁵ Tweede Kamer 21.058, No 3, p. 30.

⁹⁶ See Rogier, op. cit., p. 76.

⁹⁷ Article 51 WvSr became operative in 1976 (Act of 23 June 1976, s. 377).

⁹⁸ See Hazewinkel-Suringa and R Emmelink, op. cit., pp. 116-136; Torringa, R. A. *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984 and *De rechtspersoon als dader; strafbaar leiding geven aan rechtspersonen*, Arnhem, 1988.

⁹⁹ The former Article 15 WED, Act of 22 June 1950, Stb K 258.

¹⁰⁰ See Mulder, op. cit., pp. 83-94.

¹⁰¹ Also for the Economic Offences Act; Article 15 WED has been repealed.

¹⁰² See Mulder, op. cit., p. 86.

¹⁰³ *Van Gend en Loos*, HR 27 February 1951, NJ 1951, 474; and *RUG*, HR 10 November 1987, NJ 1988, 303.

¹⁰⁴ *Knabbel en Babbel*, HR 6 April 1979, NJ 1980, 34.

¹⁰⁵ Article 23 WvSr.

¹⁰⁶ Articles 47 and 48 WvSr.

committed. 'The instigator of the offence' can, under Article 51, be prosecuted and sentenced without those strict requirements — without exactly proving his share in the offence, for instance. More generally, the prosecution has to prove his knowledge of the forbidden or similar acts and his failure to interfere where he should have done so.¹⁰⁷ These circumstances justify the conclusion that the natural person 'instigated' the forbidden action.

Like the liability of legal persons, this liability of instigators leads to a large number of prosecutions in economic and fraud cases for both serious offences ('*misdrifven*') and minor offences ('*overtredingen*').

The General Part of the Criminal Code is valid for the whole area of special criminal law¹⁰⁸ but not, by and large, for the administrative criminal law. The *Lex Mulder* makes no special provision for the punishment of legal persons, but it is generally presumed that jurisdiction naturally exists. In administrative tax law it was always possible to increase the assessments after false returns from legal persons. So it can be concluded that Dutch law offers possibilities for the liability of legal persons for administrative offences.

3.6. RULES ON AIDING AND ABETTING AND ON ATTEMPT

Questions: *What substantive rules apply to the involvement of persons in violations and attempted violations?*

What penalties, both principal and additional, are laid down for such violations?

The rules of ordinary criminal law on participation apply generally in the special criminal laws. Exceptions are possible, but they are rare.

Under Article 47 of the Criminal Code those who commit the offence alone or with another party and those who instigate other guilty or guiltless persons to commit an offence are liable as perpetrators.

One example of a crime with another party might be a traditional burglary committed by two or more persons. But what if one accomplice stays outside during the burglary and takes the stolen goods from the place of the crime to a hiding-place in his car? Or what if two persons are involved with maltreatment of the victim: one holds him down while the other is kicking him? The general view is that it is not necessary for all the perpetrators to fulfil all the elementary conditions of the offence as legally defined; it is sufficient for each perpetrator to contribute to the realization of the offence with a criminally relevant action.

All persons who intentionally instigate an offence by making gifts or promises, by misusing authority, by

using or threatening violence, by misleading or by giving opportunity, instruments or information are considered to be instigators. Only those instigators who have induced the intention to commit the crime in the immediate perpetrator are liable.¹⁰⁹ Instigating the commission of a crime by a person treated as incapable of criminal liability (e.g. a child) is not subject to these restrictions.

It is difficult to distinguish normal perpetrators from abettors. But there is a legal definition of abetting: intentionally aiding the perpetrator in committing his offence and intentionally giving opportunity, instruments or information.¹¹⁰ Just being on the look-out is a common example of complicity. Accepting the stolen goods at the *locus delicti* is complicity too, but being on the look-out and accepting the stolen goods after an agreement to take his share of the booty is a form of principal guilt. The criterion here is whether the relation between the two actors is one of equality or subordination.¹¹¹

Attempts are committed by persons who act out their intention to commit an offence by beginning their commission and do not voluntarily abandon it. The 'part-performance' of the offence is very important. Sitting in a stolen car with guns and balaclavas near a bank is not the beginning of an armed burglary,¹¹² but getting out of the car with guns, balaclavas and an empty sack, going to a shop and ringing the bell certainly is. The intention must have been translated into an objective, unequivocal act.¹¹³

The perpetrators and the instigators can be sentenced to the same penalty; the maximum is always provided in the Statute for each offence.¹¹⁴ Abettors and attempters can be sentenced to up to two thirds of the specific maximum penalty for the offence.¹¹⁵ Perpetrators and instigators are liable whether the offence is a serious one ('*misdrif*') or a minor one ('*overtreding*'). Attempts are only punishable if the full offence would be a '*misdrif*'. An attempt to commit an '*overtreding*' is not punishable.¹¹⁶ The same applies to abettors. Abetting a '*misdrif*' is punishable; abetting an '*overtreding*' is not.¹¹⁷

The *Lex Mulder* contains no specific provisions on this point. As the offences were '*overtredingen*' in the past and aiding and attempting were consequently not

¹⁰⁷ NCB, HR 20 November 1984, NJ 1985, 355; and *Slavenburg*, HR 16 December 1986, NJ 1987, 321/322.

¹⁰⁸ Article 91 WvSr.

¹⁰⁹ Article 47 WvSr; Hazewinkel-Suringa and Rummelink, *op. cit.*, pp. 396-398.

¹¹⁰ Article 48 WvSr, which to some extent resembles Article 47 (instigators).

¹¹¹ See, for other examples, Hazewinkel-Suringa and Rummelink, *op. cit.*, p. 379.

¹¹² HR 8 September 1987, NJ 1988, 612.

¹¹³ HR 24 October 1978, NJ 1979, 52; see Jörg, N. and Kelk, C. *Strafrecht met mate*, Alphen aan den Rijn, 1990, pp. 157-158.

¹¹⁴ In the Netherlands no general minimum penalties are provided other than a fine of HFL 5 or imprisonment/custody for one day (Articles 10(2), 18 and 23(2) WvSr.).

¹¹⁵ Articles 45(2) and 49(1) WvSr.

¹¹⁶ Article 46 WvSr.

¹¹⁷ Article 52 WvSr.

punishable, it can safely be assumed that aiding and attempting an offence against the *Lex Mulder* will remain unpunishable: only those actions which are strictly and positively made punishable can be penalized. In the absence of provisions regarding instigation, it can also be assumed that instigators of a road traffic offence against the *Lex Mulder* are not punishable.

In the criminal tax law the same rules apply as in the general criminal law. But in the administrative tax law concepts such as instigating and aiding are unknown and so are attempts: it is only possible to punish actual breaches of the legal rules.

The conclusion is that the doctrines of instigation, complicity and attempt play no role in administrative criminal law as it stands: they are alien concepts there.

3.7. DETERMINATION OF PENALTIES

Question: *What criteria are used to determine the penalties by the authority competent to impose them?*

In the criminal law there are special maximum penalties and general minimum penalties. For instance, forgery is punishable by a maximum fine of HFL 100 000 or imprisonment for no more than six months or both. In the ordinary criminal law there is a specific maximum penalty for each offence.

The courts have traditionally enjoyed considerable discretion when sentencing. The range of penalties for forgery is from six months down to one day's imprisonment and from a fine of HFL 1 000 000 down to HFL 5. The court may also find that the accused committed an offence but qualifies for a discharge on some specific ground.

For minors from 12 to 18 years of age the maximum penalty is substantially lower, at six months' disciplinary school ('tuchtschool') or a fine of HFL 500.¹¹⁸ Children under 12 years of age cannot be punished at all. Nevertheless the Children's Court Magistrate can order civil measures against young offenders, including committal to a children's home for several years.

The law lays down rules requiring the courts to give reasons for the penalties they order. The Code of Criminal Procedure insists that grounds be given for every penalty but especially for prison sentences: the court has to give the reason why such a penalty has been chosen and on what grounds the duration is determined.¹¹⁹ If the prosecutor in his submissions demanded a certain penalty and the court overruled him and ordered a heavier penalty, the court must give reasons for doing so.¹²⁰ The Supreme Court is strict in its review of these grounds: if the lower court's sentence is inadequately reasoned, it will be

reversed. So the court's sentencing discretion is exercised within the confines of specific constraints.

Not all criminal cases come to trial. On the ground of the principle of expediency the prosecutor has the power to decide to refrain from prosecuting or to propose a settlement in the form of payment of an amount related to the fine a court would be expected to impose.¹²¹ The size of the settlement is in most cases regulated in published guidelines.¹²² For the minor offences, there is a catalogue listing possible offences and the 'tariff' for them.¹²³ There are also lists for the frequent serious offences.¹²⁴ If the offender declines the settlement he will be summoned to appear in court and the judge will finally deal with the case. The judge is in no way restricted by the size of the proposed settlement although, as we have seen, the prosecutor will have taken account of the likely amount of the fine when proposing the settlement.

In the administrative tax law, the Treasury is in the first instance the authority that imposes the penalty. As we have seen it can increase the tax by up to 100 % of the amount evaded,¹²⁵ but the law allows it¹²⁶ to impose a lower surcharge.¹²⁷ After that decision the taxpayer can appeal to the Court. Under current rules the Court can order a higher surcharge only if the Treasury ought reasonably to have taken a different decision.¹²⁸ In the new bill the increase is transformed into a real 'fine', which may not exceed 100 % of the amount evaded.¹²⁹ On appeal the court can reduce the fine:¹³⁰ in the new bill there is a possibility for *reformatio in peius* just as there is in the criminal law.¹³¹

The situation in the *Lex Mulder* is clearer: each offence has its own fixed penalty.¹³² All the possible offences are classified in nine groups with the following penalties:¹³³

¹²¹ See nota 18, *supra*.

¹²² Richtlijnen Openbaar Ministerie, 's-Gravenhage.

¹²³ Richtlijn voor het transactie- en strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie inzake kantongerechts-overtredingen, Stc 21 September 1987, 181.

¹²⁴ For example, for drunken driving, possession of illegal weapons and for simple serious offences like maltreatment and theft (Richtlijnen voor het transactie- en strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie), Stc 28 April 1983, 82.

¹²⁵ There are also some minor offences (e.g. returning forms too late), where the penalty is set at 5% (Article 9 AWR), subject to maximum and minimum rates.

¹²⁶ Or the Minister for Finance (Article 66 AWR).

¹²⁷ Articles 18 and 21, read with Article 25 AWR.

¹²⁸ See p. 305. Hofstra (op. cit., p. 351) grounds this on the text of Article 27 AWR when considering the possibilities for appeal.

¹²⁹ Articles 11A, 18 and 22 of Bill (Wetsontwerp) 21.058.

¹³⁰ In the current state of the case-law an increase by the court seems impossible if the court does not follow the officially published guidelines of the Minister for Finance: HR 31 October 1990, BNB 1990, 346.

¹³¹ Memorie van Toelichting 21.058, No 3, p. 30. See also Smit, J. A. *Reformatio in peius bij administratieve boeten*, FED 1987, p. 359 *et seq.*

¹³² Article 2(1) *Lex Mulder* and schedule.

¹³³ There are plans for increasing the amounts. The legal limit is HFL 500 (Article 2(3) *Lex Mulder*).

¹¹⁸ Articles 77m and 77o WvSr.

¹¹⁹ Article 359(5) and (6).

¹²⁰ Article 359(7) WvSr. generally the court cannot be bound by a proposal for a penalty of the prosecutor in his charge speech; the court is always free to follow that proposal or not.

- (1) HFL 10 (e.g. riding a bicycle without a bell),
- (2) HFL 20 (e.g. driving a car without a horn),
- (3) HFL 35 (e.g. driving a car on a bus-lane),
- (4) HFL 50 (e.g. driving a car with wrong lights),
- (5) HFL 70 (e.g. failure to observe right of way),
- (6) HFL 80 (e.g. exceeding the speed-limit by 15-20 km/h),
- (7) HFL 100 (e.g. passing a red traffic light),
- (8) HFL 120 (e.g. exceeding the speed-limit by 21-25 km/h),
- (9) HFL 140 (e.g. exceeding the speed-limit by 26-30 km/h).

The officer simply imposes the relevant fine. If the citizen appeals to the prosecutor, the prosecutor can correct the applicable offence and fine, but he can also reduce the fine in the light of the circumstances.¹³⁴ At second instance the citizen can appeal to the court ('Kantonrechter') on the grounds already mentioned.¹³⁵ The court can increase the fine (*reformatio in peius*) if, for instance, it considers that the reduction the prosecutor gave was unjustified.¹³⁶ Of course there is also the possibility for the judge to reduce the amount of the fine.

The conclusion is that in both the administrative and the criminal areas, the last word on the size of the fine lies with the (independent) court.

3.8. PERIOD OF LIMITATION

Question: *Are offences and penalties extinguished by the passage of time (prescription)?*

Under Article 70 of the Criminal Code, minor offences ('overtredingen') are subject to a limitation period of two years; for serious offences ('misdrijven') there are different periods of limitation;

- six years for 'misdrijven' punishable by imprisonment for no more than three years or only by a fine;
- 12 years for 'misdrijven' punishable by imprisonment for between three and 10 years (e.g. forgery);
- 15 years for 'misdrijven' punishable by imprisonment for more than 10 years, except for 'misdrijven' punishable by life imprisonment;
- 18 years for 'misdrijven' punishable by life imprisonment.

For minors aged 18 years or less there is a special limitation period of one third of the normal period.¹³⁷

¹³⁴ Article 7 *Lex Mulder*.

¹³⁵ See p. 305.

¹³⁶ See Rogier, op. cit., p. 92.

¹³⁷ Article 70 (2) WvSr.

Time runs from the day following commission of the offence, but there is an exception, for instance, for environmental offences, where time runs from the day after detection of the offence.¹³⁸ There is also a limitation period for execution of the penalty, which is always one third longer than the basic limitation period (three years for 'overtredingen').¹³⁹

In administrative tax law there is the power to make an additional assessment (back tax) for five years after the tax year. This is only possible if there is a presumption that the assessment was too low.¹⁴⁰ Most tax penalties are combined with back tax, so for that administrative¹⁴¹ penalty there is, in practice, a limitation period of five years.

The *Lex Mulder* is silent on limitation. The usual pattern is that the officer makes his order immediately after detecting the offence, which will by definition be shortly after its commission. The only limitation periods relevant here are those for collection of the fines — two and three years¹⁴² — where measures of coercion are concerned. There is no provision in the *Lex Mulder* for a general limitation period for paying the penalty, but the normal criminal limitation periods can be assumed to be applicable as there is no evidence that the legislator wished to depart from them.¹⁴³

Assuming the European Convention on Human Rights (ECHR) to be applicable for the administrative procedure, that procedure must be commenced within a reasonable time.¹⁴⁴ One of the problems in determining the reasonableness of the period is the question when it starts. In criminal law the cases assume that time begins to run when the accused is first informed that he is likely to be prosecuted. The Dutch courts regard a period of more than two years after that moment as excessive where no significant action on the prosecution has been taken.¹⁴⁵

If the prosecution has been commenced but no further action has been taken for two years, the delay is also considered undue. Where more than two years have elapsed since the prosecution was commenced but action has been taken at intervals of less than two years, the delay may still be considered excessive: the point is that the threat of criminal prosecution should bear upon the accused for the shortest possible time. Old cases have held that a belated prosecution is unacceptable; more recent decisions have held that the penalty may be reduced in the event of a delayed action.¹⁴⁶

¹³⁸ Article 71 WvSr.

¹³⁹ Article 76(2) WvSr.

¹⁴⁰ De Bleeck and Van Amersfoort, op. cit., p. 112; Article 16 AWR.

¹⁴¹ The criminal tax offence (Article 68 AWR) has a 12-year limitation period, since the maximum penalty is five years (see p. 308).

¹⁴² Articles 25(2) and 28(1) *Lex Mulder*.

¹⁴³ See Rogier, op. cit., pp. 156-157.

¹⁴⁴ Article 6 ECHR.

¹⁴⁵ Minkenhof, A. and Reijntjes, J. M. *De Nederlandse Strafverordening*, Arnhem, 1990, pp. 43-46.

¹⁴⁶ HR 16 February 1988, NJ 1988, 967.

There is no support for the argument that a longer delay is acceptable for a serious than for a minor offence: it is possible to argue that a minor offence can be prosecuted faster, but then it can also be argued that the impact of the waiting time is heavier for a person accused of a serious offence than for a minor offence.

In a recent tax case where undue delay in prosecution was a material issue, the Supreme Court held that a period of three years between the date of the appeal and the Treasury's statement of defence was not reasonable.¹⁴⁷

The conclusion is that the limitation periods for a tax case based on a false return is five years; the *Lex Mulder* does not provide a specific limitation period. The administrative criminal code still does not adequately regulate limitation periods. Looking at the criminal law, there is a normal limitation period for minor offences of two years. The European Convention on Human Rights has complicated these questions through its provision on undue delay. The 'criminal' period accepted in case decisions is a period of two years without progress in the prosecution. This also seems to be a good reference point for the administrative criminal law.

3.9. CUMULATIVE IMPOSITION OF PENALTIES

Question: *Can criminal and administrative sanctions be imposed cumulatively? (Principles and practice)*

First we must consider the international conventions:

(A) Article 14(7) of the International Covenant on Civil and Political Rights provides:¹⁴⁸

'No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country'.

(B) Article 4(1) of the Seventh Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms provides:¹⁴⁹

'No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State'.

(C) The Convention between the Member States of the European Communities on double jeopardy provides:¹⁵⁰

'A person whose trial has finally been disposed in a Member State may not be prosecuted in another Member State in respect of the same facts, provided that if a sanction was imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing State'.

With regard to (A) above, the Dutch Government has entered a reservation; this article has been accepted on condition that it entails no further obligations than those that follow from our national *ne bis in idem* principle.

As regards (B) above, the Dutch Government has signed the Protocol but is reluctant to lay it before Parliament for ratification since there are problems of interpretation necessitating further study.

With regard to (C) above, the Dutch Government has signed this Convention also, but has declined to start the ratification procedure until problems regarding the position of Gibraltar have been settled. Germany also seems reluctant to sign the Convention,¹⁵¹ and France, Spain, Greece and Ireland have yet to sign it.

The *ne bis in idem* principle has not taken root in Dutch international law but it has had a very clear impact in purely municipal law.

Article 68 of the Criminal Code forbids double trial:

- (1) Save where the doctrine of retrial applies, nobody shall be prosecuted again for an offence on which final judgment has already been given by a judge in the Netherlands, the Dutch Antilles or Aruba.
- (2) Where judgment has been given in a foreign country, a second prosecution for the same offence may not be commenced in the case of:
 - an acquittal; or
 - a conviction, if the sentence has been fully executed or if there was a discharge, pardon or prescription.

Some writers in the Netherlands think that these national and international provisions exclude the possibility of a criminal prosecution after an administrative fine. Others think that double prosecution is forbidden only in the criminal sphere.¹⁵²

The principle behind *ne bis in idem* is that it is unfair to punish a suspect twice for the same offence. The authors of the report on 'General provisions in

¹⁴⁷ HR 6 June 1990, BNB 1990, 242.

¹⁴⁸ 16 December 1966, Trb 1969, 99 and 1975, 60.

¹⁴⁹ 22 November 1984, Trb 1985, 2.

¹⁵⁰ 25 May 1987, Trb 1987, 176.

¹⁵¹ See Rüter, C. F., 'Eliminatie door harmonisatie; Nederlands strafrecht na 1990', *Ars Aequi*, 1990, pp. 527-528.

¹⁵² Probably the Supreme Court is now of that opinion: see HR 5 February 1991, No 87.644 and Stamhuis, E. F. 'Ne bis in idem en sanctie-cumulaite bij fraudedelicten', DD 1991, pp. 465-473.

administrative law'¹⁵³ are looking for the aims or functions of the non-criminal administrative penalties on the way to grasping the problems of double prosecution. They conclude that the problems are serious wherever both sanctions aim at loss distribution.¹⁵⁴ They assume that that question is very meaningful where fines are concerned. They argue that the legislator should come up with rules to settle the situation.

This has already been done in the field of tax and social security law: in tax law a cumulative penalty (but not a double prosecution) is forbidden.¹⁵⁵ And in the social security legislation there is a comparable article providing that after an acquittal or a conviction in a criminal case, the fine imposed in the administrative case will be remitted.¹⁵⁶ In the *Lex Mulder* this problem cannot arise, because of the provision that an infringement of the traffic code is either an administrative offence or a criminal offence.¹⁵⁷

In the field of disciplinary law cumulative sanctions are generally possible, though the penalty imposed in the criminal case must take account of the disciplinary penalty.¹⁵⁸

The conclusion is that a double (criminal and administrative) prosecution is not excluded, but that criminal and administrative penalties cannot be cumulatively imposed without difficulties. The minimum demand seems to be to take the other penalty into consideration. In present-day administrative criminal proceedings a cumulative penalty is impossible.

¹⁵³ Report prepared by the 'Commission concerning general provisions in administrative law' (Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht); president of this commission: W. Duk; secretary: J. H. van der Veen. Alphen aan den Rijn, 1984, pp. 359-363.

¹⁵⁴ See also Mulder, A. *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, VAR-geschrift, XXXVI, Haarlem 1957, p. 83 and Oostenbrink, J. J. *Administratieve sancties*, The Hague, 1967.

¹⁵⁵ For instance, Article 18 AWR requires the Treasury to pay back an administrative fine already paid if the offender is later convicted or acquitted by the ordinary courts for that offence.

¹⁵⁶ Article 12(5) Coördinatiewet Sociale Verzekering.

¹⁵⁷ Article 2 *Lex Mulder*. See Rogier, op. cit., pp. 13-21.

¹⁵⁸ See de Doelder, H. *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1981, pp. 144-182.

The next question is whether evidence used in the administrative case can be used in the criminal case and vice versa. We are now talking about the doctrine of unlawful evidence. Citizens may be obliged to cooperate in administrative cases while retaining the right of silence in the criminal case: nobody is obliged to cooperate in the gathering of evidence against himself.¹⁵⁹

The Dutch cases show that it is permissible to transfer evidence produced in one proceeding to another if it has been obtained in a lawful manner in a specific case¹⁶⁰ and the rights of the suspect were respected.¹⁶¹ Here, of course, we must recall the judgment given by the Court of Justice of the European Communities in Luxembourg on 13 July 1990 in Case C-2/88 Imm. [1990] ECR I-4405. The European Commission is obliged to assist the examining magistrate in Groningen and supply the findings of its administrative research over to him to support his investigation of the criminal case, or it must give the detailed reasons why (in terms of the operation and independence of the European Community) it cannot do so.¹⁶²

When talking about the possible forms of cooperation between administration and criminal authorities, it must be remembered that full account needs to be taken of the essential legal protection of accused persons. There is a need here for clear, unambiguous, harmonized rules applying in the different systems to avoid the current situation where the rights of the defence vary from one system to another.¹⁶³

¹⁵⁹ Article 14(3)(g) International Covenant on Civil and Political Rights:

'In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

(g) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt'.

¹⁶⁰ HR 2 December 1935, NJ 1936, 250; see Aler, G. P. A. *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle, 1982.

¹⁶¹ HR 26 April 1988, NJ 1989, 390 and *Ars Aequi* 1988, pp. 772-775; see also Wortel, J. 'Fishy business? Geen vangstbeperking voor fiscale rechercheurs', DD 1989, pp. 102-135.

¹⁶² See Huybrechts, L. 'De door de Europese gemeenschappen aan de Lid-Staten te verlenen rechtshulp in strafzaken', in de Doelder, H. et al. *De bestrijding van EEG-fraude*, Arnhem/Antwerpen, 1990, pp. 113-128.

¹⁶³ See de Doelder, 'Eurorechtsbescherming', in *De bestrijding van EEG-fraude*, op. cit., pp. 143-152.

4. Procedural rules

4.1. COMPETENT AUTHORITIES

Question: *What authority is responsible for detecting violations and imposing penalties? If a non-judicial authority is responsible, give a basic outline of the defendant's rights, presumption of innocence and the application of preventive and provisional measures). Reference to be made to Article 6 of the European Convention on Human Rights.*

Since there is no single system of administrative criminal law in the Netherlands, there are many agencies which have a certain responsibility for detecting violations in this field.

First, nearly every department has its own investigation section to handle cases within its own field. A few examples:

- (a) the Finance Department has the 'Fiscale Inlichtingen- en OpsporingsDienst' (FIOD), with two important sections, the tax section and the customs section;
- (b) the Department of Economic Affairs (trade and industry) has its 'Economische Controle Dienst' (ECD);
- (c) the Ministry of Agriculture has its 'Algemene Inspectie Dienst' (AID).

Their investigations can reveal suspected offences against certain regulations. Dependent on the nature of these regulations the offences can be dealt with by the agency itself, with or without the ordinary police. Upon detection the Treasury can deal with a case by itself: the FIOD detects a small fraud case and will report its findings to the Treasury. According to the AWR ('De Algemene Wet inzake Rijksbelastingen'), the Tax Act, it can impose a penalty of up to 100% of the amount evaded. If the Treasury wishes, it can refer the case to the Prosecution Department (see above).

In the area of trade, industry and agriculture, the administrative department has limited scope for penalizing offences on its own. As a rule, all it can do is transfer the official reports to the Prosecution Department for treatment by a special economic criminal procedure or by the ordinary criminal procedure.

In the field of social security, different agencies are involved in investigations.¹⁶⁴ They have discretion to impose sanctions themselves or to decide (according to predetermined guidelines) to hand the case over to the police or the prosecution.

The fact that there are special investigating agencies for certain cases does imply as a general rule that the ordinary police cannot deal with these cases. If there is any reasonable suspicion of an offence the police

¹⁶⁴ For example, the GAK ('Gemeenschappelijk Administratie Kantoor'), the SFB ('Sociaal Fonds Bouwnijverheid'), the GSD ('Gemeentelijk Sociale Dienst') and other benefit-paying authorities.

can investigate on its own, with or without help from the specialized investigators. Arrangements currently exist between the police and the special agencies concerning these investigations; cooperation gets better every day.

We have already considered the specific administrative tax law procedure. After detecting a false return the Treasury can impose the penalty immediately, together with a new assessment. The Supreme Court recently held that a charge in a tax case that can lead to an administrative fine must be treated as a criminal charge within the meaning of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.¹⁶⁵ Following this decision a draft law has been presented to incorporate the fair trial guarantees of Article 6.¹⁶⁶

According to the Dutch Constitution, statutes cannot be reviewed for compatibility with the Constitution itself but they may be reviewed for compatibility with treaties.¹⁶⁷ This means in effect that the Convention is a part of our domestic law and can be relied on directly in the courts. There is a substantial body of case-law directly inspired by the Convention. It is self-evident that the provisions of the Convention are valid for the criminal law. As we have seen, it is almost unanimously agreed that both the Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights¹⁶⁸ apply to procedures in the area of the administrative criminal law.¹⁶⁹

That opinion is based, among others on the well-known *Östürk*¹⁷⁰ and *Lutz*¹⁷¹ cases. On the basis of these decisions it can be argued that there are three criteria for the validity of Article 6 in a given area of law, because of its dealing with a 'criminal charge':

- (1) whether or not the act defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law;
- (2) the nature of the offence and the person concerned;
- (3) the nature and severity of the penalty that the citizen risks incurring.¹⁷²

These three criteria do not need to be fulfilled cumulatively: 'The Court points out that the second and third criterion adopted in the *Engel-and-other* case and in the *Östürk* case are alternative and not cumulative ones'.¹⁷²

¹⁶⁵ Rome, 4 November 1950. The decision referred to is HR 19 June 1985, BNB 1986/29.

¹⁶⁶ Wetsontwerp 21.058. Even so, the body that can impose the fines is still the Treasury. Only the procedure for imposing the fine has been changed: the suspect must be heard beforehand and the rules of evidence have been adjusted to incorporate the presumption of innocence.

¹⁶⁷ Articles 94 and 120.

¹⁶⁸ New York, 19 December 1966.

¹⁶⁹ See also the chronicle 'Sanctions' by C. J. Kleijs-Wijn Nobel in NTB 91/2, pp. 63-65 on Article 6 ECHR and administrative penalties.

¹⁷⁰ ECHR 21 February 1984.

¹⁷¹ ECHR 25 August 1987.

¹⁷² Paragraph 57 of *Lutz*, see note 162, *supra*. See Bijloos, op. cit., (see note 10, *supra*), p. 14.

Although there was a minor offence 'it would be contrary to the object and purpose of Article 6, which guarantees to "everyone charged with a criminal offence" the right to a court and to a fair trial, if the States were allowed to remove from the scope of this Article a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty'.¹⁷³ But 'The prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that uses the guarantees of Article 6.'¹⁷⁴

So the guarantees of Article 6 of the Convention apply generally to the administrative criminal law and have a direct influence on procedures in the Netherlands.

We have seen that the Supreme Court held on 19 June 1985 that Article 6 of the Convention was applicable to administrative tax law. After that decision it was unclear whether Article 6 applied only to ordinary fines or to order fines also.¹⁷⁵

The Supreme Court's decision of 7 September 1988¹⁷⁶ holds that the Convention also applies to order fines. But that does not mean, according to the decision, that all criminal rules are directly applicable to the tax procedure, but only that those rules that conflict with the Convention must be disapplied. Typical criminal rules which are not directly based on the Convention, e.g. the obligation for the officers in criminal cases to caution suspects that they are not obliged to answer, are not applicable in tax cases.

It seems to be sufficient that the whole procedure is in accordance with these provisions. The general view is that it is not always necessary in the first instance to deal with the cases according to all these rights, as long as the citizen is assured that at least one stage of the procedure satisfies the requirements of Article 6.¹⁷⁷

Which provisions of the Conventions are directly applicable to administrative criminal procedures?

First there is the right to address a court and to take part in the hearing.¹⁷⁸ It is sufficient if the citizen can take the initiative to address a court.¹⁷⁹ Dutch administrative tax law seems to be in accordance with this provision. But the citizen cannot directly address the court; he has to pay a small amount to the office of the clerk of the court before the case comes up for trial. The present amount is about HFL 150. If is

unclear whether demanding this amount before a right to proceed is given is legitimate or not: it might be said that because of this demand there is no direct right to address the court.

The same goes for the *Lex Mulder*: before being entitled to proceed the citizen has to lodge a security equivalent to the amount of the fine. The question here is even more significant in view of the government's statement in the explanatory memorandum to the Code that the aim of this security is to discourage appeals. That is not in accordance with the decision in *DeWeer*¹⁸⁰ that no financial coercion upon a citizen to abandon his right to appeal is permitted.

The second right of relevance here is the right to an independent and impartial court. In administrative cases it is always possible ultimately to address an ordinary court belonging to the official judiciary as required by the Constitution. Those courts are independent and impartial.¹⁸¹

On the question whether the independence is sufficiently guaranteed by the legal provisions in the area of the administrative penalties, the following points deserve consideration.

It has been seen (section 3.4, *supra*) that there is some dispute whether it is legitimate to provide for legal grounds of appeal: the argument is that once special grounds of appeal are provided for there is no longer a full right of appeal since the appeal is confined to these grounds. In the latter case it is possible that the court might have to dismiss the appeal simply because it is not based on the specific legal grounds. Of course it is important to remember that the European Court of Human Rights in Strasbourg does not give decisions on legal systems *in abstracto* but only on specific cases *in concreto*.

