

Droits et Débats

**La sanction :
regards croisés du Conseil d'État
et de la Cour de cassation**

Un colloque organisé
par le Conseil d'État
et la Cour de cassation
le 13 décembre 2013

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? – étude annuelle 2012, n° 63.
- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66 (*à paraître*)

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n° 4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015
- Ou va l'État? – Tome 1, n° 14 (*à paraître*)
- Impôts et cotisations, n° 15 (*à paraître*)

Collection « Histoire et mémoire »

- Conférences Vincent Wright - Volume 1, n° 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX^e siècle, n°2.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, n°3.

Collection « Jurisprudences »

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.

Présentation du colloque.....	5
Programme du colloque	7
Abréviations et acronymes	9
Séance d’ouverture.....	11
Première table ronde – La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – : convergences et spécificités.....	31
Présentation des intervenants.....	33
Éléments de réflexion sur le thème de la première table ronde	35
Actes	37
Échanges avec la salle	57
Conclusion de la première table ronde.....	61
Deuxième table ronde – Les formes et le prononcé de la sanction : évolutions récentes (<i>Qui sanctionne ? Selon quelle procédure ? Quelle motivation ? Quelle publicité ?</i>)	63
Présentation des intervenants.....	65
Éléments de réflexion sur le thème de la deuxième table ronde	67
Actes	69
Échanges avec la salle	98
Allocution d’ouverture de la séance de l’après-midi	99
Troisième table ronde – La sanction et les droits de la personne (<i>Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH</i>)	103
Présentation des intervenants.....	105
Éléments de réflexion sur le thème de la troisième table ronde	107
Actes	109
Échanges avec la salle	129

Quatrième table ronde – Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge.....	131
Présentation des intervenants.....	133
Éléments de réflexion sur le thème de la quatrième table ronde	135
Actes	137
Séance de clôture : synthèse à deux voix des travaux de la journée	169
Annexes	179
Annexe 1 – Sélection de jurisprudence.....	181
1. Sur le thème de la première table ronde : La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenus et finalités – : convergences et spécificités.....	181
2. Sur le thème de la deuxième table ronde : Les formes et le prononcé de la sanction : évolutions récentes (Qui sanctionne ? Selon quelle procédure ? Quelle motivation ? Quelle publicité ?)	184
3. Sur le thème de la troisième table ronde : La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH).....	186
4. Sur le thème de la quatrième table ronde : Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge	189
Annexe 2 – Bibliographie indicative.....	195



Présentation du colloque

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont choisi d'organiser ensemble une nouvelle manifestation sur le thème : « *La sanction : regards croisés* ». Le succès rencontré par le colloque « *Santé et justice : quelles responsabilités ?* » les a encouragés à renouveler cette initiative conjointe.

À travers la présentation des points de convergence et de divergence entre les deux ordres de juridiction dans l'appréhension de cette notion, cette journée-débat a porté sur ses mutations et a abordé les nombreuses questions qui s'entrecroisent autour de ce thème d'actualité.

Les deux cours suprêmes sont en effet confrontées à des problématiques nouvelles et communes, qu'il s'agisse de l'étendue et de l'intensité de leur contrôle de la sanction (pénale, administrative ou disciplinaire), des conditions procédurales de son prononcé et de l'extension des garanties accordées aux personnes avant comme après la décision, en relation avec des décisions importantes prononcées ces dernières années par le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme.

Parallèlement, prenant des formes variées, la sanction étend son domaine d'intervention à la faveur de la création de nouvelles autorités administratives de régulation ou de modes alternatifs aux poursuites.

L'ordre juridique français s'enrichit aussi de nouveaux types de sanctions, de nouvelles entités sanctionnatrices à l'égard de catégories de personnes, physiques ou morales, qui ne cessent de s'élargir.

Témoins de ces évolutions, les lois pénales et pénitentiaires adoptées ces dernières années (en dernier lieu le dépôt d'un projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines) comme le renforcement des pouvoirs de sanction des autorités administratives indépendantes.

Soumise à de nombreuses transformations, la sanction, dans son acception moderne, peine à se distinguer de notions jumelles telles que les mesures de sûreté ou les mesures de police administrative. Il a donc été opportun de s'interroger sur sa définition et sur son nouveau périmètre, au sein comme hors des prétoires.

Malgré la diversité de ses origines, modes et formes, la sanction reste soumise à des principes cardinaux communs que des jurisprudences nationale et internationale, convergentes, sont parvenues à dégager.

Il en est ainsi du principe de légalité, de proportionnalité, d'individualité, de *non bis in idem* ou, sur le plan procédural, du principe de motivation de la décision, de publicité, du droit au recours ou de la séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement.

À tel point que la question d'un droit homogène de la sanction est désormais posée.

À partir d'approches juridiques, historiques et sociologiques, le colloque a ouvert le débat sur ce qui, aujourd'hui, constitue le sens et les finalités de la sanction.



Programme du colloque

9h00 – Séance d’ouverture

Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation
Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation
Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d’État

10h00 – Table ronde 1 : La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenus et finalités – : convergences et spécificités

Modérateur : Jean-Marie Delarue, contrôleur général des lieux de privation de liberté

Intervenants : Laurent Le Mesle, Premier avocat général de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation
Jacques Petit, professeur de droit à l’université de Paris II (Panthéon-Assas)
Jacques-Henri Stahl, président de la 2^e sous-section de la section du contentieux

11h30 – Table ronde 2 : Les formes et le prononcé de la sanction : évolutions récentes (Qui sanctionne ? Selon quelle procédure ? Quelle motivation ? Quelle publicité ?)

Modérateur : Gilles Bachelier, président de la cour administrative d’appel de Nantes

Intervenants : Frédéric Desportes, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation
Geneviève Giudicelli-Delage, professeur émérite de l’université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Maud Vialettes, rapporteur public au Conseil d’État

14h00 – Allocution d’ouverture de la séance de l’après-midi

Élisabeth Baraduc, avocate au Conseil d’État et à la Cour de cassation, ancienne présidente de l’ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation

**14h15 – Table ronde 3 : La sanction et les droits de la personne
(Qui peut-être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH)**

Modérateur : Bertrand Louvel, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Intervenants : Daniel Gutmann, avocat et professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Mattias Guyomar, conseiller d'État
Patrick Mounaud, délégué régional du CNRS en Midi-Pyrénées, ancien directeur interrégional de l'administration pénitentiaire

15h45 – Table ronde 4 : Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge

Modérateur : Marie-France Mazars, doyenne (h) de la Cour de cassation

Intervenants : Béatrice Bourgeois-Machureau, rapporteur public au Conseil d'État
Didier Guérin, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation
Françoise Tulkens, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, membre associée de l'Académie royale de Belgique

17h15 – Séance de clôture : synthèse à deux voix des travaux de la journée

Didier Boccon-Gibod, Premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Christian Vigouroux, président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Note : Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date du colloque



Abréviations et acronymes

AAI	Autorité administrative indépendante
AMF	Autorité des marchés financiers
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
ENA	École nationale d'administration
FIJAIS	Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité





Séance d'ouverture

Par **Vincent Lamanda**, *Premier président de la Cour de cassation*
Jean-Claude Marin, *Procureur général près la Cour de cassation*
Jean-Marc Sauvé, *vice-président du Conseil d'État*

Vincent Lamanda,
Premier président de la Cour de cassation

Substitut du procureur de la République à Evry-Corbeil en 1972 puis à Versailles en 1974, Vincent Lamanda a occupé les fonctions de conseiller technique du garde des sceaux de juin 1974 à mai 1976. Nommé alors substitut au service de documentation et d'études de la Cour de cassation, il est, en juin 1976, mis à la disposition des services du Premier ministre comme rapporteur du Comité d'études sur la violence. Devenu en 1977 chef de cabinet du garde des sceaux puis membre du Comité d'application du rapport sur la violence, il sera chargé d'enseignement supérieur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) en histoire des idées et des doctrines criminologiques, procédure pénale et pratique des parquets jusqu'en 1994. Membre du comité de rédaction de *La Revue de sciences criminelles* de 1978 à 1988, il devient conseiller technique du garde des sceaux le 24 avril 1978 avant de rejoindre la Cour de cassation en qualité de conseiller référendaire en mai 1979. Nommé secrétaire du Conseil supérieur de la magistrature le 22 janvier 1981, il réintègre, en août de la même année, la Cour de cassation pour y exercer les missions de conseiller référendaire à la chambre criminelle puis à la première chambre civile, en parallèle de fonctions de chargé de mission auprès des premiers présidents successifs Robert Schmelck et Simone Rozès. Vice-président au tribunal de grande instance de Paris à compter du 10 juin 1986, Vincent Lamanda est nommé président du tribunal de grande instance de Bordeaux le 4 juillet 1988, puis premier président de la cour d'appel de Rouen le 31 décembre 1992. Président de la commission de l'informatique du ministère de la justice de septembre 1994 à décembre 1995, il devient premier président de la cour d'appel de Versailles le 23 août 1996. Il sera alors membre du Conseil supérieur de la magistrature du 4 juin 2002 à 3 juin 2006. Premier président de la Cour de cassation depuis le 4 mai 2007, il préside en cette qualité, à partir de février 2011, la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature ainsi que celle compétente à l'égard des magistrats du siège. Il est aussi président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature.

Monsieur le vice-président,
Madame le conseiller constitutionnel,
Monsieur le conseiller spécial,
Monsieur le contrôleur général,
Mesdames et messieurs les professeurs,
Mesdames et messieurs les avocats,
Mes chers collègues,
Mesdames, Messieurs,

J'éprouve un vif plaisir à vous accueillir aujourd'hui et à inaugurer avec vous, en si éminente compagnie, cette journée de réflexion consacrée au thème de « la sanction ».

Voir si prestigieuse assemblée réunie en cette Grand'chambre me réjouit et votre présence, nombreuse, nous honore. Soyez-en, tous et chacun, très chaleureusement remerciés.

Qu'il me soit permis de saluer aussi l'heureuse initiative du parquet général et de notre partenaire, le Conseil d'État, qui, de concert, ont organisé ce colloque et permis que puissent se retrouver des spécialistes de tous horizons. Magistrats, avocats, universitaires, et tant d'autres, nous offriront dans un instant d'enrichir notre compréhension de l'une des grandes problématiques de notre temps.

À la faveur d'un revers de l'histoire qui, lors de la Commune de Paris, abîma notre Cour comme nombre de lieux de pouvoir, les deux plus hautes juridictions des ordres administratif et judiciaire partagèrent, voilà près de 150 ans, la même maison sur l'autre rive de la Seine. Il est heureux que, depuis lors, des rendez-vous nous aient permis de nous retrouver et de conjuguer, tels de vieux compagnons de route, nos regards, nos interrogations et nos expériences.

Cette journée illustre la richesse de relations ainsi tissées depuis de nombreuses années. S'y expriment un même sens du partage et une volonté commune d'œuvrer en concertation pour le bien de nos concitoyens.

Je tiens également à rendre hommage au travail fourni, pour faire vivre ce projet, tant par la section du rapport et des études du Conseil d'État que par le service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation.

Grâce au précieux concours de femmes et d'hommes de talent, ils nous offrent, dans un dossier documentaire de grande qualité, de prolonger encore nos échanges, ici par la lecture de morceaux choisis de nos décisions, là par la découverte ou la redécouverte de savantes publications, *medley* en forme d'invitation pour l'avenir, mêlant les trois sources traditionnelles du droit : la loi, la jurisprudence et la doctrine.

Rare notion nous semble à la fois si familière et si étrangère que la sanction. Évoquant cette « *inconnue du droit* » dénoncée un jour par Philippe Jestaz¹, la dénomination serait, lit-on parfois, inutile, voire « *nocive* »² : elle formerait un alibi

1 Philippe Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197.

2 Charles-Albert Morand, « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, « Vocabulaire



commode, une sorte de trompe-l'œil interdisant, sous un vocable d'apparence unitaire, de penser toute la diversité des effets de droit.

L'étymologie révèle pourtant combien le concept est riche de sens³. « Sanctio » en latin provient du verbe « sancire » : rendre inviolable, donner un caractère sacré, en un mot « consacrer ».

Bien avant de s'appliquer au châtement, la sanction évoque ainsi une affirmation positive, solennelle : celle d'un « précepte » au XIV^e siècle, d'une approbation donnée par le souverain au XVIII^e, sanction royale qui conférait force exécutoire à une loi.

Et, de fait, il y a là une dimension dont la notion ne se départira jamais.

Car, à la différence des lois de nature, les lois humaines, par essence susceptibles de violations, ne seraient que viles paroles, si nulle réaction ne venait y donner force.

Derrière la sanction, désignant désormais la « peine » ou plus rarement la « récompense attachée à une interdiction ou à un ordre », c'est toute la vivacité d'une valeur ou d'un principe transgressé qui se trouve en cause.

D'aucuns souligneront alors l'éminente portée symbolique de la sanction, comme en écho à cette fonction « *expressive* » du droit⁴, qui est d'abord de maintenir les structures symboliques indispensables à l'ordre du monde, des choses et des êtres.

Certes, il y a en toute transgression un « avoir-eu-lieu irrévocable » selon la formule de Jankélévitch⁵, que la sanction ne peut effacer matériellement, en raison de l'irréversibilité du temps ; elle participe davantage d'un processus symbolique d'annulation, destiné à restituer la croyance ébranlée et à réaffirmer la norme atteinte⁶.

On a pu ainsi analyser la peine comme un exorcisme du crime venant réaffirmer dans la société la frontière du bien et du mal, du juste et de l'injuste⁷. Rétablissement de la confiance des citoyens et reconstitution de la conscience sociale, la sanction assume ainsi une « fonction compensatrice » essentielle pour la société⁸.

fondamental du droit », 1990, p. 293 s.

3 Voir « Sanctio », in : Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1381 ; Alain Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2010, p. 2026, et Alain Rey (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Le Robert, 2005, p. 529.

4 L'expression est empruntée au président Robert Badinter.

5 Vladimir Jankélévitch, *La mauvaise conscience*, Paris, Aubier, 1966. Lire Eirick Prairat, « Ce que sanctionner veut dire », *Les Cahiers Dynamiques* 2009/3 (n° 45), p. 96 s.

6 Lire Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1991, et Paul Fauconnet, *La responsabilité. Etude de sociologie*, Paris, F. Alcan, 1920. Sur leurs idées, voir Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Alvaro P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tome 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Paris, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, p. 357-398, et Pierrette Poncela, *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., 2001, p. 68-69.

7 Alain Peyrefitte, *Les chevaux du lac Ladoga, La justice entre feu et glace*, Paris, Plon, 1981.

8 Voir la « fonction compensatrice et mnémotechnique » de la peine chez Nietzsche. Lire aussi Roger Cousinet, « Les quatre significations de la sanction », in : Eirick Prairat, *Penser la sanction. Les grands textes*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 63 s.



Faut-il pour autant qu'un bourreau soit l'ombre fatale qui trop souvent accompagne le législateur⁹ ? Il y a là une dérive de notre époque, toujours prompte à vouloir réprimer ; une force irrésistible qui nous pousse à réfléchir sur les valeurs fondant notre droit et sur la place de la sanction dans un contexte où elle n'est peut-être plus le critère exclusif de la norme juridique.

Sans doute, les formes de la sanction ont-elles évolué. Bien loin nous semblent en effet ces mesures d'autrefois : carcans, piloris et marques infamantes. Nulle relégation, nulle mort civile ou dégradation civique ne menace plus le sujet. Réceptacle de droits inaliénables, il trouve toujours sa place, fût-il en faute, dans la société.

Aux côtés de la peine et des autres modes traditionnels de sanction des droits, comme l'annulation, l'exécution forcée ou la réparation, de nouvelles réponses, tout aussi dissuasives, se sont développées. De nouveaux acteurs, juridictions spécialisées, conseils de discipline et autorités indépendantes, ont peu à peu conquis leurs lettres de noblesse.

Mais, par-delà l'extrême diversité qui s'est fait jour¹⁰, l'on voit poindre depuis quelques années les signes d'une unité retrouvée, communauté de régime en forme de droit commun du procès.

Les procédures, les motivations et les droits de l'individu soulignent combien le rituel accompagnant telle peine ou telle sanction administrative, disciplinaire ou autre est devenu lui-même porteur d'un message de respect de la personne et de l'exigence démocratique de compréhension.

Tous ces aspects méritent sans conteste d'être mûris, et c'est tout l'intérêt de cette journée de nous y inviter, en faisant se rencontrer les analyses et les conceptions du juge administratif comme du juge judiciaire.

Puissent vos travaux nous aider à mieux en mesurer les richesses et les enjeux. Tel est le vœu que je forme à votre intention.

Vous êtes les bienvenus à la Cour de cassation.

9 La formule est de Joseph de Maistre, cité par Jean Carbonnier, *Droit civil*, vol. I, Paris, PUF, 2004, n° 5, p. 15.

10 Lire not. Cécile Chainais, Dominique Fenouillet « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusion de la recherche collective », in : sous la direction des mêmes auteurs, *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. XI et s.

Jean-Claude Marin,

Procureur général près la Cour de cassation

Nommé en 1977 substitut puis premier substitut près le tribunal de grande instance de Pontoise, Jean-Claude Marin a ensuite occupé les fonctions de chef du service juridique et de secrétaire général de la commission des marchés à terme de marchandises, de 1985 à février 1988. Premier substitut puis chef de la section financière du parquet de tribunal de grande instance de Paris, il est devenu, en janvier 1995, procureur de la République adjoint en charge de la division économique et financière et a contribué à la création du pôle financier auprès de cette juridiction. Nommé le 2 mai 2001, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, puis directeur des affaires criminelles et des grâces (DACG) au ministère de la justice en août 2002, il devient procureur de la République de Paris de 2004 à 2011, avant d'occuper les fonctions de Procureur général près la Cour de cassation depuis le 16 septembre 2011. Président de la formation du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) compétente pour les magistrats du Parquet, procureur général en charge du ministère public près la Cour de justice de la République (CJR) et vice-président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature (ENM), Jean-Claude Marin est par ailleurs président du conseil d'administration de l'Établissement public du Palais de justice de Paris (EPPJP) et membre du conseil d'administration de l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ). Jean-Claude Marin est officier de la Légion d'honneur, officier dans l'Ordre national du mérite, chevalier des Palmes académiques, chevalier du mérite agricole et a été décoré de l'ordre de San Raimundo de Penafort. Professeur associé à l'université de Paris-Dauphine (Paris IX), il est en outre chargé de conférence à l'Institut d'études politiques de Paris.

Je me réjouis tout d'abord que le Conseil d'État et la Cour de cassation aient décidé, une nouvelle fois, d'organiser conjointement, un colloque suite au succès rencontré par la première manifestation consacrée en 2011 à « Justice et santé : quelles responsabilités ».

Je me réjouis aussi de voir une si nombreuse assistance en notre Grand'Chambre, preuve prémonitoire d'un nouveau succès et de la pertinence du choix du thème qui nous réunit aujourd'hui.

Enfin, je ne peux que me féliciter de constater l'ouverture au plus grand nombre, grâce à la vidéo, des débats riches qui vont animer cette journée.

Hans Kelsen énonçait que « *le droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte* »¹¹.

11 H. Kelsen, RCADI 1932, t.42, p. 121.

La contrainte est ainsi le reflet d'un ordre juridique, ce pourquoi la sanction, qui en est la traduction formelle, fluctue dans son domaine, sa forme et son intensité.

Jhering¹² insistait sur le fait que la vengeance en droit Romain ne connaissait d'autre mesure que le degré de surexcitation de l'individu lésé.

Hobbes¹³, mais aussi Rousseau¹⁴, ont conceptualisé ce mouvement par lequel, en vertu du pacte social, les individus renoncent au droit de se faire eux-mêmes justice au profit d'une entité qui les dépasse, l'État.

Le citoyen accepte de se déposséder de ce droit au profit de l'État parce qu'il gagne en retour le bénéfice de la paix sociale, mais aussi la possibilité de saisir un tribunal afin que justice lui soit rendue.

S'est donc opéré un glissement d'une justice brutale et immédiate, vers un droit davantage ouvert et transparent. L'individu ne se fait plus justice, il demande justice.

C'est donc à l'État qu'est historiquement revenu le pouvoir de prononcer la sanction tout à la fois pour réparer le trouble personnel et maintenir la paix sociale.

Ce pouvoir lui a également servi pour asseoir sa propre autorité, ainsi qu'a pu le démontrer Michel Foucault¹⁵, dans son ouvrage *Surveiller et punir*.

Sous l'Ancien Régime, la peine devait être visible, elle permettait à l'autorité royale d'asseoir, de conforter sa toute-puissance.

Si la recherche des aveux était violente et secrète, n'oublions pas, que les sentences étaient exécutées publiquement et les « places de choix » réservées aux balcons pour assister, par exemple, aux écartèlements, dénoncées par Voltaire suite à l'affaire Calas.

Mais à tout fonder sur l'exemplarité de la peine, cette dernière va peu à peu perdre sa fonction punitive, pour acquérir une fonction davantage rétributive.

Il était d'usage de parler de peine et non de sanction¹⁶.

Le sens coercitif de la sanction est théorisé dans la seconde moitié du XVIII^e siècle dans l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert¹⁷.

La sanction a donc éclos dans ce cadre régalien et punitif, avant de s'en émanciper.

Aujourd'hui, les notions de peine et de sanction, bien qu'intimement liées, divergent sur bien des points. Là où la peine demeure essentiellement répressive, la sanction, quant à elle, a un champ beaucoup plus large. En atteste l'évolution actuelle de celle-ci.

12 R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, T. I, §12.

13 T. Hobbes, *Léviathan*, Londres 1651.

14 J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Genève 1762.

15 M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

16 Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764.

17 C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 « La sanction entre technique et politique », *Dalloz*, 2012.



En effet, elle est présente différemment dans la vie sociale.

On pense à la justice pénale, mais aussi aux sanctions participant de la régulation économique, de l'ordre d'une profession, pour ne donner que quelques domaines irrigués par ce concept.

Sous une même notion générique, se dévoilent en conséquence des peines, des sanctions administratives, disciplinaires, des mesures de sûreté, des sanctions forfaitaires ou déclaratoires.

Il est pourtant frappant d'observer combien le terme même de la sanction reste discret¹⁸.

Aucun texte dans la hiérarchie des normes (DDHC, Constitution, CESDH) ne mentionne le terme « sanction » alors que le nombre de décisions y faisant référence est considérable¹⁹.

Pas davantage de définition légale ou jurisprudentielle de la sanction²⁰.

Pas non plus d'utilisation de ce terme dans la désignation des détenteurs de ce pouvoir.

Ce silence ne peut qu'interroger.

Est-ce à dire que la sanction, trop marquée par ses origines coercitives, effraie ?

Ces interrogations terminologiques ne sont d'ailleurs pas propres au droit français et révèlent ici comme à l'étranger les difficultés à cerner ce concept.

Le droit allemand ne consacre ainsi que deux entrées au mot « sanction » : la première concerne les sanctions pénales, l'autre les sanctions internationales.

Dans la langue anglaise, le mot sanction a d'abord eu une acception étroite, renvoyant à la partie de la loi contenant une pénalité, pour ensuite s'élargir en une mesure coercitive résultant de la violation du droit, d'une règle ou d'un ordre²¹.

Certains auteurs donnent une définition raisonnée de la sanction, comprise comme toute réaction du droit à une violation de la règle juridique.

J'apprécie pour ma part celle de Jean Carbonnier²² pour qui la sanction est un mécanisme rétrospectif, une réponse à l'inobservation antérieure de la règle.

Cette définition, bien qu'elle ne cerne pas une notion juridique stricto sensu, a le mérite d'éviter le risque de fragmentation au sein d'une institution juridique unitaire, régie par des règles communes²³.

18 Le vocabulaire juridique H. Capitant indique une acception plus large encore. La sanction désigne la consécration, l'approbation d'une règle, d'une thèse.

19 Quelques exemples : cass.com 7 juill. 2009, bull. civ. IV 2009 n°97 ; Cass., 1^{ère} civ., 4 juin 2009, Bull. civ. I, 2009 n° 123.

20 *Supra* n° 7.

21 *Supra* n° 7.

22 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, p.188

23 Ch.-A. Morand, « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit*, archives de philosophie du droit, t. 35, 1990, p. 293 s.



Sans doute la discrétion du terme dans notre ordre juridique, alors que la notion n'a jamais été aussi présente, cache-t-elle les difficultés à cerner un concept polysémique, aux contours incertains, concurrencé par des notions voisines.

La première question est donc bien de savoir si, en dépit de ces fluctuations, il est possible d'identifier dans la sanction des principes invariants, un noyau dur de la notion, qui en constituerait l'essence ?

Le débat d'aujourd'hui autour de la définition de la sanction, ses formes, son contrôle et les droits garantis aux personnes sanctionnées n'a donc rien d'académique.

C'est en questionnant les diverses formes de la sanction, la multiplicité de ses dispensateurs, les modulations dans l'intensité de son contrôle, les conditions procédurales de son prononcé et l'affirmation de droits garantis qu'on trouvera ce qui lui donne sens en ce début de XXI^e siècle.

Comme un ordre dans le chaos, j'ose même me demander si ce foisonnement n'est finalement pas consubstantiel à la notion moderne de sanction ?

Sous le poids des éléments fédérateurs que sont les conventions internationales, la CESDH et la jurisprudence subséquente des cours suprêmes, se dessine non pas un régime unique mais un fil conducteur.

Je pense en particulier à l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans son arrêt *Öztürk* de 1984 a dégagé une sorte de droit commun de la sanction, en élargissant le champ d'application des principes de droit pénal et de procédure pénale à tout pouvoir de sanction²⁴.

De même, le Conseil constitutionnel a reconnu dans sa décision du 28 juillet 1989, la possibilité pour le législateur d'attribuer un pouvoir de sanction à toute autorité administrative, dès lors qu'elle n'implique pas de privation de liberté.

Ce fil permet d'appliquer des invariants dans le contrôle de la sanction sans écraser ses formes diverses et utiles dans un carcan – j'ose le mot – unique.

Aussi, faut-il s'inquiéter de l'extension du contrôle de la sanction, de la diversité des procédures, de la multiplication des acteurs si ces évolutions garantissent le respect de principes communs ?

Le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles est soumis au contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation²⁵, alors que ses décisions en matière de concentrations relèvent du Conseil d'État²⁶.

Il sera particulièrement intéressant de mettre en perspective les solutions adoptées par les deux ordres de juridiction, au-delà de cet éclatement de deux contrôles proches.

24 CEDH, arrêt *Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984.

25 Article L. 464-7 du code de commerce.

26 Article 430-9 du code de commerce ; Cass., com., 12 juill. 2004.



D'ailleurs, sous l'impulsion commune du Conseil d'État et de la Cour de cassation, des grandes jurisprudences internationales, les grands principes du procès équitable entrent en jeu de façon exponentielle.

Les principes européens de la sanction deviennent de véritables critères de son application et peut-on dire de sa reconnaissance.

Nécessité, proportionnalité, individualité, qui sont aujourd'hui des attributs essentiels du prononcé de la sanction, mais aussi garantie des droits de la défense, ou encore respect du principe du contradictoire.

Un exemple seulement :

La Cour de cassation a, la première, tiré les conséquences de cette conception étendue de la fonction juridictionnelle et des garanties qui s'y attachent.

Elle a admis, par son arrêt *COB contre Oury* du 5 février 1999²⁷, que la Commission des opérations de bourse, bien qu'elle ne constitue pas une juridiction, est soumise aux dispositions de l'article 6 de la CEDH.

En permettant aux autorités administratives, que l'on pensait plus légères, moins contraignantes, de prononcer des sanctions, on se rend compte qu'il n'en est rien, et qu'elles sont assujetties aux mêmes exigences et contraintes procédurales.

L'Autorité des marchés financiers (AMF) a vu sa procédure de sanction intégrer progressivement le principe du contradictoire.

Un nouvel article impose au service de la direction des enquêtes d'adresser à la personne mise en cause une « *lettre circonstanciée relatant les éléments de fait et de droit recueillis par les enquêteurs* » à l'issue de la phase d'enquête.²⁸

D'ailleurs, l'AMF paraît disposer aujourd'hui de la procédure de sanction la plus protectrice possible, son organisation distinguant strictement les fonctions de poursuite et de sanction, au sein du collège de l'autorité et d'une commission des sanctions, organe collégial à part entière.

La procédure suit trois étapes : ouverture de la procédure de sanction par le collège de l'AMF, qui notifie les griefs à la personne mise en cause et saisit la commission des sanctions de cette notification.

Puis instruction de la procédure, menée par un rapporteur membre de la commission des sanctions.

Enfin prononcé éventuel de la sanction à l'issue d'une séance qui peut être publique si une des personnes mises en cause en fait la demande.

Si l'on ne doit pas s'alarmer de ce foisonnement, on peut en revanche légitimement se demander si cette mise sous tension ne concourt pas à affadir le sens de la sanction.

27 Ass., plen., 5 février 1999, *COB c. Oury*, B. n° 1, p. 1.

28 Art 144-2-1 du règlement général de l'AMF, modifié par l'arrêté du 8 décembre 2010 et publié au JO le 11 décembre 2010



C'est bien là la question principale.

Celle d'une distorsion entre la finalité originelle de la sanction et ses nouvelles missions, irriguées par l'ensemble du dispositif démocratique appliqué dans la procédure et le prononcé de celle-ci.

Coercitive et soumise à des exigences de rapidité, mais aussi respectueuse d'un contradictoire approfondi et de procédures et recours parfois complexes...

Attribut de l'autorité mais prononcée par des autorités multiples et variées intervenant dans le champ pénal, administratif, professionnel mais parfois se chevauchant.

En atteste la responsabilité du médecin qui peut être engagée sur le fondement du droit pénal, mais aussi devant les chambres disciplinaires constituées près du conseil régional de l'Ordre. De même, l'Agence française de lutte contre le dopage, autorité administrative indépendante, dispose d'une procédure disciplinaire définie par le code du sport.

Ces évolutions, souhaitables, ne nuisent-elles pas à l'efficacité et à l'effectivité de la sanction qui perdrait ainsi ses repères ?²⁹

Que penser de l'amende prononcée par la CNIL à l'encontre de Google, d'un montant de 100 000 euros, face à la sanction susceptible d'être prononcée par la Commission européenne en droit de la concurrence qui peut atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial³⁰ d'une entreprise ayant participé à l'infraction?³¹

Dans l'affaire dite du cartel des vitamines, la Commission avait déjà condamné huit entreprises du cartel en cause, coupables d'ententes, à payer des amendes d'un montant total de 855 000 000 euros³².

De même l'Autorité de la concurrence a infligé le 20 septembre 2010 une sanction pécuniaire de 384,9 millions d'euros à 11 banques accusées d'avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques. Les représentants des usagers des banques estiment que le montant de cette sanction, intervenue trois ans après les faits, ne représente que la moitié de ce que les banques avaient gagné (plus de 700 millions d'euros) ; selon eux cette sanction ne serait donc pas dissuasive.

29 C. Overdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n° 3 s ; La sanction est effective lorsque la violation de la règle de droit conduit effectivement au prononcé de la sanction. Elle est efficace lorsqu'elle assure efficacement la réalisation des objectifs de la règle de droit.

30 CJCE, 8 février 1990, aff. C-279/87, Tipp-Ex, Rec. CJCE p. 261.

31 Règlement, porté par Viviane Reding, commissaire européenne à la justice. Afin de renforcer la protection des données numériques, sanction allant jusqu'à 100 millions d'euros ou 5 % du chiffre d'affaire mondial de l'entreprise condamnée, dans le cas où elle transmettrait des données personnelles hors de l'UE sans l'autorisation de l'autorité nationale compétente.

32 P. Arhel, « Le cartel des vitamines : des sanctions exemplaires », *Les Petites Affiches*, 11 avril 2003, n° 73 p.4.



À l'inverse, l'émergence des modes alternatifs de règlement des conflits fait apparaître une justice négociée y compris dans des domaines qui, révélant une entorse à une législation, pourraient tout aussi bien donner lieu au prononcé d'une sanction.

Telle la signature en 1998 de l'accord *Tobacco Master Settlement Agreement* entre les quatre plus grandes entreprises de tabac (Philip Morris, RJ Reynolds, Brown and Williamson, Lorillard) et les *attorneys* généraux de 46 États américains, qui a abouti à une transaction afin d'éviter un procès. Une amende de 250 milliards de dollars échelonnés sur 25 ans a été prononcée afin de rembourser les dépenses de santé dues aux dommages du tabac, et afin de financer des campagnes anti-tabac³³.

Ce phénomène d'hypertrophie des sanctions n'illustre-t-il pas le malaise qu'entretient notre société avec l'offre de droit ?

Le non-respect de la règle, de la légalité implique-t-il toujours une sanction véritable ?

Ici prennent place les débats autour du projet de loi du 9 octobre 2013 relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines.

Finalement, ces interrogations me semblent participer plus largement d'un débat sur le respect de l'autorité, la place du pouvoir étatique et de ses instances de régulation dans une société mouvante et ouverte sur le monde.

Tel un colimaçon, le mouvement d'émancipation de la sanction régaliennne de ses contingences de départ, a conduit à enfermer les nouvelles formes de celle-ci, notamment économiques, dans des contraintes similaires, au risque de faire perdre à la sanction sa signification première.

J'espère que les débats qui auront lieu tout au long de la journée seront riches d'enseignement, d'éclaircissement ou tout simplement de découverte de cette notion transversale qui irrigue l'ensemble de notre droit national mais, aussi, de celles édictées par-delà les frontières.

* * *

33 <http://ag.ca.gov/tobacco/pdf/1msa.pdf> (PDF de la transaction)



Jean-Marc Sauvé,
vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives.

Monsieur le Premier président de la Cour de cassation,
Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation,
Madame le membre du Conseil constitutionnel,
Monsieur le Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Mesdames et Messieurs les présidents,
Mesdames et Messieurs,
Mes chers collègues,

C'est toujours un honneur et un plaisir que de pouvoir m'exprimer devant vous, dans la Grand'chambre de la Cour de cassation, aujourd'hui sur ce thème d'intérêt commun qui transcende les ordres de juridiction : la sanction. Je vais m'efforcer, après la double introduction du Premier président de la Cour de cassation et du Procureur général près de cette Cour, d'apporter un point de vue d'« administrativiste » et, plus généralement, de publiciste sur le thème de la présente journée. Il n'est certes pas question d'empiéter sur les quatre tables rondes qui auront lieu aujourd'hui et traiteront du sujet sous tous ses aspects, mais plus simplement de cerner à grands traits quelques enjeux et quelques problématiques générales, tels qu'ils me semblent émerger en droit public.

Traiter du sujet des sanctions est une ambition qui n'est pas exempte de difficultés. La première trouve son origine, si l'on me permet de faire un appel aux catégories psychanalytiques, dans le *surmoi* des juristes, c'est-à-dire dans le poids démesuré que revêt la notion de sanction dans l'inconscient juridique, au point que l'on a parfois pu assimiler droit et contrainte ou sanction. Chez Kelsen, par exemple, la sanction est revêtue d'une charge herculéenne, celle d'être la caractéristique

intrinsèque de l'ordre juridique. Le maître autrichien, dans les premières pages de sa *Théorie pure du droit*, écrit ainsi que le « droit est un ordre de contrainte » et que « la notion de sanction peut être étendue à tous les actes de contrainte ». De cette double affirmation – le droit comme ordre de contrainte et la sanction comme acte de contrainte –, la théorie du droit est certes aujourd'hui revenue. Mais le fait de penser le droit comme un ordre social original reposant sur des mécanismes de sanction contraignants qui en assurent l'application demeure aujourd'hui encore un « lieu commun de la culture juridique »³⁴.

Plutôt que de définir la sanction comme un acte de contrainte, sans doute peut-on la voir, à l'instar du philosophe du droit Norberto Bobbio, comme une obligation secondaire destinée à garantir une obligation primaire, c'est-à-dire une obligation surgissant, dans la très grande majorité des hypothèses, en cas d'absence de mise en œuvre de l'obligation primaire³⁵. S'éloignant d'une définition large de la sanction, on se rapproche alors d'une acception stricte, telle qu'elle est le plus souvent entendue aujourd'hui, de la sanction comme une décision qui inflige une peine selon une procédure organisée à cette fin. C'est très clairement dans le champ répressif que l'on se situe alors et c'est bien ainsi que la sanction est entendue par les organisateurs de ce colloque.

Dans ce cadre, la sanction pénale apparaît comme l'arme répressive naturelle. Romieu, dans ses conclusions sous l'arrêt du Tribunal des conflits de 1902 *Société immobilière de Saint-Just*, disait d'ailleurs que « le mode d'exécution habituel et normal des actes de la puissance publique est la sanction pénale confiée à la juridiction répressive »³⁶. Quelles peuvent, dès lors, être la place du pouvoir répressif de l'administration, son efficacité, sa légitimité ? Comment encadrer ce pouvoir ? Quel contrôle exercer sur les sanctions ? Ces questions, autour desquelles s'articulent les tables rondes de ce colloque, justifient à elles seules pleinement notre réunion, dont je remercie chaleureusement les inspirateurs et les organisateurs. Sur ce sujet plus que sur d'autres, nous avons besoin de « regards croisés », nous devons échanger et débattre, au-delà de la traditionnelle ligne de partage et, parfois, de démarcation entre droit public et droit privé, pour pouvoir saisir les évolutions majeures du droit des sanctions et aborder les défis futurs.

Je crois que la question des sanctions est d'autant mieux choisie qu'en cette matière, peut-être surtout d'ailleurs en ce qui concerne les sanctions administratives, nous nous situons encore au milieu du gué : le mouvement entamé d'efflorescence des sanctions administratives n'a en effet pas encore été conduit à son terme et il expose à de nombreux défis. Je porterai donc d'abord un regard critique sur le chemin parcouru ces dernières décennies en matière de sanctions administratives, avant de m'interroger sur les perspectives et les questions qui restent à trancher.

34 A. Laquière, « Sanction », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, PUF.

35 Bien que, comme le souligne N. Bobbio, il ne faille pas exclure l'existence, certes plus rare, de sanctions positives.

36 TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, Rec. p. 713 avec les conclusions Romieu.



I. Regards critiques sur le chemin parcouru

L'histoire récente des sanctions administratives peut, schématiquement, être décrite au travers d'un double mouvement.

1. Celui, en premier lieu, du développement rapide des sanctions administratives au cours des dernières décennies. Leur essor a en particulier tenu, depuis les années 1970, à l'avènement de l'État régulateur, dans lequel un certain nombre d'autorités administratives ont été dotées par la loi d'un pouvoir répressif, en particulier pour encadrer des champs précis d'activités économiques et assurer la protection de certaines libertés. Il est de fait indéniable que le développement des autorités administratives indépendantes s'est accompagné d'un formidable essor des sanctions administratives³⁷, conduisant au demeurant à confier un tel pouvoir à des personnes publiques autres que celles le détenant traditionnellement, comme l'administration fiscale, les autorités détentrices de pouvoirs de police économique ou du pouvoir disciplinaire dans les administrations.

On procéderait toutefois à un raccourci historique erroné, si l'on entendait borner le développement des sanctions administratives à cette seule période – les quatre dernières décennies – et ce pour au moins deux raisons. Tout d'abord, ces sanctions existent depuis longtemps : il en va ainsi, par exemple, des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des agents publics. Ensuite, la répression administrative s'est révélée inhérente au développement des interventions notamment économiques et sociales de l'État, qu'il s'agisse de l'État de police ou de l'État-providence, et elle a conduit à la multiplication des possibilités de sanction, en particulier en matière fiscale, dans le domaine de la circulation ou des transports ou encore dans ceux de l'environnement et de la santé³⁸.

L'administration dispose donc aujourd'hui d'imposants pouvoirs répressifs. Ceux-ci contrastent étonnamment avec le doute initial, voire la défiance, ayant accompagné le développement des sanctions administratives. Les critiques portaient à la fois sur l'atteinte à la séparation des pouvoirs, l'autorité administrative exerçant un pouvoir juridictionnel ou quasi juridictionnel, et sur le déficit des garanties accordées à l'administré³⁹. Le professeur Jean-Marie Auby en déduisait, en 1952, que les sanctions administratives non disciplinaires « *ne pourraient s'appliquer aux relations générales de l'État et des citoyens sans supplanter d'une manière inadmissible le droit pénal* »⁴⁰. La possibilité qu'un tel régime de sanctions puisse « trouver ses marques » dans un État de droit a aussi pu être questionnée, notamment par le professeur Franck Moderne⁴¹.

37 Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La Documentation Française, 1995.

38 M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

39 H.-M. Crucis, E. Breen, « Sanctions administratives », *Jcl Adm.*, fasc. 108-40, §5.

40 J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.*, 1952, chron. p. 111.

41 Selon qui le pouvoir répressif de l'administration « *trouve difficilement ses marques dans un État de droit* » (F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA*, 1997.1).



Le fait est que des considérations multiples tenant principalement à des motifs d'efficacité, par exemple lorsque la masse des infractions rend illusoire le recours à la justice pénale, ou des motifs de technicité, ainsi de la surveillance des activités économiques, ont conduit à l'efflorescence du pouvoir répressif de l'administration⁴². Comme on le sait, le Conseil constitutionnel a validé dans son principe le recours à de tels procédés, sous la réserve qu'ils soient exclusifs de toute privation de liberté⁴³.

2. Quoique délicate, l'acculturation des sanctions administratives dans notre droit s'est bien produite et leur essor s'est accompagné du développement des garanties accordées aux personnes visées par ces sanctions. Il s'agit du second mouvement permettant de décrire l'histoire récente du pouvoir répressif de l'administration.

Deux temps peuvent là aussi être identifiés. Le domaine des sanctions administratives a tout d'abord été propice à l'épanouissement progressif des droits de la défense. L'exigence, posée par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, de la communication du dossier au fonctionnaire menacé de sanction⁴⁴, d'abord, puis, surtout, l'avènement des principes généraux du droit à partir du milieu du XX^e siècle⁴⁵ ont permis de bâtir un édifice remarquable de protection des droits fondamentaux, qui est propre au pouvoir répressif de l'administration. Sur ces principes, se sont aussi greffées des garanties supplémentaires de procédure instituées par des textes législatifs et réglementaires de plus en plus nombreux et explicites, au premier rang desquels la loi du 11 juillet 1979 généralisant l'obligation de motivation des décisions individuelles défavorables, notamment de celles qui infligent des sanctions⁴⁶. Le contrôle du juge administratif sur les décisions prononçant des sanctions s'est aussi progressivement renforcé⁴⁷, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État ayant en dernier lieu, par une décision du 13 novembre 2013, fait tomber l'un des derniers bastions du contrôle minimum, limité en particulier à celui de l'erreur manifeste

42 Voir Conseil d'État, *op. cit.*

43 Cons. const., 28 juillet 1989, déc. n° 89-260 DC. Selon le Conseil constitutionnel, ni « *le principe de la séparation des pouvoirs* », ni « *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle* » ne font « *obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction* ».

44 Disposition toujours applicable. Pour une application récente, voir CE, 30 décembre 2009, *Institut de France*, n° 304379, Rec. p. 801.

45 A partir de CE, Ass., 26 oct 1945, *Aramu Rec.* p. 213 et CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133 ; *RDP*, 1944, p. 256, concl. Chenot.

46 Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Certains textes imposaient certes auparavant cette motivation, comme l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, mais celle-ci prévoyait aussi de nombreuses exceptions et cette obligation ne concernait finalement que certaines catégories de fonctionnaires de l'État. Constituent d'autres exemples de garanties prévues par des textes législatifs et réglementaires l'obligation de consultation d'un comité avant le prononcé d'une sanction (ainsi de l'article 4 du décret n° 48-599 du 27 mars 1948 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n° 46-1055 du 15 mai 1946 relative à l'usage de l'insémination artificielle des animaux domestiques) ou l'obligation de convoquer au moins quinze jours en avance le contrevenant qui doit comparaître devant une commission et possibilité pour lui de se faire représenter par un avocat (article 6 de l'arrêté interministériel du 24 juin 1960 portant application de l'article L. 18 du code de la route).

47 Qu'il me soit permis de renvoyer ici à J.-M. Sauvé, « La motivation des sanctions administratives », 10 février 2012, intervention lors du 27^e colloque des Instituts d'études judiciaires, in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, Dalloz, 2013, p. 113.



d'appréciation, en matière de sanctions disciplinaires, en décidant que le juge devait désormais exercer un entier contrôle, non seulement sur la qualification juridique des faits reprochés à un agent public (constituent-ils une faute de nature à justifier une sanction ?), ce qui est le cas depuis longtemps⁴⁸, mais aussi sur le caractère proportionné de la sanction retenue à la gravité des fautes qui l'ont justifiée⁴⁹.

Le deuxième temps de cette évolution a été ce que de nombreux auteurs ont qualifié de mouvement de « pénalisation » de la répression administrative⁵⁰. Ce mouvement s'est développé à la convergence, principalement, des jurisprudences constitutionnelle et européenne, qui tendent à gommer la distinction entre sanctions administratives et pénales : le Conseil constitutionnel préfère la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition »⁵¹, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme cherche avant tout à savoir si la mesure prise entre dans la « matière pénale »⁵², qualification qui emporte l'application au moins partielle de l'article 6 de la convention.

Il en résulte l'émergence d'un droit, au moins en partie commun, de la répression, autour, en particulier, des grands principes que sont ceux de légalité et de

48 CE, 17 mai 1933, *Dlle Giraud*, Rec. p. 531.

49 CE, Ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704, à paraître au Recueil.

50 Voir, par exemple, M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *op. cit.* ; J. Petit, « Police et sanction », *JCP A*, mars 2013, n° 2073.

51 Selon le Conseil constitutionnel, il résulte des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense. Ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives « mais s'étendent 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 » (décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988* ; décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*). Le Conseil constitutionnel précise « 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 » (décision n° 88-248 DC précitée). De même, reprenant en substance une formulation du Conseil d'État (CE, 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, n° 255136, Rec. p. 298), le Conseil constitutionnel a précisé que, « appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent » (décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011). Le Conseil constitutionnel a utilisé à de très nombreuses reprises la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » (V. par exemple les décisions n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 et n° 92-311 DC du 29 juillet 1992 ou, plus récemment, les décisions n° 2012-225 QPC du 30 mars 2012 et n° 2013-329 QPC du 28 juin 2013). S'il déduit des circonstances de l'espèce que la mesure n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition, les principes issus de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne peuvent trouver à s'appliquer (par exemple la décision n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011 – en l'espèce, n'a pas le caractère d'une punition la déchéance des fonctions de juge consulaire prononcée à la suite de certaines condamnations pénales).

52 Depuis CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres*. Ainsi, la sanction de retrait de points du permis de conduire relève-t-elle de la matière pénale au sens de la convention (CEDH, 23 septembre 1998, *Malige c. France*), contrairement aux décisions relatives à l'expulsion des étrangers (CEDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*).

non-rétroactivité des délits et des peines, de nécessité, de personnalité et de proportionnalité des peines, de rétroactivité de la loi pénale plus douce ainsi que le principe *non bis in idem*. Des principes procéduraux ont également été dégagés : motivation de la décision, droit au recours, séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement...

Les dernières décennies ont donc été marquées par une multiplication des sanctions administratives comme par un développement des garanties attachées à l'exercice du pouvoir répressif de l'administration. On peut donc, c'est désormais une évidence, « punir sans juger », pour reprendre le titre d'un ouvrage célèbre⁵³, mais on ne peut « punir sans limites », et c'est heureux dans un État de droit, ces limites résidant dans les garanties accordées aux personnes sanctionnées pour les protéger de tout arbitraire en la matière. Le chemin parcouru est assurément important. Mais de nombreuses questions se posent encore et de multiples défis restent à résoudre. Quelles sont donc les perspectives des sanctions administratives et de leur régime juridique ?

II. L'horizon des sanctions administratives

Sans prétendre à l'exhaustivité, je souhaite aborder, en quatre points brièvement exposés, quelques lignes des débats qui seront approfondis aujourd'hui.

1. Tout d'abord, la définition de la sanction reste sujette à interrogation. Il n'est certes plus possible aujourd'hui de dire, comme l'affirmait le Conseil d'État en 1995, que « *la notion de sanction administrative compte parmi l'une des moins assurées du droit administratif* »⁵⁴. Mais il demeure parfois difficile d'identifier une sanction administrative et, en particulier, de la distinguer d'une mesure de police. Ce qui est en cause n'est finalement pas tant la définition abstraite de ces catégories juridiques que leur mise en œuvre concrète⁵⁵. Or, comme l'a montré le professeur Petit dans une étude récente⁵⁶, la « pénalisation » du régime des sanctions administratives a accentué les différences entre ces dernières et les mesures de police administrative, rendant d'autant plus crucial l'enjeu de l'opération de qualification.

On constatera, au demeurant, que l'application du droit de l'Union européenne peut à l'inverse conduire à réduire l'écart entre ces deux régimes. L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, qui consacre le principe de bonne administration et, notamment, le droit d'une personne d'être entendue avant que ne soit prise à son encontre une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement s'applique ainsi, selon la cour administrative d'appel de Lyon, à des mesures de police telles que, par exemple, l'édiction d'une obligation de quitter le territoire français⁵⁷. Des éclairages durables sur cette question devraient prochainement être apportés par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a été saisie de questions préjudicielles en la matière, notamment par les tribunaux administratifs de Melun et de Pau. La

53 M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *op. cit.*

54 Conseil d'État, *op. cit.*, p. 35.

55 *Ibid.*

56 J. Petit, « Police et sanction », *op. cit.*

57 CAA Lyon, 14 mars 2013, *Halifa*, n° 12LY02704.



Cour de justice, dès maintenant, a laissé entrevoir l'analyse qui pourrait être la sienne sur la portée de cet article de la Charte dans l'hypothèse, qui n'est pas radicalement différente, de la rétention d'un étranger au cours d'une procédure administrative⁵⁸ : la violation du droit d'être entendu peut, selon la Cour, être invoquée à bon droit dans cette affaire, mais elle n'entraîne la levée de la mesure de rétention prise dans le cadre de cette procédure que si celui qui l'invoque a été effectivement privé de la possibilité de faire valoir sa défense d'une manière telle que cette procédure aurait pu aboutir à un résultat différent.

2. En deuxième lieu, la convergence des droits conduit à interroger la persistance de la spécificité ou du caractère propre des sanctions administratives.

Tout d'abord, jusqu'où aller dans la « pénalisation » et dans l'application de principes juridictionnels à des autorités administratives ? Le mouvement actuel est celui de leur extension progressive aux différentes étapes de la procédure de sanction : phase d'instruction, phase de saisine ou d'autosaisine de l'autorité compétente pour prononcer la sanction et, dans une certaine mesure, phase d'enquête, avec l'idée que certaines garanties devraient s'appliquer dès ce stade, qui est celui du recueil des informations et des visites domiciliaires et qui oriente la procédure subséquente⁵⁹.

Mais si l'on va trop loin dans la pénalisation de la procédure conduisant à des sanctions administratives, ce mouvement pourrait conduire à nier l'intérêt même de cette forme de répression. C'est sans doute pourquoi la jurisprudence, tant nationale qu'européenne, admet une applicabilité différenciée des exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, dès lors notamment que l'acte attaqué n'est pas juridictionnel au sens du droit interne. La Cour européenne des droits de l'homme poursuit elle-même un tel raisonnement : elle module ainsi les garanties de l'article 6, qui « *ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur aux sanctions qui relèvent du droit pénal au sens conventionnel, mais non au sens du droit interne* »⁶⁰. En d'autres termes, c'est un équilibre, au demeurant assez complexe, qu'il convient de trouver entre l'efficacité de la procédure de sanction et les légitimes garanties reconnues à la personne sanctionnée.

3. Le troisième point que je souhaite mentionner concerne le rôle du juge et le contrôle qu'il est amené à exercer en matière de sanctions. Je l'ai déjà évoqué, le contrôle que met en œuvre le juge administratif a fortement évolué. Il n'est

58 CJUE 10 septembre 2013, *M. G. et N. R.*, n° C-383/13 PPU, *AJDA*, 2013, p. 2307, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère.

59 CE, sect., 6 novembre 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300. V. aussi les propos de M. Guyomar tenus lors de la table ronde sur *L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable* (Conseil constitutionnel, 5 avril 2012), parus aux *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37. Il a été jugé récemment que l'article 6 « *s'applique seulement à la procédure de sanction ouverte par la notification de griefs et par la saisine de la commission des sanctions* » par l'autorité sanctionnatrice, en l'espèce le collège de l'Autorité des marchés financiers, « *et non à la phase préalable des enquêtes* ». Ces enquêtes doivent toutefois se dérouler « *dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés* » (CE, 12 juin 2013, *Société Natixis*, n° 349185, à paraître aux tables du Recueil).

60 CEDH, gd ch., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, § 43.



toutefois pas certain que l'équilibre aujourd'hui trouvé soit pérenne. Si l'extension du contentieux de pleine juridiction en la matière n'est pas une hypothèse d'actualité, elle ne saurait non plus être exclue à terme. Ce contentieux présente en effet l'avantage de « *garantir plus sûrement la compatibilité avec la convention européenne des droits de l'homme et la constitutionnalité de dispositifs de sanctions* », selon les termes de ma collègue Claire Legras, rapporteure publique dans l'affaire ATOM de 2009. Il permettrait en particulier une application plus aisée de certains principes, comme celui de la rétroactivité *in mitius* : ces éléments ont précisément milité dans cette affaire en faveur du passage du contrôle de l'excès de pouvoir à celui de pleine juridiction (au sens français du terme), pour les recours dirigés contre les sanctions infligées aux administrés⁶¹.

4. J'en viens à mon quatrième et dernier point, qui est relatif au cumul des sanctions dans le contexte de la globalisation.

Cette question semblait réglée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui s'est en particulier prononcé, à de multiples reprises, sur l'incidence du principe de proportionnalité sur le montant global des peines en cas de cumul des sanctions⁶², mais aussi sur la possibilité d'un cumul des qualifications⁶³ comme d'un cumul des poursuites⁶⁴ au regard du principe de nécessité des peines. Si par ailleurs le principe d'égalité devant la loi pénale ne permet pas en principe que des mêmes faits puissent être sanctionnés par des peines distinctes comportant d'importantes variations, cette jurisprudence récente⁶⁵ qui concerne des peines « alternatives » et non pas cumulatives ne devrait pas affecter le cumul de sanctions, notamment administratives et pénales.

Le débat sur le cumul des sanctions pourrait toutefois être réactivé du fait du droit européen et, en particulier, de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne, conduite en février 2013⁶⁶ à se prononcer sur le sujet en matière de sanctions fiscales, a retenu que cet article ne s'opposait pas à un cumul des sanctions pénales et fiscales, sous réserve que la sanction fiscale n'ait pas, en réalité, un caractère pénal. La

61 CE, 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000, Rec. p. 26. Le passage au plein contentieux a aussi été confirmé en matière de retrait d'une carte de résident au titre de l'article L. 314-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CE, 10 juin 2009, *Mme Zheng*, n° 318898, Rec. p. 747) et de retraits de points du permis de conduire (CE, 9 juillet 2010, *Berthaud*, n° 336556, Rec. p. 287).

62 Voir en particulier Cons. const., 22 avril 1997, décision n°97-389 DC et Cons. const., 30 décembre 1997, décision n° 97-395 DC (cons. 41 : « *Considérant que, toutefois, lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, 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 ; qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence* »).

63 Le principe de nécessité des peines, ainsi, « *n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales* » (décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010).

64 Ainsi, « *le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou administrative en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions* » (décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013).

65 Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach*.

66 CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10.



lecture des conclusions de l'avocat général Cruz Villalón sur cette affaire laisse toutefois entrevoir de possibles évolutions, en lien avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷.

Enfin, sans doute convient-il de mentionner les difficultés qui peuvent s'élever en ce qui concerne le cumul des sanctions européennes et nationales ou encore le cumul de sanctions prononcées pour les mêmes faits dans plusieurs États⁶⁸.

Ces divers points, parmi d'autres qui seront aujourd'hui au centre des discussions, illustrent l'importance du sujet qui nous réunit. Le droit des sanctions administratives est encore en cours de construction. Ses mutations conduisent à interroger, plus profondément, le sens même de la peine et les fonctions que notre société attribue au pouvoir répressif, cette question traversant aussi les ordres de juridiction.

Après le colloque intitulé « Santé et justice : quelles responsabilités ? », je ne peux donc que me réjouir que soit organisée cette nouvelle manifestation, conçue conjointement par la Cour de cassation, que je remercie de nous accueillir aujourd'hui, et le Conseil d'État. Leurs regards croisés sont essentiels. Sartre écrivait que « *c'est à partir du regard des autres que nous nous assumons comme nous-mêmes* »⁶⁹. Il serait possible d'ajouter que c'est à partir du regard des autres que nous pouvons découvrir d'autres aspects de nous-mêmes et prendre mieux conscience de ce que nous sommes et, qu'adoptant un regard réflexif, nous pouvons, sait-on jamais ?, devenir meilleurs. Je ne doute pas que cette journée permette d'y parvenir.