In the administrative sphere, the general grounds for appeal are the principle of sound administration.¹⁸² The administrative courts review all decisions of administrative bodies in the light of these principles.

Some comparable principles are laid down in the Fiscal Code.¹⁸³ The *Lex Mulder* also provides grounds for appeal.¹⁸⁴ In practice the judicial review of tax cases is a full-scale rather than a marginal procedure and extends to the question whether the penalty is in proportion to the fault.¹⁸⁵ That fact was one of the reasons why the government removed the legal restrictions.¹⁸⁶

¹⁷³ *Östürk*, paragraph 53.

¹⁷⁴ *Östürk*, paragraph 56.

¹⁷⁵ Ordinary fines are the higher fines; order fines are the lower: see section 1 of this report.

¹⁷⁶ FED 1988/715.

¹⁷⁷ That may be one of the reasons why the Dutch Government has not yet signed Protocol No 7 (22 November 1984, Trb 1985, 2).

¹⁷⁸ See paragraph 27 of *Colozza*, ECHR, 12 February 1985.

¹⁷⁹ See *Östürk*.

¹⁸⁰ ECHR, 27 February 1980, Publ. ECHR, Series A, Vol. 35.

¹⁸¹ The same is valid for the special administrative courts mentioned in section 1.

¹⁸² More about this principle at section 4.2. *infra*.

¹⁸³ Article 27 AWR.

¹⁸⁴ See Bijloos, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁵ See the case of *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, 23 June 1981; see Bijloos, *op. cit.*, p. 23; see also section 3.7 of this report.

¹⁸⁶ See section 3.4 of this report.

Our conclusion is that in the sphere of administrative penalties there is nearly always an opportunity to address an independent and impartial court, as required by Article 6 of the ECHR. In some cases there could be dispute whether the restrictions on the right of appeal are legitimate or not.

The next question arising in connection with Article 6 is the question of court decisions being given in a reasonable time. This was considered at section 3.8 above.¹⁸⁷

The fourth right to be considered is the right to a public hearing: the case must be tried in open court and the decision must be given in public. It seems that it is possible to make some exception to the first rule (trial in open court). The Constitution provides for exceptions,¹⁸⁸ notably for the protection of the right to privacy. There is no exception from the requirement that judgment be given in public.

In administrative tax cases and in the *Lex Mulder* there is no public hearing¹⁸⁹ at first instance, but this public hearing is provided for at second instance being the first opportunity for the citizens to address a real court: both the courts of appeal ('Gerechtshoven') in tax cases and the regional court ('Kantonrechter') in road traffic cases sit and give judgment in public. So do the other courts in the administrative law system that deal with administrative penalties.¹⁹⁰

The next point is the *praesumptio innocentia*, the presumption of innocence. I made my remarks on this point in section 3.3. In practice this right is not far-reaching¹⁹¹ internationally. As I said, the courts have paid great attention to this principle in tax cases.¹⁹² The presumption of innocence is also important considering the situation that before being entitled to proceed the citizen has to lodge a security equivalent to the amount of the imposed fine. This point was considered in my discussion of the right to address a court.

The next area of interest is the protection of the defendant's rights, meaning chiefly the rights:¹⁹³

- (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

¹⁸⁷ See also Bijloos, op. cit., pp. 26-28.

¹⁸⁸ Article 121 GW.

¹⁸⁹ Special provision in Article 18 Wet Administratieve rechtspraak belastingzaken; Article 7 *Lex Mulder* has no provision about the public hearing, but in practice there is no public hearing at the office of the prosecutor: see van Russen Groen, P. M. *Interim-rapport Juridisch deelonderzoek Evloutatieproject Wet Mulder*, March 1991.

¹⁹⁰ See section 1 and Bijloos, op. cit., p. 30.

¹⁹¹ See the *Salabiaku* case, 7 October 1988, and the *Lutz* case, 25 August 1987, Publ. ECHR, Series A, Vols. 141 and 123 respectively, NJ 1988, 938.

¹⁹² See section 3.3.

¹⁹³ Article 6(3) ECHR.

- (c) to defend himself in person or through legal assistance;
- (d) to examine or have examined witnesses;
- (e) to have the free assistance of an interpreter.

It may not surprise the reader that not all administrative procedures at first instance are currently in accordance with Article 6. There is a bill¹⁹⁴ to make some improvements in the tax legislation in the light of Article 6.

Referring to the *Lex Mulder*, at first instance (application of the fine by the officer and the first appeal to the prosecutor), the defendant's rights as conferred by Article 6(3) are clearly not secured but at subsequent stages (appeal to the 'Kantonrechter') the procedure is satisfactory.

Article 2 of the Protocol No 7 to the ECHR provides:

'(1) Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.

(2) This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.'

In the *Lex Mulder*, the relevant road-traffic offences are all of a minor character, so one could say that these fall under the exception intended by section 2. It is noteworthy that some other offences in the administrative criminal sphere highlighted at section 1 of this report (but not discussed there because of their relative quantitative unimportance) are not of a minor character, but some of them are nevertheless confined to a one-stage court procedure ('afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State').¹⁹⁵

In the sphere of the administrative criminal regulations there are preventive or provisional measures available in tax cases — seizure of money and goods to secure the payment of the tax including the increase (fine).¹⁹⁶

The *Lex Mulder* provides a preventive measure for persons who have no fixed abode in the Netherlands: if they do not have the means to pay the fine immediately, the police can seize their cars until the fine is paid.¹⁹⁷ Of course there is dispute as to whether this provision complies with the principle of innocence or not.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Tweede Kamer, 21.058.

¹⁹⁵ There is likewise only one stage of appeal against decisions of the European Commission under Articles 85 *et seq.* of the EEC Treaty, i.e. the Court of Justice in Luxembourg.

¹⁹⁶ Wet op de invordering van 's-Rijks directe belastingen, wet van 22 mei 1845, s; 22; see also the bill for a new Collection Code, Tweede Kamer stukken, 20.588.

¹⁹⁷ Articles 31 and 32 *Lex Mulder*.

¹⁹⁸ See Bijloos, op. cit., p. 35.

4.2. GROUNDS OF APPEAL

Question: *Is it possible to appeal against a decision by a non-judicial authority to impose an administrative penalty in the criminal, administrative or civil courts?*

If so, what may constitute grounds for an appeal (points of law only or questions of fact also)? What rules of procedure apply and is it possible to appeal against a decision taken by the judicial authority?

In all administrative cases it is possible to appeal to special administrative or existing criminal or civil courts. These courts have recently been reorganized to enhance their independence of the administration.¹⁹⁹

In ordinary administrative cases not involving a penal nature, there is also a possibility to appeal on the grounds provided in Article 8 of the Administrative Judicature Code. These are:

- (a) the decision is contrary to law;
- (b) the administration has acted *ultra vires*;
- (c) the decision was not reasonable;
- (d) the decision was against a principle of sound administration.

But these grounds also apply in penalty cases, where there are no specific grounds of appeal. Special grounds are provided for in the tax and road traffic legislation.

We have seen that in tax cases there is a possibility of appealing. The first appeal is to the Treasury itself (*bezwaarschrift*, Article 23 AWR). Every objection can be raised. After a new decision of the Treasury, it is possible to appeal to the ordinary courts (Article 27 AWR). The grounds are: *ultra vires*; unreasonableness; or the decision was contrary to the principles of sound administration.

Although the grounds for appeal are limited, the courts appear to assume that the appeal must be treated as a 'full' appeal. In the bill mentioned above, the restrictions are abolished.

After the decision of the court of appeal, a final appeal may be brought in the Supreme Court in the usual way.

As mentioned before, in *Lex Mulder* cases the citizen has to appeal to the public prosecutor first. The grounds of appeal are not limited here. The public prosecutor will review the case on its effectiveness and lawfulness. After his decision an appeal lies to the judge ('Kantonrechter'). The grounds of appeal at this stage are limited: (1) the citizen is not responsible for the offence; (2) the circumstances do not justify

the (size of the) amount; and (3) the prosecutor has wrongfully disregarded the defences provided for by Article 8 of the *Lex Mulder*.²⁰⁰

After the decision of the court of appeal, a final appeal may be brought in the Supreme Court in the usual way.

It is quite a difficult question whether the general appeal grounds of Article 8 of the Administrative Judicature Code (see above) are applicable in those administrative (criminal) areas where specific grounds for appeal are provided. It seems to me that any limitation of the grounds for appeal should not be possible, so that we are talking about cumulative grounds. The sound administration principle offers abundant possibilities for new additions. Recent cases, for instance, have used it as a basis for a general principle of proportionality:²⁰¹ the penalty should be in just proportion to the offence. I believe that this principle provides the courts with the most solid of bases for free, impartial and independent decisions on penalties imposed by the administration for infringements of their own statutes or law.

There are no special rules of procedure to be mentioned here. As there is no question of a system of administrative criminal law, there is likewise no uniform procedure. Each administrative statute that provides for penalties has its own procedure. This implies also that there are no rules with regard to evidence. However, something can still be said on this subject.

In the criminal law we have some negative requirements for evidence,²⁰² but in the administrative law there are generally no requirements concerning evidence ('freedom of evidence'). What is now the situation in the field of the administrative criminal law? That is as yet unknown: the requirements of Article 6 give some indications as to procedure,²⁰³ but the only provision regarding evidence is that there should be a fair trial.²⁰⁴ As I have said before, not all the procedures are within the four corners of Article 6 at first instance, but the court procedures are: the courts are bound by Article 6. The same applies to other procedural provisions.

¹⁹⁹ See the 'Tijdelijke weet kroongeschillen', Act of 18 June 1987, Stb 317 after the *Benthem* case of 23 October 1985.

²⁰⁰ For the discussion in the Netherlands about the question whether the statute can reduce the grounds of appeal in the scope of Article 6 ECHR, see under section 4.1.

²⁰¹ See Nicolai, P. 'Kroniek beginselen van behoorlijk bestuur', NTB 1991/1, p. 29 *et seq.*

²⁰² For example, nobody can be convicted on the ground of his own statement alone and the rule that a single witness is no witness.

²⁰³ For Article 6(3) ECHR, see section 4.1.

²⁰⁴ There are some criminal cases turning on questions of evidence: see the well-known case of *Kostovski*, ECHR 20 November 1989, NJ 1990, 245 about the anonymous witness.

4.3. PROCEDURES FOR SETTLING OR COMPOUNDING CASES

Question: *Are there procedures for settling or compounding cases? If so, describe the relevant criteria, rules and effects.*

In the administrative criminal sphere there are no official procedures for settling or compounding cases. Only in the criminal law is it possible for the prosecution department or the police to settle or compound cases (see under section 3.7.).

We have to distinguish a 'settlement' from a fine imposed by the administration. If the settlement is not accepted the administration must take the initiative of going to court; where an administrative penalty is imposed, the citizen must take the initiative if he wants to plead not guilty.

It is precisely because of this advantage of the administrative sphere that it is the procedure often preferred in the legislation. It is not necessary to combine that method with a settlement procedure: the mere administrative possibilities are more expedient.

5. Reform of substantive or procedural rules

Question: *Are there any plans at domestic level to reform the substantive or procedural rules for administrative violations?*

The plans for new tax legislation have been mentioned several times.²⁰⁵ The changes consist of improving procedure so that it will match Article 6 ECHR.

Historically the tax legislation has tended to be part of the administrative criminal law. As we have seen, this legislation differs from other procedures in many ways: the administration — the Treasury — has extensive powers and can impose fines of substantial amounts.

The *Lex Mulder*, as mentioned above, is now in force in the Utrecht region and in the north of the Netherlands. Within two years it is to be extended to the whole country. This is the first time that this technique has been tried, on the ground of the experimental character of the new law.

The *Lex Mulder* will be evaluated by some Dutch universities: the Erasmus University at Rotterdam is to evaluate the juridical aspects. The first interim report is already available.²⁰⁶

The report of the Erasmus University will play a role in the discussion of the question whether the *Lex Mulder* scheme is suitable for other offences, currently dealt with by a criminal procedure.

I have already mentioned some possible new areas:²⁰⁷ regulatory legislation outside the road traffic area, notably in economic matters and in the area of municipal and regional legislation. The Minister for Justice has already announced plans to introduce a system like the *Lex Mulder* for the following offences:²⁰⁸

- travelling by bus, tram or train without paying;
- failure to pay radio and television licence fees on time;

²⁰⁵ Wetsontwerp No 21.058.

²⁰⁶ Van Rusen Groen, P. M. *Interim-rapport Juridisch deelonderzoek Evaluatie-project Wet Mulder*, March 1991.

²⁰⁷ De Doelder *et al.*, *De Wet Mulder in perspectief*, op. cit., p. 88.

²⁰⁸ See A. Kors and the Vice-Minister for Justice, A. Kosto in de Doelder *et al.*, *De Wet Mulder in perspectief*, op. cit., pp. 77-84 and 141-145.

- failure to have an inspection certificate for a motor car.

Economic regulation is the most interesting area for present purposes. A set of criteria has been developed to identify cases where criminal offences should be converted into administrative offences:²⁰⁹

- the offences should be easily detectable by an efficient agency;
- the offences should be punishable by fixed penalties (fines);
- the circumstances of the offences should be of minor importance;
- there should be no need for a register of repeated offences;
- the legislation should be clear and accepted;
- it should be possible to keep documents and proceedings short and simple, without excessive red-tape;
- it should not be necessary to use coercive means such as seizure;
- there should be a sufficient level of protection of citizens against the administration.

Only one writer²¹⁰ has pleaded for an extension of new legislation like the *Lex Mulder* to more serious offences that are frequently committed, like shoplifting²¹¹ or drunken driving.²¹²

The conclusion is that there are no plans at domestic level to reform the substantive or procedural rules for administrative offences. The main reason is that we do not have a system to deal with administrative criminal offences. It is possible that the system of the *Lex Mulder* will be developed into a general system, so it will be interesting to study the plans for the extension of this new kind of legislation.

²⁰⁹ De Doelder *et al.*, *De Wet Mulder in perspectief*, op. cit., in particular: Kors, p. 81; de Doelder, p. 89 and Kosto, pp. 143-144.

²¹⁰ Schaffmeister, D. 'Afzonderlijk straf- en strafprocesrecht voor veel voorkomende criminaliteit' in *Justitiële Verkenningen*, May 1990, pp. 8-28.

²¹¹ Article 310 WvSr, a serious crime ('misdrijf') that can be punished by up to four years' imprisonment.

²¹² Article 26 Wegenverkeerswet to be punished by up to three months' imprisonment.

6. The system of Community sanctions

Question: *What impact does the system of Community sanctions have on the national system of administrative and criminal sanctions, having regard in particular to:*

- (a) *authorities competent to apply Community sanctions such as those in Document XXX.B.2(90) D-2112 of 13 June 1990;*
- (b) *substantive and procedural rules;*
- (c) *the application of general principles such as *ne bis in idem*, no cumulation of penalties, etc. in cases where the same circumstances give rise to an offence under national law?*

Before answering this question,²¹³ I must quote the Minister for Justice, who published a five-year plan called 'Recht in beweging' ('Justice on the move').²¹⁴ That White Paper states that the Dutch Government will cooperate loyally with the other Member States of the Community in the field of justice, but 'the intensification of the influence of Europe should not go further than necessary for attainment of the aims of the internal market' ... 'In short, we are in principle well disposed towards the increased influence of European law in the field of the European Community, but we make a clear reservation for the areas concerning family law and criminal law, which are eminently value-related'.

With regard to the question of the impact of Community sanctions on the Dutch system of administrative and criminal penalties I must begin by emphasizing that a general answer is, to my knowledge, at this moment impossible because of the lack of adequate information for all the relevant fields. The information available only focuses on fisheries. Fortunately, however, this field is directly related to an area of the (proposed) EC penalties mentioned in Document XX.B.2(90) D-2112. I refer to the penalties that can be inflicted in the event of fraud with fish and fishery products named under 'family V' in that document.²¹⁵

Generally speaking the European Community has so far entrusted the monitoring of EC legislation to the Member States, except where unfair competition is at stake: in those cases the Community itself has the authority to impose penalties.²¹⁶ In other fields, the European Community has been dependent on the willingness of Member States to uphold EC legislation and impose EC penalties for infringements of it. The enforcement of EC fisheries legislation in the Netherlands is therefore in the hands of the Dutch authorities.

In the event of an offence, the Dutch authorities have two sets of penalties at their disposal — EC penalties and national penalties. In practice, it seems they use

only the national penalties.²¹⁷ It must be added that as a rule EC penalties are incorporated in the national system. Whenever the European Community creates penalties the Dutch authorities incorporate them in the relevant legislation. This means that the impact of the system of Community penalties on the Dutch national system of administrative and criminal penalties is indirect: when EC penalties are inflicted, this is done under the flag of the national system.

The main authorities involved in this respect are the Ministry of Agriculture and Fisheries (MAF), the General Inspectorate (GI), the Public Prosecution Department and the criminal courts. The MAF is the Ministry responsible for Dutch fisheries policy. The GI is the office that, on behalf of the MAF, enforces EC and Dutch legislation concerning fisheries fraud. The task of the GI is not confined to investigations. If it suspects a fisheries fraud, most of its employees have the authority to make an official report. This report has to be sent to the public prosecutor who will decide whether a criminal prosecution is in order or not. The public prosecutor has at this stage three options: he can refrain from a criminal prosecution, he can propose a settlement to the suspected offender or he can press charges. When the last option is chosen, the criminal courts will decide if the suspected offender will be punished and, if so, by means of what penalties and to what degree. They are under no obligations to pass the sentence demanded by the public prosecutor.

When the GI discovers a fisheries fraud, administrative penalties can also be applied. The Customs Act (AWDA), for example, provides for an administrative fine in cases where import duties are evaded.²¹⁸ A malicious offence of this kind can even give rise to a fine equivalent to the total amount of duties evaded.

The earliest EC legislation concerning fisheries fraud in the waters of the EC Member States dates from 1980. Since then the captain of a vessel has been obliged to record his catches and the Member State has been obliged to centralize the data and report them within a certain time to the EC Commission. A more extensive control system was devised in 1982; an EC directive imposed on the Dutch as on the other Member States. The starting-point of this directive was that the Member States should control every EC vessel within their waters for conformity with EC regulations concerning fisheries fraud. In the event of violation of these regulations the Member States were to proceed against the captain and impose administrative and/or criminal penalties. Since 1982 this directive has been amended many times. As a result of this in 1987 the obligation for Member States to control fish transshipments at sea was sharpened.²¹⁹

²¹³ This paragraph has been written with the assistance of Dr J. van der Hulst, assistant professor at the Erasmus University.

²¹⁴ Tweede Kamer, 1990-91, No 21.829, pp. 30-31.

²¹⁵ At pp. 16-18.

²¹⁶ Article 87 of the EEC Treaty.

²¹⁷ This information has been given to me both by the Ministry of Agriculture and Fisheries and the General Inspectorate Office.

²¹⁸ Article 135 AWDA.

²¹⁹ Vervaele, J. A. E., Ruimschote, D. and Widdershoven, R. J. G. M. *Rechtshandhaving bij visquotering*, NISER, Utrecht, 1990, pp. 96-98.

In the early 1980s the EC Commission concluded that the Dutch authorities were not enforcing this legislation very efficiently. The Commission reported in 1986 that 'the record of the Netherlands in failing to prevent overfishing of its quotas is the poorest of all the Member States'.²²⁰ In 1987 the Commission brought an action against the Netherlands in the Court of Justice of the European Communities for alleged failure to enforce catch quotas. The Court gave judgment against the Netherlands in October 1989.²²¹

Meanwhile the Dutch authorities' determination to uphold EC law seems to have improved from 1985. Three factors are of importance:

- (i) Dutch fisheries legislation was tightened up: more severe demands were put on fishing vessels and their administration;
- (ii) the control of fisheries legislation by the GI was strengthened: the number of official reports rose considerably;
- (iii) public prosecutors were more attentive to fisheries fraud.²²²

But the criminal investigation and prosecution of fisheries fraud came to a halt at the end of 1985, when a judge in a criminal court addressed a request for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Communities; the question took some time to be answered and in the mean time all criminal cases concerning fisheries fraud were stayed *pro tem*.²²³ By the time the Court's answer was received and the cases were resumed, there had been two years' delay.²²⁴

Since 1988 there has been a tendency towards greater coordination between the GI and the public prosecutors.²²⁵ The coordination concerns above all the way in which the GI will treat an offence and the follow-up of the public prosecutors in terms of sentences demanded in court. Hard data about the effectiveness of this coordination are, however, not available.

²²⁰ Commission of the European Communities, *Report on the enforcement of the common fisheries policy*, 1986, p. 301.

²²¹ Case 20/89, pp. 3-6.

²²² Vervaele *et al.*, op. cit., p. 110 *et seq.*

²²³ Decision of the criminal magistrate of Zwolle of 24 October 1986.

²²⁴ The decision of the Court of Justice of the European Communities was dated 16 June 1987 and published in the Netherlands in AB 1987, No 521.

²²⁵ See the White Paper of the Public Prosecutor's Office, 'Handhaving visserijbeleid 1988' and the schedule of investigations planned by the GI the same year.

On the question of the application of general principles such as *ne bis in idem* and no cumulation of penalties in cases where the same circumstances give rise to an offence under national law, the reader is referred to section 3. But here there is an additional point to be made that has some relevance for the question of the impact of the system of Community penalties on substantive and procedural rules.

Article 5 of the EEC Treaty establishes the obligations of the Member States towards the European Community. These obligations are based on the concept of Community loyalty.²²⁶ This loyalty is not simply a matter of ethics; it is a legal commitment. Violation of this loyalty can be the start of a case before the Court of Justice of the European Communities and lead to condemnation of a Member State. A Member State, when enforcing EC law, thus has to bear in mind this loyalty. This rule goes for all authorities of the Member State, including the courts.

This means that even if EC law provides for no penalties in the event of infringements, the Member State's Community loyalty gives it power to create national penalties.²²⁷ The Member State has a free choice here between creating administrative or criminal penalties. But this freedom of choice is limited. The penalty must be in proportion to the offence.²²⁸ Moreover the way in which a violation of EC law is penalized must be comparable to the response to a similar violation of national law.²²⁹

This brings me to a final note. In Document XX.B.2(90) D-2112 the rule is given that 'the laying down of administrative penalties by the Community does not rule out the application of heavier national penalties, whether administrative or penal'. This rule needs, I think, to be applied with great caution, not only because the EC penalty has to be taken into consideration when a national penalty is imposed (see section 3.9), but also because of the demands the Court of Justice of the European Communities has formulated in connection with Community loyalty.

²²⁶ Smit, H. and Herzog, P. *The law of the European Economic Community*, New York, 1984, p. 38.

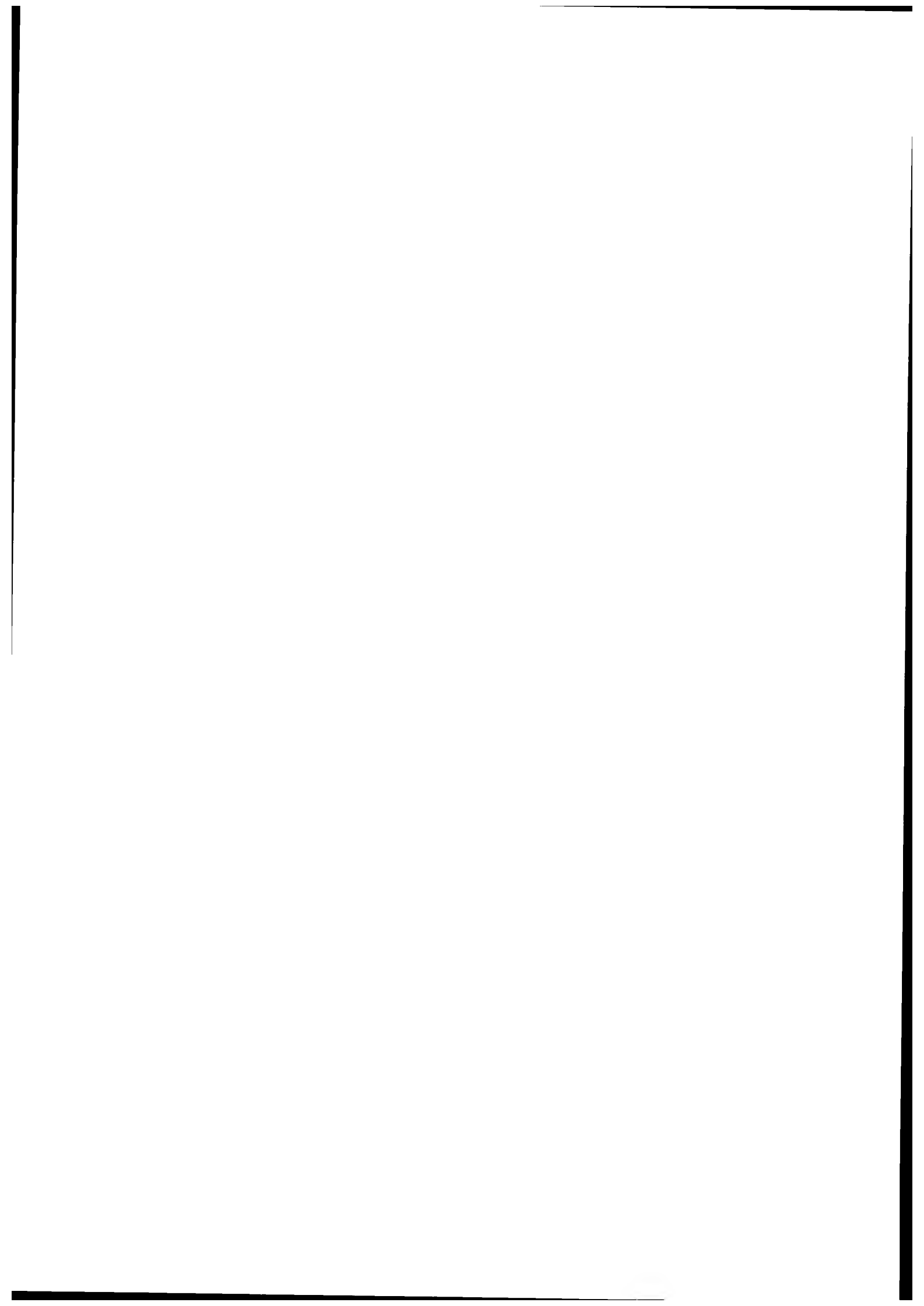
²²⁷ Court of Justice of the European Communities, Case 50/76 [1977] ECR 137.

²²⁸ Court of Justice of the European Communities, Case 79/83 [1984] ECR 1921.

²²⁹ Vervaele, J. A. E. *EEG-fraude en Europees economisch strafrecht*, Kluwer, 1991, p. 10.

Portugal

**Le système portugais d'infractions
à caractère administratif
(« contra-ordenações »)**



Avant-propos

L'étude de l'existence dans l'ordre juridique portugais d'un système d'infractions administratives, soit dans le sens classique du terme, soit suivant le modèle des «*Ordnungswidrigkeiten*», c'est-à-dire d'un système administratif pénal, distinct du système pénal, doit répondre, à partir d'une perspective globale et articulée, aux questions que pose un tel système.

Aussi avons-nous recherché l'existence de l'infraction à caractère administratif («*Ordnungswidrigkeit*») dans l'ordre juridique national en retraçant un historique de ce système d'infractions fondé sur ses caractéristiques.

Nous avons donc caractérisé le système d'infractions administratives à partir des critères d'identification de ces infractions, soit par l'énonciation de leurs éléments constitutifs, soit par rapport aux sanctions.

Bien sûr, il a aussi fallu établir les critères de différenciation entre les infractions administratives et les infractions pénales.

En ce qui concerne les règles de fond applicables à la catégorie des infractions administratives, il faut également tenir compte des différences avec les règles régissant l'infraction et la sanction pénales, qui portent sur le principe de légalité et de territorialité, sur le principe de non-rétroactivité, sur le principe de l'application de la loi la plus favorable et l'interdiction de l'interprétation analogique, sans oublier, bien sûr, le principe de culpabilité, le «*dolus*» et la conduite négligente.

Nous avons aussi essayé d'étudier les règles de fond sur l'erreur de droit (et sur l'erreur concernant l'interdiction), en partant de ses caractéristiques pour en dégager les conséquences.

Quant à la responsabilité autonome des personnes morales, elle se dégage très nettement du système.

L'étude essaie de montrer les règles applicables au concours (cumul) d'infractions, en énonçant ses caractéristiques, ainsi que les règles de fond applicables à la conduite négligente et à la tentative. À ce propos, elle analyse le concours effectif d'infractions, les règles applicables et les infractions administratives continuées.

Un autre volet de l'étude est consacré aux sanctions prévues à titre de sanctions principales et accessoires, à leurs caractéristiques et aux règles applicables, sans oublier la problématique de la détermination des sanctions et de l'application cumulative de sanctions pénales et de sanctions administratives.

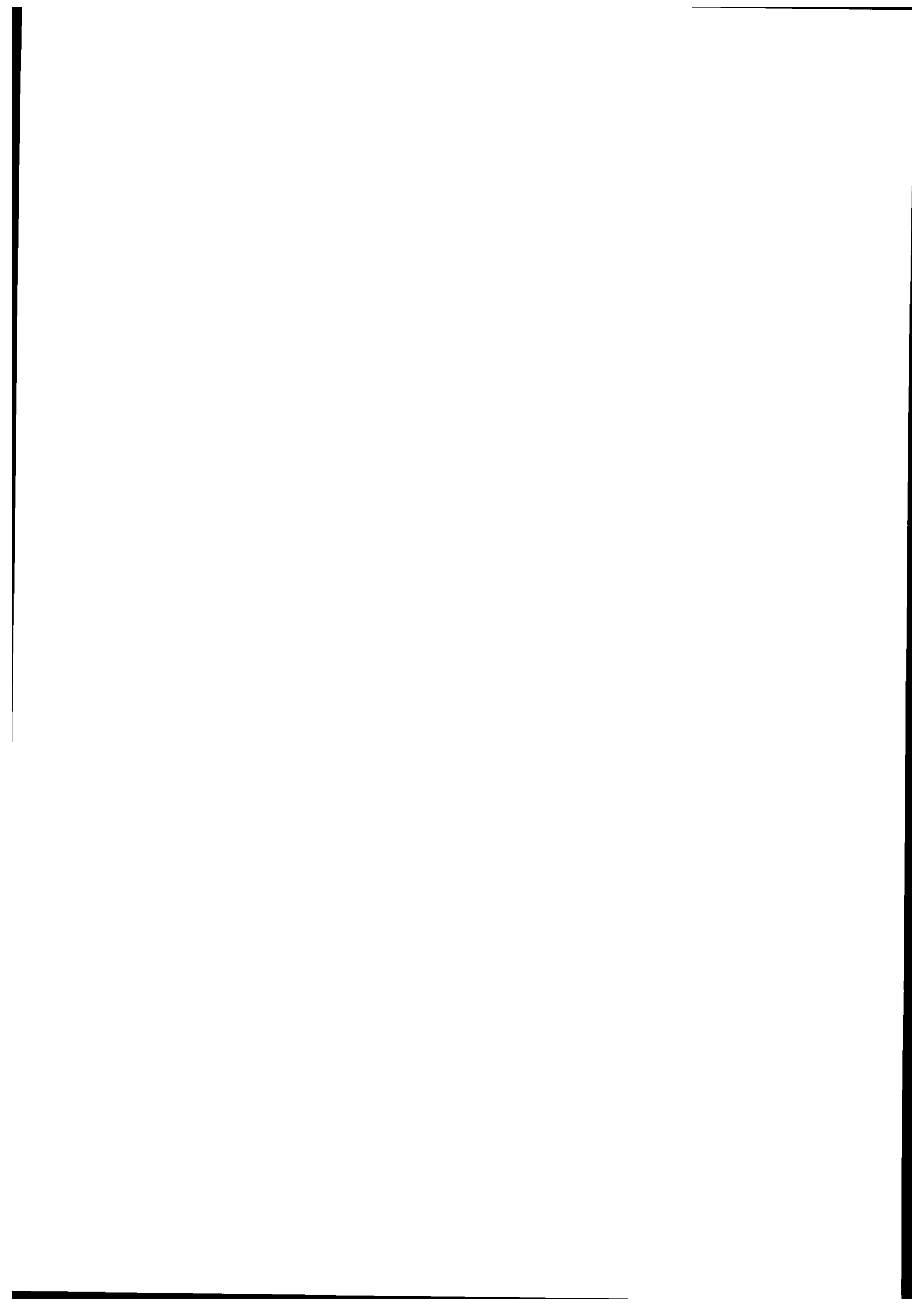
Pour ce qui est de la procédure, nous avons essayé de dégager une phase administrative et une phase judiciaire, en fonction de l'autorité compétente pour la procédure et pour l'application des sanctions. Nous avons aussi procédé à l'analyse et à la caractérisation de l'opposition juridictionnelle, sans oublier les aspects particuliers portant sur l'imputabilité, sur le sursis à exécution, sur la procédure d'«*admonition*», sur l'exécution patrimoniale, sur le passage de la procédure administrative à la procédure pénale et sur la procédure à suivre dans des cas particuliers.

Nous avons, enfin, essayé de faire l'analyse de l'incidence du système de sanctions communautaires sur le système national de sanctions administratives et pénales.

L'étude a été structurée de façon à fournir une perspective intégrée et articulée pouvant répondre aux objectifs de systématisation et aux exigences de rigueur et de cohérence du système d'infractions administratives.

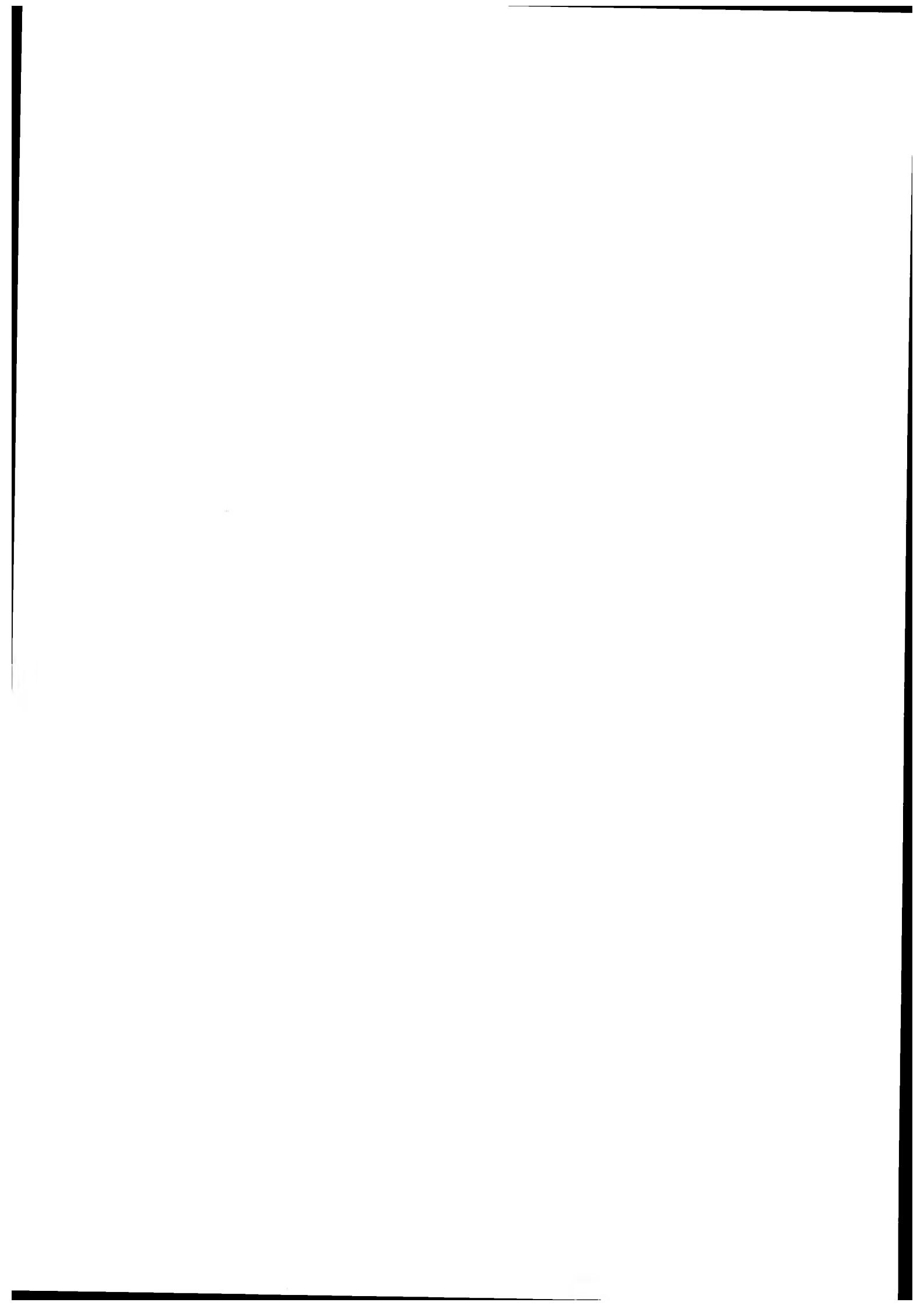
1991, mars

M. A. Ferreira Antunes
Procureur général adjoint
Directeur de l'Institut national de police
et sciences criminelles



Sommaire

1.	Introduction	327
1.1.	Observations générales	327
1.2.	«Contra-ordenações» en droit portugais	328
2.	Droit de «mera ordenação social» («Ordnungswidrigkeit») dans l'ordre juridique portugais	331
3.	Caractérisation de l'infraction à caractère administratif	333
4.	Caractérisation des infractions administratives («contra-ordenações») en droit portugais	335
4.1.	Principe de légalité	335
4.2.	Principe de territorialité	335
5.	Procédure relative aux infractions à caractère administratif	341
5.1.	Autorité compétente pour poursuivre les infractions à caractère administratif et pour appliquer les sanctions	342
5.2.	Lignes fondamentales de la procédure propre à l'infraction à caractère administratif	343
5.3.	Recours contre la décision de l'autorité administrative qui applique la «coima»	344
6.	Aspects divers	347
7.	Incidence du système de sanctions communautaires sur le système national des infractions à caractère administratif	348
8.	Bibliographie	351



1. Introduction

1.1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

L'étude et la compréhension de l'actuel système portugais de sanctions pénales et administratives peuvent s'articuler selon les plans où ce système de punition est réglementé [sanctions pénales et non pénales; modes judiciaires et administratifs d'application des sanctions; confrontation entre contraventions et «contra-ordenações» (infractions à caractère administratif)]; limitations de l'infraction pénale administrative face à une éventuelle infraction pénale secondaire ou à une «infraction» de simple police, ou en centrant l'étude sur la systématisation et le régime institués par la loi qui institue l'«ilícito de mera ordenação social» (infraction à caractère administratif).

Le lecteur comprendra que la perspective théorique de l'analyse pourrait impliquer une approche de la politique criminelle, de la criminologie, des droits pénal et administratif, de la procédure pénale et de la promotion du bien-être social, sans oublier, en outre, la problématique de la criminalisation et les théories juridico-politiques qui inspirent l'État de droit, ainsi que la portée et le contenu des garanties constitutionnelles de la juridictionnalité.

Aussi serait-il raisonnable d'analyser la législation pertinente ainsi que quelques aspects de la doctrine et de la jurisprudence en vue d'une compréhension plus facile qui pourrait être renforcée par la référence à un ou deux systèmes étrangers.

Les désignations «ilícito de mera ordenação social», «contra-ordenação» (infraction à caractère administratif) et «coima» (sanction pécuniaire) ne constituent nullement une innovation dans la doctrine juridique portugaise.

En ce qui concerne la doctrine, il s'agit d'une matière qui a traditionnellement intéressé les juristes portugais, qui se sont attachés à délimiter le concept soit dans le contexte du code de 1852 (dont le modèle a été le code pénal français de 1810), soit dans la discussion des textes de J. Goldschmidt, d'Erik Wolf, d'Arturo Rocco et, dans l'après-guerre, d'Eberhard Schmidt. Les références tendent à remonter systématiquement à l'«ilícito de policia» (contravention de police), à l'«ilícito penal administrativo» (infraction pénale administrative) ou à l'«ilícito de mera ordenação» («Ordnungswidrigkeit»).

D'un autre côté, les transformations qui se sont produites dans les rapports entre l'État et les citoyens ont donné lieu à une réglementation étendue et diversifiée de l'activité administrative de «conformation» dans des domaines nouveaux ou qui appartenaient au droit pénal.

Au Portugal, la première «codification» réprimant les «infractions contre la santé publique et l'économie de la nation» remonte à 1957; elle cherchait à surmonter

l'«extrême imprécision des limites entre l'illégalité criminelle et la simple illégalité disciplinaire», en établissant des sanctions pénales et non pénales et en réfléchissant aux moyens d'accélérer la procédure et de la rendre plus efficace par le maintien d'un tribunal spécial, dont le fonctionnement, selon Miguel P. Machado (1) «était expressément justifié par des raisons d'opportunité qui s'ajoutaient à ce qui serait la véritable harmonie avec le texte constitutionnel en vigueur. C'est pourquoi le principal défaut reproché à la loi susnommée était l'existence de l'amalgame indistinct de l'infraction pénale avec d'autres formes».

La distinction entre les sanctions appliquées aux crimes et aux «contra-ordenações» a nécessité la découverte d'un concept pour exprimer la différence entre les uns et les autres: le mot retenu a été récupéré de la tradition du droit répressif portugais et s'appelle «coima». Il s'agit d'une notion qui remonte à l'émergence de la nation portugaise et qui désignait une peine pécuniaire qui, dans le système pénal du Moyen-Âge, devait être payée par l'auteur de certains crimes, en plus des peines auxquelles ces crimes pouvaient donner lieu.

En 1841, la «Novíssima Reforma Judiciária» (réforme judiciaire) a traité la procédure de «coimas» comme l'une des formes de la procédure pénale commune destinée aux transgressions punissables par ce type d'amende, et il est vrai que, dans la loi, la perspective «coima»-amende cède devant celle de «coima»-transgression. Aussi le code pénal de 1886 a-t-il maintenu dans son article 485 le concept de «coima», ce qui montre que cette expression a toujours été présente dans le droit portugais des sanctions.

Il est vrai, cependant, que ce n'est qu'à partir de 1982 que les problèmes traditionnellement posés par l'existence d'un «ilícito de mera ordenação social» (infraction à caractère administratif) ont été envisagés dans le cadre d'une nouvelle réalité «dont la conformation juridique prenait une apparence nouvelle».

En effet, avec la publication du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, qui établit l'«ilícito de mera ordenação social» («Ordnungswidrigkeit») et la procédure correspondante, et en raison du fait que le texte qui a approuvé le nouveau code pénal — le décret-loi n° 400/82, 23 septembre 1982 — dispose que les règles du code pénal de 1886 ou de dispositions non codifiées concernant les contraventions (article 6) ne sont pas abrogées, les aspects tant matériels que procéduraux restent en vigueur (article 7).

Ce sont cette nouvelle réalité et cette nouvelle conformation juridique qui doivent constituer la base d'un système permettant, d'une certaine façon, de définir «le champ d'application des crimes, contraventions et «contra-ordenações», de connaître les questions fondamentales auxquelles chacune de ces infractions cherche à répondre et de préciser les différences de

(1) *Scientia Iuridica*, 35, 1986, p. 61.

régime juridique applicable, qu'il s'agisse des règles matérielles ou des règles de procédure».

Il est vrai, cependant, que les nombreuses références dans la doctrine portugaise à la distinction et aux limites entre le droit pénal et le droit administratif ne signifient pas qu'il existe une approche systématique de ces questions.

C'est pourquoi, tout en respectant l'objectif de la présente étude, il importe, surtout, de situer la problématique des infractions à caractère administratif («contra-ordenações») dans le cadre du droit portugais, en utilisant quelques références de droit comparé et en analysant et en caractérisant l'«ilícito contra-ordenacional» ainsi que les aspects de la procédure y afférente.

Toutefois, il convient de mentionner d'abord certains aspects qui permettront de mieux cerner la problématique portugaise de l'«ilícito contra-ordenacional», afin d'en faciliter la compréhension.

1.2. «CONTRA-ORDENAÇÕES» EN DROIT PORTUGAIS

L'introduction dans l'ordre juridique portugais du droit de «mera ordenação social» («Ordnungswidrigkeit») remonte au décret-loi n° 237/79, du 24 juillet 1979, qui énonce, dans son préambule, les raisons qui sont à l'origine de sa publication et les facteurs sous-jacents à la création de ce type de droit.

Ainsi, l'adoption du droit de «mera ordenação social» est une conséquence de la convergence de deux ordres de facteurs: le dépassement définitif du modèle de l'État libéral, d'un côté, et le mouvement bien connu de décriminalisation, de l'autre côté. Quant aux raisons qui ont inspiré la publication de la loi, elles peuvent se situer sur trois plans:

- 1) la réponse au «besoin d'un nouvel ensemble de sanctions différent de celui du droit criminel», puisqu'il faut éliminer du droit pénal les infractions qui rendent hommage à des dogmatismes moraux appartenant déjà au passé tout en réservant son intervention «pour la défense des valeurs fondamentales», mais en l'épurant aussi du «nombre inflationniste et incontrôlable d'infractions destinées à garantir l'efficacité des règles administratives», dont l'inobservation n'a pas la «résonance morale caractéristique du droit pénal»; cela permettra de sauvegarder la «pleine disponibilité» du droit pénal «pour réprimer et prévenir efficacement la vague croissante de criminalité, et notamment de criminalité violente»;
- 2) l'idée que «les organes législatifs et exécutifs eux-mêmes se sont souvent rendu compte de la nécessité de cet ensemble de sanctions», puisque «son inexistence a fréquemment empêché le législateur ou le pouvoir exécutif d'utiliser une gamme différenciée de sanctions adaptées à la nature et à la gravité des infractions à réprimer ou à prévenir;

- 3) la création d'un tel système de sanctions «vise, parallèlement, un autre objectif qui semble important: réduire la distance qui, à cet égard, sépare l'ordre juridique portugais du droit actuellement en vigueur dans d'autres États», par exemple l'Allemagne, «qui expriment nettement l'autonomie de ce problème par rapport à la structure économique-sociale et aux divergences concernant l'organisation et l'exercice du pouvoir politique».

On assiste donc à la consécration de la doctrine défendue par le professeur Eduardo Correia, par l'adoption d'«un ensemble de sanctions distinctes de celles appartenant au droit criminel».

Il convient, toutefois, de préciser ici que l'adoption, par cette voie, d'un droit de «mera ordenação social» portugais n'a pas été suivie d'une véritable transformation du système juridique portugais, puisque, peu après, le décret-loi n° 411-A/79 du 1^{er} octobre 1979 a abrogé les points 3 et 4 de l'article 1^{er} du décret-loi n° 232/79, précité. L'efficacité immédiate de ce décret-loi lui était donc retirée, puisque, comme le point 3 dudit article 1^{er} prévoyait que «les contraventions ou les transgressions prévues dans la loi en vigueur auxquelles on applique une sanction pécuniaire sont équivalentes aux “contra-ordenações”», son abrogation, «jointe à l'absence d'un chapitre spécial dans la législation des “contra-ordenações”, signifiait qu'aucune “contra-ordenação” n'était effectivement en vigueur». La suspension de l'effet pratique du décret sur l'infraction de «mera ordenação social» a encore été renforcée par l'abrogation du point 4 de l'article susmentionné, qui stipulait que les cas indiqués dans la loi «peuvent être soumis au même régime».

D'une façon générale, et en synthèse, le préambule du décret-loi n° 411/79, tout en reconnaissant l'absence d'un droit de «mera ordenação social», justifiait l'abrogation en indiquant que la publication du décret-loi n° 232/79 avait «suscité différents problèmes d'application pratique, outre quelques doutes sur sa constitutionnalité».

Il reconnaît, en effet, que «l'ordre créé entraînerait d'ores et déjà des modifications plus au moins sensibles de l'activité et de l'organisation de plusieurs services de l'administration qui appliqueraient eux-mêmes les sanctions prévues par cet instrument et qu'il aurait fallu une “réadaptation préalable des entités intervenantes” qui n'a pas eu lieu — circonstance aggravée par le fait que l'on n'ait pas fixé de *vacatio legis* supérieure à la normale, en fonction du délai qui aurait été jugé nécessaire à cet effet». En ce qui concerne les doutes sur la constitutionnalité du décret-loi n° 232/79, il ne faut pas penser que c'est la constitutionnalité *matérielle* elle-même de l'infraction de «mera ordenação» qui est en question; c'est seulement la constitutionnalité *organique* du décret qui a été mise en doute par les tribunaux. Le gouvernement

a effectivement légiféré sur des matières qui étaient de la compétence de l'«Assemblée de la République».

C'est pourquoi on peut dire que nous sommes devant une simple «loi d'encadrement des infractions à caractère administratif» de nature exclusivement *programmatique*. La publication du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, a remplacé cette *loi d'encadrement* par une autre ayant des caractéristiques semblables. Le préambule de ce décret-loi considère que le délai écoulé entre sa publication et le décret-loi n° 232/79 a renforcé «la nécessité de réaffirmer l'applicabilité du droit de "mera ordenação social", mais sans que l'on ait attribué à ce droit une efficacité directe qui lui soit propre, puisque l'on n'a pas consacré une typologie des infractions à caractère administratif à l'époque et que, de cette façon, il n'existait ni ne pouvait exister aucune infraction à caractère administratif». En effet, cette loi-cadre de 1982 n'était pas directement responsable de la création des types d'infractions à caractère administratif ni de l'application concrète de «coimas» en conséquence.

Sur le plan doctrinal, il semble utile de faire référence à quelques aspects qui facilitent la compréhension du système portugais. C'est pourquoi il est pertinent de se référer au projet d'un nouveau code pénal (partie générale, datant de 1963, du professeur Eduardo Correia, qui, se fondant sur l'expérience législative allemande de l'après-guerre (et, surtout, sur la «Gesetz über Ordnungswidrigkeit», de 1952) et sur les travaux d'Eberhard Schmid dans le domaine du droit pénal des affaires, considère que le système pénal ne doit pas intervenir dans la sphère de l'infraction administrative. Dans ce cadre, le professeur Correia a défendu, dans son rapport préliminaire, l'idée qu'il fallait «chercher à ranger» cette infraction «formellement déterminée par la nature des sanctions dont elle est passible» dans un domaine propre du droit: celui qui concerne les violations des règles d'«*ordenação social*», en ajoutant qu'«une telle infraction administrative polarise ou attire, à son tour, ce que l'on appelle les contraventions, caractérisées par l'absence de contenu éthique et correspondant justement à une activité réglementaire préventive de l'administration» (p. 78-79). Ce n'est pas le lieu pour rappeler en détail la discussion doctrinale qui s'est déroulée autour de l'importante question de la caractérisation matérielle des *infractions criminelles administratives*, sous l'angle soit de la configuration de l'infraction, soit de la nature des sanctions, soit, enfin, des particularités de procédure. Toutefois, car elle semble claire et assez informative, nous pensons devoir suivre de très près l'étude de M. P. Machado précitée, en ce qui concerne les problèmes posés par la comparaison entre l'infraction pénale «dévaluée» et l'infraction administrative «aggravée», dont le domaine privilégié est le «droit pénal des affaires» susmentionné.

Le sujet s'étant avéré aussi important, le gouvernement a demandé à des experts l'élaboration d'une étude, dont les auteurs ont été le professeur Figuei-

redo Dias et Costa Andrade et qui s'est intitulée *Problématique générale des infractions anti-économiques*, publiée en 1977. Cette étude commence par souligner que «la détermination de l'espace du droit pénal économique (des affaires) sera le résultat de la convergence de deux coordonnées fondamentales:

- 1) l'une, destinée à définir ce secteur comme économique — en mettant entre parenthèses le sens technique du qualificatif "pénal";
- 2) l'autre, destinée à effacer la séparation entre le pénal et la "mera ordenação social" — en mettant entre parenthèses le qualificatif des affaires».

Et, plus loin, en cherchant à définir le droit pénal des affaires (en appliquant la systématisation susmentionnée), les auteurs se réfèrent aux critères successivement invoqués dans la doctrine allemande pour distinguer entre le droit pénal et un droit de «*mera ordenação social*» (problème soulevé précisément dans le «domaine de la législation économique»), en reconnaissant la tendance actuelle à l'abandon de la distinction *qualitative*, au profit d'une distinction purement *formelle*. Aussi, en 1977, le professeur Eduardo Correia a-t-il formulé quelques indications intéressantes «soit en faisant entrer beaucoup de comportements qui violent l'ordre économique dans un droit de «*mera ordenação social*» comprenant une large décriminalisation, soit en émettant des doutes quant à la pleine application de la garantie constitutionnelle de la qualification des infractions appartenant à cette branche du droit, soit encore en réaffirmant que l'élaboration d'un droit pénal des affaires suppose un type de droit de «*mera ordenação social*» dans lequel s'inscrivent quelques-unes des infractions contre l'économie. L'auteur cite en exemple la loi allemande relative aux pratiques restrictives de la concurrence («*Wettbewerbsbeschränkungsgesetz*») et aux irrégularités dans le domaine des sociétés. Ces éléments s'inscrivent exclusivement dans l'«*Ordnungswidrigkeitsgesetz*» ou apparaissent, tout au moins, ramenés à la «*mera ordenação social*».

Plus récemment et après que le nouveau code pénal et la législation complémentaire furent entrés en vigueur, plusieurs initiatives ont cherché à fournir des éclaircissements pour l'interprétation des nouveaux préceptes, dans le but de remédier partiellement au manque de travaux préparatoires des nouveaux textes en vigueur. Ainsi, en 1983, pendant les «Jornadas de Direito Criminal» (colloque de droit pénal), organisées à Lisbonne par le Centro de Estudos Judiciários (Centre d'études judiciaires), le même professeur Eduardo Correia a invoqué l'«avantage de la décriminalisation — adoptée par le nouveau code pénal — vu le développement excessif des cas soumis aux tribunaux»; mais il n'a cessé d'évoquer en détail, en la critiquant, à propos des types d'infractions, la tripartition du système actuel en infraction criminelle, infraction en matière de contraventions et infraction à caractère administratif, puisque cette dernière «pour-

rait aussi *cum grano salis* comprendre les contraventions». Ces positions soulèvent implicitement tout un ensemble de problèmes en ce qui concerne «la qualité des différentes infractions et leur conversion» fondée sur des critères «quantitatifs» qui la modifient.

Dans la perspective du droit pénal administratif et dans le cadre de la problématique du droit relatif aux sanctions et de la multiplicité des sanctions en réponse à la diversité des violations des normes de l'État, ce que la doctrine indique en général, c'est que, même dans le cadre des relations entre l'État et les particuliers, celui-là n'utilise pas toujours l'ordre juridique pénal comme moyen de défense de ses intérêts. Lorsqu'il l'utilise, dans la ligne d'une certaine «purification» du droit pénal, il le fait pour des intérêts fondamentaux pour la survie de l'État lui-même. C'est à partir de cette base que l'on doit comprendre la délimitation que les auteurs et les lois font, dans un certain contexte — droit pénal et droit administratif, droit relatif aux contraventions et droit disciplinaire —, «entre les dimensions en matière de sanctions des droits judiciaire, financier (notamment fiscal) ou politique».

Dans le cadre ainsi mis en place et selon une conceptualisation doctrinale schématique, les réponses de l'ordre juridique apparaissent au Portugal en trois phases, à partir du code pénal de 1852: une période d'influence française; une période d'élaboration diversifiée de systèmes autonomes fondés sur la législation nationale; le modèle allemand.

La doctrine portugaise souligne encore, à ce propos, que «si l'exemple allemand envisage effectivement l'autonomisation d'une infraction à caractère administratif, d'autres systèmes juridiques très proches du nôtre attribuent une telle importance aux garanties juridictionnelles que les révisions législatives dans le cadre pénal administratif sont envisagées avec des précautions qui n'auront pas été l'esprit dominant de notre réforme. C'est notamment le cas des systèmes espagnol et italien». Et c'est dans ce sens que l'on constate que les idées de décriminalisation sont intégrées par rapport à la règle de la subsidiarité, afin de maintenir le système d'infractions à caractère administratif dans le cadre du droit pénal. C'est ainsi que les garanties formelles de légalité et de typologie sont maintenues pour les infractions à caractère administratif, dans la mesure où ces infractions ne sont qu'une catégorie d'actions illicites punies d'une sanction d'État répressive et qui se distinguent particuliè-

rement du crime par un critère quantitatif. D'où la distinction par l'opposition «pena» (peine) et «coima» (sanction à caractère administratif).

La doctrine souligne aussi que le décret-loi n° 433/82 précité se fonde «sur deux axes fondamentaux, dont la bonne compréhension est un élément décisif pour en tirer la conclusion suivante: les *crimes* et *infractions*, de même que les *peines* (notamment les *amendes*) et "*coimas*" (sanctions à caractère administratif) ont la même nature» (articles 32 et 41), dans la mesure où ils sont appelés à former le régime juridique de la «nouvelle infraction», à savoir les règles pénales et de procédure pénale, et le système est ainsi ramené au tronc commun du droit pénal. De cette façon, le principe de l'État de droit est également garanti. C'est une constatation particulièrement importante eu égard à la Constitution de la République portugaise, étant donné la consécration qu'elle fait des droits fondamentaux, du principe de la séparation et de l'interdépendance des organes de souveraineté, de l'attribution de la fonction juridictionnelle aux tribunaux, de la subordination de l'exercice du pouvoir politique aux règles constitutionnelles, de la subordination des organes et des agents administratifs à la Constitution et à la loi (en insistant spécialement sur le respect des droits, libertés et garanties dans la prévention des crimes) et de la responsabilité civile de l'État et des autres personnes publiques.

Malgré leur importance, il ne convient pas d'analyser ici des questions déjà évoquées plus haut, spécialement celles qui s'attachent au caractère inévitable d'une distinction simplement quantitative entre crimes et infractions à caractère administratif et au fait que la compétence pour l'application des «coimas» incombe aux autorités administratives, confrontées au principe de la situation juridictionnelle. Comme le décret-loi n° 433/82, en tant que loi-cadre, n'aborde pas directement les problèmes spéciaux, l'analyse des lois ou des décrets concrets pourra soulever des difficultés devant l'utilisation que le législateur, en raison de la matière (*ratione materiae*), fait des mécanismes généraux de la loi-cadre.

Ainsi, et pour conclure l'introduction, on peut considérer que les critiques fondamentales du système portent, en ce qui concerne le système punitif, sur le critère de distinction entre infraction pénale et «ilícito de mera ordenação» («Ordnungswidrigkeit»), et sur le maintien de la catégorie pénale des contraventions.

2. Droit de «*mera ordenação social*» («*Ordnungswidrigkeit*») dans l'ordre juridique portugais

On vient de constater que l'ordre juridique portugais comportait — bien avant l'adhésion à la Communauté européenne — un vaste ensemble d'infractions à caractère administrativo-pénal. Il faut, cependant, préciser que cet ensemble d'infractions ne constituait pas, en soi, un système doté d'une cohérence interne permettant de le différencier du système pénal. En effet, les textes légaux considéraient ce type d'infraction soit des transgressions (2), soit comme des contraventions (3), soit, encore, comme des infractions (4) ou comme une inobservation (5).

Pour ce qui est des sanctions, elles n'avaient pas d'uniformité et ne présentaient aucune caractéristique intrinsèque permettant de les distinguer des sanctions appartenant au système pénal.

Il y avait, par exemple, des contraventions punies de peines d'emprisonnement (6). D'un autre côté, les sanctions exprimées par des amendes étaient soit d'un montant fixe, soit d'un montant variant entre un minimum et un maximum (7).

Cette hétérogénéité des sanctions existait même à l'intérieur d'une même sous-branche du droit administratif.

Face à cette situation, le législateur portugais a affirmé, en 1979, que «la nécessité de pourvoir le Portugal d'un droit de "*mera ordenação social*" adéquat est signalée, depuis longtemps, de diverses parts. Que ce soit sur le plan de la réflexion théorique ou sur celui de l'application pratique du droit, on ressent de plus en plus le besoin urgent d'un ensemble alternatif de sanctions, différent du droit pénal» (8). Et, dans un autre passage du préambule du décret-loi n° 232/79, du 24 juillet 1979, il conclut que «l'inexistence de ce droit a souvent empêché le législateur ou le pouvoir exécutif d'avoir recours à une gamme différenciée de sanctions, adaptées à la nature et à la gravité des infractions à réprimer ou à prévenir».

Malgré ce premier essai en 1979, ce nouveau système d'infractions de nature administrativo-pénale n'a

réussi à être implanté dans l'ordre juridique portugais qu'en 1982, au moyen du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

Le type d'infraction créé par ce décret-loi s'appelle indistinctement «*contra-ordenação*», «*ilícito de mera ordenação social*», «*ilícito contra-ordenacional*» (infraction à caractère administratif). On doit souligner son évidente importance en raison de la façon dont l'État étend, de plus en plus, son «action de conformation dans les domaines de l'économie, de la santé, de l'éducation, de la culture, de l'environnement, de la concurrence, etc.».

Aux termes de l'article 168, paragraphe 1, point d), de la Constitution portugaise, la compétence pour légiférer sur des «*ilícitos de mera ordenação social*» et sur les procédures correspondantes constitue une réserve relative de l'Assemblée de la République.

L'infraction ainsi établie, quoique distincte et alternative par rapport au droit pénal, conserve des liens très forts avec cette branche du droit, à laquelle elle a subsidiairement recours pour pallier les lacunes que la loi-cadre présente sous les aspects matériels ou procéduraux de l'«*ilícito de mera ordenação social*».

Par ailleurs, les influences et les caractéristiques du droit administratif sont toujours présentes, que ce soit en ce qui concerne la nature de l'infraction et de la sanction ou en ce qui concerne la participation des structures administratives à l'instruction (enquête) et à l'application de la sanction concernant l'«*ilícito contra-ordenacional*» (infraction à caractère administratif), dans la première phase de la procédure correspondante.