* * *

67 Voir aussi L. Delgado, « Mise en œuvre du droit de l'Union et principe *ne bis idem*... Précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », 11 mars 2013, disponible sur <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/11/droits-fondamentaux/mise-en-oeuvre-du-droit-de-lunion-et-principe-ne-bis-in-rem-precisions-jurisprudentielles-sur-lapplicabilite-de-la-charte-des-droits-fondamentaux/>.

68 E. Rosenfeld, J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, janvier 2009, n° 128, p. 61.

69 *L'être et le néant*.



Première table ronde

La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – : convergences et spécificités

La première table ronde a pour objet de mener une réflexion sur les dénominateurs communs à la sanction pénale et à la sanction administrative et, par suite, d'identifier ce qui les distingue. Il s'agira de définir ce qu'est une sanction ; au nom de quoi et de qui elle est prise ; quelles sont ses possibles formes (amende, interdiction professionnelle, prison, etc.) et quelle est sa finalité.

Sommaire

Présentation des intervenants	33
Éléments de réflexion sur le thème de la première table ronde	35
Actes.....	37
Échanges avec la salle	57
Conclusion de la première table ronde	61





Présentation des intervenants

(Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date du colloque)

Modérateur

Jean-Marie Delarue,

Conseiller d'État, contrôleur général des lieux de privation de liberté

Ancien élève de l'École normale supérieure de Saint-Cloud (1966), agrégé d'histoire (1969), Jean-Marie Delarue devient auditeur au Conseil d'État à sa sortie de l'École nationale d'administration (promotion Michel de l'Hospital, 1979). De 1984 à 1985 il exerce les fonctions de conseiller technique au cabinet du ministre de l'économie, des finances et du budget puis au cabinet du ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Il devient ensuite chef du service des affaires sociales au commissariat général du plan, avant d'être nommé, en 1988, directeur adjoint du cabinet du ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville puis directeur adjoint du cabinet du ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer. De 1991 à 1994, il est délégué interministériel à la ville et au développement social au ministère de la ville et de l'aménagement du territoire puis au ministère de l'équipement, du transport et du tourisme. Directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1997 à 2001, il réintègre ensuite le Conseil d'État où il devient, en 2007, président adjoint de la section du contentieux. En 2008, Jean-Marie Delarue est nommé Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Intervenants

Jacques Petit,

Professeur de droit à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)

Docteur en droit public, spécialiste de droit administratif, Jacques Petit enseigne le droit administratif général et le droit de la santé publique à l'université de Paris II (Panthéon-Assas). Il a été responsable de la Conférence d'agrégation de droit public 2010-2011. Par ailleurs, il est membre du comité éditorial de Domat-Montchrestien. Jacques Petit est l'auteur de plusieurs ouvrages dont *Les conflits de lois dans le temps en droit public*, LGDJ, 2002, préf. Jacques Moreau et *Précis de droit administratif* (avec Pierre-Laurent Frier), Domat-Montchrestien, 8^e éd. 2013. Il a également écrit plusieurs articles touchant aux sanctions : « L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales », commentaire de l'avis du Conseil d'État, du 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond, RFDA*, 1997, pp. 843-858, « Le juge des comptes et la Convention européenne des droits de l'homme », communication

au Colloque organisé, par l'université de Rennes I les 21 et 22 novembre 2002 : *Les institutions napoléoniennes - Bilan et perspectives*, L'Harmattan, 2006, pp. 215-238, « Le contrôle du juge de cassation sur les sanctions disciplinaires des ordres professionnels », *AJDA* 2011, pp. 2246-2250, « La police administrative », dans P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, t. 2, pp. 6-43 et « Police et sanction », *JCP A* 2013, n° 11, 2073.

Jacques-Henri Stahl,

Conseiller d'État, président de la 2^e sous-section de la section du contentieux

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Jacques-Henri Stahl a été nommé auditeur au Conseil d'État à sa sortie de l'ENA (promotion Victor Hugo, 1991). En 1994, il est nommé responsable du centre de documentation du Conseil d'État. De 1996 à 2000 puis de 2002 à 2006, il exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement à la section du contentieux. En 2000, il rejoint le ministère de l'éducation nationale en tant que directeur des affaires juridiques. De 2006 à 2009, il est directeur au Secrétariat général du Gouvernement. Assesneur à la section du contentieux du Conseil d'État de 2009 à 2012, il est nommé président de la 2^e sous-section de la section du contentieux en 2012.

Laurent Le Mesle,

Premier avocat général de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation

Titulaire d'une maîtrise de droit et diplômé de l'École nationale de la magistrature en 1978, Laurent Le Mesle exerce les fonctions de juge d'instruction au Mans jusqu'en janvier 1980 avant de devenir substitut puis Premier substitut à Angers. En 1988, il est nommé procureur adjoint à Pontoise puis procureur de la République à Châteauroux. En 1994, il devient sous-directeur à la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice. En 1999, il est procureur de la République à Nancy puis conseiller pour la justice à la Présidence de la République de juin 2002 à avril 2004. En avril 2004, il exerce les fonctions de directeur de cabinet du garde des sceaux, ministre de la justice. En novembre 2006, il est nommé procureur général de Paris. Depuis janvier 2010, Laurent le Mesle est Premier avocat à la Cour de cassation (aujourd'hui doyen de ceux-ci), en charge de la chambre commerciale. Laurent Le Mesle participe à des colloques (interventions et animation) notamment sur le droit bancaire et les procédures collectives, ainsi qu'à des sessions de formations à l'École nationale de la magistrature. Il est l'auteur de plusieurs articles dans les principales revues juridiques (*Recueil Dalloz*, *Semaine Juridique*, *Gazette du Palais* et *Bulletin Joly* notamment).



Éléments de réflexion sur le thème de la première table ronde

En dehors du monde des juristes, définir la sanction n'est sans doute pas regardé comme une tâche des plus ardues et le renvoi à la notion de punition est considéré comme suffisant. Dans l'univers du droit, un colloque ne suffirait pas à épuiser la question, et ce d'autant que la sanction se décline dans tous les domaines juridiques, au premier rang desquels le droit pénal et le droit administratif. Ce terme de sanction fut un temps bivalent puisqu'il recouvrait aussi bien une peine qu'une récompense prévue pour assurer l'exécution d'une loi. Aujourd'hui, il demeure presque exclusivement connu sous son aspect punitif. Dès lors, c'est spontanément vers le droit pénal, par nature répressif, que l'on se tourne d'abord pour l'appréhender.

Pourtant, il n'existe pas en matière pénale de définition spécifique de la sanction ; il faut se contenter d'une définition fonctionnelle identifiant la sanction pénale comme celle infligée au terme d'une procédure répressive à l'auteur d'une infraction et prononcée au nom de la société en réponse au trouble à l'ordre social généré par l'infraction. Il est ensuite distingué habituellement la peine de la mesure de sûreté, la seconde étant fondée sur la dangerosité de la personne, et non sa culpabilité, et tendant à prévenir, et non à punir.

Malgré l'absence de définition précise, la sanction pénale fut durant une large partie de l'époque contemporaine clairement identifiée, tant dans son contenu que dans sa finalité : elle s'incarnait essentiellement à travers la privation de liberté et l'amende et ses finalités étaient la rétribution, l'intimidation, l'élimination et l'amendement. Cependant, au cours des dernières décennies, elle a connu de profondes mutations. À ses finalités classiques se sont ajoutées la resocialisation, la réparation et la contribution à une justice restauratrice. Cette diversification des finalités de la sanction pénale s'est aussi traduite dans son contenu. Les modalités d'exécution d'une peine peuvent être multiples, la peine d'emprisonnement pouvant ainsi s'exécuter en détention, en semi-liberté ou encore dans le cadre d'un placement sous surveillance électronique. La variété des peines est également devenue très importante avec par exemple le développement des obligations de faire (stage de citoyenneté, de responsabilité parentale, suivi de soins...) ou des peines restrictives de droits. Cette tendance ne s'essouffle pas puisqu'il est projeté la création d'une nouvelle peine de « probation pénale ». Ce mouvement de mutation a été aussi soutenu par un renouveau des mesures de sûreté entamé par la création du suivi socio-judiciaire et poursuivi avec la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté et la rétention du même nom. Alors que la mesure de sûreté tendait auparavant à renforcer le caractère préventif de la peine, il naît désormais des dispositifs dissociés de la peine, voire indépendants de celle-ci, dont la finalité exclusive est la prévention de la commission d'infractions.

Pour sa part, le droit administratif n'a pas toujours regardé la sanction comme une notion qui lui était propre – devant le Tribunal des conflits sur l'affaire *Société immobilière de Saint-Just*, le commissaire du Gouvernement Romieu énonçait comme une règle fondamentale du droit public le principe selon lequel l'obéissance aux actes de puissance publique doit être assurée au moyen des sanctions pénales confiées à la juridiction répressive – mais la sanction administrative est aujourd'hui une notion incontournable qui a pu être définie comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique et infligeant une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements ». Comme en matière pénale, la sanction administrative se caractérise aujourd'hui par une très grande diversité : sanctions patrimoniales, blâme, retrait d'agrément ou de carte professionnelle, interdiction d'exercice professionnel, publication d'une décision, etc. Cela peut être regardé comme point de convergence avec la sanction pénale, complétée par le fait qu'il est peu de formes de sanctions administratives qu'on ne retrouve pas en matière pénale. Toutefois, le juge pénal demeure seul compétent pour prononcer certaines sanctions, au premier rang desquelles la privation de liberté, compte tenu du rôle que l'article 66 de la Constitution attribue à l'autorité judiciaire.

En revanche, contrairement à la sanction pénale, qui intègre dans sa définition la mesure de sûreté, le droit administratif maintient un cloisonnement entre la sanction, qui a une finalité essentiellement répressive, et la mesure de police, caractérisée par une finalité essentiellement préventive. Le juge administratif a pu aussi exclure explicitement de la notion de sanction de simples mises en garde, injonctions ou des mesures restitutives. On peut noter qu'on retrouve dans certaines branches du droit privé une démarche similaire, la chambre sociale ayant par exemple refusé de qualifier de sanction disciplinaire des mesures guidées par un souci de sécurité. Les divergences de finalité entre la sanction administrative et pénale sont-elles en réalité la preuve des spécificités de chacune de ces sanctions ou masquent-elles de simples différences lexicales ?

Quoi qu'il en soit, si ces deux sanctions demeurent encore mues par des logiques propres, elles ont en commun d'être soumises au contrôle du juge constitutionnel et du juge de Strasbourg. Or, ces derniers appliquent leur propre classification qui transcende la distinction sanction administrative ou pénale. Le Conseil constitutionnel distingue ainsi les « *sanctions ayant le caractère d'une punition* » au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des autres sanctions, prenant en compte la finalité répressive et punitive de la mesure. La Cour européenne des droits de l'homme a également une interprétation finaliste de la sanction, incluant pour partie les sanctions administratives dans la matière pénale.

Dès lors, on peut se demander s'il est opportun de rattacher des contenus ou des finalités spécifiques à la sanction pénale ou administrative : est-il encore possible de déterminer aujourd'hui ce qui justifie le recours à une sanction administrative plutôt que pénale pour sanctionner un comportement ? Ces sanctions sont-elles vouées à converger ou à s'intégrer dans une nouvelle classification ?



Actes

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur*

Mesdames, Messieurs, je me réjouis d'être parmi vous ce matin. La première table ronde, dans une pensée ordonnée, est faite pour préciser des définitions, apporter des distinctions, essayer de voir ce qui rassemble et ce qui divise. Par conséquent, si j'étais au lycée, j'appellerais cette table ronde, « *La sanction, différences et ressemblances ; avantages et inconvénients* ». Avantages et inconvénients feront l'objet, sans doute, de développements lors des autres tables rondes.

Avant d'y venir, permettez-moi quelques mots d'errance intellectuelle, puisque je suis chargé d'une autorité administrative indépendante qui ne peut procéder à aucune sanction, et qui a plutôt l'habitude de regarder les personnes sanctionnées. Je ne crois pas qu'il y ait de sociétés sans sanctions, au sens où nous l'entendons dans ce colloque. Il n'y a pas de sociétés sans règles, et celui qui franchit la barrière symbolique formée par des règles s'expose aux sanctions. Il y a bien entendu une métaphore assez forte pour le signifier : il s'agit de Remus franchissant le sillon tracé par son frère Romulus et qui en est puni de mort. Je crois que nos sociétés se sont toutes accommodées de principes de cette nature. Mais tout diverge, dans l'incrimination, dans celui qui prononce la sanction, ainsi que dans le contenu de la sanction.

Je me suis trouvé, il y a quelques années, au sein des instances de l'Union européenne. Nous étions chargés de définir ensemble les sanctions pénales qui figureraient dans les directives à venir pour les transporteurs de passagers clandestins. Nous nous étions dit en France, avant d'aller à Bruxelles, que cela méritait tout de même des sanctions assez fortes, et nous avons proposé, pour le texte européen, une peine de dix ans de prison. Nous nous sommes alors confrontés aux délégations venues notamment de Scandinavie, pour lesquelles dix ans de prison étaient une peine qui correspondait, à peu près, au parricide. Les divergences qui nous séparaient n'ont pu être résolues. Par conséquent, dans la manière dont on conçoit la sanction, il y a encore des écarts considérables. Comme il a été brillamment exposé il y a quelques instants, il n'y a pas de définition de la sanction. Ce qui permet à chacun d'apporter la sienne.

Je vais donc en proposer une, pour alimenter le combustible de vos réflexions, sachant encore une fois que je me situe plutôt au côté des personnes sanctionnées. Une sanction est un dommage infligé à quelqu'un en raison d'un comportement infractionnel. Je me situe là clairement sur l'aspect « dommage ». Une sanction, au-delà des procédures qui l'encadrent, au-delà de la personne qui la prononce,

c'est un dommage infligé à quelqu'un. Ce dommage peut être de bien des natures différentes, mais il n'y a pas de sanction sans dommage causé à une personne, qu'il faut priver de quelque chose, qu'il faut séparer de quelque chose. Par conséquent, le point d'union de la sanction est bien cette atteinte à la personne, qu'elle soit physique ou même morale. Il peut s'agir d'une atteinte à la réputation, d'un blâme, qui de surcroît peut être conservé dans les archives de la hiérarchie d'un agent public, d'une atteinte à un capital, ou encore d'une atteinte à d'autres choses – sauf peut-être, désormais depuis quelque deux cents ans dans notre pays, d'une atteinte au corps, encore que ...

Si je mets l'accent sur le dommage, c'est parce que je voudrais rappeler que nous allons bien entendu nous cantonner à cela aujourd'hui : il y a des sanctions faites selon les règles, mais il y a aussi des sanctions hors des règles. Quand un surveillant pénitentiaire oublie d'aller chercher un détenu en cellule pour l'emmener chez le médecin parce qu'il n'a pas été agréable avec lui la veille, c'est une sanction qui n'est pas prévue dans les règles. Il y a des sanctions imprévues qui accompagnent souvent les sanctions prévisibles. Quand on attrape la gale dans une cellule de garde à vue mal désinfectée, c'est une sanction imprévue. Dans le cadre de ce colloque, nous allons nous limiter aux sanctions régulières. Mais le cas des sanctions irrégulières pourrait faire l'objet d'un autre colloque intéressant.

Si je fais référence aux procédures, la sanction est un dommage infligé ; ce n'est pas un dommage causé. Il n'y a pas de sanction sans atteinte aux règles de la part de celui qui est sanctionné.

Voilà ce que je voulais rappeler simplement en guise d'incitation à la réflexion, en ayant conscience que tout ceci est extrêmement fragile.

Je vais donner la parole en premier lieu à M. Le Mesle, Premier avocat général de la Cour de cassation, attaché plus particulièrement à la chambre commerciale, qui traitera de la définition de la sanction pénale.

Je passerai la parole ensuite à Jacques-Henri Stahl, mon collègue du Conseil d'État, qui nous peindra les rapports qui peuvent exister entre sanctions pénales d'une part et, surtout, sanctions civiles et administratives d'autre part.

Enfin, le professeur Petit, grand spécialiste du droit public, qui a été cité tout à l'heure à propos de ses travaux sur la pénalisation des sanctions administratives, opérera une synthèse du tout.

Si vous le voulez bien, je laisse la parole à M. Le Mesle.



Je vous remercie M. le contrôleur général.

« Je t'ai toujours reconnu brave contre mes ennemis, Virata, et comme un homme juste par-dessus tous les serviteurs de mon royaume (...) Puisque tu sais ce qu'est la faute et que tu la pèses comme un juste, tu seras le premier de mes juges et tu rendras la justice du haut de l'escalier de mon palais, afin que la vérité soit gardée dans l'enceinte de mes murailles et que le droit soit respecté dans le pays ».

Pourquoi commencer par cette citation de la nouvelle *Virata* de Stefan Zweig⁷⁰, qui ne parle ni de peine ni de sanction, un exposé sur la peine et la sanction ? Outre que cette phrase : « *parce que tu sais ce qu'est la faute (...) tu seras le premier de mes juges.* » a accompagné l'admirateur de Zweig que je suis pendant toute sa carrière professionnelle, je me suis souvent fait cette observation que lorsque la littérature évoque la justice pénale, elle parle de la faute que la peine a pour objet de réprimer, elle parle du juge qui a mission de la prononcer, voire de la procédure qui va aboutir à la condamnation, mais beaucoup moins, voire pas du tout, de la peine elle-même. La culpabilité, voilà un sujet ! Mais la peine et son exécution ?

Et pourtant, la peine fait partie depuis toujours de l'environnement non seulement de l'humanité dans son ensemble – rendre la justice, et singulièrement la justice pénale, c'est-à-dire prononcer des peines, est, dans toute société, l'une des missions les plus solennelles –, mais aussi de chaque homme en particulier – la sanction n'est-elle pas au cœur de toute éducation ? –. Est-ce pour cela qu'on ne la définit pas ? Non pas parce qu'elle serait de l'ordre de l'indicible ou de l'indéfinissable, mais parce qu'elle relèverait au contraire de l'évidence ?

Ce qui vaut pour les écrivains vaut aussi pour les juristes. Dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu⁷¹, ce dernier définit la peine comme : « *le châtement édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction* ». La peine se définit donc d'abord par la faute qu'elle a pour objet de prévenir ou de réprimer. On observera d'ailleurs que si l'on n'envisage plus les notions de faute et de peine de façon générale, mais que l'on s'attache à chaque infraction et à chaque peine en particulier, c'est le constat inverse qui s'impose, en ce sens que c'est alors la peine qui définit l'infraction. Par exemple, est crime l'infraction qui est punie d'une peine criminelle. Ce qui ne fait toutefois que repousser la question : la peine n'est correctionnelle ou criminelle que parce que la loi en décide ainsi.

La peine se définit ensuite par la loi, celle qui a été violée et aussi celle qui l'instaure, mais elle ne se définit pas en elle-même : rien n'est dit du contenu de ce « châtement ».

70 S. Zweig, *Le chandelier enterré*, Grasset, 2004.

71 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, Quadrige Dicos Poche, 2007.

Ajoutons à cela que, jusqu'à un passé relativement récent, le droit pénal a principalement été celui de l'infraction et de la responsabilité, un droit processuel aussi, et ce de manière croissante, mais pas, ou si peu, un droit de la peine de laquelle il tient pourtant son nom. Certes, le droit de la peine est devenu, ces dernières années, une vraie composante du droit répressif, mais cette nouvelle discipline a sans doute moins pour objet de définir la peine que de se préoccuper des modalités de son exécution d'une part, de son utilité et de son efficacité d'autre part.

La vérité est que définir la peine a longtemps été perçu comme inutile. À quoi bon, en effet ? Le principe de légalité des délits et des peines a notamment pour conséquence qu'il appartient au seul législateur de dire tant ce qu'est la peine que la faute qui en rend passible son auteur.

Était peine ce que la loi disait peine, était infraction ce que la loi dénommait telle. De là se déduisaient le juge compétent, les principes et la procédure applicables. Il était utile d'énumérer les peines et de les classer, on pouvait s'interroger sur leur fondement et les confronter à leur utilité, mais à quoi bon les définir ? Sachant ce qui était peine, parce que le législateur l'avait dit, on savait aussi ce qui ne l'était pas : la sanction administrative, civile, commerciale, les mesures de sûreté, les mesures de police.

C'est bien sûr le renforcement du contrôle de constitutionnalité des lois et la jurisprudence européenne qui ont modifié les choses. Cela a été dit ce matin beaucoup mieux que je ne saurais le faire, par mes collègues de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

En créant, à propos des décisions d'une AAI, la notion de « *sanction ayant le caractère d'une punition* », le Conseil constitutionnel a fait éclater les catégories traditionnelles en même temps qu'il rendait nécessaire cet effort de définition. L'instauration de la QPC a constitué un puissant accélérateur de ce phénomène, notamment parce qu'il a permis, plus sans doute qu'avant, à la Cour de cassation de s'approprier la notion.

En décidant de ses propres critères de définition de la peine, la Cour de Strasbourg a également modifié le paysage interne. Observons d'ailleurs que s'il ne s'était agi que de substituer une définition à une autre – ou bien, compte tenu de ce que l'on vient de dire, une définition à une absence de définition –, le débat aurait été clos avant même d'avoir été ouvert. Mais, pour préciser les termes de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), donc pour dire quelles sanctions relèvent des principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a défini, par touches successives, des critères complexes qui font largement appel au droit interne de l'État concerné. On ne peut donc pas faire l'économie de ce travail de définition, et ce d'autant plus que la jurisprudence européenne ne fait éclater qu'en partie, si j'ose dire, les catégories internes. Ainsi, une mesure de sûreté peut-elle être considérée comme une sanction au regard de l'article 7 de la Convention EDH et des principes précités, mais ne pas se voir appliquer le droit de la peine – quant au sursis, aux aménagements, par exemple –. Elle fera ainsi l'objet de deux qualifications



concurrentes dont chacune continuera à produire ses propres conséquences. Ainsi, on a des mesures hybrides qui sont des peines à Strasbourg, mais qui demeurent des mesures de sûreté à Paris.

Pour essayer d'esquisser cette nécessaire recherche d'une définition, la tentation est grande de se référer aux critères traditionnels que sont la faute, le juge et la procédure, c'est-à-dire de transposer la démarche dont on a dit qu'elle était classique en matière de peines, au sens étroitement pénal du terme, et de rechercher, à partir des indices de son existence, les éléments d'une définition de la sanction. On en voit pourtant vite les limites. Voici quelques réflexions rapides sur le sujet.

Il en va tout d'abord ainsi de la faute. On l'a dit : la peine est traditionnellement présentée comme étant le châtement d'une faute que l'on institue dès lors en infraction à la loi pénale. On observera que le droit européen promeut une acception large de la notion d'infraction, et ne se laisse pas enfermer dans les catégories du droit interne. Si bien que l'approche par la faute vaut sans doute aussi pour la recherche d'une définition de la sanction. Je crains pourtant que, même au regard du seul droit interne, ce type d'approche soit insuffisamment discriminant.

Le droit des procédures collectives en fournit une bonne illustration. Le même fait fautif peut, en effet, rendre son auteur passible tout à la fois de sanctions pénales, de sanctions commerciales voire même d'une condamnation à des réparations civiles.

Prenons l'exemple de la dissimulation ou du détournement d'actif commis par le dirigeant d'une personne morale en redressement judiciaire. Il s'agit d'un cas de banqueroute, c'est-à-dire d'une infraction qui, à ce titre, rend son auteur passible des peines prévues aux articles L. 654-2 et suivants du code de commerce (prison, amende et toute une série de peines complémentaires, qui peuvent d'ailleurs être érigées en peines principales conformément au droit commun), mais c'est aussi l'un des cas de prononcé de la faillite personnelle (L. 653-4 du code de commerce) ou de l'interdiction de gérer (L. 653-8 du code de commerce). On invoquera la spécificité du droit des procédures collectives, dont on rappellera qu'il a gardé de ses origines un côté fortement répressif. Ce dont on conclura qu'il n'est pas forcément anormal que, lorsqu'il s'agit de prononcer des sanctions, il emprunte beaucoup au droit pénal.

À ce stade, on pourrait se réjouir d'avoir identifié un élément qui concourt à la fois à la définition de la peine et à celle d'autres sanctions. Pourtant des faits identiques peuvent aussi donner lieu à des décisions judiciaires qui ne prononcent pas de sanction au sens où on l'entend ici. Reprenons l'exemple de notre détournement d'actif. Il est de jurisprudence constante qu'il est également susceptible de constituer la faute de gestion, dont l'article L. 651-2 du code de commerce fait dépendre la possibilité d'une condamnation du dirigeant social au comblement de l'insuffisance d'actif. Si bien que, sauf à englober dans la notion que nous cherchons à définir tout le droit de la responsabilité civile, force est de constater les limites d'une approche de la sanction à travers le seul prisme de la faute, qu'elle a pour objet de prévenir ou de réprimer.



Un regard porté sur le juge qui prononce la sanction serait-il mieux à même d'aider à la définition de celle-ci ? On a pu trouver une particularité essentielle du juge pénal dans le fait qu'il prononce lui-même, à l'exclusion de toute autre autorité, les sanctions qui relèvent de son champ de compétence – la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est, à cet égard, riche d'enseignements – alors que le juge administratif, comme le juge civil, lorsque par exemple il statue en matière disciplinaire, contrôle des sanctions prononcées par d'autres autorités. La différence a toutefois tendance à s'estomper. À cet égard, on peut rappeler ce qui a été dit tout à l'heure par Jean-Marc Sauvé, sur la nature de la sanction et sur la nature du contrôle qui était exercé par le juge administratif. On ajoutera que les principes de la Convention EDH et les exigences constitutionnelles transforment peu à peu les autorités de toutes natures détentrices d'un pouvoir disciplinaire, autorités administratives indépendantes, en véritables juridictions de première instance.

On aurait pourtant à nouveau tort de croire que cette observation d'éléments communs (la vraie différence réside, sans doute, de ce point de vue, dans ce qui se passe avant – l'instruction préparatoire – et après – l'application des peines – qui, surtout pour la seconde, demeurent propres au processus de prononcé et d'exécution de la sanction pénale) aux juges qui prononcent des sanctions serait de nature à faciliter l'identification de celles-ci. Cela signifie simplement qu'en transcendant les catégories traditionnelles, la sanction a vocation à être prononcée par tous les juges et que le critère de la compétence du juge n'est plus un critère discriminant ; qu'elle n'est donc plus du seul ressort de juridictions spécifiques et spécialisées. Si bien que le fait de savoir qui prononce la mesure ne permet plus de dire si celle-ci doit être considérée comme une sanction avec toutes les conséquences de droit qui y sont attachées.

On dira la même chose de la procédure applicable. Les principes qui concourent au procès équitable ont irrigué toutes les procédures, devant toutes les instances juridictionnelles, et pas seulement celles qui prononcent des sanctions. Ils ne peuvent donc plus en constituer le révélateur.

Prenons un exemple et choisissons-le, à nouveau, dans le droit des procédures collectives. C'est au nom de l'égalité des armes qu'a été censurée une cour d'appel, dans une espèce où le rapport du juge-commissaire, prélude à une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux, n'avait été communiqué qu'au ministère public, et pas à ceux-ci.⁷²

Dès lors, si le bon critère d'entrée n'est ni la faute, ni le juge, ni la procédure, il reste, bien sûr, à s'en référer au contenu même de la sanction. Cette approche est sans doute la bonne approche. Elle est l'objet des deux autres exposés de cette première table ronde, et d'une certaine manière de tout le reste du colloque, de sorte que je n'en dirai qu'un mot rapide. La diversification des peines, la systématisation de la réponse pénale et la possibilité de faire de toute peine complémentaire une peine principale (article 131-11 du code pénal) ont indiscutablement contribué à effacer certaines frontières et à rapprocher la peine des autres sanctions, ou les autres sanctions de la peine.

72 Cass. Com., 10 janvier 2012, n°10-24.426.



Certains parleront de banalisation ou d'affadissement de la justice pénale, de banalisation de la faute, d'affadissement de la sanction. Ils auront tort. Le juge pénal demeure celui qui a reçu la mission de sanctionner les fautes les plus graves, et de prononcer les peines afflictives et infamantes. Je ne m'attarderai pas sur la peine infamante, car on peut se demander si, en réalité, elle ne relève pas de la sanction irrégulière, ce que vous disiez tout à l'heure M. le procureur général. On peut se demander si en réalité le juge pénal ne partage pas ce rude privilège avec les médias, et si parfois la mise en cause immédiate, martelée au rythme des flashes télévisés, de personnes pourtant présumées innocentes, n'est pas plus infamante qu'une condamnation, le cas échéant modérée et intervenant parfois longtemps après.

Il reste donc la peine privative de liberté. C'est par elle que je voudrais terminer, en revenant à Stefan Zweig : « *Tu sais ce qu'est la faute, tu seras donc le premier de mes juges* ».

Saisissant raccourci, presque de l'ordre de l'oxymore ! À méditer par tous ceux qui ont reçu mission de juger. Et à compléter par ce que dit le même Virata quand, non content de connaître la faute, il voulut aussi découvrir la peine et prit pour cela la place de celui qu'il avait condamné : « *Je veux savoir exactement ce que je t'ai infligé ; je veux connaître la morsure de la verge sur mon propre corps et ressentir en mon âme la souffrance de la captivité. Pendant une lune je prendrai ta place, afin que je sache à quelle expiation je t'ai condamné. Ensuite sur le seuil de justice je prononcerai un nouvel arrêt, dont je connaîtrai cette fois le poids et la rigueur. (...) Alors des ténèbres de ces profondeurs une lumière aura jailli et éclairé ma connaissance.* »

N'est-ce pas là le propre véritable de la sanction ? Personne n'en sort indemne. Même pas, et peut-être, surtout pas le juge.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

Je vous remercie, M. le Premier avocat général, de ces réflexions extrêmement stimulantes. Je crois qu'il est prévu qu'il y ait déjà un échange entre nous sur ce qui vient d'être dit : Jacques-Henri Stahl et le professeur Petit pourront réagir.

J'ai moi-même une question. N'y a-t-il pas tout de même, dans la sanction pénale, un aspect procédural qui lui reste propre, à savoir l'établissement des faits à travers l'enquête de police judiciaire, la mise en garde à vue ? Si je vous pose la question, c'est que j'ai le souvenir pénible d'un collaborateur qui s'était livré à des facéties telles qu'il a été traduit devant le conseil de discipline et la chambre correctionnelle. L'établissement des faits – il s'agissait de la vente de permis de conduire – s'est avéré bien plus difficile devant le conseil de discipline qu'il ne l'aurait été par une enquête de police.



Laurent Le Mesle

*Premier avocat général de la chambre commerciale,
économique et financière de la Cour de cassation*

Il est certain qu'il y a deux aspects qui sont atypiques dans la procédure pénale. Il s'agit de ce qu'il se passe avant le jugement – la phase d'instruction préparatoire – et après le jugement – la phase d'application des peines –. Cela constitue une particularité de la procédure pénale, une particularité de la peine et un bon critère de recherche.

La procédure pénale est l'affaire de l'État, la procédure civile est l'affaire des parties. Si je reprends le droit des procédures collectives, qui m'a permis d'illustrer un certain nombre de points que j'ai souhaité souligner, l'instruction dans le cadre d'une procédure collective est aussi conduite par un juge. Il n'a pas les pouvoirs d'un juge pénal ni la possibilité de prononcer les mêmes types de sanction. Je crois que ceci est explicable par cela et, comme je le disais tout à l'heure, les principes notamment du procès équitable (article 6 de la Convention EDH) ont irrigué l'ensemble du droit procédural, y compris, je pense, l'instruction des dossiers dans le cadre des procès civils. Le principe de la contradiction est un principe fondamental, mais vous avez raison, il y a une particularité dans la procédure pénale : c'est l'avant condamnation et l'après condamnation.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

M. le professeur, cher collègue, avez-vous des observations à formuler ou des questions à poser à M. Le Mesle ?

Jacques Petit

Professeur de droit à l'université Paris II, Panthéon Assas

J'ai trouvé très intéressant cet exposé qui donne des éléments "vus de l'intérieur", et j'ai cru comprendre d'après les propos que la Cour de cassation ne s'intéressait pas beaucoup, jusqu'à maintenant, à la notion de peine.

Je crois que les choses sont un peu différentes en droit administratif. De manière générale, on est amené d'un point de vue pratique à s'interroger sur la notion de peine, dans la mesure où cette notion est associée à un régime juridique particulier : pour déterminer si ce régime est applicable, il faut savoir si on a affaire à une peine ou non. Cette question en droit administratif s'est posée à partir du moment où le Conseil d'État a associé à la qualification de sanction, à la peine ou à la mesure répressive, l'application des droits de la défense. Cela date du début du XX^e siècle, avant même l'arrêt *Dame veuve Trompier-Gravier*⁷³. À partir de ce moment, il a fallu déterminer si une mesure prise par l'administration était ou non soumise aux droits de la défense, et donc si elle pouvait être qualifiée de sanction, de mesure répressive. De ce point de vue, le grand problème a été, comme y a

73 CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, n°69751

fait allusion le vice-président Sauvé, la distinction entre sanctions et mesures de police, ces dernières n'étant classiquement pas soumises au principe des droits de la défense.

Laurent Le Mesle

*Premier avocat général de la chambre commerciale,
économique et financière de la Cour de cassation*

Je tiens à préciser que je ne dis pas que le juge pénal ne s'intéressait pas à la sanction : elle est au contraire au cœur de son métier. Ce que je dis, c'est que la définition de la peine n'était pas au cœur des travaux théoriques en matière pénale alors qu'évidemment, le juge pénal s'est toujours intéressé à la peine.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

Il est sûr en tout cas qu'il serait intéressant d'étudier, au travers des décisions de la Cour de Strasbourg, quelle aire et quelle superficie ont été données, au fil des années, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Je reste encore un peu sur ma faim dans la mesure où, par exemple, les commissions de discipline pénitentiaires échappent encore à l'article 6, au moins tant que les sanctions disciplinaires pénitentiaires n'ont pas pour effet de remettre en question la sanction pénale prononcée initialement. Il y a des frontières, des géographies de la sanction qu'il me semble intéressant de définir.

M. Stahl, souhaitez-vous interroger M. Le Mesle ?

Jacques-Henri Stahl

Président de la 2^e sous-section du contentieux du Conseil d'État

Je voulais faire brièvement une observation à mon tour, dans le sens de ce que disait le professeur Petit à l'instant. On essaie de définir ce qu'est la sanction, et c'est à mon sens l'exercice le plus difficile de cette journée, cette définition étant difficile à appréhender sur un plan général et théorique.

Un autre exercice, presque aussi difficile et qui intéresse tous les praticiens, a trait à la qualification dont parlait le vice-président Sauvé ce matin. Il consiste à se demander si, face à telle ou telle décision, on est bien face à une mesure qui va entrer dans le régime juridique de la sanction dont nous parlons. Cette qualification difficile dépend de points de vue qui ne sont pas tous les mêmes : le point de vue européen, dont il a été question, le point de vue du juge administratif, celui du juge judiciaire ou encore celui du Conseil constitutionnel.

Pour illustrer cette difficulté à tracer des frontières étanches, alors que les limites et les appréhensions sont sans doute poreuses, je voudrais citer deux exemples. Un exemple, d'abord, de mesures qui ne se présentent pas comme des sanctions mais qui en sont pourtant. En droit administratif, la notion de « sanction déguisée » en constitue une illustration. Il s'agit d'une mesure qui ne se présente pas de prime



abord comme une sanction, mais qui dans les faits se révèle en être une. Tel est le cas du déplacement d'office d'un fonctionnaire, décidé dans « l'intérêt du service » mais qui, en réalité, est une décision prise pour punir l'intéressé. La sanction déguisée permet au juge de requalifier la mesure en question. En sens inverse, et c'est mon second exemple, il y a des mesures qui peuvent être vécues par les intéressés comme des sanctions et qui pourtant juridiquement n'en sont pas : c'est la différence entre les mesures de police et les sanctions, que le professeur Petit a évoquée, et qui est une autre expression concrète des difficultés de la qualification.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

Merci de ces précisions. Il est maintenant temps d'aborder la question des rapports qui peuvent exister entre sanctions pénales, d'une part, et sanctions civiles et administratives, d'autre part. M. le président, vous avez la parole.

Jacques-Henri Stahl

Président de la 2^e sous-section du contentieux du Conseil d'État

Dans cette première table ronde, où l'on essaie de cerner la notion de sanction, nous sommes partis de la définition la plus générale possible, donnée par M. l'avocat général. Sanctionner, au sens où nous l'entendons aujourd'hui dans le cadre de ce colloque, ce n'est pas approuver, ratifier, valider, entériner comme l'on pouvait le dire autrefois pour l'acte qui rendait exécutoire une loi. C'est, au sens plus étroit et plus contemporain du terme, réprimer une faute en infligeant une punition.

Je voudrais maintenant évoquer le contenu de la sanction, en essayant de traiter les convergences et les spécificités, ainsi que les ressemblances et les différences qui prévalent entre la sanction pénale et la sanction administrative.

Le contenu de la sanction, c'est donc la punition, la peine qui est infligée, à la fois pour faire payer le fautif, pour faire expier la faute, et pour dissuader : dissuader l'intéressé de récidiver mais aussi dissuader les autres de succomber et de fauter à leur tour.

À cet égard, la sanction pénale et la sanction administrative ou la sanction civile ont le même objet et poursuivent le même objectif. À ce niveau de généralité, l'unité de la sanction l'emporte évidemment, parce qu'elle ne fait que traduire, au fond, l'idée même de sanction.

Pour autant, si l'on regarde de façon plus attentive le contenu de la sanction, c'est-à-dire le type de peine prononcée, on ne peut qu'être frappé par l'extraordinaire diversité des punitions susceptibles d'être attribuées. L'unité de la sanction se traduit, en fait, par une très grande variété des mesures susceptibles d'être prononcées. Il n'est pas question d'en faire ici un inventaire exhaustif. Quelques illustrations, prises dans le champ des sanctions administratives, suffiront : les pénalités fiscales, décidées par l'administration des impôts ; dans un tout

autre domaine, la suspension de sportifs pour dopage prononcée par l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) ou par les fédérations sportives ; les sanctions disciplinaires, du blâme à la révocation, infligées aux agents publics ; les amendes prononcées par diverses autorités administratives indépendantes, à commencer par l'Autorité de la concurrence pour des montants qui peuvent être tout à fait spectaculaires ; l'interruption de la mise en œuvre d'un traitement informatisé décidée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ; le retrait d'agrément ou la démission d'office de dirigeants prononcés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ; les interdictions d'exercer des activités professionnelles financières infligées par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ; le retrait ou la réduction de la durée d'attribution de fréquences de téléphonie décidés par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; le retrait de points pour le permis de conduire et le retrait du permis lui-même lorsque tous les points ont été retirés, là aussi sanctions administratives de masse s'il en est ; les sanctions pécuniaires infligées aux compagnies aériennes, parce qu'elles n'ont pas respecté les règles de limitation des nuisances sonores ou parce qu'elles ont débarqué en France des étrangers sans passeport en règle. On pourrait continuer longtemps l'inventaire.

À la variété et à la diversité des sanctions administratives, on est intuitivement tenté d'opposer une plus grande homogénéité de la sanction pénale. Il est vrai que l'on a observé dans l'histoire un resserrement très net de l'éventail des sanctions pénales depuis la fin du XVIII^e siècle. Sous l'Ancien Régime, l'infinie diversité des supplices et des façons de donner la mort n'avait pour point commun que leur grande cruauté. La Révolution y a mis fin, en y substituant essentiellement l'emprisonnement et une unique façon, égalitaire, d'infliger la peine de mort. Par la suite, au XIX^e siècle, les peines corporelles, la mort civile, les travaux forcés, la déportation, le bannissement puis la peine de mort plus récemment, ont été successivement abolis. Les différents régimes d'emprisonnement se sont unifiés pour ne plus différer aujourd'hui que par les *quantum* des peines.

Ce mouvement profond d'homogénéisation des peines les plus sévères n'est toutefois pas exclusif d'un autre mouvement, de diversification cette fois, des sanctions susceptibles d'être prononcées aujourd'hui par le juge pénal. Outre les amendes, de très nombreuses peines ont été ajoutées à l'arsenal répressif : par exemple, la suspension ou l'annulation du permis de conduire ; des confiscations ; des interdictions professionnelles variées ; des interdictions de territoire français ; des interdictions de chèquiers ou de cartes de paiement ; des peines alternatives de travaux d'intérêt général ; ou même récemment des stages de citoyenneté.

Il apparaît ainsi difficile d'opposer aujourd'hui ce que seraient l'unité et l'homogénéité de la sanction pénale, face à la diversité des sanctions civiles et administratives. En revanche, à regarder et à comparer le contenu des sanctions pénales et administratives, on est porté à faire trois remarques :

- Souligner ce qu'est la singularité absolue de la sanction pénale : l'exclusivité du pouvoir de prononcer des peines privatives de liberté. Seul le juge pénal est susceptible de prendre une mesure de privation de liberté. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément souligné lorsqu'il a accepté de reconnaître aux AAI



un pouvoir de sanction administrative⁷⁴. Des sanctions administratives peuvent certes conduire à restreindre l'exercice de certains droits ou de certaines libertés – par exemple en privant du droit d'exercer, temporairement ou définitivement, une activité professionnelle ou en privant du droit de conduire un véhicule automobile –, mais elles ne peuvent jamais emporter une privation de liberté.

- Relever, si l'on met à part la spécificité de la privation de liberté, la convergence des autres peines susceptibles d'être prononcées par voie de sanction pénale ou par voie de sanctions administratives. En dehors des peines d'emprisonnement, il y a, en fait, un très large recoupement entre les mesures qui sont susceptibles d'être prononcées sous forme de sanction pénale ou sous forme de sanction administrative.

Les peines d'amende sont les plus évidentes à cet égard, à tel point que leur addition possible a conduit le Conseil constitutionnel à impartir aux autorités administratives et judiciaires le soin de veiller à ce que le montant global des sanctions pécuniaires cumulées n'excède pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues⁷⁵. Au-delà des sanctions pécuniaires, la plupart des peines susceptibles d'être prononcées par le juge pénal sont aussi susceptibles d'être prononcées par des autorités administratives : les plus notables sont les interdictions professionnelles ; les plus nombreuses sont les suspensions et les retraits de permis de conduire. Il n'y a guère que la privation de certains droits ou libertés spécialement protégés qui peut faire obstacle au prononcé de sanctions administratives : par exemple le droit de propriété, qui conduit à ce que des confiscations de biens puissent être prononcées par le juge judiciaire et non pas par des autorités administratives agissant par voie de sanction ; par exemple aussi, de façon plus limitée, la liberté d'accès à Internet qui a conduit le Conseil constitutionnel à juger que le législateur ne pouvait confier à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) le pouvoir de restreindre ou d'empêcher l'accès à Internet, à titre de sanction, pour protéger les titulaires des droits d'auteur⁷⁶.

- Distinguer et opposer la compétence générale reconnue au juge pénal et le champ spécialisé impartit aux autorités administratives qui prononcent des sanctions. Les mesures, comme je l'ai dit, se recoupent largement quand on les prend dans leur ensemble mais, pour apprécier autorité par autorité le champ des mesures susceptibles d'être prononcées, il y a me semble-t-il une opposition entre l'éventail des mesures pouvant être décidées par le juge pénal et la spécialisation des mesures de sanctions qui peuvent être prises par les autorités administratives.

Cette distinction vaut très largement pour appréhender le champ de la répression pénale et celui de la répression administrative : les autorités administratives investies d'un pouvoir de sanction ne le sont qu'à raison de la mission particulière qui leur a été confiée ; elles n'interviennent ainsi que dans le champ particulier de cette mission.

⁷⁴ CC, décision n° 89-260 DC 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ CC, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*.



Mais la distinction s'illustre aussi en ce qui concerne le contenu des sanctions susceptibles d'être prononcées : le juge pénal dispose de la plénitude de l'éventail des peines prévues par le code pénal et d'une grande marge de choix pour retenir la sanction qui lui paraît adaptée. Ce choix n'est évidemment pas arbitraire et l'éventail des sanctions possibles dépend aussi, naturellement, de la nature de l'infraction. Mais l'éventail est large et largement ouvert.

L'autorité administrative qui sanctionne ne dispose, en revanche, que d'une palette spécialisée de sanctions possibles, plus étroite et plus circonscrite. Cette palette est déterminée par les textes, en vertu du principe de la légalité des peines, et ces textes établissent un rapport étroit entre l'objet spécialisé de la répression administrative et la nature des peines qui viennent la sanctionner : la répression disciplinaire des agents publics ou des professions réglementées se traduit par des sanctions professionnelles, allant du simple blâme à l'interdiction définitive d'exercer ; les AAI de régulation prononcent des sanctions pécuniaires ou remettent en cause le droit d'exercer les activités soumises à régulation ; les pénalités fiscales sanctionnent financièrement des manquements à des obligations fiscales.

Le juge pénal dispose ainsi d'un large éventail de sanctions possibles, conçues comme générales. L'autorité administrative qui sanctionne ne dispose que d'un éventail réduit, déterminé en fonction de la mission spécifique qui lui est confiée.

Somme toute, ces différences, liées à la spécificité des missions assumées par le juge pénal ou par les autres autorités de sanction, peuvent aussi être regardées comme une traduction de l'idée d'adéquation, ou de proportion, entre la faute et la sanction. Les fautes les plus graves, aux implications les plus générales et qui mettent le plus fortement en cause l'ordre social, sont celles qui sont réprimées par le juge pénal par les sanctions les plus sévères qui se traduisent par une privation de liberté. Les fautes plus spécialisées, ou de portée plus circonscrite, comme la faute disciplinaire, la faute fiscale ou la faute professionnelle, font en revanche l'objet d'une répression plus spécialisée, avec un éventail de peines plus limité. Il n'est donc pas vraiment surprenant que le contenu de la sanction soit en rapport étroit avec la cause de la sanction – la faute – comme avec la finalité poursuivie par chaque type de sanction.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

Merci pour ces aperçus tout à fait lumineux, qui nous ramènent à nos premières esquisses de la notion de dynamisme au sein du monde de la sanction. Je voudrais vous interroger, ainsi que M. Le Mesle, sur ce que vous avez dit sur l'homogénéisation et la diversification de la sanction pénale. Il est très frappant en effet qu'en 1810, le code pénal diversifie largement les peines associées au crime et condense en quelques-unes les peines associées à la faute correctionnelle. Aujourd'hui, pourquoi est-ce exactement l'inverse ? Quels sont les moteurs de ce dynamisme ? Le législateur est-il à la recherche de peines efficaces, mais auquel cas, que signifie l'efficacité de la sanction ? Que signifie le sens de la sanction ?



Laurent Le Mesle

*Premier avocat général de la chambre commerciale,
économique et financière de la Cour de cassation*

C'est une observation que je souhaitais justement faire après l'exposé de M. Stahl. Je pense que la très grande diversité des sanctions correctionnelles que l'on observe aujourd'hui tient à deux phénomènes.

Le premier, c'est que le législateur a diversifié les infractions au code pénal. Il y a eu une augmentation considérable, notamment au cours des trente ou quarante dernières années, des fautes qui sont susceptibles d'être sanctionnées par le juge pénal. Comme l'a dit M. Stahl, cette diversification et cette augmentation du nombre d'infractions se sont traduites par l'apparition d'un droit pénal spécialisé avec des peines spécialisées correspondantes.

Un second phénomène, plus pratique, trouve un écho récent dans le rapport de Jean-Louis Nadal « Refonder le ministère public »⁷⁷ : il s'agit de la systématisation de la réponse pénale. Il est certain que dans un pays qui reste soumis au principe d'opportunité des poursuites, le classement sans suite "d'opportunité" apparaît comme un gros mot, comme un péché, comme une faute, car l'on préfère répondre à tout et diversifier la réponse pour l'adapter à la diversité des comportements et à la différence de gravité de ces comportements.

Voilà les raisons, mais il y en a sans doute d'autres, qui expliquent la grande diversité des peines correctionnelles alors que les peines criminelles sont demeurées stables, de même que les fautes criminelles. Il n'y a pas de grande évolution à ce sujet.

Quelques mots, enfin, pour aller plus loin que le propos que je tenais dans ma présentation. Je disais que l'on pouvait qualifier la peine par rapport à la faute que l'on voulait sanctionner. On pourrait inverser ce raisonnement, en remarquant que l'on classe les fautes en fonction des peines qui les rétribuent. On peut ainsi dire qu'est crime l'infraction rétribuée par une peine criminelle, qu'est délit l'infraction punie d'une peine correctionnelle, et qu'est contravention l'infraction punie d'une peine contraventionnelle. Au final, c'est la loi qui détermine cela et donc mon observation générale demeure valable.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

On observe un léger rétrécissement des peines criminelles donc, car il existait par le passé une pluralité de possibilités, tandis qu'aujourd'hui seul l'emprisonnement est ouvert.

M. le professeur, souhaitez-vous ajouter quelque chose ?

⁷⁷ Commission de modernisation de l'action publique, sous la présidence de Jean-Louis NADAL, *Refonder le ministère public*, novembre 2013.

Jacques Petit

Professeur de droit à l'université Paris II, Panthéon Assas

Vous vous interrogez M. le contrôleur général sur ce qui fait sens dans une sanction. L'une des choses très justes qu'a dite M. Stahl, c'est le lien entre le contenu de la sanction et le contenu de la réglementation qu'il s'agit de faire respecter, qui renvoie à l'idée très classique du droit pénal du lien entre la nature de l'infraction, le contenu de l'infraction et la nature de la peine. Il faut être puni par où l'on a péché. C'est l'un des principes énoncés par Beccaria. Sur ce point, il me semble que la répression administrative obéit à une logique très classique en droit répressif.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

Comme j'avais donné la parole à M. Stahl à la suite de ses observations, je vous sollicite M. le professeur pour exposer une synthèse de ce qui a précédé.

Jacques Petit

Professeur de droit à l'université Paris II, Panthéon Assas

Je tiens d'abord à remercier les organisateurs du colloque de m'y avoir convié, d'abord parce que c'est un honneur de participer à une manifestation organisée par les deux cours suprêmes, mais aussi parce que le sujet de la sanction, dans son volet administratif, m'intéresse tout particulièrement. Il m'intéresse mais, à certains égards, il m'angoisse également, car il pose des problèmes que je n'arrive pas encore à résoudre. J'attends beaucoup de ce colloque pour répondre à certaines de mes questions.

Cela étant, je ne vais pas exactement faire une synthèse mais traiter du sujet des finalités ou des fondements des sanctions, du pouvoir répressif. Je me placerai dans la perspective d'une comparaison entre la sanction administrative et la sanction pénale – comparaison pouvant même s'étendre aux sanctions relevant d'autres branches du droit privé –, en recherchant des points communs et des différences, des convergences et des divergences.

À un niveau très général, on peut identifier des convergences ; une analyse plus fine décèle des divergences de portée relative, en ce sens qu'elles n'existent que pour une partie des sanctions administratives ou des sanctions pénales, ces deux types de sanction étant loin de constituer des ensembles homogènes. Je vais donc dire quelques mots sur les convergences générales puis sur les divergences relatives.

Les convergences générales sont au nombre de deux : l'idée de nécessité et le but d'intérêt public.

- L'idée de nécessité, d'abord. Toute sanction comporte une atteinte à la situation d'une personne, physique ou morale, dans tel ou tel de ses éléments, de valeur plus ou moins grande : la liberté, le patrimoine, les droits – le droit d'exercer une activité professionnelle, par exemple –, la situation morale, etc. Or, dans un État

libéral, seule une nécessité peut justifier une telle atteinte. C'est précisément ce qu'exprime l'article 8 de la Déclaration de 1789 quand il énonce que la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Ainsi, à la question de savoir au nom de quoi ou pourquoi l'on punit, le premier élément de réponse est : au nom d'une nécessité car cela est nécessaire. Ce premier élément de réponse est commun à toutes les sanctions : le Conseil constitutionnel a interprété l'article 8 et, notamment, le principe de nécessité, comme étant applicable à toute sanction ayant le caractère d'une punition, c'est-à-dire à toute mesure authentiquement répressive, y compris les mesures disciplinaires, même si la sanction n'est pas prononcée par le juge pénal.

Cela étant, ce premier élément de réponse demeure évidemment très général et l'on demandera avec raison : nécessaire sans doute, mais en vue de quoi, à quelles fins et pour quoi faire ?

- C'est ici qu'intervient un deuxième élément de convergence, cette fois entre sanction administrative et sanction pénale et non pas entre toutes sanctions : le but d'intérêt public. Là encore, l'idée est très simple : les sanctions administratives comme les sanctions pénales ont pour objectif commun de réprimer les manquements à des règles, comportant interdictions ou devoirs, lesquelles sont imposées aux sujets dans un but d'intérêt général. De ce fait, il semble possible de dire que tant la répression administrative que la répression pénale tendent à la satisfaction de buts d'intérêt public. Par exemple, il est d'intérêt général de sanctionner les fautes professionnelles des agents publics – il y va du bon fonctionnement du service public –, de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles – il y va du bon fonctionnement du marché, de l'ordre public économique si l'on veut – de réprimer les infractions pénales, qui portent atteinte à l'ordre public. Nécessaires, ces sanctions le sont donc en vue de la satisfaction de fins d'intérêt public. Par là, elles s'opposent aux pouvoirs répressifs, de nature disciplinaire, qui s'exercent au sein des personnes privées et tout particulièrement au sein de l'entreprise privée, de l'employeur sur les salariés : on peut considérer, si l'on suit l'analyse institutionnelle qui en rend le mieux compte, que le fondement du pouvoir disciplinaire de l'employeur réside dans l'intérêt collectif de l'entreprise mais cet intérêt, pour être collectif, n'en est pas moins de nature privée.

Les sanctions administratives comme les sanctions pénales ont ainsi en commun d'être justifiées par la nécessité d'atteindre des fins d'intérêt général. Il reste que ces fins ne sont pas, ou pas toujours, les mêmes.

On en arrive ainsi aux *divergences relatives*. Il faut ici souligner d'emblée que ces divergences peuvent être considérées de deux points de vue, assurément liés, et souvent entremêlés, mais qu'il est bon de distinguer.

- Le premier point de vue procède d'une donnée de base des rapports entre répression administrative et répression pénale. Dans un État libéral, fondé sur la séparation des pouvoirs, le pouvoir de punir relève en principe du juge pénal. En d'autres termes, la répression pénale se présente comme la répression normale. Dès lors, il est nécessaire de justifier l'existence d'une répression administrative.



Or, l'une des manières de justifier cette existence consiste précisément à souligner que cette répression ne vise pas les mêmes finalités, ne correspond pas aux mêmes préoccupations que la répression pénale. La différence de finalité est donc alors envisagée pour expliquer la coexistence des deux répressions en cause et essayer de délimiter leurs champs respectifs.

- Le second point de vue prend également acte de la priorité de la répression pénale mais d'une autre façon. De longue date, la doctrine pénaliste a développé une réflexion sur les finalités et les fonctions de la peine, et les théories développées ont largement influencé le droit positif. Il y a donc lieu de se demander si les fonctions qui ont pu être attribuées à la répression en droit pénal se retrouvent en matière de répression administrative.

On dira quelques mots sur ces deux points de vue.

Le premier point de vue, celui des différences de finalités justificatrices de l'existence d'une répression administrative aux côtés de la répression pénale, a donné lieu à deux types de réflexions destinées à rendre compte du droit positif.

Une première orientation a consisté à mettre ici en œuvre l'opposition entre répression disciplinaire et répression pénale. De manière très schématique, car cette opposition et sa mise en œuvre à propos des rapports entre sanction administrative et sanction pénale sont d'une très grande complexité, l'idée est la suivante : la répression pénale et la répression administrative visent bien à réprimer, comme on l'a vu, la méconnaissance de certaines règles d'intérêt public. Mais ce ne sont pas les mêmes. La sanction pénale vise à réprimer la méconnaissance de règles imposées par l'État à l'ensemble des individus comme autant de limites à leur liberté de principe, en vue de protéger l'ordre public. La répression administrative a pour finalité spécifique de réprimer les manquements aux règles imposées à certains individus à raison du lien de droit particulier qu'ils ont noué avec l'administration, ce lien étant source pour eux à la fois de droits et d'obligations spéciaux : ainsi des agents publics, des usagers des services publics, des membres de certains groupes professionnels, des titulaires d'autorisations ou d'agréments administratifs. Cette répression-là, parce qu'elle vise des groupes particuliers assujettis à un statut particulier, a souvent été présentée, dans la ligne des travaux fondateurs du doyen Auby, comme étant de type disciplinaire ou quasi-disciplinaire, cette conception très extensive de la répression disciplinaire pouvant prêter à discussion. De manière générale, la frontière entre le disciplinaire et le non disciplinaire est incertaine.