Conformément à cette perspective, l'analyse de cette réalité doit se baser sur la nature mixte que ce type d'infraction semble revêtir dans l'ordre juridique portugais.

Il est donc nécessaire de mentionner, à titre liminaire, que le droit de «*mera ordenação social*» ne connaît pas la prolifération des types de sanctions et applique une sanction dont la nature et la configuration diffèrent de celles qui caractérisent les sanctions du droit pénal.

La sanction normale du droit de «*mera ordenação social*» devient la «*coima*», clairement définie comme une «sanction de nature administrative, ayant le sens dissuasif d'un avertissement social» (9).

Toutefois, pour prévenir les abus, l'application de la «*coima*» est subordonnée à un strict principe de légalité et le législateur a prévu sans réserve un droit de défense et d'audition ainsi que de recours devant les instances judiciaires (9).

La loi de 1982 établit donc un système cohérent, scientifiquement organisé par rapport au droit de «*mera ordenação social*», tout en constituant un

(2) C'était, en effet, la désignation dominante en droit fiscal. Voir, par exemple, le code de la contribution industrielle, chapitre IX, et le code de l'impôt professionnel, chapitre IX.

(3) C'était la terminologie adoptée par le code de la route et par le décret-loi n° 41204, du 24 juillet 1957.

(4) Notion d'ailleurs d'une grande étendue qui comprend les crimes et les faits qui sont source de responsabilité disciplinaire.

(5) Il s'agit, sans doute, d'une notion encore plus imprécise qui est fréquente dans le règlement du code de la route sanctionné par le décret-loi n° 39672, du 20 mai 1954.

(6) Ainsi, la contravention (conduite de véhicules automobiles sans permis) prévue à l'article 46, paragraphe 1, du code de la route était punie d'une amende et d'une peine d'emprisonnement, variant entre un minimum et un maximum.

(7) Voir, par exemple, les divers articles du code de la contribution industrielle ou du code de l'impôt professionnel.

(8) Voir préambule du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

(9) Voir préambule du décret-loi n° 433/82 du 27 octobre 1982.

minicode des «contra-ordenações» et des «coimas» et en fonctionnant comme une loi-cadre ou un modèle qui encadre la production législative dans la sphère du droit de «mera ordenação social» *ratione materiae*.

Le décret-loi n° 433/82 (susmentionné) définit la «contra-ordenação» comme «tout fait illicite correspondant à un type légal possible d'une "coima" (article 1, paragraphe 1); il établit le *principe de légalité* (article 2); il prévoit l'applicabilité des «coimas» soit aux personnes physiques, soit aux personnes morales (article 7); il présente la configuration de la «coima» comme une sanction dont la valeur varie entre un minimum et un maximum, mais qui ne peut s'exprimer en journées, comme c'est le cas pour les amendes.

Quant à la procédure de la «contra-ordenação», elle est clairement réglementée et le texte définit les com-

pétences des autorités administratives, en raison de la matière, du territoire, pour cause de connexité ainsi que celles du ministère public, des tribunaux, etc. (articles 33 à 40).

Le décret-loi définit les modalités de la procédure administrative et du recours aux tribunaux et consacre les droits de la défense, notamment l'assistance d'un conseil (avocat).

Le texte établit, de cette façon, un système de sanctions tout à fait différent de celui du droit pénal.

On peut, dès lors, affirmer que, du moins depuis l'entrée en vigueur du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, l'ordre juridique interne portugais comporte un *système administrativo-pénal* ou *d'infractions administratives*, mieux connu sous le nom de droit des «contra-ordenações».

3. Caractérisation de l'infraction à caractère administratif

Le décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, indique dans son préambule que l'infraction criminelle et l'«ilícito de mera ordenação social» tendent à devenir des extrêmes.

Cependant, l'analyse des principes de la loi-cadre des «contra-ordenações» renforce l'idée que les deux infractions se basent sur des principes fondamentaux identiques et que l'autonomie de la «contra-ordenação» par rapport à l'infraction criminelle n'est, finalement, que dogmatique.

C'est pourquoi, dans le cas de l'«ilícito contra-ordenacional», on continue à exiger qu'il y ait un *comportement typique, illicite et coupable*, même si la culpabilité se borne à l'imputation du fait à la responsabilité sociale de l'auteur, avec la perte de sa coloration éthique.

La punition de cette conduite typique de l'«ilícito de mera ordenação social» n'est donc pas un châtement sanctionnant moralement l'auteur dans un but de répression et (ou) de resocialisation, mais, plutôt, un simple avertissement propre à réformer la conduite de l'auteur face à des règles d'interdiction déterminées qui ont été préalablement enfreintes.

Toutefois, l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi-cadre précitée admet l'existence de «contra-ordenações» pour lesquelles l'imputation est indépendante du caractère illicite du fait, sans que cela signifie pour autant que l'on admette la responsabilité objective dans le domaine des infractions à caractère administratif.

La réforme du comportement de l'auteur face à la règle normative est garantie par l'application d'une «coima» — sanction distincte des sanctions criminelles, de nature patrimoniale et administrative, sans référence ou matrice éthique — en plus de la possibilité de saisie d'objets appartenant à l'auteur de l'infraction, dans des situations déterminées par la loi.

La définition et la sanction des «contra-ordenações» sont donc dépendantes du principe de légalité. Aussi le droit des «contra-ordenações» ne s'éloigne-t-il pas du droit pénal sur ce plan. On peut donc dire que l'adage «nullum crimen sine lege» trouve son pendant dans «nulla contra-ordinatio sine lege». Et si «nulla poena sine lege», il n'y a pas non plus de «coima» *sans règle antérieure la prévoyant*. Ce principe constitue un présupposé de toute «contra-ordenação».

Conformément à ce que l'on vient de dire, on peut résumer les critères d'identification de la façon décrite ci-après.

En ce qui concerne la *prévision du type légal de la «contra-ordenação»*, il s'agit:

- nécessairement et toujours, d'un fait illicite;
- en principe, d'un fait punissable.

Du point de vue de la doctrine, on doit souligner que cette définition légale — même si on associe la disposition à l'action de prévoir la «coima» — est excessivement synthétique. Cependant, si l'on tient compte des références au préambule du texte légal en question, on relève quelques indications complémentaires utiles.

Ce texte précise, en effet (paragraphe 3, point 1), que «l'apparition du droit des «contra-ordenações» est due au caractère de plus en plus interventionniste de l'État contemporain, qui étend progressivement son action conformatrice aux domaines de l'économie, de l'éducation, de la santé, de la culture, des équilibres écologiques, etc.». Il indique plus loin que la Constitution portugaise, pour donner un contenu pratique aux «injonctions normatives découlant de ce nouvel interventionnisme croissant de l'État, en les transformant en *règles effectives de conduite*, a postulé le recours à un cadre de sanctions spécifique». En expliquant le texte normatif, il signale encore que l'«on a préservé la fidélité à l'idée de base qui préside à la distinction entre crime et «contra-ordenação». Une distinction qui n'oublie pas que ces deux catégories d'infraction tendent à devenir des extrêmes, soit en raison de la nature des intérêts à protéger, soit en raison de leur résonance éthique inégale. Toutefois, il s'agit d'une distinction qui devra être, en dernière instance, juridico-pragmatique et donc nécessairement formelle».

Il en résulte que, pour le législateur portugais, la distinction entre crimes et «contra-ordenações» possède une base axiologique. Les deux infractions ont pour but de protéger des valeurs et/ou des intérêts de la collectivité en tant qu'ensemble organisé, des valeurs et/ou des intérêts qui sont indispensables au bon fonctionnement de la société. Toutefois, les valeurs protégées par le droit pénal sont des valeurs dont la violation met en péril l'essence des mécanismes régulateurs les plus importants de l'ordre juridique, défini à partir de ce que l'on pourrait appeler une structure axiologique essentielle. Les valeurs protégées par le droit de l'infraction à caractère administratif sont des valeurs importantes pour le fonctionnement des mécanismes (et qui s'identifient souvent avec eux); on peut dire qu'elles sont médiatrices entre cette structure et le réseau de canaux de rapports périphériques où s'exprime de façon conjoncturelle la vie dans les sociétés modernes et qui pourrait être appelé «structure axiologique accessoire».

En ce qui concerne la *façon dont elles sont réglementées*, les «contra-ordenações» sont toujours punies d'une «coima», conformément aux préceptes légaux

régulateurs. Celle-ci est une sanction présentant les caractéristiques suivantes:

- elle est pécuniaire;
- elle se situe, en principe, entre une valeur minimale et une valeur maximale déterminée en fonction de la gravité de la «*contra-ordenação*», de la culpabilité et de la situation économique de l'auteur; elle n'est jamais convertie en unités de temps ⁽¹⁰⁾.

L'analyse isolée des critères qui découlent de la *prévision* et de la façon dont les «*contra-ordenações*» sont réglementées ne donne pas l'image exacte de leurs critères légaux de définition. À vrai dire, le critère résultant des préceptes légaux est formel et résulte de l'association de la prévision de la *fattispecie* et de l'application d'une «*coima*» ⁽¹¹⁾.

Ce qui précède montre clairement que, du point de vue légal (*jus positum*), la distinction entre crime et «*contra-ordenação*» repose sur des critères essentiellement formels. Si la *fattispecie* prévue est sanctionnée d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende, il s'agit d'un crime; si la *fattispecie* qui fait l'objet de la règle normative est sanctionnée d'une «*coima*», il s'agit alors d'une «*contra-ordenação*».

Dans la perspective de la doctrine, la distinction entre crimes et «*contra-ordenações*» postule toujours le recours à une raison plus substantielle, d'où la référence à la nature différente et à l'importance éthico-sociale des valeurs protégées par le système pénal et par le système des «*contra-ordenações*».

Ainsi, si un certain fait volontaire met en cause ou offense des valeurs qui, quoique importantes pour le fonctionnement équilibré de l'ordre juridico-économico-social, ne le sont que du point de vue conjoncturel ou — vu sous un autre angle, accessoire — n'appartiennent pas aux valeurs essentielles de cet ordre, le législateur l'aura intégré dans la *fattispecie* des «*contra-ordenações*». Si, au contraire, le fait porte atteinte aux valeurs essentielles au fonctionnement et à la reproduction de l'ordre juridico-économico-social établi, valeurs dont la violation met en péril l'existence même de cet ordre, devenant, ainsi, objet de reproche et de réprobation sociale, il sera intégré dans une *fattispecie* criminelle.

Avec le décret-loi n° 103/83, du 30 mars 1983, le caractère administratif des infractions («*Ordnungswidrigkeit*») s'accroît par l'intégration d'une grande partie des contraventions et transgressions du régime antérieur.

Il convient de préciser que le P^r Figueiredo Dias, suivant en cela Eberhard Schmidt et Eduardo Correia, a opté pour le critère de l'indifférence éthique vis-à-vis non pas des infractions, mais des compor-

tements qui en font partie, indépendamment de la prohibition légale, pour assurer la sélection des intérêts dignes d'une protection pénale conformément à l'ordre axiologique constitutionnel, à l'exclusion, toujours en tenant compte du texte constitutionnel dans la sélection, des matières relatives aux infractions à caractère administratif.

On peut donc affirmer que non seulement la doctrine nationale, mais aussi la doctrine étrangère éprouvent des difficultés à appliquer des critères substantiels pour la distinction entre les infractions en cause, ce qui oblige à toujours fonder la différenciation sur l'indice conceptuel-formel des articles 1^{er} et 2 du décret-loi n° 433/82, qui définissent l'infraction à caractère administratif comme «*tout fait illicite et punissable décrit et déclaré passible d'une "coima" par une loi antérieure au moment de sa commission*».

Il convient encore de préciser que le préambule du décret-loi n° 433/82, précité, indique que l'idée de base présidant à la *distinction entre crime et "contra-ordenação"* «*n'oublie pas que ces deux catégories d'infractions tendent à devenir des extrêmes, soit en raison de la nature des intérêts à protéger, soit en raison de leur résonance éthique inégale*» ⁽¹²⁾.

Au-delà du critère de nature éthico-substantielle (la différente nature des intérêts ou des valeurs mises en cause ou offensées), un autre critère, de nature procédurale, se profile dans la législation portugaise: la nature du ou des organes qui appliquent les sanctions que la loi prévoit pour chaque type de faits (*fattispecie*).

Ainsi, si l'organe compétent en premier lieu pour appliquer la sanction prévue est un organe juridictionnel — un tribunal — nous nous trouvons face à des *fattispecies* du système pénal ou à des infractions pénales. En revanche, si l'organe compétent en premier lieu est un organe administratif de nature non juridictionnelle, on est en présence de *fattispecies* du système correspondant aux «*contra-ordenações*» ou infractions administratives ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ En 1973, le P^r Eduardo Correia, de l'Université de Coimbra, proposait comme critère de distinction entre la matière illicite pénale et les infractions à caractère administratif, la nature différente de l'un et l'autre type illicite, le dernier étant un aliud qui diffère qualitativement du crime, dans la mesure où son caractère illicite et les réactions correspondantes ne sont pas directement fondés sur un encadrement éthico-juridique et ne sont donc pas soumis aux principes et corollaires du droit pénal.

⁽¹³⁾ Il faut, pourtant, remarquer que le concept d'infraction administrative a un sens plus vaste que celui que nous avons utilisé ici, c'est-à-dire celui d'infraction à caractère administratif. En effet constituent aussi des infractions administratives les infractions disciplinaires, qui, dans la législation portugaise, forment un ensemble *sui generis* et peuvent être sanctionnées par des organes administratifs, mais qui incluent, entre autres, la *peine* d'amende, qui est aujourd'hui une sanction pénale caractéristique.

⁽¹⁰⁾ Voir l'article 18 du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

⁽¹¹⁾ L'article 1^{er} du décret-loi n° 433/82 dispose que «*constitue une infraction à caractère administratif le fait illicite et punissable qui correspond à un type légal passible d'une "coima"*».

4. Caractérisation des infractions administratives (« contra-ordenações ») en droit portugais

Outre les aspects généraux que nous avons évoqués, il est utile de relever particulièrement les caractéristiques décrites ci-après.

4.1. PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Le principe de légalité — traditionnellement associé aux qualifications criminelles — est aussi adopté dans la loi portugaise pour qualifier les « contra-ordenações ».

Ainsi, l'article 2 du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, dispose que « n'est puni comme contra-ordenação » que le fait décrit et déclaré comme passible d'une « coima » par une loi antérieure au moment de sa commission (14).

Le principe de légalité se manifeste sur deux plans: celui de la prévision ou de la définition du fait et celui de l'action de déterminer la « coima ». La détermination de la « coima » à appliquer à l'auteur de l'infraction est faite par la règle en vigueur au moment où le fait a été commis ou omis, sauf quand la sanction postérieure est plus favorable pour celui qui commet l'infraction, conformément à l'article 3 du décret-loi n° 433/82. D'autre part, le principe postule encore la détermination du moment de la commission ou de l'omission du fait: cette détermination découle de l'article 5 du même texte légal.

4.2. PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

Le principe de territorialité veut que l'administration publique portugaise ne sanctionne que les « contra-ordenações » commises sur le territoire portugais, indépendamment de la nationalité de leur auteur. À ce propos, il y a lieu de préciser que les navires et aéronefs portugais sont réputés faire partie du territoire, sauf quand un traité ou une convention écartent ce principe (15).

Le lieu de la commission de la « contra-ordenação », aux fins de la détermination de l'applicabilité territoriale de la loi portugaise, est défini selon des critères très vastes: il s'agit du lieu où, totalement ou partiellement et selon toute forme de coparticipation, l'auteur a agi, ou devrait avoir agi dans le cas d'une omission, ou encore le lieu où le résultat incriminé s'est produit.

De cette façon, il est clair que l'article 2 de la loi-cadre des « contra-ordenações » reproduit, dans la sphère du droit de « mera ordenação social » (« Ordnungswidrig-

keit »), ce qui est prévu à l'article 1^{er}, paragraphe 1, du code pénal et établi, ainsi, la prescription impérative du principe de légalité.

Il faut encore souligner que le droit des « contra-ordenações » se trouve aussi soumis au principe de non-rétroactivité des règles qui qualifient et punissent les comportements correspondant à ces infractions et impose l'application de la loi plus favorable dans les cas où la loi en vigueur au moment de la commission de l'acte est ultérieurement modifiée (16).

La soumission du droit des « contra-ordenações » aux principes susmentionnés entraîne l'interdiction de l'interprétation analogique pour qualifier des faits de « contra-ordenações ».

Il faut analyser le régime des « contra-ordenações » par rapport au régime de l'infraction pénale.

Quoique l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la loi-cadre ne mentionne pas expressément la culpabilité, les références à celle-ci sont abondantes dans cette loi — ce que l'on peut vérifier en examinant les articles 9, paragraphe 1, 16, paragraphe 1, 18, paragraphe 1, et 22, paragraphe 1, etc.

Par conséquent, conformément à ce qui a été mentionné précédemment, on doit continuer à exiger que les comportements constituant des infractions à caractère administratif soient des comportements coupables. Il faut, cependant, remarquer qu'il ne s'agit pas d'une culpabilité juridique pénale qui s'appuie sur la censure éthique de l'auteur, « mais seulement d'une imputation du fait à la responsabilité sociale de son auteur ».

Dans le domaine des infractions à caractère administratif et conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi-cadre, la possibilité de procéder à une imputation indépendamment de la culpabilité doit s'entendre comme signifiant que, même dans ces cas, on doit continuer à exiger que le fait soit qualifié de dolosif (*dolosus*) ou de négligent, ces qualifications étant importantes pour la perpétration de ce type d'infraction.

Ainsi, et comme dans le domaine du droit pénal, le fait correspondant à un type ou à une infraction antiréglementaire n'est punissable, dans le droit des infractions à caractère administratif, que quand il est dolosif, c'est-à-dire quand l'auteur a voulu le commettre et a eu conscience de sa commission en tant que moyen propre à produire le résultat illicite. Si la *fattispecie* est une omission, le dol se traduit par l'absence consciente et volontaire de la pratique de l'acte ou des actes requis et par la conscience du résultat (illicite) de cette non-pratique.

La pratique négligente ou simplement coupable d'un fait ou omission illicite à caractère administratif n'est pas, en principe, punissable. Cependant, elle est objet

(14) Ce principe était déjà présent dans le décret-loi n° 232, du 24 juillet 1979.

(15) Voir l'article 4 du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

(16) Voir l'article 3, paragraphes 1 et 2, du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

de punition dans les cas spécialement prévus par la loi.

Ainsi, si quelqu'un commet un fait considéré comme une infraction à caractère administratif, mais n'a pas eu l'intention de produire le résultat que la loi entend prévenir ou interdire, il n'est punissable que dans les cas où la loi prévoit spécifiquement la punition de la négligence en ce qui concerne ce fait.

La conduite inconsciente, c'est-à-dire qui n'est ni intentionnelle, ni libre, ni négligente, ni coupable, n'est jamais punie.

L'interprétation visée s'appuie d'ailleurs sur les dispositions de l'article 8, paragraphe 1, de la loi-cadre, qui affirme que «seul est punissable le fait pratiqué avec dol ou, dans les cas spécialement prévus par la loi, avec négligence».

La question spécifique de l'erreur est réglée de la même manière dans le droit pénal et dans le droit relatif aux infractions à caractère administratif.

La seule différence tient au fait que, dans le droit pénal, l'erreur sur les interdictions exclut le dol quand la connaissance de l'interdiction est raisonnablement indispensable pour que l'auteur ait conscience de la nature illicite du fait. Pour ce qui est du droit relatif aux infractions à caractère administratif, la connaissance de l'interdiction est «toujours raisonnablement indispensable» pour que l'auteur se forme un jugement vis-à-vis de la nature illicite du fait. De cette façon et par conséquent, dans les infractions à caractère administratif l'erreur sur l'interdiction exclut toujours le dol (article 1^{er}, paragraphe 1, du code pénal et article 8, paragraphe 2, du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982).

On peut donc retenir que l'erreur peut être importante pour écarter le dol ou la culpabilité dans deux perspectives:

- 1) l'erreur sur des éléments du type légal;
- 2) l'erreur sur le caractère illicite du fait (erreur de droit).

L'erreur sur des éléments concernant la qualification d'une infraction à caractère administratif, sur la prohibition ou sur un état de choses écarterait le caractère illicite du fait ou la culpabilité de l'auteur. Dans ce contexte, l'erreur exclut le dol, mais non la négligence. De cette façon, si, pour le type d'infraction à caractère administratif dont relève le fait pratiqué — ou l'omission —, la négligence est punissable, son auteur est puni pour négligence. Si seule la pratique dolosive du fait est punissable, l'auteur qui a agi dans l'erreur n'est donc pas puni (17).

L'erreur sur le caractère illicite du fait présente deux niveaux d'importance différente, selon qu'elle est imputable ou non à son auteur.

Si l'on ne peut pas reprocher l'erreur à son auteur et si, en raison de l'erreur, il n'a pas conscience du caractère illicite de son acte, la loi portugaise considère qu'il agit sans culpabilité, et il n'est pas passible de sanction.

Si, toutefois, l'erreur peut lui être reprochée parce que, par exemple, sa culture ou sa profession lui faisaient un devoir de ne pas la commettre, il est punissable — bien qu'il puisse y avoir atténuation de la sanction (18).

Contrairement à ce qui se passe dans le domaine du droit pénal, qui n'admet qu'exceptionnellement la responsabilité criminelle des personnes morales (article 1^{er} du code pénal), dans le droit de «*mera ordenação social*», l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques est absolue et extensible aux associations sans personnalité juridique (article 7, paragraphe 1, de la loi mentionnée). Le principe du caractère punissable des infractions commises par les personnes morales est donc reconnu.

Vu le pouvoir économique des personnes morales et la nécessité de conférer un caractère dissuasif aux «coimas», l'article 17, paragraphe 3, de la loi-cadre prévoit un accroissement significatif du montant des «coimas» quand elles sont applicables aux personnes morales.

En ce qui concerne la responsabilité des organes des personnes morales dans la pratique des infractions à caractère administratif dans l'exercice de leurs fonctions, les personnes morales répondent des préjudices subis en raison de ces agissements, sans préjudice de l'éventuel droit de se retourner contre les responsables.

On comprend qu'un régime différent s'applique en droit pénal, où la responsabilité est imputée à celui qui agit au nom d'autrui (article 12 du code pénal), car, en règle générale, seuls les individus sont punis criminellement. Toutefois, on a déjà constaté le point de vue suivant: «Afin que la procédure relative aux infractions à caractère administratif, intentée contre des personnes morales ne soit pas vouée à l'échec, il faut aussi poursuivre les organes ou les personnes qui ont agi en leur nom, les auteurs, etc.»

Il ne semble pas possible de soutenir cette interprétation en tant que règle générale, bien qu'il puisse arriver sporadiquement que personne physique et personne morale doivent répondre toutes deux en leur propre nom et, simultanément, de la même infraction à caractère administratif. Ce qui précède ne s'oppose pas au fait que les personnes morales doivent être représentées dans la procédure par celui qui doit, légalement ou statutairement, les représenter (article 87, paragraphe 1, de la loi-cadre).

On peut donc retenir que le système portugais des infractions à caractère administratif prévoit l'imputa-

(17) Voir l'article 8, paragraphes 2 et 3 du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

(18) Voir l'article 9, paragraphes 1 et 2, du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

bilité soit aux personnes physiques, soit aux personnes morales ainsi qu'aux associations sans personnalité juridique. Les personnes morales et assimilées, vu leur nature, ne sont responsables des infractions à caractère administratif que lorsque celles-ci sont commises par leurs organes dans l'exercice de leurs fonctions ⁽¹⁹⁾.

On doit remarquer une fois de plus que la loi mentionne leurs organes et non un titulaire de ceux-ci considéré isolément et que les organes sont exclusivement envisagés dans l'exercice de leurs fonctions.

Lorsqu'un titulaire d'un organe collectif agit en dehors des formes légales ou conventionnelles de représentation de la personne morale ou assimilée, celle-ci n'est pas responsable de l'infraction à caractère administratif ⁽²⁰⁾.

En ce qui concerne l'attribution aux personnes morales de la responsabilité des infractions à caractère administratif prévues et punies par le décret-loi n° 28/84, du 20 janvier 1984 (*infractions antiéconomiques et contre la santé publique*), elle est possible lorsque les infractions sont commises par leurs organes ou leurs représentants en leur nom et dans l'intérêt collectif. Toutefois, l'attribution de responsabilité à la personne morale ou assimilée n'écarte pas l'attribution de responsabilité à la ou aux personnes physiques qui ont commis le fait punissable. La responsabilité des personnes morales ou assimilées est donc exclue lorsque l'auteur a agi contre des ordres ou des instructions expresses des organes qui ont le contrôle ou le pouvoir de décision sur le ou les auteurs physiques ⁽²¹⁾.

Quand il s'agit des infractions à caractère administratif prévues et punies par le décret-loi n° 28/84 (*infractions antiéconomiques et contre la santé publique*), l'auteur qui agit en tant qu'organe, membre ou représentant de la personne morale, société ou assimilée est punissable de manière autonome. Il reste punissable même quand la personne morale ou assimilée est reconnue responsable des infractions à caractère administratif. Il convient de souligner que les personnes morales ou assimilées répondent solidairement du paiement des «coimas» dans les deux cas.

La problématique des infractions et de la culpabilité de la coparticipation est réglée de la même façon dans le droit pénal (articles 28 et 29 du code pénal) et dans les infractions à caractère administratif (article 16, paragraphes 1 et 2, de la loi-cadre).

⁽¹⁹⁾ Voir l'article 7, paragraphes 1 et 2, du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

⁽²⁰⁾ Les «coimas» applicables aux personnes morales peuvent s'élever à 6 millions d'escudos en cas de dol et à 3 millions en cas de négligence, tandis que les «coimas» applicables aux personnes physiques varient entre 500 et 500 000 escudos (article 17, paragraphe 1, du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, dans la version de l'article 1^{er} du décret-loi n° 356/89, du 17 octobre 1989).

⁽²¹⁾ Voir les articles 2 et 3 du décret-loi n° 28/84, du 20 janvier 1984.

En ce qui concerne la culpabilité, le principe de l'individualisation s'applique. Conformément à ce principe, «chaque coauteur est puni selon sa culpabilité, indépendamment de la punition ou du degré de culpabilité des autres auteurs».

Dans le domaine des infractions, les qualités ou relations spéciales qui caractérisent l'un des auteurs sont transmises aux autres auteurs en ce qui concerne le fait qualifié d'infraction à caractère administratif (article 16, paragraphe 1), comme c'est le cas en droit criminel (article 28).

On peut, cependant, remarquer que ces qualités ou relations spéciales de l'auteur ne se communiquent pas aux autres coauteurs du fait illicite à caractère administratif, si elles ont pour effet de qualifier le fait d'infraction criminelle. En pareil cas, le principe de l'individualisation s'applique, les uns répondant de l'infraction à caractère social et les autres — ceux qui possèdent les qualités et relations spéciales — d'un crime (article 16, paragraphe 3, de la loi-cadre).

À propos de la coparticipation, il faut encore mentionner que, dans les infractions à caractère administratif comme dans le droit pénal, il est important de prendre en considération le désistement actif, qui se manifeste par l'empêchement de l'accomplissement ou de la production du résultat de l'infraction à caractère administratif, même si les autres coauteurs poursuivent l'accomplissement de leur objectif (article 15 de la loi-cadre et article 25 du code pénal). Il est évident que l'importance du désistement est strictement propre à chaque coauteur qui prend cette décision.

En résumé, on peut dire que, dans la loi portugaise, tous ceux qui coparticipent au fait encourent la responsabilité relative aux infractions à caractère administratif, même si la matière illicite ou le degré d'illécitité du fait dépendent de certaines qualités ou relations spéciales de l'auteur qui n'appartiennent qu'à l'un des coauteurs. Toutefois, la punition de chaque coauteur dépend de sa culpabilité et non de la punition ou du degré de culpabilité des autres. D'autre part, si un fait caractérisé comme infraction à caractère administratif est qualifié de crime, lorsque l'auteur possède certaines qualités ou relations spéciales, les coauteurs qui n'ont pas ces qualités ou relations ne répondent pas de la matière pénale, mais seulement de l'infraction à caractère administratif.

En ce qui concerne la punition soit de la *négligence*, soit de la *tentative*, le droit de «mera ordenação social» ne l'admet que lorsqu'elle est expressément prévue (articles 8, paragraphe 1, et 13).

Les règles qui régissent les conditions de punition de la négligence et de la tentative doivent être recherchées dans les lois qui caractérisent les infractions à caractère administratif en raison de la matière (*ratione materiae*), quoique les conditions générales de la tentative, notamment la définition des actes d'exécution, soient énoncées à l'article 12 de la loi-cadre.

Au lieu d'opter pour la punition générique de la tentative dans les infractions à caractère administratif, à laquelle on ferait correspondre une «coima» déterminée — conformément à ce qui se passe en droit pénal (article 23, paragraphe 1, du code pénal) —, on a laissé à l'appréciation du législateur ordinaire la possibilité de trouver des solutions variant selon la matière à régler et indépendamment du montant de la «coima» applicable à l'infraction à caractère administratif commise.

En ce qui concerne le concours effectif des infractions à caractère administratif, il s'avère que la loi-cadre ne le règle pas. Il faut donc appliquer les règles correspondantes du droit pénal, notamment les articles 30, paragraphe 1, et 78 du code pénal. Rien ne semble empêcher que, lorsque sont réunies les conditions prévues à l'article 30, paragraphe 2, du code pénal, on pense légitimement à l'infraction à caractère administratif continuée.

En ce qui concerne l'article 19 de la loi-cadre, intitulé «Concours d'infractions à caractère administratif», il semble que le législateur ait voulu trouver une solution à la problématique du concours apparent en punissant l'auteur d'une infraction violant plusieurs lois de la «coima» la plus élevée, sans préjudice de l'application des sanctions accessoires prévues dans les autres règles pour cause de concours.

Signalons, en outre, que si le même acte constitue simultanément un crime et une infraction à caractère administratif, l'article 20 de la loi-cadre prescrit que la sanction punit le crime, sans préjudice de la possibilité d'application des sanctions accessoires prévues par la disposition qui punit l'infraction à caractère administratif.

Dans cette dernière hypothèse, il s'agit aussi d'une situation relevant du concours des normes et dans laquelle le législateur opte de manière compréhensible pour l'application de la norme criminelle.

En résumé, en vue de déterminer la sanction, la loi portugaise prévoit et règle le concours soit des infractions à caractère administratif, soit d'une infraction à caractère administratif et d'un crime.

De cette façon, quand un même fait enfreint plusieurs fois la même loi, une seule «coima» est applicable. Il en va de même si le fait enfreint plusieurs lois. Dans cette hypothèse, si l'une des «coimas» fixées par une des lois violées est supérieure aux autres, on applique la «coima» la plus élevée. Il est aussi possible de la cumuler avec des sanctions accessoires prévues par une autre loi.

On peut donc affirmer qu'une seule des «coimas» prévues par les différentes dispositions ou lois enfreintes est applicable, mais que la sanction totale peut impliquer un (certain) cumul.

En cas de concours avec une infraction pénale, on applique la sanction criminelle, et non pas la «coima». Cependant, les sanctions accessoires pré-

vues pour réprimer les infractions à caractère administratif sont également applicables.

Les sanctions des infractions à caractère administratif peuvent être principales et accessoires.

La seule *sanction principale* et, partant, caractéristique des infractions à caractère administratif est la «coima», qui s'exprime par un montant patrimonial pécuniaire, fixé par les règles caractérisant cette matière illicite, entre un minimum et un maximum devant être payé par l'auteur de l'infraction. Il n'y a pas de type de sanction susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, par conversion ou en remplacement, à la privation de liberté du citoyen auteur de l'infraction.

La valeur des «coimas» comporte des montants maximaux établis par avance dans la loi-cadre (article 17), que les différentes lois qui les caractérisent selon la matière (*ratione materiae*) sont tenues de respecter et qui varient selon que l'auteur est une personne physique ou morale [voir note (20)] et selon qu'il est reconnu coupable de dol ou de négligence.

En plus de la «coima», la loi peut fixer les *sanctions accessoires* prévues spécifiquement à l'article 21, paragraphe 1, de la loi-cadre, dans la rédaction du décret-loi n° 356/89, du 17 octobre 1989, et prescrire facultativement la *publicité de la punition de l'infraction à caractère administratif* (article 21 susmentionné).

La plus importante et la plus courante des sanctions accessoires est la «saisie d'objets», qui est pratiquée selon les modalités et dans les buts prévus par les articles 22 et suivants de la même loi.

Le régime de la saisie dans le droit de «mera ordenação social» ne doit pas se confondre avec la saisie en tant que moyen de preuve dans la procédure pénale (articles 178 et suivants du code de procédure pénale). Il s'apparente plutôt à la «confiscation au profit de l'État», régie aux articles 107 à 110 du code pénal, car, «lorsque la décision de saisie a force de chose jugée, il y a lieu de procéder au transfert de propriété à l'État ou à l'organisme public désigné par la loi» (article 24, paragraphe 1, de la loi citée).

La saisie d'objets est une sanction que la loi entend limiter. Il faut donc que les conditions suivantes soient réunies (22):

- que, au moment de la décision relative à la sanction, les objets appartiennent à l'auteur de l'infraction;
- que les objets représentent un danger pour la collectivité ou favorisent la commission d'un crime ou d'une infraction à caractère administratif;
- que, s'ils ont été vendus ou donnés en gage à un tiers, celui-ci connaisse ou doive connaître les circonstances qui ont provoqué la saisie.

(22) Voir l'article 22 de la loi-cadre, dans la version du décret-loi n° 356/89, du 17 octobre 1989.

La loi écarte la saisie quand elle se révèle disproportionnée à la gravité de l'infraction et de la culpabilité de l'auteur ou du tiers. Elle suspend la saisie toutes les fois que ses objectifs peuvent être poursuivis en utilisant des mesures moins pénibles pour les personnes concernées.

Il convient de citer les *sanctions accessoires*, qui se traduisent par l'«interdiction de l'exercice d'une profession ou activité» et par la «privation du droit à des subventions ou avantages accordés par les organismes ou services publics».

La détermination de la mesure concrète de la «coïma» a lieu, dans les limites fixées par la règle caractérisant l'infraction à caractère administratif, eu égard aux éléments suivants:

- la *culpabilité* de l'auteur de l'infraction, sur laquelle repose tout le droit qui applique des sanctions;
- la *gravité* de l'infraction, révélée par le degré d'illégalité que l'on infère de l'ensemble des circonstances qui ont précédé, entouré ou suivant la perpétration de l'infraction et les conséquences de celle-ci, outre la nature des devoirs violés;
- la *situation économique* de l'auteur de l'infraction, compte tenu de la nature patrimoniale de la «coïma»;
- chaque fois que c'est possible, quoique dans les limites abstraites de la «coïma», la matérialisation de celle-ci *doit excéder le bénéfice économique* résultant de la commission de l'infraction à caractère administratif (article 18, paragraphes 1 et 2, de la loi).

Il y a lieu de préciser que les différentes lois qui règlent les infractions à caractère administratif en raison de la matière prennent en considération d'autres critères spécifiques pour la détermination de la «coïma». C'est, notamment, le cas de l'article 17, paragraphe 1, du décret-loi n° 422/83, du 13 décembre 1983, qui fait prendre en considération «la dimension de l'entreprise ou des entreprises en question et l'importance de la position de l'auteur sur le marché».

Il nous paraît utile d'énumérer expressément ici les différents types de sanctions accessoires:

- saisie d'objets⁽²³⁾;
- interdiction de l'exercice de profession ou d'une activité;
- privation du droit aux subventions et avantages accordés par les organismes ou services publics;
- privation du droit de participer aux foires, aux marchés, aux compétitions sportives, ou d'entrer dans des enceintes ou espaces d'accès réservé;
- privation du droit de participer aux adjudications et appels d'offres organisés par des organismes et

⁽²³⁾ La saisie des objets peut, dans certains cas, être pratiquée indépendamment de l'application d'une «coïma» (article 25 de la loi-cadre).

- services publics, pour des travaux publics, pour la fourniture de biens ou de services, ou pour la concession de services, de licences ou de brevets;
- fermeture de l'établissement ou annulation des services, licences ou brevets.

Hormis la saisie de biens ou la publication de la condamnation, ces sanctions ont une durée maximale de deux ans à compter de la décision de condamnation définitive, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Il s'agit là d'un exposé générique des sanctions et des limites des infractions à caractère administratif, mais il y a également d'autres façons de régler soit les limites de la sanction principale⁽²⁴⁾ — la «coïma» —, soit les sanctions accessoires⁽²⁵⁾.

Bien que l'on ait énoncé les aspects relatifs à la détermination concrète de la «coïma», il faut souligner que, bien que la loi n'établisse pas de critères génériques pour la détermination des sanctions accessoires et de leur gravité — exception faite de la saisie d'objets, pour laquelle sont stipulés les *principes de subsidiarité et de proportionnalité* et qui constituent des critères ayant une certaine autonomie par rapport aux autres critères —, il semble que l'utilisation de ces critères soit correcte.

En ce qui concerne la *prescription* de la procédure administrative relative aux infractions («contra-ordenações») à caractère administratif⁽²⁶⁾, le délai est compté à partir du moment de la commission selon les règles suivantes:

- deux ans quand la «coïma» applicable à l'infraction à caractère administratif dépasse la limite de 100 000 escudos;
- un an, dans les autres cas, c'est-à-dire quand la «coïma» applicable à l'infraction à caractère administratif est égale ou inférieure à 100 000 escudos.

Ce délai est interrompu par la notification au prévenu des décisions ou mesures prises contre lui, par l'accomplissement de toutes diligences concernant la preuve ou par toute déclaration du prévenu dans l'exercice du droit d'être entendu. Si l'infraction à caractère administratif s'ajoute à une infraction pénale, l'interruption du délai de prescription de la procédure pénale interrompt aussi le délai de prescription de la procédure relative aux infractions à caractère administratif.

La prescription de la «coïma» et des sanctions accessoires⁽²⁷⁾ se fait dans les délais suivants, à partir du

⁽²⁴⁾ Voir, par exemple, l'article 30 du décret-loi n° 303/83, du 28 juin 1983, l'article 16 du décret-loi n° 442/83, du 3 décembre 1983, l'article 18 du décret-loi n° 20-A/90, du 15 janvier 1990, et les articles 35 à 41 du décret-loi n° 376-A/89, du 25 octobre 1989.

⁽²⁵⁾ Voir, par exemple, l'article 20 du décret-loi n° 20-A/90, du 15 janvier 1990.

⁽²⁶⁾ Voir les articles 27 et 28 de la loi-cadre.

⁽²⁷⁾ Voir les articles 29 à 31 de la loi-cadre.

moment où la décision de condamnation est passée en force de chose jugée:

- quatre ans quand la «coima» est supérieure à 100 000 escudos;
- trois ans dans les autres cas.

Ce délai est suspendu pendant la durée où:

- l'exécution de la sanction ne peut commencer ou ne peut continuer à cause de la loi;
- l'exécution a été interrompue;
- des facilités de paiement ont été accordées.

L'exécution de la «coima» s'éteint avec la mort de l'accusé⁽²⁸⁾. Outre les motifs d'extinction expressément mentionnés, les motifs d'extinction prévus par le code pénal sont aussi applicables aux infractions à caractère administratif, de même que les règles relatives au comptage des délais.

Il faut encore mentionner l'article 32 de la loi-cadre, qui contient une clause générale d'application subsidiaire des règles du code pénal en tout ce qui n'est pas contraire à ses dispositions.

⁽²⁸⁾ Voir l'article 90 de la loi-cadre.

5. Procédure relative aux infractions à caractère administratif

Dans le domaine de l'infraction à caractère administratif, l'enquête et l'application de la «coima» sont réglées par la procédure prévue par le décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982 (articles 33 et suivants).

Cette procédure a des caractéristiques propres en fonction du type d'infraction qui en fait l'objet.

Dans une première phase — la phase *administrative* —, elle relève de l'action des autorités administratives chargées de l'enquête et de l'application de la «coima». Cela signifie qu'en principe les autorités administratives sont compétentes soit pour l'enquête, soit pour l'application de la «coima». Les critères pour déterminer les autorités administratives concrètement compétentes sont les suivants:

- 1) *en raison de la matière (ratione materiae)*: l'autorité administrative est désignée par la loi qui prévoit et sanctionne un certain type d'infractions à caractère administratif⁽²⁹⁾;
- 2) *en raison du territoire (ratione loci)*: ce critère entraîne la compétence de l'autorité administrative de la commune («concelho») où l'infraction a été commise ou où l'inculpé est domicilié; lorsque l'infraction est commise sur un navire ou un aéronef portugais, l'autorité compétente est celle de la commune («conselho») où se situe le port ou aéroport de la première escale après la commission de l'infraction. Dans l'hypothèse du concours d'infractions à caractère administratif, si l'application des critères précédents aboutit à la désignation de plusieurs autorités compétentes, le conflit de compétence (éventuel) doit être résolu en faveur de l'autorité qui:
 - a entendu en premier lieu l'inculpé au sujet de la commission de l'infraction à caractère administratif,
 - a requis en premier lieu son audition par les autorités policières,
 - a reçu en premier lieu des autorités de police les procès-verbaux de l'audition de l'inculpé.

L'intervention d'une autre autorité administrative est admissible à condition que les autorités compétentes en premier lieu lui confèrent la compétence par souci d'efficacité.

⁽²⁹⁾ Par exemple, la compétence du directeur général de l'administration des Douanes, etc., en ce qui concerne les infractions à caractère administratif en matière douanière — voir l'article 60 du régime juridique des infractions fiscales en matière douanière approuvé par le décret loi n° 376-A/89 —, la compétence du directeur régional des Finances, etc., en ce qui concerne les infractions à caractère administratif en matière fiscale non douanière — voir le régime juridique des infractions fiscales non douanières, approuvé par le décret-loi n° 20-A/90, du 15 janvier 1990.

Toutefois, lorsque l'infraction à caractère administratif concourt avec un crime ou lorsque, pour le même fait, une personne répond d'un crime et une autre d'une infraction à caractère administratif, l'enquête doit être faite par l'autorité compétente pour l'instruction criminelle, c'est-à-dire le ministère public. Néanmoins, quand le ministère public décide de classer la procédure criminelle, mais estime qu'il y a lieu de poursuivre la procédure administrative, il doit la confier à l'autorité administrative normalement compétente.

Quant aux autorités administratives, lorsqu'elles se rendent compte qu'un fait soumis à enquête administrative peut être (ou peut être aussi) un crime, elles sont obligées de le déférer devant le ministère public.

Les autorités administratives peuvent confier l'enquête (l'«investigation», l'«instruction»), totalement ou partiellement, aux autorités policières et demander de l'aide à d'autres autorités ou services publics.

La seconde phase — *de nature judiciaire* — constitue le domaine d'intervention des autorités judiciaires (tribunaux), qui contrôlent la décision des autorités administratives.

Le tribunal compétent *ratione materiae* est toujours celui qui est désigné par la loi qui règle les infractions à caractère administratif en raison de la matière ou celui qui est désigné par les critères de la loi organique des tribunaux judiciaires (loi n° 38/87, du 23 septembre 1987).

Selon ces critères,

- il appartient aux *tribunaux du travail* de juger les recours contre les décisions des autorités administratives en ce qui concerne la poursuite des infractions à caractère administratif relatives au travail et à la sécurité sociale (article 66 de la loi n° 38/87, précitée),
- il appartient au *tribunal maritime* de connaître des recours contre les décisions du capitaine du port prononcées dans une procédure d'infraction maritime à caractère administratif (article 70, paragraphe 2, de la loi n° 38/87 et article 5 du décret-loi n° 19/84, du 14 janvier 1984),
- il appartient aux *tribunaux des petites causes* («tribunal de pequenas causas») de connaître des recours contre les décisions des autorités administratives dans les procédures d'infraction à caractère administratif dont la compétence n'est pas attribuée à un autre tribunal (article 77 de la loi n° 38/87),
- enfin, il appartient aux juges de police, dans les juridictions des communes («comarcas») où il n'y a pas de tribunaux des petites causes, de connaître du recours contre les décisions des autorités administratives dans les procédures d'infraction à caractère administratif (article 76, paragraphe 2, de la loi n° 38/87).

Dans toutes les matières où la loi-cadre des infractions à caractère administratif ne règle pas spécifiquement la procédure, les autorités administratives ou les autorités judiciaires doivent avoir recours aux «préceptes régulateurs de la procédure pénale», dûment adaptés (article 41, paragraphe 2).

Le principe de subsidiarité des règles de procédure pénale ne s'applique pas en ce qui concerne l'audience en première instance; le cas échéant, les éventuelles lacunes dans le décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, doivent être palliées par les «règles relatives au traitement des transgressions et des contraventions», à cette différence près qu'il n'y a pas lieu de consigner les preuves par écrit (article 66, dans la version du décret-loi n° 356/89, du 17 octobre 1989).

Récapitulons maintenant de façon systématique la *procédure*.

5.1. AUTORITÉ COMPÉTENTE POUR POURSUIVRE LES INFRACTIONS À CARACTÈRE ADMINISTRATIF ET POUR APPLIQUER LES SANCTIONS

Le système juridique portugais établit, en principe, la compétence des autorités administratives pour la poursuite des infractions à caractère administratif et pour l'application des «coimas» (sanctions administratives de nature pécuniaire) (article 33 de la loi-cadre).

Cette compétence se manifeste dans la *phase administrative* de la procédure relative aux infractions à caractère administratif.

Les règles de compétence pour la procédure et pour l'application des sanctions en ce qui concerne l'infraction à caractère administratif sont établies par les lois *ratione materiae*, qui désignent les autorités administratives compétentes et, *en cas de silence de la loi*, c'est le «membre du gouvernement responsable de la défense des intérêts que l'infraction à caractère administratif vise à défendre ou à promouvoir» qui procède à la désignation (article 34, paragraphes 1 et 2).

Le principe selon lequel la loi qui prévoit et sanctionne les infractions à caractère administratif détermine l'autorité compétente pour la procédure et pour l'application des sanctions a été accepté par le législateur, comme on peut le constater, à titre d'exemples, dans les décrets-lois suivants, qui montrent aussi qu'il y a plusieurs autorités compétentes:

- décret-loi n° 187/83, du 13 mai 1983 (infractions en matière douanière; procédure et application des «coimas» à la charge du directeur général des Douanes et du commandant général de la Garde fiscale);
- décret-loi n° 191/83, du 16 mai 1983 (infractions relatives à des substances alimentaires; procédure

et application des «coimas» à la charge de la direction générale de l'Inspection économique);

- décret-loi n° 202/83, du 19 mai 1983 (infractions relatives au contrôle métrologique; l'application des «coimas» relève de la compétence des directeurs des services régionaux du ministère de l'Industrie, de l'Énergie et des Exportations);
- décret-loi n° 422/83, du 3 décembre 1983 (infractions relatives à la défense de la concurrence sur le marché national; la procédure relève de la compétence de la direction générale de la Concurrence et des Prix; l'application des «coimas» relève de la compétence du conseil de la Concurrence);
- décret-loi n° 19/84, du 14 janvier 1984 (infractions maritimes; la procédure et l'application des «coimas» relèvent de la compétence du capitaine du port de la capitainerie concernée);
- décret-loi n° 28/84, du 20 janvier 1984 (infractions en matière économique et contre la santé publique; compétence du directeur de l'Institut pour la qualité alimentaire ou d'une commission composée de celui-ci, du directeur général de l'Inspection économique et d'un juge qui est le président);
- décret-loi n° 98/84, du 29 mars 1984 (infractions en matière d'arrêtés municipaux; l'application des «coimas» relève du corps exécutif de la municipalité et incombe à un de ses membres);
- décret-loi n° 103/84, du 30 mars 1984, et décret-loi n° 21/85, du 17 janvier 1985 (infractions aux ordonnances des préfets qui appliquent les différentes «coimas»);
- décret-loi n° 491/85, du 26 novembre 1985 (infractions en ce qui concerne le droit du travail; la procédure relève de la compétence de l'Inspection du travail, et l'application des «coimas» peut être déléguée à un inspecteur délégué ou à un inspecteur sous-délégué).

Il convient de souligner que les dirigeants des services auxquels a été attribuée la compétence pour la procédure et pour l'application des «coimas» «peuvent la *déléguer*», en principe, «aux dirigeants de degré hiérarchiquement inférieur» (article 34 de la loi-cadre, dans la version du décret-loi n° 356/89, du 17 octobre 1989).

Les règles qui viennent d'être énoncées au sujet de la compétence des autorités administratives connaissent quelques exceptions que la loi-cadre prévoit et appelle «particularités».

La première hypothèse concerne les situations de «concours de crime et d'infraction à caractère administratif» ou les cas où, pour le même fait, plusieurs auteurs doivent être inculpés, les uns à cause d'un crime et les autres à cause d'infractions à caractère administratif. En pareil cas, la procédure et l'application de la sanction relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire désignée par la loi de procédure pénale en vigueur (articles 38 et 39 de la loi-cadre).

La deuxième « particularité » — et non pas une exception, comme on pourrait le croire à première vue — concerne la faculté (qu'ont les autorités administratives) de confier, totalement ou partiellement, l'enquête (l'« investigation ») aux autorités policières et de demander de l'aide à d'autres autorités ou services publics. Dans ce cas, l'application de la « coima » relève de la compétence des autorités administratives (article 54, paragraphe 3).

5.2. LIGNES FONDAMENTALES DE LA PROCÉDURE PROPRE À L'INFRACTION À CARACTÈRE ADMINISTRATIF

Ainsi qu'on l'a vu, la procédure relative aux infractions à caractère administratif (même pour la phase administrative) doit suivre mutatis mutandis les règles de la procédure pénale en tout ce qui n'est pas réglé autrement par la loi-cadre des infractions à caractère administratif (article 41).

L'article 43 de la loi-cadre dispose que la procédure relative aux infractions à caractère administratif — même pour la phase administrative — doit être engagée d'office, ce qui signifie que l'autorité administrative compétente, lorsqu'elle a connaissance de la commission d'une infraction (par communication des autorités de police ou des services d'inspection ou encore par dénonciation particulière) doit engager la procédure prévue (article 54, paragraphe 1).

Il faut dire que les comportements sociaux sanctionnés par l'infraction à caractère administratif se rapportent presque toujours à la défense (protection) d'intérêts diffus ou ne protègent les intérêts individuels de chaque citoyen que d'une manière indirecte.

Il faut donc prendre en considération l'article 52 de la Constitution portugaise qui prévoit ceci :

« Le droit d'action populaire est reconnu à tous, personnellement ou par l'intermédiaire des associations de défense des intérêts en cause, dans les cas et selon les formes prévus par la loi. Il implique notamment le droit de promouvoir la prévention, la cessation ou la poursuite judiciaire des infractions contre la santé publique, la dégradation de l'environnement et de la qualité de la vie ou la dégradation du patrimoine culturel, ainsi que la possibilité pour la ou les personnes ayant subi un préjudice de réclamer une juste indemnisation. »

Quelques lois qui caractérisent les infractions à caractère administratif règlent le processus d'intervention des citoyens dans la procédure correspondante (voir l'article 23, paragraphe 3, du décret-loi n° 28/84, du 20 janvier 1984, et l'article 30, paragraphe 3, du décret-loi n° 191/84, du 16 mai 1984).

Quant à la procédure, elle peut se terminer à tout moment par le paiement volontaire de la « coima », pour autant que l'infraction soit punissable d'une

« coima » n'excédant pas 200 000 escudos. Le paiement doit être fait au minimum prévu, sans préjudice des frais dus (article 50 A).

À son tour, l'article 32, paragraphe 8, de la Constitution portugaise établit que, « au cours des procès pour infraction à caractère administratif les droits d'audition et de défense sont assurés à la personne poursuivie ».

C'est pourquoi la loi-cadre dont nous parlons établit la protection des droits de la personne poursuivie quant à la « possibilité d'audition » et à « l'assistance par défenseur (avocat) ».

L'application de toute « coima » est interdite « si l'on n'a pas précédemment garanti au prévenu la possibilité d'audition », quelle que soit la forme choisie à cet effet et que le prévenu fasse ou non un usage effectif de ce droit (article 50).

Toutefois, il faut souligner que, dans la procédure relative aux infractions à caractère administratif, l'assistance du prévenu par un défenseur n'est pas obligatoire, quoique la loi lui garantisse le « droit de se faire accompagner d'un avocat » choisi par lui.

En tout cas, « les autorités administratives désignent d'office un avocat lorsqu'une quelconque déficience du prévenu ou la gravité de l'infraction le justifient » [article 53, paragraphe 2⁽³⁰⁾].

Il est vrai que cette forme indéterminée adoptée par le législateur à propos de la désignation d'office d'un avocat pour la défense du prévenu présente un certain caractère arbitraire.

Dans le domaine des lois réglant les infractions à caractère administratif *ratione materiae*, le législateur prévoit quelques hypothèses susceptibles d'entraîner obligatoirement la commission d'office d'un avocat, en plus de ce qui est réglé d'une façon générique dans la loi-cadre; c'est le cas, par exemple, des infractions en matière de travail: « Lorsque le prévenu ne produit pas une réponse par écrit et ne se présente pas pour être entendu ("droit d'audition"), ou, dans le cas où il se présente, s'il est indéniablement incapable de se défendre lui-même et, lorsque la "coima" applicable ne dépasse pas la limite de 50 000 escudos (article 54, paragraphe 2, du décret-loi n° 491/85, du 26 novem-

⁽³⁰⁾ Comme on peut le voir, le prévenu dans la procédure relative aux infractions à caractère administratif a les droits et garanties de défense présentés ci-après: le droit d'être entendu en tant que droit subjectif du prévenu, sans lequel la « coima » serait nulle — ce droit, qui découle déjà de l'article 41 de la loi-cadre, qui désigne comme droit subsidiaire les règles de procédure pénale, est réaffirmé de façon autonome à l'article 50; le droit de se faire représenter par un avocat ou, de façon alternative, le droit d'avoir un avocat d'office; le droit à la communication des décisions prises dans le cadre de la procédure, par voie de notification comportant les informations nécessaires concernant la recevabilité, le délai et la procédure de recours; le droit au contrôle juridictionnel (recours) contre les décisions des autorités administratives pendant la procédure et le droit de recours contre la décision qui détermine la « coima ».

bre 1985), il est obligatoire de désigner un avocat d'office pour la défense du prévenu.»

Étant donné les règles de procédure pénale concernant les mesures de coercition et les dispositions des articles 42 et 43 du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, il semble légitime de conclure à l'interdiction d'utiliser dans la procédure relative aux infractions à caractère administratif non seulement la détention préventive, mais aussi certaines autres mesures de coercition prévues par le code de procédure pénale, à l'exclusion du procès-verbal d'identité et de résidence (article 196 du code de procédure pénale).

D'ailleurs, il nous semble qu'il n'y ait pas d'autres obstacles à l'utilisation des mesures de garantie patrimoniale — caution économique et saisie préventive — prévues par les articles 227 et 228 du code de procédure pénale, eu égard à leurs objectifs sous-jacents et à leur incidence.

Il y a également lieu de considérer qu'il y a interdiction de la détention en ou en dehors du flagrant délit pour une infraction à caractère administratif vu les conditions dont le texte constitutionnel [article 27, paragraphe 3, point a)] et les règles de la procédure pénale (articles 255 et 257 du code de procédure pénale) font dépendre une telle mesure, conditions qui ne s'accordent pas avec le type de «coïma» — non privative de liberté — qui correspond aux infractions à caractère administratif.

Toutefois, il convient de remarquer que l'article 49 du décret-loi n° 433/82, précité, permet aux autorités de police de «détenir» l'auteur d'une infraction à caractère administratif pris en flagrant délit pendant le temps nécessaire à l'identification, mais jamais au-delà de vingt-quatre heures dans les cas où l'identification n'est pas immédiatement possible.

Il ne s'agit pas d'une détention au sens strict, mais d'une situation proche de la «garde à vue» et, selon les dispositions de l'article 250, paragraphe 3, du code de procédure pénale, il convient d'interpréter la loi-cadre des infractions à caractère administratif de façon restrictive, en limitant à six heures au maximum le séjour au poste de police aux fins comminatoires prévues par ledit article 49 du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982, et non pas à vingt-quatre heures.

En ce qui concerne les moyens de preuve utilisables dans la procédure en matière d'infractions à caractère administratif, ils sont les mêmes que ceux de la procédure pénale, à cette différence près que sont *absolument prohibés* — dans ce type de procédure —, et contrairement à ce qui se passe dans la procédure pénale (article 126 du code de procédure pénale), les moyens d'obtention de preuve qui supposent une violation du secret de la correspondance ou des moyens de télécommunication ou impliquent la violation du secret professionnel, et *relativement prohibés* les autres moyens «qui vont à l'encontre de la protection de la vie privée, ainsi que les examens du corps et les tests sanguins», puisque leur validité dépend du

consentement de qui de droit (article 42, paragraphes 1 et 2).

Il faut, enfin, souligner que les «décisions, ordonnances et autres mesures prises par les autorités administratives pendant la procédure sont susceptibles de recours en justice de la part du prévenu ou de la personne contre qui elles sont dirigées» (article 55, paragraphe 1), sauf si elles sont simplement préparatoires des décisions finales et ne s'opposent pas aux intérêts ou droits individuels.

5.3. RECOURS CONTRE LA DÉCISION DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE QUI APPLIQUE LA «COÏMA»

Toute «décision de l'autorité administrative qui applique une «coïma» est susceptible de contrôle juridictionnel (recours)». C'est ainsi que commence la *phase judiciaire* de la procédure relative aux infractions à caractère administratif, par opposition à la phase administrative précédente.

L'instance est introduite par une «requête» qui peut être déposée tant par le prévenu que par son défenseur, mais jamais par le ministère public.

Ce recours doit être formé par écrit et constitué d'un exposé sommaire des moyens et conclusions.

L'objet du recours s'étend aux questions de fait et de droit, le juge pouvant définir le domaine de la preuve et étant tenu au principe de la vérité matérielle (article 72).

Les décisions finales de classement de la procédure par les autorités administratives ne sont pas susceptibles de recours.

La requête introductive doit être présentée dans le délai de huit jours par notification à l'autorité administrative qui a appliqué la «coïma» et qui doit la transmettre au ministère public dans le délai de 48 heures après sa réception. Le ministère public renvoie à son tour la procédure devant le tribunal de la commune («comarca») où a été commise l'infraction et qui est compétent *ratione materiae* pour connaître du type d'infraction en cause (articles 59, paragraphes 2 et 3, et 62).

La saisine du tribunal par le ministère public «vaut accusation». La loi-cadre des infractions à caractère administratif ne prévoyant pas l'effet de ce recours, on a conclu à l'application analogique des règles du code de procédure pénale qui lui confèrent un effet suspensif (article 408).

Toutefois, quelques lois réglant spécifiquement les différents domaines relatifs aux infractions à caractère

administratif *ratione materiae* — et du même degré hiérarchique que la loi-cadre — lui ont attribué des effets divers:

- l'article 79 du décret-loi n° 28/84, du 20 janvier 1984, dénie l'effet suspensif «au recours contre les décisions qui appliquent des "coimas" d'un montant inférieur à 300 000 escudos» pour les infractions prévues par cet instrument;
- l'article 5 du décret-loi n° 19/84, du 14 janvier 1984, dispose que «le recours contre les saisies ou les décisions des capitaines des ports qui appliquent des "coimas" n'a pas d'effet suspensif»;
- l'article 15, paragraphe 5, du décret-loi n° 21/85, du 17 janvier 1985, stipule que «les recours contre l'application des "coimas" dans les cas prévus au paragraphe 1 ne sont instruits qu'après le *dépôt préalable* du montant de la "coima"».

Il est à noter que, même après l'introduction du recours, les autorités administratives peuvent, pour des raisons de convenance ou d'opportunité, abroger la décision d'application de la «coima» avant le renvoi de la procédure devant le ministère public et que, même plus tard, tant l'accusation que le recours peuvent être retirés avant la décision finale (articles 62, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1).

Une fois la procédure saisie, le juge peut considérer qu'il n'est pas nécessaire de procéder à l'audience et, si le prévenu et le ministère public ne s'y opposent pas, statuer sur le recours par «simple ordonnance» sans autres démarches (article 66, paragraphes 1 et 2). Si le juge en décide autrement, il fixe la date de l'audience en accueillant le recours. Il doit aussi déterminer d'office le domaine de la preuve à produire et recueillir la preuve de tous les faits qu'il estime pertinents pour parvenir à une décision correcte (articles 65 et 72).

Il faut également souligner que le juge doit accorder aux autorités administratives «la possibilité d'apporter à l'audience les éléments qui leur apparaissent utiles pour statuer correctement», étant donné qu'elles peuvent participer à l'audience par le biais d'un représentant (article 70, paragraphe 1). Le tribunal peut ainsi garantir l'accès aux connaissances techniques spécialisées sur les problèmes spécifiques en cause.

En ce qui concerne l'audience et en principe, la présence du prévenu, de l'avocat commis d'office ou du ministère public n'est pas obligatoire.

Cette solution législative se comprend puisque le tribunal est non seulement la première instance de jugement *stricto sensu*, mais aussi et, surtout, cour d'appel lorsque les différents points de vue ont déjà été exprimés et dûment pris en considération et (aussi) parce qu'il est permis au tribunal de faire lire les déclarations faites auparavant par le prévenu ou, à cet effet, d'ordonner de recueillir sa déposition par commission rogatoire (articles 107, paragraphe 3, et 68, paragraphe 1).

Dans les cas où le tribunal juge néanmoins la présence du prévenu nécessaire pour éclaircir les faits, de même que la présence du ministère public, il en donne l'ordre ou le fait savoir (respectivement articles 68 et 69).

Lorsque le juge estime obligatoire la présence du prévenu à l'audience et que celui-ci ne comparait ni ne justifie son absence, le juge peut rejeter le recours pour autant que le ministère public ne s'y oppose pas; il peut aussi choisir entre les solutions prévues à l'article 68, paragraphe 2, du décret-loi n° 433/82, du 27 octobre 1982.