Quoi qu'il en soit, l'opposition de finalités que l'on peut ainsi établir entre répression pénale et répression administrative n'a qu'une portée relative, en raison d'un double mouvement d'extension de la répression administrative et d'inflation de la répression pénale. D'une part, la répression administrative s'est étendue à des personnes qui n'ont aucun lien de droit particulier avec l'administration et en vue de réprimer la méconnaissance des limites imposées à leur liberté (par exemple, le pouvoir répressif de l'Autorité de la concurrence qui réprime les abus de la liberté économique commis par toute entreprise). La répression administrative



visé alors le même type de but que la répression pénale dont elle apparaît comme un démembrement ou un substitut. D'autre part, du côté de l'extension de la répression pénale, il s'est développé un « droit pénal administratif » qui a pour objet de réprimer la méconnaissance de réglementations administratives, comportant notamment des régimes d'autorisation administrative (maints exemples, notamment en droit de l'environnement, de l'urbanisme, de droit de la santé). La répression pénale vise alors des buts analogues à ceux de la répression administrative.

Une seconde orientation consiste à analyser les finalités justificatrices de la répression administrative à partir des données fondamentales du droit administratif. Dans cette perspective, on peut dire que le pouvoir administratif de punir est une prérogative de puissance publique et que, comme toute prérogative de puissance publique, il est justifié par le fait qu'il est nécessaire au bon accomplissement par l'administration de ses missions d'intérêt général⁷⁸. Autrement dit, la sanction administrative est toujours et n'est jamais qu'un procédé juridique au service des fonctions administratives. Il y a, dans le droit positif, maintes manifestations de cette idée⁷⁹. Elle implique que les sanctions administratives n'ont pas d'autres finalités que celles des missions dont elles sont un instrument et que, partant, il y a autant de finalités que de missions différentes. Par exemple, le pouvoir de sanction des autorités de régulation a une finalité régulatrice, et le Conseil d'État en a d'ailleurs pris explicitement acte dans certains arrêts⁸⁰, pour en tirer des conséquences de régime, notamment un assouplissement du principe de personnalité des peines. Si l'on reste fidèle à la *summa divisio* des fonctions administratives, entre police et service public, on pourrait distinguer les sanctions de police – qui visent à la protection de l'ordre public comme les sanctions pénales, alors même qu'elles comportent un régime d'autorisation préalable – et les sanctions de service public – qui visent au bon fonctionnement du service et apparaissent de type disciplinaire –.

Considérons maintenant le second point de vue, celui de la transposition aux sanctions administratives des analyses pénalistes des finalités ou fonctions de la peine. La divergence, qui a été affirmée par la doctrine de droit public, touche ici la fonction rétributive de la peine.

Je partirai de Gaston Gèze qui dit du pouvoir disciplinaire exercé sur les agents publics qu'il a pour seul objet le bon fonctionnement du service public et qu'il est étranger à toute idée de châtiment personnel fondé sur l'idée d'une justice répressive. Quand cet auteur fait référence au principe de justice répressive, je pense qu'il fait référence à l'idée de rétribution. De manière très schématique, cette idée de rétribution signifie que l'infracteur doit être puni parce qu'il est

78 J.-L. de Corail, *Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression*, in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 103 et s.

79 Le motif de principe par lequel le Conseil constitutionnel justifie l'attribution d'un pouvoir répressif à une autorité administrative, notamment indépendante : une telle autorité peut se voir conférer un tel pouvoir « dans le cadre de prérogatives de puissance publique » et « dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa mission »

80 CE, Sect., 22 novembre 2000, *Sté Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, n° 207697, AJDA, 2000, p. 997, chron. Guyomar et Collin.



moralement nécessaire qu'un mal commis soit compensé, rétribué par un mal subi. On insiste donc ici sur l'aspect de châtement personnel moralement justifié de la répression. On peut estimer, et la question est discutée, que cette idée reste présente dans une partie au moins de la répression pénale.

En droit public, une partie de la doctrine estime que cet aspect de la répression, comme châtement personnel moralement fondé est absent de la sanction administrative⁸¹. D'une certaine façon, l'administration ne prononcerait jamais de véritables peines. Cela apparaît lié au caractère purement instrumental ou fonctionnel de la répression administrative : le but n'est pas la punition personnelle de l'auteur mais le bon accomplissement des missions administratives et le respect des règles qui conditionnent ce bon accomplissement. De ce point de vue, les sanctions administratives visent avant tout un objectif préventif et remplissent une fonction d'intimidation individuelle et collective : il s'agit d'amener les destinataires des réglementations administratives à les respecter. On a ainsi pu dire que la répression administrative s'apparentait à un mécanisme d'exécution forcée⁸².

Toutefois, cette opposition, qui a certainement une grande part de vérité, demande sans doute à être relativisée et cela pour trois raisons.

D'abord, pour la raison évidente que des buts de nature différente peuvent coexister dans la même mesure répressive. Faire la part entre ces différents buts est, dans la pratique, extrêmement difficile.

Ensuite, parce que l'idée de rétribution, de châtement moralement fondé, n'est certainement pas présente (ou pas présente au même degré) dans l'ensemble de la répression pénale. En particulier, elle s'efface dans le « droit pénal administratif » au profit de la préoccupation d'obtenir le respect de réglementations administratives.

Enfin, parce que l'idée de rétribution, de châtement moralement justifié, n'est pas totalement absente en réalité de la sanction administrative. J'en donnerai deux exemples.

On a souvent dit que les sanctions disciplinaires comportaient une dimension de flétrissure morale, et c'est sans doute particulièrement net pour celles qui, précisément, sont purement morales comme le blâme ou l'avertissement.

Le caractère purement fonctionnel de la sanction administrative est très net quand son contenu même est lié au régime administratif dont elle est destinée à assurer l'efficacité : le retrait d'une autorisation à titre de sanction apparaît manifestement comme visant l'efficacité d'un régime d'autorisation préalable ; l'exclusion du service d'un usager perturbateur répond à l'évidence à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du service. Quand, au contraire, le contenu même de la sanction est étranger au régime administratif (c'est le cas des amendes par exemple), la dimension de châtement personnel réapparaît peut-être.

81 G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997, n° 64 et s.

82 *Ibid.*, n° 69.



Quand par son contenu même la sanction administrative est liée au régime administratif, elle nous semble comporter une dimension rétributive, mais de nature purement juridique, liée à la corrélation des obligations et des droits. Raisonnons sur le cas de l'usager. Il a droit au service mais il doit respecter certaines obligations dans l'usage de celui-ci : l'un ne va pas sans l'autre, il y a une forme d'équilibre. La faute, par définition, rompt cet équilibre. La sanction administrative le rétablit dans la mesure où elle atteint l'infracteur dans les droits qu'il tient de sa qualité d'usager, l'exclusion du bénéfice du service étant l'exemple type.

Enfin, si une chose est de dire la manière dont le droit conçoit la réalité des sanctions, une autre chose est de dire la manière dont elles sont ressenties. Toute sanction, même administrative, comporte l'infliction d'un mal et, partant, elle est nécessairement la source d'une souffrance, d'intensité très variable certes : le retrait de points du permis de conduire n'est pas une peine de prison, mais constitue toujours un mal et donc une souffrance. Or, et je parle d'expérience, les individus sont naturellement portés à évaluer la souffrance infligée en termes moraux, quelle que soit la sanction : c'est mérité ou cela n'est pas mérité. C'est vrai pour le destinataire de la sanction, c'est vrai pour les tiers, et je crois que cela l'est également pour l'autorité qui l'a prise. En ce sens, toute sanction revêt une dimension morale, même une sanction administrative.

Je vous remercie.

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté,
Modérateur de la conférence*

Merci M. le professeur. Je crois que vous avez parfaitement introduit cette journée, dans le sens où, si j'ai bien compris, elle vise à dégager ce qui est irréductible entre les sanctions du juge répressif et les autres sanctions, mais aussi ce qui peut être rapproché entre les unes et les autres et, par conséquent, je crois que vous nous avez beaucoup éclairés sur ce point.

Nous pouvons peut-être laisser la possibilité à la salle de nous questionner si elle le souhaite.



Échanges avec la salle

Question – Je souhaiterais apporter une précision et poser deux séries de questions.

Une précision, d'abord: l'affadissement de la sanction concerne à mon sens surtout la sanction administrative plutôt que la sanction pénale.

Une première question : finalement la diversification de plus en plus grande des sanctions en matière délictuelle et contraventionnelle ne tient-elle pas à la déclinaison de plus en plus fine des droits fondamentaux ? En effet, de la liberté fondamentale initialement conçue comme une liberté physique d'aller et venir, et d'un droit à la propriété, on passe à une déclinaison ou à une arborescence de droits fondamentaux – droit de conduire, droit de travailler ou droit de voter –. Cette arborescence conduit aussi, dans une perspective individualiste, à cerner au plus près l'adéquation de la sanction à l'individu. Dans cette perspective de développement de la sanction correctionnelle, outre bien sûr l'élément qu'a fourni très justement Laurent Le Mesle sur la nécessité de systématiser la réponse pénale, l'attente en ce domaine n'est-elle pas la systématisation de nos droits individuels ?

La deuxième question a trait aux autorités administratives indépendantes : ne sommes-nous pas partis d'une vision technocratique des sanctions, rapides, chevaux légers de la répression, avec la nécessité d'une adéquation entre réponse et temps, pour aller vers une vision plus juridictionnelle ? Ainsi, finalement, sous l'effet des jurisprudences communautaire et nationale, on aurait perdu cette vision technocratique au bénéfice – je dis bien au bénéfice – d'une vision plus juridictionnelle. Lorsque l'on regarde la loi de 1989⁸³ et la décision constitutionnelle⁸⁴ qui a précédé son entrée en vigueur, on a bien un champ commun entre le délit d'initié et le manquement d'initié, à peu de chose près, et c'est donc bien dans une vision de substitution et non pas de complémentarité qu'on a vu l'édiction de telles sanctions administratives.

Jacques Petit

Sur la première question, très intéressante, je ne pourrai pas répondre.

Sur la deuxième question, la réponse est assurément oui. Je crois qu'il y avait des préoccupations d'efficacité et de souplesse qui sont particulièrement nettes et que l'on retrouve dans la loi « Hadopi »⁸⁵ : le délit de contrefaçon ne fonctionnait pas, il fallait donc une répression administrative qui soit plus efficace. Cela dit, le problème qu'évoquait d'ailleurs le vice-président Sauvé, c'est qu'avec le développement des garanties procédurales qui viennent de

83 Loi n°89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

84 CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

85 Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.¹¹

l'applicabilité du droit au procès équitable, le prononcé d'une sanction par une autorité administrative indépendante est devenu aussi compliqué, voire plus compliqué, que le prononcé d'une sanction par une juridiction pénale. De ce point de vue, la raison d'être, en tout cas la raison d'être initiale, de l'attribution d'un pouvoir de sanction à une AAI, a pratiquement disparu. Ce qui pose le problème du maintien ou de la qualification en droit interne de juridictions aux AAI en tant qu'elles exercent une fonction répressive. Cela est possible dans le sens où il y a de plus en plus un isolement organique de la fonction répressive au sein même de l'organisation des AAI. On pourrait très bien qualifier l'AAI de juridiction en tant qu'elle dispose d'un pouvoir de sanction, et elle resterait par ailleurs une autorité administrative. D'ailleurs ce type de cumul entre fonction juridictionnelle et fonction administrative est assez classique en droit administratif.

Jean-Marie Delarue

Personnellement, je suis assez sensible à ce que vous avez indiqué, M. le procureur général, sur la diversité et la précision des droits fondamentaux. Je crois en effet qu'il y a une corrélation entre la nature des sanctions, telles qu'elles sont définies, et l'attention que nous portons aux droits fondamentaux. En tout cas, la Cour de Strasbourg peut faire elle-même ce rapprochement puisqu'elle a demandé à certains pays de pénaliser des infractions qui ne l'étaient pas. L'intérêt est de voir quelle est la dynamique qui se crée. À cet égard, Mme Tulkens qui est ici et moi-même, nous trouvions très récemment dans un jury de thèse dans laquelle il était démontré que cette dialectique entraînait des risques de pénalisation accrue pour une protection demandée.

On voit bien qu'il y a un mouvement parallèle esquissé qui pourrait aussi nous amener à réfléchir sur un des facteurs de dynamisme, je souscris donc tout à fait à votre remarque.

Question – *Je partirai d'une observation de M. le président Stahl qui disait que la caractéristique distinctive de la sanction pénale est son caractère privatif de liberté. Toutefois, ceci vise toutes les sanctions sauf la contravention. Or l'amende, plus généralement la sanction pécuniaire, vous le disiez vous-même, est un caractère commun aux sanctions administratives et pénales.*

Dans le dernier rapport de la Cour de cassation, qui s'interrogeait sur la nature des sanctions pécuniaires en matière de circulation routière, je découvre que la sanction qui peut être infligée à la personne dont seule la plaque d'immatriculation a été identifiée est une sanction infra pénale : j'aimerais avoir des explications sur cette définition.

Didier Boccon-Gibod

C'est un sujet qu'on pourrait qualifier de micro sujet dans le cadre d'un colloque portant sur la sanction dans son ensemble, mais il est vrai aussi que c'est un sujet qui concerne beaucoup de personnes.

Il est prévu par la loi, lorsqu'il y a une infraction au code de la route dont l'auteur des faits n'est pas identifié, que le titulaire de la carte grise du véhicule qui n'est pas coupable de l'infraction soit pécuniairement responsable de l'infraction commise, c'est-à-dire qu'il doit s'acquitter de la peine d'amende. Cette amende est prononcée à un autre titre qu'une déclaration de culpabilité, puisqu'il ne s'agit que d'une responsabilité pécuniaire. C'est en cela, je pense, que l'on a pu parler de contravention ou de fait infra-pénal.

Jean Massot

En vous écoutant tout à l'heure je ne pouvais pas ne pas penser à un groupe de travail que la chancellerie m'a demandé de présider, portant sur la responsabilité pénale des décideurs publics. Ce sujet est particulièrement d'actualité. Dans les propositions que nous avons faites, il y en a une dont vous pouvez tout de suite imaginer le succès qu'elle a suscité, qui était un moratoire des sanctions pénales nouvelles pour le vote de nouveaux textes de loi pendant un an. J'ai essayé, en tant que président de la section des finances, de faire respecter ce moratoire mais je ne crois pas avoir eu beaucoup de succès.





Conclusion de la première table ronde

Jean-Marie Delarue

*Contrôleur général des lieux de privation de liberté
Modérateur*

Il nous reste à remercier vivement M. le Premier avocat général Laurent Le Mesle, M. le président Jacques-Henri Stahl ainsi que le M. le professeur Petit.

Je voudrais simplement, non pas à titre conclusif, mais pour éclairer les débats qui vont suivre, faire quelques remarques personnelles.

Oui, bien entendu, il y a quelque chose d'irréductible entre les sanctions pénales et les sanctions administratives. Je me souviens avoir eu un dialogue très difficile avec un président de l'Assemblée nationale, à qui j'expliquais qu'on pouvait appliquer à un fonctionnaire une sanction disciplinaire et une sanction pénale. Il ne voulait rien entendre au nom du principe du *non bis in idem*, qui pourtant ne s'applique pas puisque nous ne sanctionnons pas les mêmes choses, comme l'a très bien dit tout à l'heure M. le professeur Petit.

Ma deuxième remarque est qu'il ne faut jamais oublier que la sanction est toujours à double détente : il s'agit de sanctionner quelqu'un qui est l'auteur d'une infraction ou qui est réputé l'être dans le cas de la conduite automobile, mais il s'agit aussi de dissuader les éventuels infracteurs. Par conséquent, l'essentiel est de savoir si la sanction est non seulement punitive mais aussi exemplaire. L'efficacité d'une sanction se mesure aussi à cet aspect-là.

Mais justement, sommes-nous sûrs que les sanctions revêtent aujourd'hui un caractère exemplaire ? On peut citer sur ce point l'aspect « publicitaire » de la sanction : comment une sanction est-elle connue du public ?

Je me souviens, en d'autres temps, m'être préoccupé d'un certain nombre de zones d'habitat réputées hospitalières pour la délinquance. On parlait du sentiment d'impunité, sentiment qui naissait du fait que les sanctions n'étaient pas connues, et que la population avait le sentiment très fort que les auteurs d'infractions n'étaient jamais punis. M. Le Mesle a évoqué le pilori. Les médias sont en effet un excellent pilori aujourd'hui, mais pour le tout-venant de l'infraction, qu'en est-il ?

Le second exemple que je voulais citer est celui de l'emprisonnement. Quel est le sens de l'emprisonnement aujourd'hui ? Il y a un siècle et demi, à l'époque de l'encellulement individuel, on pouvait très clairement indiquer que la prison était faite pour mettre quelqu'un face à son âme ou face à sa conscience. Méditant sur sa faute, le prisonnier pouvait s'amender et c'est pour cela qu'il fallait lui éviter tout commerce avec autrui. Aujourd'hui, à quel but répond l'emprisonnement ? Sûrement à un but de bannissement symbolique, d'éloignement radical. A-t-il d'autres intentions ? Je crois que les sanctions pénales méritent, comme les

sanctions administratives, d'être réfléchies dans la portée qu'elles ont. Quant aux sanctions administratives, comme vous l'avez dit l'un et l'autre, M. le président Stahl et M. le professeur Petit, il est assez facile de décrypter leur sens, dès lors qu'elles sont l'instrument de la mission que poursuit le service à l'origine de la faute. S'agissant de la sanction pénale, dont Robert Badinter disait qu'elle est celle de la conscience collective, c'est un peu plus compliqué. Cette conscience collective a-t-elle le sens de ce qu'elle veut infliger comme peine ?

Enfin, et ce sera ma dernière réflexion, suggérée d'ailleurs par M. Le Mesle dans son propos introductif : quel est le droit de la peine ?

En effet, au fond, dans la sanction aujourd'hui, on s'intéresse beaucoup au droit processuel – le juge compétent, par exemple –, mais quel est le droit de l'exécution des peines ? À cet égard, je voudrais rappeler qu'il y a un divorce très profond entre l'opinion et la procédure pénale. La sanction pénale présente en effet la caractéristique de pouvoir être aménagée, ce qui n'est pas le cas d'autres sanctions. Il y a ainsi un juge fait pour cela, dont le rôle s'est développé lors des dernières décennies, et qui s'est « juridictionnalisé » à bon droit. On a en effet l'idée que la sanction pénale est tellement attachée à la personne qu'elle sanctionne, que cette sanction doit évoluer avec elle. C'est une chose absolument incomprise de l'opinion publique.

Je crois que ce colloque, s'il est de nature à déchirer les voiles sur ces questions pour permettre une meilleure compréhension de la peine, sera le bienvenu.

Merci à tous.



Deuxième table ronde

Les formes et le prononcé de la sanction : évolutions récentes *(Qui sanctionne ? Selon quelle procédure ? Quelle motivation ? Quelle publicité ?)*

La deuxième table ronde retracera les évolutions récentes en matière de procédure, de motivation et de publicité de la sanction. Elle s'attachera à définir qui a la compétence pour sanctionner. Il s'agira également de mesurer l'influence de la procédure pénale sur la procédure administrative et réciproquement.

Sommaire

Présentation des intervenants	65
Éléments de réflexion sur le thème de la deuxième table ronde	67
Actes.....	69
Échanges avec la salle	98





Présentation des intervenants

(Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date du colloque)

Modérateur

Gilles Bachelier,

président de la cour administrative d'appel de Nantes

Gilles Bachelier est titulaire d'une maîtrise en droit et d'une maîtrise en sciences économiques (1974), ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Michel de l'Hospital, 1979). Il a été directeur de cabinet du préfet de l'Aveyron (1979-1980), directeur du cabinet du préfet de la région Poitou-Charentes, préfet de la Vienne (1980-1982), secrétaire général de la préfecture de l'Aude (1982-1983), conseiller au tribunal administratif de Nantes (1984-1992). Il a ensuite intégré la section du contentieux du Conseil d'État comme rapporteur (1992-1993 ; 2004-2006) et comme commissaire du Gouvernement (1993-2004), puis il a été affecté à la section des finances (2004-2008). Il a également exercé les fonctions d'assesseur à la section du contentieux (2006-2008). Président de la 8^e sous-section du contentieux depuis 2008, il est nommé président de la cour administrative d'appel de Nantes en 2013.

Intervenants

Frédéric Desportes,

avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Magistrat depuis sa sortie de l'École nationale de la magistrature en 1984, Frédéric Desportes exerce les fonctions de juge des enfants au tribunal de grande instance de Montpellier de 1986 à 1988 avant d'être affecté à la direction des services judiciaires au ministère de la justice de 1988 à 1990. Il rejoint ensuite la direction des affaires criminelles et des grâces. Nommé conseiller référendaire à la Cour de cassation en 1996 jusqu'en 2003, il exerce les fonctions d'inspecteur des services judiciaires jusqu'en 2009, puis est chargé des fonctions de maître des requêtes au Conseil d'État de 2009 à 2012. Depuis 2012, Frédéric Desportes est avocat général à la Cour de cassation.

Geneviève Giudicelli-Delage,

professeur émérite de l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Professeur émérite des universités, Mme Giudicelli-Delage a dirigé le Master recherche Droit pénal et politique criminelle en Europe, option droit comparé de l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Elle préside l'Association de recherches pénales européennes et exerce également les fonctions de rédactrice en chef de la *Revue de science criminelle et de droit comparé*. Elle est l'auteur de plusieurs ouvrages dont *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008 et *Devoir de punir ? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Société Législation Comparée, 2013.

Maud Vialettes,

rapporteur public au Conseil d'État

Maud Vialettes est diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris et ancienne élève de l'École nationale d'administration (promotion Nelson Mandela, 2001). Affectée à la section du contentieux, jusqu'en 2007, elle exerce parallèlement ses fonctions à la section sociale de 2004, année de sa nomination comme maître des requêtes, à 2007. Substitut du procureur à la section des mineurs puis à la section financière près le tribunal de grande instance de Paris de 2007 à 2010, elle est ensuite nommée rapporteur public à la 1^{ère} sous-section de la section du contentieux au Conseil d'État.



Éléments de réflexion sur le thème de la deuxième table ronde

La problématique des formes de la sanction est traversée par des tendances, en apparence contradictoires, de diversification et d'unification.

On constate ainsi une multiplication des champs d'intervention de la sanction, qui transcendent les frontières traditionnelles entre les matières du droit et se nourrissent d'une multitude de sources, tant internes qu'internationales.

Ce processus d'extension s'accompagne d'une multiplication des acteurs détenant un pouvoir de sanction.

Désormais, les juridictions judiciaires et administratives classiques ne concentrent plus le monopole d'un tel exercice, le partageant avec d'autres juridictions et institutions, nationales comme internationales, tel que les autorités dites de régulation, la Commission européenne, la Cour de justice de l'Union européenne ou encore la Cour européenne des droits de l'homme.

Les sources du pouvoir répressif se sont également considérablement diversifiées, le cadre de la sanction ne se fondant plus uniquement sur la loi mais également sur la Constitution, sur le droit européen entendu au sens large ainsi que sur d'autres conventions internationales.

Toutefois, l'évolution des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État, confortées ou suscitées par la jurisprudence des Cours européennes et constitutionnelles, fait émerger un socle commun de principes et de garanties procédurales applicables à toute punition, structurant ainsi un droit homogène de la sanction dans des domaines aussi divers que le droit civil, pénal, commercial ou encore administratif.

La prolifération des détenteurs d'un pouvoir de sanction se retrouve dans la sphère judiciaire. La formation répressive traditionnelle, composée d'un collège de trois magistrats professionnels, a largement laissé place aux jugements rendus par un juge unique. L'accroissement du pouvoir de sanction du procureur de la République et l'apparition de nouveaux intervenants issus de la société civile – juges de proximité, médiateurs et délégués du procureur de la République – participent également de cette redistribution des compétences.

Ce mouvement de diversification s'est également traduit par le renforcement des modes de répression administratifs. Afin d'accompagner leurs missions de contrôle, de surveillance et de régulation, le législateur a conféré, outre le pouvoir traditionnellement attribué aux différentes autorités ministérielles, un pouvoir de sanction à des autorités administratives indépendantes mais également à certains organismes privés investis de prérogatives de puissance publique, ou encore à des juridictions spécialisées telles que les juridictions ordinales. L'importance des



sanctions encourues devant ces organismes a justifié leur soumission progressive à des garanties proches de celles appliquées devant les juridictions pénales (CE, 23 avril 2009, n° 314918, *Cie Blue line*, B).

Ces bouleversements ont également un impact sur les formes mêmes et la nature du prononcé de la sanction, et ont contribué à un élargissement du panel des sanctions disponibles, dont les modalités peuvent différer profondément des sanctions classiques. En droit pénal, les modes de règlement dits « rapides » ont connu un formidable essor. Il en est ainsi de l'amende forfaitaire ou des alternatives aux poursuites, parfois perçues par la doctrine comme témoignant d'un phénomène de contractualisation du procès pénal, dont la transaction pénale et la procédure dite du « plaider coupable » constitueraient les exemples les plus caractéristiques. De la même manière, en droit européen, la démultiplication des titulaires d'un pouvoir répressif direct, a participé à l'avènement de sanctions nouvelles et spécifiques.

Cette variété des détenteurs du pouvoir répressif et des types de sanctions va paradoxalement de pair avec une unification des exigences procédurales auxquelles ils sont soumis, tels que le principe du contradictoire, les droits de la défense, la publicité des débats, la prévisibilité des manquements ou encore la motivation des décisions.

Le constat d'une évolution vers une plus grande variété des formes de la sanction ne s'accompagne pas d'une banalisation de son prononcé, lequel se trouve soumis à des contraintes rigoureuses, notamment en termes de motivation et de publicité. Ainsi, en matière pénale où les obligations de motivation des jugements répressifs, des verdicts criminels et des condamnations à des peines d'emprisonnement s'étant, dans le même temps, largement étendues (Crim., 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.252, *Bull. crim. 2011*, n° 185). Il en est de même en droit du travail où l'employeur se trouve contraint, dans le champ disciplinaire, au respect d'exigences similaires. Enfin, en matière administrative, la loi du 11 juillet 1979 a imposé une obligation de motivation des décisions individuelles défavorables, en soulignant la nécessité de préciser les griefs que l'autorité administrative entend retenir à l'encontre de la personne concernée (CE, 23 mars 2005, n° 264005, *Stiljinovic*, B).

Face à ces nombreuses évolutions, la question de la visibilité de la sanction reste posée.



Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Nous avons comme thématique les formes et le prononcé de la sanction. Ce qui est intéressant, ce n'est naturellement pas de revisiter des sentiers battus, mais d'essayer de nourrir une réflexion autour d'une triple question qui nous a préoccupés et que nous souhaitons vous soumettre : M. l'avocat général Desportes, Mme Giudicelli-Delage, professeur de droit à l'université Paris 1, spécialiste éminente en matière de droit comparé, Mme Maud Vialettes, ma collègue du Conseil d'État qui présente, en dehors de toutes ses qualités, la singularité d'avoir exercé une partie de ses fonctions comme substitut du procureur de la République – il faut le souligner car c'est assez singulier, et cela est riche d'enseignements pour nos regards croisés.

Je disais en guise de propos introductif que le sujet ne devait pas rester dans des sentiers battus. Il nous a semblé à cet égard qu'il y avait trois problématiques que l'on pouvait exposer devant vous.

La première problématique, c'est celle de la diversification de la sanction et ses incidences sur les garanties apportées à la personne sanctionnée. La deuxième problématique, c'est la diversification des auteurs du pouvoir de sanction, avec la mise en œuvre de ce pouvoir et une certaine harmonisation qui est nécessaire et opportune. La troisième problématique concerne la sanction sous le regard des tiers, c'est-à-dire la publicité.

Sur la première question de la diversification des modes de sanctions, on peut se demander si nous ne sommes pas en présence d'un paradoxe, en ce sens que pour répondre au besoin de la société, la demande de sanction a pris les formes les plus diverses et les plus exponentielles possibles. Il y a une forte demande de sanction, cela a été souligné, depuis une quarantaine d'années. Parallèlement, on a vu évoluer un renforcement des droits de la personne sanctionnée.

Pardon de la déformation de mon activité professionnelle, je voudrais vous parler des sanctions fiscales un bref instant. Jusqu'en 1979, en tout cas jusqu'au début des années 1980, le Conseil d'État considérait que les pénalités fiscales étaient un accessoire de l'impôt, purement et simplement. Et on mesure la portée de cette affirmation si l'on évoque la sanction fiscale, infligée pour opposition à un contrôle fiscal, ce qui est le comportement le plus grave pour un contribuable. La pénalité encourue par le contribuable était alors de 300% des droits. La jurisprudence administrative indiquait que ce n'était qu'un accessoire de l'impôt. En fait, sous l'influence d'abord du Conseil constitutionnel en 1982⁸⁶ puis de la jurisprudence

86 CC, décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*.

européenne, les pénalités fiscales sont entrées dans le champ des accusations en matière pénale et bénéficient du plein effet des droits de la personne sanctionnée. Ce qui m'apparaît comme un paradoxe est la question suivante : en réalité, pour répondre au flux de la demande de sanction, le législateur a dû adapter le mode d'infliction de la sanction. On peut se demander si ce mode de prononcé de la sanction n'affecte pas alors les droits de la personne qui sera sanctionnée. Le paradoxe se situe donc ici : plus de demandes de sanction, plus de sanctions, mais aussi peut-être pour répondre à cette demande massive, moins de garanties.

C'est ce premier thème que nous allons donc évoquer. D'abord, je donnerai la parole à M. l'avocat général Desportes, qui nous précisera, parce que c'est le champ privilégié de cette interrogation, le mode de diversification de la sanction pénale et ses conséquences en termes procéduraux.

Frédéric Desportes

Avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation

I. Le constat : systématisation et diversification de la réponse pénale

L'effacement relatif de la procédure publique et contradictoire au stade du jugement est, avec l'effacement de l'instruction au stade préparatoire, l'une des évolutions majeures de notre procédure pénale. Cet effacement est le fait de la diversification des réponses pénales pouvant désormais être apportées aux actes de délinquance. C'est de cette diversification et de ses incidences sur les modes de prononcé de la sanction pénale, et de la place même de celle-ci dont je souhaiterais vous parler. Encore que, pour une large part, cette diversification dont l'objet est précisément de cantonner les procédures juridictionnelles, échappe largement au regard de la Cour de cassation.

Jusqu'à une époque très récente, le procès pénal « ordinaire » correspondait au modèle défini par l'article 6 de la Convention EDH. La personne poursuivie – « accusée » pour reprendre la terminologie conventionnelle – était jugée par une juridiction collégiale à l'issue de débats publics au cours desquels, assistée le cas échéant d'un avocat, elle pouvait discuter contradictoirement tant sa participation aux faits reprochés que la peine requise à son encontre par le représentant du ministère public. Le choix qui s'offrait au procureur de la République quant à l'exercice de l'action publique était donc binaire : il pouvait soit classer sans suite la plainte ou la dénonciation, soit, s'il décidait d'engager des poursuites, saisir la juridiction de jugement ou une juridiction d'instruction. Ce modèle a été remis en cause sous l'influence de plusieurs facteurs.

Le premier est statistique. Il tient à l'augmentation de la masse des affaires traitées par les parquets. Depuis la fin des années 1990, leur nombre s'établit chaque année autour de 5 millions – sans évoquer les dizaines de millions de procès verbaux qui passent entre les mains des officiers du ministère public. En 2012, dans cette masse, on comptait environ 1 300 000 affaires dites « poursuivables ».



Le second facteur tient à l'évolution de la pratique judiciaire et des techniques qui a conduit à l'instauration au stade de l'enquête d'un « traitement en temps réel ». Ce mode de traitement permet une orientation procédurale de l'affaire en direct, à chaud, dès la fin des investigations. Il induit mécaniquement, en aval, une accélération de la procédure de jugement.

Le troisième facteur est politique ou social. C'est sans doute le principal. Il tient à l'exigence politique de systématisation de la réponse pénale, conforme à l'attente sociale d'une justice rapide, juste et efficace. L'idée s'est imposée que tout acte de délinquance commis par un auteur identifié ne peut rester impuni et doit recevoir une « réponse pénale ». Cette exigence n'est pas seulement au centre du discours politique. Avec la mise en œuvre de la LOLF, elle est devenue un impératif de bonne gestion. Le taux de réponse pénale est en effet l'indicateur de performance phare de la justice pénale dans le projet annuel de performance. Ce taux est défini comme « *la part des affaires faisant l'objet d'une poursuite ou d'une procédure alternative réussie sur l'ensemble des affaires poursuivables* »⁸⁷. Il s'agit concrètement de savoir quel est le taux de réponse pénale apporté aux affaires dont les parquets sont saisis, dès lors que ces affaires sont « poursuivables ». Il a pour corollaire le taux de classement sans suite pour inopportunité des poursuites. De 67,3% en 2001, le taux de réponse pénale n'a cessé de croître jusqu'à atteindre 88,7% en 2011. La prévision pour 2013 était de 89,5%. La marge de progression paraît donc désormais assez faible. Il ne reste en tout cas plus grand-chose du principe de l'opportunité des poursuites, qui demeure pourtant affirmé à l'article 40-1 du code de procédure pénale.

Compte tenu de la masse des affaires pénales, l'accélération et la systématisation de leur traitement auraient très vite provoqué l'engorgement des juridictions pénales si elles avaient dû être toutes jugées selon la procédure ordinaire – à moins bien sûr d'une augmentation considérable, inenvisageable en l'état, des moyens alloués aux juridictions. C'est donc par une diversification toujours plus large de la réponse pénale, une extension de la palette des solutions, que le législateur a entendu rendre possible la systématisation de la réponse pénale.

En matière correctionnelle, l'évolution s'est amorcée dès les années 1970. Le législateur a alors pris des dispositions permettant d'accélérer et d'alléger la procédure, sans pour autant remettre en cause l'existence d'une audience publique et contradictoire. Dans cette logique, il a permis en 1975 que, dans certaines conditions, le tribunal correctionnel puisse statuer à juge unique. En 1980, pour permettre un jugement immédiat de certaines affaires, il a introduit la « saisine directe » devenue très vite la « comparution immédiate ». À la même époque, il a simplifié les modes de saisine.

Dans un second temps, à compter de la fin des années 1990, le législateur s'est attaché à mettre en place des voies procédurales permettant de cantonner, voire de supprimer la procédure ordinaire. La diversification a emprunté ici deux directions : simplification des procédures et alternatives aux poursuites.

87 Assemblée Nationale, rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2014 (n° 1395), M. C. Eckert, rapporteur général, député, annexe n°32.



Je dirai quelques mots pour remettre en perspective cette évolution.

La simplification des procédures a consisté à créer des modes de poursuite et de jugement faisant l'économie de la phase de débats publics et contradictoires, ou réduisant cette phase à la portion congrue. Le mouvement de simplification avait déjà été engagé en matière contraventionnelle avec l'introduction, dès 1958, de la procédure de l'amende forfaitaire et, en 1972, de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale. Rappelons que dans la procédure complexe de l'amende forfaitaire se succèdent une transaction pénale (le paiement volontaire de l'amende infligée par l'agent verbalisateur éteint l'action publique) et, en cas d'échec, une sanction quasi administrative (à défaut de paiement, l'amende est majorée et fait l'objet d'un titre exécutoire délivré par l'officier du ministère public). Plus de 10 millions de titres exécutoires d'amende forfaitaire majorée sont ainsi délivrés chaque année. Longtemps limitée aux contraventions des quatre premières classes, la procédure de l'amende forfaitaire a été étendue récemment à celles de la cinquième par la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement des procédures⁸⁸. La procédure simplifiée de l'ordonnance pénale ne comporte pas quant à elle de phase transactionnelle ou quasi administrative. Mais elle permet que la sanction soit infligée par le juge sur réquisition du ministère public, sans débat contradictoire préalable et sans même que la personne sanctionnée ait été informée de l'engagement des poursuites. On a pu parler à propos de l'amende forfaitaire et de l'ordonnance pénale de « justice-papier ».

Au début des années 2000, en même temps qu'était votée la LOLF et consacrée l'exigence de systématisation de la réponse pénale, le mouvement de simplification a gagné la matière correctionnelle. Par la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice⁸⁹ le législateur a permis, sous réserve de quelques aménagements, le recours à l'ordonnance pénale pour la répression d'un certain nombre de délits. Il est intervenu à plusieurs reprises depuis lors pour allonger la liste des délits entrant dans le champ de cette procédure. Par ailleurs, aux côtés de l'ordonnance pénale, il a créé, par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁹⁰, une autre procédure simplifiée, plus originale, propre à la matière correctionnelle : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – le « *plea bargaining* » à la française, plus connu sous son acronyme CRPC. Cette procédure permet au procureur de la République de proposer à une personne qui reconnaît sa culpabilité d'exécuter, dans certaines limites, une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues pour le délit considéré. En cas d'accord de l'intéressé, le procureur saisit le président du tribunal pour homologation. L'audience d'homologation est publique, et la personne poursuivie a droit à l'assistance d'un avocat. Mais dans cette forme de justice négociée, l'audience n'est plus le point d'orgue du procès. Elle est ramenée à une simple formalité, le juge se bornant à valider un accord passé en dehors de lui.

88 Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

89 Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

90 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.



L'autre direction empruntée par le législateur pour assurer la systématisation de la réponse pénale, sans provoquer l'asphyxie des juridictions correctionnelles, a consisté à ouvrir une troisième voie entre la poursuite et le classement sans suite « sec », en donnant au procureur de la République la possibilité de recourir à des alternatives aux poursuites. Celles-ci peuvent s'analyser, grosso modo, en des classements conditionnels, la décision de classement sans suite étant subordonnée à l'exécution de mesures s'apparentant, par leur nature, à des sanctions transactionnelles. Cette évolution a été accomplie par la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale⁹¹. Il faut cependant distinguer les alternatives prévues par l'article 41-1 de la composition pénale prévue par l'article 41-2.

En application de l'article 41-1 du code de procédure pénale, le procureur de la République peut décider de faire précéder le classement de l'affaire d'un rappel à la loi, ou de le subordonner à l'orientation de l'intéressé vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, la régularisation de la situation constitutive d'une infraction, la réparation du dommage, une médiation pénale ou encore une mesure d'éloignement dans certains cas. Le soin d'assurer la mise en œuvre de la mesure est alors le plus souvent confié à un délégué du procureur ou un officier de police judiciaire. L'alternative procède d'un mécanisme proche de la transaction pénale, puisque l'acceptation et l'exécution de la mesure entraînent normalement le classement et ne vaut pas reconnaissance de culpabilité⁹². Mais il s'agit d'une transaction imparfaite dans la mesure où, ainsi que l'a jugé la chambre criminelle⁹³, en l'absence de dispositions légales contraires, l'exécution de la mesure alternative n'a pas pour effet d'éteindre l'action publique et ne fait donc pas obstacle aux poursuites, que ce soit à l'initiative de la victime ou du ministère public. L'alternative apparaît ainsi, parfois, plutôt comme un préalable ou un préambule.

À l'inverse, bien qu'elle procède de la même logique, la composition pénale se rapproche plutôt d'une condamnation. Selon cette procédure, prévue par l'article 41-2 du code de procédure pénale, le procureur de la République propose ou fait proposer par un officier de police judiciaire ou un délégué du procureur, à une personne qui reconnaît avoir commis certains délits ou contraventions, d'exécuter une ou plusieurs des dix-sept mesures énumérées par la loi dont certaines font partie de la nomenclature des peines : amende, confiscation, suspension du permis de conduire, travail d'intérêt général... Si la personne concernée donne son accord, le procureur de la République doit saisir le président du tribunal aux fins de validation de la proposition. En cas de validation, la mesure peut être exécutée et son exécution entraîne l'extinction de l'action publique. La composition pénale est donc une procédure hybride. Elle est une alternative aux poursuites, dans la mesure où elle ne peut intervenir qu'avant la mise en mouvement de l'action publique. Elle est même une alternative parfaite puisque, contrairement aux mesures de l'article 41-1, son exécution fait obstacle à l'exercice de l'action publique. À bien des égards cependant, elle apparaît comme une sorte de diminutif de la CRPC. Les sanctions de composition sont substantiellement identiques à des peines. L'intéressé a droit à l'assistance d'un avocat. La mesure exécutée est inscrite au bulletin n° 1 du casier

91 Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

92 Cass. Crim. 6 décembre 2011, B. 245.

93 Cass. Crim. 21 juin 2011, B. 141 ; Cass. Crim., 17 janvier 2012, B. 12.



judiciaire et au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS). Elle emporte, le cas échéant, perte des points du permis de conduire comme une déclaration de culpabilité. Elle ne compte pas cependant pour la récidive.

En l'état de cette extrême diversification des procédures, la part occupée par la procédure ordinaire dans l'ensemble de ce qu'il est désormais convenu d'appeler les « réponses pénales », est désormais très réduite. En 2011, près de la moitié de ces réponses était constituée par des alternatives aux poursuites décidées par le ministère public. En outre, en matière correctionnelle, la structure nationale des poursuites fait apparaître que près du quart ont été exercées selon la procédure de l'ordonnance pénale ou de la CRPC. Il apparaît ainsi que la plus grande part des affaires « poursuivables » a fait l'objet d'une réponse pénale, sans que cette réponse ait été précédée d'un débat contradictoire devant un juge au cours d'une audience publique.

II. La conformité aux principes d'équité et d'égalité et à l'objectif d'exemplarité

Bien entendu, si ces procédures peuvent néanmoins être regardées comme étant conformes aux exigences du procès équitable, telles qu'elles résultent de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et telles qu'elles ont été déduites par le Conseil constitutionnel de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, c'est qu'elles ménagent, à un stade ou à un autre, un accès au juge lorsque celui-ci n'est pas ouvert dans la première phase et, dans tous les cas, la possibilité d'un débat public et contradictoire avec toutes les garanties attachées aux droits de la défense.

S'agissant de l'ordonnance pénale, par sa décision du 29 août 2002, le Conseil constitutionnel⁹⁴ a jugé que les exigences d'un procès équitable n'étaient pas méconnues dès lors que, d'une part, s'il estimait utile un débat contradictoire, le juge saisi pouvait toujours renvoyer le dossier au ministère public et que, d'autre part, la personne poursuivie disposait du droit de faire opposition à l'ordonnance pénale. L'affaire étant alors portée devant le tribunal correctionnel et faisant l'objet d'un débat public et contradictoire, au cours duquel l'intéressé peut disposer de l'assistance d'un avocat. Le Conseil en a conclu que l'individu qui fait l'objet d'une ordonnance pénale bénéficiait, quant aux droits de la défense, de « *garanties équivalentes à celles dont il aurait bénéficié* »⁹⁵ si l'affaire avait été portée directement devant le tribunal correctionnel.

La procédure de l'amende forfaitaire, qui comporte une première phase administrative ne répondant pas aux canons du procès équitable, peut également être regardée comme conforme aux principes supérieurs, dès lors qu'un accès au juge est ménagé⁹⁶. En effet, en cas de contestation recevable, l'officier du ministère public doit saisir le juge. On relèvera toutefois que le dispositif comporte quelques imperfections. La Cour de Strasbourg a condamné la France à plusieurs reprises dans des cas où sous couleur d'irrecevabilité de la contestation, l'officier du ministère

94 CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

95 CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC.

96 CEDH, 21 février 1984, *Oztürk c. Allemagne*, n° 8544/79.



public avait refusé de saisir le tribunal pour un motif de fond qui ne relevait pas de son appréciation⁹⁷. Un recours a certes été ouvert par la Cour de cassation, contre la décision d'irrecevabilité de l'officier du ministère public, mais il est impossible dans certains cas d'exercer ce recours. Ce qui a déterminé, de la part du Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC transmise par le Conseil d'État, une réserve d'interprétation⁹⁸ et, devant la CEDH, une nouvelle condamnation de la France⁹⁹.

S'agissant de la CRPC, les conditions d'un procès équitable sont en réalité remplies d'emblée, dès lors qu'un juge est appelé à homologuer lors d'une audience publique la peine acceptée par la personne poursuivie, et qu'au surplus l'ordonnance d'homologation est susceptible d'appel selon la procédure ordinaire. Cette procédure remplit d'emblée les exigences du procès équitable, même si elle n'a pas la perfection de la procédure que je qualifie de « d'ordinaire » et qui ne l'est plus vraiment en réalité.

S'agissant des alternatives aux poursuites, la question se présente de manière un peu différente, les mesures prises ne pouvant faire l'objet d'exécution forcée. Si la personne concernée ne les exécute pas, le procureur de la République doit, ou peut, engager les poursuites et donc saisir le juge. Il convient de souligner que la validation par le juge est exigée en matière de composition pénale ; non, en application de l'article 16 de la Déclaration de 1789, pour assurer l'équité du procès, mais, en application de l'article 66 de la Constitution, pour assurer la protection de la liberté individuelle¹⁰⁰. Encore convient-il de rappeler, s'agissant de la définition de la liberté individuelle, que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a connu une évolution. La protection de cette liberté est entendue par lui, aujourd'hui, exclusivement comme la protection contre la détention arbitraire. Il n'est donc pas certain que le Conseil constitutionnel exigerait aujourd'hui que la composition pénale soit soumise à validation, comme paraît l'indiquer sa décision de 2006¹⁰¹. Je ne crois pas qu'aujourd'hui la composition pénale nécessiterait l'intervention d'un juge. Il suffit de se référer à cette décision de 2006 pour apprécier l'évolution qu'a connue sa jurisprudence.

Après la question de l'équité, se pose celle de l'égalité. On peut s'interroger sur l'incidence de la diversification sur le principe d'égalité, car ces procédures n'ont pas vraiment de champ d'application autonome – c'est-à-dire que le procureur peut les mettre en œuvre, et que pour une même infraction, il peut mettre en œuvre plusieurs de ces procédures. Le législateur a bien entendu fixé un certain nombre de critères, mais qui sont assez larges. Les diverses politiques pénales fixent des critères, mais ils ne sont pas d'une rigueur absolue. La question se pose donc de savoir s'il n'y a pas un risque d'hétérogénéité de la réponse pénale et donc d'atteinte au principe d'égalité devant la loi.

97 CEDH, 21 mai 2002, *Peltier c. France*, n° 32872/96 ; CEDH, 7 mars 2006, *Besseau c. France*, n° 73893/01.

98 CC, décision 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G.* (Amende forfaitaire et droit au recours).

99 CEDH, 8 mars 2012, *Celice c/ France* n° 14166/09 ; *Cadene c/ France*, n° 12039/08.

100 CC, décision n° 95-360 du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

101 CC, décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*.



La diversification a également suscité un débat au regard du principe d'égalité devant la justice. Le parquet est en effet devenu une complexe gare de triage, et c'est au procureur de la République que revient le rôle d'aiguilleur. Dans la mesure où, en dépit de l'encadrement prévu par la loi et des instructions de politique pénale relatives à leur mise en œuvre, les diverses voies procédurales pouvant être empruntées ont des champs qui se recoupent largement, les parlementaires et de nombreux auteurs ont pointé le risque d'hétérogénéité de la réponse pénale. Se développent des interrogations semblables à celles que suscitent, au regard de l'égalité devant la sanction, l'extrême diversité des sanctions pénales et la liberté de choix quasi totale laissée au juge.

Le Conseil constitutionnel a cependant mis un terme au débat sur le terrain juridique. Il a jugé que pour que le principe d'égalité soit respecté, il importait avant tout que les différentes réponses pénales « *assurent aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable* ». Le Conseil l'a affirmé lorsqu'il a été appelé à examiner la constitutionnalité de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale¹⁰² et celle de la CRPC¹⁰³. Ainsi, d'une certaine façon, ce qui importe, c'est l'égalité dans l'équité.

Est-ce à dire qu'il suffit que soit instituée à un stade quelconque de la procédure une dérivation permettant d'accéder au juge et de bénéficier des droits de la défense, pour que soit pleinement satisfaite l'exigence d'un procès équitable, et qu'une sanction puisse ainsi être infligée indifféremment selon une procédure ou une autre ? La réponse est à l'évidence négative. On s'accordera sans mal à admettre que la justice pénale ne peut être organisée exclusivement autour de la nécessité d'évacuer le plus rapidement possible les affaires dont elle est saisie. Ainsi, dans son rapport d'information *Juger vite, juger mieux ?*¹⁰⁴, consacré aux procédures rapides de traitement des affaires pénales, M. Zocchetto soulignait la nécessité de trouver un équilibre entre simplicité, exemplarité et garantie des droits de la défense.

En effet, il va de soi qu'une procédure au cours de laquelle les garanties du procès équitable ne sont assurées que sur recours, n'offre pas les mêmes garanties qu'une procédure assurant d'emblée le respect de ces garanties. Par ailleurs, on ne peut juger sans débat préalable que si les faits sont simples, établis ou reconnus, et que les investigations sur la personnalité de leur auteur présumé apparaissent suffisantes. Le recours aux procédures simplifiées est donc exclu pour les affaires complexes ou discutées. Enfin, on ne peut perdre de vue que la mission de la justice pénale est de concourir à la restauration de la paix publique et de prévenir la récidive. En l'absence de comparution devant le juge, le prévenu n'est pas mis

102 CC, décision n° 2002-461, cdt 77 s. du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* ; CC, décision n° 2009-590 DC, cdt 10 du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

103 CC, décision n° 2004-492 DC, cdt 11 du 32 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.

104 Sénat, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information n° 17 (2005-2006) de M. François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 12 octobre 2005.



en mesure de comprendre le sens et la portée de la peine. En l'absence de toute publicité, la sanction perd sa valeur d'exemplarité. Les procédures simplifiées ne peuvent donc être prévues par la loi que dans les cas où les inconvénients qu'elles comportent pour la protection des droits du prévenu, et la sauvegarde des intérêts des victimes et de la société, n'apparaissent pas disproportionnés au regard de l'intérêt qu'elles présentent pour une bonne administration de la justice. Nous voyons bien que ces procédures ont un champ limité.

C'est le sens de la jurisprudence de la CEDH exprimée, notamment, dans son arrêt *Oztürk*¹⁰⁵. C'est également celui de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, la circonstance que le champ de l'ordonnance pénale ait été limité aux délits en matière de circulation routière a, sans nul doute, déterminé la décision du Conseil du 29 août 2002¹⁰⁶ ayant validé l'introduction de cette procédure en matière correctionnelle. C'est en tout cas ce qui ressort du commentaire éclairé de cette décision par le président Schoettl. Plus explicitement, par sa décision du 22 octobre 2009 dite *Hadopi II*¹⁰⁷, le Conseil n'a admis l'extension de l'ordonnance pénale aux délits de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, qu'eu égard aux particularités de ces délits, et en raison de l'ampleur des contrefaçons. Les débats parlementaires ayant précédé la dernière extension du champ de l'ordonnance pénale illustrent bien la délicate pesée à laquelle doit se livrer le législateur pour que le champ de cette procédure demeure dans les limites compatibles avec le respect des droits et la protection des intérêts de la société.

En définitive, il ressort tant des principes constitutionnels qui les encadrent que des quelques règles légales et des instructions ministérielles qui les traduisent, et dans le détail desquelles nous ne pouvons pas entrer, que les procédures simplifiées sont doublement cantonnées¹⁰⁸ : d'une part, elles ne peuvent être mises en

105 CEDH, Plénière, 21 février 1984, *Oztürk c. Allemagne*, n° 8544/79.

106 CC, décision n° 2002-461 du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*.

107 CC, décision n° 2009-590 du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

108 Ainsi une alternative aux poursuites peut être décidée s'il apparaît au procureur de la République qu'elle est susceptible « d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits » (art. 41-1). De manière un peu plus contraignante, le champ de la composition pénale est limité aux cas où la personne reconnaît avoir commis un délit d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans. De plus elle n'est pas applicable aux délits de presses, aux délits politiques et à ceux d'homicides involontaires (art. 41-2). S'agissant de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale, le législateur précise qu'elle peut être mise en œuvre si les faits sont simples et établis, si les renseignements concernant la personnalité, les charges et les ressources de l'intéressé sont suffisants et qu'il n'apparaît pas nécessaire de prononcer une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende supérieure au plafond légal et que la procédure n'est pas de nature à porter atteinte aux droits des victimes (art. 495 CPP). Enfin, la mise en œuvre de la CRPC suppose bien entendu que les faits soient reconnus par la personne déférée (art. 495-7). Quant aux infractions son champ a été très largement étendu par la loi du 13 décembre 2011 puisqu'elle est applicable, non plus seulement, comme la composition pénale, aux délits punis d'une peine inférieure ou égale à 5 ans, mais à tous les délits simples ou aggravés sous réserve de quelques uns pour lesquels ce seuil a été maintenu. Il est donc possible de juger en CRPC des délits passibles de 10 ans d'emprisonnement. Il faut bien voir cependant qu'à cet encadrement légal relativement lâche s'ajoute celui assuré par les circulaires d'application et de politique pénale qui délimitent plus précisément les cas et contentieux dans lesquels les différentes réponses pénales peuvent être mises en œuvre. La régulation du système (nous ne pousserons pas



œuvre que pour des affaires simples et/ou de gravité relative ; d'autre part, en l'absence de tout débat contradictoire préalable, lorsque l'intéressé n'est pas mis en mesure de se défendre, les peines pouvant être infligées sont nécessairement limitées ou plafonnées, en aucun cas une peine privative de liberté ne pouvant être prononcée. Seule la CRPC qui, on l'a vu, est moins attentatoire aux exigences du procès équitable, permet d'appliquer une peine d'emprisonnement qui ne peut cependant excéder un an.

Il apparaît ainsi que dès lors qu'il s'agit d'appliquer une peine privative de liberté, la diversité s'efface et la procédure ordinaire retrouve son monopole, la collégialité s'imposant dès lors qu'il s'agit de prononcer une peine supérieure à 5 ans (article 398-2 du code de procédure pénale). Si la procédure ordinaire ne représente plus qu'une fraction minoritaire de la réponse pénale, 100% des décisions prononçant des peines supérieures à un an sont rendues selon cette procédure, donc à l'issue de débats publics et contradictoires.

III. Les incidences de l'évolution sur le « modèle » du procès répressif

Je voudrais terminer cette intervention par quelques remarques sur les incidences de l'évolution sur le modèle du procès répressif et sur la place de la peine, car il me semble qu'elles ont brouillé quelques frontières et provoqué certains réaménagements institutionnels. Il reste cependant qu'en dépit des règles qui les cantonnent au contentieux pénal simple, lequel est souvent un contentieux de masse comme celui de la circulation routière, les procédures simplifiées ont profondément modifié la physionomie du système pénal et brouillé bien des repères.

Tout d'abord, encore que la question nécessiterait une étude plus approfondie, il semble bien que ces modifications procédurales aient eu un effet sur le niveau et la nature des sanctions. Je renvoie sur ce point à l'ouvrage très instructif coordonné par Jean Danet consacré à la réponse pénale¹⁰⁹, dans lequel on trouvera le résultat d'enquêtes menées dans quatre juridictions. À la lumière de ces enquêtes, il apparaît que la diversification a eu un double effet de rehaussement et de nivellement de la répression. Le rehaussement vient de ce que la diversification a été conçue dans l'idée d'une gradation. Cela ressort clairement du dernier alinéa de l'article 41-1 du code de procédure pénale, selon lequel, en cas d'échec de l'alternative aux poursuites, le procureur de la République met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites. Dès lors qu'un délit qui, dans le passé, aurait été classé sans suite, fait l'objet d'une réponse pénale, même sous la forme d'une alternative aux poursuites, une condamnation pénale peut être l'aboutissement final du processus et cette condamnation pourra elle-même ultérieurement constituer le premier terme d'une récidive.

la métaphore jusqu'à parler de la régulation du trafic) est assurée ainsi par l'article 30 du code de procédure pénale qui confie au ministre de la justice le soin de conduire la politique pénale déterminée par le Gouvernement et de veiller à la cohérence de son application sur le territoire de la République, lui permettant d'adresser à cette fin des instructions générales. C'est bien d'ailleurs parce que la réponse pénale, contrairement à la sanction, peut faire l'objet d'instructions de politique pénale qu'elle peut être retenue comme indicateur de performance.

109 J. Danet, *La réponse pénale, dix ans de traitement des délits*, Presses Universitaires de Rennes, 2013, 542 p.



Dans le même temps, les procédures simplifiées conduisent nécessairement au nivellement de la répression, à une forme de « barémisation » ou de standardisation. Ce nivellement est le fait même de la loi dans la procédure de l'amende forfaitaire. Il l'est pour partie dans le cas de l'ordonnance pénale, puisque les amendes sont plafonnées à la moitié de l'amende encourue sans pouvoir excéder 5 000 euros. La dynamique propre de cette procédure fait le reste. Les possibilités d'individualisation étant très limitées, la quasi-totalité des peines prononcées par ordonnance pénale sont déterminées en fonction de la qualification de l'infraction et consistent en des amendes, plus ou moins tarifées, et en des suspensions du permis de conduire. La prévisibilité y gagne sans doute au détriment de l'individualisation. On serait tenté d'affirmer que l'individualisation de la sanction est inversement proportionnelle à la simplicité des procédures.