La décision (jugement) du juge sur l'objet du recours peut:

- rejeter le recours;
- ordonner le classement de la procédure (non-lieu);
- acquitter le prévenu;
- confirmer la décision de l'autorité défenderesse;
- réduire le montant de la «coima» infligée;
- ou augmenter ce montant, l'interdiction de la *reformatio in pejus* [articles 63, paragraphe 1, 64, paragraphe 3, et 68, paragraphe 2, point a)] ne s'appliquant pas.

La décision judiciaire finale rendue dans le cadre de ce recours peut, en principe, être appelée devant la cour d'appel compétente.

Dans la procédure relative aux infractions à caractère administratif, comme dans la procédure pénale, s'applique le principe de l'admissibilité maximale de l'appel de la décision judiciaire.

La portée d'un tel principe (au sein de ce type de procédure) est telle que, même dans les cas où la loi, en principe, nie la possibilité d'appel [articles 68, paragraphe 2, point a), et 73, point a)], cette possibilité est admise chaque fois que «la cour d'appel, à la demande du prévenu ou du ministère public, accepte l'appel de la décision» au motif qu'il s'avère manifestement nécessaire à l'amélioration de l'application du droit ou à la promotion de l'uniformité de la jurisprudence.

Outre la décision finale d'application de la «coima» sont aussi susceptibles de recours les décisions prises par les autorités administratives pendant la procédure. Le tribunal compétent pour connaître du recours est le tribunal d'instance du ressort où se trouve le siège de l'autorité administrative dont les actes font l'objet du recours.

La décision est rendue, en principe, par simple ordonnance, lorsqu'il n'y a pas de controverses concernant les faits, mais simplement sur des questions de droit, et que ni le prévenu ni le ministère public ne s'opposent à cette façon de procéder. Le juge doit faire figurer dans l'ordonnance une motivation sommaire (s'il maintient la condamnation ou la modifie), tant en ce qui concerne les faits et le droit applicable que les circonstances qui justifient le taux de la sanction. En

cas d'acquittement, l'ordonnance doit indiquer les raisons pour lesquelles les faits ne sont pas considérés comme prouvés ou ne constituent pas une infraction à caractère administratif.

La décision par voie d'audience se justifie toutes les fois que la matière de fait est controversée ou que l'on constate la fragilité des preuves.

En pareil cas, la présence du prévenu et du ministère public est obligatoire, et le prévenu a tout intérêt à comparaître sous peine que le juge rejette le recours (si le ministère public ne s'y oppose pas), juge, en faisant

acter que le prévenu ne s'est pas prononcé sur le contenu des procès-verbaux bien qu'il ait eu la possibilité de le faire, ou inflige au prévenu une sanction pécuniaire de non-comparution (variant entre 200 et 30 000 escudos). Ces décisions ne sont pas passibles de recours (article 68).

L'instance supérieure ne connaît que des questions de droit mais elle peut annuler la décision attaquée et renvoyer l'affaire devant le premier juge, ce qui oblige éventuellement à procéder à l'audience et peut, par ce biais, avoir une incidence sur l'appréciation des faits.

6. Aspects divers

En ce qui concerne la matière substantielle des infractions à caractère administratif, il y a lieu de préciser que le décret-loi n° 433/82, semblablement au code pénal, fixe à seize ans l'âge à partir duquel les personnes physiques peuvent être poursuivies pour ce type d'infractions, et le régime des causes de non-imputabilité pour anomalie psychique est semblable à celui qui se trouve à l'article 20 du code pénal (articles 10 et 11 du décret-loi n° 433/82).

Pour ce qui est de la possibilité de sursis à l'exécution de la «coima» appliquée, il ne nous semble pas y avoir d'obstacles à l'application des règles du droit criminel qui permettent, à titre exceptionnel, la suspension de l'exécution de la peine d'amende dans les cas prévus à l'article 48, paragraphes 1 et 2, du code pénal.

Dans le cadre du droit procédural des infractions à caractère administratif, la loi a prévu une forme de procédure plus rapide pour les cas d'infraction légère, appelée «procédure d'avertissement». Cette procédure est mise en œuvre lorsque sont réunies les circonstances suivantes:

- il doit s'agir d'une infraction légère à caractère administratif;
- l'autorité administrative estime qu'il est suffisamment dissuasif d'adresser un avertissement à l'auteur de l'infraction et de lui faire payer une somme d'argent ne dépassant pas à 500 escudos;

— le prévenu (informé du droit de refuser) est d'accord avec la décision de l'autorité administrative et paie la somme susmentionnée sur le champ ou dans un délai de cinq jours.

Si le prévenu n'accepte pas la décision de l'autorité administrative, la procédure suit normalement son cours, mais s'il accepte et ne paie pas ladite somme, nous considérons qu'il y a lieu de procéder à l'exécution patrimoniale, eu égard aux dispositions de l'article 51, paragraphe 3.

Une autre nouveauté concernant le déroulement de la procédure tient à la possibilité de la convertir (à l'initiative du tribunal ou sur requête du ministère public) en procédure pénale, lorsqu'il s'avère que les faits qui en font l'objet constituent matière criminelle (article 76, paragraphe 1).

En pareil cas, il y a interruption de l'instance en matière d'infractions à caractère administratif et instruction criminelle à partir de la phase d'enquête (article 76, paragraphe 2).

Il convient, enfin, de mentionner l'existence de quelques procédures spéciales dans le domaine des infractions à caractère administratif en fonction des objectifs spécifiques à atteindre:

- procédure de saisie (article 13);
- procédure autonome de saisie (article 84);
- recours contre la décision de saisie (article 85);
- procédure de recours extraordinaire (article 16), en plus de la procédure d'exécution visée aux articles 88 et suivants.

7. Incidence du système de sanctions communautaires sur le système national des infractions à caractère administratif

La réponse à cette question présuppose la connaissance du type de système de sanctions qui sera adopté par la Communauté. Aussi nous sommes-nous limités à formuler quelques-uns des problèmes que pourrait poser un tel système communautaire dans l'ordre juridique interne.

Les États membres de la CEE ont effectivement transféré et conféré à la Communauté de nouvelles compétences dans le but de poursuivre des objectifs communs de nature économique, notamment dans le cadre de la politique concurrentielle, commerciale, agricole, etc.

Au Portugal, le droit de «*mera ordenação social*» est particulièrement intervenu dans le règlement des comportements des divers agents économiques dans des secteurs correspondant à ceux qui viennent d'être mentionnés.

Même sans s'attacher à résoudre la *vexata questio* de la relation entre systèmes juridiques nationaux et communautaires réglant une même réalité, il nous semble que les structures législatives communautaires sont presque inévitablement appelées à intervenir dans des domaines déjà réglés par des normes internes, mais où l'État portugais apparaîtra non plus comme l'institution législative mais comme le destinataire de la règle de conduite communautaire et, par conséquent, comme l'auteur potentiel d'infractions à cette règle.

Ainsi, à notre avis, les exigences d'*unité*, d'*uniformité* et d'*efficacité* de l'ordre communautaire déconseillent la création d'un système d'infractions à caractère administratif communautaire devant être mis en œuvre selon les différents systèmes de contrôle juridictionnel.

Nous considérons, en outre, que les garanties de défense du prévenu face à la nécessaire complexité des règles communautaires relatives au système d'infractions à caractère administratif requièrent obligatoirement l'assistance technique d'un avocat qualifié.

L'efficacité du système à instituer dépend aussi de la possibilité de recours contre la décision non seulement d'application, mais aussi de non-application de la «*coima*» (sanction), contrairement à ce que connaît le système portugais.

En principe, les auteurs sont unanimes à considérer que la législation pénale et de procédure pénale incombe aux États membres de la Communauté.

Les États membres ont cependant transféré et attribué à la Communauté de nouvelles compétences pour la promotion d'objectifs communs de nature économique, principalement dans le cadre de la politique concurrentielle, commerciale, agricole, de l'environnement, etc.

Afin de garantir l'efficacité de la politique commune dans ces domaines, spécialement en ce qui concerne la concurrence, la Communauté a utilisé des mesures administratives, préventives et répressives, appropriées, mais dans le respect de la compétence exclusive des États membres en ce qui concerne la législation pénale. C'est pourquoi l'article 87, paragraphe 2, point a), du traité de Rome prévoit la possibilité d'instituer des amendes et des astreintes pour assurer le respect des interdictions de certaines pratiques anticoncurrentielles.

Ces sanctions typiquement administratives, qui se traduisent par le paiement d'une somme d'argent sont appliquées par la Commission et sont susceptibles de recours. Elles sont assimilables (dans cette perspective) aux sanctions du système portugais d'infractions à caractère administratif.

L'incidence sera donc faible par rapport à ce qui pourrait arriver si le système de sanctions portugais était trop éloigné de ce type de sanctions.

De toute façon, et sans avoir là non plus le souci d'aborder la *vexata questio* de la relation entre les systèmes nationaux et communautaires réglant la même réalité, il nous semble que la tendance et, par conséquent, l'incidence résulteront du fait que le système de sanctions communautaires interviendra vraisemblablement dans bon nombre de domaines où s'appliquent déjà les règles internes régissant les infractions à caractère administratif.

Il faut se rappeler, en outre, que la *directive* — qui est un instrument privilégié pour atteindre l'harmonisation des législations nationales —, tout en imposant des objectifs communs de nature économique ou technique, ne lie «les États membres destinataires que quant au résultat à atteindre», en leur laissant le libre choix de la forme et des moyens appropriés pour atteindre ce résultat (article 189 du traité CEE).

De cette façon, en raison de leur absence d'applicabilité directe, les directives communautaires relatives aux infractions à caractère administratif n'assurent que la coordination générique et programmatique des objectifs communs, leur exécution relevant de la conduite législative des divers États membres pour ce qui est de la réglementation spécifique de ces matières.

Il s'avère donc difficile de parvenir à l'unité, l'uniformité et l'efficacité d'un ordre communautaire des infractions à caractère administratif, «le choix et l'adoption des mesures destinées à atteindre le résultat» recherché par la directive communautaire appartenant individuellement et souverainement aux États membres.

Par ailleurs, les exigences d'unité, d'uniformité et d'efficacité posées par l'ordre juridique communautaire pourront produire vis-à-vis des comportements prohibés un effet dissuasif plus marqué que celui que le système interne a pu atteindre jusqu'à présent,

surtout si les directives communautaires ne font que caractériser les comportements susceptibles d'être considérés comme des infractions à caractère administratif et laissent aux législateurs nationaux le soin de prévoir des sanctions adéquates — du moins à ce stade et avec les risques que cela suppose.

En effet, la protection juridique des intérêts de la Communauté passe obligatoirement par une bonne connaissance des trois plans sur lesquels se situe le problème: le droit pénal, la réglementation communautaire et la coordination des ordres juridiques nationaux.

Affirmer que le droit pénal relève de la compétence des États membres, en excluant la compétence de la Communauté, est acceptable en tant que principe, mais il ne faut pas ignorer pour autant le degré d'influence qu'exerce concrètement la réglementation communautaire sur l'activité législative nationale.

À l'heure actuelle, l'impact du droit communautaire sur les systèmes nationaux est généralement reconnu, en particulier en ce qui concerne la limitation du champ d'application de certaines règles définissant une infraction: il s'agit de situations où divers secteurs d'activité sont régis par des dispositions extrapénales et des sanctions correspondantes ou de sanctions par le biais des dispositions pénales. Dans ce cadre, la réglementation communautaire exerce fatalement une influence sur le droit national. La complexité de cette question résulte du remplacement progressif de la réglementation extrapénale antérieure par la réglementation supranationale.

Par ailleurs, le droit communautaire tient progressivement compte d'une nouvelle série d'intérêts susceptibles de protection juridique ou juridico-pénale, qui se subdivisent en deux grands groupes: les intérêts «institutionnels», liés à l'existence et à l'exercice des pouvoirs supranationaux et ceux qui émanent des activités de la Communauté. L'importance des compétences de la Communauté, la redéfinition de la réglementation de domaines clés du droit des sociétés, l'intervention de la réglementation dans la protection d'intérêts collectifs pour pallier les lacunes de la législation nationale et l'implantation de régimes juridico-économiques spécifiques dans le domaine agricole se reflètent forcément dans la typologie des sanctions de la réglementation nationale et entraîne une profonde transformation du droit économique, notamment dans la perspective de la problématique de la pénalisation.

En fait, par exemple, l'intervention du droit pénal dans le domaine économique est notoirement due à un changement évident des valeurs vers lesquelles converge la conception des réglementations de ces dernières années et qui traduit la réprobation sociale face à des comportements préjudiciables aux intérêts directement liés au bien-être collectif.

Cette exigence d'un contrôle social accru des activités des entreprises est confortée par le fait que les fonds publics sont de plus en plus sollicités pour les financer.

Bien que les choses se présentent de cette façon, il convient cependant d'évaluer correctement l'«intervention pénale», compte tenu des diverses possibilités d'intervention dans le domaine de la protection des intérêts, afin de dégager un système de sanctions qui ne soit pas exclusivement pénal. Il faut, néanmoins, tenir compte des mutations ou transformations culturelles des sociétés, qui engendrent des exigences de protection accrue de certains intérêts et qui se reflètent dans l'échelle des valeurs pénalement protégées. Il ne faut pas non plus perdre de vue le principe de subsidiarité du droit pénal, nonobstant l'étendue des intérêts qui demandent une protection pénale. Sur cette question, par exemple, G. Grasso estime que «le phénomène revêt une signification particulière dans certains secteurs économiques où la réglementation communautaire a comblé les lacunes du législateur national (par exemple, réglementation de la concurrence et protection du consommateur)».

Si l'on part de l'hypothèse que les sanctions pécuniaires appliquées par la Commission des Communautés européennes ne sont pas de nature pénale — d'où le consensus quant à l'inexistence d'un système pénal communautaire —, il n'en demeure pas moins que les traités instituant la Communauté contiennent les bases juridiques fondamentales pour l'introduction d'un tel système. Estimant que ce point de vue trouve son fondement dans l'article 172 du traité, certains considèrent que cet argument justifierait l'application de sanctions qui pourraient présenter des caractéristiques identiques à celles des sanctions pénales.

Cette approche du problème suscite cependant certaines interrogations. En effet, l'article 192 du traité exclut la possibilité d'infliger des sanctions qui ne soient pas pécuniaires dans le cadre de l'application des règlements communautaires et révèle la nature non pénale de ces sanctions. Du reste, l'attribution aux institutions communautaires du pouvoir d'adopter des sanctions pénales représenterait bel et bien une limitation de la souveraineté des États membres.

La possibilité pour les institutions communautaires de disposer du pouvoir d'adopter des sanctions pénales irait à l'encontre des systèmes constitutionnels des États membres qui ont l'exclusivité de la production législative pénale.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que les institutions communautaires n'ont pas fait systématiquement usage du pouvoir d'appliquer des sanctions pécuniaires pour inobservation d'injonctions et de décrets. Cette autolimitation explique que l'on ait eu recours à l'«administration indirecte», c'est-à-dire que l'application des règles contenues dans ces textes communautaires est confiée aux États membres. On comprend donc que, dans des domaines aussi importants que celui des sociétés commerciales, la réglementation communautaire extrapénale ne prévoit pas de

sanctions, étant donné que, dans ces domaines, les États membres ont recours à des sanctions extrapénales et pénales pour réprimer les violations graves.

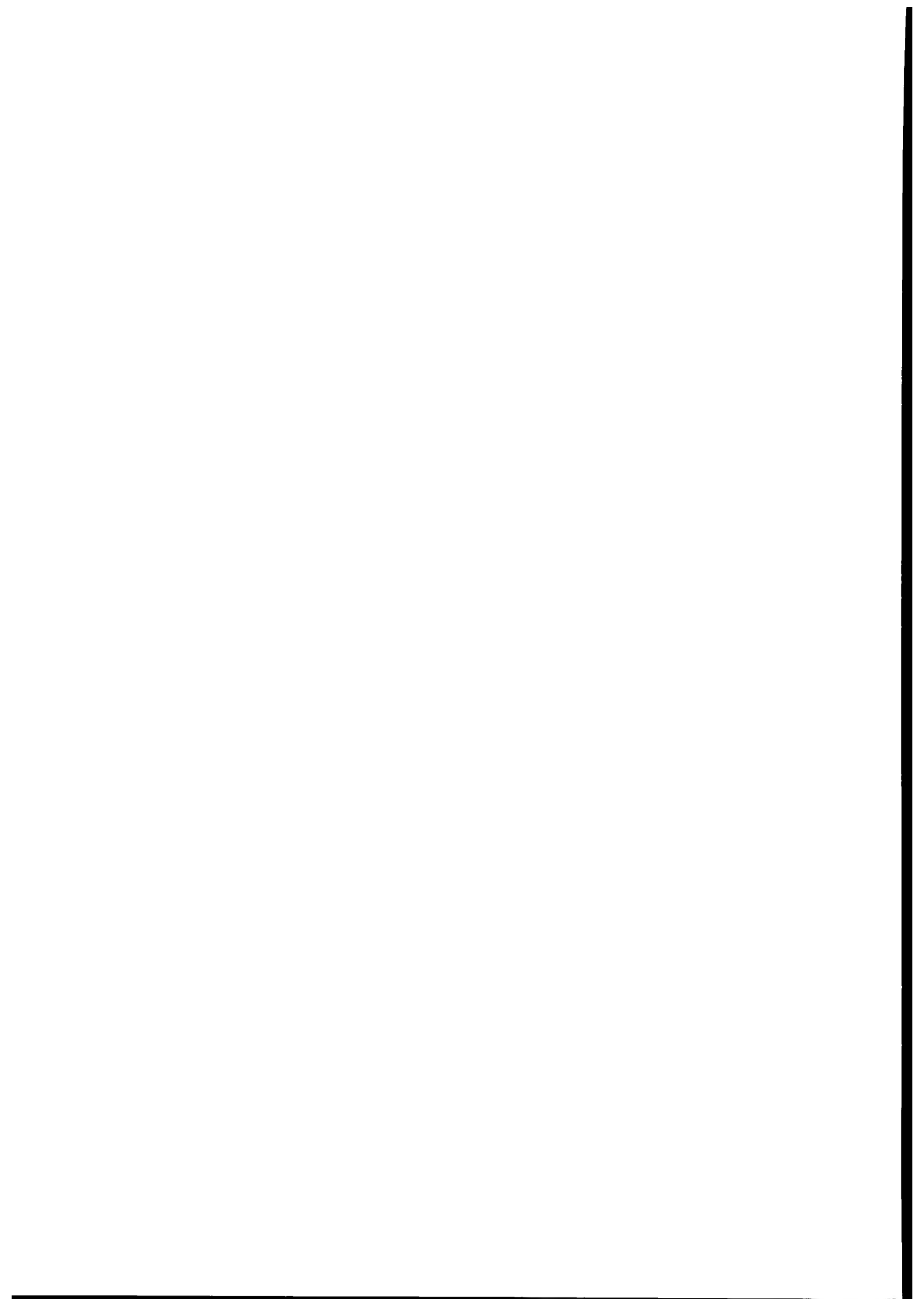
Cela étant, le système normal de protection des intérêts communautaires passe par le recours aux organes de répression des États membres qui, de leur côté, introduisent dans leurs systèmes juridiques les règles nécessaires à la prévention et à la répression des violations de la réglementation communautaire. Il s'agit, en quelque sorte, d'un pouvoir discrétionnaire limité par le principe général de l'article 5 du traité, mais dans le respect des dispositions communautaires

qui imposent des limites aux choix du législateur national, étant donné leur nature supranationale.

Or, quand on analyse chaque système juridique national, on s'aperçoit que la protection des intérêts communautaires n'est pas suffisante. S'il est vrai que le système actuel présente des avantages grâce à son degré d'efficacité supérieure par rapport à des instruments communautaires de répression, il ne faut pas oublier pour autant que le droit national se consacre en large part aux intérêts communautaires et que, de ce fait, ce que demande la Communauté est plus une adaptation qu'une innovation.

8. Bibliographie

- Antunes, P: «*As contra-ordenações laborais e o seu processo*» dans revista do Ministério Público, Ano VII, 27, Lisbonne, 1986.
- Beleza dos Santos: «*Ilícito penal administrativo*» dans revista da Ordem dos Advogados, 5, Lisbonne, 1945.
- Ciclo de Estudos de *Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra 1985.
- Correia, «*Direito penal e direito de mera ordenação social*», Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 49, 1973; *Direito Criminal*, I, Coimbra, 1963.
- Dias, M. G.: «*Breves reflexões sobre o processo de contra-ordenações*» dans revista do Ministério Público, Ano, V, vol. 20.
- Figueiredo Dias, J.: «*Lei criminal e controlo da criminalidade (o processo legal-social de criminalização e de descriminalização)*» dans revista da Ordem dos Advogados, 36, Lisbonne, 1976; «*Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*», dans revista da Ordem dos Advogados, 47, Lisbonne, 1983; *O problema da consciência da llicitude em direito penal*, Coimbra, 1969.
- Figueiredo Dias, J., et Costa Andrade, J.: «*Problemática geral das infracções antieconómicas*», Boletim do Ministério da Justiça, 262, Lisbonne, 1977.
- Jornadas de direito criminal: «*O novo código penal português e legislação complementar*», fase I, Lisbonne, 1983.
- Machado, M. P.: «*Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*», *Scientia Iuridica*, 35, janvier-décembre, 1986.
- Oliveira, M. E.: *Direito Administrativo*, I, Lisbonne, 1980.



United Kingdom

The system of administrative and penal sanctions

By
Professor L.H. Leigh
The London School
of Economics and Political Science

Manuscript completed in June 1991.

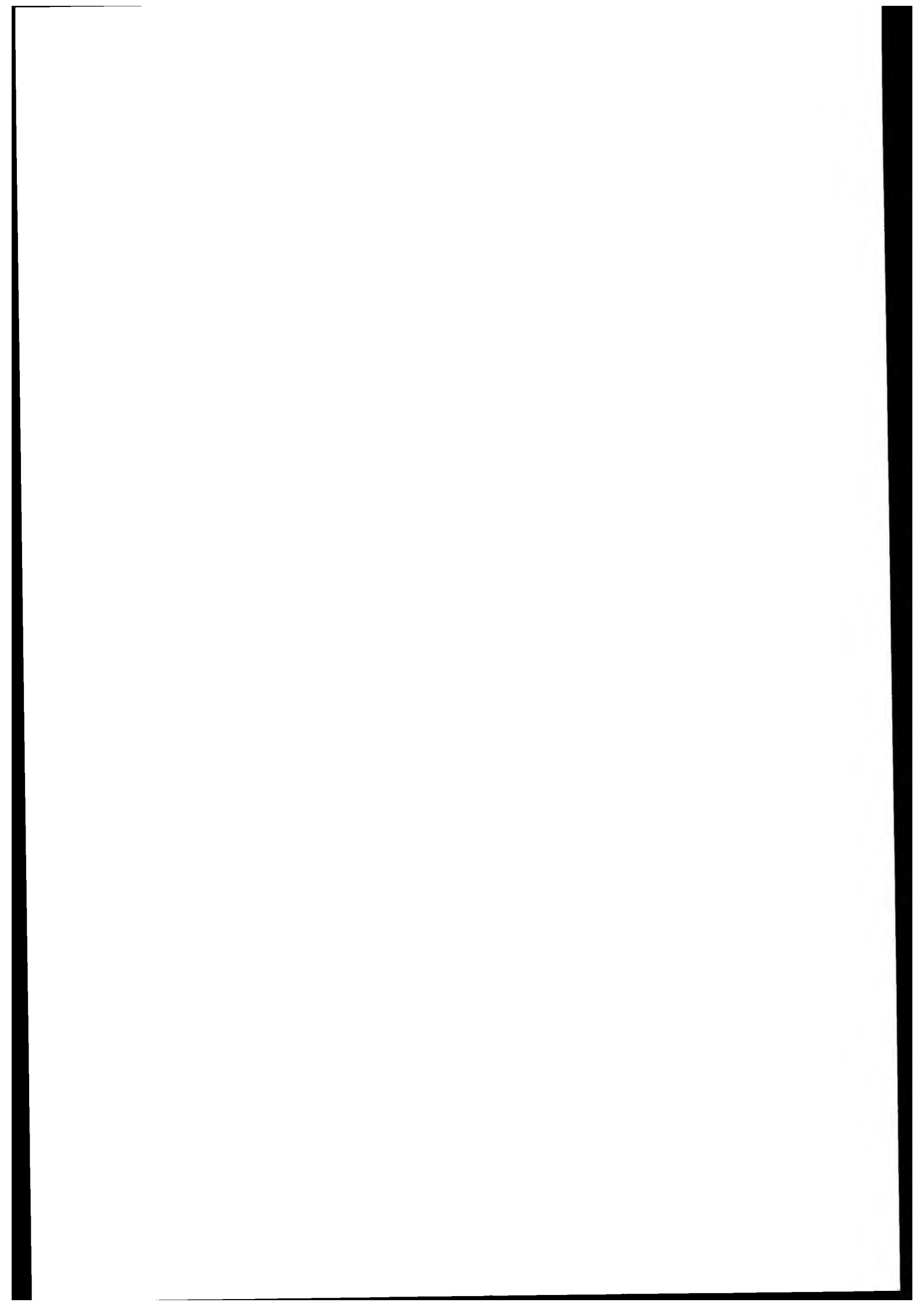
United Kingdom

LIST OF ABBREVIATIONS

JP	Justice of the Peace Journal
WLR	The Weekly Law Reports
AC	The Law Reports — Appeal Cases
QB	The Law Reports — Queen's Bench Division
TLR	Times Law Reports
SASR	South Australian State Reports

Contents

1.	Introduction	357
2.	Characteristics of the court and offence structures	358
3.	Some examples of administrative criminal law	360
4.	Concerning the AIDP recommendations: Questions of procedure	363
5.	Interaction between criminal and administrative sanctions	367
6.	Investigation and prosecution	369
7.	Principles of procedure	371
8.	Conclusions	373



1. Introduction

The questions raised by the Commissions methodological note (on the basis of which this study is prepared) presuppose, as indeed do the relevant resolutions of the first section of the 14th Congress of the Association Internationale du Droit Pénal (AIDP), that there exists a distinct system of administrative penal law. It cannot be said that such a formal system exists in English law, but it can be said that in certain sectors there is an interaction of administrative regimes and practices, and enforcement powers and criminal sanctions, such that one can speak sensibly of administrative criminal law. In its true context, these developments are not to be seen as directed primarily towards decriminalization, but rather towards ensuring an effective system of enforcement which cannot be achieved by the use of the criminal law alone. The remainder of this paper is directed towards an exploration of these themes.

1.1. This study is written in the context of new measures by the Commission of the European Communities, exemplified by the report on the harmonization of controls relating to the common agricultural policy and to fisheries, to impose controls on fraud and irregularities in connection with EC financial resources. These take the form of penalties, specified at Community level, so that the degree of protection will not vary in such a way and to such an extent as to violate the principle of equal treatment enunciated by the Court of Justice of the European Communities and accepted by the Commission.¹ In particular this study addresses the question not primarily of the

¹ Case 66/88 *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic* [1989] ECR 2965.

competence of the Commission to lay down provisions relating to controls and penalties in connection with the common agricultural policy and fisheries matters, but rather their conceptual compatibility with administrative law and, roughly, administrative penal law in England, and the extent to which the exaction of penalties interacts with doctrines of the criminal law. I assume also that a further purpose of this study is to determine to what extent systems of administrative penal law in the EC member countries achieve similar coverage and employ similar doctrines and procedures. Another may be to determine to what extent, assuming as is the case that such systems are not universal, there is sufficient parity of coverage and similarity of doctrines and procedures to facilitate the creation of a body of EC administrative penal law which might be employed without recourse to the administration of criminal law by the Member States. Thirdly, there is the question, as noted above, of the compatibility of EC control schemes with national law, for example whether such schemes encounter obstacles from national systems of administrative penal law and from generally applicable doctrines of the criminal law.² There is little enforcement history relating to these measures and, indeed, policy is still being worked out. Indeed, the Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP) is just now entering an active phase. Hitherto, few prosecutions have been brought and the Community-based measures are as yet largely untried.³

² For example, the scheme embodied in Council Regulation No 8/5 1990 (COM(90) 126).

³ The IBAP informs me that during 1990 only eight successful prosecutions were brought under all headings, but one case, concerning meat, took up much time. In relation to intervention stocks one prosecution was brought in the four years ending 31 December 1989 and this resulted in a conviction: see *High Court Debates*, 8 February 1990, col. 735w.

2. Characteristics of the court and offence structures

2.1. English law classifies offences according to the court which is competent to try them. Offences are thus classified as triable on indictment, triable either way, and triable summarily. The first category may be tried in the Crown Court. The second category may be tried either in the Crown Court or in a magistrates' court according to a process of election. The third category may be tried exclusively in a magistrates' court. The first category is limited and comprises the historically most serious criminal offences, for example murder, rape, robbery, aggravated burglary, arson, and perjury. The second category is broad and includes most offences of violence, theft, deception, and offences of forgery and counterfeiting. Some offences which typically might be thought to fall within a system of administrative criminal law fall within this category. The most numerous category are, however, offences triable purely summarily, for these will include offences relating to the sale of foodstuffs, weights and measures offences, offences relating to product safety, to the safety of workplaces, and to motor vehicles.⁴

The criminal courts thus cover a wide range of business and although reforms have been suggested which would remove matters into administrative tribunals, this has never been pursued.⁵ The reason for the involvement of criminal courts across such a wide range of matters is historical. Briefly, the Justices of the Peace, sitting in magistrates' courts, performed a wide range of governmental and indeed regulatory functions, sometimes under purely administrative procedures such as under the Licensing Acts relating to the sale of alcohol, and sometimes through the medium of the criminal law. As the administrative State expanded, it was natural to use the existing mechanism of enforcement which those courts represented. Hence the distinctive English system relied upon making breaches of much modern legislation criminal in form. This was not an exclusive response: administrative fines were provided for, particularly in relation to the emerging public utilities, but it was a common one.⁶ As a result, a wide range of matters attracted prohibitions which were, and are, criminal in form. Many attracted possible penalties of fine and imprisonment. Indeed, the possibility of imprisonment exists over a wide range of administrative offences, with the exception of those under bye-law, even though it is almost never imposed.

⁴ For an account of the structure of offences, see Emmins, C.J. *A practical approach to criminal procedure*, 4th ed., 1988, ch. 13.

⁵ See Tench, D. *Towards a middle system of law*, Consumers Association, 1982.

⁶ Among the nineteenth century discussions which are of interest are Dicey, A.V. *Law and opinion in England*, London, Macmillan, 1926; Maitland, F.W. *Justice and police*, London, Macmillan, 1885; Maitland, F.W. *The constitutional history of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1913, pp. 492-500.

2.2. Despite the prevalence of administrative criminal offences in English law, we cannot discern in it a system of administrative criminal law.

We must first note that all offences attract the normal criminal procedure pertaining to the category of severity to which each belongs. Except in some fixed-penalty cases provided for under road traffic legislation, charges will be dealt with in the Crown Court or in the magistrates' courts, according to the normal procedures of English criminal law.

Secondly, as noted above, virtually all offences are punishable with both fine and imprisonment. Admittedly, purely summary offences are not punished by imprisonment in practice, but for the purposes of defining a system, this is an obstacle. In any event, an adequate system of administrative penal law could not be restricted to those matters which are punishable purely summarily at the present time. Such a system would include pollution offences for example, but the possible penalties which apply to pollution are and always have been condign.