Par ailleurs, la notion de réponse pénale regroupe un ensemble peu homogène. Sa consécration a quelque peu brouillé celle de peine qui, dans l'esprit du public, peut se confondre avec elle. Même entendue dans le sens précis qu'elle revêt dans le projet annuel de performance, la réponse pénale désigne à la fois des réponses que l'on peut qualifier de « substantielles », proches de sanctions pénales – l'exécution de mesures décidées comme alternative aux poursuites – et des réponses purement procédurales, comme la saisine du tribunal correctionnel, ou l'engagement de la procédure d'ordonnance pénale. En outre, dans les instructions ministérielles, voire dans certains textes réglementaires, il est fréquent que la réponse pénale désigne également les peines elles-mêmes, requises ou infligées. Ainsi en est-il dans l'intitulé de l'Observatoire de la délinquance et des réponses pénales créé par le décret du 28 octobre 2009 relatif à l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ)¹¹⁰. Ainsi en est-il également lorsque, dans telle circulaire, il est demandé que tel délit fasse l'objet d'une « réponse pénale ferme ».

L'hétérogénéité de la notion de réponse pénale peut être source de confusions et, en définitive, d'illusions. L'affichage d'un taux de réponse pénale toujours plus élevé accrédite l'idée que l'institution judiciaire serait en mesure d'apporter une réponse à tout acte de délinquance, quelle qu'en soit la gravité. Cela est évidemment inexact à plusieurs égards.

Tout d'abord, la réponse pénale soit n'est pas une réponse substantielle lorsqu'elle consiste en une orientation procédurale, soit n'est pas vraiment pénale lorsqu'elle consiste en une alternative aux poursuites. En tout état de cause, dans le premier cas on ne peut considérer qu'elle se suffirait à elle-même, qu'elle constituerait à elle seule une réponse suffisante à la délinquance.

Ensuite, le taux affiché ne donne qu'une idée déformée de la réalité. Ainsi que le relève le rapport de la Commission sur la modernisation du ministère public¹¹¹, dans la mesure où l'efficacité des parquets est mesurée à travers le taux de réponse pénale, les procureurs de la République pourraient être tentés de réduire le plus possible le taux de classement sans suite, parfois par des procédés artificiels. Le

110 Décret n° 2009-1321 du 28 octobre 2009 relatif à l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice.

111 J.-L. Nadal, *Refonder le ministère public*, rapport à Mme la garde des sceaux, remis le 28 novembre 2013.



taux de réponse pénale tombe ainsi à 68% si l'on exclut les diverses mesures de rappel à la loi qui constituent une réponse minimale que les officiers de police judiciaire pratiquaient spontanément depuis longtemps.

Enfin, comme l'a relevé la même commission à la suite d'ailleurs du jury de la conférence de consensus relative à la prévention de la récidive¹¹², la survalorisation de la réponse systématique contribue en réalité à « *l'asphyxie des parquets* » ainsi qu'à « *l'émiettement et à l'affaiblissement de l'action publique* ». Selon le rapport de la commission, « *l'essentiel des forces du parquet est ainsi absorbé par la mise en œuvre de réponses pénales de moyenne ou de faible intensité appliquées à un nombre toujours plus important d'affaires, au détriment d'un investissement plus poussé dans la poursuite de comportements plus graves ou plus complexes* ».

En définitive, on peut parfois avoir le sentiment que le débat s'est déplacé en aval ; on perd parfois de vue que c'est l'application de la peine, et non la mise en œuvre d'une réponse pénale qui, aux termes de l'article 1^{er} du code de procédure pénale, constitue l'objet du procès pénal né de l'exercice de l'action publique.

La diversification de la notion de réponse pénale et le développement des procédures simplifiées ont par ailleurs altéré la distinction entre juge et procureur. Comme cela est fréquemment relevé, le procureur de la République est devenu un quasi-juge. Il ne s'agit pas seulement de constater qu'il est juge de l'orientation procédurale mais de relever qu'en choisissant cette orientation, il détermine la sanction ou, à tout le moins, influe sur le choix de celle-ci par le juge.

Cela est évident en cas de mesure alternative ou d'orientation en comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). C'est alors le procureur de la République qui arbitre la sanction, le juge n'intervenant, dans le cadre de la composition ou de la CRPC, que pour homologuer celle-ci. Certes, tel n'est pas le cas lorsque le procureur de la République oriente une affaire en ordonnance pénale. Mais cette orientation détermine en réalité pour partie la peine, puisque le juge ne peut alors en aucun cas prononcer une peine d'emprisonnement ou une amende supérieure au plafond fixé par la loi. À l'inverse, il est évident que l'orientation en comparution immédiate favorise le prononcé de peines d'emprisonnement fermes ou, en tout cas, de peines sévères.

Il faut cependant relever, dans le même temps, que les procédures simplifiées donnent symétriquement au juge les moyens d'influer sur les choix d'orientation procédurale du procureur de la République. En effet, le juge peut toujours contester celui-ci, soit en refusant l'homologation (dans le cadre d'une CRPC ou d'une composition pénale), soit en renvoyant l'affaire au ministère public (comme c'est le cas lors d'une ordonnance pénale). Le magistrat du parquet est donc contraint de prendre en compte la position adoptée par le magistrat du siège pour arrêter la sienne. La plupart des procureurs de la République élaborent ainsi des schémas d'orientation des procédures à valeur indicative qui cernent les cas et critères de mise en œuvre de chaque type de procédure en intégrant la jurisprudence de leur juridiction.

112 http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/contrib_lefebvre.pdf



Ainsi, pour que la diversification fonctionne, il est à tout le moins indispensable qu'il existe une entente minimum, au moins tacite, entre les autorités de poursuite et de jugement, afin que des affaires ne soient pas orientées dans des voies sans issue. Sa mise en œuvre implique donc une plus grande interdépendance entre le siège et le parquet.

Enfin et surtout, le développement des procédures simplifiées a altéré les frontières entre répression pénale et répression administrative. La systématisation conduit à la dissolution de la spécificité du procès pénal et de la sanction pénale en intégrant au sein même de la procédure pénale des modes de traitement qui relevaient plutôt de la procédure répressive administrative. Les procédures pénales simplifiées ne sont que des formes non abouties de dépenalisation.

Les débats qui se sont déroulés récemment au sein de la commission pour la modernisation du ministère public sous la présidence du procureur général Nadal en sont l'illustration. Le traitement des infractions à la circulation routière représente 30 à 40% de l'activité pénale. La commission a relevé qu'il contribuait pour une large part à faire du ministère public le gestionnaire de flux de procédures en lui faisant perdre de vue sa mission première d'exercice individualisé de l'action publique. Elle a observé par ailleurs que seulement 10,7% des délits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique (110 000 environ) avaient été jugés par le tribunal correctionnel, la masse ayant été orientée en ordonnance pénale (54%), compositions pénales (24,1%) et CRPC (11%). Partant de ce constat, la commission a estimé que ce contentieux ne relevait pas d'un traitement pénal. Consciente cependant que, pour des raisons sociales et politiques, il n'était pas possible de proposer sa dépenalisation, qui aurait signifié l'affaiblissement de la répression, elle a suggéré de transformer en contraventions de la cinquième classe un certain nombre de délits, afin que puisse leur être appliquée la procédure de l'amende forfaitaire (soit les défauts de permis de conduire, les défauts d'assurance, les conduites en état d'ivresse entre 0,4 et 0,8). C'est bien la démonstration qu'une procédure pénale simplifiée – en tout cas celle de l'amende forfaitaire – n'est qu'une procédure de sanction administrative placée sous le contrôle du juge pénal.

En définitive, les mêmes procédures seront qualifiées tantôt d'administratives, tantôt de pénales selon qu'elles seront mises en œuvre sous le contrôle d'un ordre de juridiction ou d'un autre. Il est cependant difficile de trouver le critère infaillible permettant de justifier le rattachement à un ordre de juridiction ou à un autre. Celui tiré du degré de réprobation sociale inspiré par le comportement concerné se heurte très vite à des contre-exemples. Nous aurions du mal à justifier par ce critère le rattachement au contentieux pénal des infractions à la réglementation relative au stationnement payant qui vaut à la Chambre criminelle de connaître d'un nombre non négligeable de pourvois portant sur des amendes de 17 ou 38 euros.

L'affaiblissement de la séparation de la distinction entre répression pénale et administrative est illustré par l'essor considérable au cours de ces dernières années de la transaction pénale. Prévue depuis longtemps en matière douanière, elle a été étendue par une série de lois récentes, en droit pénal technique, pour la répression



des infractions en matière de consommation, d'environnement etc. Le pouvoir de transiger pénalement a, par ailleurs, été reconnu aux maires et à la HALDE, avant de l'être au Défenseur des droits. Or, la transaction pénale et une institution mixte. Elle porte sur l'action publique mais elle est à l'initiative de l'autorité administrative, le procureur de la République se bornant à donner son accord ou à homologuer. Il est révélateur que la Commission sur la modernisation du ministère public ait recommandé son extension.

En définitive, il paraît assez clair que la systématisation de la réponse pénale conduit paradoxalement à une forme de dépénalisation et à l'extension corrélative de formes de répression administrative intégrées ou non dans le processus pénal. Cette évolution est assez bien illustrée par le décret déjà cité de 2009 relatif à l'INHESJ¹¹³ qui évoque « *la réponse pénale judiciaire et administrative* » et laisse ainsi supposer qu'il existerait une réponse pénale administrative. C'est sur cet oxymore un peu troublant que j'achèverai mon propos.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

M. l'avocat général, je retiens de vos propos deux expressions : nous sommes dans un contentieux de grande masse, et nous essayons d'apporter une réponse qui permette de traiter ce flux de grande masse. La doctrine a parlé à cet égard d'une certaine « contractualisation » du droit pénal. Je ne sais pas si c'est la formule qu'il faut employer, mais je me tourne vers ma collègue Maud Vialettes pour savoir si cette problématique de la diversification des modes de sanction et des incidences sur les règles procédurales se pose en matière de sanction administrative. Étant entendu que l'on connaît déjà du contentieux de masse, cela a été évoqué ce matin. Mais on risque peut-être de connaître du contentieux de grande masse, si ce qui a été adopté hier à l'Assemblée nationale en matière d'infraction au stationnement des véhicules sur la voie publique se transformait en loi. S'agit-il alors d'un droit domanial ou d'un droit répressif ?

Maud Vialettes

Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

L'analyse que vient d'exposer Frédéric Desportes, à laquelle nous souscrivons entièrement, vaut-elle également pour la répression administrative ?

Par certains aspects, non, par d'autres oui : depuis l'origine, le droit de la répression administrative, à la fois sur le plan jurisprudentiel et sur le plan textuel, se caractérise par un « *double mouvement bien curieux* » selon les mots d'Hauriou dans ses *Principes de droit public*¹¹⁴, qui le conduit à osciller entre une nécessaire autonomie et une incontestable dépendance au droit pénal légal.

113 Décret n° 2009-1321 du 28 octobre 2009.

114 M. Hauriou, *Principes du droit public*, Dalloz-Sirey, 2010, p.734.

Par certains aspects, disions-nous, l'évolution de la répression pénale décrite par Frédéric Desportes ne vaut pas pour la répression administrative, car c'est en réalité l'évolution inverse qui caractérise la procédure répressive administrative : celle-ci s'est, en effet, pensons-nous, consolidée et harmonisée et non diversifiée.

Au départ de la répression administrative, il n'y a pas de modèle univoque de la procédure administrative répressive, là où Frédéric Desportes mentionnait un modèle de procès pénal ; il n'y a d'ailleurs pas de code de la procédure répressive administrative. Il y a, au contraire, une mosaïque de sanctions pouvant être infligées par des autorités très différentes, à raison de manquements de diverse nature et, partant, un patchwork de procédures, au demeurant pas toujours très développées, avec pour arrière-fond partagé, seulement quelques grands principes généraux consacrés par la jurisprudence, comme les droits de la défense.

Les choses n'en sont plus là : la procédure est maintenant plus charpentée et surtout plus harmonisée.

Il n'y a certes toujours pas de code de la procédure répressive administrative, mais il y a désormais, dans les textes, quelques règles de procédure d'application générale, comme celle de la motivation posée par la loi du 11 juillet 1979¹¹⁵ ou celle du contradictoire prévue par la loi du 12 avril 2000¹¹⁶, et il n'est d'ailleurs pas exclu que le code des relations entre le public et les administrations qui est en préparation s'intéresse un peu plus largement aux règles supplétives devant commander l'infliction de sanctions administratives.

Par ailleurs, sous l'effet de la jurisprudence et de sa reprise, ou parfois de son anticipation par le législateur et par le pouvoir réglementaire, on voit émerger un corpus de règles de procédure communes aux sanctions administratives. Le cas des sanctions administratives prononcées par les autorités administratives indépendantes est particulièrement frappant. Sous l'effet conjugué des droits fondamentaux tels qu'interprétés par les jurisprudences constitutionnelle, administrative, judiciaire et européenne, l'exercice du pouvoir de sanction de ces autorités se trouve désormais entouré des mêmes garanties procédurales, même si elles ne se déclinent pas nécessairement à l'identique. Cette évolution tend ainsi à « para-jurisdictionnaliser » les procédures suivies par ces autorités, ce qui est doublement paradoxal, compte tenu de leur raison d'être, qui était de « dé-jurisdictionnaliser » un certain nombre de matières, et de ce que les garanties mises en œuvre devant ces autorités excèdent même parfois ce qui est exigé par les jurisprudences nationales et européennes.

De prime abord, c'est ainsi l'évolution inverse à celle décrite par Frédéric Desportes qui vaut pour les sanctions administratives, puisque l'on constate que la diversité des règles de procédure qui leur étaient à l'origine applicables s'efface peu à peu au profit d'un corpus commun de garanties, même si ces garanties peuvent se décliner différemment selon les procédures en cause et que, contrairement au mouvement

115 Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

116 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.



de développement des alternatives au procès pénal, il y a, notamment pour les autorités administratives indépendantes, une tendance à injecter de plus en plus de garanties du type quasi juridictionnel.

Nous parlions de convergence relative et nous disions dans nos propos introductifs que notre réponse ne serait pas univoque. Pour autant, sur d'autres aspects, l'évolution de la procédure répressive administrative a quelque parenté avec celle de la procédure pénale. Se développent, en effet, au nom des mêmes préoccupations d'efficacité, des mécanismes alternatifs à la répression administrative ou à tout le moins hybrides au regard de ce qu'est traditionnellement la sanction administrative. C'est certes, à ce stade, à une tout autre échelle que ce qui se passe dans la répression pénale. Mais pour autant, on y observe également que les frontières entre répression et administration, entre répression administrative et répression pénale, entre actes de puissance publique et contractualisation, sont de plus en plus poreuses.

De plus en plus d'administrations disposent en effet du pouvoir de transiger sur des sanctions administratives, ou sur des sanctions pénales, et d'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, sans même parfois qu'un accord du parquet soit requis si l'action publique n'a pas encore été engagée. À l'administration fiscale qui dispose depuis le XIX^e siècle du pouvoir de transiger s'agissant des amendes, des majorations et des pénalités (article L. 247 du livre des procédures fiscales), s'ajoutent désormais les douanes, diverses autorités compétentes dans le domaine de l'environnement, des forêts, de la voirie ou des transports, les administrations chargées de la consommation, les maires, et de plus en plus d'autorités administratives indépendantes, selon des modalités parfois originales. C'est le cas du Défenseur des droits, en matière de discriminations illégales ; de l'Autorité de la concurrence, avec une procédure de clémence qui lui permet d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui l'aident à découvrir et à sanctionner des cartels ; de l'Autorité des marchés financiers, avec la composition administrative, une forme de transaction qui est homologuée par la commission des sanctions.

Un même mouvement de contractualisation traverse donc la répression administrative et la répression pénale, même si, à ce stade, c'est à une tout autre échelle. Mais les velléités de dépénalisation de certains contentieux de masse, comme celui du stationnement impayé sur voirie, imposeront nécessairement de réfléchir à un éventuel développement des solutions de ce type et aux garanties en termes de procédure qu'elles supposent.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Ces propos montrent à quel point le terme de « regards croisés » était justifié dans le titre de ce colloque. Vous voyez qu'il y a des évolutions montrant des divergences, mais au regard des préoccupations de demain, elles pourraient



bien converger. Alors de ces deux éléments de diversification et d'adaptation des divergences procédurales, trouve-t-on le même schéma, Mme Giudicelli-Delage, en matière de droit comparé ?

Geneviève Giudicelli-Delage

Professeur de droit à l'Université de Paris I (Sorbonne)

Je parlerai simplement de la diversification des modes de réponse aux infractions pénales et de ses incidences sur les garanties de procédure. J'étudierai la pertinence de cette problématique générale en droit comparé, et tenterai de voir si cette évolution est propre à la France.

Le constat peut être fait que la diversification des modes de réponse aux infractions pénales décrite par Frédéric Desportes n'est pas propre à la France. Elle se développe également dans les autres pays européens, et cela pour des raisons identiques, marquant ainsi le paradoxe de l'évolution commune des procédures pénales européennes, tendant tout à la fois à l'accroissement des droits et à la neutralisation de certains d'entre eux par la simplification et l'accélération des procédures (même si les modalités et l'intensité de cette neutralisation sont variables selon les pays).

Les raisons de ce mouvement sont plurielles. Elles vous sont connues, car elles sont les mêmes qu'en France. Certaines tiennent au fonctionnement des institutions judiciaires : c'est le souci d'une gestion moins coûteuse de la justice qui conduit au choix de cycles courts, c'est la régulation des flux pour faire face à l'encombrement des juridictions. C'est aussi la nécessité de contourner la complexité et la lourdeur des procédures ordinaires afin de sauvegarder le modèle de justice. Il s'agit là de l'une des manifestations du paradoxe tout juste évoqué : plus un modèle est « garantiste » et moins il est possible, pour des raisons de célérité et de coût économique, de l'appliquer à toutes les affaires. L'exemple du modèle anglais est bien connu : si le jury est l'emblème de la procédure anglaise, il n'est que très rarement utilisé et seules les diversions rendent possible le maintien du modèle. De la même façon, le modèle italien est considéré comme étant très protecteur, mais si la procédure ordinaire était constamment utilisée, le système italien exploserait. Ce sont donc essentiellement des procédures simplifiées qui sont utilisées. C'est là une manifestation de ce paradoxe que je soulevais : les modèles sont de plus en plus « garantistes », mais il n'est pas possible de les appliquer à toutes les affaires. D'autres raisons tiennent aux métamorphoses de la fonction de la justice pénale avec l'apparition, dans de nombreux pays, d'une fonction de réparation et de restauration.

Ces finalités communes emportent des lignes de force assez similaires, même s'il va de soi que la diversité des systèmes nationaux emporte pour sa part des différences dans les mécanismes techniques mis en œuvre. Lignes de force que je pourrai ainsi schématiser : voies différenciées de jugement ; réponse à une infraction pénale sans jugement ; redistribution du rôle des acteurs de la procédure.



Pour les voies différenciées de jugement, à côté des procédures ordinaires, tous les pays connaissent, en effet, des procédures simplifiées de jugement. Elles entraînent soit la suppression d'une phase totale de la procédure (phase préparatoire, phase intermédiaire de vérification des charges dans les pays où elle existe, phase d'audience publique par le mécanisme de l'ordonnance pénale), soit l'amputation de la phase de jugement de toute sa partie probatoire. L'Allemagne, l'Italie, le Portugal, l'Espagne connaissent ainsi des procédures accélérées ou abrégées, permettant qu'à l'audience, l'oralité cède la place à la lecture des pièces, que la décision soit prise en l'état du dossier, que les débats soient clos par un aveu, etc. Dans les pays de *common law*, le *guilty plea* (plaider coupable) et le *plea bargaining* (reconnaissance de culpabilité initiant une négociation entre les parties) sont d'usage très fréquent.

Dans leur majorité, ces divers mécanismes ont pour point commun de réduire les temps et lieux du débat, voire de supprimer purement et simplement celui-ci, le plus souvent sur la culpabilité, qui est affirmée et non démontrée, mais également parfois aussi sur la peine lorsque le juge est tenu par l'accord passé entre le ministère public et la personne poursuivie. C'est donc à un sacrifice plus ou moins grand du principe du contradictoire que conduisent ces mécanismes. Il pourrait être opposé que la faible gravité des infractions faisant l'objet de procédures simplifiées, et donc des sanctions encourues, autorise que soient réduites les garanties procédurales. Ce serait oublier que, dans les pays de *common law*, le *guilty plea* n'est pas réservé aux seules infractions de faible gravité puisque tous peuvent faire usage d'un *guilty plea* sauf si le juge s'y oppose et que, dans les pays continentaux, se fait jour une tendance à l'élargissement du champ de ces procédures, nous l'avons vu nous-mêmes, ne serait-ce que pour la CRPC.

Deuxième ligne de force : la réponse à une infraction pénale sans jugement. Sans doute est-ce là une manifestation de diversification plus problématique, que l'on s'attendrait à ne trouver que dans les systèmes d'opportunité des poursuites, comme modalité d'exercice de cette opportunité. Tel n'est pourtant pas le cas.

Les systèmes d'opportunité développent en effet de manière fréquente des mécanismes d'obligation et de sanction variés. Ce peut être une obligation négative, telle celle de ne pas récidiver (*caution* ou avertissement en Grande-Bretagne), ou ce peut être une obligation positive dans l'intérêt de la personne elle-même (injonction thérapeutique, par exemple aux États-Unis), dans l'intérêt de la victime (réparation, médiation par exemple en Belgique), ou dans l'intérêt de l'État (transaction, par exemple aux Pays-Bas), etc.

Bien que moins fréquemment, certains systèmes de légalité pratiquent ces formes de réponses, par exemple l'Autriche, le Portugal ou l'Allemagne. Dans ce dernier pays, existent des mécanismes de classement sous condition, que l'on peut analyser comme des médiations et des transactions. Ou encore, en Italie, l'accord entre la victime et l'auteur peut mettre fin à toute procédure mais pour les seuls délits privés.



Inutile de préciser que ces formes de réponses, qui reposent largement sur une « déjuridictionnalisation » voire une « déjudiciarisation », risquent de ne pas répondre aux exigences du procès équitable. Ou pour le dire autrement, consensualisme (terminologie que je préfère à celle de contractualisation) et négociation sont souvent utilisés comme des substituts à ces exigences. Ce qui n'est pas sans incidence sur la troisième ligne de force, c'est-à-dire les acteurs de la procédure et leur rôle.

Concernant la redistribution du rôle des acteurs de la procédure, de manière très schématique, l'on peut dire que s'accroît la place des parties privées : celle de la victime qui tout à la fois gagne une présence que certains systèmes nationaux lui refusent dans les procédures ordinaires, et une faculté de participer au choix de la sanction qu'elle ne possède pas même, lors de procédures ordinaires, dans les systèmes où elle peut se constituer partie civile ; celle de la personne impliquée qui devient un sujet actif pouvant, par une demande ou une déclaration faite au juge mais plus souvent par la négociation avec le ministère public et/ou la victime, orienter le choix de la procédure et par voie de conséquence la sanction encourue, ou participer à la détermination de la sanction prononcée.

L'importance des rôles du procureur et du juge s'inverse : le premier devient le principal maître d'œuvre de la sanction, c'est le « souverain » comme disent les Allemands, lorsqu'il dispose du choix unilatéral de la procédure, avec ses conséquences sur la sanction prononcée, lorsqu'il décide seul de la sanction, ou lorsqu'il propose au juge une peine que ce dernier ne pourra qu'entériner ou rejeter sans pouvoir la modifier. Le juge s'efface donc, du moins partiellement, soit qu'il n'ait aucune place dans le processus, soit qu'il ne devienne qu'un garant, à travers la vérification et l'homologation. Reste que cet effacement n'est pas aussi net à l'étranger qu'en France : dans les pays de *common law*, si, en pratique, le juge s'écarte rarement des sanctions négociées, en aucun cas il n'est lié par ces dernières ; en Allemagne, les classements sans suite sous conditions ne peuvent se faire qu'avec l'accord du juge ; en Italie, la négociation victime/auteur se fait devant un juge.

En conclusion, si les tendances françaises se retrouvent globalement dans les autres pays européens, la palette des sanctions offertes au ministère public français est toutefois la plus large et ses pouvoirs de décision sont plus grands.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Merci beaucoup, nous avons examiné le premier aspect que nous avons identifié comme une problématique pour cette seconde table ronde. Nous allons à présent passer à un second thème, toujours sous l'angle de la diversification, à savoir la diversification des autorités qui sont titulaires du pouvoir de sanction.



La question qui m'est posée est la suivante : « Qui sanctionne ? Typologie problématique des autorités dotées d'un pouvoir de sanction ». Existe-t-il une spécificité de la France de ce point de vue ?

La problématique des formes de la sanction est traversée par des tendances contradictoires de diversification et d'unification. Diversification parce que les juridictions judiciaires et administratives ne sont pas, et de moins en moins, les seules à détenir le pouvoir de sanctionner. Unification parce que les exigences européennes et constitutionnelles font émerger un socle commun de principes et de garanties procédurales applicables à toute sanction. Alors que, et c'est là une nouvelle contradiction, l'émergence de ce socle commun tend à encadrer le pouvoir de sanction d'autorités administratives extérieures aux institutions judiciaires, au sein même du système pénal se produit un affaiblissement de ces garanties, notamment dans la phase d'avant-procès. Ce sont ces quelques éléments et mouvements, éclairés par des comparaisons avec d'autres pays, que je présenterai brièvement.

À la question « Qui sanctionne ? », une réponse simple peut être apportée : de moins en moins souvent un juge professionnel.

Cela parce que, au sein des juridictions judiciaires, le pouvoir de sanction peut être partagé entre juges professionnels et juges non professionnels et que le ministère public est devenu un « quasi-juge », selon certaines expressions doctrinales françaises mais aussi allemandes ou italiennes, entraînant dans son sillage, du moins en France, délégué ou médiateur. Et cela parce que, en dehors des juridictions et à côté des administrations, ne cessent d'apparaître de nouvelles autorités administratives ou publiques indépendantes dotées comme les premières de pouvoir de sanction.

Si le constat est simple, les logiques à l'œuvre le sont moins : pourquoi cette diversification et cette multiplication ? Je serai très schématique et je dirai que s'entremêlent légitimité démocratique et efficacité technique, économique, où l'on pourrait lire en revers diverses « délégitimations » : celle du juge, de l'administration, auxquelles s'ajoutent les mutations même de la justice et du sens de la sanction.

C'est indéniablement dans la légitimité démocratique qu'il faut rechercher le fondement de la participation populaire à l'administration de la justice. Une participation très ancienne (qui remonte à la Grèce antique et au berceau de la démocratie) et très répandue (peu de pays l'ignorent). Elle est aussi très délicate, dépendante qu'elle est de données sociologiques, culturelles et politiques. Le poids des héritages est lourd. L'histoire des rapports du juge et du politique dessine les contours mouvants de la démocratie, et par voie de conséquence, de la participation des citoyens à l'œuvre de justice.

L'on pourrait dire que les conseils de prud'hommes correspondent ainsi à l'idée d'une démocratie professionnelle, ouvrière et industrielle, tout comme les tribunaux paritaires des baux ruraux devaient correspondre à l'idée d'une démocratie paysanne. Mais c'est essentiellement en matière pénale que s'est jouée la question de la participation citoyenne. Sur des registres très différents, voire contradictoires, selon les lieux et les époques : correction à l'absence de légitimité démocratique d'un juge professionnel non élu ; archaïsme regrettable et encombrant ; charnière établissant un rapport entre peuple et droit dans laquelle l'on voit une vertu éducative pour le citoyen et un gain de proximité pour la justice ; ou encore mécanisme encadrant le pouvoir de sanction du juge professionnel, que ce dernier soit considéré comme trop sévère ou au contraire comme trop laxiste.

Pour autant, il est rare que des juges non professionnels puissent prononcer seuls des sanctions pénales. Le juge de proximité français le peut, le juge de paix espagnol aussi mais uniquement pour des contraventions. Le contre-exemple est bien sûr anglais. Les *magistrates' courts* ne sont composées que de simples citoyens. Ces « justices de paix » sont au nombre de 630 et comptent presque 30 000 juges laïcs ; mais leur compétence est assez considérable puisqu'elles peuvent prononcer des condamnations allant jusqu'à six mois d'emprisonnement et 2 000 livres d'amende. Cela est d'autant plus considérable qu'elles peuvent juger des infractions mixtes par procédure sommaire, ce qui tend à faire juger la quasi-totalité de la délinquance de faible ou moyenne gravité par des juges non professionnels : « des » juges, car la collégialité est ici la règle.

L'hypothèse la plus fréquente est donc que les juges non professionnels statuent avec des juges professionnels. Trois combinaisons se rencontrent. Celle du jury pur où les citoyens statuent sur la culpabilité, la peine étant de la seule compétence du juge : c'est le cas du Royaume-Uni, des États-Unis et du Canada. Mais il faut dire qu'en pratique la réunion d'un jury est très rare puisqu'elle intervient dans 1 à 5% des affaires. Celle où les citoyens statuent seuls sur la culpabilité, et se joignent en tout ou en partie aux juges professionnels pour décider de la peine, comme en Norvège, en Belgique ou encore en Autriche. Celle enfin où citoyens et juges professionnels statuent ensemble sur la culpabilité et sur la peine : c'est le système dit d'échevinage, qui est de loin le plus fréquent, qu'il soit fait appel à des citoyens ordinaires pour le jugement d'infractions – qui en France correspondraient à des crimes ou à des délits –, ou qu'il soit fait appel à des citoyens spécialisés, le plus souvent, pour composer les juridictions des mineurs. Mais il faut noter que l'intervention des citoyens est surtout forte en première instance, qu'elle se raréfie en appel et que, si elle est présente en appel, elle perd le plus souvent, à la différence de la France pour les cours d'assises d'appel, son importance numérique.

Quels que soient les fondements et les représentations en termes de légitimité démocratique de la participation des citoyens à la justice pénale, le constat doit donc être fait que le juge pénal professionnel reste la pièce maîtresse du prononcé de la sanction, soit qu'il en décide seul, soit qu'il partage ce pouvoir avec des juges non professionnels. Ce n'est donc que de manière très résiduelle, sauf en Angleterre, que ce pouvoir lui échappe, et encore en première instance.



Le constat s'inverse si l'on quitte le terrain de la légitimité démocratique pour entrer sur celui de l'efficacité économique et technique. La diversification des modes de réponse aux infractions pénales l'a déjà démontré : nombre d'infractions de faible ou de moyenne gravité ne sont pas sanctionnées (pour des raisons d'économie et de célérité de la justice) par un juge de jugement mais par d'autres acteurs de la procédure : le ministère public le plus souvent, mais aussi la police en Angleterre.

Ce à quoi il faudrait ajouter que c'est encore au nom de l'efficacité – dans une vision utilitariste de compétences spéciales – que, de manière très ancienne, des pouvoirs de sanction ont été donnés à diverses administrations, posant la question des critères de répartition des compétences entre juridictions et administrations dont il faut bien dire qu'en France ils apparaissent assez évanescents, à la différence de ce que l'on constate en Allemagne ou en Italie (où, notamment, le domaine des contraventions est clairement administratif).

Et c'est encore sur le fondement de l'efficacité que l'on peut situer la création d'autorités administratives indépendantes ou d'autorités publiques indépendantes. L'origine anglo-américaine de ces types d'autorités s'explique aisément par la nature même des systèmes judiciaires anglais et américain. Comment, en effet, faire juger par de simples citoyens, juges non professionnels ou jurés, des affaires de grande complexité technique, qu'elles soient économiques, financières, environnementales, etc. En France, les raisons du développement de ces autorités sont moins évidentes, puisque ce sont surtout des juges professionnels qui ont à se prononcer, sauf à dire qu'il apparaît tout à la fois comme une marque de défiance à l'égard de l'administration, laquelle serait partielle, et à l'égard des institutions judiciaires, lesquelles manqueraient d'efficacité : absence de compétences techniques, lenteur et lourdeur des procédures.

Il a pourtant été émis des réserves face à la prolifération de ces autorités. Le point de savoir s'il est légitime qu'une autorité non juridictionnelle puisse prononcer des sanctions est certes réglé par l'affirmative, tant par le Conseil constitutionnel que par la CEDH. Encore qu'il serait possible de se demander s'il est bien certain que la « nécessité » visée dans les décisions du Conseil, lorsqu'il utilise la formule « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* », soit toujours bien pesée. Pour le dire autrement, il serait peut-être possible de s'interroger sur l'existence de critères de répartition des compétences.

Le point de savoir quel type de sanction il est légitime de permettre à une autorité non juridictionnelle de prononcer est, lui, encore ouvert. Il avait été un temps avancé par la doctrine l'opinion que la sanction administrative ne saurait avoir pour conséquence de restreindre les droits que les citoyens tiennent de ce statut. Dès lors, ni l'emprisonnement, qui est une atteinte à la sûreté individuelle, ni la confiscation, qui est une atteinte au droit de propriété, ne pourraient être administrativement prononcés. Le droit positif est le reflet de cette opinion. La peine privative de liberté est sans conteste de la compétence exclusive du juge pénal, alors que la voie de la sanction pécuniaire est ouverte aux autorités administratives.



Pour autant, les choses ne sont pas si simples. D'un côté, la décision « HADOPI »¹¹⁷ a montré que d'autres peines attentatoires aux libertés individuelles pouvaient être exclues de la compétence des autorités non juridictionnelles. D'un autre côté, on voit ici ou là s'élever des interrogations sur la légitimité de sanctions pécuniaires dont le montant excède très largement ce que le juge pénal pourrait prononcer, par exemple en matière boursière, à titre d'amende. Certains commencent à se demander s'il est bien naturel que des autorités non juridictionnelles puissent prononcer des mesures aussi importantes.

Mais faut-il continuer à poser un regard suspicieux sur ces autorités ? Puisque, par un effet d'unification imposé par la Cour européenne des droits de l'homme, parce qu'elles tranchent des accusations en matière pénale au sens où l'entend cette Cour, ces autorités doivent respecter les principes du procès équitable. Et le souci de la Cour que les législateurs internes ne puissent s'affranchir des garanties offertes par le procès pénal en multipliant les compétences d'autorités administratives est relayé par le Conseil constitutionnel, pour lequel, pour toute sanction ayant un caractère punitif, doivent être respectés les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, de rétroactivité des lois pénales plus douces, de respect des droits de la défense. Peut-être cet effet n'est-il pas entier ; se posent donc encore des questions d'impartialité et de séparation des fonctions ou de publicité, qu'il ne devrait peut-être pas suffire d'écarter par l'argument qu'en appel les juridictions administratives ou judiciaires remplissent, elles, les exigences du procès équitable. mais ce sont là des questions qui seront ultérieurement débattues. Reste que cet effet d'unification interroge le bien-fondé, la nécessité des diversifications qui se sont produites.

Mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt. Car alors que se fortifient les exigences procédurales imposées aux autorités administratives, notamment indépendantes, c'est au sein même du système pénal que ces garanties reculent. Une nouvelle fois, sont ici concernées les procédures négociées, les sanctions prises par les procureurs, voire la police, au stade de l'avant-procès. Si l'on restreint le champ de la remarque à la France, se pose et se posera nécessairement la question des pouvoirs de sanction du Parquet, tout comme a été posée la question de son pouvoir de contrôle.

Antoine Garapon avait écrit, il y a un certain nombre d'années déjà, que « *la démocratie ne tolère plus aucune autre magistrature que celle du juge* »¹¹⁸. D'une certaine manière, la tendance à l'unification confirme ce propos : certains organes, à défaut d'être institutionnellement des juges, ne le sont-ils pas au sens matériel et procédural ? Ou plus exactement ne devraient-ils pas l'être, dès lors qu'ils sont investis d'un pouvoir de sanction ?

117 CC, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

118 A. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996.



Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Merci beaucoup de ce panorama très stimulant. Je voudrais me tourner vers les deux autres participants, en posant à chacun d'eux une seule question très rapide : s'agissant des autorités administratives indépendantes, que peut-on dire sur la séparation de l'exercice des fonctions ?

Maud Vialettes

Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

Quelques mots, très brefs, sur ce sujet délicat, non pas pour rappeler l'ensemble des épisodes contentieux qui ont fait de ce sujet un véritable feuilleton, mais pour identifier les perspectives depuis que la question ne se pose plus seulement sous l'angle conventionnel mais également sous l'angle constitutionnel, le Conseil constitutionnel ayant par sa décision du 12 octobre 2012 *Canal Plus*¹¹⁹ jugé que les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de la garantie des droits consacrée à l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'appliquaient non seulement aux juridictions, mais également aux autorités administratives indépendantes (AAI) exerçant un pouvoir de sanction.

La lecture rapide de cette décision, comme de celle qui l'a précédée sur la commission bancaire¹²⁰ ou de celle qui l'a suivie sur l'ARCEP¹²¹, pourrait laisser penser qu'il n'y a pas d'autre salut, pour les AAI dotées d'un pouvoir de sanction, que d'en passer par une séparation organique des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction. Partant, il y aurait lieu de retenir et de développer un modèle standard d'AAI, qui est le modèle retenu pour l'Autorité des marchés financiers ou encore l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, où les fonctions de poursuite et de sanction seraient exercées par des organes complètement indépendants : il y a en effet deux collèges distincts, un collège qui examine, notamment, les enquêtes conduites par les services et qui engage les poursuites, et une commission des sanctions dont l'un des membres assure les fonctions d'instruction et dont les autres se prononcent sur la sanction. On n'est ainsi finalement pas très loin d'une séparation des fonctions comme celle opérant entre parquet et siège, et donc d'une architecture quasi juridictionnelle, si on met à part les autres fonctions de régulation assurées par ces autorités.

Mais, même si c'est moins satisfaisant pour l'esprit, nous voudrions émettre l'hypothèse que du point de vue constitutionnel, comme d'ailleurs conventionnel, cette séparation organique n'est pas ce qui est nécessairement exigé par la jurisprudence. Ce qui nous semble exigé est que les fonctions ne se superposent

119 CC, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction).

120 CC, décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur* (pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire).

121 CC, décision n°2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre* (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes).

pas et s'exercent de manière indépendante, non que les organes qui en sont chargés soient nécessairement séparés. Il nous semble également important de rappeler que les AAI peuvent ainsi satisfaire ces exigences de différentes manières : c'est en cela que l'organisation de l'Autorité de la concurrence, qui n'a pas d'organe séparé chargé de prononcer les sanctions, mais dont le rapporteur général est indépendant et ne délibère pas sur les sanctions avec le collège de l'Autorité et qui a seul le pouvoir de déclencher l'auto-saisine du collège de l'Autorité de la concurrence, qui n'est d'ailleurs pas un préjugement, a pu passer sous les fourches caudines du contrôle de constitutionnalité¹²² et du contrôle de conventionnalité¹²³.

Au total, il nous semble donc que c'est très casuistique : il n'y a pas de modèle standard. Et ce n'est pas nécessairement une mauvaise chose, car on se rend d'ailleurs compte avec le droit de recours qui a été octroyé au président de l'AMF, que la séparation organique au sein d'une autorité de régulation peut être vécue comme fragilisant, si ce n'est son existence, sa légitimité et, partant, son efficacité.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Merci beaucoup. M. Desportes, souhaitez-vous intervenir sur la participation des magistrats non professionnels ?

Frédéric Desportes

Avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation

En France, il me semble que la participation des juges non professionnels au fonctionnement de la justice pénale a été, au cours de ces dernières années, assez précisément encadrée par le Conseil constitutionnel par trois règles.

La première règle est celle de la part limitée, c'est-à-dire que les juges non professionnels ne peuvent occuper qu'une part limitée dans l'exercice des fonctions normalement dévolues aux magistrats. La deuxième règle postule qu'ils ne peuvent composer que de manière minoritaire les formations de jugement appelées à prononcer les peines privatives de liberté. La troisième règle exige qu'ils aient la capacité de participer au fonctionnement de la justice pénale, capacité qui peut leur être donnée par un aménagement des règles procédurales. C'est ce qui a été jugé à l'occasion de la participation des citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale.

Enfin, bien entendu, ils doivent respecter les principes d'indépendance et d'impartialité, ce qui a été jugé à propos des tribunaux maritimes commerciaux.

122 CC, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction).

123 CE, Ass., 21 décembre 2012, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, n° 353856.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Merci beaucoup. Je souhaite que nous disions très rapidement quelques mots sur la sanction prise sous le regard des tiers, avec la publicité de la procédure et la publicité de la sanction. Puis, nous laisserons le temps à la salle de poser une seule question, j'utilise mon pouvoir de président de séance !

Maud Vialettes

Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

Nous évoquerons la sanction prise sous le regard des tiers : publicité de la procédure et publicité de la sanction. Il est habituel, lorsqu'on traite du sujet des sanctions, et en particulier des sanctions administratives, de s'intéresser à l'autorité investie du pouvoir de sanction et à la personne passible de sanction. La sanction, en particulier dans ses aspects procéduraires, est ainsi en règle générale abordée sous l'angle de ce face à face. Il est moins usuel de s'intéresser aux tiers. Pour autant, le sujet nous a paru mériter quelques mots. Car ainsi que nous espérons le montrer, le sujet s'avère quelque peu en friche, s'agissant en tout cas de la répression administrative, et illustre que sur le plan procédural, le régime juridique des sanctions administratives est peut-être encore inachevé, ou à tout le moins au milieu du gué, comme le disait tout à l'heure le vice-président dans son discours inaugural.

La question d'abord de la publicité de la procédure, pour commencer par elle, n'est pas nécessairement la moins étudiée. Mais il ne nous paraît pas inutile de l'examiner car elle a pu donner lieu çà et là à quelques contrevérités s'agissant des sanctions administratives. En réalité, et contrairement à ce qui est souvent dit, il n'y a pas de règle générale de publicité ou de non-publicité applicable à l'ensemble de la répression administrative.

Lorsque la sanction est infligée par une juridiction disciplinaire, les débats ont désormais lieu, en pratique, compte tenu tant de l'article 6§1 de la Convention EDH que des textes actuels, en audience publique.

Lorsque la sanction est infligée par une autorité administrative, telle une AAI, qui, quoique non juridictionnelle, est regardée comme un « tribunal » au sens de l'article 6§1 de la Convention EDH, les exigences du droit à un procès équitable susceptibles de s'appliquer dès ce stade ne comportent pas, contrairement à ce qui est souvent dit, celles de la publicité – en tout cas, dès lors que les décisions de cette autorité sont ensuite soumises au contrôle d'un tribunal doté de la compétence de pleine juridiction et statuant publiquement. C'est ce qui découle de la jurisprudence convergente du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour européenne elle-même, qu'elle a pu rappeler par exemple dans sa décision d'irrecevabilité du 13 mars 2012 *Bouygues France Telecom*¹²⁴ à propos d'une sanction infligée par l'ex-Conseil de la concurrence. Pour autant, et c'est paradoxal, le législateur a retenu,

124 CEDH, 13 mars 2012, *Société Bouygues Télécom contre France*, n° 2324/08.

s'agissant des AAI, des solutions très variables : dans certains cas, la règle est celle d'une publicité de principe, par exemple devant la commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers ; dans d'autres, le principe est plutôt celui du huis clos, pour l'autorité de la concurrence ou l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) ; la possibilité de déroger à ces règles, selon les cas, est à la seule appréciation du président ou sur demande de la personne poursuivie, et en considération, ou non, de l'ordre public, de la sécurité nationale ou de la protection de secrets protégés.

Enfin, s'agissant des autres procédures de répression administrative, il ne découle ni des exigences constitutionnelles, ni d'exigences conventionnelles comme l'article 6 de la Convention européenne, ni d'aucun principe général du droit, qu'elles doivent être prises après débats publics. Le Conseil d'État a pu le juger par exemple pour les sanctions pénitentiaires dans une décision de 2003¹²⁵. Reste que là encore de plus en plus de textes prévoient la règle inverse.

Au total, il apparaît ainsi que pour des raisons de choix politiques plus que de nécessité juridique, la procédure répressive est de plus en plus sous le regard potentiel des tiers : or, par-delà l'intérêt en termes de transparence que présente par nature une telle publicité, elle est susceptible également de porter atteinte à d'autres intérêts. Nous sommes ainsi convaincue qu'il importe de bien soupeser, sanction par sanction, la conciliation de ces différents éléments et de se garder de solutions par trop évidentes.

Mais la sanction peut également être soumise au regard des tiers du fait de ce que la sanction est rendue publique, voire qu'elle fait l'objet de mesures de publication ou de diffusion. Nous distinguerons ces deux hypothèses de publicité et de publication/diffusion.

Nous dirons juste quelques mots de la publication de la sanction, c'est-à-dire lorsqu'il est décidé de prononcer à titre de sanction complémentaire la publication de la sanction, ou sa diffusion. C'est quelque chose qui peut être en réalité encore plus préjudiciable que la sanction elle-même. Pour commencer par la publicité de la sanction, il faut là encore rappeler que l'exigence de publicité du prononcé de la décision juridictionnelle qui est posée, notamment, par l'article 6 de la Convention européenne, s'interprète souplesment et n'implique pas nécessairement une lecture à haute voix de la décision, mais peut passer par d'autres modalités telles que le dépôt au greffe de la décision ou la publication de celle-ci dans un recueil officiel. Il en va donc ainsi des juridictions disciplinaires entrant dans le champ de l'article 6. En revanche, pour les raisons que nous avons déjà indiquées, en l'absence de texte exprès, rien n'impose de prononcer publiquement les sanctions prononcées par d'autres autorités que les juridictions disciplinaires stricto sensu.

Continuons maintenant avec l'hypothèse où la publicité donnée à la sanction constitue, en elle-même, une sanction. Quoique sanction dite complémentaire, la sanction de publicité de la sanction peut s'avérer, en réalité, plus préjudiciable, pour la personne qui en est l'objet, que la sanction qu'elle a pour objet de rendre

125 CE, 30 juillet 2003, *Observatoire International des Prisons*, n° 253973.



publique. Il ne s'agit en effet pas moins que d'« *une sorte de version douce du pilori* » selon l'expression de Frédéric Desportes dans son excellent *Traité de procédure pénale*¹²⁶. Il est donc important de relever que de telles sanctions complémentaires, qui ne peuvent être décidées que lorsque des textes le prévoient, et selon des modalités à déterminer, obéissent au même régime que les sanctions elles-mêmes. S'agissant de la répression administrative, elles peuvent ainsi faire l'objet d'un recours, y compris en référé, en vue que leurs effets soient suspendus¹²⁷. Lorsque le juge administratif réforme la sanction qui fait l'objet de la mesure de publication, il peut prévoir la publication de sa propre décision¹²⁸. Et elles sont soumises aux mêmes principes généraux de la répression, tels le principe de proportionnalité¹²⁹, ou encore le principe d'individualisation de la peine, comme vient de le juger le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juin 2013¹³⁰ qui était la première décision où il avait à se prononcer sur la constitutionnalité d'une sanction administrative de publication. Seule particularité, et cela ne fait pas l'unanimité, la jurisprudence administrative¹³¹ retient que de telles sanctions complémentaires n'ont pas à être spécifiquement motivées.

La publicité des sanctions, voire les sanctions complémentaires de publication de celles-ci se développent mais pour autant, il nous semble que la réflexion sur les modalités de publicité ou de publication ou d'affichage des sanctions administratives n'est pas aboutie. Là où les modalités de publicité, de publication ou d'affichage des décisions juridictionnelles ou des actes administratifs sont précisément prévues par les textes, celles des sanctions administratives sont incomplètement régies par les textes. Chaque institution bâtit sa propre doctrine, à partir de quelques règles textuelles éparses, ou non, quant aux questions d'anonymisation ; du champ des décisions à publier (doit-on ainsi publier uniquement les décisions définitives ou non, seulement les décisions de sanctions, ou toutes les décisions prises par un organe disciplinaire, y compris des décisions de non-lieu ou d'homologation d'une transaction ?) ; la question également de l'existence, ou non, d'un registre des sanctions prononcées et de la durée d'inscription de celles-ci sur celui-ci, avec en arrière-fond, la question de la prise en compte de l'éventuelle réitération des manquements et de la prescription des sanctions infligées, que l'on voit poindre dans certaines sanctions prononcées par des AAI ; la question, enfin, de la durée durant laquelle de telles décisions peuvent être diffusées sur les sites internet des institutions. Tout cela, avons-nous l'impression, reste à bâtir, alors même qu'il ne s'agit pas de sujets mineurs. Ils conditionnent l'efficacité, la légalité mais aussi la légitimité des dispositifs de la répression administrative et c'est pour cela que nous souhaitons mettre en exergue cette problématique.

126 F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Collection Corpus Droit Privé, 2e éd., septembre 2012.

127 CE, Ord., 14 décembre 2006, *Société Bourse direct*, n° 298912.

128 CE, 18 février 2011, *Beslay*, n° 321056.

129 CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse direct*, n° 298911.

130 CC, décision n°2013-329 QPC du décembre 28 juin 2013, *Société Garage Dupasquier* (Publication et affichage d'une sanction administrative).

131 CE Section, 6 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, n° 299203.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Merci beaucoup de cet exposé. Voulant me prémunir de toute sanction, je donne la parole aux deux autres intervenants pour vingt secondes, pas plus !

Frédéric Desportes

Avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Les observations que l'on peut faire pour le système judiciaire sont à peu près du même ordre, je veux dire simplement que la publicité a plusieurs visages. C'est une règle de procédure qui n'est d'ailleurs pas édictée dans l'intérêt de la personne poursuivie mais dans l'intérêt de la justice, pour assurer sa transparence. Mais elle peut être également une sanction pénale, version douce du pilori qu'évoquait tout à l'heure Maud Vialettes. Elle peut être également une mesure de police, une mesure de sûreté lorsqu'il s'agit d'une inscription dans un fichier, le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) ou le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) par exemple. Elle a été qualifiée comme telle par le Conseil constitutionnel et par la chambre criminelle. Elle peut être enfin une mesure relative à l'exécution des peines : il en est ainsi de l'inscription au casier judiciaire, en tous cas au bulletin n°2 du casier judiciaire qui permet la mise en œuvre d'un certain nombre de peines accessoires. Si bien que la restriction de la dispense d'inscription au bulletin n°2 a été regardée par la chambre criminelle comme étant une loi relative à l'exécution des peines qui n'était pas applicable rétroactivement. On voit donc bien la complexité de la notion et ses différents visages.

Geneviève Giudicelli-Delage

Professeur de droit à l'Université de Paris I (Sorbonne)

Je pense que l'on retrouve les mêmes questions. La seule question qui pourrait faire la différence c'est celle de savoir comment entendre les tiers, et si la télévision doit filmer ou non les procès.

Gilles Bachelier

*Conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes,
Modérateur de la conférence*

Je donne la parole à la salle pour une seule question.



Échanges avec la salle

Jean-Marie Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de liberté – *Je souhaitais m'adresser aux praticiens sur deux plans. J'ai bien noté, vous l'avez dit parfaitement notamment Mme Giudicelli-Delage, qu'au fond les efforts de rationalisation portaient davantage sur le temps de la procédure que sur le temps de l'enquête. Et vous avez souligné « sauf les cas de flagrant délit », ce que tout le monde comprend.*

Je voulais donc d'abord poser aux praticiens la question suivante : si on rétrécit, notamment dans la phase processuelle, juridictionnelle, le temps d'enquête ou d'instruction, cela n'a-t-il pas pour conséquence de rendre le juge, en pratique, plus dépendant du dossier constitué par la police ? La deuxième question que je voulais poser est la suivante : y a-t-il un rapport entre ces procédures que vous avez parfaitement dépeintes les uns et les autres, notamment au pénal, et la multiplication des courtes peines ?

Frédéric Desportes

S'agissant du dossier qui aurait été élaboré au cours de l'instruction ou de l'enquête préliminaire, je pense qu'il est assez difficile d'apporter une réponse, parce que ce qui est important c'est la nature du dossier et moins les conditions dans lesquelles il a été élaboré. Dans les affaires simples, le fait que les investigations aient été menées au cours d'une enquête brève et non contradictoire est sans grande incidence. Mais il est certain que, de manière générale et spécialement dans les affaires présentant une certaine complexité, plus la mise en état préalable est approfondie et contradictoire, mieux la juridiction est en mesure de porter sur les faits un regard propre et éclairé, même si, dans tous les cas, les investigations conduites par la police judiciaire demeurent évidemment la source d'information principale.

Sur le second point, quant au rapport entre ces procédures et la multiplication des courtes peines, je ne suis pas certain que ces procédures favorisent les courtes peines puisque précisément on ne peut prononcer de courtes peines dans le cadre de ces procédures. Je songe ici à l'ordonnance pénale ou encore aux procédures alternatives. Cela peut être vrai pour la comparution immédiate, bien entendu, c'est-à-dire que plus la justice est rapide et plus l'intervention judiciaire est rapide, plus la tendance est à la sévérité et la saisine du tribunal en comparution immédiate favorise sans doute le prononcé de peines fermes. Mais on peut inverser la proposition et dire que si le tribunal est saisi en comparution immédiate, c'est que le procureur de la République estime qu'il y a lieu précisément de prononcer une peine d'emprisonnement ferme.

Ce qui est vrai peut-être, c'est que la diversification de la réponse pénale, dans la mesure où elle repose sur l'idée de gradation, a sans doute rehaussé globalement la répression. C'est-à-dire qu'une affaire qui auparavant était classée sans suite fera l'objet d'une alternative. Si l'alternative échoue, on passe à une condamnation qui éventuellement constituera le premier terme de la procédure. Nous sommes donc dans un mécanisme d'aggravation généralisée.

Allocution d'ouverture de la séance de l'après-midi

Élisabeth Baraduc,

Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancienne présidente de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Docteur en droit public, avocate à la Cour de cassation et au Conseil d'État, Élisabeth Baraduc a été première secrétaire de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (1977-1978). Ancienne membre du Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, elle a également exercé les fonctions de présidente de l'Ordre des avocats aux Conseils de 2000 à 2002.

Merci de nous avoir rejoints pour les deux dernières tables rondes de l'après-midi. Le premier président de la Cour de cassation, M. Lamanda, a ce matin ouvert ces travaux en citant une chronique de Philippe Jestaz de 1986, qui porte le titre suivant : *La sanction ou l'inconnue du droit*¹³². J'espère qu'à l'issue de cette journée, ce propos ne sera plus d'actualité.

Ce matin, nous nous sommes attachés à définir la sanction, qu'elle soit pénale ou administrative. J'ai retenu essentiellement la définition du président Delarue, d'autant plus riche qu'elle est décalée par rapport à nos clivages habituels : « *la sanction, c'est un dommage, un dommage voulu et qui est infligé à l'auteur de l'infraction* ». Le cours de nos travaux nous a démontré assez clairement que la sanction est certainement une mesure qui modifie la situation juridique de celui auquel elle est destinée. Cette définition, aussi imparfaite soit-elle, nous a permis d'exclure de notre champ d'examen toutes les mesures purement préventives, et, au premier chef, les mesures de police, ou encore les mises en garde et les mesures d'avertissement. Elles ont en commun d'indiquer à leur auteur qu'il sera sanctionné s'il persiste dans son comportement.

M. Stahl nous a fait part de la difficulté, qui me paraît en effet très grande, de l'opération de qualification de la sanction, par rapport à des mesures qui n'en sont pas. Cette qualification est évidemment essentielle, puisque de cette qualification va ensuite dépendre le régime juridique qui lui a été attaché.

En essayant de prendre un peu de recul sur nos travaux de ce matin, il me semble que deux mots pourraient les résumer. Deux mots qui ne sont contradictoires qu'en apparence. Ces deux mots sont diversité et cohérence.

132 P. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, Dalloz-Sirey, Chronique XXXII, 1986, p. 197-204.

Diversité d'abord : diversité des sources, dont nous avons très peu parlé, si ce n'est pour dire qu'aucun de nos textes, ni nationaux ni communautaires, ne traite expressément de la sanction, pas plus que la Convention EDH. Cette notion n'est jamais définie. Pour autant, la sanction vient punir un comportement contraire au droit, et on constate que les sources de ce droit sont particulièrement diverses. Parmi elles, figure d'abord la loi, au sens large, c'est-à-dire les règlements communautaires et internationaux ; mais aussi en droit interne, et pour reprendre les termes de Maud Vialettes, une mosaïque de textes applicables. Ces textes fixent des règles déontologiques, le règlement intérieur d'une entreprise, la convention collective : des textes épars, donc, qui fixent des obligations, obligations qui peuvent être sanctionnées par le prononcé d'une punition.

Diversité des sources donc, mais aussi très grande diversité des détenteurs du pouvoir de sanction. Le juge est loin d'avoir en cette matière le monopole. Mme Giudicielli-Delage nous a expliqué comme M. Desportes qu'en réalité, les pouvoirs du juge pénal s'étaient beaucoup déportés sur les parquets, en ce qui concerne tant le choix du mode de poursuite que le choix de la sanction.

Il y a également diversité en dehors de la matière pénale : les autorités administratives indépendantes se sont multipliées ces dix dernières années, et toutes sont dotées d'un pouvoir de sanction. C'est aussi l'employeur qui est doté d'un pouvoir disciplinaire.

Diversité aussi dans le choix de la sanction : M. Desportes a fait une description tout à fait passionnante des outils que le juge pénal peut puiser dans son arsenal de sanctions. Il en est de même pour les autorités administratives, qui peuvent prononcer soit des sanctions touchant à l'exercice d'une profession, soit des sanctions pécuniaires, soit même des injonctions qui conduisent à dicter le comportement que doit adopter un administré.

Diversité enfin dans la finalité de la sanction : historiquement dotée d'une fonction purement punitive, la sanction répressive a aujourd'hui acquis un rôle plus positif. C'est la justice compensatrice, voire la justice restauratrice.

À cette très grande diversité s'accroche une autre notion : l'émergence d'une cohérence. Je retiens à dessein ce mot de cohérence, plutôt que de convergence. J'ai entendu ce matin le président Sauvé nous dire que l'évolution de la sanction administrative n'est pas achevée, et que nous sommes au milieu du gué. Je ne sais pas si nous sommes au milieu du gué, mais nous sommes certainement sur un chemin qui n'a pas encore été parcouru entièrement. Pour autant, il me semble qu'on peut relever des points de cohérence, lorsque l'on cherche à répondre aux questions suivantes.

D'abord, cette cohérence repose sur les premiers piliers qui ont défini un socle commun et qui ont été construits avec le concours déterminant et convergent de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg et du Conseil constitutionnel. On a rappelé ce matin l'évolution de la Cour de Strasbourg qui fait



maintenant relever de l'article 6 §1¹³³ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales toutes les sanctions, même si elles ne sont pas prononcées par un juge pénal.

De plus, on assiste à un phénomène qui est assez curieux : plus la demande de sanction est forte, plus les sanctions sont diverses, plus les auteurs sont multiples et plus les personnes susceptibles d'être sanctionnées sont nombreuses. On assiste aussi à une forte demande d'émergence de principes communs. C'est l'un des paradoxes évoqués ce matin par Mme Giudicelli-Delage. Elle soulignait que l'autre paradoxe était que pour répondre aux demandes de sanctions pénales, on était obligé de neutraliser un certain nombre de droits.

Quant au Conseil constitutionnel, il a très vite posé les exigences de la sanction pénale au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose que « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

Il a peu à peu, progressivement mais fermement, étendu toutes ces exigences à l'ensemble des sanctions, notamment à celles prononcées par les autorités administratives indépendantes. C'est ce qui a fait dire à Dominique Chagnollaud que la sanction administrative est une sorte de sanction pénale « Canada Dry »¹³⁴ : elle a le goût de la sanction pénale, l'apparence de la sanction pénale, mais elle n'est pas une sanction pénale, car l'intéressé ne peut aller en prison. Aucune peine privative de liberté ne peut être prononcée, le Conseil constitutionnel l'a encore répété, si ce n'est par le juge pénal.

Cette recherche de cohérence peut être relevée quand on examine chacune des questions que peut poser le problème qui nous est soumis aujourd'hui. Quand peut-on sanctionner ? On ne peut sanctionner que lorsque l'obligation est suffisamment précise. Qui peut demander la sanction ? Cette question a été abordée ce matin. Il existe des principes communs : l'impartialité ; la question de la possibilité de se saisir d'office, qui n'est pas acceptée pour un juge, mais qui est acceptée sous certaines conditions pour les autorités administratives indépendantes ; la nécessaire séparation, si ce n'est organique, du moins fonctionnelle, du pouvoir de déclencher les poursuites, et du pouvoir de juger. Toutes ces règles constituent un socle commun qui s'impose à chacun des auteurs qui détiennent le pouvoir de sanction.

Quelles sont les garanties procédurales de la personne sanctionnée ? C'est ce que nous allons voir dans la prochaine table ronde. Nous aborderons ainsi les problématiques liées au principe de légalité des délits et des peines ou encore à la rétroactivité *in mitius*.

133 Article 6§1 de la Convention EDH disposant que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...]* »

134 Soda dont le slogan publicitaire a été « *Ça ressemble à l'alcool, c'est doré comme l'alcool... mais ce n'est pas de l'alcool* ».



La dernière table ronde, qui me paraît extrêmement prospective, porte sur les interrogations suivantes : quel juge ? Que peut-on espérer de lui ? Peut-on aujourd'hui considérer que le contrôle de proportionnalité est effectué par toutes les juridictions avec la même intensité ? Autant de problèmes qui méritent de venir utilement compléter notre propos de ce matin.



Troisième table ronde

La sanction et les droits de la personne (*Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH*)

La troisième table ronde sera consacrée à l'examen des principes cardinaux de la sanction (proportionnalité, individualisation, *non bis in idem*, question des sanctions « automatiques », prescription). Elle s'interrogera sur les personnes susceptibles d'être sanctionnées et sur la modulation des sanctions selon la nature des personnes, physique ou morale. Elle étudiera enfin les effets de la jurisprudence de la CEDH sur les droits des personnes (avant, pendant et après la sanction) et sur les décisions des juges nationaux.

Sommaire

Présentation des intervenants	105
Éléments de réflexion sur le thème de la troisième table ronde	107
Actes.....	109
Échanges avec la salle	129





Présentation des intervenants

(Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date du colloque)

Modérateur

Bertrand Louvel,

Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation

De 1973 à 1978, Bertrand Louvel est assistant des facultés de droit. En 1979, il est auditeur de justice avant de passer son doctorat en droit. Il est juge d'instance de 1980 à 1984 avant d'exercer les fonctions de maître de conférences à l'École nationale de la magistrature en 1985-86. Entre 1986 et 2002, Bertrand Louvel est successivement président des tribunaux de grande instance d'Aurillac, de Pointe-à-Pitre, de Nevers et de Brest. En 2002, il devient premier Président de la cour d'appel de Limoges puis, en 2007, Premier président de la cour d'appel de Bordeaux avant d'exercer les fonctions de président de chambre à la Cour de cassation à partir de 2009.

Intervenants

Daniel Gutmann

Avocat et professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Agrégé de droit privé (1997) et diplômé d'HEC (1990), Daniel Gutmann est professeur de droit fiscal à l'École de droit de la Sorbonne (université de Paris I) depuis 2000. Il est également codirecteur du Centre Sorbonne Fiscalité de Paris I et codirecteur du M2 professionnel de droit des affaires et fiscalité ainsi que du double diplôme Paris-1/HEC. Il est par ailleurs avocat associé au sein du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre où il est responsable de l'équipe de doctrine fiscale. Ses activités de recherche et d'enseignement s'exercent en France et à l'étranger. Auteur de nombreux articles en matière fiscale, il a publié un ouvrage de droit fiscal des affaires aux éditions Lextenso (4^e éd., 2013) couronné par le Prix spécial du livre juridique décerné par le Conseil constitutionnel et le Club des juristes. Il est co-fondateur et co-directeur de la revue *L'année fiscale*. Il est également membre du Cercle des fiscalistes, du comité scientifique de la branche française de l'IFA (*International Fiscal Association*) et de l'EATLP (*European Association of Tax Law Professors*). Enfin, il participe ou a participé à divers groupes de réflexion sous l'égide de la Commission européenne, de l'OCDE et du MEDEF. Il a également été membre de la commission constituée par la Cour des comptes sur la convergence fiscale franco-allemande en 2010 et consultant fiscal au siège du Fonds Monétaire International à Washington D.C. en 2006.

Mattias Guyomar*Conseiller d'État*

Mattias Guyomar est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'ENA (promotion Victor Schoelcher, 1996). Affecté à la section du contentieux à sa sortie de l'ENA, il devient en 1999 responsables du centre de documentation du Conseil d'État. En 2002, il est nommé commissaire du Gouvernement puis rapporteur public à la 6^e sous-section de la section du contentieux. Il est également commissaire du Gouvernement au Tribunal des conflits depuis 2009. Nommé conseiller d'État, il est assesseur depuis 2011 à la section du contentieux et est également juge des référés. Rapporteur général de la commission supérieure de codification, Mattias Guyomar est également secrétaire général de la commission des sondages et secrétaire général de l'Institut français des sciences administratives (IFSA). Il exerce également les fonctions de professeur associé à l'université de Paris II (Panthéon-Assas).



Éléments de réflexion sur le thème de la troisième table ronde

Depuis de nombreuses années, la tendance est à l'élargissement des catégories de personnes susceptibles d'être sanctionnées.

En témoignent la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales mais aussi la multiplication des dérogations au principe de la personnalité de la responsabilité pénale.

L'extension du nombre de personnes poursuivies s'accompagne d'un accroissement des droits procéduraux. L'étendue de ces garanties est d'autant plus importante que la sanction encourue est grave.

En ce sens, en amont de la sanction pénale, la personne poursuivie bénéficie du droit à la présomption d'innocence et au procès équitable conformément aux articles 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹³⁵. Après la condamnation, c'est un véritable droit de l'exécution des peines qui a progressivement émergé, maintenant enseigné dans les facultés et objet de plusieurs traités et manuels.

Les autorités administratives dotées de pouvoir de sanction sont quant à elles de plus en plus soumises à des obligations issues des dispositions de l'article 6-1 de la Convention EDH relatif au procès équitable¹³⁶. C'est ainsi que la liste des principes et garanties applicables à la sanction administrative ne cesse de s'allonger avec le développement de la jurisprudence européenne : obligation d'impartialité, respect de la présomption d'innocence, respect des droits de la défense, principe de la légalité des délits et des peines, principe de responsabilité personnelle, principe de proportionnalité, obligation de motiver la sanction, interdiction de principe du cumul des sanctions administratives, pour ne citer que ces quelques exemples. Se pose aussi, de manière de plus en plus prégnante, la question du principe *non bis in idem* : peut-on véritablement continuer à faire supporter par la même personne une sanction pénale et une sanction administrative alors que, du point de vue du condamné, les mêmes faits sont sanctionnés ?

En droit du travail, la jurisprudence européenne exerce une influence manifeste sur le contentieux du travail, notamment l'exercice du pouvoir disciplinaire.

Par ailleurs, la sanction est aujourd'hui modulée en fonction de la personne incriminée.

135 Crim. 17 septembre 2008, pourvoi n° 08-80.598, *Bull. crim.* 2008, n° 188 et Crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-83.837, *Bull. crim.* 2009, n° 30.

136 CE, 30 juillet 2003, n° 238169, *Banque d'escompte et Wormser frères*.

À ce titre, les montants des sanctions pécuniaires prononcées, en matière commerciale, par les commissions de sanction de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de la concurrence sont plafonnés et varient selon qu'il s'agit d'une personne morale ou d'une personne physique¹³⁷.

S'agissant spécifiquement des personnes physiques, la responsabilité pénale demeure attachée à la notion de discernement de l'auteur, justifiant la diminution de la responsabilité des mineurs.

Enfin, toujours en matière pénale, la peine privative de liberté paraît devoir être distinguée de toutes les autres. Elle n'a pas d'équivalent. Ne faut-il pas s'interroger à la fois sur ce qui la justifie véritablement et sur les autres peines susceptibles d'être prononcées ?

Plus généralement, la question récurrente du sens de la peine n'a-t-elle pas conservé toute son acuité en présence de la multitude des mesures dont disposent maintenant les autorités judiciaires ou administratives prononçant la sanction, que l'on se place du côté de celui qui la prononce ou de celui qui la subit ?

S'agit-il seulement de punir ?

Quelle est, dans la punition, la part de la réparation qui va bien au-delà de l'indemnisation ?

137 Articles L. 621-15 du code monétaire et financier et L. 464-2 du code de commerce.



Bertrand Louvel

*Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Modérateur*

Mesdames, Messieurs, il me revient d'ouvrir la première table ronde de l'après-midi, en compagnie de M. Guyomar, conseiller d'État, et de M. Gutmann, avocat et professeur de droit à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Cette table ronde nous amène à envisager l'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) sur les droits des personnes confrontées à la sanction dans nos deux ordres de juridiction.

Pour commencer, je pense qu'il n'est pas inutile de rappeler que nos deux cours suprêmes ont une tradition de défense des droits de l'homme bien antérieure à leur introduction dans le champ de la hiérarchie des normes à la fois par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à partir des années 1970.

Pour ce qui est de la Cour de cassation, un colloque qui s'est tenu ici même l'an dernier pour la commémoration de l'abolition de l'esclavage a bien mis en évidence le rôle tenu par la Cour, et en particulier par la chambre criminelle, dans l'épanouissement du courant abolitionniste, et ceci dès l'époque de la Restauration, dans la continuité du Congrès de Vienne de 1815.

Quant au Conseil d'État, faut-il rappeler les titres irréductibles qu'il a gagnés comme défenseur des droits de l'homme, lorsque, dans la crise tragique de 1962, risquant jusqu'à son existence même, il a osé annuler l'ordonnance envoyant des condamnés à la mort sans possibilité de recours ? C'est le prestigieux arrêt Canal¹³⁸, qui fait honneur à la justice française.

Nous sommes donc en présence, lorsque la Convention EDH entre en scène, de deux cours suprêmes familières de la défense des droits de l'homme, mais dont toute la tradition est orientée vers la préservation de la sécurité juridique ordonnée autour de la loi, elle-même réputée gardienne de ces droits de l'homme. L'irruption dans ce contexte de la Convention EDH crée une sorte d'inversion des facteurs qui sera confirmée et amplifiée quelques années plus tard par l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹³⁹. Désormais, la défense des libertés publiques prend le pas sur la sécurité juridique, les lois doivent passer au crible des droits de l'homme et une nouvelle maxime s'installe dans l'esprit des juges : « *mieux vaut pour la Justice qu'une loi reste lettre morte plutôt qu'une liberté soit altérée* ». C'est nouveau, mais le terrain est favorable et le grain n'a pas

138 CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, req. n°58502.

139 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ; Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

de peine à germer, ainsi que les exemples en foisonnent. Ce sera le premier point que je traiterai en présentant quelques exemples de réactivité significative à la Convention EDH trouvés dans la jurisprudence récente de la chambre criminelle.

Le second point est peut-être plus inattendu. Je crois qu'il peut se démontrer aussi que, s'il se produit toujours, malgré ce contexte favorable, des condamnations de la France pour méconnaissance des droits de l'homme, sans doute les techniques inhérentes à la construction du droit européen n'y sont-elles pas étrangères. En effet, il faut constater que la Convention EDH a une influence potentiellement illimitée.

I. Une influence potentiellement illimitée

En réalité, le contrôle de la conventionnalité de la loi et de la jurisprudence qui y est attachée est devenu un réflexe pour le juge national par l'effet du droit européen de la même manière que le contrôle de constitutionnalité l'est devenu aussi, avec la pratique de la QPC, ainsi qu'un colloque tenu ici même encore il y a quelques semaines¹⁴⁰ a pu le mettre en évidence. Si bien qu'on peut dire que, loin d'être « à la remorque » de la Cour de Strasbourg, pour ne pas dire « à la traîne », ainsi que l'idée en est parfois diffusée, bien au contraire, notre Cour est soucieuse d'accompagner au plus près ses développements.

Un exemple me paraît fourni par les arrêts du 19 octobre 2010¹⁴¹ qui ont imposé la présence de l'avocat au cours des auditions en garde à vue. Jusqu'à l'arrêt *Brusco* rendu cinq jours plus tôt, le 14 octobre 2010¹⁴², la Cour de Strasbourg usait de formules indirectes quant à la présence de l'avocat au cours de ces auditions. Ainsi, il était question de la « vaste gamme des prestations de l'avocat » ou de sa « présence dès le premier interrogatoire », autant de formules qui n'excluaient pas que la loi française alors en vigueur prévoyant un entretien avec l'avocat en début de garde à vue sans assistance aux auditions fût conforme à la Convention EDH.

Alors que la chambre criminelle avait décidé de franchir le pas le 19 octobre, l'arrêt *Brusco* est venu lever toute ambiguïté le 14 octobre en affirmant expressément, et sans possibilité d'interprétation désormais, la nécessité de la présence de l'avocat pendant les interrogatoires. C'est plus que de la réactivité, c'est de l'interactivité.

Un autre exemple témoignant encore de la réceptivité de la chambre criminelle est fourni par l'arrêt *Creissen* du 15 décembre 2010¹⁴³. L'année même où la Cour de Strasbourg a décidé dans deux arrêts *Medvedyev*¹⁴⁴ et *Moulin*¹⁴⁵ que le ministère public français ne pouvait être considéré comme une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH, la chambre criminelle, malgré sa réticence à heurter une culture nationale séculaire qui fait que magistrats du siège et du parquet partagent la même éthique de raisonnement et de comportement, a surmonté cette réticence par loyauté envers la Convention EDH.

140 Colloque « La Cour de cassation et la Constitution : perspectives nouvelles », 27 septembre 2013.

141 Cass. Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n°10-82.306, pourvoi n°10-82.902 et pourvoi n°10-85.051.

142 CEDH, *Brusco c. France*, 14 octobre 2010, n° 1466/07.

143 Cass. Crim., 15 décembre 2010, pourvoi n°10-83.674.

144 CEDH, 5^e Sect., 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03.

145 CEDH, 23 novembre 2010, *France Moulin c. France*, n° 37104/06

Enfin, je prendrai un ultime exemple qui témoigne de ce que la chambre criminelle est non seulement réceptive à la jurisprudence de Strasbourg, mais disposée à anticiper sur elle. L'occasion s'est ainsi présentée récemment de modifier notre jurisprudence très ancienne selon laquelle les périodes de détention subies à l'étranger ne s'imputent pas sur celles subies en France pour les mêmes faits. Estimant que cette jurisprudence était exposée à la critique en ce qu'elle appliquait une double peine aux mêmes faits, la chambre a décidé que, dans tous les cas, la détention subie à l'étranger, soit à titre provisoire, soit à titre définitif, s'imputera sur celle subie en France. Et il est remarquable de noter que ce revirement est intervenu à l'occasion d'une QPC qui a conduit la chambre à contrôler la constitutionnalité de sa jurisprudence, marquant ainsi le lien étroit des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité que nos cours suprêmes sont désormais appelées à pratiquer conjointement.

Pour conclure sur ce premier point, on peut donc dire que la Convention EDH dispose dans l'espace juridictionnel français de conditions d'application optimales qui devraient éviter les condamnations de la France. Pourtant, il continue de s'en présenter, sans doute au moins en partie à cause des techniques de construction du droit européen où l'on peut voir un facteur d'autolimitation de sa propre influence par la Convention EDH elle-même.

II. Une influence autolimitée

J'évoquais tout à l'heure les équivoques de l'interprétation des arrêts de la Cour de Strasbourg sur la garde à vue antérieures à l'arrêt *Brusco*. Il est vrai que la méthode casuistique de cette Cour, dont le fonctionnement l'assimile à une juridiction du fond examinant l'ensemble des circonstances de fait et de droit d'une affaire, tend à limiter la portée normative de ses arrêts et à rendre plus difficile la généralisation des solutions qu'ils dégagent. Cet aspect s'accorde avec difficulté au rôle des cours suprêmes françaises dont la vocation et la raison d'être tendent à l'unification de l'application du droit en fixant des règles communes à des circonstances diverses.

À cet égard, l'historique de la motivation des condamnations pour crimes au cours des dernières années est tout à fait exemplaire. En 2009, la Cour de Strasbourg a rendu l'arrêt *Taxquet*¹⁴⁶, généralement interprété comme validant, en tant que motivation suffisante d'une condamnation pour crime, le système de la trame des questions posées à un jury, dès lors que cet enchaînement de questions permet de comprendre le sens du raisonnement qui conduit à une condamnation sans qu'il soit nécessaire de la motiver spécifiquement. Sur la base de cet arrêt, la même année, la chambre criminelle a à son tour validé le système français comme conforme à cette norme, par le célèbre arrêt *Voica*¹⁴⁷ qui a constitué le cœur de la jurisprudence criminelle des années 2010, 2011 et même encore 2012. La chambre criminelle aura quand même le scrupule en 2011 de renvoyer au Conseil constitutionnel le dispositif légal afin de s'assurer de sa constitutionnalité, mais celui-ci lui répondra en tenant un raisonnement comparable à celui de la Cour de Strasbourg en ce qui concerne les garanties offertes par le système des questions.

146 CEDH, Grande chambre, 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05.

147 Cass. Crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.480.



Toujours en 2011, la chambre criminelle s'est réunie en formation plénière pour apprécier si un sort particulier ne devait pas être réservé aux cours d'assises uniquement composées de magistrats, et si l'on ne devait pas exiger de ceux-ci qu'ils motivent les condamnations qu'ils prononcent. Forte des réponses reçues de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel, la chambre criminelle a finalement décidé d'appliquer le même régime de la trame de questions à toutes les cours d'assises avec ou sans jury.

C'est le législateur lui-même qui a pris l'initiative d'imposer, à partir de 2012, la motivation des arrêts des cours d'assises. On est tenté de dire "grand bien lui en a pris" car, en 2013, une série d'arrêts est venue tempérer le *quitus* que la Cour de Strasbourg paraissait avoir donné en 2009 au système de la trame des questions. Entrant elle-même dans le contrôle du contenu des questions dans chacun des cas qui lui étaient soumis, elle les a estimées insuffisantes dans certaines espèces pour permettre à l'accusé de comprendre sa condamnation, en particulier lorsqu'il a été acquitté par le premier degré de juridiction, ce qui rend nécessaire un effort d'explication supplémentaire (c'est le fameux arrêt *Agnelet*¹⁴⁸).

Avec ces arrêts, nous arrivons aux limites de l'exercice de mise en œuvre des exigences européennes par la Cour de cassation. Nous n'avons pas prévu ce tempérament de jurisprudence, et quand bien même nous l'aurions envisagé, il aurait été très difficile à la chambre criminelle d'organiser un contrôle de ce type sans infléchir son propre rôle, sauf à exiger une motivation complète des arrêts des cours d'assises au nom de la Convention EDH. Nous touchons aux difficultés posées par la prévisibilité du droit européen et sa mise en œuvre par des cours nationales enfermées fonctionnellement dans le cadre du contrôle limité permis par le pourvoi en cassation.

L'exemple très parlant des condamnations prononcées en matière criminelle n'est pas isolé. D'autres interrogations sur les orientations de la jurisprudence de Strasbourg nous exposent à adopter et diffuser des interprétations courant le risque de démentis ultérieurs. Par exemple, la définition que la Cour européenne donne de la notion de peine, et qui intéresse le problème du cumul des sanctions appliquées aux mêmes faits, demeure imprécise. Le champ de l'ingérence de l'autorité publique permise pour limiter la liberté d'expression au regard du principe de la présomption d'innocence, que la chambre criminelle considère comme un impératif d'intérêt public, demeure aussi très difficile à délimiter. La portée de certains arrêts récents très sensibles nous interpelle, comme l'arrêt *Vassis*¹⁴⁹, sur ce que doit être l'objet de la garde à vue. Est-ce une simple notification de charges préalablement réunies contre la personne appréhendée avant présentation à un juge, ou est-ce le temps d'investigation et de recherche des preuves ? Une interrogation est aussi soulevée avec l'arrêt *Abdelali*¹⁵⁰ concernant les droits de la personne poursuivie qui n'a pas comparu à l'instruction. En quoi ces droits diffèrent-ils éventuellement selon que la personne s'est ou non soustraite délibérément à

148 CEDH, Cinquième section, 10 janvier 2013, *Agnelet c. France*, n° 61198/08.

149 Cour EDH, cinquième section, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, n° 62736/09.

150 Cour EDH, cinquième section, 11 octobre 2012, *Abdelali c. France*, n° 43353/07.



la poursuite ? L'arrêt *Lagardère*¹⁵¹ nous interroge aussi quant à la possibilité pour le juge pénal de statuer sur l'action civile à l'encontre d'une personne qui n'a pas fait l'objet d'une condamnation pénale. Jusqu'où doit-on revoir les conditions auxquelles nous subordonnons traditionnellement cette possibilité ? Quelles sont les limites à poser à l'ingérence dans la vie privée de l'autorité publique ? Qu'est-ce qu'une ingérence nécessaire et proportionnée au but d'intérêt général poursuivi ?

Toutes ces interrogations sont en rapport avec l'exercice de la technique de cassation, qui repose sur l'énoncé d'un principe à vocation générale. On voit difficilement comment nos cours suprêmes peuvent remplir efficacement leur rôle de juge de la conventionnalité sans une démarche qui les amène à se saisir des textes de la Convention EDH pour en faire application selon une double voie, c'est-à-dire non seulement pour écarter de manière générale un texte interne contraire en son principe à la norme conventionnelle, mais aussi pour l'écarter de façon limitée dans une espèce donnée en considération des circonstances d'ensemble de cette espèce auxquelles le texte se révèle inadapté.

Nous sommes habitués à la première voie, que j'appellerai le contrôle de conventionnalité normatif. La chambre criminelle en a fait encore récemment application par ses arrêts « géolocalisation »¹⁵² où, au visa de l'article 8 de la Convention EDH sur la protection de la vie privée, elle a énoncé que cette nouvelle technique d'investigation constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge.

Mais la deuxième voie, qui consiste à opérer un contrôle de conventionnalité casuistique, vient d'être empruntée par la première chambre civile de notre Cour en nous ouvrant de toutes nouvelles perspectives. Dans un arrêt du 4 décembre 2013¹⁵³, la Cour a considéré, également au visa de l'article 8 de la Convention EDH, que l'article 161 du code civil autorisant l'annulation à la demande d'un ex-mari du mariage conclu entre son père et son ex-épouse, conduisait, dans le cas d'espèce où l'union avait duré plus de vingt ans sans opposition, à une ingérence injustifiée. Le texte de l'article 161 du code civil n'est pas inconventionnel en son principe mais il l'est dans ce cas particulier. L'ouverture offerte par cette démarche est considérable en matière pénale, notamment pour tout ce qui concerne le contrôle des sanctions, et au premier chef de la détention.

L'infléchissement de la jurisprudence de nos cours du normatif vers la casuistique est probablement le défi majeur que leur pose la place croissante occupée dans notre espace juridique par la Cour de Strasbourg, avec des incidences considérables en termes d'organisation judiciaire et de définition des recours. Cependant, l'interrogation ne concerne pas seulement nos cours suprêmes. L'interrogation en faveur d'une jurisprudence davantage normative, moins casuistique, une jurisprudence plus accessible à la prévision, est aussi posée à la Cour de Strasbourg. L'harmonie de l'ensemble qui reste à réaliser, est peut-être à mi-parcours des chemins qu'il nous reste à explorer les uns et les autres.

151 Cour EDH, Cinquième section, 12 avril 2012, *Lagardère c. France*, n° 18851/07.

152 Cass. Crim., 22 octobre 2013, n°13-81949 et n°13-81945.

153 Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, arrêt n° 1389, pourvoi n°12-26.066.



Voilà le propos que je voulais vous tenir pour lancer le débat qui s'ouvre, et sans vouloir embarrasser M. Guyomar, je lui dirais que j'ai cru deviner ce matin, dans les propos de M. le vice-président Sauvé, une possibilité de réponse qui serait peut-être plus aisée à apporter pour le Conseil d'État que pour la Cour de cassation, en ce sens que le Conseil d'État est saisi de recours plus divers, modulables selon le but poursuivi et selon la question posée, par rapport au recours uniforme qu'est le pourvoi en cassation que connaît notre juridiction.

Mattias Guyomar
Conseiller d'État

Effectivement, la palette des instruments institutionnels à la disposition du Conseil d'État lui permet de jouer sur plusieurs registres et peut-être offre davantage de souplesse pour recevoir plus directement, voire plus complètement, les exigences de la Convention européenne, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne. Il n'en reste pas moins que cela ne s'est pas fait d'une traite, et que la marche est encore à poursuivre, avec peut-être même un certain nombre d'étapes, sinon infranchissables, du moins difficiles à atteindre pour le juge national. J'y reviendrai dans un instant.

Lorsque j'ai commencé à réfléchir à la question de l'influence des jurisprudences de la Cour européenne sur le régime de la sanction administrative, la première chose qui m'est venue à l'esprit, c'est qu'elle était certainement aussi visible aujourd'hui qu'elle avait été tardive à se manifester. En regardant le cadre juridique qui pèse sur la sanction administrative, il faut bien remarquer que l'influence de la Convention européenne n'est ni première, ni même prépondérante aujourd'hui. Elle n'en est pas moins déterminante.

Elle n'est pas première, car les juridictions nationales n'ont pas attendu la Convention EDH pour encadrer le régime répressif, que ce soit celui de la sanction pénale ou celui de la sanction administrative. Doté des normes existantes en droit interne, le Conseil d'État a très vite encadré le pouvoir de sanction administrative. On peut penser aux droits de la défense, qui illustrent avec éclat la place prise par le juge pour encadrer l'économie générale de la répression administrative. Cette jurisprudence nationale est aussi marquée du timbre constitutionnel, puisque le Conseil constitutionnel a fait le choix en 1989¹⁵⁴ de consacrer le principe de la sanction administrative, tout en alignant son régime (dans une certaine mesure, mais une grande mesure tout de même) sur celui de la répression pénale.

Jurisprudences administrative et constitutionnelle ont donc concouru à ce que la définition du pouvoir de sanction et l'encadrement de son exercice soient tenus fermement par la main des juges nationaux. Pourtant, il y a matière à ce que nous parlions longuement de l'influence de la jurisprudence européenne. Il faut se demander quels relais a pu prendre la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Deux éléments expliquent la puissance de feu de la Convention EDH, telle qu'interprétée par son juge authentique.

154 CC, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*



Le premier élément est le caractère autonome des notions, notamment quant au volet civil et au volet pénal de l'article 6, qui a permis, au moyen des constructions prétoriennes de la Cour, à celle-ci de connaître de la sanction administrative au sens du droit interne, qu'il s'agisse de la jurisprudence *Öztürk* de 1984¹⁵⁵ ou *Jussila* de 2006¹⁵⁶. L'autonomie des notions, qui a entraîné l'application des exigences découlant de la Convention, là où une application littérale des règles et principes de droit interne n'aurait pas permis de franchir les mêmes étapes, est la première clé pour comprendre la puissance de feu de la Convention EDH, et ce d'autant plus que le juge administratif a fait sienne cette autonomie des notions.

La deuxième clé d'entrée pour saisir la force de frappe de la Convention, vous l'avez dit, M. le président, c'est que jusqu'à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, il s'agissait du levier privilégié pour permettre un contrôle de la loi. Ce contrôle de conventionnalité de la loi a permis non seulement de contrôler les sanctions individuelles, mais encore, à l'occasion de la vérification de leur légalité, de dégager des principes qui allaient au-delà du cas d'espèce, de remonter d'un cran et de contrôler le cadre tel que défini par le législateur pour l'exercice de ce pouvoir répressif. Il n'y avait que la Convention EDH, avec quelques autres normes pertinentes (je pense ici notamment au droit de l'Union), jusqu'à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, pour permettre au juge administratif ou judiciaire, à l'occasion d'un litige donné, de passer outre le cadre normatif posé par la loi, s'il semblait porter en lui-même des violations structurelles des exigences posées par la Convention EDH (c'est-à-dire que la règle dans son principe portait en germe la violation du droit). Ce n'est qu'avec le contrôle de conventionnalité de la loi que nous avons pu franchir ce cap.

Autonomie des notions, et contrôle de conventionnalité de la loi, voilà donc ce qui a permis à la Convention d'irriguer le prétoire, et qui explique aussi, du point de vue de la stratégie des justiciables, que les normes conventionnelles aient été de plus en plus souvent évoquées à l'appui de leur recours.

À l'intérieur de ce cadre, la Convention EDH n'a pas apporté dans notre droit interne de nouveaux droits, mais elle a profondément renouvelé le contenu de ceux qui existaient. Ce renouvellement est incontestablement un enrichissement. Effectivement, par des opérations de réception d'une jurisprudence par l'autre, il y a eu (je ne veux pas dire récupération, ni recyclage, car cela est connoté) circulation des normes juridiques, ou plutôt réappropriation par le juge national de ce qui était assigné comme contenu et comme niveau d'exigence par la Convention et son juge. Ce qui est frappant, c'est qu'aujourd'hui, la QPC permet au juge constitutionnel d'intervenir après l'entrée en vigueur de la loi, et que l'on note le même phénomène de réappropriation par le juge constitutionnel du contenu des droits tels qu'ils sont dégagés de la Convention européenne. Le phénomène de convergence des jurisprudences me semble manifester, au-delà du dialogue des juges, une véritable congruence matérielle, substantielle, qui s'explique par ce jeu d'échos, de ricochets et de réappropriations. Le juge administratif va irriguer

155 CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79.

156 CEDH, 23 novembre 2006, *Jussila c/ Finlande*, n° 73053/01.



ses propres principes généraux du droit, le juge constitutionnel va réinterpréter un certain nombre de dispositions de la Constitution à l'aune du standard qu'aura dégagé la Cour européenne à partir des articles de la Convention.

Pour illustrer ce propos, j'ai pris trois exemples. Le premier ne vous étonnera certainement pas car c'est le plus fréquemment mis en avant. Il s'agit de l'influence de l'article 6 sur le cadre procédural de la répression administrative, à ce point que l'on peut presque maintenant parler de cadre processuel, avec cette forme de paradoxe. La proportionnalité sera le deuxième exemple choisi, il n'est guère étonnant non plus. Enfin, pour aller au-delà des sentiers battus et ne pas toujours répéter la même chose, je dirai un mot de la prévisibilité de l'incrimination, qui me semble être quelque chose de plus récent, plus inédit, et peut-être appelé à davantage de développements.

S'agissant de l'article 6 et de ce qu'il véhicule d'exigences procédurales renouvelées, la Cour de cassation a été la première à les prendre en compte en 1999 avec l'arrêt *COB c/ Oury*¹⁵⁷. Elle a appliqué l'article 6 à une procédure purement administrative, devant la COB¹⁵⁸, et a transporté le respect d'un certain nombre d'exigences qui n'étaient posées que s'agissant du procès (procès équitable) à une procédure administrative de répression. On voit bien l'écho procédural donné au mécanisme d'alignement matériel dont je parlais tout à l'heure.

Le Conseil constitutionnel, en 1999, dit que la sanction administrative est possible dans la mesure où elle respecte les grands principes de fond qui régissent la répression pénale, à commencer par la légalité des délits et des peines¹⁵⁹. Il y a quelque chose qui s'apparente à un écho s'agissant du cadre procédural : la sanction administrative est possible si la procédure qui conduit à son édicton s'aligne sur l'exigence qui pèse sur une procédure juridictionnelle répressive. Ce double mécanisme d'alignement conduit d'ailleurs à ce que l'on puisse se demander *in fine* ce qu'il reste d'administratif dans la sanction administrative. Il est puissamment à l'œuvre à partir de 1998.

Il faut un an simplement pour que cette jurisprudence traverse la Seine, et avec l'arrêt *Didier*¹⁶⁰ l'assemblée du contentieux du Conseil d'État fait la même opération d'application dès le stade administratif de certaines exigences du procès équitable. Il faudra, là aussi, quelques tâtonnements ; la jurisprudence se fabrique par réitération, la question de l'applicabilité mettra un peu de temps à être stabilisée pour savoir dans quels cas l'on peut invoquer utilement la violation de l'article 6 devant une procédure administrative. On dégagera le critère de la nature de l'organisme en cause d'une part : il faut que ce soit un organisme collégial (une autorité administrative indépendante, pour être bref) ; et le critère de ses attributions d'autre part : il faut qu'elles relèvent du volet pénal de l'article 6 (avec la réappropriation dont je parlais tout à l'heure de la notion d'accusation en matière pénale ou au sens de la Convention européenne). Lorsque ces critères

157 Cass., Ass. Plén., 5 février 1999, *COB c/ Oury*, pourvoi n° 97-16.440, arrêt n° 436 P.

158 Commission des opérations de bourse, devenue Autorité des marchés financiers

159 CC, décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*.

160 CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. p. 399.



sont réunis, alors certaines exigences de l'article 6 doivent être respectées dès le stade du prononcé de la sanction administrative. L'arrêt *Parent* de 2006¹⁶¹ dressera un tableau très large en déclinant, sous forme de mode d'emploi, quelles sont les garanties qui doivent être respectées dès le stade de la sanction administrative : il s'agit de toutes celles figurant aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 6, hormis le droit à l'assistance gratuite d'un avocat, dans certains cas.

On voit bien à l'œuvre ce mécanisme de « processualisation » de la répression administrative. La CEDH va consacrer, dans une très large part, la jurisprudence du Conseil d'État. L'arrêt *Didier* donne lieu, le 27 août 2002, à une décision d'irrecevabilité de la Cour¹⁶², qui va confirmer, comme manifestement bien fondée (puisque la requête dirigée contre la France était manifestement mal fondée) la solution retenue s'agissant de la question de l'impartialité, qui se retrouve au cœur d'un grand nombre de litiges. En l'espèce, l'impartialité objective était en cause et la question était de savoir lesquelles des trois fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement (au sens de prononcé de la sanction) pouvaient être cumulées. Dans l'arrêt *Didier*, contrairement par ailleurs à ce qu'avait jugé la Cour de cassation dans l'arrêt *COB c/ Oury*, le Conseil d'État affirme que seules la poursuite, ou l'accusation, et la sanction, sont incompatibles entre elles. Dès lors que la fonction d'instruction, menée par le rapporteur, ne comprend aucun pouvoir de poursuite ni d'élargissement des griefs, elle est parfaitement compatible avec l'exercice de la fonction de sanction. Évidemment, c'était une prise de position qui provoquait le dialogue avec la Cour européenne, car il permettait, d'une certaine manière, de consacrer le mode de fonctionnement des autorités administratives indépendantes, telles qu'elles existaient à l'époque. Dans la décision de 2002, la Cour de Strasbourg confirme que cette grille de contrôle est la bonne.

Toute la jurisprudence qui suit, dans le prétoire du juge administratif, va contribuer à cadrer l'exercice de la répression administrative dans le moule institutionnel tel qu'il existe, mais en vérifiant dans chaque cas d'espèce que le cadre juridique (qui n'est pas vicié structurellement) n'a pas conduit à une méconnaissance du principe. Dans certains cas, le juge va relever des méconnaissances du principe d'impartialité, mais ce n'est jamais le désaveu du cadre juridique structurel. Dans le cadre du pouvoir de pleine juridiction dont est doté le juge administratif en la matière, il peut aller au plus fin et dire que ce n'est pas le régime répressif qui n'est pas conforme à la Convention EDH mais son application au cas d'espèce.

Tout cela va bien jusqu'à ce que l'on pourrait appeler le « feuilleton *Dubus* ». En 2003, s'agissant de la Commission bancaire, qui était une juridiction lorsqu'elle prononçait des sanctions (aucune difficulté n'était donc soulevée sur l'applicabilité de l'article 6, mais seulement une difficulté quant à son respect dans le cas d'espèce), le Conseil d'État avait cru pouvoir juger, en se plaçant dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, que le fonctionnement de la Commission bancaire n'avait pas permis de distinguer très clairement en droit les fonctions d'accusation et de jugement, puisqu'elles étaient réunies au sein de la même entité, mais qu'au sein de cette entité, le secrétaire général avait poursuivi et le

161 CE, 27 octobre 2006, *Parent et autres*, n° 276069, Rec. p. 454.

162 CEDH, 27 août 2002, *Didier c. France*, n° 58188/00.



collège avait puni. Il en avait déduit qu'il n'y avait pas de difficulté dans le cumul des fonctions. En juin 2009, la CEDH condamne la France en se séparant de la solution retenue par le Conseil d'État. Je voudrais m'attarder sur cet épisode pour montrer que ce n'est pas parce que le juge national s'approprie les cadres de la jurisprudence qu'il y a nécessairement toujours identité des solutions rendues. C'est aussi le caractère dynamique de la jurisprudence qui se manifeste de cette façon. La CEDH, dans l'arrêt *Dubus*¹⁶³, dit deux choses très importantes. D'abord, elle consacre à nouveau la jurisprudence *Didier*, qui n'avait fait l'objet que de la décision d'irrecevabilité de 2002 dont j'ai parlé tout à l'heure. Ainsi, la grille de contrôle sur le cumul des fonctions autorisées ou prohibées est consacrée par un arrêt de la Cour, avec une forme de stabilisation de la jurisprudence européenne.

Ensuite, l'arrêt *Dubus* traite de la question de l'autosaisine, évoquée tout à l'heure dans le propos d'Elisabeth Baraduc. Nous avons une jurisprudence qui n'était pas évidente, *Société Habib Bank Limited* de 2000¹⁶⁴, qui disait que rien ne prohibait en principe le fait, pour une autorité de répression administrative, de s'autosaisir (de « *se saisir de son propre mouvement* », comme l'exprime l'arrêt) et que notamment rien ne le prohibait par rapport à l'article 6. La Cour européenne, dans l'arrêt *Dubus*, confirme la faculté pour une autorité administrative de s'autosaisir, en disant que rien n'interdit en soi de le faire. En revanche, elle relève que, pour le cas d'espèce, les précautions requises dans l'exercice de cette autosaisine n'ont pas été suffisantes pour éviter qu'au moins en apparence le soupçon d'un préjugement puisse naître dans le chef de la personne sanctionnée. Il y a une consécration du cadre juridique de la jurisprudence et une infirmation en l'espèce.

Le second chef de condamnation de la France est plus connu : la Cour estime que la vérification de la manière dont se sont concrètement organisées les procédures ne suffit pas. La théorie des apparences a son prix : en droit il faut organiser les droits de manière plus visible, de manière à ce qu'il n'y ait pas impression de mélange ou de confusion des fonctions, qui pourrait révéler le risque d'un préjugement.

Il est très intéressant de voir qu'il y a une série de répliques jurisprudentielles dans notre ordre juridique de l'arrêt *Dubus* de la Cour de Strasbourg. D'abord, il y a des répliques dans la jurisprudence du Conseil d'État lui-même, qui ne va pas rester sourde à la prise de position de la Cour. Dans un premier temps, suivant les conclusions de ma collègue Béatrice Bourgeois-Machureau, le 9 novembre 2011 sur un arrêt *Benzoni*¹⁶⁵, le Conseil d'État tire les conséquences de la jurisprudence *Dubus* quant à l'Agence française de lutte contre le dopage, et censure la violation du principe d'impartialité à raison d'une confusion des fonctions du même type. Dans un autre arrêt du 22 décembre 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*¹⁶⁶, s'agissant cette fois-ci d'autorités de contrôle des assurances et des mutuelles, une pareille censure du Conseil d'État intervient, traduisant la complète réception de la jurisprudence et montrant, se faisant, l'absence complète de réticence mise par le juge administratif à faire siennes les solutions de la Cour européenne, y compris

163 CEDH, 11 juin 2009, *Dubus S.A c. France*, n° 5242/04.

164 CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122.

165 CE, 9 novembre 2011, *Benzoni*, n° 341658.

166 CE, 22 décembre 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612.

quand elles sont venues démentir ses appréciations. Il y a donc un loyal dialogue qui se traduit par la réappropriation de la jurisprudence de la Cour par le Conseil d'État.

Il est intéressant de voir qu'avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel va faire la même chose. Ainsi, il revisite le contenu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), et l'irrigue de la même exigence d'impartialité et d'indépendance, dans un premier temps, s'agissant des fonctions juridictionnelles, ce qui donnera lieu le 22 décembre 2011¹⁶⁷ à l'abrogation des dispositions législatives qui avaient prévu le cadre de fonctionnement de la Commission bancaire. La boucle est ainsi bouclée. Au plan interne, sous le timbre constitutionnel, on a la complète réappropriation des exigences que la Cour avait fait découler de la Convention.

Pour clore ce premier exemple, le Conseil constitutionnel poursuit cette entreprise d'enrichissement de l'article 16 et des exigences d'impartialité et d'indépendance qu'il y trouve avec la QPC du 12 octobre 2012¹⁶⁸ s'agissant de l'Autorité de la concurrence. Cette fois-ci, il va admettre la conformité à la Constitution de l'organisation interne de l'Autorité de la concurrence, en relevant que le rapporteur général est nommé par un arrêté du ministre et donc complètement indépendant de la structure qui sanctionne, c'est-à-dire du collège. Ce faisant, il passe de l'indépendance d'une impartialité propre à l'exercice des fonctions juridictionnelles, à l'indépendance d'une impartialité applicable à une procédure administrative répressive. Le tour est complètement joué : on a les mêmes exigences qui pèsent sur la procédure administrative que sur la procédure juridictionnelle. Il fera application de cette solution, mais cette fois-ci avec une censure, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) par la QPC du 5 juillet 2013¹⁶⁹. Il me semble très intéressant de voir comment la boucle se constitue autour de ce droit commun procédural, qui, il faut le reconnaître, a pour point de départ l'article 6 de la Convention EDH.

Je serai plus rapide sur la proportionnalité, et encore plus sur la prévisibilité.

Sur la proportionnalité, je voudrais dire deux choses. Tout d'abord, l'impact de la Convention européenne a joué à la fois sur le mode de contrôle du juge et sur le degré de contrôle. Sur le degré du contrôle, on peut rappeler l'arrêt *Dahan*¹⁷⁰ du 13 novembre 2013, qui, en Assemblée, a abandonné la jurisprudence *Lebon*¹⁷¹ et a consacré l'existence d'un contrôle normal sur la proportionnalité de la sanction infligée à un agent public¹⁷². Cette évolution de jurisprudence est comme le fruit mûr qui tombe après toutes les tentatives pour secouer l'arbre qui ont été menées

167 CC, décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*.

168 CC, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction).

169 CC, décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre* (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes).

170 CE, Ass, 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704, ccl. R. Keller.

171 CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon*, n° 05911.

172 CE, Ass., 13 novembre 2013, *M. B.*, n° 347704.



auparavant – et qui ont commencé par l'arrêt *Arfi* en 2007¹⁷³ et fait basculer dans le champ du contrôle normal les sanctions infligées à un professionnel exerçant dans le cadre d'une activité réglementée. Il y avait eu, pour les magistrats du parquet sanctionnés par le ministre de la justice, le passage au contrôle normal dans l'arrêt *Ponsard*¹⁷⁴ ; pour les conseillers de prud'hommes, le même passage à l'entier contrôle sur la proportionnalité de la sanction ; subsistait une petite poche pour l'agent public de droit commun, qui restait contrôlé sous le seul thème de l'erreur manifeste d'appréciation.

On peut évidemment faire du contrôle de proportionnalité dans le cadre du contrôle restreint, mais il s'exerce de manière plus complète quand le contrôle est entier, c'est-à-dire quand il s'agit du contrôle de la qualification juridique des faits. De ce point de vue, si l'influence de la jurisprudence européenne n'a pas été directe, elle est pourtant à l'œuvre. Évidemment, la jurisprudence *Vilho Eskelinen*¹⁷⁵ qui a fait entrer dans le champ de l'article 6§1 l'ensemble des litiges intéressant les agents publics était à l'esprit du juge administratif, de même que l'exigence d'un recours de pleine juridiction qui permet de réformer en fait comme en droit était à l'esprit du juge quand il s'est dit qu'il devait s'emparer de cette question pour remplir complètement de son droit le requérant.

Sur la nature du contrôle, il est très intéressant de se plonger un instant dans la casuistique des espèces soumises au juge. Le contrôle de proportionnalité est un contrôle du tact et de la mesure. De ce point de vue, il faut vérifier si l'atteinte à un droit est proportionnée aux motifs qui justifient l'atteinte à ce droit. L'arrêt *Provalor* du Conseil d'État¹⁷⁶ constitue très clairement l'écho de ce que la Cour avait fait, par exemple dans un arrêt de 2007 *Mamidakis c. Grèce*¹⁷⁷. Il s'agit de peser au trébuchet le montant d'une amende et donc l'atteinte aux biens de la personne sanctionnée, par rapport à la faute et à la gravité du manquement commis.

Dans la jurisprudence *Provalor* est affirmé que le juge de plein contentieux, dans le cadre du contrôle de proportionnalité qu'il effectue s'agissant du prononcé d'une amende par la commission de sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF), doit vérifier si cette sanction n'est pas disproportionnée au regard de la gravité et de la nature du manquement reproché, mais aussi de l'impact sur la situation personnelle de l'intéressé. Dans d'autres arrêts, comme l'arrêt *Edelweiss Gestion et autres* de 2011¹⁷⁸, on a poussé au plus près cette appréciation de l'impact de l'amende sur le patrimoine de la personne sanctionnée, pour estimer son caractère éventuellement excessif. Autant sur la nature du contrôle que sur la manière de l'exercer, je crois qu'il y a là une très nette influence des modes de contrôle qui sont exercés par la CEDH.

Quant à la prévisibilité, elle n'était pas évidente à faire respecter dans notre jurisprudence. Concernant la prévisibilité de l'incrimination, le juge était

173 CE, sect., 22 juin 2007, *Arfi*, n° 272650.

174 CE, 30 juin 2010, *Ponsard*, n° 325319.

175 CEDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235/00

176 CE, 27 juin 2007, *Provalor*, n° 276076.

177 CEDH, 11 janvier 2007, *Mamidakis c. Grèce*, n° 35533/04.

178 CE, 13 juillet 2011, *Société Edelweiss Gestion et autres*, n° 327980.

armé de l'article 8 de la DDHC, posant le principe de légalité des délits : il faut que l'incrimination soit clairement établie, avant d'en faire le fondement d'une sanction. Toutefois, la jurisprudence de la Cour, qui fait découler de l'article 7 de la Convention les mêmes exigences s'agissant du principe de légalité, était peut-être un peu plus exigeante encore.

On peut donner l'exemple de la jurisprudence nationale qui, dans le champ de la répression administrative, considérait que le principe de légalité était respecté dès lors qu'il était fait référence au manquement à des obligations préalables pesant sur les intéressés. En répression administrative, il n'y a donc pas besoin d'avoir une énumération des incriminations, mais seulement une incrimination générale : lorsqu'il y a manquement à un certain nombre d'obligations pesant sur l'individu, celui-ci est susceptible d'être sanctionné.

La jurisprudence de la Cour a admis que l'interprétation de ce qui est autorisé ou interdit puisse se faire de manière progressive, et que la jurisprudence puisse contribuer à préciser exactement ce qui est incriminé. Mais elle avait, notamment dans un arrêt *Pessino c. France*¹⁷⁹, précisé que, faute au moins d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l'article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l'égard d'un accusé. Elle a fait ainsi peser l'exigence de prévisibilité en l'incorporant au principe de légalité.

Dans un arrêt *Banque d'Orsay* de 2011¹⁸⁰, le Conseil d'État suit la Cour. Il affirme que la commission de sanction de l'AMF peut sanctionner des manquements à des règles professionnelles qui ne sont pas clairement édictées a priori, à la condition que la règle en cause soit suffisamment claire, de sorte qu'il apparaisse de façon raisonnablement prévisible, pour les professionnels concernés, qu'eu égard aux textes qui définissent leurs obligations, et à l'interprétation qui en a été donnée, le comportement litigieux constituait un manquement à ces obligations avant d'être sanctionné. Il y a donc véritablement un fil direct entre la jurisprudence *Pessino c. France* et cette jurisprudence *Banque d'Orsay*.

J'ai également relevé, dans une QPC du 21 septembre 2012, *Société Egilia*¹⁸¹, qui concerne les organismes de formation professionnelle continue, pareille revisite du principe de légalité des délits par le Conseil constitutionnel, qui y voit une obligation de définition de manière suffisamment précise des obligations pesant sur les personnes, de sorte que le manquement à ces obligations puisse être regardé comme une incrimination suffisamment clairement établie de manière préalable.

Qu'il s'agisse du cadre procédural, qu'il s'agisse de la proportionnalité ou de la prévisibilité – j'aurais pu parler également du principe de *non bis in idem*, de la rétroactivité *in mitius*, de tous ces grands principes qui encadrent désormais le prononcé des sanctions administratives, l'influence de la Convention EDH est donc déterminante. Elle se manifeste directement et indirectement.

179 CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, n° 40403/02.

180 CE, 18 février 2011, *Banque d'Orsay et autres*, n° 322786.

181 CC, décision n° 2012-273 QPC du 21 septembre 2012, *Société Egilia*.



Elle se manifeste directement, comme dans l'arrêt Dubus, en cas de condamnation de la France. Il faut en tirer toutes les conséquences, et les juridictions nationales n'ont pas aujourd'hui de réserves à ce faire. Elle est directe aussi parce que la jurisprudence reçoit spontanément les exigences qui découlent de la Convention, c'est-à-dire sans attendre une condamnation de la France pour ce faire. Les arrêts Oury et Didier précédemment évoqués en témoignent.

Cette influence est aussi indirecte, en passant par le renouvellement ou l'enrichissement du contenu de grandes règles et grands principes, de l'interprétation donnée à un certain nombre de dispositions, y compris de valeur constitutionnelle, appliqués de sorte qu'à la convergence des jurisprudences, correspond la coïncidence des droits qu'elles protègent. Ainsi, aujourd'hui, le cadre juridique de la sanction, qu'il s'agisse du cadre de fond ou du cadre procédural, se trouve appliqué de manière harmonieuse par toutes les juridictions nationales et européennes, à ce point que l'effet qui en découle, à savoir, l'alignement aussi bien substantiel que procédural de la sanction administrative sur la sanction pénale, cette construction d'un droit commun de la sanction, peut conduire à s'interroger sur le caractère administratif de la sanction. Reste-t-il quelque chose d'administratif dans cette sanction administrative, qui se voit appliquer les règles du procès équitable ou les grands principes qui régissent l'édition des sanctions pénales ?

Je dirais qu'il subsiste deux choses dans la répression administrative, ces deux choses étant à la fois irréductibles et indispensables. Il reste tout d'abord le critère organique : c'est une autorité administrative et non pas un juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, qui prononce la sanction. Cette autorité administrative peut se voir doter d'un arsenal de compétences en amont, de pouvoirs d'enquête, de pouvoirs d'instruction, éventuellement même de pouvoirs de réglementation, en contrepartie d'un contrôle. La seconde spécificité est le caractère exécutoire de la sanction. Elle est liée à ce critère organique. Les sanctions administratives sont des sanctions qui sont immédiatement exécutoires, et le recours n'est pas suspensif. Qu'il s'agisse de l'organe qui prononce la sanction ou du caractère exécutoire de la sanction, ce sont là les deux raisons d'être de la sanction administrative. Ces raisons ont leur utilité, mais celle-ci ne peut tenir que grâce à l'encadrement progressif et absolument harmonieux par les juges qui contribuent ensemble à la dégager du droit commun répressif.

Bertrand Louvel

*Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Modérateur*

Merci pour cet exposé très vivant, qui montre bien la mobilité, l'adaptabilité de la jurisprudence administrative aux exigences de la Convention EDH.



Je ne suis membre d'aucune juridiction, je ne représenterai donc aucune des deux juridictions qui ont été représentées avant moi. J'interviens ici comme universitaire, et, accessoirement, comme avocat, avec une spécialité qui est le droit fiscal. En matière fiscale, tous les développements qui viennent d'être faits par mes prédécesseurs à la tribune sont d'une particulière pertinence. Le droit fiscal et les sanctions fiscales constituent une sorte de laboratoire d'expérimentation de la jurisprudence en matière de sanctions administratives, comme en matière de sanctions pénales.

La matière fiscale est également très intéressante au regard du sujet qui nous concerne aujourd'hui, parce que l'on constate que les sanctions fiscales sont nombreuses. Il existe par ailleurs une tentation du législateur d'en augmenter le nombre et la sévérité, au point que le Conseil constitutionnel vient de censurer de nouvelles pénalités qui figuraient dans le projet de loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Les praticiens (les entreprises en particulier) diront qu'alors que l'administration fiscale, jusqu'à une époque récente, faisait preuve d'une certaine modération dans le prononcé des sanctions qu'elle a pourtant le droit d'infliger en vertu de la loi, cette modération a clairement diminué au cours des années récentes. Cette diminution tient à la tolérance moins grande à l'égard des manquements, y compris à des obligations que parfois les entreprises considèrent – à tort comme à raison – comme vénielles, car, les nécessités budgétaires faisant loi, l'administration applique plus rigoureusement les textes qu'elle ne le faisait il y a encore peu de temps.

Cette rigueur accrue, cette systématisme accrue dans le prononcé des sanctions administratives, fait naître un certain nombre de contentieux et d'interrogations sur le respect par l'administration, et par le législateur en amont, d'un certain nombre de principes fondamentaux protecteurs des droits du contribuable, et plus généralement, des droits de l'homme.

En parallèle, on assiste à une pénalisation du droit fiscal. Il suffit de se référer à la loi qui vient d'être votée le 6 décembre 2013, pour lutter contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière¹⁸², pour se convaincre du fait que la tolérance à la fraude fiscale et à toutes les infractions connexes à la fraude fiscale n'existe plus et que les sanctions pénales se renforcent assez sensiblement. Les sanctions prononcées en cas de fraude fiscale sont alourdies par la nouvelle loi. Une fraude fiscale aggravée a été créée par le législateur dans un certain nombre de circonstances. Il y a donc, manifestement, en matière fiscale, un développement du caractère pénalisant de notre droit et de la pratique administrative.