For example, where the offence is of depositing poisonous, noxious or polluting waste, the offence is punishable summarily by fine or imprisonment not exceeding six months or on indictment to a term not exceeding five years' imprisonment or a fine or both.⁷ For the offences of polluting controlled waters, a possible penalty of three months' imprisonment and a fine is provided on summary conviction, and up to two years' imprisonment if the case is tried on indictment.⁸ Yet these undoubtedly offences of strict liability and regulatory in character.⁹

Thirdly, while there are exceptional procedures which exist for certain categories of offences, for example commercial offences, their ambit and application is not uniform. We deal with these matters below, but at this juncture it may be noted that in company fraud cases administrative enquiries may be carried on, and that these attract exceptional powers to require persons to answer questions and produce documents without any guarantee against future incrimination. Wide powers to order production and compel statements apply to criminal investigations for serious fraud.¹⁰ In tax matters settlements in favour of the government may be assisted by cooperation from the taxpayer who relies on governmental forbearance not to bring a prosecution. A similar but not identical procedure exists, called compounding, under customs and excise legislation. These relate to the sorts of matters which are of interest to the European Communities.

⁷ Control of Pollution Act 1974, c. 46, s. 3 (3) as amended.

⁸ Water Act 1989, c. 15, s. 107 (6).

⁹ For details of the legislation and pertinent case-law (which does not, however, seem to deal with sentencing), see Bentil, J.K. *Criminal courts and the determination of liability for water pollution and waste disposal*, 154, JP 732, 1990.

¹⁰ Criminal Justice Act 1987, ss. 1-4.

Fourthly, the increasing preponderance of regulatory offences in English law is accompanied by a growth in crimes of strict liability, but here, as we will see, provision is made by affirmative defences, to provide a defence for those who are not morally at fault, understanding the limits of morality to be specified by the formalities of exculpation expressed in the legislation.

2.3. In a formal sense, then, as that term is understood in English law, regulatory offences simply are considered to fall within the formal definition of criminal law. The traditional view of English courts has been most recently restated in *Reg. v. Blandford J.J.*, ex parte *Pamment*, that a criminal cause or matter is one which if carried to its conclusion might result in the conviction of the person charged and in a sentence of some punishment such as imprisonment or fine.¹¹ In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General of Canada* Lord Atkin summed up the English approach to definition thus:¹²

'Criminal law connotes only the quality of such acts or omissions as are prohibited under appropriate penal provisions by authority of the State. The criminal quality of an act cannot be discerned by intuition; nor can it be discovered by reference to any standard but one: Is the act prohibited with penal consequences?'

It follows that administrative criminal law cannot at present be identified by definition, or by reference to the formal structure of penalties. It should be noted that English courts have not been troubled by such cases as *Ozturk* and have not, as yet, had to ponder the difference between 'droit pénal' and 'matière pénale'.¹³ This is a consequence of subsuming so much regulatory law under criminal law as such; human rights entitlements generally are admitted.

2.4. From this it follows that the scheme embodied in the regulations on controls and penalties is not criminal law as that term is understood in English law. The scheme is administrative in essence. The inspection provisions are purely administrative and not in the

nature of search procedures specified in criminal procedure. The recovery of aid improperly paid is again administrative. The penalties are administrative and civil inasmuch as they are not enforced through criminal courts. They are thus akin to penalties exacted in Britain by the Inland Revenue which, though often stipulated for as an alternative to prosecution, are nonetheless not thought to be criminal.

2.5. It does not follow that a structure of administrative penal law could not be created, nor that definitional problems could not be overcome. It is at least possible that this might require to be done by capitulation; the establishment of a list to which special procedures and penalties might apply. The United Kingdom Parliament would, for example, have the legislative power to create a category of administrative penal offences attracting penalties of an administrative character and the definitional approach noted above would actually lend itself to such a manoeuvre since the new system would not be working in penalties epistemologically described as criminal.

If such a development were thought desirable, it would be necessary to address a problem of double aspect. In brief, phenomena may, viewed from one aspect, appear appropriate for administrative regulation, while from another they may appear appropriate for criminal sanctions. Within the existing system of criminal law, for example, corruption of a public official carries a maximum penalty of seven years' imprisonment, while under customs and excise legislation certain cases of this sort may be dealt with on summary conviction.¹⁴ If obtaining a subsidy by deception is charged under s. 15 of the Theft Act 1968, the maximum penalty is 10 years' imprisonment. If the case is charged under s. 7 (3) of the Agriculture Act 1957 the maximum penalty, if the case is tried on indictment, is two years' imprisonment by the charge is more likely to be dealt with summarily where the maximum penalty is a fine or three months' imprisonment. This is but to say that if domestically or within the context of the Community it were thought desirable to proceed to a system of administrative criminal law in respect of infractions against the Community's interests, the problem of definition even within a system of capitulations would need to be addressed carefully. This is, however, to digress.

¹¹ [1990] 1 WLR 1490.

¹² [1931] AC 310.

¹³ See Delmas-Marty, M. 'Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain' in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Brussels, Éditions Némesis, 1986, pp. 195-216.

¹⁴ Customs and Excise Management Act 1979, s. 15.

3. Some examples of administrative criminal law

3.1. Before passing to a consideration of the specific concerns capitulated in the 14th Congress of the AIDP, it seems appropriate to indicate to what extent there may now be said to exist, viewed from a functional perspective at least, instances of administrative penal law in the English system.

3.2. It is sometimes suggested that the proper inquiry is into the ambit of strict liability in English law, but this cannot entirely be so. There are instances of strict liability which do not fall within the ambit of administrative law. Much motor vehicle legislation, for example that dealing with the obligation to ensure the safety of vehicles or that they be insured, simply bears upon the ordinary private individual as well as the business enterprise. Conversely, it is easy to see that offences cast in terms of *mens rea* could well form an adjunct to an administrative system of control.

3.3. Nonetheless, administrative penal law revolves around modern regulatory legislation. A famous generalization states:¹⁵

'First, many of the enactments apply not to the general public but only to certain traders, particularly to suppliers of food and drugs and vendors of alcoholic beverages. Others, having more general application as to potential offenders, are restricted to very few activities ... Next, many of these regulations and the conditions of conforming to them presuppose a continuous activity, such as carrying on a business. This implies that general standards regarding such conduct are important rather than isolated acts. Third, the public welfare enactments are relatively new. They represent relatively recent adaptations to an intricate economy, including an impersonal market ... Thus, fourth, the modern, regulations are not strongly supported by the mores.'

It would be possible to differ from this generalization in some respects. It is, however, a broadly accurate description. Such offences are, furthermore, very numerous. A study by *Justice*, published in 1980, identified 7 208 offences created by 466 statutes and 37 statutory instruments, and the number will certainly have expanded since then.¹⁶

3.4. English judges from an early period saw that strict liability was a necessary element in enforcement and have done so to this day.¹⁷ Their willingness to depart from accepted principles of *mens rea* was rationalized on the basis that the acts in question are

not criminal in the real sense, but are prohibited in the public interest under a penalty.¹⁸

It would be possible, but unprofitable, to discuss the tortuous principles which dictate whether an offence is to be construed as one of strict liability or not.¹⁹ It seems more profitable to draw attention to two considerations which reflect the emergence of this body of law as one of truly administrative penal law.

The first, to be developed further under section 4, is that typically administrative regulatory legislation which defines infractions in terms of strict liability, in providing for conditions of exculpation the burden of proving which normally falls upon the accused, specifies with some particularity what those conditions of exculpation are to be. In other words, the issue is not presented as whether the accused acted without negligence, but rather whether he acted in accordance with precise statutory criteria for exculpation.

The second is the way in which and the extent to which the criminal law was, from an early date, employed not as a primary vehicle for enforcement but as an adjunct to schemes which, typically, relied on explanation, exhortation and cooperation. This was seen from an early date in relation to the enforcement of factories legislation and modern studies have shown that this was indeed a preferred mode of regulation and not one which, as once was thought, was forced on regulators.²⁰ Cooperation rather than coercion was thought likely to produce optimal results.

3.5. These themes can be further developed through factory legislation and through pollution legislation. In respect of factories legislation the historic approach to enforcement stressed exhortations, visits by inspectors and warnings. Few prosecutions were brought, and then only where several warnings had been issued to proprietors without result. Typically, fines were low because courts concentrated on the case before them and could not impose fines on the basis that the enterprise had in fact previously been at fault.

The Health and Safety at Work Act 1974 imposed a new regime which created a Health and Safety Executive (HSE) vested with regulatory responsibilities in respect of health, safety and conditions of work in factories, which vested power in the executive to appoint inspectors, and which bestowed upon inspectors positive powers to order the rectification of dangerous situations and practices, and to order the

¹⁵ Hall, J. *General principles of criminal law*, 2nd ed., 1960, pp. 330-331.

¹⁶ See 'Breaking the rules: the problem of crimes and contraventions', *Justice*, London, 1980.

¹⁷ *Hobbs v. Winchester Corporation* [1910] 26 TLR 557.

¹⁸ *Sherras v. de Rutzen* [1895] 1 QB 918; see Lord Reid in *Sweet v. Parsley* [1970] AC 132.

¹⁹ On this see Williams, G.L. *Textbook of criminal law* 2nd ed., pp. 215-265, 1961, London, Stevens & Sons Ltd.

²⁰ For modern research see Richardson, G. Ogun, A. and Burrow, P. *Policing pollution* (Oxford, 1983); Hawkins, K. *Environment and enforcement* (Oxford, 1984) and compare Carson, W. 'The institutionalization of ambiguity: Early British Factory Acts' in Stotland, E. and Geis, G. *White-collar crime: Theory and research* (Sage, 1980).

cessation of dangerous practices. The criminal law occupies a supplementary role, that of punishing a failure to implement recommendations made by the inspectors.

The annual reports of the Health and Safety Commission indicate that these are the policies observed. That for 1988-89 discloses an emphasis on inspections leading to compliance. The report states:²¹

'HSE inspectors do not approach their task with a view to seeking out legal violations and prosecuting error. They seek to promote reasonable compliance with good standards. Where what they see could be improved, they will so advise; and feedback to HSE in that the advice and experience of its inspectors are greatly valued by employers. An essential part of the inspector's armoury is nevertheless the power to take enforcement action, either through the issuing of a statutory notice or, as a last resort, prosecution ...'

The report notes that in 1988-89 a total of 11 483 enforcement notices were served, whilst prosecutions were commenced in 2 234 instances and this, which reflects the historic pattern since 1974, is felt to be the right balance of enforcement activity.

It should also be noted that the conviction rate for those cases which are prosecuted is between 87 and 89.5%.²² The average penalty per conviction is low, UKL 547 in 1988-89, but in at least one instance where BP was prosecuted (in 1987-88) the penalty was very high — UKL 750 000.

3.6. a similar emphasis can be seen in pollution where the preferred strategy has long been one of use of the law as a last resort. Strategies of enforcement depend on what is seen as effective pollution work, and there is a tendency not to move too readily towards a sanctioning strategy as a means of control. The important consideration is that pollution be prevented and recurrence avoided, and prosecution is thought to be inimical to good working relationships. Only where all other methods have failed is prosecution instituted. The formal machinery of the law is thus regarded as appropriate only for big and bad cases.²³ That said, under new arrangements the incidence of prosecutions has increased since the Water Act 1989 and large fines have been imposed on industrial concerns.²⁴

This approach applies not only to water pollution but to other pollution as well. In air pollution the emphasis is on improvement notices, though prosecution is

possible.²⁵ Under the Environmental Protection Act 1990, minute administrative regulation, supported by sanctions is provided for all forms of pollution, waste disposal, statutory nuisance where abatement orders carrying a penalty for non-compliance may be made, and litter where a similar order may be made against the occupier of land.²⁶

It is perhaps pertinent to note that in certain Commonwealth countries where the British tradition is implanted, similar enforcement strategies can be discerned.²⁷ In these respects it cannot be said that the notion of administrative penal law is foreign to the system even though it may not be found in it as a discrete category.

3.7. A third instance of a procedure in which administrative penalties are emphasized, with the criminal sanction playing an essentially, but essential, subordinate role, occurs in relation to the enforcement procedures of the revenue departments.

In relation to customs and excise and VAT offences, the Customs and Excise has power to compound, that is, to settle the proceedings out of court on such terms as the Department think fit, normally the payment of a sum in respect of arrears of tax plus penalties claimed to be due. Where penalty proceedings are not compounded the matter may be brought before the criminal courts by way of prosecution, and indeed all VAT investigations start as fraud investigations. The Department's investigative powers, in particular powers to obtain documents, are wide. Claims arising from fraud and reckless action are generally geared towards the amount of tax due, while for 'regulatory' matters there is a mixture of fixed, tax-geared and daily elements.²⁸

In relation to the Inland Revenue, there is a long tradition of reliance on settlements and administrative fines. Interviews are conducted in accordance with the rules relating to criminal investigations. Only in serious cases, of the order of 25 per annum, will prosecution actually be commenced. In most cases, taxpayers, after having received due warning, cooperate with the Inland Revenue investigation into their affairs and then negotiate a settlement which takes account of culpability, of the tax due, and of the taxpayer's cooperation in the investigation. These practices, of some antiquity, proceed from the Inland Revenue's perception of its mission as one of collecting taxes. In the result there is an overwhelming emphasis on the use of administrative penalty provisions. As Tench

²¹ Health and Safety Commission, *Annual Report*, 1988-89, p. 4.

²² See Table 6, Health and Safety Commission, *Annual Report*, 1987-88.

²³ See Hawkins, *op. cit.* and especially chapter 10. For a discussion of the situation after privatization and the possibility also of private prosecution, see Macrory, R. 'The privatization and regulation of the water industry' 53, *The Modern Law Review*, 78, London, Stevens, 1990.

²⁴ 'Environment', *The Solicitor's Journal*, Vol. 134, No 48, London.

²⁵ 'The framework of environmental law', *Childright*, 59, 1989, pp. 9-16.

²⁶ Sutherland, E. 'Environmental Protection Act 1990', *The Solicitor's Journal*, Vol. 134, No 48, 30 November 1990, London.

²⁷ *Commonwealth Law Bulletin*, April 1989, p. 434.

²⁸ In general, see Committee on Enforcement Powers of the Revenue Departments (Chairman, Lord Keith of Kinkel), *Report*, Vol. 2, Cmnd. 8822, 1983.

points out, even where taxpayers are fraudulent, the Inland Revenue prefers not to invoke the criminal law.²⁹

3.8. Sundry other instances of the use of civil penalties may be found, but the above represent the important procedures. It seems clear that the tradition

²⁹ Tench, *op. cit.*, pp. 33-34.

of, effectively, diverting matters out of the criminal justice system has a respectable history of some antiquity in England as has the use of the criminal sanction as essentially an auxiliary tool of enforcement. There is thus no abstract reason why a system of administrative enforcement and administrative penalties could not be made to apply to EC benefit and funding regimes, either through national law or at a central level.

4. Concerning the AIDP recommendations: Questions of procedure

4.1. I now pass to a consideration of some of the rules which now apply to English criminal law since these contain principles and procedures which can facilitate the attainment of purposes to which proposals for a scheme of administrative penal law relate. In so doing, I have given close regard to the recommendations of the 14th Congress of the AIDP.

4.2. Principle 2 (a) of those recommendations specifies that the definition of infractions and sanctions relating to administrative penal law must conform to the principle of legality. This cluster of principles that criminal law should not be retroactive, or extended by analogy, should be certain, should be discoverable and should be strictly construed is now fully recognized in English law in respect of criminal law generally, and, importantly, has always been recognized as fully applicable to the modern public welfare offences.³⁰

4.3. Obviously, in the state of English law as it now exists there is no line to be drawn between administrative penal infractions and criminal law.

4.4. AIDP recommendation 2 (b) specifies that administrative penal responsibility of physical persons should be based upon personal fault (intent or negligence) whilst the nature of administrative penal sanctions makes the field of administrative law, more than criminal law, conducive to corporate liability.

4.5. In English criminal law, these two matters can be taken together. It has long been a matter of complaint on the part of English lawyers that offences of strict liability proliferate without regard to moral fault.³¹ I believe, with due respect to those who hold this view, that it is exaggerated. Offences of strict liability are enacted to meet a need, and one which has not otherwise been addressed, simply because we do not have an experience of a purely administrative category of offences similar to the German 'Ordnungswidrigkeiten'. As noted above, courts have recognized that to insist that the enforcement authority present proof of a culpable state of mind, in some of these contexts, would impose an impossible burden on it, and this, I would affirm, would be so even if the culpable mental state were one of negligence.

³⁰ For a general discussion with reference to English doctrine see Stuart, D.R. *Canadian Criminal Law*, 1982, pp. 13-18. The principal point of difficulty in England concerned common law conspiracies and in particular conspiracy to corrupt public morals, but today the judges take a restrictive view of their power to extend conspiracies of this sort and most other conspiracies are statutory under s. 1 of the Criminal Law Act 1977.

³¹ Hogan, B. 'Working Paper 2 — Strict liability', 1975, 2 *Ottawa Law Review* 258.

4.6. English law typically does make provision to accommodate moral fault within the framework of administrative penal offences. Admittedly, there are cases where liability is virtually absolute once it is proven that the offender's activity produced the *actus reus*. Pollution is an example of this.³² The available defences would seem to be restricted to Act of God and to the unforeseen intervention of a third party. It is worth noting that this severity was intended; Parliament feared that otherwise unmeritorious excuses would become common currency.³³ It is also true that under motor vehicle legislation no defences are provided so that fault must be accommodated either by the use of prosecutorial discretion, or by the evolution of common law defences, for example sudden mechanical defect.³⁴ Arguments that English common law should accommodate a general 'no negligence' defence have not prevailed.³⁵

For the most part, however, English regulatory offences do accommodate moral fault. As noted, English statute law is particularly rich in the provision of 'due diligence' defences. Tench notes:³⁶

'In legislation imposing strict liability in the consumer area, a defence is usually available to a trader who can prove (and the burden of proof is on him) that the offence was caused by some thing beyond his control, such as the act or default of someone else, and that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to prevent committing the offence himself. This mitigates to a considerable extent the harshness of the application of strict liability where the defendant is really blameless.'

We may now examine, however briefly, some of this legislation. The precise structure of statutory defences usually includes two components, whether the infraction was due to the act or default of another person, and whether the accused exercised due diligence to prevent the infraction. Some schemes allow defendants to rely on warranties from their supplier. Others enable the defendant to rely on the acts of a third party who is primarily responsible for ensuring the integrity of a scheme. Some enable the prosecution to proceed directly against a person or body who is deemed to be the principal offender.

The Weights and Measures Act 1985 gives an employee a defence to a charge of using false weighing equipment: that he used it in the course of his employment with another person and that he neither knew, nor might reasonably be expected to have known, the equipment to have been false or unjust. An innocent employee who was thus not the accomplice of his employer may be exculpated.³⁷

³² *Alphacell Ltd v. Woodward* [1972] AC 824.

³³ Sess. 1965-57, 551 *High Court Debates* (Vth series) cols 127 et seq.; 875 *High Court Debates* (Vth series) cols 122-123; *ibid.*, Vol. 877, col. 931.

³⁴ *Reg. v. Spurge* [1961] 1 QB 205.

³⁵ See further, Leigh, L.H. *Strict and vicarious liability*, 1982, chapter 4.

³⁶ *Op. cit.* at p. 15.

³⁷ Weights and Measures Act 1985, s. 17.

With respect to the sale of prepackaged goods where the fault is most likely to be that of the manufacturer or an intermediate supplier, it is a defence for the person charged to prove that he bought the goods from some other person as being of the quantity which the person charged purported to sell or represented, or which was marked on any container or stated in any document to which the proceedings relate or as conforming to any regulation applicable to such sale.³⁸ The accused must further show that he bought the goods with a written warranty from his supplier as to compliance with statutory requirements. Advance notice to the prosecution of reliance on warranty is required.

Other defences include that the offence was beyond the defendant's control but, in relation to the shrinkage of goods for example, no such defence may be advanced if it is clear that the factor was one which could readily have been foreseen.³⁹

If the offence was that of a third person, that person may be proceeded against directly.⁴⁰

In addition to the warranty defence just noted, s. 34 of the Weights and Measures Act 1985 provides a defence that the person charged prove that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of the offence.

4.7. Stringent administrative structures exist under other food legislation as well. This is in respect of three major offences under the Food Safety Act 1990, namely selling food not complying with food safety requirements (s. 8), selling food not of the nature or substance or quality demanded (s. 14) and falsely describing or presenting food (s. 15). The legislation provides, in s. 20, that where the commission by any person of an offence under any of the provisions of Part II of the Act is due to an act or default of some other person, that other person shall be guilty of the offence. He then may be charged and convicted of the offence, rather than the vendor.

A vendor or supplier may, however, be charged. In that event he may rely on a defence of due diligence, provided for by s. 21 of the Act. The scheme of the section is as follows. First, if the vendor wishes to use this machinery he must, within the time limited by statute, serve notice in writing on the prosecutor identifying the person who he contends is primarily liable. Secondly the vendor must then establish one of two sets of criteria which must be satisfied if the defence is to succeed.

The first set requires that the vendor or supplier prove that the commission of the offence was due to an act or default of another person who was not under his

control or to reliance on information supplied by such a person, that he, the vendor, carried out all such checks of the food in question as were reasonable in all the circumstances, or that it was reasonable in all the circumstances for him to rely on checks carried out by the person who supplied the food to him, and that he did not know and had no reason to suspect at the time of commission of the alleged offence that his act or omission would amount to an offence.

The second set applies only to a vendor. It is similar in character except that the vendor must show that the sale or intended sale was not to take place under his name or mark.

Other examples of such defences may be seen under the Fair Trading Act 1973, the Trades Descriptions Act 1968, the Consumer Credit Act 1974 and the Transport Act 1980; the Building Societies Act 1986, c. 53, s. 112; the Financial Services Act 1986, c. 60, ss. 4 (2) and 200 (8); the Fire Safety and Safety of Places of Sport Act 1987, c. 27, s. 36 (5) (b); the Consumer Protection Act 1987, c. 43, s. 39; the Water Act 1989, c. 15, s. 108 (5) (c); the Football Spectators Act 1989, c. 37, s. 9 (2) (b); and the Planning (Hazardous Substances) Act 1990, c. 10, s. 23 (5) (a). This gives some indication both of the differences in drafting of such defences which reflect the matters dealt with by them, and the variety of administrative matters to which such provisions apply. Due diligence defences are particularly important where what is in issue — the obligation imposed on a person or entity — is one to maintain a system.

4.8. It seems evident that English law, over a considerable range of offences, does provide for moral fault. What distinguishes those strict liability offences which provide such a defence from traditional crimes is a reversal of the burden of proof. Whereas in the case of traditional offences the fault state must be proved by the prosecution, in these cases the accused must prove an absence of fault and in so doing is held to satisfy legislative criteria, sometimes quite minutely expressed. I do not suggest that the terms on which such defences are conferred are always just: it seems clear that sometimes they are too severe. Nonetheless, the fault-free defendant very often enjoys a legal defence, and is not simply left to the exercise of prosecutorial discretion.

4.9. We may now pass to the question of corporate liability. This is fully recognized as a principle of English criminal law, and in respect of the administrative penal offences which have just been discussed, a corporate defendant will have the same defences open to it as would a natural person. Of course it can be more difficult to apply these defences to a corporation. Nonetheless, whether fault be required, or a showing of no fault be available as a defence, a corporation will in principle be dealt with in the same way as a natural person.

³⁸ *Ibid.*, s. 33.

³⁹ *Ibid.*, s. 35.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 32.

The decision in *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* illustrates some of the problems in applying a due diligence defence to a body corporate.⁴¹ The defendant, owner of a large number of supermarkets, was charged with an offence relating to misleading price offerings and sought to invoke a defence under s. 24 (1) of the Trade Descriptions Act 1968 that the offence was due to the act or default of another and that the company had exercised all due diligence to prevent its occurrence. The 'other person' was allegedly the store manager. The House of Lords, perhaps unexpectedly, holds that the company need not necessarily be identified with its store manager, that the test was whether the manager was of sufficient status in the company to be regarded as carrying out the functions of management, which he was not, and whether the company itself had adopted a sufficient compliance system, which it had. Conventional criticisms of this case suggest in fact that the company was dealt with too leniently by the courts.

The details of the law need not detain us further. The essential point is that in English law the same wide range of liability applies to a company as to natural persons, and that it does not seem necessary in the interests of enforcement to deprive corporations of 'no fault' defences which apply to sole traders and to partnerships.

4.10. Error of law. The English rule concerning error of law is strict and a consequence of classifying administrative penal law as criminal is to prevent reliance from any error of law doctrine save in two cases. The first is where subordinate legislation has not been properly published under the Statutory Instruments Act 1946, and the second simply consists of anomalous cases where legislation can be so construed as raising such a defence.⁴² Not even where a person acts under erroneous legal advice emanating from a government authority can he or she claim such a defence.⁴³ This is in marked contrast to other common law jurisdictions where, particularly with respect to regulatory offences, such a defence is either established or proposed. As an example, Canada may be cited, where a law reform proposal instances mistake or ignorance of law resulting from reliance on judicial decisions or on a competent administrative authority as founding a defence.⁴⁴

4.11. Complicity. The ordinary rules of complicity apply to regulatory offences as to all criminal offences. They are, however, typically added to by directors' liability clauses. The English law relating to complicity, in brief outline, specifies that accomplices to crime are tried and punished in the same way as

principal offenders.⁴⁵ A person may be liable either by encouraging the act or by assisting at the scene. He will be liable either for acts which he intends shall be carried out, or for crimes which are within his range of contemplation, or for conduct occurring as part of a criminal enterprise where, although he did not desire the conduct to take place or a particular consequence to ensue, these latter were foreseen by him as a real possibility. Liability, in other words, rests to a marked extent on a foreseeability principle.⁴⁶

4.12. Directors' liability clauses offer a wider ambit of liability. Typically, these go beyond complicity to penalize management failures to prevent the commission of regulatory offences. The most common modern form specifies that where an offence by a body corporate is proved to have been committed with the consent or connivance of, or to be attributable to any neglect on the part of any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or anyone purporting to act in that capacity he, as well as the body corporate, shall be guilty of that offence.⁴⁷

It will be noted that in this form, the legislation places a burden of proof on the prosecution both to prove that an offence was committed by a corporation, and that the director consented, connived or neglected. Unless fault can be brought to bear personally on the director or other officer, he is entitled to be acquitted. In the immediate post-war era, a different form was used which reversed the burden of proof so that once an offence was proved to have been committed by a corporation, liability on the part of a director was presumed. This formulation has fallen out of fashion.

Three further points should be noted. First, such clauses apply to quite serious cases, such as pollution: for example, in ss. 1 (4) (1) and 7 (5) and (6) of the Control of Pollution (Amendment) Act 1989, c. 14, and s. 177 of the Water Act 1989, c. 15, and in respect of which imprisonment is theoretically possible. The Law Commission's Draft Criminal Code proposes that in clauses of this character the phrase 'attributable to neglect' would apply only to offences of strict liability.⁴⁸ Secondly, these provisions are very seldom used. Thirdly, such clauses apply generally to bodies corporate; they only rarely apply as against partners in a partnership so that where a partnership is concerned, in the normal case, only those partners who

⁴¹ [1972] AC 153.

⁴² *Secretary of State for Trade and Industry v. Hart* [1982] 1 WLR 817.

⁴³ *Surrey County Council v. Battersby* [1965] QB 194.

⁴⁴ Law Reform Commission of Canada, *Recordifying criminal law*, Report No 30, pp. 31-32.

⁴⁵ Accessories and Abettors Act 1861, s. 8 as amended by Criminal Law Act 1977, Schedule 12.

⁴⁶ The foregoing is a brief summary of *DPP for Northern Ireland v. Maxwell* [1978] 1 WLR 1350; *Chan Wing Siu v. The Queen* [1985] AC 168; *Reg. v. Hyde* [1990] 3 WLR 1115.

⁴⁷ For example, see Food Act 1984, s. 94; Insolvency Act 1986, s. 432.

⁴⁸ The Law Commission (No 177), *A criminal code for England and Wales*, Vol. 1, cl. 31 (1) (b), at p. 57 and see explanatory notes, Vol. 2, pp. 216-217.

can be proved to have been personally at fault will be liable for an offence and unless the offence itself is particularly widely drafted, liability for complicity will not extend to neglect or failure of management duties of supervision. An example to the contrary is, however, s. 262 (4) of the Financial Services Act 1986 which provides that where a partner commits an offence, every other partner is also liable for it save for a partner who is proved to have been ignorant of or have endeavoured to prevent commission of the offence. A similar provision may be found in s. 42 (3) of the Companies Act 1989. It should be noted that in the normal case, a fine against one partner will probably be paid by firm funds and all partners will, to that extent, share in the loss.

Whatever may be their deficiencies from either a substantive or drafting perspective, these clauses do seek to enforce management's wide regulatory responsibilities by recourse to the criminal law and do so over a wide range of regulatory offences. This is seen as tolerable simply because the penalty will, in practice, be a fine against the individual if it is thought necessary to invoke such a clause.

4.13. Prescription. The general rule of English law is that time does not run against the Crown. That,

however, is not true of offences which are purely summary, a category which includes a wide range of motoring offences and certain other offences under regulatory legislation. To these, a time-limit of six months from the commission of the offence applies.⁴⁹ Indictable offences under the Trades Descriptions Act must be prosecuted within three years from the commission of the offence or one year from its discovery, whichever is the earlier.⁵⁰ All indictable offences under the Customs and Excise Acts must be prosecuted within three years from the commission of the offence.⁵¹ There are other time limits in English law but they relate to sexual offences and need not detain us here.

It will be obvious from the foregoing that, not only is there no system of administrative penal law to which a time-limit provision might apply, so also any coverage which existing law achieves concerning offences which might be so considered is coincidental and follows a distinction in terms of the gravity of a particular offence.

⁴⁹ Magistrates' Courts Act 1980, s. 127.

⁵⁰ Trade Descriptions Act 1968, s. 19 (1).

⁵¹ Customs and Excise Management Act 1979, s. 147 (1).

5. Interaction between criminal and administrative sanctions

In regulatory matters the range of orders which may be made by courts in other countries of the European Community is typically wide. While English criminal law does not generally provide accessory sanctions against persons convicted of crime (apart from confiscation orders in the case of drug offences and the profits of organized crime) a sophisticated regime of disqualifications has been developed for use against directors who have acted fraudulently or in violation of regulatory provisions pertaining to their companies, and against liquidators and other actors in insolvency. Persons can be prohibited from employment in the securities industry and such a prohibition can be enforced by the criminal law. Furthermore, civil and administrative procedures exist to buttress these rules. While in general a company may choose freely by whom it is to be managed, save in the case where a chosen individual has been disqualified by a court order, under the Insurance Companies Act 1982 the Secretary of State for Trade and Industry may rule that particular individuals are not appropriate to manage insurance companies.⁵² The same is true of the powers of the Bank of England respecting the banking industry.⁵³ Such provisions as these show plainly that while England may not have a system of administrative penal law, it certainly has developed schemes in which penal and administrative regimes interact, very largely in the interests of preserving the integrity of commerce and of the capital markets, both prime concerns of a trading and financial nation. It should also be noted, however, that certain of these prophylactic controls do not suppose that a criminal conviction was first obtained against an individual. A person may be precluded from managing an insurance company on general grounds of unfitness. It would be perfectly competent to the Commission to ordain by regulation that a person who had been found to have perpetrated irregularities in connection with subsidy schemes for example, should be precluded from participating in such schemes for the the future, either entirely or subject to conditions and for a fixed period or indefinitely. Such prophylactic measures would not be deemed to be criminal penalties in the present state of English law.

5.1. I have dealt with some of these matters in detail elsewhere. In broad outline, the disqualification powers under company legislation divide into two groups, of which the first relates to fraud and the second to failure to comply with administrative regulations, such as the duty to file financial reports.⁵⁴

⁵² Insurance Companies Act 1982 (c. 50) ss. 60, 61, 62, 63.

⁵³ Banking Act 1987, ss. 9, 11, 13 (4), 16 (1), 22, 23, 24 and Schedule 3 (Minimum Criteria for Authorization).

⁵⁴ For further details see 'The use of disqualification orders in British company law' in *Liber Amicorum Raymond Screevens, L'interdiction professionnelle en droit comparé*, Brussels, Éditions Némesis, 1986, pp. 177-186.

5.2. In outline, if a person is convicted of an indictable offence in connection with the promotion, formation, management or liquidation of a company, or with the receivership or management of its property, a court having jurisdiction to wind up the company or a court before which he was convicted may make a disqualification order against him. The maximum length of disqualification is five years if he was convicted by a magistrates' court and 15 years if he was convicted before a Crown court.⁵⁵ Similar periods apply where a person is convicted of the offence of fraudulent trading or for fraud in connection with insolvency proceedings. It should be noted that these provisions come into play whatever the offence of fraud to which the conviction relates, so that in some instances, for example, they will serve as a protection to Community interests to which a VAT prosecution or a prosecution for theft, deception, false accounting or conspiracy in substance relates. Their availability would of course depend upon whether a prosecution had been brought under national law. The making of such an order would not preclude the application of Community-specified preclusions and penalties against such a person.

Disqualification orders may also be made where the director is persistently in default in relation to the reporting requirements of the Companies Acts, in which case the period is for five years from the making of the order.⁵⁶ A person may also, provided that certain stringent conditions are made out, be disqualified after having been convicted of a summary conviction offence. The conditions relate to prior failure to comply with reporting requirements.⁵⁷

The range of powers concerning insolvency is also wide. A person with a record as director of insolvent companies may be disqualified. The intention obviously is to strike against both incompetence and fraudulently arranged insolvencies.⁵⁸

In addition to these powers a court has a discretionary power to order a disqualification against any person when the court is satisfied that the conduct of that person in relation to the company concerned makes him unfit to be concerned in the management of a company.⁵⁹ I refrain from discussing the procedure or the grounds in detail, but it should be noted that among the relevant matters for the court to consider are sales of assets at an undervalue, failures to comply with accounting requirements, and to maintain registers, and to register charges.⁶⁰ Plainly, the era of *laissez-faire* is past.

⁵⁵ Company Directors Disqualification Act 1986, s. 2.

⁵⁶ Company Directors Disqualification Act 1986, s. 3.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 5.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 6.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 9.

⁶⁰ For example, fixed and floating charges to which, I suppose, the nearest civil law analogues are hypothecations and nantissements.

In respect of financial services, the thrust of the Financial Services Act 1986 and the regulatory framework established under it is to regulate entry into the industry. In respect of prohibitions upon those persons whom firms may retain as employees, the Securities Investment Board may prohibit an individual from being employed in the investment business if it considers him not to be a fit and proper person. A person who is disqualified and who continues to act commits an offence and is liable to a substantial fine not exceeding level five on the standard scale.⁶¹ Similar provisions, as already noted, apply under the Banking Act 1987, for example in relation to authorizations and revocations of authority to foreign and domestic banks, and to changes in control.⁶²

5.3. I cite these as instances of the interaction of administrative and civil controls. They clearly form part of developed administrative schemes, even if they do not form part of a system of administrative penal law. For the sake of completeness it should be noted that the civil procedure of injunction may also be employed where the criminal sanction is low and where it has not prevented the commission of repeated

⁶¹ Financial Services Act 1986, s. 59.

⁶² Banking Act 1987, ss. 9, 11, 13 (4), 16 (1), 22, 23, 24 and Schedule 3.

criminal offences. This sort of procedure tends to be invoked by administrative authorities acting in, for example, food and drug and public health legislation.⁶³ It thus has some ancillary importance. It is not, however, a sanction employed in respect of offences where the criminal penalties are adequate.

5.4. The interaction between criminal and administrative controls, and between criminal and quasi-penal sanctions such as disqualifications pronounced consequent upon a criminal conviction can operate on different levels. In particular, administrative controls can be exercised without elaborate inquiries into criminal guilt and may well forestall the commission of serious criminal offences, for failures to abide by administrative reporting requirements may, for example, either accompany or serve as the handmaiden to fraud. Here there is an analogy to the administration of safety at work and pollution legislation, dealt with above, where enforcement notices may largely preclude, precede, but ultimately facilitate, criminal prosecution. Furthermore, an administrative body which inflicts an administrative penalty does not, thereby, necessarily forgo resource to criminal sanctions for the same matter. This is further explained in relation to double jeopardy.

⁶³ *A.G. v. PYA Quarries* [1957].

6. Investigation and prosecution

6.1. It is common knowledge that no single authority in England and Wales has a monopoly of the power to prosecute. The situation in Scotland is, of course, different in that there all prosecutions fall under the Lord Advocate. The fact that many prosecutions are carried on by different authorities means that the prosecution policies which the several agencies evolve can be tailored to what the agency sees as the exigencies of enforcement as it sees them. The mission of one agency, for example the Inland Revenue which concentrates on collecting tax, may be very different from that of another, though in many of these schemes there is, as we have seen, an emphasis on securing compliance with standards through cooperation.⁶⁴ The allocation of responsibilities for prosecution and, indeed, investigation is primarily sectorial. It is the result of pragmatism rather than any carefully conceived plan, and cannot, of course, refer to a category of offences.

6.2. Competence to investigate goes hand in hand with the capacity to prosecute. To discuss the English system of criminal investigation in general terms would seem irrelevant to this study. The extraordinary system of administrative inquiries which applies to company, banking, insolvency and securities industry matters may be thought relevant since this is yet another context in which there is a necessary coincidence between criminal law enforcement and the general regulation of sectors of trade and commerce. Despite exceptional powers bestowed upon the Serious Fraud Office in respect of the prosecution of serious frauds, it remains the case that administrative inquiries remain an aid to administrative, criminal and civil regulation of the sectors of the economy to which they relate.⁶⁵

6.3. I begin, albeit in outline, with the system of investigations which applies under companies legislation and which relates both to a company's trading activities and to interests in its shareholdings. Again, I propose to avoid detail in the interests of providing a basic account of the interests served by these procedures, the way in which they work, and their implications for regulation and prosecution. These investigations and inspections relate to serious matters, and not to venal strict liability infractions, but their significance goes beyond fraud into defaults of general management. Accordingly, it seems appropriate to discuss them in the context of administrative penal law.

Briefly, the Companies Act 1985 provides for inspections of and investigations into companies. As a

preliminary step, the Secretary of State may call upon the company to produce specified books and papers and to require an explanation of them. This power is not limited by reference to any specified purpose. A statement made by a person in compliance with its provisions may be used in evidence against him.⁶⁶

The Secretary of State may, of his own volition, order a full-scale investigation of a company.⁶⁷ Such an investigation is for specified purposes which comprehend that the company's affairs are or have been conducted with intent to defraud its creditors or the creditors of any other person or generally for a fraudulent or unlawful purpose, or in a manner which is unfairly prejudicial to some part of the members, or that any actual or proposed act or omission would be unfairly prejudicial, or that persons concerned with its management have been guilty of fraud or misfeasance or other misconduct towards it or its members, or that the company's members have not been given all the information which they might reasonably expect.⁶⁸ It will be noticed that not all the grounds referred to above are criminal or, indeed, quasi-criminal or administratively penal: *matière pénale* rather than *droit pénal* to use Delmas-Marty's evocative terminology.⁶⁹

Persons may be required to cooperate with inspectors and, indeed, may be forced to incriminate themselves without any legal protection against the use of statements which they may make in later criminal proceedings.⁷⁰ The production of documents may be compelled, persons may be required to give evidence concerning the matters under investigation, the bank accounts of directors may be required, and refusal to give evidence may be dealt with as contempt of court.⁷¹

Any report made by the inspectors may be acted upon, either with a view to bringing prosecutions which may be for fraud, or for breaches of administrative reporting requirements, and which may result in disqualification as well as conviction, or with a view to procuring a winding-up order, or civil redress for the company and its shareholders.⁷²

6.4. It seems sufficient simply to mention that such powers also exist concerning investigations into shareholdings.⁷³ In respect of insider dealing, the Depart-

⁶⁴ For a relatively complete list, see Royal Commission on Criminal Procedure, *Prosecutions by private individuals and non-police agencies*, Research Study No 10, HMSO, 1980.

⁶⁵ This does not refer to the comprehensive regulation of all aspects of business and commercial activities since the United Kingdom is predominantly a free-market economy.

⁶⁶ Companies Act 1985, s. 447 (8).

⁶⁷ *Ibid.*, s. 432. Under s. 431 he may also order an investigation on requisition by the shareholders, but it seems unnecessary to take account of that procedure here.

⁶⁸ Companies Act 1985, s. 432.

⁶⁹ 'Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain' in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Brussels, Éditions Némésis, 1986.

⁷⁰ Companies Act 1985, s. 434; see *Reg. v. Seelig and Lord Spens*, *The Independent Law Reports*, 3 May 1991.

⁷¹ *Ibid.*, s. 436 as amended.

⁷² Companies Act 1985, s. 438 as amended and s. 440.

⁷³ *Ibid.*, ss. 442-444.

ment of Trade and Industry has powers as ample as those which it possesses in relation to company investigations generally.⁷⁴ Insider trading is, of course, a serious offence with a maximum penalty of seven years' imprisonment. Extensive powers of investigation are also provided under ss. 41-47 of the Banking Act 1987. The Bank of England may investigate the affairs of authorized institutions, papers may be demanded and, under s. 41 (10), a person's incriminating statements may be used against them. Similar provisions apply to suspected contraventions.

6.5. I mention the Serious Fraud Office at this juncture but it really falls outside the scope of this paper. In the investigation of serious commercial fraud that office may call for documents and demand explanations, but in respect of answers given, the suspect benefits from a right not to incriminate himself, for whatever utility that may have in prosecutions so often based on data in records, both paper and electronic.⁷⁵

⁷⁴ Financial Services Act 1986, s. 177.

⁷⁵ Criminal Justice Act 1987, s. 2.

6.6. Four points may be asserted with confidence from the foregoing discussion. The first is that these procedures form part of an ensemble of controls which are directed towards ensuring that companies shall be managed with probity, and secondly that they have an importance both in respect of serious fraud prosecutions and in respect of the enforcement of administrative rules and regulations. However administrative penal law may be defined, they are relevant to some aspects of it. Thirdly, they form an important part of developed regulatory schemes. Fourthly, these procedures give exceptional powers to the Department of Trade and other regulatory authorities, which are pregnant with heavy consequences for persons who are required to cooperate in them. It is not fanciful to conclude that, despite the wide powers given to the Serious Fraud Office in connection with serious fraud, such powers would not readily have been conceded under other commercial legislation had the procedures not been seen as primarily administrative, though consequentially penal. This may have implications if one considers the question what powers might be conceded to enforcement agencies were it desired to move towards either a central EC scheme of administrative penal law, or to a common scheme of national administrative penal law structures.

7. Principles of procedure

7.1. Paragraph 3 (a) of the AIDP resolutions specifies that the presumption of innocence and the principle that the defendant can be sanctioned only if the violation has been proved beyond a reasonable doubt should be respected in administrative penal law.

7.2. In English criminal law, at whatever level, the presumption of innocence is a, perhaps the, basic principle.⁷⁶ If at the end of the prosecution's case a doubt remains, the accused must be acquitted. The operation of this principle is, however, affected by the principle of proof beyond a reasonable doubt and, in particular, what matters must be proved beyond a reasonable doubt. Here, as we have noted, much regulatory legislation permits a conviction to be recorded where it is proved that the accused did the acts or omitted to take steps voluntarily. It is normally necessary to prove that the act or omission was voluntary, but it is, in these offences, not usually necessary to prove that the accused acted intentionally, recklessly, or negligently.

7.3. It follows that only a restricted range of issues falls within the burden of proof. In respect of 'due diligence' defences, the accused must usually prove, on a balance of probabilities, that he acted in compliance with legal requirements. Once, however, evidence of this exculpatory character is adduced, the prosecution must then disprove it and satisfy the normal burden of proof across the range of matters in issue before the court. In a purely administrative procedure which will not be dealt with in either a criminal or a civil court, the lines are often rather more blurred. In pursuing taxpayers the Inland Revenue probably does not start from any presumption of innocence, nor would it formally consider itself to be subject to a burden of proof. It would, however, be mindful, as would the taxpayer, of the difficulty of obtaining an administrative settlement in the absence of cogent evidence and, therefore, a real possibility of a conviction should the need arise. The Customs and Excise require evidence of guilt before compounding a matter.

7.4. In all cases, whether tried summarily before magistrates or at Crown Court level, the defendant has the right to be informed of the charges and evidence brought against him, the right to be heard, and the right to counsel. The rules of natural justice are fully respected before English courts.

7.5. Because English law does not have a special category of administrative offences, proceedings will be brought before the ordinary criminal courts. Consequently, AIDP principle 3 (c) as it is formulated

cannot apply to English law. In general, however, review of criminal convictions for matters tried in the magistrates' court can be had, if the facts are agreed, by a procedure known as 'case stated' which is heard in the divisional court. If the facts are not agreed, an appeal may be brought to a Crown Court composed of a judge and two magistrates.⁷⁷

7.6. If an administrative order is made consequent upon a conviction it may be possible to challenge it either by appeal if the order forms part of the sentence of the court, or by an application for judicial review to quash or modify it.⁷⁸

In respect of penal law at whatever level, the principle of reviewability of decisions is accepted.

7.7. AIDP principle 3 (d) raises the issue of double jeopardy. As a formal matter English law recognizes that the principle only applies as between decisions of courts, whether domestic or foreign.⁷⁹ If it is desired that an acquittal or conviction in a criminal court shall bar an administrative procedure, Parliament must explicitly provide for this as it did in respect of the effect of acquittals and certain convictions for crime on police discipline procedures.⁸⁰ Parliament does not often do so.

The AIDP statement is, however, directed towards a situation to which the nearest analogy in English law is the case where a person, having been charged with, perhaps, an offence which carries a light maximum penalty, is charged with a similarly defined offence relating to the same facts, but which carries a much heavier penalty. On this issue English law is so complicated that any brief answer, such as that which I venture here, will be to a degree misleading.

First, a conviction for a lesser offence will bar conviction for a greater unless the two can be differentiated, either as being different in substance or as one in which the more serious offence presents a consequence of the act which did not exist when the first conviction was recorded. The latter case is exemplified by the proposition that a conviction for assault with intent to cause grievous bodily harm does not bar a later conviction for murder if death supervenes after the initial trial.⁸¹

7.8. Secondly, there is an emphasis in English practice on the trial in the same proceedings of all offences connected with the same incident. This is most clearly marked in serious criminal cases where it is the

⁷⁷ For details, see Emmins, C.J. *A practical approach to criminal procedure*, 4th ed., 1988, pp. 354-356.

⁷⁸ The procedure is known as an application for judicial review under Order 53 of the Rules of the Supreme Court.

⁷⁹ For double jeopardy to foreign courts, see *Thomas* [1984] 79 *Criminal Appeal Reports* 200.

⁸⁰ Police and Criminal Evidence Act 1984, s. 104. For discussion, see Leigh, L.H. *Police powers in England and Wales*, 2nd ed., 1985, pp. 283-284.

⁸¹ *Reg. v. O'Loughlin, ex parte Ralphs* [1971] 1 SASR 219.

⁷⁶ *Woolmington v. Director of Public Prosecutions* [1935] AC 462.

practice to join all such offences as separate counts in the same indictment, thus preventing double jeopardy problems from arising. Indeed, it is now possible to join certain summary offences in an indictment.⁸² The power of joinder does not exist before magistrates' courts. Typically, cases before the magistrates are less complicated and the power is not needed in respect of public welfare offences in most circumstances. If the same facts present a series of offences, different information may be issued and heard consecutively. Again, the effect is to prevent double jeopardy problems from arising.⁸³ In the result, in English law persons will neither be tried nor punished twice for the same offence.

7.9. With specific reference to the CAP and fisheries regulations, it may be said that the principle of double jeopardy does not apply to preclude prosecution for a matter in which a settlement has been reached. Indeed, the invariable practice of the Inland Revenue when investigating a taxpayer's affairs is to warn him that while he may well not be prosecuted if he discloses his affairs fully and accepts an administrative settlement, no guarantees of non-prosecution can be offered. In the result a person may be both assessed to a penalty and convicted.

This is simply the result of the proposition that double jeopardy only applies as between courts of record and only to criminal matters. *Ex hypothesi*, settlements in tax matters, for example, are not criminal because

⁸² Criminal Justice Act 1988, s. 40.

⁸³ Technically, 'double jeopardy' applies only to trials on indictment, but in summary cases the same effect is produced by the maxim *nemo debet bis vexari*.

they take place at a stage anterior to prosecution and are at most collateral to it, in the sense that a court may, in imposing sentence if a prosecution is brought to a successful conclusion, take such a settlement into account in assessing a criminal penalty. It is, however, possible to envisage a court using the discretion which it has to stop a prosecution in circumstances where an administrative body had given an undertaking not to prosecute in the event of the person concerned cooperating in an investigation and accepting a settlement. The power to stop a prosecution for abuse of process is, however, a discretionary power and probably would not be used in a person's favour where no undertakings not to prosecute were given.

7.10. In these circumstances, questions of enforcement policy assume a primary importance. Briefly, it will be necessary for the Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP), for example, to settle a policy under what circumstances it will both exact penalties administratively and/or proceed to prosecute, for example for obtaining funds by deception contrary to s. 15 of the Theft Act 1968, or for false accounting. Clearly, the gravity of the infraction will be important. IBAP is, currently, engaged in settling policy concerning these matters with the Commission. It should additionally be noted that whether enforcement of the regulations is seen as national or supranational, the same analysis applies to the problem. For English criminal law, the relevant question is whether a fraud has a territorial connection with England as clearly it will have if, for example, it is a fraud upon the intervention system. It occurs within the realm. The provenance of the scheme is immaterial; whether funds be national or supranational, a fraud can be located within the realm.

8. Conclusions

8.1. We may first say that systems of administrative control with associated offences do exist and that these may truly be said to constitute a body of administrative penal law — both by reference to the way in which they are enforced as well as by reference to conditions of guilt and exculpation: in the latter respect, the need for the accused to show compliance with precise statutory requirements. The matters which are brought within these structures are determined pragmatically, having regard to the exigencies of enforcement in the widest sense, not with reference primarily to deterrence, but rather compliance.

8.2. It is also appropriate to remark that in some areas which fall outside the traditional ambit of criminal law, or which have proven to be resistant to ordinary criminal procedures, commercial fraud being an example, Parliament has departed from traditional criminal procedures and the protection which they convey. This is done with reference to inquiries and procedures labelled administrative but which, functionally, extend into areas of criminal law where, classically, the aim is punishment. In turn, these interact with administrative-type procedures, such as disqualifications. Here, however, we are not dealing with minor offences.

8.3. Thirdly, most such systems contain human rights guarantees, either because such guarantees are built into the criminal process or because they are brought into the procedure by interpretation. The right to be represented at administrative inquiries, and the facility afforded to the witness (who may well become a suspect) to see a proof of his evidence is an example. On the other hand, such guarantees are not always adequate and certainly in relation to inquiries under companies and insolvency legislation, for example, the privilege against self-incrimination has been eroded as indeed has the right to silence. It is doubtful whether this would have been tolerated had such procedures

been unambiguously classified as criminal, but they are, rather, thought to be administrative in essence.

8.4. Fourthly, some procedures which do not involve the criminal process directly, for example the use of administrative and civil procedures by the Inland Revenue in the case of tax fraud, are largely devoid of human rights guarantees. In effect, the citizen, by agreeing to cooperate with a view to avoiding prosecution, renounces the benefits of those guarantees which mark the criminal process. This is an example of an administrative procedure which is operated in a stringent fashion.

8.5. Fifthly, the idea that England might move away from a traditional criminal model towards a system of administrative penal law has gained some support in recent years. *Justice* recommended a system in which a large number of relatively minor, strict liability offences, would become contraventions and would fall outside the criminal law. Such contraventions would, however, continue to be tried in magistrates' courts. The underlying purpose of this proposed reform is to increase respect for the remaining, truly criminal part, of the criminal law. I doubt whether the criminal law loses respect through the proliferation of offences, but I accept that I may be in a minority on this issue. Tench would go farther; the administrative agency vested with the matter would be free to start proceedings for a civil penalty or for a settlement with the contravenor, and would use court procedure in the last resort. These proposals have never been accepted by government. Clearly, much work would have to be done before such schemes could operate. Nonetheless, the notion of administrative penal law is not foreign to English thinking.

8.6. Finally, schemes of the sort propounded for fisheries and the CAP are not criminal in essence according to English law. Accordingly, they must be considered to be competent to the Commission. Their harmonization with English criminal law raises questions of practice and policy rather than theory and these are presently under consideration.

European Communities — Commission
Communautés européennes — Commission

**The system of administrative and penal sanctions in the Member
States of the European Communities**
Volume I — National reports
Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales
dans les États membres des Communautés européennes
Volume I — Rapports nationaux

Document

Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities
Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés euro-
péennes

1994 — 373 pp./p. — 21,0 × 29,7 cm

Volume I: ISBN 92-826-6017-6

Volumes I + II: ISBN 92-826-5769-8

Price (excluding VAT) in Luxembourg:
Prix au Luxembourg, TVA exclue:

Volume I : ECU 55

Volume I + II : ECU 66,50

**Venta y suscripciones • Salg og abonnement • Verkauf und Abonnement • Πωλήσεις και συνδρομές
Sales and subscriptions • Vente et abonnements • Vendita e abbonamenti
Verkoop en abonnementen • Venda e assinaturas**

BELGIQUE / BELGIE

Moniteur beige / Belgisch Staatsblad
Rue de Louvain 42 / Leuvenseweg 42
B-1000 Bruxelles / B-1000 Brussel
Tel. (02) 512 00 26
Fax (02) 511 01 84

Autres distributeurs /
Overige verkooppunten

**Librairie européenne/
Europese boekhandel**

Rue de la Loi 244/Wetstraat 244
B-1040 Bruxelles / B-1040 Brussel
Tel. (02) 231 04 35
Fax (02) 735 08 60

Jean De Lannoy

Avenue du Roi 202 /Koningslaan 202
B-1060 Bruxelles / B-1060 Brussel
Tel. (02) 538 51 69
Télex 63220 UNBOOK B
Fax (02) 538 08 41

Document delivery:

Credoc

Rue de la Montagne 34 / Bergstraat 34
B-1000 Bruxelles / B-1000 Brussel
Tel. (02) 511 69 41
Fax (02) 513 31 95

DANMARK

J. H. Schultz Information A/S

Herstedvang 10-12
DK-2620 Albertslund
Tlf. 43 63 23 00
Fax (Sales) 43 63 19 69
Fax (Management) 43 63 19 49

DEUTSCHLAND

Bundesanzeiger Verlag

Breite Straße 78-80
Postfach 10 05 34
D-50445 Köln
Tel. (02 21) 20 29-0
Telex ANZEIGER BONN 8 882 595
Fax 2 02 92 78

GREECE/ΕΛΛΑΔΑ

G.C. Eleftheroudakis SA

International Bookstore
Nikis Street 4
GR-10563 Athens
Tel. (01) 322 63 23
Telex 219410 ELEF
Fax 323 98 21

ESPAÑA

Boletín Oficial del Estado

Trafalgar, 29
E-28071 Madrid
Tel. (91) 538 22 95
Fax (91) 538 23 49

Mundi-Prensa Libros, SA

Castelló, 37
E-28001 Madrid
Tel. (91) 431 33 99 (Libros)
431 32 22 (Suscripciones)
435 36 37 (Dirección)
Télex 49370-MPLI-E
Fax (91) 575 39 98

Subsursal:

Librería Internacional AEDOS

Consejo de Ciento, 391
E-08009 Barcelona
Tel. (93) 488 34 92
Fax (93) 487 76 59

**Libreria de la Generalitat
de Catalunya**

Plamblana dels Estudis, 118 (Palau Moja)
E-08002 Barcelona
Tel. (93) 302 68 35
302 64 62
Fax (93) 302 12 99

FRANCE

**Journal officiel
Service des publications
des Communautés européennes**

26, rue Desaix
F-75727 Paris Cedex 15
Tél. (1) 40 58 75 00
Fax (1) 40 58 77 00

IRELAND

Government Supplies Agency

4-5 Harcourt Road
Dublin 2
Tel. (1) 66 13 111
Fax (1) 47 80 645

ITALIA

Licosa SpA

Via Duca di Calabria 1/1
Casella postale 552
I-50125 Firenze
Tel. (055) 64 54 15
Fax 64 12 57
Telex 570466 LICOSA I

GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Messageries du livre

5, rue Raiffeisen
L-2411 Luxembourg
Tél. 40 10 20
Fax 40 10 24 01

NEDERLAND

SDU Overheidsinformatie

Externe Fondsen
Postbus 20014
2500 EA 's-Gravenhage
Tel. (070) 37 89 880
Fax (070) 34 75 778

PORTUGAL

Imprensa Nacional

Casa da Moeda, EP
Rua D. Francisco Manuel de Melo, 5
P-1092 Lisboa Codex
Tel. (01) 69 34 14

**Distribuidora de Livros
Bertrand, Ld.ª**

Grupo Bertrand, SA
Rua das Terras dos Vales, 4-A
Apartado 37
P-2700 Amadora Codex
Tel. (01) 49 59 050
Telex 15798 BERDIS
Fax 49 60 255

UNITED KINGDOM

HMSO Books (Agency section)

HMSO Publications Centre
51 Nine Elms Lane
London SW8 5DR
Tel. (071) 873 9090
Fax 873 8463
Telex 29 71 138

ÖSTERREICH

**Manz'sche Verlags-
und Universitätsbuchhandlung**

Kohlmarkt 16
A-1014 Wien
Tel. (0222) 531 61-0
Telex 112 500 BOX A
Fax (0222) 531 61-339

SUOMI/FINLAND

Akateeminen Kirjakauppa

Keskuskatu 1
PO Box 128
SF-00101 Helsinki
Tel. (0) 121 41
Fax (0) 121 44 41

NORGE

Narvesen Info Center

Bertrand Narvesens vei 2
PO Box 6125 Etterstad
N-0602 Oslo 6
Tel. (22) 57 33 00
Telex 79668 NIC N
Fax (22) 68 19 01

SVERIGE

BTJ AB

Traktörvägen 13
S-22100 Lund
Tel. (046) 18 00 00
Fax (046) 18 01 25
30 79 47

SCHWEIZ / SUISSE / SVIZZERA

OSEC

Stampfenbachstraße 85
CH-8035 Zürich
Tel. (01) 365 54 49
Fax (01) 365 54 11

ČESKÁ REPUBLIKA

NIS ČR

Havelkova 22
130 00 Praha 3
Tel. (2) 24 23 09 07
Fax (2) 242 21 484

MAGYARORSZÁG

Euro-Info-Service

Club Sziget
Margitsziget
1138 Budapest
Tel./Fax 1 111 60 61
1 111 62 16

POLSKA

Business Foundation

ul. Krucza 38/42
00-512 Warszawa
Tel. (22) 21 99 93, 628-28-82
International Fax&Phone
(0-39) 12-00-77

ROMÂNIA

Euromedia

65, Strada Dionisie Lupu
70184 Bucuresti
Tel./Fax 0 12 96 46

BÄLGARIJA

Europress Klassika BK Ltd

66, bd Vitosha
1463 Sofia
Tel./Fax 2 52 74 75

RUSSIA

CCEC

9,60-letiya Oktyabrya Avenue
117312 Moscow
Tel./Fax (095) 135 52 27

CYPRUS

**Cyprus Chamber of Commerce and
Industry**

Chamber Building
38 Grivas Dhigenis Ave
3 Deligiorgis Street
PO Box 1455
Nicosia
Tel. (2) 449500/462312
Fax (2) 458630

MALTA

Miller distributors Ltd

Scots House, M.A. Vassalli street
PO Box 272
Valletta
Tel. 24 73 01/22 29 95
Fax 23 49 14

TÜRKIYE

**Pres Gazete Kitap Dergi
Pazarlama Dağıtım Ticaret ve sanayi
AŞ**

Narlibahçe Sokak N. 15
İstanbul-Çağaloğlu
Tel. (1) 520 92 96 - 528 55 66
Fax (1) 251 91 97
Telex 23822 DSVO-TR

ISRAEL

ROY International

PO Box 13056
41 Mishmar Hayarden Street
Tel Aviv 61130
Tel. 3 648 60 39
Fax 3 544 60 39

**UNITED STATES OF AMERICA /
CANADA**

UNIPUB

4611-F Assembly Drive
Lanham, MD 20706-4391
Tel. Toll Free (800) 274 4888
Fax (301) 459 0056

CANADA

Subscriptions only
Uniquement abonnements

Renouf Publishing Co. Ltd

1294 Algoma Road
Ottawa, Ontario K1B 3W8
Tel. (613) 741 43 33
Fax (613) 741 54 39
Telex 0534783

AUSTRALIA

Hunter Publications

58A Gipps Street
Collingwood
Victoria 3066
Tel. (3) 417 5361
Fax (3) 419 7154

JAPAN

Kinokuniya Company Ltd

17-7 Shinjuku 3-Chome
Shinjuku-ku
Tokyo 160-91
Tel. (03) 3439-0121

Journal Department

PO Box 55 Chitose
Tokyo 156
Tel. (03) 3439-0124

SOUTH-EAST ASIA

Legal Library Services Ltd

STK Agency
Robinson Road
PO Box 1817
Singapore 9036

SOUTH AFRICA

Safto

5th Floor, Export House
Cnr Maude & West Streets
Sandton 2146
Tel. (011) 883-3737
Fax (011) 883-6569

**AUTRES PAYS
OTHER COUNTRIES
ANDERE LÄNDER**

**Office des publications officielles
des Communautés européennes**

2, rue Mercier
L-2985 Luxembourg
Tél. 499 28-1
Télex PUBOF LU 1324 b
Fax 48 85 73/48 68 17

Volume I : ECU 55

Price (excluding VAT) in Luxembourg:
Prix au Luxembourg, TVA exclue:

Volume I + II : ECU 66,50

ISBN 92-826-6017-6



OFFICE FOR OFFICIAL PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
OFFICE DES PUBLICATIONS OFFICIELLES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

L-2985 Luxembourg