Dans un tel contexte, il est très intéressant de se demander comment s'opère le balancement entre, d'un côté, une pénalisation croissante – pénalisation au sens large –, et, de l'autre côté, le respect d'un certain nombre de droits fondamentaux.

182 Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.



Le constat que j'aimerais faire durant cette brève intervention est que nous sommes aujourd'hui dans une situation complexe qui vient du fait que les protections offertes aux contribuables sont très importantes. On a vu que la jurisprudence de la CEDH, de la Cour de cassation et du Conseil d'État a consisté à renforcer les droits fondamentaux des citoyens en général, et des contribuables, en particulier.

Nous avons constaté une homogénéisation des standards de protection, les sanctions administratives étant désormais soumises aux règles qui gouvernent les sanctions pénales, dans une large mesure. Tout cela est de nature à rassurer et à laisser penser que nous sommes dans une situation assez équilibrée, où l'intérêt de l'État et l'intérêt du contribuable se rencontrent et s'affrontent, mais dans une sorte d'équilibre bienfaisant. En réalité, je voudrais dire aujourd'hui que la situation est un peu plus complexe qu'il y paraît, et que l'on n'échappe pas à une sorte de malaise entre l'apparence – et d'ailleurs la réalité – d'un renforcement d'un droit des contribuables face à l'administration, et, de l'autre côté, la subsistance d'un certain nombre de situations dans lesquelles, selon moi, les droits fondamentaux ne sont pas suffisamment protégés.

Je voudrais donner un certain nombre d'illustrations de cette insuffisance de l'avancement du droit en la matière. Pour commencer par un bilan plutôt optimiste, je reprendrai la première idée que je viens d'énoncer, c'est-à-dire que l'évolution globale de la matière s'opère plutôt à l'avantage des droits des contribuables, mais au prix d'une sophistication juridique qui apparaît très considérable, et peut-être, dans certains cas, excessive. Elle peut même être à l'origine d'incertitudes et d'insécurité juridique.

Il y a aujourd'hui, je crois, un cas dans lequel le contribuable peut s'estimer protégé contre des sanctions illégales, inconstitutionnelles ou inconventionnelles : c'est celui dans lequel le contribuable se voit infliger une sanction qui n'a rien à voir avec le manquement dont il s'est rendu coupable. Par exemple, le Conseil constitutionnel, dans sa récente décision du 4 décembre¹⁸³, que j'ai déjà citée, a (fort justement à mon avis) censuré deux dispositions de la loi qui lui a été déférée, qui soumettaient les personnes morales qui avaient commis des infractions pénales, dans un cas, et celles qui avaient commis un manquement déclaratif, dans un autre cas, à des peines qui étaient proportionnelles au chiffre d'affaires réalisé par la personne morale. Le Conseil constitutionnel a considéré que le fait d'infliger, en l'occurrence, des peines proportionnelles au chiffre d'affaires, n'avait pas véritablement de sens et que cela constituait une violation du principe de proportionnalité des peines, qui est un principe de nature constitutionnelle. Ce raisonnement a été reproduit par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi de finances pour 2014.

Heureusement, nous avons un Conseil constitutionnel pour freiner l'ardeur du législateur. De ce point de vue-là, l'état du droit est satisfaisant, car, à supposer même que le législateur oublie certains principes de base, le Conseil constitutionnel est là pour les lui rappeler.

183 CC, décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.



Il y a d'autres cas dans lesquels la sophistication extraordinaire des sources du droit et des principes gouvernant la sanction est à l'origine d'incertitudes très importantes. Soit le cas d'une entreprise qui omet de déclarer, à l'occasion d'un exercice, qu'elle a versé des dividendes ou des intérêts à certaines personnes. C'est une omission déclarative certes, mais ce n'est pas une omission d'une gravité exceptionnelle, car il se peut, par ailleurs, que cette entreprise fasse sa déclaration de résultats de façon tout à fait conforme à la loi et divulgue ainsi les informations qu'elle avait omis de faire figurer dans le formulaire qu'elle était censée remplir par ailleurs. De plus, dans l'hypothèse où les intérêts ou dividendes qu'elle aurait versés auraient été versés à des personnes non-résidentes, cette entreprise devrait, de toute façon, faire une autre déclaration qui a exactement le même objet et qui permet de prélever la retenue à la source sur les flux à destination de personnes non-résidentes. Ce manquement déclaratif est certes contraire à la loi, mais il n'est pas non plus d'une importance pratique considérable, et, en particulier, il ne fait perdre aucune recette fiscale à l'État. Or, à l'heure actuelle, nous avons dans le Code général des impôts divers articles, qui, à titre divers, prévoient des sanctions administratives qui s'élèvent à 50% du montant des sommes qui n'ont pas été déclarées. Vous percevez bien que, lorsque c'est une multinationale qui a omis de déclarer un million, cela fait 500 000 euros et ce n'est rien à l'échelle d'une entreprise multinationale, mais à l'échelle d'une entreprise de taille beaucoup plus petite, cette omission peut se traduire par une atteinte beaucoup plus substantielle à son patrimoine ; la proportionnalité de l'atteinte infligée aux biens est donc plus discutable.

On a souvent tenté de soumettre au Conseil constitutionnel ou au Conseil d'État la question de savoir si ces pénalités pouvaient être contestées, en tant qu'elles violeraient un principe supérieur qui s'imposerait au législateur français. Il est intéressant de voir qu'à l'heure actuelle, on ne sait pas exactement comment réfléchir. On sait que les différentes juridictions qui se sont prononcées sur ces questions ont des approches très différentes, et ces approches conduisent, selon celles que l'on privilégie, à des réponses opposées. Le Conseil constitutionnel considère, de son côté, que l'appréciation du caractère excessif d'une pénalité n'est pas de son ressort à moins que le législateur ait commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'intensité de la pénalité qu'il inflige. Il existe plusieurs décisions du Conseil constitutionnel qui reposent sur l'idée que ces sanctions, en particulier la sanction de 50% dont je viens de parler, ne heurtent pas de principe constitutionnel, et, en particulier, ne heurtent pas le principe de la proportionnalité des peines. C'est tout à fait intéressant et cela s'explique par le fait que le Conseil constitutionnel estime ne pas avoir un pouvoir d'appréciation de même nature et de même étendue que celui que possède le législateur. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel se livre à une analyse *in abstracto* de la sanction et constate que cette sanction est destinée à éviter que certaines entreprises ne réalisent des opérations dont le caractère frauduleux serait avéré, donc il considère qu'il n'y a pas de difficultés à cet égard.

De l'autre côté, la CEDH a une approche beaucoup plus pragmatique de la situation, beaucoup plus concrète, plus orientée vers un examen de la situation



d'espèce. La CEDH se demande si, au cas qui lui est soumis, les sanctions qui sont infligées présentent un caractère proportionné. L'arrêt *Mamidakis* de la CEDH¹⁸⁴ du 11 janvier 2007 énonce ainsi que « *l'obligation financière née du paiement d'une amende peut léser la garantie consacrée par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne, si elle impose à la personne en cause, une charge excessive ou porte fondamentalement atteinte à sa situation financière* ».

Si l'on confronte la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la CEDH, on peut aboutir à la conclusion qu'une sanction constitutionnellement valable peut se révéler non conforme à la Convention EDH, en ce que, dans un cas particulier, elle aboutirait à léser une garantie fondamentale qui est la garantie du droit de propriété. Or, à l'heure actuelle, en droit français, il n'existe pas de moyen de faire reconnaître qu'une sanction qui est conforme à la Constitution aboutit à un résultat que condamne la Convention EDH.

Si le juge se prononce de façon générale et abstraite sur la compatibilité entre la règle considérée et la Convention EDH, il tiendra vraisemblablement le même raisonnement que le Conseil constitutionnel, mais le juge, sous réserve de cet arrêt et des prolongements qu'il pourrait avoir, ne se livre que rarement à cette analyse in concreto de l'effet, au regard de la Convention EDH, d'une disposition qui, abstraitement, ne lui est pas contraire.

Or, ce décalage qui existe entre l'approche abstraite de la proportionnalité de la sanction et l'approche concrète, produit en pratique toute une série de conséquences tout à fait indésirables. Que fait une entreprise qui subit cette pénalité de 50% et qui estime que cette pénalité est manifestement excessive ? Elle peut tenter d'obtenir de l'administration qu'elle la dégrève ; elle est alors liée au bon vouloir de l'administration. Elle peut tenter d'obtenir que l'administration conclue avec elle une transaction puisqu'il est loisible à l'administration de transiger sur leur montant, mais la décision est dans les mains de l'administration. Est-ce que l'entreprise pourrait alors se tourner vers le juge, lui demandant de moduler, de modérer la sanction qui résulte d'une application stricte de la loi ? En l'état actuel des choses, c'est extrêmement difficile puisque le Conseil d'État considère que le juge administratif n'a pas le pouvoir de moduler les sanctions qui ont été infligées par l'administration. Sa position a été confirmée par la CEDH dans un arrêt *Segame* du 7 juin 2012¹⁸⁵ qui laisse encore subsister un certain nombre d'ambiguïtés, mais qui néanmoins, sur le principe, ne livre pas beaucoup de place à l'interprétation. Ainsi, bien qu'il existe un principe général et abstrait selon lequel les peines doivent être proportionnées à la gravité de l'infraction commise, il existe en pratique un certain nombre de situations où il n'existe pas de remèdes juridiques permettant à un contribuable de faire véritablement cesser une atteinte disproportionnée à ses biens.

Un motif de complexité supplémentaire vient du fait que nous assistons, à l'heure actuelle, à l'entrée d'un nouvel acteur potentiel dans le monde du contrôle des sanctions : la Cour de justice de l'Union européenne. Nous n'en avons pas parlé

184 CEDH, 11 janvier 2007, *Mamidakis c. Grèce*, n° 35533/04.

185 CEDH, 7 juin 2012, *Segame SA c. France*, n° 4837/06.



jusqu'à présent mais je crois que c'est un mouvement qu'il faut absolument signaler, car vous n'ignorez pas qu'il existe désormais dans notre corpus communautaire une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et que cette Charte contient un certain nombre de dispositions qui intéressent le droit répressif. Il y en a une, par exemple, qui prévoit que nul ne peut être poursuivi deux fois à raison des mêmes faits : c'est la règle *non bis in idem* sur laquelle je vais revenir dans un instant.

Ce qui m'intéresse à ce stade est d'insister sur le fait que cette Charte des droits fondamentaux a un champ d'application très vaste. Certes, elle ne s'applique théoriquement que pour les actes qui rentrent dans le champ de compétences de l'Union européenne : c'est ce que formule très exactement la Charte à l'article 51, qui prévoit que les dispositions de la Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi qu'aux États membres, uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Cela exclut, par conséquent, la mise en œuvre d'un droit national détaché du droit de l'Union. Toutefois, il résulte clairement d'un arrêt de la grande chambre de la CJUE du 26 février 2013, l'arrêt *Aklagaren c/ Fransson*¹⁸⁶, que le droit de l'Union s'entend largement.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un pêcheur suédois qui n'avait pas respecté certaines obligations qui lui incombaient en vertu de la loi suédoise sur la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et avait fait l'objet de sanctions pénales qui étaient prises en application de la directive communautaire sur la TVA. Le droit pénal était bien du droit suédois, mais c'était un droit pénal suédois destiné à rendre effectives les prescriptions de la directive communautaire sur la TVA. Le juge communautaire a estimé que le droit pénal, tout suédois qu'il fût, devait néanmoins être rattaché pour les besoins de l'application de la Charte au droit de l'Union européenne, de sorte que le droit pénal suédois s'est en quelque sorte trouvé attiré dans l'orbite de l'applicabilité de la Charte. Si toutes les dispositions pénales que nous connaissons en France deviennent *ipso facto* du droit de l'Union européenne au seul motif que ces dispositions peuvent être appliquées pour faire respecter une directive, un règlement ou un autre principe de droit de l'Union européenne, le champ d'application de la Charte s'en trouve considérablement étendu.

Deux points pour évoquer des perspectives d'amélioration de notre droit. Je me contenterai de les citer sous forme de propos d'humeur.

Premier point : à l'heure actuelle, le Conseil constitutionnel considère que le cumul d'une sanction fiscale et d'une sanction pénale ne souffre pas, en principe, la critique. C'est une décision tout à fait claire du Conseil constitutionnel de 1997¹⁸⁷ qui estime que le principe de proportionnalité implique seulement que le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Il me semble que cette position peut être aujourd'hui critiquée à plusieurs égards. Tout d'abord, cette position apparaît contraire à la jurisprudence de la CEDH, et en particulier d'un arrêt *Ruotsalainen c/ Finlande*

186 CJUE, Grande chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Fransson*, n°C-617/10.

187 CC, décision n° 97-395 du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*.



du 16 juin 2009¹⁸⁸, d'où il ressort que lorsque deux sanctions s'appliquent à un même contribuable à raison de faits strictement identiques, ce cumul est contraire à l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention EDH. Ceux qui connaissent bien le problème parmi vous m'objecteront que ce protocole n'a pas été ratifié par la France, mais j'ai des arguments en réserve pour tenter de vous démontrer, qu'en toute hypothèse, cette objection peut être surmontée à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour. Par ailleurs, l'arrêt *Aklagaren c/ Fransson* dont j'ai parlé tout à l'heure, contrairement à une opinion qui semble reçue chez un certain nombre de commentateurs, ne me paraît pas valider purement et simplement le cumul entre sanction administrative et sanction pénale puisque la CJUE précise elle-même que le cumul n'est possible qu'à la condition que les deux sanctions n'aient pas la même nature, ce qui laisse entière la question de savoir si une sanction administrative pourrait néanmoins présenter un caractère répressif. Il me semble donc que sur cette question du cumul, nous avons encore potentiellement des progrès à faire même si, bien sûr, une décision ou un arrêt de la CEDH ne peut pas constituer en droit pur une raison pour le Conseil constitutionnel de revenir sur sa jurisprudence, même au moyen d'un changement de circonstances qui pourrait faire l'objet d'une QPC.

Ensuite, il me semble que nous ne pouvons plus accepter, à l'heure actuelle, un système qui permet au juge répressif de condamner un contribuable pour fraude fiscale, alors que le juge fiscal aurait considéré que ce contribuable s'est acquitté de son devoir fiscal à l'égard de l'État. Certes, les procédures sont indépendantes ; certes, en principe, elles n'ont pas le même objet ni le même but ; certes, les décisions du juge fiscal n'ont pas autorité sur celles du juge pénal, mais vous concevrez peut-être avec moi qu'il y a quelque chose de profondément inique dans le fait qu'un contribuable qui n'a rien à se reprocher puisse faire l'objet d'une condamnation pénale au motif que le juge pénal a une approche différente de celle du juge fiscal. Il me semble que, pour rattacher ceci à un principe constitutionnel, il y a là un problème d'atteinte au principe de nécessité des peines, et donc à l'article 8 de la DDHC.

Pour conclure, nous vivons comme vous le constatez dans un droit d'une très grande sophistication : ses sources se multiplient, se superposent et parfois se contredisent. Souhaitons que cette sophistication s'opère au service d'un équilibre entre protection de l'État et protection des contribuables et qu'elle n'aboutisse pas, par un curieux paradoxe, à laisser méconnus certains droits fondamentaux.

188 CEDH, 16 juin 2009, *Ruotsalainen c. Finlande*, n° 13079/03.



Échanges avec la salle

Jean Massot

Je suis déjà intervenu ce matin, mais c'est à tout autre titre que j'aimerais intervenir cet après-midi, en tant que membre de deux autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), en matière de réutilisation.

Je voudrais ajouter à la conclusion de Mattias Guyomar une troisième différence qui me paraît essentielle entre les sanctions administratives et les sanctions pénales : c'est l'absence de constitution de partie civile. En matière de sanction administrative, au moins pour les deux autorités administratives que je viens de mentionner, le plaignant n'a pas ensuite voix au chapitre devant le juge qui contrôle les sanctions infligées.

Bertrand Louvel

C'est donc un déficit de sanction pénale qui permettrait, devant le juge judiciaire, de se constituer partie civile.

Mattias Guyomar

Je suis très sensible à cet ajout à la grille de ce qui reste irréductiblement administratif. Je pense qu'effectivement, dans l'idée même du régime de répression administrative, il n'y a pas de place pour la victime au sens pénal du terme. Y a-t-il une place pour le poursuivant et cette place est-elle en train de changer de nature ? Je vais ajouter à nos débats une piste de réflexion : j'ai évoqué tout à l'heure le dédoublement fonctionnel d'un certain nombre d'autorités de répression. Ce dédoublement fonctionnel s'est parfois traduit par des divisions organiques, l'Autorité des marchés financiers (AMF) en est l'emblème en France.

Quand le législateur donne le droit au président de l'AMF, qui a engagé des poursuites, de saisir d'un recours contre la sanction prononcée par la commission des sanctions de son autorité au motif qu'elle est trop peu lourde, je pense qu'on est en train de changer de modèle.



Quatrième table ronde

Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge

La quatrième table ronde abordera le thème des contrôles de la sanction par les juges. Elle traitera en particulier du contrôle du prononcé et de l'exécution de la sanction, de la modulation de l'intensité de ces contrôles et de l'efficacité de la sanction. Elle évoquera également la possibilité pour les juges de redéfinir la sanction prise par eux-mêmes ou par d'autres.

Sommaire

Présentation des intervenants	133
Éléments de réflexion sur le thème de la troisième table ronde	135
Actes.....	137





Présentation des intervenants

(Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date du colloque)

Modérateur

Marie-France Mazars

Doyenne de la Cour de cassation honoraire

Licenciée en droit de l'université de Dijon, Marie-France Mazars est également titulaire d'un diplôme d'études supérieures de sciences criminelles. Juge d'instruction en juillet 1971 à la sortie de l'École nationale de la magistrature puis affectée à diverses fonctions de juge dans des tribunaux, Mme Mazars est ensuite nommée conseillère en 1986 et présidente de chambre à la cour d'appel de Versailles en 1993. Promue à la Cour de cassation en 1998, conseillère à la chambre criminelle durant cinq années, elle est nommée membre de la chambre sociale à compter de 2003. Doyenne de la chambre sociale en 2007, elle devient doyenne de la Cour de cassation de 2010 à mai 2012. Par ailleurs, Marie-France Mazars a été membre du Tribunal des conflits de janvier 1999 à janvier 2008 et vice-présidente de ce Tribunal de janvier 2005 à janvier 2008.

Intervenants

Béatrice Bourgeois-Machureau,

Rapporteur public au Conseil d'État

Agrégée de lettres modernes, Béatrice Bourgeois-Machureau est également diplômée de l'École normale supérieure de la rue d'Ulm, de l'Institut d'études politiques de Paris et ancienne élève de l'École nationale d'administration (promotion Nelson Mandela, 2001). Affectée à la section du contentieux, jusqu'en 2007, elle exerce également ses fonctions à la section de l'intérieur de 2004, année de sa nomination comme maître des requêtes, à 2007. Elle devient ensuite responsable du centre de documentation du Conseil d'État de 2007 à 2008. En 2008, elle est nommée rapporteur public à la 2^e sous-section de la section du contentieux tout en étant également affectée à la section du rapport et des études depuis 2012.

Didier Guérin,

Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Licencié en droit, Didier Guérin est titulaire d'un diplôme d'études supérieures de droit privé. Entré à l'École nationale de la magistrature en 1975, il devient juge des enfants au tribunal de grande instance de Reims en 1977. Magistrat au bureau de l'action publique de la direction des affaires criminelles du ministère de la justice en 1979, Didier Guérin exercera en tant que magistrat à la sous-direction de la législation criminelle, chargé du secrétariat de la commission de révision du code pénal, direction des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice de 1981 à avril 1983. Il exercera ensuite successivement au sein du ministère de la justice les fonctions de chef du bureau du milieu ouvert, direction de l'administration pénitentiaire, de chef du bureau de la législation pénale économique et financière, direction des affaires criminelles et des grâces (1987), de chef du bureau de la législation pénale générale, chargé des réformes du code pénal et du code de procédure pénale, direction des affaires criminelles et des grâces (1992), de sous-directeur de la législation criminelle, direction des affaires criminelles et des grâces (1993), de sous-directeur du droit pénal général et de l'entraide répressive internationale, direction des affaires criminelles et des grâces (1995). En janvier 2000, Didier Guérin est nommé président de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Versailles avant de devenir président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles en janvier 2001. Il est actuellement, et depuis janvier 2007, conseiller à la Cour de cassation, affecté à la chambre criminelle.

Françoise Tulkens

Ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, membre associée de l'Académie royale de Belgique

Docteur en droit, licenciée en criminologie et agrégée de l'enseignement supérieur, Françoise Tulkens a été professeur à l'université de Louvain (Belgique) et a enseigné, tant en Belgique qu'à l'étranger, le droit pénal général et spécial, le droit pénal comparé et européen, le droit de la protection de la jeunesse ainsi que les systèmes de protection des droits de l'homme. Juge à la Cour européenne des droits de l'homme de novembre 1998 à septembre 2012, elle a assumé les fonctions de présidente de section à partir de janvier 2007 et de vice-présidente de la Cour à compter de février 2011. Depuis 2011, elle est membre associé de l'Académie royale de Belgique (Classe technologie et société). Elle est actuellement présidente du conseil d'administration de la Fondation Roi Baudouin. En septembre 2012, elle a été nommée membre du Groupe consultatif sur les droits de l'homme au Kosovo (*Human Rights Advisory Panel in Kosovo*). Depuis juin 2013, elle est membre du comité scientifique de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Françoise Tulkens est l'auteur de nombreuses publications dans le domaine des droits de l'homme et du droit pénal ainsi que de deux ouvrages de référence : *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques* (avec M. Van de Kerchove), 9e éd., 2010, et *Droit de la jeunesse. Aide, assistance et protection* (avec T. Moreau), 2000. Elle est docteur *honoris causa* des universités de Genève, Limoges, Ottawa et Gand.



Éléments de réflexion sur le thème de la quatrième table ronde

S'il est un domaine où, au fil du temps, la nature et les modalités du contrôle exercé par les différents juges ont évolué, c'est bien celui des sanctions.

Cette évolution est bien entendu liée à celle qu'a connue la matière elle-même : les champs d'intervention des sanctions se sont élargis, leurs auteurs se sont multipliés, leurs formes se sont diversifiées. Et les différents juges ont dû s'adapter à ces transformations en précisant progressivement, voire en renouvelant, leurs approches.

Le contrôle exercé par les juges est devenu de plus en plus exigeant, que ce soit dans son intensité ou dans son étendue.

Désormais, on attend des juges non seulement qu'ils se prononcent sur la nécessité et la proportionnalité de la sanction qui est contestée devant eux, mais aussi qu'ils évaluent l'ensemble des conditions procédurales dans lesquelles elle a été prononcée pour garantir que celles-ci aient, en tous points, été respectueuses des droits de la personne poursuivie. On leur demande de surcroît d'intervenir également au stade de l'exécution de la sanction afin d'assurer son effectivité.

Bien entendu, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle déterminant dans cette évolution. Le juge constitutionnel a également fait preuve, notamment sur les aspects procéduraux, d'une rigueur particulièrement grande. Mais, de façon générale, tous les juges ont progressivement affiné voire bouleversé leurs grilles usuelles de contrôle afin d'appréhender au mieux le caractère extrêmement protéiforme de la matière et d'assurer le respect des garanties qui s'y attachent.

La quatrième et dernière table ronde tentera ainsi, toujours à partir de la confrontation des différentes approches, de définir les principaux traits de cette évolution et de déterminer les caractéristiques majeures des différentes formes du contrôle juridictionnel exercé aujourd'hui sur les sanctions.

Elle s'intéressera, dans un premier temps, aux principes cardinaux à l'aune desquels s'exerce ce contrôle. Qu'il s'agisse des exigences procédurales qui s'imposent à l'ensemble des autorités dotées de pouvoirs de sanction, telles que le caractère contradictoire de la procédure ou le respect des droits de la défense, ou encore des exigences formelles qui s'appliquent aux décisions elles-mêmes, notamment en termes de motivation, le contrôle du respect de ces principes est au cœur du rôle que les juges sont appelés à jouer en la matière.



Sera ensuite abordée la question de l'intensité du contrôle. Cette question est *a priori* loin d'appeler des réponses toujours convergentes, selon les juges et selon les types de sanction envisagés. Autant sur les aspects procéduraux et formels, une certaine homogénéité paraît susceptible d'être dégagée, autant sur la nature du contrôle exercé, qui touche à la définition de l'office même du juge, la confrontation des analyses et des pratiques pourrait révéler la coexistence d'approches parfois différentes. Comment celles-ci s'expliquent-elles ? Comment se justifient-elles ? Comment peuvent-elles être perçues ?

Enfin, dans un troisième temps, cette table ronde examinera la question du rôle qu'est susceptible de jouer le juge dans le contrôle de l'efficacité de la sanction. L'acuité d'une telle question est réelle, face aux difficultés, voire aux impossibilités, parfois rencontrées pour la mise en œuvre des sanctions infligées. La place que peuvent occuper les différents juges en la matière n'est pas forcément facile à définir et appelle sans doute, là encore, un renouvellement des approches traditionnelles.



Marie-France Mazars

*Doyen honoraire de la Cour de cassation,
Modératrice*

« *Tout est dit et l'on vient trop tard* »¹⁸⁹. Ensemble, tous les quatre, nous allons tenter de contredire cette formule célèbre. Nous allons aborder le sujet des contrôles de la sanction par les juges.

Pour introduire nos débats, il est intéressant de rappeler une jurisprudence que je qualifierais d'historique, un arrêt très ancien et célèbre de la chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 1866¹⁹⁰, dit « l'arrêt des sabots ». Les faits : en 1863, les patrons d'une fabrique de tapis à Aubusson ont fait afficher à la porte des ateliers un règlement faisant défense aux ouvriers d'y entrer avec leurs sabots. Une ouvrière qui a contrevenu à cette interdiction s'est vue infliger une amende de dix francs, retenue sur son compte. Elle a formé un recours devant le conseil de prud'hommes – qui existait déjà, donc devant le juge du contrat de travail, qui a réduit l'amende à 50 centimes.

La motivation du conseil de prud'hommes retient les principes suivants :

- le patron avait bien le droit de fixer par « un règlement de police intérieur » les conditions de travail de ses ateliers et d'imposer des « clauses pénales », puisque l'on était en matière de contrat,
- le patron est tout-puissant, puisqu'il élabore seul et sans contrôle ce règlement, l'ouvrier ne pouvant que l'accepter,
- cependant, le juge doit protection aux employés, il peut modifier la peine si elle est excessive,
- en l'espèce, l'amende est exagérée puisqu'elle représente la moitié du salaire mensuel de l'ouvrière.

Voici une décision, qui, quant au contrôle des juges sur la sanction, me paraît empreinte de bon sens. Mais la Cour de cassation a cassé ce jugement, en considérant qu'en se prononçant ainsi, le conseil de prud'hommes avait violé les règles du droit des contrats. En effet, le règlement d'atelier est qualifié de contrat et le juge ne peut réduire la clause pénale si l'obligation n'a pas été exécutée. Cette solution obsolète de l'arrêt de la Cour de cassation ne nous intéresse pas aujourd'hui : c'est la décision du juge de prud'hommes qui éclaire notre débat. Il exerce un contrôle lourd sur la sanction prononcée par l'employeur, qui intéresse le débat de notre table ronde. Quel contrôle le juge exerce-t-il ? Le conseil de prud'hommes d'Aubusson n'a-t-il pas exercé un contrôle de légalité, puis un contrôle de proportionnalité ?

189 J. de La Bruyère, *Les Caractères ou les Mœurs de ce siècle*, 1688.

190 Cass. Civ., 14 février 1866, Bull. civ. n° 34 ; D 1866, I, p 84 ; S.1866, 1, 194.

L'évolution du droit sur les questions posées par « le règlement d'atelier » – on parlerait aujourd'hui de « règlement intérieur », désormais qualifié d'acte réglementaire de droit privé¹⁹¹ par la jurisprudence de la chambre sociale, a été lente. On notera à cet égard que l'interdiction des sanctions pécuniaires a été édictée par la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Cette interdiction est assortie d'une incrimination pénale (L. 1334-1 du code du travail). Une loi du 4 août 1982¹⁹², synthétisant les avancées jurisprudentielles en la matière, a ensuite encadré le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Le règlement intérieur fait aujourd'hui l'objet d'un contrôle par l'inspecteur du travail, et, soumis à ce contrôle, pourra être examiné par deux juges différents. Ainsi, le juge administratif pourra contrôler ce règlement dans le cadre du recours contre la décision de l'inspecteur du travail¹⁹³. Le règlement intérieur est aussi contrôlé par le juge judiciaire lorsqu'il y a un manquement, une infraction au règlement intérieur, et que le juge judiciaire est ainsi amené à examiner le règlement d'entreprise.

Je vais faire un grand saut dans la jurisprudence, en évoquant une décision récente du Conseil d'État, *Ministre du travail c/ Société Caterpillar* du 12 novembre 2012¹⁹⁴, qui s'inscrit dans la ligne de l'arrêt *Peintures Corona* du 1^{er} février 1980¹⁹⁵. Il y est jugé que ne commet pas d'erreur de droit la cour administrative d'appel qui juge, eu égard à la disposition de l'article R. 4228-20 du code du travail qui n'autorise sur le lieu du travail « aucune boisson alcoolisée autre que le vin, la bière, le cidre et le poiré », qu'un employeur ne pouvait légalement interdire par principe l'introduction d'alcool dans l'entreprise, mais devait faire reposer une telle interdiction dans le règlement intérieur sur la nature de la tâche à accomplir et ce, de manière proportionnée. La juridiction pratique un contrôle approfondi du règlement intérieur. Mais pourquoi, depuis le XIX^e siècle, une telle importance du contrôle du juge sur le règlement intérieur imposé par l'employeur ?

Selon le code du travail, en ses articles L. 1311-1 et L. 1311-2, L. 1321-1, 3^o, le règlement intérieur, obligatoire dans les entreprises de plus de vingt salariés et plus, « fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. » Ne s'agit-il pas de la transposition du principe de droit pénal de la légalité des délits et les peines ?

La jurisprudence du Conseil d'État et de la chambre sociale de la Cour de cassation s'inspire du principe de légalité des délits et des peines dans son application et son interprétation des dispositions légales. Dans une décision récente¹⁹⁶, la Cour

191 Cass. Soc., 25 septembre 1991, *Société Unigrains*, n° 87-41.176, Bull 1991, V, n° 387 ; Droit social 1992, 24 note J. Savatier.

192 Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi Auroux.

193 G. Bachelier, « Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises », *Droit social*, n°12, 1988, p. 785-795.

194 CE, 12 novembre 2012, *Ministre du travail c/ Société Caterpillar*, n° 349365, mentionné aux tables du recueil Lebon.

195 CE, 1^{er} février 1980, *Peintures Corona*, n°06361, rec. ; M. Bacquet commissaire du gouvernement.

196 Cass. Soc., 26 octobre 2010, n° 09-42.740, Bull. 2010, V, n° 243.



de cassation a rappelé qu'une sanction ne pouvait être prononcée que si elle était prévue par le règlement intérieur, se prononçant ainsi dans le même sens que le Conseil d'État, qui avait jugé par un arrêt du 21 septembre 1990¹⁹⁷ qu'une mise à pied prévue par le règlement intérieur n'était licite que si ce règlement précisait sa durée maximale. Cependant la transposition du principe n'est pas totale puisque la loi n'impose pas que le règlement intérieur énumère, comme des incriminations, les fautes disciplinaires.

Sur la base de la loi Auroux de 1982¹⁹⁸, les réformes législatives et la jurisprudence ont construit un droit disciplinaire¹⁹⁹ dans lequel on retrouve des notions empruntées au droit pénal. En voici quelques exemples :

- la règle de prescription : « *aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à des poursuites pénales* » (article L. 1332-4 du code du travail) ;

- l'individualisation de la peine, l'employeur ayant la faculté, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, de prononcer des sanctions différentes contre des salariés ayant participé aux mêmes faits fautifs, ou commis des fautes analogues²⁰⁰ ;

- l'interdiction du cumul des sanctions²⁰¹, prohibition résultant de la jurisprudence de la chambre sociale qui n'évoque pas la règle *non bis in idem* mais énonce qu'en « *prononçant une sanction contre l'auteur d'un fait, l'employeur épuise son pouvoir de sanctionner* » ;

- la récidive, la persistance du comportement fautif, s'agissant de faits identiques ou de même nature, justifiant une sanction plus sévère pour le fait le plus récemment commis. Mais l'employeur ne peut prendre en considération des sanctions prononcées plus de trois ans avant l'engagement de nouvelles poursuites (L. 1332-5 du code du travail), ce qui équivalait à une sorte d'amnistie légale.

Les garanties de procédure instaurées par la loi en matière disciplinaire (L. 1332-1 et suivants du code du travail) ont aussi un rapport assez visible avec les garanties de notre procédure pénale : qu'il s'agisse de l'obligation d'informer par écrit

197 CE, 21 septembre 1990, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle contre Société anonyme maison Aufrère*, n° 105247, mentionné aux tables du recueil Lebon.

198 Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi « Auroux ».

199 Le code du travail a groupé les textes sous le titre « Droit disciplinaire » ; voir S. Laulom, « Du pouvoir disciplinaire au droit disciplinaire ? » in *Vers un droit commun disciplinaire?*, P. Ancel et J. Moret-Bailly (dir.), Publications de l'Université de Saint-Etienne, Collection Droit CERCRID, p. 105.

200 Cass. Soc., 15 mai 1991, (2 arrêts), *Droit social*, 1991.624, rapport Ph. Waquet ; 29 janvier 1992, n° 89-44.501, *Bull.* 1992, V, n° 50 ; 1^{er} février 1995, *Droit social* 1995.276, obs. J.E. Ray, 17 décembre 1996, n° 95-41.858, *Bull.* 1996, V, n° 445 ; 14 mai 1998, n° 96-41.755, *Bull.* 1998, V, n° 250, *Droit social* 1998.709, obs. A. Jeammaud.

201 Parmi de nombreux arrêts : Cass. Soc., 26 juin 2001, n° 99-40.900, *Bull.* 2001, V, n° 233, *Grands Arrêts* ; 4^e édition n° 68 ; Cass. Soc., 25 septembre 2013, n° 12-12.976, *Bull.* 2013, V, n° 203 : « *l'employeur qui, ayant connaissance de divers faits commis par le salarié considérés comme fautifs, choisit de n'en sanctionner que certains, ne peut ultérieurement prononcer une nouvelle mesure disciplinaire pour sanctionner les autres faits antérieurs à la première sanction.* »



des griefs retenus à l'encontre du salarié fautif, de l'organisation d'un entretien préalable, de l'assistance d'un défenseur ou encore de la nécessité de la motivation de la décision prononçant la sanction.

Les mêmes garanties, les mêmes principes sont présents dans l'organisation de diverses procédures disciplinaires ou de sanction, que la sanction soit prononcée par une administration, un organisme professionnel, une autorité indépendante, une fédération sportive, un ordre professionnel, étant observé que coexistent des organismes disciplinaires et des juridictions disciplinaires. Cependant, en toute hypothèse, le sanctionné aura toujours, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention EDH, la faculté d'exercer un recours devant un juge.

Par ailleurs, on ne peut pas ne pas évoquer ici l'affaire *Baby Loup*²⁰², qui a fait l'objet d'une médiatisation considérable. En effet, dans cette affaire se posait le problème du règlement intérieur d'une entreprise privée, et de son contenu : comprenait-il, et pouvait-il comprendre une interdiction précise du port du voile dans cette crèche Baby Loup ? Le règlement intérieur est actuellement l'objet de contrôle lourd des juges.

Nous avons choisi d'aborder ce débat sur le contrôle de la sanction par les juges en le centrant sur trois thèmes. La première question qui sera approfondie par les intervenants de la table ronde porte sur le point suivant : que la sanction soit prononcée par une autorité hiérarchique, par une autorité administrative ou par le juge lui-même, ne retrouve-t-on pas la nécessité, en toute hypothèse, du respect de principes cardinaux tels que ceux qui ont été évoqués depuis ce matin : le caractère contradictoire de la procédure, les droits de la défense, la motivation... ? Il est opportun ici de confronter les points de vue du juge européen, du juge pénal et du juge administratif.

La deuxième partie de nos échanges portera sur l'intensité du contrôle du juge : jusqu'où va-t-on dans la qualification et l'appréciation de la gravité de la faute, dans le contrôle de l'adéquation de la sanction ? En la matière, les juges ont-ils des conceptions et des approches identiques ? Le juge ne devrait-il pas, au-delà des notions d'adéquation entre la faute et la sanction choisie, effectuer le contrôle de proportionnalité qui irrigue le droit de la Convention EDH et des libertés fondamentales ?

Enfin, la troisième partie de nos échanges portera sur l'effectivité de la sanction et du contrôle de l'exécution de la sanction. Le domaine du droit pénal est ici particulier, puisqu'il a à sa disposition une palette d'outils très diversifiés : suspension de la peine, aménagement, libération conditionnelle. Une juridiction spécifique est d'ailleurs chargée de l'application des peines. L'exécution des peines s'effectue en tout état de cause sous le contrôle du juge.

Dans leur contrôle, les juges n'ont toutefois pas toujours le pouvoir de modifier la sanction. Tel est le cas du juge prud'homal, qui peut annuler une sanction

202 Arrêt de renvoi de la cour d'appel de Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981. Nb : cet arrêt a ultérieurement été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation (Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, Bull. 2014, Ass. plén, n° 1).



irrégulière en la forme, injustifiée, ou disproportionnée (article L. 1333-2 du code du travail), mais ne peut la modifier²⁰³, notamment la réduire. Cette annulation a pour conséquence que le salarié doit être rétabli dans ses droits. Par exemple, en cas de rétrogradation, il doit obtenir sa réintégration dans ses fonctions antérieures. S'il y a litige sur la difficulté du rétablissement de la situation du salarié, le juge pourra être à nouveau saisi, notamment en référé. Qu'en est-il de l'exécution et de l'effectivité de la sanction sous le contrôle du juge ?

*Punir sans juger*²⁰⁴ ? La tendance croissante à la « déjudiciarisation » ayant consisté, d'une part, à créer des autorités administratives indépendantes dotées de pouvoirs de sanction, et d'autre part, en matière pénale, à mettre en place des mesures alternatives aux poursuites pénales (composition pénale, comparution et reconnaissance préalable de culpabilité) est-elle regrettable ?

On peut observer que, si l'ensemble des critères et règles qui ont été définis au cours de ce colloque sont respectés, l'autorité ou l'organe qui sanctionne exerce bien, en quelque sorte, la fonction du juge, son exercice impliquant une opération de qualification des faits fautifs, une appréciation de leur gravité et, pour le choix de la sanction, une application du principe de proportionnalité. Il existe certes des exceptions, voulues par le législateur, comme les sanctions automatiques, le retrait de points du permis de conduire, les mesures d'affichage et de publication en matière fiscale, ou les indemnités forfaitaires allouées en cas de rupture du contrat de travail d'un étranger sans titre de travail, d'un travailleur employé illégalement, d'un salarié protégé pendant la période de protection légale. Dans ces situations, le contrôle ne portera que sur la matérialité des faits, si elle est contestée, et sur la qualification.

Le droit au recours apporte en outre la garantie que la sanction ne sera pas prononcée sans le contrôle du juge. Cependant, la sanction prononcée et exécutée, même si elle est ultérieurement annulée, aura produit ses effets et aura pu avoir de graves conséquences. C'est la raison pour laquelle le présent colloque apporte une pierre à la construction d'un « droit commun de la sanction ».

Sans plus attendre, je vais laisser la parole à M. le conseiller Guérin, qui va nous parler des principes cardinaux du contrôle de la sanction par le juge pénal.

Didier Guérin

Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Notre table ronde porte sur « le contrôle de la sanction par les juges », et cet intitulé peut à première vue paraître inadapté à la philosophie générale de l'office du juge pénal. Tout d'abord, on soulignera que le code pénal de 1994, qui nous régit, a délibérément conservé la notion de peine, et n'a pas adopté, contrairement

203 Jurisprudence constante depuis Cass. Soc., 23 avril 1986, Droit social 1986, 501, note J. Savatier ; Cass. Soc. 16 décembre 2003, n° 01-46.553.

204 M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.



à ce qui avait été envisagé un certain moment par les préparateurs de ce projet, la notion de sanction. Lors de la publication du projet de code pénal en 1986, le garde des sceaux d'alors, M. Badinter, relevait que le choix de ne pas abandonner le terme de « peine » au profit de celui de « sanction », jugé trop neutre, avait été délibéré. La peine est une punition, avec une connotation morale certainement voulue par les auteurs du code pénal, en gardant ce terme. Par ailleurs, le postulat de base du nouveau code pénal était celui de la liberté d'appréciation du juge pénal auquel il n'était imposé que de ne pas dépasser les peines maximales prévues par la loi d'incrimination, sans que celle-ci ne comporte des *minima* (autrefois, le juge avait des minima qui lui étaient imposés, le code pénal de 1994 les a supprimés), de sorte que la liberté accordée au juge paraissait ne devoir être contrôlée que de manière légère.

Restaient cependant deux impératifs pour lui : celui de respecter les règles de procédure pénale, et celui de respecter le principe de la légalité des infractions et des peines, ces dispositions légales étant le fondement du contrôle judiciaire en la matière. J'évoquerai donc en premier lieu ces impératifs. J'aborderai ensuite le contrôle du choix de la peine et celui de l'exécution de la peine, essentiellement sous l'angle des peines privatives de liberté.

1. Le contrôle par le juge pénal du respect des règles de procédure pénale

Le juge pénal est soumis à un corpus de règles particulièrement rigoureux en matière de procédure pénale. La justice pénale se déroule par le truchement d'un ensemble de règles qui fournit, dès le stade de l'enquête de police, des garanties destinées à sauvegarder les droits de la défense. Ces règles doivent permettre au stade du jugement un réexamen des faits par la voie de l'appel, et un contrôle éventuel de la légalité procédurale de la décision rendue par le juge de cassation. Derrière ces termes génériques s'inscrivent des réalités évolutives. On rappellera ici qu'il a fallu attendre la loi du 15 juin 2000²⁰⁵ pour que soit ouvert l'appel en matière criminelle, et la loi du 14 avril 2011²⁰⁶, pour que l'assistance d'une personne placée en garde à vue par un avocat soit pleinement assurée.

On évoquera aussi la double exigence qui s'impose au juge pénal au moment de prendre sa décision : celle de respecter la loi interne, mais aussi celle de respecter les règles de la Convention EDH, auxquelles les dispositions légales en vigueur ne sont pas toujours adaptées. Le juge pénal est en effet tenu par le principe rappelé, le 15 avril 2011, par l'assemblée plénière de la Cour de cassation²⁰⁷, selon lequel les États adhérents à cette convention sont tenus de respecter les décisions de la CEDH, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation. Ces quelques mots ont une portée très grande, et la jurisprudence récente de la chambre criminelle en tient évidemment compte.

C'est dire que le juge pénal a pour mission de respecter l'ensemble de ces règles, dans chaque espèce qui lui est soumise, avec les difficultés inhérentes aux

205 Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

206 Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

207 Cass. Ass. Plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 1.



exigences diverses posées par la loi et par les textes conventionnels, et ce sous le contrôle du juge de cassation. Ce domaine du respect des règles procédurales est l'un des plus importants que nous avons à traiter dans la jurisprudence de la chambre criminelle.

D'où la complexité grandissante du rôle du juge, qui, face à la nécessité de respecter les principes généraux du procès équitable, se trouve parfois aussi affronté au laconisme, voire au silence de la loi. C'est ainsi que la chambre criminelle a eu récemment à affronter des difficultés de cet ordre à l'occasion d'arrêts des 22 novembre 2011²⁰⁸ et 22 octobre 2013 sur la géolocalisation²⁰⁹, dont le président Louvel parlait tout à l'heure. Nous avons été amenés à statuer sur les modalités de mise en œuvre de la géolocalisation, sur laquelle la loi est actuellement silencieuse, difficulté supplémentaire pour le juge pénal dans la conduite de sa mission.

2. La légalité de la peine et de son contrôle

Le juge pénal maîtrise en effet la réponse à l'infraction pénale, d'une part, en recherchant si les éléments constitutifs de ladite infraction existent, d'autre part, en fixant, si ces éléments constitutifs sont rassemblés, les peines. Il a, dans cette double mission, à motiver sa réponse dans le cadre délimité par la loi.

C'est ainsi que, par le contrôle de la motivation du juge du fond, la chambre criminelle vérifie que celui-ci a mis en évidence tous les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie. Elle s'assure, selon une formule maintes fois reprise, que la juridiction a caractérisé en tous ses éléments, intentionnel et matériel, l'infraction dont elle déclare une personne coupable.

Ensuite, la fixation de la peine infligée à l'auteur d'une infraction pénale est le plein apanage du juge pénal, puisque le principe est que toute peine doit être prononcée par le juge. Rappelons que le code pénal, en son article 132-17, énonce qu'« aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ».

On sait que ce principe ne vaut que pour les peines édictées par le code pénal. En conséquence, les peines accessoires prévues par l'ancien code pénal ont été supprimées. Il en a été ainsi pour l'interdiction des droits civiques et de famille. Il en a été aussi ainsi, en application de la loi du 4 août 2008²¹⁰, avec l'abrogation de l'article 128-1 du code de commerce, pour les incapacités commerciales automatiques résultant de certaines condamnations pénales. Dans ce domaine, le principe de l'article 132-17 du code pénal sur la fixation de toute peine par le juge est donc désormais appliqué.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la même ligne lorsqu'elle considère que le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la DDHC, implique qu'une peine ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque

208 Cass., Crim., 22 novembre 2011, n° 11-84308, Bull. crim. n° 234.

209 Cass. Crim., 22 octobre 2013, n° 13-81.945, Bull. crim. 2013, n° 196 ; Cass. Crim., 22 octobre 2013, n° 13-81.949, Bull. crim. 2013, n° 197.

210 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.



espèce. On peut se référer à cet égard à la première décision d'une longue série sur ce point, à savoir la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999²¹¹ sur l'incapacité d'exercice d'une fonction publique élective.

Sur ce choix de la peine, le contrôle du juge de cassation s'exerce donc, soit à la demande d'une partie, soit d'office, sur la légalité des peines prononcées, avec l'exigence de vérifier que la peine prononcée et sa durée ou son montant étaient applicables à la date des faits. Les cas les plus délicats concernent des mesures dont la nature est mal définie, car ils se trouvent à la frontière entre peine et mesure de sûreté. À cet égard, nous avons eu à statuer, par exemple, sur certaines dispositions applicables aux personnes qui avaient commis des infractions, et qui étaient déclarées atteintes de troubles mentaux²¹².

À ce stade, je voudrais aussi, sans approfondir la problématique, évoquer toutes les difficultés auxquelles ont été confrontés les juristes, et notamment les membres du Conseil constitutionnel, sur la nature de la rétention de sûreté introduite en février 2008. Il s'agit en quelque sorte d'une sanction complémentaire, applicable à certaines personnes particulièrement dangereuses, après l'exécution de leurs peines. Cette sanction n'est pas une peine, dit le Conseil constitutionnel, mais il y a appliqué tout de même la notion de non-rétroactivité de la mesure. Il est donc intéressant d'évoquer cette difficulté croissante des catégories, à travers la complexité elle-même croissante de notre législation.

Je reviens dans le cours de mon propos sur le contrôle de cassation, en affirmant que la chambre criminelle de la Cour de cassation a aussi pour devoir de vérifier que les juridictions pénales ont prononcé une peine possible au regard de l'infraction dont elles avaient à connaître, c'est-à-dire appartenant à l'échelle légale des peines. Des erreurs sont en effet quelquefois commises, les plus fréquentes concernant les peines complémentaires de publicité de la décision, les juges appréhendant mal certaines subtilités légales à cet égard.

3. Le contrôle du choix de la peine

Le contrôle en quelque sorte vertical exercé par la Cour de cassation est un contrôle de nature légère. En effet, ce contrôle du choix de la peine s'avère particulièrement complexe, essentiellement au regard, et j'orienterai mon propos sur ce point, du choix de la peine privative de liberté.

On sait que l'article 132-24 du code pénal donne au juge mission de la fixer en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur. Le même article énumère ensuite les objectifs multiples de la peine que le juge doit concilier lorsqu'il la choisit: la protection de la société, la sanction du condamné, les intérêts de la victime, l'insertion et la réinsertion du condamné, la prévention de la récidive.

Ce sont des impératifs qui peuvent parfois s'avérer difficiles à concilier, sinon contradictoires. Comment le respect de ces objectifs par le juge est-il assuré ?

211 CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.

212 Cass., Crim., 16 décembre 2009, n° 09-85.153, Bull. crim., 1998, n° 216.



Ce respect est essentiellement de l'ordre de la conscience du juge. La chambre criminelle juge en effet que la détermination de la peine par les juges, dans les limites prévues par la loi, relève d'une faculté dont ils ne doivent aucun compte²¹³.

La loi a cependant dans ce domaine de la peine privative de liberté apporté une exception d'importance : le juge doit motiver spécialement le choix d'une peine d'emprisonnement sans sursis. Tel était l'état du droit lors de l'entrée en vigueur du code pénal de 1994. La Cour de cassation veillait à ce que la peine d'emprisonnement ne soit pas prononcée uniquement selon la motivation du juge, au regard de la seule référence à la qualification de l'infraction poursuivie²¹⁴.

Mais, depuis, le système est devenu singulièrement complexe. En effet, la loi du 12 décembre 2005²¹⁵ a apporté une dérogation à cette obligation, en précisant que cette motivation spéciale n'est pas exigée lorsque la personne est en état de récidive légale. Ainsi, le juge est censé ne pas avoir à exprimer son choix d'une peine d'emprisonnement dans les espèces les plus graves.

Une nouvelle étape a été franchie avec la loi sur les peines planchers du 10 août 2007²¹⁶. L'article 132-19-1 du code pénal prévoit en effet que lorsqu'un délit est commis en récidive légale, le juge ne peut prononcer des peines d'emprisonnement d'une durée inférieure à une peine d'emprisonnement plancher fixée par la loi. La loi a cependant prévu que le juge pouvait prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement, en prenant en considération les circonstances de l'infraction, la personnalité du prévenu ou les garanties d'insertion ou de réinsertion qu'il présente. C'est une possibilité procédurale qui permet de respecter le principe de l'individualisation des peines, ainsi que l'a d'ailleurs souligné le Conseil constitutionnel lorsqu'il a examiné ce texte, dans sa décision du 9 août 2007²¹⁷. Par ailleurs, lorsqu'un délit de violences, d'agressions sexuelles ou puni de dix ans d'emprisonnement est commis une deuxième fois en récidive, il ne peut être dérogé aux peines planchers qu'en cas de garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion, relevées, là encore, par une décision spécialement motivée. La chambre criminelle veille naturellement au respect de cette exigence d'une décision spécialement motivée²¹⁸.

Le législateur a continué sa « valse hésitation » quant à la peine d'emprisonnement à l'occasion de la loi pénitentiaire du 25 novembre 2009²¹⁹. Celle-ci est venue à nouveau compléter l'article 132-24 du code pénal, en prévoyant qu'en dehors des cas d'application de la peine plancher, l'emprisonnement sans sursis ne pouvait être prononcé qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction ou la personnalité du condamné le rendaient nécessaire. En outre, en cas de prononcé

213 Cf par exemple Cass. Crim., 14 mai 1998, n° 98-81.704, Bull. crim. 1998, n° 163.

214 Cass. Crim. 27 novembre 1996, n° 96-80.087, Bull. crim. 1996, n° 433.

215 Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

216 Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

217 CC, Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*.

218 Cass. Crim., 20 janvier 2009, n° 08-83.710, Bull. crim. 2009, n° 20.

219 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.



d'une peine d'emprisonnement, le juge doit, si la personnalité du condamné le permet, envisager une mesure d'aménagement de peine telle que la semi-liberté, le placement à l'extérieur et le placement sous surveillance électronique. On lui demande donc, après avoir prononcé une peine d'emprisonnement, de dire immédiatement qu'elle s'exécutera de manière aménagée, voire sous une tout autre forme.

À cet égard, la chambre criminelle a été amenée à statuer (car il y a évidemment des hypothèses dans lesquelles le juge n'a pas immédiatement les éléments lui permettant d'apprécier la possibilité d'aménager la peine) que le juge du fond ne peut faire l'application de cette mesure en l'absence du prévenu régulièrement cité à l'audience ou faute d'éléments lui permettant d'apprécier sa situation personnelle²²⁰. En toute hypothèse, l'arrêt d'une cour d'appel qui mentionne que faute d'éléments versés aux débats ou résultant des pièces du dossier, la mesure d'aménagement n'a pas été possible, n'est pas critiquable pour la chambre criminelle²²¹. Certains ont pu reprocher le manque d'exigence de la Cour de cassation dans ce domaine. Le réalisme doit cependant rappeler que les dossiers de personnalité des personnes qui comparaissent dont dispose la juridiction du fond sont le plus souvent extrêmement sommaires, voire inexistant dans la plupart des dossiers pénaux. Ainsi, le juge ne peut pas aller beaucoup plus loin dans l'individualisation de la peine.

Nous voyons maintenant qu'il y a une possibilité d'aménagement, de remise en cause de la peine privative de liberté au niveau de son exécution, et c'est ce que je qualifierais de « contrôle de l'exécution de la peine ». On a ici un contrôle horizontal qui est exercé.

Marie-France Mazars

*Doyen de la Cour de cassation honoraire,
Modératrice*

Je voudrais m'assurer d'avoir bien compris vos propos sur le problème des peines planchers. Il doit y avoir dans la décision du juge qui prononce une peine d'emprisonnement, contre quelqu'un qui a commis une infraction en récidive, et qui devrait encourir une peine plancher, une double motivation : une motivation si le juge décide de recourir à l'emprisonnement, et une motivation si le juge déroge à la peine plancher ?

Didier Guérin

Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Non, pas exactement. Au cas où une personne encourt une peine plancher, il n'est plus utile de motiver la peine d'emprisonnement sans sursis, et il faut uniquement motiver dans le cas où le juge entendrait déroger au prononcé d'une peine plancher.

220 Cass.crim. 22 novembre 2012, n° 12-80.639, Bull. crim. 2012, n° 265.

221 Cass. Crim. 22 février 2012, n°11-82.786, Bull. crim. 2012, n° 52.



Marie-France Mazars

*Doyen de la Cour de cassation honoraire,
Modératrice*

Je vais donner la parole à Mme. Bourgeois Machureau, rapporteur public au Conseil d'État, qui va nous expliquer comment ces principes cardinaux sont vus du côté du Conseil d'État et de la justice administrative.

Béatrice Bourgeois-Machureau,

Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

Cette quatrième et dernière table ronde se propose de tenter de déterminer, toujours à partir de la confrontation des différentes approches juridictionnelles, les caractéristiques majeures du contrôle exercé par les juges sur les sanctions. Si certaines de ces caractéristiques témoignent d'une profonde évolution, d'autres au contraire nous rappellent que le juge, notamment administratif, a depuis très longtemps pris la mesure de la nécessité de mettre en œuvre en ce domaine un contrôle exigeant, tant sur les conditions dans lesquelles sont prononcées les sanctions que sur leur contenu.

La présente intervention se concentrera sur les modalités selon lesquelles le juge administratif est conduit à exercer ce contrôle.

Elle abordera successivement différents aspects de la question, en s'attachant tout d'abord à définir les principaux traits du contrôle exercé par le juge administratif sur les conditions procédurales et formelles dans lesquelles sont prononcées les sanctions et en étudiant ensuite la problématique de l'intensité de ce contrôle.

À titre liminaire, dans le cadre du croisement des regards sur lequel repose cette journée, il nous paraît essentiel de souligner une divergence fondamentale entre les situations dans lesquelles se trouvent placés les différents juges, en particulier le juge pénal et le juge administratif, qui tient au fait que l'intervention du juge administratif est, en principe, seconde par rapport au prononcé de la sanction.

Nous laissons volontairement de côté à cet égard les cas qui ne nous semblent pas déterminants, où le juge administratif est conduit à prononcer lui-même la sanction, que ce soit dans le cadre de juridictions spécialisées ou dans celui de quelques contentieux très minoritaires.

Pour l'essentiel, à l'inverse du juge pénal qui inflige la sanction, le juge administratif n'intervient que dans un second temps, celui du contrôle.

Le juge répressif est appelé à intervenir directement à la suite de l'infraction, puisque s'enclenche alors la procédure juridictionnelle dont l'aboutissement réside dans le prononcé de la sanction.

À l'inverse, la sanction administrative est première. Elle suit « l'infraction » et précède l'intervention du juge.

De ce fait, en règle générale, devant le juge administratif, la personne sanctionnée est placée en position de demandeur. Elle conteste la sanction dont elle fait l'objet.



Le juge intervient alors pour garantir les droits de la personne sanctionnée, en vérifiant la nécessité et la proportionnalité de la sanction prononcée, mais aussi en s'assurant que l'ensemble des garanties procédurales et formelles qui s'attachent au prononcé de la sanction ont bien été respectées.

Ces garanties procédurales sont nombreuses et particulièrement exigeantes.

Si l'on devait définir en quelques mots le contrôle qu'exerce le juge administratif sur les conditions procédurales et formelles qui président au prononcé des sanctions, on pourrait dire que, pour l'essentiel, il fait application de principes dégagés il y a fort longtemps, dont le contenu n'a pas changé de nature, tout au plus d'intensité, notamment sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales, en particulier de son article 6.

Nous passerons sans nous y attarder sur les caractéristiques pour ainsi dire « permanentes » de ce contrôle. Ce sont des éléments bien connus qui n'appellent pas de commentaires particuliers.

On le sait, c'est le plus souvent en ayant recours à la théorie des principes généraux du droit que le Conseil d'État a imposé le respect, en matière de répression administrative, de certains principes inspirés du droit pénal ou de la procédure pénale.

En ce qui concerne les règles de procédure, cela a été le cas s'agissant du caractère contradictoire de la procédure, appliqué dès le XIX^e siècle et érigé en principe général du droit en 1961²²².

S'agissant des droits de la défense, le principe général du droit a été consacré dès 1944²²³. À cet égard, l'actualité des termes mêmes privilégiés dans ses conclusions par le commissaire du gouvernement de l'époque est frappante, ainsi lorsqu'il relevait que « *lorsqu'une décision administrative prend le caractère d'une sanction et qu'elle porte une atteinte assez grave à une situation individuelle, la jurisprudence exige que l'intéressé ait été mis en mesure de discuter les motifs de la décision qui le frappe* ».

Cette « exigence », c'est d'abord au juge qu'elle s'est imposée avec la force de l'évidence. À chaque fois, ce n'est que dans un second temps que les principes dégagés par la jurisprudence ont été repris dans des dispositions textuelles.

Enfin, en ce qui concerne non pas la procédure mais la forme de la sanction, on relèvera que l'exigence de motivation et le contrôle qu'exerce le juge administratif sur le respect de cette obligation sont également fort anciens et nous ne pensons pas qu'on puisse déceler une évolution notable dans la nature du contrôle exercé par le juge sur ce point.

Là où une évolution est incontestablement à l'œuvre, c'est dans l'intensité et dans l'étendue du contrôle qu'exerce le juge administratif en la matière.

222 CE, Section, 12 mai 1961, *Société La Huta*, rec. p. 313.

223 CE, Section, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, rec. p. 133.



Bien sûr, il y a eu une évolution de fond liée à la mise en œuvre de certaines des exigences posées par l'article 6-1 de la Convention EDH à partir de l'arrêt *Didier* de 1999²²⁴ qui, pour la première fois, a posé le principe de son application dans le cadre de procédures purement administratives. Ce point ayant déjà été largement évoqué lors de la deuxième table ronde, nous n'y reviendrons pas.

Mais, de façon générale, au niveau procédural et formel, ce n'est pas tant la nature du contrôle exercé par le juge administratif qui a évolué, que le niveau des exigences requises, au respect desquelles le juge administratif est chargé de veiller.

Néanmoins, face à ces évolutions qui, on l'a vu tout au long de cette journée, conduisent peu ou prou à une « pénalisation » de la procédure, c'est au juge administratif que revient la tâche particulièrement délicate, en faisant usage de la marge d'appréciation qui est la sienne, d'essayer de parvenir à une forme d'équilibre entre, d'une part, le respect des garanties qui s'attachent à la procédure répressive et, d'autre part, la préservation de l'efficacité et de la spécificité de la sanction administrative.

À cet égard, nous souhaiterions évoquer deux points qui nous paraissent aujourd'hui sources de questionnements.

Le premier point est lié au principe d'impartialité et à sa mise en œuvre dans le cadre de l'exigence de séparation des autorités responsables des phases de poursuite et d'instruction d'une part, du prononcé des sanctions, d'autre part.

Sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'exigence d'indépendance découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, appliquée depuis longtemps à l'exercice des fonctions « juridictionnelles », a été étendue aux autorités administratives indépendantes²²⁵.

Il a ainsi été jugé, dans un premier temps, que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes exerçant des fonctions de jugement²²⁶.

Surtout, plus récemment encore, cette jurisprudence a été étendue aux autorités administratives indépendantes (AAI) dotées d'un pouvoir de sanction, qui n'ont pas été qualifiées par le législateur de juridictions ou à propos desquelles la loi n'a pas indiqué qu'elles disposaient d'un pouvoir juridictionnel, estimant que, nous citons le commentaire aux cahiers de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 relative à l'Autorité de la concurrence, « *dans la pratique, la présence ou l'absence de cette qualification est sans réelle conséquence* » et que « *la protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d'une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu'elle exerce un pouvoir de sanction* ».

224 CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, rec. p. 399.

225 Voir la décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* et la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice.

226 Voir la décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire*.



Il a été fait application de cette jurisprudence à l'été 2013²²⁷, le juge constitutionnel ayant estimé que les modalités selon lesquelles était organisée la procédure de sanction devant l'Autorité de régulation des communications électroniques et les postes (ARCEP) ne répondaient pas aux exigences requises par l'application du principe d'impartialité, dès lors que n'était pas suffisamment assurée, au sein de l'autorité, la séparation entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements.

En application, le Conseil d'État a d'ores et déjà annulé une sanction prononcée par l'ARCEP et sera sans doute conduit, dans les mois qui viennent, à annuler d'autres sanctions prononcées par d'autres autorités dans des conditions semblables.

On ne peut définir précisément nous semble-t-il, à ce stade, l'étendue que le juge va conférer à cette exigence procédurale nouvelle. Certes, le juge constitutionnel a aujourd'hui clairement circonscrit le cadre de cette évolution aux autorités administratives indépendantes, qui présentent la caractéristique importante d'être des instances collégiales susceptibles, dans l'exercice de leurs compétences répressives, d'être qualifiées de tribunaux au sens de l'article 6 de la Convention EDH. Néanmoins certains, notamment une partie de la doctrine, estiment un élargissement inéluctable à d'autres types de sanctions.

Un tel élargissement soulèverait, on s'en doute, de nombreuses et difficiles questions.

Prenons l'exemple des sanctions disciplinaires diligentées à l'encontre des agents publics. Nul doute qu'elles paraissent pour l'instant loin de la trajectoire de cette évolution. Malgré tout, les hésitations sont sans doute permises quant à la possibilité qu'un jour les trajectoires en cause se rejoignent, quand bien même on conçoive que, concrètement, les incidences d'une telle rencontre pourraient s'avérer préoccupantes.

Ainsi, à propos de la décision *Dahan* rendue par l'Assemblée du contentieux le 13 novembre 2013²²⁸, décision sur laquelle nous reviendrons dans un instant, il nous semble intéressant de relever un point qui certes n'est pas central mais n'en demeure pas moins à nos yeux source de perplexité.

Le Conseil d'État se trouvait saisi, dans le cadre de cette affaire, d'un moyen tiré de ce qu'aurait été méconnu le principe d'impartialité lors de la procédure disciplinaire diligentée à l'encontre de l'agent public en cause, en raison du rôle joué par la même personne, dans le déclenchement des poursuites, la direction de l'instruction et le prononcé de la sanction.

La décision écarte le moyen en relevant qu'une telle circonstance n'est pas dirimante, dès lors que cette personne n'a pas manqué à l'impartialité requise ou manifesté une animosité particulière à l'égard de l'intéressé.

227 Voir la décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 relative au pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

228 CE, Assemblée, 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704, publié au recueil Lebon.



Dans ses conclusions, le rapporteur public, Rémi Keller, rappelait que le Conseil d'État juge de manière constante depuis 1960²²⁹, dans un tel cas de figure, que l'autorité hiérarchique qui a déclenché les poursuites peut présider le conseil de discipline, à la condition de ne pas faire preuve de partialité à l'égard du fonctionnaire poursuivi, tout en relevant que cette jurisprudence ne va pas forcément de soi et en observant que l'absence d'impartialité peut ne pas ressortir des pièces du dossier soumis au juge...

Le risque de partialité est toutefois susceptible, selon lui, d'être compensé par l'intensité du contrôle juridictionnel nouveau exercé.

Tel est l'équilibre actuellement trouvé par le juge administratif. Serait-ce un équilibre pérenne ou est-on au milieu du gué, comme le disait M. le vice-président en ouverture de cette journée ?

Nous serions bien en peine d'apporter une réponse à cette question. Mais sans doute est-ce l'une des questions les plus importantes que le juge administratif sera conduit à se poser dans les années à venir.

Le second point que nous souhaitons relever, s'agissant toujours de la question du contrôle exercé par le juge sur les garanties procédurales et formelles dont est assorti le prononcé de la sanction, concerne quant à lui l'étendue de la « phase » de l'instruction soumise à ces exigences.

Pendant longtemps, le juge avait pris soin de circonscrire strictement cette phase, indiquant, à plusieurs reprises, qu'elle s'ouvrait avec la notification des griefs et que les étapes antérieures n'entraient pas dans son champ.

S'agissant, par exemple, de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, il avait ainsi été jugé que la circonstance qu'une compagnie aérienne n'ait pas été préalablement informée des conséquences s'attachant aux demandes d'explications qui lui avaient été adressées antérieurement à l'établissement du procès-verbal portant notification des griefs n'entachait pas d'irrégularité la procédure²³⁰.

Très récemment pourtant, la jurisprudence nous paraît avoir évolué, de manière certes discrète mais néanmoins significative.

Dans une décision du 15 mai 2013²³¹, rendue à propos de l'Autorité des marchés financiers (AMF), le juge administratif a accepté d'étendre son contrôle à la phase amont, celle de l'enquête, qui jusqu'alors n'était pas concernée, seule la procédure conduite devant la commission des sanctions l'étant.

Cette décision a ainsi mis en cause l'étanchéité entre les phases de la procédure affirmée auparavant. De fait, on peut concevoir qu'une telle étanchéité, si l'on se place du côté de la personne sanctionnée, n'apparaisse pas totalement satisfaisante, les procédures étant en pratique étroitement liées et conduisant potentiellement au prononcé d'une même mesure disciplinaire.

229 Voir CE, 11 mai 1960, *Ministre de l'agriculture c/ Laniez*, rec. p. 316.

230 CE, 19 mai 2010, *Compagnie Majestic Executive Aviation AG*, n° 327255, rec. pp. 772, 865, 885 et 998.

231 CE, 15 mai 2013, *Société Alternative Leaders France*, n°356054.



Désormais, il est donc acté que, si les droits de la défense sont invocables en principe uniquement dans le cadre de la procédure de sanction ouverte par la notification des griefs et non à la phase préalable des enquêtes réalisées par les agents de l'AMF, cette phase amont doit néanmoins se dérouler dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ultérieurement notifiés.

Il est notamment intéressant d'établir un parallèle entre cette évolution et celle que connaît la sanction pénale, qui tend également à étendre vers l'amont la réflexion sur les garanties devant être appliquées à la personne sanctionnée.

Là encore se pose la question de l'équilibre. Celui-ci est encore instable et la jurisprudence est appelée dans les années à venir à en définir plus précisément les conditions.

Marie-France Mazars

*Doyen de la Cour de cassation honoraire,
Modératrice*

Le contrôle du juge va donc de plus en plus en profondeur sur l'enquête. Dans ce contrôle du juge administratif, on se rapproche, encore plus, du droit pénal. Je vais maintenant donner la parole à Mme Tulkens, professeur de droit pénal, et vice-présidente de la CEDH. Nous sommes toujours attentifs quand nous l'écoutons, car nous avons beaucoup à apprendre d'elle.

Françoise Tulkens

Ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme^{232}
Professeure émérite de l'Université de Louvain (Belgique)
Membre associée de l'Académie royale de Belgique*

Je vous remercie de votre invitation à participer à ce colloque sur un thème difficile mais d'une grande importance, ce qui me permet de renouer avec ce qui furent les deux préoccupations essentielles de ma vie professionnelle, le droit pénal et les droits de l'homme.

Tant en droit pénal qu'en droit civil et en théorie générale du droit, beaucoup de choses ont été écrites sur la sanction, cette « *inconnue du droit* » pour reprendre la belle formule de Philippe Jestaz²³³. « *La notion de sanction est sans doute l'une des plus floues du droit* », écrit aussi Dan Kaminski dans l'introduction d'un ouvrage consacré, à juste titre, à la flexibilité des sanctions²³⁴.

232 * L'auteure s'exprime à titre personnel, sans engager la Cour.

233 Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », in *Droit et pouvoir, Tome I : La validité*, sous la dir. de F. Rigaux et G. Haarscher, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1987, pp. 253 et s.

234 D. Kaminski, « Introduction », in *La flexibilité des sanctions, XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, sous la coord. de D. Kaminski, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 7. ; Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, chapitre IV (« Les sanctions en droit : un réseau complexe aux frontières incertaines », pp. 221 et s.).



Dans cette brève intervention, j'évoquerai le contrôle de ou sur la peine, c'est-à-dire de la sanction pénale, par la Cour européenne des droits de l'homme. Je le ferai sur un triple plan, celui de la qualification de la peine (I), du prononcé de la peine (II) et de l'exécution de celle-ci (III).

I. Le contrôle sur la qualification de la peine

La question de la qualification de la peine renvoie à celle de la notion de peine. Apparemment simple, cette notion possède en réalité des contours incertains et fluctuants qui soulèvent des difficultés considérables relatives à sa définition²³⁵. En fait, comme nous l'avons entendu tout au long de cette journée, il est possible de distinguer trois contextes différents dans lesquels la notion de peine peut être envisagée : celui du droit pénal positif, de la Constitution et de la Convention EDH²³⁶.

En Belgique, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a été amenée à formuler une définition de la peine en droit pénal. La peine est, ou implique, un « *mal infligé par la justice répressive en vertu de la loi, à titre de punition – ou de sanction – d'un acte que la loi défend* »²³⁷. Je suis frappée de constater que, s'agissant de la peine privative de liberté, la CEDH reprend parfois, *mutatis mutandis*, cette idée de « mal » en parlant de « souffrance » de la peine. Elle ajoute même, dans certains arrêts, celle d'« humiliation ». Telle est sans aucun doute la réalité vécue et, dans bien des cas, l'effet de la prison. C'est ainsi que l'on entend souvent parler de l'effet désocialisant de la peine privative de liberté, voire même du « traumatisme carcéral » contre lequel il importe de lutter. Je trouve cependant qu'il n'est pas acceptable de faire de ce « mal » ou de cette « humiliation » le fondement ou la finalité de la peine, mais je ne développerai pas ici cette question qui serait hors sujet.

Au regard de la Constitution, du moins en Belgique, le terme « peine » reçoit une signification plus large que dans le cadre du droit pénal²³⁸. Ainsi, la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle le 1^{er} avril 2007) a décidé que, « *puisque l'infliction d'une amende administrative présentant un caractère pénal doit nécessairement, en raison du principe général de droit non bis in idem, conduire à l'extinction de l'action publique, le prévenu ne peut plus être condamné à une peine principale et il ne peut par conséquent pas davantage se voir infliger la peine accessoire de la confiscation spéciale* »²³⁹. Elle a également jugé qu'une amende fiscale devait se voir appliquer les principes fondamentaux de la personnalité des peines et de la présomption d'innocence²⁴⁰. Elle a encore déclaré applicable à

235 V. *La peine dans tous ses états. Hommage à M. van de Kerchove*, sous la coord. de Y. Cartuyvels, Ch. Guillain et Fr. Tulkens, Bruxelles, Larcier, 2010.

236 Je me fonde ici en partie sur F. Tulkens, M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Kluwer, 9^e éd., 2010, pp. 505 et s.

237 Cass., 16 mars 1970, *Pas.*, I., p. 632 ; 14 janvier 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 508.

238 V. M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, pp. 954 et s.

239 Cour d'arbitrage, 26 avril 2007, n° 67/2007.

240 Cour constitutionnelle, 16 juillet 2009, arrêt n° 119/2009.



une amende administrative l'exigence de précision suffisante des incriminations correspondantes²⁴¹, ainsi que la possibilité de bénéficier d'une réduction en deçà du minimum légal²⁴².

Le troisième contexte est celui de la Convention européenne des droits de l'homme auquel je m'attacherai plus spécialement ici, la notion de peine intervenant à plusieurs endroits stratégiques de la Convention. L'article 6 prévoit un certain nombre de garanties procédurales en « matière pénale ». L'article 7, un droit indérogeable, affirme le principe fondateur du droit pénal moderne, à savoir le principe de la légalité des délits et des peines. L'article 4 du Protocole n° 7 reconnaît le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois et cette disposition est devenue la pierre angulaire – ou la pierre d'achoppement ? – de l'espace pénal européen. Il faut souligner toutefois que la Cour a toujours précisé que « *la notion de peine ne saurait avoir des acceptions différentes selon les différentes dispositions conventionnelles* »²⁴³.

Il ressort de plusieurs arrêts rendus par la Cour européennes des droits de l'homme que, si les États sont souverains pour déterminer la nature juridique des sanctions prévues en droit interne, la Cour se réserve le pouvoir de contrôler cette qualification afin d'éviter qu'elle ne conduise à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention. Pour rendre effective la protection offerte par la Convention, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse en substance comme une peine au sens de celle-ci. À ce titre, la notion de peine possède, dans la Convention, une portée autonome.

Il en résulte, dès lors, que certaines sanctions, qui n'étaient pas qualifiées de peines en droit interne, ont pu être considérées comme relevant de la « matière pénale », au sens de l'article 6 de la Convention. C'est ainsi que la Cour a pu décider qu'une sanction disciplinaire appliquée à des militaires en vertu d'une loi néerlandaise de 1903 relève de la matière pénale, en raison du « *degré de sévérité de la sanction* »²⁴⁴ ; qu'une sanction disciplinaire (570 jours de perte de remise de peine) infligée au Royaume-Uni dans un établissement pénitentiaire « *s'est apparentée à une privation de liberté, même si juridiquement elle n'en constituait pas une* »²⁴⁵ ; qu'une amende disciplinaire prévue par le Code vaudois de procédure pénale, de même qu'une amende disciplinaire prévue par la législation maltaise, s'appliquent chacune à une infraction qui « *concerne virtuellement la population tout entière* » et présentent donc l'une et l'autre « *un caractère pénal* », d'autant plus que « *l'enjeu revêtait une importance assez grande pour entraîner la qualification pénale* »²⁴⁶ ; qu'une amende disciplinaire pour abus de procédure inscrite dans le code de procédure civile dont le montant est élevé et qui peut être transformée en emprisonnement à défaut de paiement est suffisamment importante pour être considérée comme pénale²⁴⁷.

241 Cour constitutionnelle, 10 juillet 2008, arrêt n° 102/2008.

242 Cour constitutionnelle, 11 mars 2009, arrêt n° 42/2009.

243 CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c. France*, n° 15917/89.

244 CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

245 CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77; 7878/77. V. aussi CEDH, Grande chambre, 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98.

246 CEDH, 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, n°11034/84 ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*, n° 13057/87.

247 CEDH, 14 novembre 2000, *T. c. Autriche*, n° 27783/95.

De la même manière, elle a décidé que les sanctions administratives applicables aux *Ordnungswidrigkeiten* allemandes (infractions aux ordres de l'administration) présentent une analogie suffisante avec les sanctions pénales, quant au type de comportement sanctionné, quant aux règles de procédure applicables, quant aux fonctions qui leur sont assignées²⁴⁸ ; qu'une majoration d'impôt prévue à titre de sanction fiscale implique une accusation en matière pénale dans la mesure où elle est prévue par une disposition qui « *concerne tous les citoyens* », qu'elle vise « *pour l'essentiel à punir pour empêcher la répétition d'agissements semblables* », qu'« *elle se fonde sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif* » et qu'elle revêt une « *ampleur considérable* »²⁴⁹ ; qu'une amende administrative prévue par la législation commerciale grecque en matière d'importation et d'exportation était « *suffisamment sévère pour considérer la poursuite engagée (...) comme une poursuite en matière pénale au sens de la Convention* »²⁵⁰ ; qu'une amende administrative prévue par la législation slovaque sur les contraventions à l'ordre public sanctionne la transgression d'une règle de droit qui « *s'adresse à tous les citoyens* » et poursuit un « *objectif dissuasif et punitif* », révélant que l'infraction « *revêtait un caractère pénal au regard de l'article 6 de la Convention* »²⁵¹, qu'une sanction administrative telle que le retrait de points relatif au permis de conduire, prévue par la législation française, « *revêt [...] un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire* »²⁵², qu'une sanction administrative qui sanctionne la participation à une manifestation non autorisée rentre dans la sphère pénale en raison de la nature et de la gravité de la peine²⁵³, qu'une amende fiscale prévue par la législation suisse « *ne tendait pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais avait un caractère essentiellement punitif et dissuasif* » et que « *l'article 6 s'applique sous sa rubrique pénale* »²⁵⁴, qu'une mesure de réparation civile, prévue par un décret adopté en Belgique par la Région flamande, « *peut être regardée comme une "peine" au sens de la Convention* »²⁵⁵, qu'une mesure de sûreté telle que la détention de sûreté prévue par la législation allemande « *doit être qualifiée de "peine" aux fins de l'article 7, § 1 de la Convention* »²⁵⁶. La décision *Matyjek c. Pologne* du 30 mai 2006 est sans doute la plus inédite dans la mesure où la Cour estime que l'article 6 est applicable à une procédure de lustration. En l'espèce, une personne convaincue d'avoir soumis une fausse déclaration n'est passible ni d'une peine d'emprisonnement, ni d'une amende, mais de l'interdiction d'exercer certaines professions. La gravité de cette sanction doit donc passer pour revêtir un caractère au moins en partie répressif et préventif²⁵⁷.

248 CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, n°8544/79 ; CEDH, 25 août 1987, *Lutz c. Allemagne*, n° 9912/82.

249 CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n°12547/86 ; CEDH, 23 juillet 2002, *Janosevic c. Suède*, n° 34619/97.

250 CEDH, 24 septembre 1997, *Garyfallou Aebe c. Grèce*, n° 18996/91.

251 CEDH, 2 septembre 1998, *Kadubec c. Slovaquie*, n° 5/1998/908/1120.

252 CEDH, 23 septembre 1998, *Malige c. France*, n° 68/1997/852/1059 ; v. toutefois en sens contraire CEDH, Grande chambre, 28 octobre 1999, *Escoubet c. Belgique*, n° 26780/95.

253 CEDH, 1^{er} février 2005, *Ziliberberg c. Moldova*, n° 61821/00.

254 CEDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96.

255 CEDH, 27 novembre 2008, *Hamer c. Belgique*, n° 21861/03.

256 CEDH, 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04.

257 CEDH., 30 mai 2006, *Matyjek c. Pologne*, n° 38184/03.

Cette jurisprudence montre clairement que la notion de peine a une signification encore plus large dans la Convention européenne des droits de l'homme que dans la Constitution et le droit pénal interne des États membres. La Cour utilise dans chacune de ces espèces des critères de nature partiellement différente mais il convient cependant de rappeler que, à l'exception de la qualification de pénale éventuellement donnée par la législation qui consacre la sanction et qui semble déterminante à elle seule²⁵⁸, les autres critères (caractères de l'acte sanctionné ; nature et but de la sanction et degré de sévérité de celle-ci, notamment en termes de privation de liberté) sont généralement considérés par la Cour comme ayant un caractère alternatif et non cumulatif, ce qui permet de voir en chacun d'eux une condition suffisante, mais non nécessaire, pour rattacher une sanction à la matière pénale²⁵⁹. Parfois, cependant, « *si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire* »²⁶⁰, une approche cumulative se trouve suivie et aboutit alors à retenir la « *prédominance* » des aspects qui « *présentent une coloration pénale* »²⁶¹.

Il en résulte non seulement une relativisation des frontières établies en droit interne entre les peines et les sanctions de nature non pénale, mais encore une certaine flexibilité concernant les limites de la matière pénale ainsi conçue qui ne peut être tranchée selon une stricte « *logique binaire d'appartenance ou de non-appartenance* »²⁶². Cette flexibilité paraît encore accrue depuis l'arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006²⁶³ dans lequel la Cour distingue cette fois, au sein de la matière pénale elle-même, certaines sanctions qui, telles les majorations d'impôt, ne font « *pas partie du noyau dur du droit pénal* » et décide en conséquence que « *les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'(y) appliquer dans toute leur rigueur* », comme l'a d'ailleurs observé le vice-président Sauvé ce matin.

258 Cf. notamment S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 96.

259 CEDH, 25 août 1987, *Lutz c. Allemagne*, n° 9912/82 ; CEDH, Grande Chambre, 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, n° 39665/98 ; 40086/98 ; CEDH, 1^{er} février 2005, *Ziliberg c. Moldova*, n° 61821/00 ; CEDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, n° 73053/01 ; CEDH, 31 juillet 2007, *Zaicevs c. Lettonie*, n° 65022/01 ; CEDH, 4 mars 2008, *Hüseyin Turan c. Turquie*, n° 11529/02.

260 CEDH, Grande Chambre, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande* ; CEDH, 31 juillet 2007, *Zaicevs c. Lettonie*, n° 65022/01 ; CEDH, 4 mars 2008, *Hüseyin Turan c. Turquie*, n° 11529/02.

261 Cf. notamment CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86 ; CEDH, 21 mars 2006, *Valico S.R.L. c. Italie*, n° 70074/01.

262 À ce sujet, cf. notamment M. Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *Dalloz-Sirey*, 1986, *Chron.*, pp. 27 et s. ; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 317 et s. ; M. Delmas-Marty, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la "logique du flou" », *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 1031 et s. ; Fr. Tulkens et M. Van de Kerchove, « La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale », *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, pp. 453 et s. ; M. Van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 475 et s.

263 CEDH, Grande chambre, *Jussila c. Finlande*, n° 73053/01.

II. Le contrôle sur le prononcé de la peine

Le contrôle sur le prononcé de la peine par la Cour européenne des droits de l'homme peut se situer sur le plan substantiel et procédural, même s'il n'y a pas vraiment de « cloison étanche » entre ces deux niveaux. Voyons cela d'un peu plus près, à la lumière du principe général d'interprétation énoncé par la Cour dans l'arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999 : « [c]ompte tenu de ce que la Convention est un "instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles" (...) le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »²⁶⁴. Je me limiterai à deux questions, celles de la légalité et de la proportionnalité des peines.

La légalité des peines

Le principe de légalité des délits et des peines est consacré par l'article 7 de la Convention EDH. Il est, comme la Cour le répète inlassablement, « un élément essentiel de la prééminence du droit » et « occupe une place prépondérante dans le système de protection de la Convention ». La peine est une sanction qui, à la différence de certaines sanctions civiles réparatrices par exemple, ne peut être établie qu'en vertu de la loi, avec toutes les nuances – ou toutes les entorses ? – apportées par la Cour à la notion de loi, qui inclut aussi le droit non écrit et jurisprudentiel²⁶⁵. J'ai choisi d'évoquer ici deux arrêts récents de la CEDH qui concernent la question de la rétroactivité, sous son double aspect recto / verso.

L'arrêt *Del Río Prada c. Espagne* de la Grande chambre du 21 octobre 2013²⁶⁶ confirme et, d'une certaine manière, réactualise l'interdiction de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence. En l'espèce, il s'agissait, dans une affaire de terrorisme, d'un revirement opéré par le Tribunal suprême, intervenu après la condamnation de la requérante et qui a entraîné une prolongation de neuf ans de son incarcération. En l'espèce, « la Cour estime qu'au moment où ont été prononcées les condamnations de la requérante et où celle-ci a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, rien n'indiquait l'existence d'une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence allant dans le sens de l'arrêt du Tribunal suprême du 28 février 2006. La requérante ne pouvait donc pas s'attendre au revirement opéré par le Tribunal suprême ni, en conséquence, à ce que l'Audiencia Nacional impute les remises de peine accordées non sur la peine

264 CEDH, Grande chambre, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, § 101.

265 CEDH, 22 novembre 1995, arrêts *S.W. c. Royaume-Uni* et *C.R. c. Royaume-Uni*, § 36 et § 34 respectivement.

Concernant l'évolution de la jurisprudence de la Cour en cette matière, cf. notamment S. van Drooghenbroeck, « La dissolution de la matière pénale », note sous Cour EDH, 22 février 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, pp. 928 et s. ; Fl. Massias, « L'atteinte au bon ordre des procédures judiciaires », note sous Cour eur. D.H., 22 février 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 503 et s.

266 CEDH, Grande Chambre, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*. Il est intéressant d'observer que la Commission internationale des juristes a présenté des observations comme tiers intervenant sur la distinction entre le prononcé de la peine et l'exécution de celle-ci (voir §§ 75 et 76 de l'arrêt) que j'examinerai plus loin.

maximale de trente ans, mais successivement sur chacune des peines prononcées ». La Cour constate dès lors que « *ce revirement de jurisprudence a eu pour effet de modifier au détriment de la requérante la portée de la peine infligée* »²⁶⁷.

Comme le montre bien l'opinion partiellement dissidente des juges Mahoney et Vehabovic, la Cour établit une distinction nouvelle et, à mes yeux, intéressante entre la portée de la peine et les « modalités de son exécution », susceptible d'atténuer la distinction classique entre les mesures qui constituent en substance une peine et celles qui sont relatives à l'exécution ou l'application de la peine, ces dernières ne relevant pas, en principe, de l'article 7 de la Convention. À ce titre, l'arrêt Del Río Prada constitue bien une nouvelle extension de la notion de peine aux fins d'étendre les garanties de la Convention.

Le second arrêt est *Scoppola (n° 2) c. Italie* du 17 septembre 2009 qui concerne la rétroactivité de la loi pénale plus douce (rétroactivité *in mitius*)²⁶⁸. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 7 de la Convention, c'est la Cour elle-même qui opère ici délibérément un revirement de jurisprudence et elle en explique les raisons. Il ne s'agit donc pas d'un revirement feutré ou caché que je ne trouve, personnellement, pas acceptable.

La Cour commence par situer l'état de la jurisprudence. En 1978, la Commission européenne des droits de l'homme « *a estimé que, à la différence de l'article 15 § 1 in fine du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, l'article 7 de la Convention ne garantissait pas le droit de bénéficier de l'application d'une peine plus légère prévue par une loi postérieure à l'infraction (X c. Allemagne, n° 7900/77, décision de la Commission du 6 mars 1978). (...) Cette jurisprudence a été reprise par la Cour, qui a rappelé que l'article 7 ne prévoit pas le droit de se voir appliquer une loi pénale plus favorable (Le Petit c. Royaume-Uni (déc.), 5 décembre 2000, et Zaprianov c. Bulgarie (déc.), 6 mars 2003)* »²⁶⁹.

Cela étant, la Cour entend actualiser cette jurisprudence. Pourquoi ? « (...) [L]a Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'État défendeur et dans les États contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant au niveau de protection à atteindre (...). Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives. Si la Cour n'adoptait pas une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (...) »²⁷⁰.

La Cour indique dès lors les paramètres qu'elle prend en compte, s'inscrivant dans l'évolution du droit européen et international des droits de l'homme. Elle considère désormais « *qu'un long laps de temps s'est écoulé depuis le prononcé de la décision X c. Allemagne précitée et que pendant ce temps des développements*

267 *Ibid.*, § 117.

268 CEDH, Grande chambre, 17 septembre 2009, *Scoppola (n° 2) c. Italie*.

269 *Ibid.*, § 103. Sur l'article 15 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, cf. Fr. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « Article 15 », *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, sous la dir. d'E. Decaux, Paris, Economica, 2010, pp. 361 et s.

270 *Ibid.*, § 104.



importants se sont produits au niveau international. En particulier, outre l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, dont l'article 9 garantit la rétroactivité de la loi prévoyant une peine plus légère édictée après la commission de l'infraction (...), il convient de signaler la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le libellé de l'article 49 § 1 de ce texte s'écarte – et cela ne peut être que délibéré (...) – de celui de l'article 7 de la Convention en ce qu'il précise que « si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée » (...). Dans l'affaire Berlusconi et autres, la Cour de justice des Communautés européennes, dont la jurisprudence a été entérinée par la Cour de cassation française (...), a estimé que ce principe faisait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres (...). Enfin, l'applicabilité de la loi pénale plus douce a été inscrite dans le statut de la Cour pénale internationale et affirmée dans la jurisprudence du TPIY (...). La Cour en déduit [dès lors] que, depuis la décision X c. Allemagne, un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal. (...) »²⁷¹.

À la lumière de ce qui précède, la Cour estime dès lors « qu'il s'impose (...) de considérer que l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu »²⁷².

La proportionnalité

La Cour contrôle aussi, dans certains cas, la proportionnalité dans le prononcé de la peine ainsi que la motivation qui le sous-tend. Ainsi, dans l'arrêt *Fleury c. France* du 11 mai 2010, elle énonce que, compte tenu de la gravité des accusations, « la condamnation du requérant et la peine qui lui a été infligée n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi, et que les motifs invoqués par les juridictions internes pour justifier ces mesures étaient pertinents et suffisants. Les autorités nationales pouvaient donc raisonnablement tenir l'ingérence dans l'exercice, par le requérant, de son droit à la liberté d'expression pour nécessaire dans une société démocratique afin de protéger la réputation et les droits d'autrui »²⁷³. Ici aussi je me limiterai à la jurisprudence récente.

L'arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* du 9 juillet 2013 est sans doute le plus intéressant à évoquer ici car il intervient dans le cadre d'une problématique très actuelle en droit pénal, dans de nombreux États membres, celle des longues peines de prison, des peines à durée indéterminée et des peines dites incompressibles²⁷⁴.

271 *Ibid.*, §§ 105-106.

272 *Ibid.*, § 109.

273 CEDH, *Fleury c. France*, 11 mai 2010, n°29784/06, § 53.

274 CEDH, Grande chambre, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et



En l'espèce, il s'agissait d'une peine de perpétuité réelle (*Whole life order*). De manière significative, la Cour rappelle d'emblée des éléments pertinents de droit européen, international et comparé concernant les peines perpétuelles et peines « *nettement disproportionnées* », puisque telle est précisément la question litigieuse.

Sur le plan des principes, la Grande Chambre reconnaît que toute peine nettement disproportionnée est contraire à l'article 3 de la Convention, tout en estimant qu'il ne sera satisfait au critère de la nette disproportion que dans des cas rares et exceptionnels²⁷⁵. Cependant, s'agissant des personnes en détention à vie, la Cour note que, « *même lorsque la perpétuité est un châtement mérité à la date de son imposition, avec l'écoulement du temps, elle ne garantit plus guère une sanction juste et proportionnée* »²⁷⁶. Dès lors, « *là où le droit national ne prévoit pas la possibilité d'un (...) réexamen [permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention], une peine de perpétuité réelle méconnaît les exigences découlant de l'article 3 de la Convention* »²⁷⁷.

Enfin, dans l'arrêt *Del Río Prada c. Espagne* de la Grande Chambre du 21 octobre 2013 que j'ai abordé concernant le principe de légalité, la Cour n'hésite pas à établir un lien entre l'exigence de proportionnalité et celle de prévisibilité dans le cadre de l'article 7 de la Convention : « *Aux yeux de la Cour, il est cohérent avec le principe de la prééminence du droit, dont l'article 7 constitue un élément essentiel, de s'attendre à ce que le juge du fond applique à chaque acte punissable la peine que le législateur estime proportionnée. Infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaldrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'État, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives* »²⁷⁸.

III. Le contrôle sur l'exécution de la peine

Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme est bien connu en ce qui concerne celui qu'elle exerce sur les modalités et le déroulement de la peine privative de liberté. Depuis des années, une jurisprudence abondante interroge les conditions de détention ainsi que les différents aspects de celle-ci au regard surtout de l'article 3 de la Convention mais aussi des articles 5 et 8, voire même 9 et 10²⁷⁹. Je ne vais évidemment pas reprendre tout cela ici²⁸⁰ même si je continue

3896/10.

275 *Ibid.*, § 102.

276 *Ibid.*, § 112 *in fine*.

277 *Ibid.*, § 121.

278 CEDH, Grande chambre, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, n° 42750/09, § 108.

279 V. A. Simon, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État*, Thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2014.

280 V. Fr. Tulkens, « Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la dir. de O. de Schutter et D. Kaminski, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 249 et

à penser, à la lumière des réalités vécues en Europe et dont les affaires qui arrivent à la Cour sont les témoins, que la peine de prison est, dans bien des cas, une peine honteuse, une « honte intellectuelle », comme le dit Ricoeur. Peut-on raisonnablement soutenir que, pour ceux qui en prison vivent dans des conditions sordides, la peine de prison a une valeur d'exemple (exemplarité de la peine) ? C'est plutôt un contre-exemple.

En revanche, je voudrais aborder une question controversée et actuellement en discussion, à savoir l'application des règles gouvernant le prononcé de la peine et les garanties dont celui-ci est entouré dans la Convention (surtout les articles 6 et 7) aux mesures d'exécution des peines. Sur la scène internationale comme dans beaucoup d'États parties, cet aspect du droit de l'exécution des peines est encore, très largement, un droit en voie de construction.

Traditionnellement, la CEDH, comme la Commission avant elle, établit une distinction entre les mesures qui constituent en substance une peine et les mesures relatives à l'exécution ou l'application de la peine. Ainsi, il a été jugé qu'une mesure ayant pour but la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle ne fait pas partie intégrante de la peine au sens de l'article 6 ou de l'article 7 de la Convention²⁸¹. L'enjeu est important, à mes yeux, car il s'agit de savoir si les garanties de la Convention doivent/peuvent s'étendre aux mesures d'aménagement des peines, qui se sont d'ailleurs de plus en plus judiciairisées dans de nombreux pays. Personnellement, je le pense. Tout d'abord, la distinction peine et exécution de la peine est fragile sur le plan intellectuel car la peine forme un tout dans la réalité. Comme la Cour l'a d'ailleurs dit elle-même dans l'arrêt *Kafkaris*, la distinction entre une mesure constituant une peine et une mesure relative à l'exécution d'une peine n'est pas toujours nette en pratique²⁸². Ensuite, plus fondamentalement, il n'y a pas de raisons convaincantes de faire des modalités de la peine une zone de non-droit alors qu'elles sont susceptibles d'affecter le parcours, voire même le destin, d'une personne et qui ne peuvent en aucune manière être soumises à l'arbitraire.

Au regard de l'article 6 de la Convention, il me semble que l'on observe une évolution dans la jurisprudence de la Cour s'agissant des procédures menées en milieu carcéral. Ainsi, la Cour a récemment consacré l'applicabilité de l'article 6 § 1, sous son volet civil, au contentieux relatif à des mesures de sûreté (placement en cellule de sécurité ou niveau de surveillance élevé²⁸³) et des procédures disciplinaires²⁸⁴. Il n'en va pas de même, toutefois, dans l'arrêt *Boulois c. Luxembourg* du 3 avril 2012 en ce qui concerne le congé pénal qui était qualifié de « faveur » en droit interne²⁸⁵.

s. ; F. Krenc et S. Van Droogenbroeck, « Les droits du détenu dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Le nouveau droit des peines : statuts juridiques des condamnés et tribunaux de l'application des peines*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 17 et s.

281 CEDH, Gde ch., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, § 142 ; CEDH, 15 décembre 2009, *Gurguchiani c. Espagne*, n° 16012/06, § 31 ; CEDH, M. c. *Allemagne*, 17 décembre 2009, § 121.

282 CEDH, Grande chambre, 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, § 142..

283 CEDH, 30 octobre 2003, *Ganci c. Italie*, n° 41576/98, §§ 20-26 ; CEDH, 11 janvier 2005, *Musumeci c. Italie*, n° 33695/96, § 36 ; CEDH, Grande chambre, 17 septembre 2009, *Enea c. Italie*, no 74912/01, § 107 ; CEDH, 6 avril 2010, *Stegarescu et Bahrin c. Portugal*, n°46194/06, § 39.

284 CEDH, 20 mai 2008, *Gülmez c. Turquie*, n°16330/02, §§ 27-31.

285 CEDH, Grande chambre, 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, n° 37575/04, §§ 95-104.



Introduisant le concept nouveau de « portée de la peine », l'arrêt *Del Río Prada c. Espagne* du 21 octobre 2013 me paraît ouvrir une voie nouvelle susceptible d'inclure désormais dans le contrôle de la Cour sur la peine les modalités d'exécution de celle-ci. Le raisonnement de la Cour s'organise autour de précédents significatifs. Ainsi, dans l'affaire *Kafkaris*, la Cour a admis que la manière dont le règlement pénitentiaire concernant les modalités d'exécution des peines avait été compris et appliqué par rapport à la peine perpétuelle que le requérant purgeait allait au-delà de la simple exécution. En effet, alors que la juridiction de jugement avait condamné le requérant à la réclusion à perpétuité pour le reste de sa vie, le règlement pénitentiaire précisait que cette peine s'entendait d'un emprisonnement pour une durée de vingt ans, les autorités pénitentiaires envisageant d'ailleurs la remise de la peine perpétuelle sur cette base. La Cour a estimé que « *la distinction entre la portée d'une peine perpétuelle et les modalités de son exécution n'apparaissait donc pas d'emblée* »²⁸⁶. Par ailleurs, dans l'affaire *Gurguchiani*, la Cour a estimé que le remplacement d'une peine d'emprisonnement – pendant la procédure d'exécution de celle-ci – par une expulsion assortie d'une interdiction du territoire pour une durée de dix ans constituait une peine au même titre que celle fixée lors de la condamnation de l'intéressé²⁸⁷. Enfin, dans l'affaire *M. c. Allemagne*, la Cour a considéré que la prolongation de la détention de sûreté du requérant par les tribunaux de l'exécution des peines, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis l'infraction, devait s'analyser en une peine supplémentaire prononcée contre lui rétroactivement²⁸⁸.

La Cour tient dès lors à souligner « *que le terme "infligé" figurant à la seconde phrase de l'article 7 § 1 ne saurait être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition toutes les mesures pouvant intervenir après le prononcé de la peine. Elle rappelle à cet égard qu'il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives (...)* »²⁸⁹. L'avenir nous dira si cette nouvelle voie se confirme.

Béatrice Bourgeois-Machureau,

Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public

Abordons à présent le deuxième thème de cette intervention, celui de l'intensité du contrôle exercé par le juge sur le prononcé des sanctions. Ce sujet revêt une très grande actualité pour le juge administratif. Il est incontestable qu'est à l'œuvre depuis plusieurs années un mouvement constant qui tend à l'approfondissement du contrôle exercé par le juge.

Rappelons qu'à l'origine, le juge administratif refusait d'exercer tout contrôle sur le choix de la sanction, estimant que cela entraînait dans la sphère de l'opportunité administrative.

286 CEDH, Grande chambre, *Kafkaris c. Chypre*, 12 février 2008, n° 21906/04, § 148.

287 CEDH, *Gurguchiani c. Espagne*, 15 décembre 2009, n° 16012/06, § 40.

288 CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, n° 19359/04, § 135 *in fine*.

289 CEDH, Grande chambre, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, n° 42750/09, § 88.



Ensuite, on a assisté à la mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel réel mais néanmoins empreint d'une certaine distance, tenant toujours à l'idée qu'en matière répressive, l'autorité qui sanctionne doit conserver une réelle marge de manœuvre, notamment pour choisir, dans l'échelle des sanctions dont elle dispose, celle qu'elle entend retenir. Cela explique qu'ait été privilégié, à partir de la fin des années 1970 et de la décision *Lebon*²⁹⁰, l'exercice d'un contrôle restreint, se limitant à censurer l'erreur commise lorsqu'elle apparaît manifeste, opéré par le juge sur la proportion entre les faits reprochés et la sanction infligée.

Puis, s'est ouverte une période marquée par une certaine hétérogénéité du contrôle selon les sanctions en cause. Ainsi, en 2006, était encore réaffirmée la volonté du juge de ne pas aller trop loin dans l'intensité de son contrôle s'agissant des sanctions disciplinaires infligées aux fonctionnaires avec l'arrêt *Touzard*²⁹¹, le commissaire du gouvernement appelant à l'époque, pas si lointaine, à se méfier en la matière de ce qu'il nommait une tendance à la pénalisation du droit en matière de sanction.

C'est en fait assez récemment, depuis moins de dix ans, qu'est à l'œuvre un mouvement constant d'intensification du contrôle exercé par le juge sur la proportion de la sanction aux faits reprochés à la personne sanctionnée.

Les principales étapes jurisprudentielles de cette évolution sont connues, depuis le passage au contrôle normal s'agissant des sanctions infligées aux membres d'une profession réglementée²⁹², la mise en œuvre d'un contrôle de pleine juridiction pour les sanctions infligées aux administrés²⁹³, l'évolution vers un contrôle normal s'agissant des sanctions prononcées à l'encontre des magistrats²⁹⁴, des sanctions infligées par les fédérations sportives pour des faits de dopage²⁹⁵, enfin des sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des agents publics²⁹⁶.

On le voit, cette évolution a eu lieu dans un laps de temps relativement court. Elle n'est d'ailleurs sans doute pas encore totalement achevée.

Aujourd'hui, on se trouve confrontés à une situation où l'exercice d'un contrôle restreint est devenu marginal sans avoir totalement disparu, et où sont mis en œuvre, à titre principal, deux types de contrôle juridictionnel : un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires et professionnelles, un contrôle de plein contentieux sur les sanctions administratives générales.

En ce qui concerne le contrôle de plein contentieux, on relèvera que, le plus souvent, c'est un texte qui confie expressément des pouvoirs de pleine juridiction au juge administratif.

290 CE, Section, 9 juin 1978, *Lebon*, rec. p. 245.

291 CE, Section, 1^{er} février 2006, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Mutuelle assurance des instituteurs de France (MAIF)*, n° 268147, rec. p. 38.

292 CE, Sect., *Arfi*, 22 juin 2007, n° 272650, rec.p. 263.

293 CE, Ass., 16 février 2009, *Sté ATOM*, n° 274000, Rec. p. 25.

294 CE, 27 mai 2009, *Hontang*, n° 310493, Rec. p. 207.

295 CE, 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme*, n° 324439, Rec. p. 925.

296 CE, Ass., 13 novembre 2013, *Mme Dahan*, n°347704.



Les pouvoirs dont dispose le juge dans l'exercice d'un tel contrôle sont, de loin, les plus étendus puisqu'il lui appartient non seulement de contrôler la sanction mais aussi de la réformer, c'est-à-dire de se substituer à son auteur. C'est certainement là que l'on se rapproche le plus de la compétence mise en œuvre par le juge répressif, dans la mesure où le juge administratif se trouve ainsi conduit à substituer entièrement son appréciation à celle de l'autorité qui a initialement prononcé la sanction.

À cet égard, l'avancée réalisée en 2009 apparaît considérable. De façon prétorienne, le Conseil d'État a en effet fait basculer l'ensemble du contrôle des sanctions prononcées par l'administration à l'encontre des administrés du côté d'un contrôle de pleine juridiction. On relèvera que cette évolution s'est faite en partie en considération de principes issus du droit pénal, en particulier celui de la rétroactivité *in mitius*.

À l'origine de cette évolution se posait la question de l'application de la loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise, et la date à laquelle le juge est appelé à statuer. Dans la stricte logique de l'excès de pouvoir, la légalité de la sanction ne peut, on le sait, être appréciée qu'à la date à laquelle celle-ci a été prononcée, ce qui, en principe, exclut toute prise en compte de circonstances de droit postérieures.

Que la rétroactivité *in mitius* s'applique aussi en matière de sanctions administratives ne faisait en réalité plus débat, comme cela avait initialement été le cas. En revanche, la difficulté tenait aux conséquences concrètes qu'il incombait au juge administratif de tirer de l'application de ce principe. Et cela a conduit à reconsidérer en profondeur l'office du juge. Pour autant, cette évolution n'a pas entraîné l'abandon en la matière du contrôle de l'excès de pouvoir. C'est ce qui explique la coexistence actuelle de ces deux types de contrôle.

Il nous semble qu'un certain consensus s'est fait aujourd'hui autour de l'idée que le recours en excès de pouvoir conserve toute sa place dans le contrôle des sanctions, dès lors qu'est mis en œuvre un contrôle poussé sur la nécessité et la proportionnalité de la sanction.

D'abord, s'agissant des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, qui impose que les sanctions prononcées puissent être déférées à un organe judiciaire de « pleine juridiction », il semble admis à ce stade, même si toute certitude est exclue, que ce contrôle de « pleine juridiction » ne saurait être assimilé au seul contrôle de plein contentieux, tel que nous l'entendons, mais inclut également l'entier contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir.

Certes, le plein contentieux présente deux avantages sérieux sur l'excès de pouvoir : il permet d'appliquer la loi postérieure plus douce et ne place pas le juge administratif dans la logique binaire qui le conduit nécessairement à valider ou à annuler la sanction, sans possibilité de lui substituer une sanction plus adéquate.

Toutefois, comme l'observait Rémi Keller dans ses conclusions sur l'arrêt *Dahan*, force est de reconnaître que le contrôle d'excès de pouvoir a fortement évolué ces dernières années et qu'il n'est pas impossible, en faisant preuve d'un peu



d'imagination, de concevoir une manière d'articuler sa mise en œuvre avec le respect du principe de rétroactivité *in mitius*. En outre, la limite liée à l'alternative dans laquelle se situe le juge, entre validation et annulation, ne doit pas être surévaluée, dans la mesure où c'est à l'autorité compétente qu'il appartient, à partir de la décision juridictionnelle, de prononcer une nouvelle sanction pour les faits en cause si la précédente a été annulée. Et c'est bien, on l'a dit à titre liminaire, la spécificité même de la procédure administrative répressive que de conférer en principe ce rôle, non au juge, mais à l'autorité administrative.

On peut d'ailleurs relever à cet égard, comme cela a été noté ce matin, que, s'il existe aujourd'hui deux types de contrôle, cette dichotomie répond à la différence de nature qui distingue les sanctions disciplinaires, réservées à un groupe déterminé de personnes, et les sanctions administratives générales, applicables à tout administré.

Les secondes sont plus proches dans leur nature de la répression pénale, puisqu'elles s'adressent à tous. Il n'est donc pas illogique, comme le relevait là encore Rémi Keller dans ses conclusions, que le juge exerce un office proche du juge pénal, qui lui permette notamment de prononcer lui-même la sanction la mieux adaptée.

En revanche, les sanctions disciplinaires, à l'instar de celles infligées aux membres des professions réglementées, concernent des personnes qui appartiennent à un groupe social organisé, cette appartenance étant susceptible de justifier l'existence de contraintes particulières. Ainsi, s'agissant des sanctions disciplinaires de la fonction publique, elles répriment incontestablement le manquement de l'agent à des obligations particulières auxquelles lui-même a souscrit. La même analyse est transposable aux sanctions professionnelles.

On peut alors admettre que, dans une telle configuration, l'administration dispose d'une plus grande marge de manœuvre et, par conséquent, que le juge répugne à décider lui-même de la sanction qui doit être infligée.

Si ces quelques considérations offrent, nous semble-t-il, des éléments de justification à la coexistence de l'excès de pouvoir et du plein contentieux en matière de contrôle des sanctions par le juge administratif, il n'en demeure pas moins que l'on peut légitimement se demander, là encore, si l'équilibre actuel est appelée à se pérenniser ou si un plateau de la balance va finir par l'emporter sur l'autre. L'avenir le dira.

Marie-France Mazars

*Doyen de la Cour de cassation honoraire,
Modératrice*

Ce qui est intéressant, c'est que c'est la même position qui est prise en droit social : le juge prud'homal peut seulement annuler une sanction, qu'elle soit irrégulière ou disproportionnée, et ne peut pas substituer sa propre sanction, une autre sanction, à celle prononcée par l'employeur.

L'entreprise, c'est un groupe, exactement comme ce que vous venez de décrire, et le parallèle peut être fait. On découvre ainsi des coïncidences de jurisprudences.



Quelques mots sur le contrôle de l'exécution de la sanction. Je voulais signaler, et je ne rentrerai pas dans un examen approfondi, la spécificité de l'intervention du juge pénal en la matière.

En effet, le juge pénal est autonome, il prononce la sanction lui-même. Il se contrôle à travers son système, par le juge d'appel et par le juge de cassation. Ce que je voulais signaler, c'est une originalité de plus en plus grande de la peine privative de liberté avec cette possibilité immédiate qu'à un juge, qui est le juge de l'application des peines, de remettre immédiatement en cause la nature de la sanction qui a été prononcée.

Traditionnellement, l'exécution de la peine est du ressort du ministère public (article 708 du code de procédure pénale). Toutefois, en réponse tant à la surpopulation pénale qu'au souci d'éviter le choc de l'incarcération, la loi a organisé un circuit, extrêmement complexe, préventif à l'incarcération d'une personne pourtant condamnée à une peine privative de liberté.

C'est en effet un trait frappant de l'évolution moderne de la justice pénale que le réexamen rapide de la peine privative de liberté par l'intervention du juge de l'application des peines, alors qu'il est un juge du même niveau ou de niveau inférieur à celui qui a prononcé la condamnation. C'est ainsi que l'article 707, alinéa 2 du code de procédure pénale prévoit, depuis la loi du 24 novembre 2009²⁹⁷, que les peines sont aménagées avant leur mise à exécution, ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou son évolution le permet. Ainsi, le juge prononce une peine qui est immédiatement soumise à l'examen d'un autre juge qui, en l'aménageant, la transforme totalement.

En cas de condamnation d'une personne non incarcérée à une peine ou à un reliquat de peine n'excédant pas deux ans (ou un an si l'état de récidive a été retenu), le juge de l'application des peines, après une instruction contradictoire, peut transformer la peine. Les pouvoirs de ce juge sont considérables : il peut décider des mesures suivantes : la semi-liberté (art 723-1 du code de procédure pénale) ; le placement à l'extérieur sous surveillance électronique (article 723-10) ; la suspension ou le fractionnement de la peine (articles 720-1 et 720-1-1) ; la conversion en sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ou de jours-amendes (article 132-57 du code pénal et article 747-2 du code de procédure pénale). Le juge de l'application des peines peut même décider la libération conditionnelle *ab initio* si la situation du condamné répond aux conditions de délai et qu'il manifeste des efforts sérieux de réinsertion (article D147-8 du code de procédure pénale).

Pour permettre la mise en œuvre de ces mesures, les articles 723-15 à 723-15-2 du code de procédure pénale prévoient notamment que le ministère public ou la juridiction de jugement doivent informer le juge de l'application des peines, en cas de condamnation d'une personne non incarcérée à une peine ou à un reliquat de peines n'excédant pas deux ans. Avant de se prononcer sur l'octroi d'une telle

297 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.



mesure, la juridiction de l'application des peines peut dans le même jugement relever le condamné de certaines interdictions afin de permettre l'octroi des mesures (article 712-2).

Toujours dans la perspective d'éviter l'incarcération des condamnés, l'article 723-18 prévoit que lorsqu'un condamné doit exécuter un reliquat de peines inférieur ou égal aux réductions de peines susceptibles d'être octroyées, le juge de l'application des peines peut accorder cette mesure sans qu'il soit nécessaire que la personne soit à nouveau écrouée. La loi a donc donné à la juridiction de l'application des peines de première instance un pouvoir exceptionnel de remise en cause de la peine d'emprisonnement prononcée par le tribunal correctionnel, voire par la cour d'assises. Le juge exerce ce pouvoir sous le contrôle de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel et de la Cour de cassation.

On voit par là même qu'il y a une remise en cause immédiate de la sanction privative de liberté. Cela rejoint peut-être ce qui a été évoqué tout à l'heure par Mme Tulkens, ou ce que j'ai cru comprendre : il y a, au fond, une mauvaise conscience du législateur et de la société en général vis-à-vis de la peine privative de liberté. Quelle est en effet la cohérence cartésienne de cette peine, que l'on prononce et que l'on remet en cause tout de suite ? Je rejoins à ce niveau, pour être très bref, un mot qu'a eu M. le Contrôleur général Delarue ce matin, en disant que « *la conscience collective ne semble pas fixée sur le sens de la peine privative de liberté* ».





Séance de clôture : synthèse à deux voix des travaux de la journée

Didier Boccon-Gibod,

Premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Titulaire d'un diplôme d'études supérieures en droit privé, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Didier Boccon-Gibod, magistrat depuis 1978, est Premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis septembre 2012. Il a été, de 2010 à 2013, commissaire du Gouvernement près le Tribunal des conflits. Hormis des fonctions de nature administrative ou technique (inspection générale des services judiciaires, cabinet ministériel), il a accompli l'ensemble de sa carrière au parquet, à Aix-en-Provence, Marseille, Lyon et Paris. L'exécution des peines a été parmi ses spécialités. Il collabore régulièrement à la *Revue trimestrielle de sciences criminelles* dont il tient, avec un collègue et un universitaire, la rubrique « procédure pénale ». Il est également membre du comité de rédaction de la revue AJ pénal (Dalloz).

Christian Vigouroux,

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Christian Vigouroux a été nommé auditeur au Conseil d'État à sa sortie de l'ENA (promotion Guernica, 1976). En 1981, il rejoint le ministère chargé de l'urbanisme (directeur adjoint de l'urbanisme), avant d'être nommé en 1985, directeur de cabinet du secrétaire d'État chargé des universités. Commissaire du Gouvernement près l'assemblée du contentieux et des autres formations de jugement du Conseil d'État de 1986 à 1989, il est nommé cette année-là directeur du cabinet du ministre de l'intérieur. En 1992, il rejoint la section des travaux publics et la section du contentieux du Conseil d'État comme commissaire du Gouvernement. De 1994 à 1997, il est rapporteur général de la Commission supérieure de codification. En 1997, il est nommé directeur du cabinet du garde des sceaux, ministre de la justice, puis en 2000, directeur du cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité. En 2002, il est nommé président de la 10^e sous-section de la section du contentieux, puis président adjoint de cette section de 2008 à 2012. Il est professeur associé de 1996 à 2012. Il préside le groupe « déontologie et indépendance de l'expertise » de la Haute Autorité de santé de sa création en 2006 au 1^{er} août 2012. Il est nommé directeur de cabinet de la ministre de la justice, le 18 mai 2012, puis président de la section du rapport et des études du Conseil d'État à compter du 14 mars 2013.

En cette heure presque tardive, nous voudrions, M. le président Vigouroux, et moi-même, vous proposer non pas une synthèse des travaux de cette journée très dense, mais plutôt une brève conclusion pour laquelle nous avons l'un et l'autre, d'un commun accord, choisi deux thèmes que nous exposerons successivement en quelques minutes, sans méconnaître que d'autres sujets auraient certainement mérité d'être mis en avant. Nous tenterons ensuite, dans cet exercice à deux voix, de passer en revue ce qui, dans la notion même de sanction, serait source d'interrogations, ou au contraire justifierait sa nécessité. Il y aura en quelque sorte un procureur et un avocat pour la sanction.

En cette fin d'après-midi, nous serions d'abord tentés d'avancer, tel M. Jourdain qui découvre la prose, que finalement, dans la mesure où comme en physique, toute action entraîne une réaction, tout est sanction. C'est une problématique, pourrait-on dire, qui remonte à la nuit des temps. Les lecteurs de l'Ancien Testament ne manqueront pas de rappeler que si Adam et Ève avaient été plus sérieux, nous n'en serions pas là ... Donc, tout est sanction.

Ma première observation sera pour souligner que, dans le très riche catalogue qui s'offre à nous, la peine privative de liberté est à tous égards une mesure à part. Ne serait-ce que parce qu'elle n'est prononcée que par des juridictions judiciaires répressives. Pour autant, je ne crois pas que l'on puisse dire que tout regard croisé est impossible à son sujet.

Le Conseil d'État a au contraire joué un rôle décisif en ce domaine en abandonnant, avec son célèbre arrêt *Marie* du 17 février 1995²⁹⁸, sa jurisprudence séculaire dite des mesures d'ordre intérieur. La juridictionnalisation administrative a, en quelque sorte, précédé la juridictionnalisation judiciaire, sur laquelle je voudrais insister un instant.

Progressivement s'est imposée l'idée non plus d'exécution mais d'application des peines, qui est en quelque sorte une exécution intelligente, sous le contrôle d'un juge portant ce nom. De l'application, on est passé à l'aménagement, et de l'aménagement, mesure administrative, à l'aménagement juridictionnel.

Pour autant, nombre de mesures restent dans le giron de la juridiction administrative. Tout particulièrement celles qui relèvent de la procédure disciplinaire. La loi pénitentiaire tant attendue de 2009²⁹⁹ aurait pu donner au législateur une occasion de créer un bloc de compétence, au profit du juge judiciaire, par lequel tout ce qui touche à la vie en prison aurait été regardé comme procédant du fonctionnement du service de la justice et relevant à ce titre des juridictions judiciaires. Cette opportunité, pourrait-on dire, de « décroiser le regard » n'a pas été saisie. Fallait-il le faire ? C'est un autre sujet de débat.

298 CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, n° 97754, Rec. Lebon p. 82 et 85.

299 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.



Le second thème que je voudrais très brièvement aborder est le cumul des sanctions. Il paraît suffisant de rappeler, comme il a été montré au cours de cette journée, que les autorités d'où peut tomber une sanction sont nombreuses, c'est peu de le dire. Le danger est donc réel de voir une personne sanctionnée plusieurs fois pour un même fait. Dans certains cas, il serait choquant qu'il en fût autrement : on pense au médecin agresseur, à l'avocat prévaricateur, qui vont comparaître devant une juridiction pénale et le conseil de discipline de leur ordre (c'est une hypothèse d'école, bien entendu). Dans d'autres cas, la situation peut poser problème et la France s'en est bien rendue compte quand elle a inscrit une réserve contre l'article 4 du protocole 7 de la Convention EDH relatif au droit de ne pas être jugé ou puni deux fois. Réserve que ne contient pas en revanche, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'application directe pour tout ce qui concerne le droit de l'Union.

D'un côté on comprend la logique selon laquelle il y a faute distincte lorsqu'il est manqué d'une part à une loi, et d'autre part à un règlement. Mais cette logique est-elle parfaite lorsqu'un comportement unique réunit les deux manquements ? La Cour de Strasbourg nous rappelle à cet égard, par son arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009³⁰⁰, qu'une différence de qualification ne suffit pas à justifier une double poursuite.

Il reste que, sauf à l'état « chimiquement pur », le cumul n'est pas systématiquement condamné, mais placé sous une surveillance particulière, pour éviter, selon la formule que Mme le conseiller Koering-Joulin a trouvée dans une décision de 1870 de la cour d'assises des Pyrénées orientales, que l'éviction de la règle *non bis in idem* heurte « un principe supérieur de dignité, de justice et d'humanité »³⁰¹.

Nous devons donc être très attentifs aux dispositifs inscrits dans les traités, dans la loi, dans les décisions du Conseil constitutionnel, qui tendent à limiter les effets d'un cumul même imparfait. C'est ainsi que, dès le 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel juge que le montant cumulé des sanctions respectivement prononcées à raison des mêmes faits par les juridictions judiciaires et la Commission des opérations de bourse ne peut dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues³⁰².

L'article L. 621-16 du code monétaire et financier s'inscrit dans cette ligne quand il prévoit que le juge judiciaire peut ordonner que l'amende déjà prononcée par la Commission des sanctions de l'AMF s'imputera sur celle qu'il va lui-même ordonner. Ainsi, s'il est un domaine de prédilection du regard croisé, c'est sans doute celui du cumul des sanctions.

300 CEDH, Grande chambre, 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03.

301 Cour d'assise des Pyrénées-Orientales, 18 juillet 1870, cité par R. Merle et A. Vitu, n°294.

302 CC, Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.



À mon tour, et pour poursuivre cette conclusion à deux voix, je reviendrai sur deux thèmes : la diversification des sanctions (1) et le sens de la sanction (2).

1. La diversification de la sanction est constante

Le phénomène de création de sanctions nouvelles doit être maîtrisé, car l'imagination peut sortir du droit. Certes, la légalité des peines sert à nous en empêcher. Mais la diversification des sanctions, qui a des conséquences procédurales, comme nous l'a bien montré la deuxième table ronde, peut surprendre.

En matière de sanction, l'imagination n'est pas toujours bonne conseillère mais, parfois, la diversification se révèle utile.

Dans un premier temps, nous verrons que l'imagination n'est pas toujours bonne conseillère. Ainsi, le principe de l'interdiction des sanctions pécuniaires dans le monde du travail est survenu pour brider la créativité de certains employeurs. L'article L. 1331-2 du code du travail dispose ainsi que « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* », même si la réduction du salaire est possible si elle résulte du règlement intérieur relatif à l'horaire mobile³⁰³. Ce principe général du droit du travail est repris par le Conseil d'État pour les entreprises dont il a à connaître³⁰⁴.

Il est des sanctions qui sont des exclusions, et les exclusions peuvent être discriminantes : on pense aux sanctions « déguisées » (j'ai été sensible à ce que M. Stahl a dit à ce sujet) ou imprévues (évoquées par M. Delarue). Ce peut être une autre forme de « classement » disciplinaire en « liste noire ». Dans *La Misère du monde* de Pierre Bourdieu³⁰⁵, un syndicaliste expliquait qu'« *aujourd'hui, on dit « merde » à un patron, ça y est c'est fini ! On est classé zéro, comme à Peugeot et puis c'est tout !* ». La sanction n'a pas besoin d'être dans le droit, pour être pire que le droit. La sanction, comme tout autre acte de droit, est dangereuse quand elle avance masquée.

On peut encore penser à la sanction d'interdiction de peindre infligée à un peintre anti-nazi dans *La leçon d'allemand* de Siegfried Lenz³⁰⁶. Le peintre s'indigne et refuse de signer le bordereau d'enregistrement de la sanction. Mais ce sera suivi de la confiscation des peintures, sanction au carré, si l'on peut dire : « *et le peintre d'un ton amer : ils n'y croient pas, ils n'y croient pas eux-mêmes, bande de cinglés : interdiction de peindre, interdiction d'exercer sa profession, et pourquoi pas aussi interdiction de manger et de boire, impossible de signer lisiblement un truc pareil* ».

303 Cass. Soc., 10 novembre 1988, n° 86-41.100.

304 CE, Ass. 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, n° 66405.

305 P. Bourdieu (dir.), *La misère du monde*, Seuil, 1993.

306 S. Lenz, *La leçon d'allemand*, Robert Lafont, *Pavillons Poche*, 2009, p. 38.

Jusqu'où aller pour sanctionner ? Nous savons être créatifs en ce domaine, ainsi dans certaines maisons de retraite : « *Marie Louise se penche pour ramasser un pétale de rose. Il est absolument interdit de cueillir des fleurs. [Elle] en a cueilli un jour et elle a été privée de jardin pendant sept mois, un mois par fleur...* ». Bien sûr cette histoire, contée par William Trevor dans *En lisant Tourgueniev*³⁰⁷, reste une métaphore. Mais ce n'est probablement pas un hasard si le Contrôleur général des lieux de privation de liberté demande aujourd'hui au Gouvernement et au Parlement l'extension de ses compétences de contrôle aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD).

Longtemps, il y a eu des sanctions parfaitement légales, mais terribles, comme l'exil forcé narré par Victor Hugo dans *Histoire d'un crime*³⁰⁸, sanction brutale et sociale, souvent improvisée jusque dans la rédaction du décret de bannissement : « *le décret nous appela ces individus ce qui fit dire à Victor Schoelcher cette fière parole – ces gens-là ne savent pas même exiler poliment* ». Car la sanction doit être polie, c'est-à-dire claire et comprise et, en principe, motivée – Mme Tulkens a dit des choses très fortes à ce sujet. L'imagination s'épanouit. On pense encore aux « sanctions pédagogiques » pour la prostitution, ou au débat vif sur la sanction de suspension d'accès à internet, peine complémentaire qui a finalement été supprimée du décret du 9 juillet 2013³⁰⁹.

Je me méfie de la diversification des sanctions et de l'inventivité des juristes en matière de sanction mais, en même temps, la diversification, on l'a montré, est utile.

Ainsi, la résolution législative du Parlement européen du 20 novembre 2013 sur l'égalité homme/femme³¹⁰ prévoit des sanctions : « *elles doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* » et peuvent inclure « *l'exclusion des appels d'offres publics et l'exclusion partielle des financements des fonds structurels de l'Union* », ce qui est particulièrement grave pour certaines entreprises. On attend le vote d'une directive sur cette question, ce qui suppose l'accord des États.

Les sanctions peuvent frapper la personne sur sa réputation, son patrimoine, son activité (par le licenciement ou la mise à pied).

Mais la sanction peut être collective : ainsi par exemple le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) peut prononcer la suspension d'un programme, la réduction de la durée de l'autorisation de diffusion, une sanction pécuniaire ou même le retrait de l'autorisation. Dans le même sens, l'ordonnance prise en application de la loi du 29 décembre 2011 sur les produits de santé³¹¹ permettra à l'Agence nationale

307 W. Trevor, *En lisant Tourgueniev*, Phebus, Libretto, 1998.

308 V. Hugo, *Histoire d'un crime*, La Fabrique, 2009.

309 Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle.

310 Résolution législative du Parlement européen du 20 novembre 2013 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes (COM(2012)0614 – C7-0382/2012 – 2012/0299(COD)).

311 Ordonnance n° 2013-1183 du 19 décembre 2013 relative à l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé et à l'adaptation des prérogatives des autorités et



de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) de sanctionner, par la suspension de l'activité, un opérateur de la chaîne des produits de santé. En matière sportive, en urbanisme, les sanctions sont adaptées à l'activité, comme le déclassement au sein des championnats dans le premier cas, la destruction de la construction dans le second cas. Au pénal, la diversité des sanctions est le principal enjeu et la principale ambition du projet de loi sur la réforme pénale déposé par le Gouvernement en 2013. La diversification signifie la différenciation, la hiérarchisation, l'adaptation et finalement la personnalisation de la peine, grand principe des démocraties.

Mais force reste à la loi : ainsi en droit administratif, Pascale Gonod, dans son *Traité de droit administratif*³¹² affirmait que : « *l'infliction d'une sanction non prévue par un texte constitue un moyen d'ordre public pour le juge administratif* », ce que confirme le Conseil d'État³¹³.

2. Les sens de la sanction

À quelles fins sont utilisées les sanctions ? La finalité première de la sanction, c'est de punir : oui, mais punir pourquoi ?

Pour défendre un intérêt public, nous a dit M. le professeur Petit, et pourquoi pas, pour ce qui est des sanctions en entreprise, y voir un intérêt public économique, le maintien de l'ordre public économique, un souci de maintenir la paix publique au sein de l'entreprise ; pour éviter la récidive – c'est l'apport des études criminologiques, qui ont montré qu'une sanction bien comprise, diversifiée et adaptée, peut contribuer, modestement, à réduire la récidive ; pour rétribuer et restaurer, nous a dit Mme le professeur Giudicelli-Delage ; souvent, et parfois plus qu'on ne le voudrait, pour exclure et marquer, notamment par la publicité de la sanction relayée et amplifiée par l'explosion du numérique ; la sanction peut aussi réguler des marchés, les crédibiliser et les sécuriser, et donc attirer les investisseurs sur ces marchés – on peut mentionner en ce sens la loi sécurité financière du 1^{er} août 2003³¹⁴ ou encore la décision de l'Autorité des marchés financiers du 7 novembre 2013³¹⁵, sanctionnant un opérateur parce qu'il avait diffusé des informations erronées mais « *sans volonté de nuire* » ; quelquefois, elle a des fonctions surprenantes : l'avis de la Cour de cassation du 21 décembre 2006³¹⁶, affirme que l'amnistie de sanction disciplinaire ou professionnelle dont a bénéficié un salarié ne peut avoir pour effet de l'empêcher d'invoquer ces sanctions au soutien d'une demande tendant à établir qu'il a été victime de harcèlement : « *Le juge ne peut refuser de rechercher si ces sanctions sont de nature à caractériser les faits allégués par le salarié* ».

Face à ces multiples finalités, l'art du juge est de concilier, comme nous l'a dit M. le conseiller Guérin. C'est un vaste programme.

des agents chargés de constater les manquements.

312 P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, 2011.

313 CE, 24 novembre 1982, *Ministre des transports c/ héritiers Malonda*, n° 32944, rec. p.720.

314 Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

315 AMF, Décision de la Commission des sanctions du 7 novembre 2013, à l'égard de MM. J.-P. Chevallier et M. Shedlock, SAN-2013-24.

316 Cass, 21 déc. 2006, avis n° 0060014P.



Dans cet exercice consistant à s'interroger sur l'utilité de la sanction me revient, un peu à contre-emploi, le rôle de procureur contre la sanction : quels griefs peut-on inscrire contre le principe même de la sanction ? Je n'irai pas, même pour les besoins de la cause, jusqu'à défendre une théorie quasi-anarchiste. Mais je crois qu'il peut exister des interrogations légitimes.

Je crois par exemple à la vanité de la recherche de la sanction à tout prix. L'observation n'est pas si incongrue en cette époque où tout nouveau texte se doit d'avoir un volet répressif. Je crois que l'on doit s'inscrire en faux contre cette horrible phrase de Joseph de Maistre « *le glaive de la justice n'a pas de fourreau* »³¹⁷ et préférer celle, bien connue, de Victor Hugo pour qui « *ouvrir une école c'est fermer une prison* ». Et je pense avec effroi à ce procureur qui proférait « *Victor Hugo avait tort* ». Il n'est pas donné à tout le monde d'infliger un zéro pointé à Victor Hugo ! Il faut à mon sens dénoncer avec force le leurre, pour ne pas dire l'escroquerie, de la tolérance zéro. Sorte d'incantation magique, relevant de cette logique absurde par laquelle il faudrait supprimer le wagon de queue parce qu'il est le plus dangereux.

L'idée même de sanction peut d'ailleurs alimenter les fantasmes les plus fous. Tel cet instrument de torture que Franz Kafka met en scène dans *La colonie pénitentiaire*³¹⁸ et qui grave jusqu'à ce que mort s'ensuive dans le corps du condamné une sentence en rapport avec son crime de sorte que, dans ce châtiment, se rejoignent l'arbitraire et la vengeance.

Et pourtant, la sanction ne peut être ni arbitraire ni vengeance. Elle repose sur des règles qui sont la nécessité, la légalité, la proportionnalité, l'individualisation, principes évoqués aujourd'hui. La société punit des transgressions mais n'exerce pas une vengeance : les concepts de vie sociale et de vengeance sont d'ailleurs antinomiques.

Mais n'y a-t-il pas un soupçon de vengeance dans toute peine ? Je pense à ce directeur de maison d'arrêt auprès de qui je vantais les mérites d'une future loi pénitentiaire, et qui me répondait : « *vous oubliez, dans ce projet, que la peine c'est aussi fait pour souffrir* ». Je pense au déplacement du centre de gravité du procès pénal de l'auteur vers la victime. Je pense à cette émergence d'un discours selon lequel la punition fait partie de la réparation : n'est-ce pas la vengeance qui revient par la petite porte ?

Le problème est crucial quand il faut statuer sur les dommages-intérêts sur le seul appel de la partie civile après relaxe définitive du prévenu : comment ne pas confondre la réparation accordée, avec la sanction d'une personne déclarée définitivement innocente ? L'arrêt *Lagardère c. France* du 12 avril 2012 de la Cour de Strasbourg³¹⁹ nous invite ici à une très grande prudence.

317 J. de Maistre, *Les soirées de Saint-Petersbourg*, Éditions du Sandre (rééd. de 2006), 344 p.

318 F. Kafka, *La colonie pénitentiaire et autres récits*, Folio, 1973.

319 CEDH, 12 avril 2012, *Lagardère c. France*, n° 18851/07.



Je pense aussi que la sanction prête à interrogation quand elle est inadaptée. L'interrogation peut porter sur les amendes irrécouvrables, sur les courtes peines désocialisantes. Elle peut porter sur la sanction qui n'est pas ressentie comme telle par celui qui la subit : tout le monde a rencontré, du moins au sein des tribunaux judiciaires, ces personnes qui disent qu'elles n'ont jamais été condamnées, alors qu'on découvre, sur le casier judiciaire, deux ou trois peines d'emprisonnement avec sursis.

Interrogation, enfin, sur les peines subies dans des conditions qui nous valent une condamnation par la Cour de Strasbourg : où est l'exemplarité quand celui qui met la peine à exécution n'est lui-même pas exemplaire, soit parce que le lieu de privation de liberté est sordide, soit parce que celui qui subit la peine est dans un état qui rend la sanction infiniment plus sévère ? – et je rejoins complètement les observations sur les sanctions irrégulières de M. Delarue. La chambre criminelle a ainsi censuré le 7 janvier 2009³²⁰ un arrêt par lequel une chambre d'instruction refusait de prendre en compte le grand handicap d'un détenu qui demandait des conditions de détention compatibles avec son état de santé. Le regard se croise ici avec le Contrôleur général des lieux privatifs de liberté de même qu'avec le juge administratif.

Ne voit-on pas pointer le danger de la sanction qui isole, qui rend fou, qui pousse à la révolte, qui encourage en définitive le condamné à la récidive (tout le monde connaît l'expression « prison école du crime ») ?

L'interrogation porte encore sur le caractère automatique du prononcé d'une peine, qui écarte la liberté d'appréciation du juge : en France, les peines planchers ; dans certains États américains, la loi dite « des trois coups » par laquelle un vol de pizza en double récidive est puni de vingt ans de prison, voire de la perpétuité.

L'interrogation porte enfin sur le décalage entre les objectifs poursuivis et les moyens mis en œuvre (le manque de personnel éducatif peut être évoqué), sur le cumul des sanctions judiciaires et administratives ressenties comme punissant deux fois le même acte, il en a déjà été question.

Sans être un dangereux contestataire, et en restant dans un esprit tout à fait constructif, on peut dire qu'il y a matière à interrogation autour de la sanction. Mais celle-ci va trouver un ardent défenseur en la personne de M. Christian Vigouroux.

Christian Vigouroux

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Dans les deux approches de l'idée de sanction que nous vous présentons, je suis, bien sûr, d'accord avec les incertitudes excellemment présentées par M. Boccon-Gibod. Il me revient de dire quelques mots sur la nécessité de la sanction.

Peut-on encore punir ? La société a besoin des dents de la loi, si elle veut que la vie collective demeure. L'efficacité de la sanction a été mise en valeur par Mme Bourgeois-Machureau. Et sa nécessité dans les procédures de masse (sécurité routière) a été soulignée par M. Desportes.

320 Cass. Crim., 7 janvier 2009, n°08-83364, Inédit.



Encore faut-il avoir le courage de la sanction. Est-il normal que près de la moitié des sanctions contre des fonctionnaires d'État soient prises dans la seule police nationale ? D'autres services ne connaissent-ils pas de raisons de sévir ? Et quelle administration ne se reconnaît pas dans le propos de Marc Bloch dans *Étrange défaite*³²¹, décrivant une erreur non sanctionnée, et les raisons de cette non-sanction : « *ajoutez la peur des « histoires », le souci de diplomatie qui, chez des hommes en mal d'avancement, devient une seconde nature, la peur de mécontenter un puissant d'aujourd'hui ou de demain* ».

Du côté du droit pénal, on a une spécificité, à savoir la peine privative de liberté. Elle permet la soustraction du droit d'aller et venir, et ce n'est peut-être pas la peine d'aller chercher l'humiliation, la peine, la souffrance, ou des concepts plus ou moins moraux. La soustraction de droits et la rupture du lien physique avec l'extérieur est déjà une sanction qu'il faut avoir approché pour en comprendre l'importance.

La sanction apparaît donc indispensable. Elle est inhérente à la vie en commun. Elle est inhérente à l'effectivité de la loi, car il n'y a pas de droit sans sanction, comme l'affirmait Hans Kelsen, dans *Reine Rechtslehre*³²², cité ce matin. Elle est inhérente à la liberté dès lors qu'elle est procéduralisée. Ainsi, on peut rappeler le discours du premier secrétaire de la conférence de l'ordre des avocats aux Conseils, le 2 décembre dernier, sur l'affaire Lally-Tollendal et les modes de sanction d'un militaire et haut fonctionnaire en 1766 : « *Choiseul ne veut pas s'embarrasser d'un vaincu, il ne veut pas le recevoir. Louis XV, hésitant, finit par céder. Une lettre de cachet embastille Lally.* ». C'est là le contraire de la procédure, et la procédure c'est notre liberté, qu'elle soit judiciaire ou administrative. Elle est un panneau indicateur vers le respect des droits, le contraire d'une « chaîne pénale » parce qu'elle n'enferme pas mais libère, le certificat contre l'arbitraire et la condition *sine qua non* d'une sanction admise et utile. Avec, aujourd'hui, c'est une garantie supplémentaire, la recherche d'harmonisation européenne.

Nous avons besoin des différents types de sanction, pénale, civile et administrative. En admettant que la sanction est toujours, ou devrait être une soustraction de certains droits sans recherche d'humiliation, comme le soulignait Mme Tulkens. La sanction légale est protectrice de la vengeance qui rôde toujours autour de nous comme en nous. Éviter définitivement la conception brutale et illégale de l'officier colonial dialoguant avec un administrateur dans *Une histoire birmane* de George Orwell³²³ :

« Vous aurez toujours la ressource de mettre le grappin sur les meneurs et de leur flanquer une bonne dégelée de coups de bambou. C'est mieux que de les dorloter dans nos foutues prisons.

- Hmm ! peut-être bien Mais ce n'est pas possible de nos jours. Toutes ces lois gants de velours, ont est bien obligés de les observer, je suppose, puisqu'on a été assez fous pour les faire.

321 M. Bloch, *Etrange défaite*, Gallimard, Folio histoire, 1990.

322 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Mohr Siebeck, 2008.

323 G. Orwell, *Une histoire birmane*, Ivrea, Champ libre, 2004.



- Au diable les lois ! Les coups de bambou, c'est encore le seul truc qui flanque les jetons aux Birmans »

Les lois « gants de velours » sont tout simplement un autre nom de la « procédure » qui mène au tact et à la mesure. Maud Vialettes nous a d'ailleurs dit à ce sujet que l'élaboration en France d'un code de la procédure administrative progressait. On observe le même élan en Europe. J'étais l'autre jour au congrès des conseillers d'État européens à La Haye, où le seul sujet était celui de la naissance d'un code de procédure administrative, y compris sur les sanctions. En droit pénal, évidemment, le code de procédure pénale est fondamental, en particulier son article préliminaire.

Par ailleurs, la sanction doit être proportionnée : la proportionnalité est difficile à maintenir alors que les sanctions se multiplient. Ainsi, dans le domaine des entreprises de produits de santé, apparaît la possibilité de sanctionner avec la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) de 2003³²⁴, puis dans le code de la santé en 2008, pour publicité de médicament sans visa. Avec la loi du 29 décembre 2011 sur la sécurité sanitaire³²⁵, on passe de zéro à quatorze cas de sanctions puis, avec le projet d'ordonnance en décembre 2013, à quarante-quatre cas de sanction par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). On a là une inflation des sanctions techniques, et parce qu'elles sont techniques, on ne pense pas à en faire le compte. Mais le paysage s'alourdit, et chaque sanction doit respecter la proportionnalité.

Pour que la nécessité de la sanction soit retenue, il faut la « civiliser ». Ainsi, font partie de la sanction administrative ou pénale l'adaptation, l'indulgence, l'amnistie, le pardon ; sans illusion ni systématisme, encore moins automatisme, mais comme possibilité, comme issue dans le parcours de peine.

Je rappellerai ici les propos de Gregor Von Rezzori dans *L'Hermine souillée*³²⁶ : « le peuple s'oppose presque par la force à la révocation d'un fonctionnaire concussionnaire parce que sa fraude était trop grossière pour mériter un châtement. Cela vous semble oriental ? Non, c'est tout à fait européen, c'est baroque ». Le peuple sait d'instinct que le grand criminel ou le grand fraudeur serait faiseur de système et de dissimulation. La sanction peut et doit prendre en compte l'intensité d'intention cachée. Et le juge, critiqué en même temps comme trop laxiste ou trop sévère, doit savoir juger sous la pression des tiers mais en pleine indépendance. À ces conditions, oui, la sanction est nécessaire.

Il nous reste, à Didier Boccon-Gibod et à moi-même, à chaleureusement remercier le Premier président et le Procureur général de la Cour de cassation qui nous ont accueillis ; tous nos présidents de table ronde et tous nos orateurs brillants, qui nous ont permis de progresser dans la réflexion tout en acceptant le jeu interactif du dialogue entre eux et avec la salle ; les organisateurs de ces colloques, en particulier M. Pierre Chevalier pour la Cour de cassation et M. Jacky Richard pour le Conseil d'État, sans lesquels ce colloque n'aurait pas eu lieu ; et les participants pour leur vaillante attention à nos débats.

324 Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004.

325 Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

326 G. Von Rezzori, *L'Hermine souillée*, Paris, Gallimard, coll. « Du monde entier », 1961.

Annexes





Annexe 1 – Sélection de jurisprudence

1. Sur le thème de la première table ronde :

La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenus et finalités – : convergences et spécificités

• Juridictions européennes

CEDH, Séance plénière, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n° 5100/71 :

Point 82 de l'arrêt : « (...) il importe d'abord de savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique juridique de l'État défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois (...) La nature même de l'infraction représente un élément d'appréciation d'un plus grand poids (...) Là ne s'arrête pourtant pas le contrôle de la Cour. Il se révélerait en général illusoire s'il ne prenait pas également en considération le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé (...) ».

CEDH, Grande chambre, *Mastromattéo c. Italie*, 24 octobre 2002, req. n° 37703/97 :

Point 72 de l'arrêt : « Une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, par exemple en empêchant un criminel de récidiver et de nuire ainsi davantage. En même temps, la Cour reconnaît le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement. Dans cette optique, elle conçoit le bien fondé de mesures – telles que des sorties temporaires – permettant la réinsertion sociale du détenu, même lorsque celui-ci a été condamné pour des crimes violents ».

• Conseil constitutionnel

Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, (Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication) :

« Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « **La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi** » ;

/ Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la

sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ; / Considérant que, pour la réalisation de ces objectifs de valeur constitutionnelle, il est loisible au législateur de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative ; qu'il lui est loisible également de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle ; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ».

Cons. const., décision n° 92-307, 25 fév. 1992, (Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) :

*« Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : « **La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée** » ; / Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le respect du principe des droits de la défense ; / Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent 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 ».*

Cons. const., décision n° 93-334, 20 janvier 1994, (Loi instituant une peine incompressible et au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale) :

« Considérant que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ».

• Conseil d'État

Les commentaires ci-après sont ceux publiés par la section du contentieux du Conseil d'État

CE, 22 juin 2001, n° 193392, Société Athis :

Retrait de l'agrément d'une société de gestion de portefeuille fondé, à titre principal, sur le fait que cette société ne justifie pas disposer de fonds propres du niveau réglementaire. En décidant de ce retrait, la Commission des opérations de



bourse n'a pas entendu sanctionner un manquement de la société à ses obligations mais, dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché, assurer la sécurité des investisseurs.

CE, 28 juillet 2011, n° 328655, Société crédit immobilier de France ouest, société crédit immobilier de France développement :

En vertu de l'article L. 613-15 du code monétaire et financier, alors en vigueur : « *Lorsqu'un établissement de crédit a manqué aux règles de bonne conduite de la profession, la Commission bancaire, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, peut leur adresser une mise en garde* ». Une telle mise en garde est un acte faisant grief susceptible de recours pour excès de pouvoir. Mais cette mise en garde n'a pas en elle-même le caractère d'une sanction, celle-ci pouvant découler, ultérieurement, de l'inobservation de la mise en garde.

CE, 20 février 2013, n° 364081, Théron :

La décision de refuser la délivrance d'un permis de visite d'une personne détenue ou de suspendre ou retirer un tel permis ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition, mais une mesure de police administrative tendant à assurer le maintien de l'ordre public et de la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire ou, le cas échéant, la prévention des infractions. Par suite, ne peuvent être utilement invoqués à l'encontre de ces mesures et des dispositions législatives et réglementaires les organisant ni les principes constitutionnels régissant la matière répressive (principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, des droits de la défense et de la présomption d'innocence, garantis par les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), ni les stipulations de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

• Cour de cassation

C. cass., Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 09-85.153, Bull. crim. 2009, n° 216 :

« *Encourt la cassation l'arrêt qui, pour déclarer la procédure prévue par les articles 706-119 et suivants du code de procédure pénale, issus de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, non applicable à une personne mise en examen pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ladite loi et susceptible d'être déclarée pénalement irresponsable, retient que les mesures prévues par les articles 706-135 et 706-136 du même code constituent des peines et qu'une procédure ayant pour effet de les faire encourir ne saurait être appliquée immédiatement. En effet, l'article 112-1, alinéa 2, du code pénal, selon lequel seules peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la date de commission de l'infraction, ne s'applique pas aux mesures de sûreté prévues, en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, par les articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale et, selon l'article 112-2 du code pénal, les lois fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur* ».



C. cass., Ass. plén., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.688, Bull. 2012, Ass. plén. n° 1 (rejet) :

« Mais attendu que ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules dès lors qu'il a pour seul objet, conformément au règlement de sécurité de l'exploitation d'un système de transport public guidé, d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers ; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que le retrait par la société S. de l'habilitation de M. B. à la conduite des tramways et son affectation sur une ligne d'autobus étaient intervenus après que ce salarié, à qui aucune réprimande n'avait été adressée en raison de cet incident, eut conduit une rame à contresens de la circulation, et qu'il n'en était pas résulté une modification de son contrat de travail mais seulement de ses conditions de travail, la cour d'appel a pu en déduire que le trouble invoqué n'était pas manifestement illicite ; que le moyen n'est pas fondé ».

C. cass., Soc., 10 juillet 2013, QPC n° 13-10.759, Bull. 2013, V, n° 185 et QPC n° 13-10.760, Bull. 2013, V, n° 186 (non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel) :

« Et attendu, ensuite, que la requalification judiciaire d'un contrat de travail intermittent en contrat à temps complet et le rappel de salaire subséquent, qui ne sont que la conséquence de l'illicéité résultant de l'absence de convention collective ou d'accord collectif prévoyant le recours à un tel contrat et de la durée pendant laquelle l'employeur a maintenu cette situation, ne constituent ni une sanction ayant le caractère d'une punition relevant des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni une privation de propriété au sens des articles 2 et 17 de cette Déclaration ; que la question posée ne présente pas un caractère sérieux ».

2. Sur le thème de la deuxième table ronde :

Les formes et le prononcé de la sanction : évolutions récentes

**(Qui sanctionne ? Selon quelle procédure ? Quelle motivation ?
Quelle publicité ?)**

• Conseil constitutionnel

Cons const., décision n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, Société Numéricable SAS et autre :

Notion de sanction, sanction administrative prononcée par une autorité administrative indépendante, principe de légalité des délits et des peines, d'indépendance et d'impartialité, droits de la défense.

• Conseil d'État

Les commentaires ci-après sont ceux publiés par la section du contentieux du Conseil d'État.



CE, 21 décembre 2012, n° 353856, Société groupe Canal plus société Vivendi Universal :

La possibilité conférée à une autorité administrative indépendante investie d'un pouvoir de sanction de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Toutefois, ce pouvoir doit être suffisamment encadré pour ne pas donner à penser que les membres de la formation appelée à statuer sur la sanction tiennent les faits visés par la décision d'ouverture de la procédure ou la notification ultérieure des griefs comme d'ores et déjà établis ou leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer comme d'ores et déjà reconnu, en méconnaissance du principe d'impartialité. Il résulte des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce que l'Autorité de la concurrence peut se saisir elle-même, sur proposition de son rapporteur général, des faits de nature à constituer des manquements aux engagements pris par des parties à une opération de concentration économique. L'Autorité de la concurrence ne dispose pas de pouvoirs de poursuite. L'instruction est menée, dans le respect des droits de la défense, sous l'autorité du rapporteur général, qui dirige les services d'instruction, désigne les rapporteurs, notifie aux parties le rapport établi par ces derniers, et ne prend pas part à la décision. Enfin, les dispositions de l'article L. 461-4 du code de commerce garantissent l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions. Dès lors, la faculté d'auto-saisine dont dispose l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un encadrement suffisant. La décision d'auto-saisine critiquée en l'espèce, non motivée, se borne à reproduire la formulation du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, qui autorise l'Autorité à se saisir d'office « des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration », sans mentionner de fait. Dès lors, la lecture de cet acte ne saurait objectivement donner à penser que l'Autorité de la concurrence aurait tenu les manquements éventuels comme d'ores et déjà établis.

c) Dès lors, ni les conditions dans lesquelles l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office, ni la circonstance que plusieurs personnes ayant décidé de cette saisine aient participé au délibéré de la décision de sanction ne peuvent être regardées comme ayant méconnu le principe d'impartialité.

• Cour de cassation

C. cass., Crim., 9 janvier 2013, pourvoi n° 12-81.626, Bull. crim. 2013, n° 10 :

« Lorsque les énonciations de la feuille de questions et celles de la feuille de motivation mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'assises, statuant en appel, a caractérisé les principaux éléments à charge, résultant des débats, qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé, et justifié sa décision, conformément aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et 365-1 du code de procédure pénale, le moyen, qui se borne



à remettre en question l'appréciation souveraine, par la cour et le jury, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis ».

C. cass., Crim., 17 avril 2013, pourvoi n° 12-86.054, Bull. crim. , n° 91 :

« Attendu qu'il résulte de ce texte, qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du code pénal, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; que, dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 dudit code ; Attendu que, pour condamner M. H. à deux mois d'emprisonnement pour refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique, l'arrêt attaqué se borne à retenir, qu'une telle peine d'emprisonnement est la seule peine de nature à le contraindre à se soumettre au prélèvement biologique, justifié par sa condamnation prononcée pour des faits de violences ; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans indiquer les raisons pour lesquelles toute autre sanction était manifestement inadéquate, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé ».

3. Sur le thème de la troisième table ronde : La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH)

• Juridictions européennes

CEDH, *Krombach c. France*, 13 février 2001, req. n° 29731/96 :

Point 90 de l'arrêt : « En l'espèce, la Cour observe qu'il ressort du libellé de l'article 630 du code de procédure pénale français que l'interdiction faite aux avocats de se présenter pour le contumax est absolue et que la cour d'assises statuant par contumace n'a pas la possibilité d'y déroger. La Cour estime pourtant qu'il eût appartenu à la cour d'assises, qui siégeait sans le jury, de donner l'occasion aux avocats du requérant, présents à l'audience, de le défendre, même en son absence car, en l'espèce, le moyen de défense qu'ils entendaient développer concernait un point de droit (paragraphe 44 ci-dessus), à savoir une exception d'ordre public tirée de l'autorité de la chose jugée et du principe non bis in idem (voir, mutatis mutandis, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A no 37, pp. 16-17, § 34) ».

CEDH, Grande Chambre, *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010, req. n° 926/05 :

Point 90 de l'arrêt : « (...) la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons de leur décision et que l'article 6 ne s'oppose pas à ce qu'un accusé soit



jugé par un jury populaire même dans le cas où son verdict n'est pas motivé. Il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire (...) ».

• Conseil constitutionnel

Cons. const., décision n° 2010-604 DC, 25 février 2010, (Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public) :

Principe de légalité des délits et des peines, principe de nécessité des peines, principe d'individualisation des peines, principe de responsabilité personnelle, étendue du contrôle du juge.

Cons. const., décision n° 2012-239 QPC, 4 mai 2012, Mme Ileana A. [Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute] :

Sanction fiscale, notion de sanction, principe de responsabilité personnelle.

• Conseil d'État

Les commentaires ci-après sont ceux publiés par la section du contentieux du Conseil d'État

CE, 3 décembre 1999, n° 197060, Didier et Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf :

Mise en place du principe d'impartialité issu des garanties de l'article 6 de la CESDH. Le Conseil d'État a jugé que : « *alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision* ». Il impose donc une application plus précoce des garanties de l'article 6§1, en y soumettant déjà partiellement la phase administrative de la procédure qui a conduit au prononcé, par l'autorité administrative indépendante, de la sanction, alors que la Cour européenne des droits de l'homme reporte l'essentiel des exigences procédurales issues de cet article à la phase de recours juridictionnel contre la décision de l'autorité administrative indépendante relative à la sanction.

CE, 30 juillet 2003, n° 238169, Banque d'escompte et Wormser frères :

L'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6§1 de la



convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision.

CE, avis, 9 juillet 2010, n° 336556, Jean-Luc A. :

Saisi d'une contestation portant sur un retrait de points du permis de conduire, le juge administratif statue dans le cadre d'un recours de plein contentieux. Pour contrôler cette sanction, il doit faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle la réalité de l'infraction à l'origine du retrait de points a été établie et celle à laquelle il statue. À cette fin, il doit prendre une décision qui se substitue à celle de l'Administration.

• Cour de cassation

C. cass., Crim., 17 septembre 2008, pourvoi n° 08-80.598, Bull. crim. 2008, n° 188 et C. cass., Crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-83.837, Bull. crim. 2009, n° 30 :

« N'est pas compatible avec le principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme la disposition de l'article 505 du code de procédure pénale qui ouvre au procureur général près la cour d'appel un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties par l'article 498 de ce code. Doit, dès lors, être annulé l'arrêt qui déclare un tel appel recevable ».

C. cass., Com., 8 février 2011, pourvoi n° 10-10.965, Bull. 2011, IV, n° 17 :

« L'interdiction d'une double condamnation en raison des mêmes faits prévue par l'article 4 du Protocole n° 7, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions administratives parallèlement aux peines infligées par le juge répressif ».

C. cass., Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-85.220, Bull. crim. 2012, n° 166 :

« Les atteintes au principe d'impartialité objective des juges, et au droit à la présomption d'innocence de l'accusé, ne sont pas de nature à entacher la procédure d'une quelconque irrégularité dès lors que, à les supposer établies, elles seraient le fait d'une personne extérieure à la procédure ».



4. Sur le thème de la quatrième table ronde : **Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge**

• Juridictions européennes

CEDH, Séance plénière, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72 :

Point 48 de l'arrêt : « *La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire « linguistique belge», série A no 6, p. 35, par. 10 in fine). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre (...) Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre (...)* ».

CEDH, Séance plénière, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, req. n° 7151/75 :

Point 69 de l'arrêt : « (...) *Aux fins de cette disposition, la Cour doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, mutatis mutandis, l'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire « linguistique belge», série A no 6, p. 32, par. 5). Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1 (P1-1)* ».

CJCE, *Commission c. France*, 2 août 1996, aff. C-276/91 :

Point 15 de l'arrêt : « *Toutefois, ainsi que l'a souligné la Cour dans l'arrêt Drexel précité, la plus ou moins grande difficulté avec laquelle une infraction peut être découverte ne saurait justifier un écart manifestement disproportionné dans la sévérité des sanctions prévues pour les deux catégories d'infractions* ».

• Conseil constitutionnel

Cons. Const., décision n° 2010-604 DC, 25 février 2010, (Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public) :

« *Considérant que le paragraphe I de l'article 1er de la loi déferée insère dans le code pénal un article 222-14-2 aux termes duquel : « Le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » ;*



3. Considérant que les requérants soutiennent qu'en créant cette nouvelle incrimination, le législateur a méconnu les principes de nécessité et de proportionnalité des peines, de légalité des délits et des peines, le caractère personnel et intentionnel de la faute, le respect des droits de la défense et, enfin, la liberté d'association, d'opinion, de réunion et de manifestation ;

4. Considérant qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, ce faisant, il lui incombe, d'une part, d'assurer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés au rang desquels figure le droit d'expression collective des idées et des opinions et, d'autre part, de respecter les exigences résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

En ce qui concerne le grief tiré de l'absence de nécessité du délit et de la règle non bis in idem :

5. Considérant que les requérants soutiennent que l'infraction créée par l'article 222-14-2 du code pénal n'est pas nécessaire dès lors que les faits qu'elle vise peuvent être réprimés sous d'autres qualifications pénales ; qu'en outre, serait méconnu le principe selon lequel nul ne peut être puni deux fois pour les mêmes faits ;

6. Considérant que l'infraction insérée dans le code pénal par l'article 1^{er} de la loi répond à l'exigence d'ordre public de lutter contre les violences faites aux personnes et les dommages causés aux biens perpétrés par des personnes réunies en groupe ; que le principe de nécessité des peines n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales ; que la nouvelle incrimination n'a ni pour objet ni pour effet de permettre qu'une même personne soit poursuivie en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif ; qu'en tout état de cause, elle n'a ni le même champ d'application, ni la même définition, ni la même finalité que les délits d'association de malfaiteurs, prévu par l'article 450-1 du code pénal, ou d'attroupements, prévu par ses articles 431-3 et suivants ; que la tentative de violences volontaires contre les personnes n'est pas punissable ; que, s'agissant d'une incrimination tendant à la répression d'actions préparatoires à la commission de certaines infractions, elle vise des agissements distincts des délits consommés avec les circonstances aggravantes de commission en réunion, en bande organisée ou par guet-apens ;

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines :

7. Considérant que, selon les requérants, par son imprécision, la définition des éléments matériels de cette infraction méconnaît le principe de légalité des délits et des peines et permet qu'il soit porté atteinte aux libertés d'association, de réunion, de manifestation et de libre expression des opinions ;

8. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et



de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

9. Considérant qu'en instituant l'infraction critiquée, le législateur a entendu réprimer certaines actions préparatoires à des violences volontaires contre les personnes, à des destructions ou à des dégradations de biens que des personnes réunies en groupe projettent de commettre ; qu'à cette fin, la nouvelle incrimination emprunte à la définition de la circonstance aggravante de crime organisé prévue par l'article 132-71 du code pénal les termes de « **groupement** » et de « **préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels** » ; que ces termes sont repris dans les éléments constitutifs du délit d'association de malfaiteurs prévu par l'article 450-1 du code pénal ; qu'il est ajouté que, pour encourir la condamnation, l'auteur doit avoir participé « **sciemment** » au groupement ; qu'il est précisé, d'une part, que ce groupement peut être formé « **même... de façon temporaire** », d'autre part, que la participation constatée est « **en vue de la préparation** » d'infractions spécifiées ; que le délit est ainsi défini en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ; que ses éléments constitutifs, formulés en des termes qui ne sont ni obscurs ni ambigus, ne sont pas, en eux-mêmes, de nature à mettre en cause le droit d'expression collective des idées et des opinions ;

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de responsabilité du fait personnel, d'intentionnalité de la faute, du respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense :

10. Considérant que les requérants font valoir que la nouvelle incrimination établit une responsabilité pénale collective en permettant de juger une personne pour des actes commis par des tiers sans qu'il soit besoin de prouver qu'elle en a été co-auteur ou complice ; que sa mise en œuvre conduirait à ne pas retenir d'élément intentionnel et à établir une présomption de culpabilité du seul fait de la présence de cette personne dans un groupement ; qu'ainsi cette disposition méconnaîtrait le principe de la responsabilité du fait personnel en matière pénale, la présomption d'innocence et procéderait à une inversion de la charge de la preuve en méconnaissance des droits de la défense ;

11. Considérant qu'il résulte des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 que nul ne peut être punissable que de son propre fait ; que, s'agissant des crimes et des délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral de celle-ci, intentionnel ou non ; qu'enfin, en principe, le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ;

12. Considérant que le nouvel article 222-14-2 du code pénal réprime le fait, pour une personne, de participer sciemment à un groupement ; qu'il doit être établi qu'elle l'a fait en vue de commettre des violences contre les personnes ou des dommages aux biens, à la condition que la préparation de ces infractions soit caractérisée par un ou plusieurs faits matériels accomplis par l'auteur lui-même ou



connus de lui ; que, dans ces conditions, la disposition critiquée n'instaure pas de responsabilité pénale pour des faits commis par un tiers ; qu'elle n'est pas contraire au principe selon lequel il n'y a ni crime ni délit sans intention de le commettre ; qu'elle ne crée ni présomption de culpabilité ni inversion de la charge de la preuve ; qu'en conséquence, elle ne porte atteinte ni à la présomption d'innocence ni aux droits de la défense ;

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines :

13. Considérant que, selon les requérants, la peine instituée par le nouveau délit serait manifestement excessive ; qu'en outre, le législateur aurait dû faire varier le quantum de celle-ci en fonction de la gravité des violences préparées et qu'en s'abstenant de le faire, il a reporté sur les autorités juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'appartient qu'à la loi ;

14. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « **La loi fixe les règles concernant... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables** » ; que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ;

15. Considérant, en premier lieu, qu'en punissant d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende la participation intentionnelle, dans les conditions susrappelées, à un groupement en vue de commettre des actes de violence aux personnes ou de dommages aux biens, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que l'institution de cette nouvelle infraction tend à réprimer la participation aux actes préparatoires à certaines infractions, notamment de violences aux personnes, dont la gravité ne peut à ce stade qu'être supposée ; que, dès lors, le grief fait au législateur de ne pas avoir fait varier la peine encourue en fonction de circonstances seulement éventuelles n'est pas fondé ;

17. Considérant, en dernier lieu, que les modalités de répression de cette infraction pénale n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger au principe de l'individualisation des peines confiée au juge conformément à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ;

18. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de la méconnaissance des exigences constitutionnelles en matière pénale doivent être écartés ; que l'article 1er de la loi déférée n'est pas contraire à la Constitution ; ».

Cons. Const., décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire] :

« 6. Considérant que, selon la société requérante, en ne prévoyant pas de séparation des pouvoirs de poursuite et de sanction au sein de la commission bancaire, ces



dispositions méconnaissent les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « **Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution** » ; que les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles ;

8. Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

• Conseil d'État

CE, Ass., 16 février 2009, Société ATOM, n° 274000 :

« Considérant qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration et, le cas échéant, de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue ; que, par suite, compte tenu des pouvoirs dont il dispose ainsi pour contrôler une sanction de cette nature, le juge se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux ; / Considérant que la sanction encourue, en vertu des dispositions de l'article 1840 N sexies du code général des impôts alors applicable, pour inobservation des prescriptions de l'article 1^{er} de la loi du 22 octobre 1940, a le caractère d'une sanction que l'administration inflige à un administré ; que, par suite, le recours formé contre une telle sanction est un recours de plein contentieux ; qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Paris a estimé que la demande formée par la SOCIETE ATOM devant le tribunal administratif de Melun contre l'amende qui lui avait été infligée en vertu de l'article 1840 N sexies du code général des impôts, relevait du contentieux de l'excès de pouvoir et qu'elle a statué sur l'appel contre le jugement de ce tribunal en se plaçant, non à la date de son arrêt, mais à celle de la décision de l'administration infligeant cette amende ; qu'il appartient au juge de cassation de relever d'office l'erreur ainsi commise par la cour sur l'étendue de ses pouvoirs ; que l'arrêt attaqué doit donc être annulé ; ».

CE, Ass., 13 novembre 2013, M. Dahan, n° 347704 :

« 5. Considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ; / 6. Considérant que, d'une part, en estimant que les faits reprochés au requérant constituaient des



fautes de nature à justifier une sanction, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire ne les a pas inexactement qualifiés ; que, d'autre part, eu égard à la nature de ces faits, dont M. Dahan n'a, à aucun moment, lorsqu'ils lui ont été reprochés, mesuré la gravité, à la méconnaissance qu'ils traduisent, de sa part, des responsabilités éminentes qui étaient les siennes, et compte tenu, enfin, de ce qu'ils ont porté sérieusement atteinte à la dignité de la fonction exercée, l'autorité disciplinaire n'a pas, en l'espèce, pris une sanction disproportionnée en décidant de mettre l'intéressé à la retraite d'office ; que la circonstance, à la supposer établie, que d'autres agents du ministère ayant commis des faits aussi graves n'auraient pas été sanctionnés avec la même sévérité est sans incidence sur la légalité du décret attaqué ; ».

• Cour de cassation

C. cass., 2^e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-20.906, Bull. 2010, II, n° 76 :

« Mais attendu qu'en application de l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale et de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il appartient aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale d'apprécier l'adéquation du montant de la sanction prononcée par tout organisme social à l'importance de l'infraction commise par l'assuré ; / Et attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain et au vu des éléments de la cause que la cour d'appel a décidé que la réclamation de la caisse n'était fondée qu'à hauteur de la somme de 1 018, 78 euros ; / D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

C. cass., Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738, Bull. 2013, V, n° 31 :

« Mais attendu que selon l'article L. 8223-1 du code du travail, en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus par l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ; qu'au regard de la nature de sanction civile de cette indemnité, ces dispositions ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail ; que le moyen n'est pas fondé ».

C. cass., Soc., 12 juin 2013, pourvoi n° 12-17.273, Bull. 2013; V, n° 153 :

« Mais attendu que le conseiller prud'hommes a le droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, une indemnité forfaitaire égale au montant de sa rémunération pendant la période comprise entre son éviction et l'expiration de la période de protection dans la limite de la durée de protection accordée aux représentants du personnel, peu important la durée légale maximale prévue pour son contrat de travail ; que le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit et dès lors irrecevable en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ».



Annexe 2 – Bibliographie indicative

- Badinter (R.), « Le sens de la peine », *Le Monde des débats*, juin 2000, n° 15, p. 14.
- Bebin (X.), *Pourquoi punir ? : l'approche utilitariste de la sanction pénale*, l'Harmattan, 2006, 235 p.
- Casadamont (G.) et Poncela (P.), *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, 280 p.
- Céré (J.P.), « Peine. Nature et prononcé », *Rep. Pen. Dalloz*, janvier 2008.
- Chainais (C.) et Fenouillet (D.), *Les sanctions en droit contemporain, Vol 1 & 2*, Dalloz, Coll. « L'esprit du droit », juin 2012, 672 p.
- Conseil d'État, « Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions », *Les études du Conseil d'État*, 1995, 197 p.
- CNCDH, *Réflexions sur le sens de la peine*, Texte adopté par l'Assemblée plénière le 24 janvier 2002.
- Cusson (M.), « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coût-bénéfices des délinquants », in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 741.
- Cusson (M.), *Pourquoi punir ?*, 1987, Dalloz, 203 p.
- Danet (J.) et Lavielle (B.), « La juste peine », *Gaz. Pal.* 24-25 mai 2000, p. 2.
- Delmas-Marty (M.) et Teitgen-Colly (C.), « Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal », *Economica*, 1992.
- ENAP, *Sens de la peine et droits de l'homme*, Actes du colloque international inaugural de l'ENAP, 2000, 269 p.
- Eschyle, *L'Orestie : Agamemnon, les Choéphores, les Euménides*, GF Flammarion, septembre 2001, 412 p.
- Foucault (M.), *Surveiller et punir*, Gallimard, rééd. 1993, 360 p.
- Garapon (A.), Salas (D.), « Pour une nouvelle intelligence de la peine », *Esprit*, n° 215, 1995, p. 145.
- Gassin (R.), « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau code pénal », *Cah. séc. int.*, n° 18, 1994, p. 50.
- Giudicelli-Delage (G.), *Devoir de Punir, le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Société Législation Comparée, décembre 2013.
- Guyomar (M.), *Les sanctions administratives*, LGDJ, décembre 2013.
- Rapport de l'IHEJ, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^{ème} siècle*, mai 2013, 218 p.
- Lazerges (C.), « Les fonctions de la peine et la toxicomanie », *RSC* 1988, p. 857.
- Mascala (C.) (dir.), *A propos de la sanction*, Presses de l'Université de Sciences sociales de Toulouse, LGDJ, 2007, 203 p.
- Mesnil du Buisson (G.), « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine », *RSC* 1998, p. 255.

- Petit (J.), « L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales », *RFDA*, 1997, p. 843.
- Poncela (P.), « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives Phil. dr.* 1981, p. 59.
- Poncela (P.), « Introduction à une approche philosophique de la sanction », *Arch. po. crim.* 1983, p. 53.
- Rosenfeld (E.) et Veil (J.), « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, n° 128, janvier 2009, p. 61.
- Rotmann (E.), « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », *in Mélanges M. Ancel*, t. 2, Pédone, 1975, p. 163.
- Sauvé (J-M.), « La motivation des sanctions administratives », *Les Annonces de la Seine*, mars 2012, n° 20, p. 2.
- Vandermeeren (R.), « La double peine. Diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », *AJDA*, 2003, p. 1854.
- Viel (M.-T.), « Errements des sanctions administratives », *AJDA*, 2007, p. 1006.
- Walther (J.), « A justice équitable, peine juste ? », *RSC* 2007, p. 23.



Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de la section du rapport et des études

Conception et réalisation :

Jacky Richard, rapporteur général et président adjoint de la section du rapport et des études,

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études

en collaboration avec

Pierre Chevalier, avocat général référendaire, chargé de mission au secrétariat général du Parquet de la Cour de cassation,

et le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation

Secrétaires de rédaction :

Corinne Mathey, secrétaire de la SRE,

Marie Delord, chargée de mission, adjointe à la secrétaire de la SRE,

Julia Rivière, chargée de mission à la SRE

Marius Amiel, Ariane Bakkali, Jean-Philippe Besson, Céline Bévillon, Morgan Bunel, Hortense Chalvin, Anne Fontanille, Edouard Josselin, Julia Masini, Aurélie Maugran, Anass Mourjane, Nicolas Pesme, Etienne Séche, Christopher Smague, Mathilde Teissier, stagiaires à la SRE, ont contribué à la réalisation de cet ouvrage. Qu'ils en soient vivement remerciés.

Crédits photos, conseil graphique : direction de la communication

